

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN  
SCIENZE GIURIDICHE

---

Ciclo XXXII

Settore Concorsuale: AREA 12 - SCIENZE GIURIDICHE 12/G1 - DIRITTO PENALE

Settore Scientifico Disciplinare: IUS/17 - DIRITTO PENALE

IL PRINCIPIO DI PREVEDIBILITÀ IN MATERIA PENALE.  
RIFLESSI SULLE GARANZIE FONDAMENTALI DI UNA ANALISI  
COMPARATA SULLA “CULTURA DEL PRECEDENTE”

**Presentata da**

**Dott.ssa Alessandra Santangelo**

---

**Coordinatore Dottorato**

**Prof. Andrea Morrone**

---

**Supervisore**

**Prof. Vittorio Manes**

---

**Esame finale anno 2020**

# Indice

## I Parte

<b>Introduzione</b>	<b>1</b>
<b>1. Indicazioni preliminari e di metodo</b>	<b>6</b>
1.1 I formanti rilevanti	10
1.2 “Crittotipi” e altre variabili latenti	11
1.3 Il concetto di “tradizione giuridica occidentale”	12
1.3.1 In prospettiva storica: le radici comuni	14
1.3.2 In prospettiva comparata: l’accezione positiva	16
1.3.3 Limiti applicativi	19
<b>2. Il modello di <i>common law</i>: il caso del Regno Unito</b>	<b>22</b>
<i>Sezione I - Evoluzione storica</i>	22
1.1 Dalla conquista normanna al sistema dei <i>writs</i>	22
1.2 Il ceto forense e la sua formazione	24
1.3 Giudici di <i>Common Law</i> ed <i>Equity</i>	27
1.3.1 Il “piede” del cancelliere	28
1.3.2 Rule of law e rule of man	30
1.4 L’età delle riforme	32
<i>Sezione II – Il potere giudiziario e l’assetto istituzionale</i>	37
1. Un sistema gerarchico: la struttura delle <i>Criminal Courts</i>	37
1.1 Crown Courts e Magistrates Courts	39
1.2 High Court	42
1.3 Court of Appeal	44
1.4 Le linee guida segnano il riparto di competenza	45
2. La “facoltà” di appello	46
3. <i>House of Lords</i>	50
3.1 Composizione e criteri di nomina	50
3.2 Incontri e scontri con il legislatore	53
4. La riforma del 2005	55
4.1 Composizione e poteri della Supreme Court	55
4.2 Quale rapporto con lo Human Rights Act	58

Sezione III – Il sistema delle fonti	65
1. Il diritto penale di <i>common law</i> e lo <i>stare decisis</i>	65
1.1 Jurisprudence, case law e common law: la ratio della “mock-law”	68
1.1.1 Il giudice come “ <i>delegate of the sovereign</i> ”	71
1.1.2 Il fondamento del diritto <i>judge-made</i> : da <i>Hart</i> a <i>Dworkin</i>	74
1.2 Ratio decidendi e obiter dicta	77
1.3 L’attenzione al fatto	80
1.3.1 Distinguishing	80
1.3.2 Overruling	81
1.3.2.1 <i>Practice Statement</i> : effetti e limiti	84
1.4 Interpretare il precedente: il metodo analogico	89
2. Statutory Law	91
2.1 Struttura, drafting e interpretazione	94
2.2 Il principio di strict interpretation	97
2.3 Il tentativo (fallito) di codificazione	100
2.4 Law Commission e Università	102
<b>3. Il modello di <i>civil law</i>: l’esempio italiano</b>	<b>104</b>
Sezione I - Evoluzione storica	104
1.1 La <i>scientia iuris</i> come «diritto letterario»	104
1.2 Il <i>ius commune</i> e il problema della sua legittimazione	105
1.2.1 L’influenza del giusnaturalismo	107
1.2.2 L’età di crisi: dall’illuminismo all’epoca delle condificazioni	108
Sezione II – Il potere giudiziario e l’assetto istituzionale	111
1 La soggezione del giudice alla legge	111
2 La Corte di cassazione e la funzione nomofilattica	113
2.1 Evoluzione storica: l’art. 65, r.d. 30 gennaio 1941, n. 12	113
2.2 Diritto vivente vs. diritto vigente	115
3 La c.d. riforma Orlando	117
3.1 Finalità	121
3.2 Nomofilachia “rafforzata” e “disfunzioni” applicative	123
3.3 Possibili scenari futuri	125

## II Parte

<b>1. Nozione ed evoluzione del principio di prevedibilità</b>	<b>129</b>
1. <i>Ratio</i> e fondamento	129
1.1 Il principio di legalità: una «garanzia essenzialmente politica»	132
1.1.1 Legalità formale e legalità sostanziale	140
1.1.2 La CEDU e il “diritto vivente”	144
1.2 Il principio di colpevolezza quale «secondo aspetto del principio, garantistico, di legalità»	146
1.2.1 Il potenziale standard minimo europeo	150
2. Il principio di prevedibilità nel diritto sovranazionale	152
2.1 Prevedibilità soggettiva	154
2.2 Prevedibilità oggettiva	155
2.3 Esiste una forma di prevedibilità “evolutiva”?	160
3. La prevedibilità della qualificazione giuridica	162
<b>2. Rule of law e diritto giurisprudenziale</b>	<b>168</b>
1. L’intuizione del <i>rule of law</i>	168
1.1 <i>Retroactivity</i> vs <i>Retrospectivity</i>	171
1.1.1 Retroactive e Prospective decisionmaking	174
1.1.2 Il “Rubicone” che separa giudice e legislatore	176
1.2 Il principio di <i>legal certainty</i>	178
1.2.1 La tela del ragno: il caso dei “pacchi molesti”	180
1.2.2 Fair warning e reliance on the law	183
1.3 <i>Individual autonomy</i>	186
1.3.1 Reati naturali e reati artificiali	187
2. <i>Responsibility</i>	190
2.1 Un principio in costante evoluzione	193
2.1.1 Ignorantia legis non excusat	196
2.2 Garanzia individuale	200
2.3 ...oppure fonte di legittimazione del potere punitivo?	201
2.4. <i>Responsibility</i> e prevedibilità CEDU	204
3. <i>Common Law</i> e irretroattività	208
3.1 Prevedibilità della regola di diritto <i>judge-made</i>	208
3.1.1 “Creazione” di diritto giurisprudenziale “ex novo”	210

3.2	<i>Overruling</i> del diritto <i>judge-made</i> e <i>overruling</i> del diritto statutario	213
3.2.1	Il caso della responsabilità per joint enterprise	215
3.2.1.1	<i>Chang Win-Su</i> e la dottrina del parassita	216
3.2.1.2	Il caso <i>Gnango</i>	218
3.2.1.3	Il parassita viene eliminato	220
3.2.1.4	Quali rimedi straordinari?	224
3.3	L'incidenza del <i>prospective overruling</i>	227
4.	<i>Statutory law</i> e la presunzione di irretroattività	230
4.1	Le conseguenze intertemporali dello <i>Human Rights Act</i>	232
4.2	La presunzione di non retroattività e i diritti fondamentali	235
5.	Retroattività e <i>sentencing</i>	237
5.1	Condanne <i>sine die</i> : la giurisprudenza in tema di <i>parole</i>	237
5.2	<i>Uttley c Regno Unito</i>	238
6.	Il problema delle misure <i>lato sensu</i> punitive: il caso della confisca prevista dalla sezione 75 PoCA.	240
<b>3.</b>	<b>Il principio di legalità “continentale” alla prova del tempo</b>	<b>244</b>
1.	“Lo strappo nel cielo di carta”	244
1.1	L'influenza della giurisprudenza sovranazionale	245
1.2	<i>Cedant leges togae</i> : la (inesistente) risposta del legislatore	248
1.3	Il ruolo del potere giudiziario	251
1.3.1	La distinzione tra giurisdizione di merito e di legittimità	251
1.3.2	Contrasti sincronici e contrasti diacronici	254
1.3.3	Contrasti consapevoli e contrasti inconsapevoli	256
1.3.4	Tergiversare è un lusso che non ci si può più permettere:	257
1.3.4.1	Cass., Sez. Un., 21 gennaio 2010, n. 18288	258
1.3.4.2	Cass., Sez. Un., 19 aprile 2012, n. 34952	258
1.3.4.3	Cass., Sez. Un., sent. 27 aprile 2017, n. 40076	259
2.	La “cultura del precedente”	260
2.1	Questioni di lessico e di formanti	260
2.2	Riforma Orlando: profili (e problemi) applicativi.	261
2.3	Simmetrie e asimmetrie con il modello di <i>common law</i>	265
2.3.1	Quali i possibili rimedi?	265
	<b>Conclusioni</b>	<b>271</b>



## I Parte

### Introduzione

L'ordinamento giuridico italiano, e segnatamente il sistema penalistico, attraversa una fase di profonda transizione, cui la migliore dottrina fa riferimento come «era post-moderna»<sup>1</sup>, in ragione dell'affastellarsi di grandi cambiamenti, che si rendono necessari per far fronte alla continua, rapida, evoluzione tecnico-scientifica che agita la comunità “globalizzata”<sup>2</sup>, nonché alle sempre più profonde compenetrazioni tra le diverse fonti di diritto interno, europeo e internazionale.

In tale contesto, il modello tradizionale di legalità, che attribuisce al Parlamento il monopolio nell'esercizio del potere punitivo, entra drammaticamente in crisi: la costante richiesta di soluzioni normative di elevata specializzazione tecnica e l'urgenza di un conseguente continuo aggiornamento mal si adattano alla complessità ponderata del procedimento parlamentare bicamerale. La legislazione penale, in particolare quella complementare, si riduce a un coacervo di norme disorganiche e complesse, le quali spesso richiedono un eccezionale impegno interpretativo in ragione del carattere indeterminato e ambivalente dei singoli precetti, il più delle volte descritti quali norme meramente sanzionatorie attraverso la tecnica del rinvio. Gli interventi di riforma che si sono susseguiti negli ultimi anni, del resto, non paiono – nella maggior parte dei casi – in grado di rispondere alle istanze di certezza e razionalizzazione che provengono dalla comunità scientifica di riferimento; senza tralasciare, poi, che in non poche occasioni il Parlamento si è dimostrato finanche reticente, continuando a posticipare nel tempo decisioni di politica criminale che rischiavano di indebolire il consenso elettorale.

Il potere giudiziario è, ormai da lungo tempo, chiamato a supplire alle carenze del legislatore con inevitabile attrito rispetto alle garanzie spiccatamente penalistiche. Autorevole dottrina, per l'appunto, osserva che le decisioni del Giudice di legittimità, in particolare se a Sezioni Unite, costituiscono una sorta di “interpretazione autentica” della legge<sup>3</sup>. Ne discende che, anche nel paradigma di *civil law*, diviene impossibile conoscere, quanto meno in termini effettivi, la rilevanza penale di una certa condotta se non ricostruendo l'orientamento seguito dalle Alte Corti nella interpretazione, e conseguente applicazione, di una determinata disposizione.

---

<sup>1</sup> P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Bari, Laterza, 2015.

<sup>2</sup> Quanto agli effetti della «mondializzazione tecnologica» e dell'«universalismo etico» in materia penale, si veda M. DELMAS-MARTY, *Lectio magistralis: umanità, specie umana e diritto penale*, in Stile A. M.-Manacorda S.-Mongillo V. (a cura di), *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, Napoli, ESI, 2015, p. 70.

<sup>3</sup> A. CADOPPI, *Giurisprudenza e diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, agg., 2017, in ptc. p. 425.

Non stupisce, dunque, che il Giudice di legittimità sempre più si confronti con il tema della prevedibilità del mutamento giurisprudenziale, soprattutto se con effetti *in malam partem*, in relazione alle garanzie sovranazionali e, in particolare, rispetto all'art. 7 CEDU. Al riguardo, è noto, la Corte di Strasburgo ha contribuito in massima parte alla elaborazione di una nozione nuova di legalità che si incentra sui requisiti qualitativi di accessibilità e prevedibilità del comando, indipendentemente dalla fonte legislativa o giurisprudenziale di riferimento. Il risultato è duplice: da un lato, si riscontra un rinnovato impegno per scongiurare il rischio di "truffe delle etichette" che mettano a repentaglio il rispetto delle garanzie fondamentali condivise dalla comunità europea<sup>4</sup>; dall'altro, tuttavia, l'efficacia *erga omnes* della giurisprudenza sovranazionale ha promosso la commistione tra paradigmi differenti, sollevando questioni di carattere non solo strettamente penalistico bensì, pure, di tenuta costituzionale dell'ordinamento interno come insegna il celebre caso *Contrada c. Italia*<sup>5</sup>.

Non può tralasciarsi, infatti, che il lessico giuridico utilizzato non solo dalla dottrina ma, pure, dalle Corti nazionali sempre più fa riferimento a nozioni tipiche del *common law*, discutendosi nelle riviste scientifiche – tanto quanto nelle motivazioni delle sentenze – di *overruling* giurisprudenziale, di *distinguishing* tra decisioni antitetiche che apparentemente insistono sui medesimi fatti nonché, addirittura, di precedente vincolante.

D'altra parte, non manca chi ha riconosciuto nella c.d. riforma Orlando un'ulteriore riprova della diffusione della c.d. "cultura del precedente" in un paradigma pur sorretto dalla riserva di legge e dalla supremazia parlamentare *ex art. 101*, Costituzione. In tal modo, la funzione nomofilattica esercitata dalla Corte di ultima istanza acquisisce un ruolo decisivo nella "con-formazione" del precetto penale e si propone quale strumento più efficace per permettere all'individuo di «esattamente calcolare gl'inconvenienti di un misfatto<sup>6</sup>», ostracizzando il pericolo di contrasti giurisprudenziali sincronici – perfino, talvolta, "inconsapevoli". Resta da chiarire, tuttavia, se e in quali termini rimanga possibile distinguere, in un contesto simile, tra «*policy-driven legislature*» e «*principle-driven judiciary*»<sup>7</sup>.

A tal riguardo, quindi, è utile fermarsi a riflettere sulla opportunità dell'accostamento tra il modello di *civil law* e di *common law*. Non pare, infatti, sia possibile sfuggire a una rigorosa comparazione tra i due ordinamenti per vagliare la effettiva possibilità di applicare nell'ordinamento italiano alcuni dei principi più rilevanti che guidano il paradigma anglosassone. L'utilizzo "a cuor leggero" del lessico proprio del giurista d'oltremontana, di cui fa sfoggio una certa giurisprudenza interna, non comporta l'automatica adesione a una

---

<sup>4</sup> Con riguardo alla capacità del diritto sovranazionale quanto agli «orrori del giuridismo» interno: A. BERNARDI, *Dogmatica penale, "giuridismo", fonti sovranazionali*, in A. Cadoppi (a cura di), *Cassazione e Legalità penale*, Roma, Dike, 2017, p. 148.

<sup>5</sup> Corte Edu, *Contrada v Italia*, 14 aprile 2015 (def. 14 agosto 2015).

<sup>6</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, in F. Venturi (a cura di), Torino, 1981, p. 17.

<sup>7</sup> R. COTTERRELL, *The Politics of Jurisprudence*, New York, Oxford University Press, 2003, p. 164.

idea di legalità tanto diversa da quella tradizionalmente seguita dai sistemi di *civil law* nè, tanto meno, alla più generale nozione di *rule of law*.

D'altro canto, il confronto tra il prodotto dell'evoluzione secolare del modello di *common law* e il più recente consolidarsi della funzione nomofilattica nell'ordinamento interno è tutt'altro che agevole. Alcune divergenze sistematiche, infatti, sono palesi. Le Corti inglesi, *in primis*, si strutturano in una precisa gerarchia verticistica che riserva alla Corte Suprema il potere di effettuare radicali *revirement* interpretativi. La motivazione della singola decisione, inoltre, è scomposta in *ratio decidendi* e *obiter dictum*, riconoscendo solo alla prima carattere vincolante; ciascun giudice, del resto, concentra la propria attenzione sul fatto, procedendo a un raffronto analogico tra la vicenda contingente sottoposta al suo scrutinio e quella che ha dato origine alla regola di diritto della cui applicazione si discute. Numerose voci in dottrina dubitano, invero, del fatto che il giudice di *common law* sia chiamato in termini assoluti a compiere una operazione interpretativa quanto piuttosto segua un metodo interamente analogico.

Altri profili, invece, sono più difficili da cogliere e, nondimeno, conservano una importanza essenziale. In particolare, non si può prescindere dal considerare l'"aura di sacralità" che circonda le aule giudiziarie inglesi, che possono vantare una significativa fiducia da parte della popolazione circa la serietà e la ragionevolezza delle soluzioni adottate. Nè potrebbe essere diversamente tenuto conto delle peculiarità in punto di doppio grado di giurisdizione nei confronti del *defendant* allorché si paragoni il regime anglosassone alla disciplina italiana. Inoltre, la formazione del ceto forense di *common law* è storicamente accentrata nella Capitale e condotta in larga misura dagli stessi organi professionali così da mantenere un inscindibile legame con la dimensione empirica del diritto. I migliori *barrister* sono il prodotto di un sistema di insegnamento tendenzialmente elitario, ove professione e vita privata si sovrappongono entro gli *Inn's* in una fusione di obiettivi che rende il ceto dei giuristi particolarmente compatto e coeso. Tale scenario, è evidente, si attenua con la liberalizzazione del sapere presso le Università senza però cedere *in toto* terreno quanto al rigore e al formalismo che gli sono propri. In relazione ai c.d. "crittotipi", quindi, non è da tralasciare che tra i diversi modelli ordinamentali «le differenze più profonde sono quelle che possono scomparire soltanto nei lunghi periodi perché involgono la mentalità e i procedimenti logici dell'interprete [...] il modo di redazione delle sentenze può produrre differenze più profonde che non il modo di selezione del Capo dello Stato»<sup>8</sup>.

Pertanto, l'analisi non può prescindere da una verifica empirica che – procedendo a un esame certo non sistematico bensì selettivo di singoli casi paradigmatici – muova dallo studio delle diverse decisioni e metta in luce gli argomenti utilizzati, l'impostazione del ragionamento giuridico e, in ultima analisi, il funzionamento del meccanismo penale *in*

---

<sup>8</sup> A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, IV, Milano, Utet, 2018, p. 11.

*action*. Inoltre, l'indagine sull'evoluzione della *scientia iuris*, anche in prospettiva storica, sulla formazione del ceto forense, sulle interconnessioni tra accademia, giudici e potere politico, fornisce una comprensione di più ampio respiro circa le ragioni che hanno condotto alla individuazione di certi rimedi piuttosto che altri a fronte di problematiche sostanzialmente comuni.

Tanto premesso, sembra opportuno strutturare la comparazione su due piani diversi.

*In primis*, la ricerca intende muovere su un piano schiettamente meta-individuale: esaminare l'assetto istituzionale del sistema di *common law* si pone come condizione indispensabile per tentare di definire l'equilibrio tra i poteri dello Stato e, di conseguenza, saggiare le dinamiche interne a tale paradigma quale manifestazione di *sovereignty* capace di legittimare l'esercizio di potere punitivo. Del resto, considerando la Gran Bretagna quale archetipo di tale paradigma, non è da tralasciare che la indipendenza del potere giudiziario dal legislatore si è perfezionata solo a partire dalla istituzione della *Supreme Court* che scinde il tradizionale legame tra i giudici della *House of Lords* e il Parlamento. Le modalità di nomina dei componenti delle Alte Corti, le relazioni che costoro intrattengono con il potere esecutivo e legislativo, il ruolo esercitato dalla *Law Commission* nonché dai comitati interparlamentari per la redazione degli *statutes* si pongono come tasselli indispensabili per ricostruire il modello in questione e comprenderne portata e limiti. L'idea è, quindi, quella di condurre una prima comparazione di stampo sovraindividuale che tenga a mente le dinamiche proprie della sfera istituzionale del modello anglosassone di *common law*, da raffrontare, in termini di confronto orizzontale, con l'ordinamento italiano «liberal-garantistico» che trova riparo nella Costituzione.

In secondo luogo, il lavoro si incentra sul piano individuale, focalizzando la ricerca in prospettiva garantistica. Il motore propulsivo dell'indagine, infatti, attiene al *vulnus* causato nei sistemi di *civil law* da un diritto penale giurisprudenziale privo di regolamentazione, il quale, di fatto, mina in radice la possibilità per l'individuo di conoscere *ex ante* quali condotte siano considerate penalmente rilevanti e, quindi, di agire "liberamente". Le diverse declinazioni del principio di legalità divengono in tal modo funzionali a spostare il piano della comparazione tra i due modelli sull'asse dei diritti, considerando i rimedi offerti dai due ordinamenti per assicurare la prevedibilità del precetto penale, di matrice legale o giurisprudenziale poco importa.

In tale frangente, si impone l'analisi delle diverse sfumature che compongono il *rule of law*, la cui continua evoluzione ha portato l'ordinamento anglosassone a raggiungere approdi molto interessanti ai nostri fini. È noto, infatti, che la nozione di *responsibility* è stata testimone di uno sviluppo interpretativo piuttosto recente che, anche sulla spinta della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ha via via enfatizzato la necessaria imputazione soggettiva del fatto di reato, al di là della sussistenza della *mens rea* intesa in senso formale. Il principio di *individual autonomy* viene così declinato secondo direttive di crescente

consapevolezza per accentuare, in termini effettivi, l'esigenza che ciascuno sia chiamato a rispondere, in uno Stato di diritto, solo per condotte imputabili al singolo in quanto tale<sup>9</sup>. In altri termini, si diffonde l'idea che la *responsibility* rappresenti non solo garanzia per l'individuo bensì, pure, strumento di legittimazione e limite al potere punitivo, potendo la sua estensione massimamente garantistica dispiegarsi solo in presenza di determinate condizioni istituzionali e culturali.

Si intravede, così, il legame che sussiste tra il piano meta-individuale e quello prettamente soggettivo, incentrato sulle specifiche garanzie di prevedibilità e legalità in relazione al *ius puniendi*. La ricerca, pertanto, ambisce a definire i termini di tale legame allo scopo di cogliere i riflessi che un dato assetto istituzionale produce sulle garanzie fondamentali allorché venga in rilievo l'esercizio di potere punitivo. In altri termini, si intende stabilire se – e a quali condizioni – i mutamenti nell'equilibrio tra poteri costituzionali, con particolare riguardo al ruolo rivestito dalla giurisprudenza nel quadro istituzionale di riferimento nonché alla crisi della nozione tradizionale di sovranità, siano in grado di influire sulla portata applicativa dei diritti di legalità e prevedibilità in materia penale, tenendo in debita considerazione le spinte innovative che derivano dal diritto sovranazionale. Procedendo in tale direzione, viene da chiedersi se sia possibile riscontrare una «tradizione giuridica occidentale» capace di accomunare la materia penale al di là delle differenze imposte dai formanti di riferimento o, al contrario, se le differenze tra *common law* e *civil law* siano di ostacolo al recepimento di rimedi sorti per controbilanciare il diritto *judge-made* entro la dottrina dello *stare decisis*.

---

<sup>9</sup> H. L. A. HART, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford, Oxford University Press, 2008.

## 1. Indicazioni preliminari e di metodo

L'indagine che ci si appresta a compiere richiede, in via preliminare, una precisazione di metodo che ne metta in luce, fin da subito, obiettivi e limiti, nei termini che si tenterà di spiegare nelle pagine che seguono. Dal momento che lo scopo principale della ricerca poggia sul confronto tra i costrutti istituzionali, da un lato, e le garanzie fondamentali, dall'altro, di due modelli storicamente considerati antitetici, si rende necessario chiarire, fin da subito, quali aspetti saranno esaminati e quali direttive metodologiche guideranno il lavoro, condizionando inevitabilmente i risultati ottenuti.

Innanzitutto, preme precisare che allo scopo di indagare il paradigma di *common law* sarà preso in esame esclusivamente il caso del Regno Unito o, meglio, la particolare giurisdizione vigente in Inghilterra e Galles<sup>10</sup>. Al riguardo, non v'è dubbio che si tratti di una angolatura estremamente parziale se paragonata alla complessità del fenomeno della legislazione *judge-made* e alla sua diffusione a livello globale. In merito, si potrebbe considerare una tale scelta di campo, adirittura, come una scelta scarsamente rappresentativa dato che, secondo alcuni, è il modello americano a meglio sintetizzare oggi l'essenza del *common law*<sup>11</sup>.

Nondimeno, nel momento in cui si ritenga preferibile selezionare un caso emblematico per non disperdere le poche risorse a disposizione e cercare di raggiungere il maggior grado di approfondimento possibile, il modello inglese pare da preferire per diverse ragioni. *In primis*, occorre tenere a mente che quest'ultimo rappresenta l'origine del paradigma di *common law*, con cui tutte le altre giurisdizioni si sono confrontate – almeno nella fase embrionale. Inoltre, in ragione della particolare posizione geografica e politica, il Regno Unito costituisce l'esempio più "vicino" e, al contempo, "distante" dal modello continentale, rendendolo pertanto meritevole di esclusivo interesse<sup>12</sup>. Da ultimo, la partecipazione della Gran Bretagna alle istituzioni europee, da un lato, e alla Convenzione dei diritti dell'uomo, dall'altro, merita un'attenzione del tutto particolare in relazione ai condizionamenti che il

---

<sup>10</sup> Sul punto, è noto, il Regno Unito – a fronte di un unico legislatore con sede a *Westminster* – conta tre diverse giurisdizioni, in parte autonome, in relazione al territorio della Irlanda del Nord, della Scozia e di Inghilterra e Galles. Dal momento che le divergenze in materia penalistica sono significative, si è scelto di concentrare l'analisi sul sistema giurisdizionale che fa capo a quest'ultimo "gruppo" che pare sufficientemente rappresentativo delle istanze tradizionali e – al contempo – delle principali evoluzioni che hanno interessato con il passare del tempo il modello di *common law*. Per approfondire, con riguardo alla distinzione in parola, si veda Z. BANKOWSKI-D. N. MACCORMICK, *Statutory Interpretation in the United Kingdom*, in D. N. MacCormick-R. S. Summers (a cura di), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Aldershot, Dartmouth Publishing, 1991, p. 359.

<sup>11</sup> Per approfondire con riferimento al recepimento del modello di *common law* oltreoceano: U. MATTEI, *Common Law: il diritto angloamericano*, Torino, Utet, 1992, p. 302.

<sup>12</sup> Con riferimento alla opportunità di assumere il Regno Unito quale termine di paragone esclusivo dell'analisi comparata, si veda P. LEGRAND, *European Legislative Systems are not Converging*, in *Int. & Comp. L. Quart.*, 45, 1996, p. 64.

piano nazionale ha indotto sul diritto sovranazionale e, viceversa, alle influenze esercitate sulla normativa interna dalla supremazia della giurisdizione europea.

In merito, tuttavia, è utile spendere qualche parola ulteriore per dar conto della situazione politica attuale e delle possibili ricadute sul piano giuridico della vicenda *Brexit*. In particolare, infatti, all'indomani dell'esito favorevole del *referendum* che ha segnato l'avvio del percorso di uscita della Gran Bretagna dall'Unione europea, i più accorti studiosi si sono a lungo interrogati sugli effetti di un tale accadimento sull'ordinamento interno, sui rapporti con gli altri Stati Membri dell'Unione e, soprattutto, sul livello di tutela che sarà offerto ai diritti della persona nei singoli settori del diritto nazionale<sup>13</sup>. Ebbene, senza voler prendere posizione al riguardo, ci si limita in questa sede a considerare come alcune delle riflessioni che deriveranno dalla presente indagine saranno con molta probabilità da rimeditare una volta che si sia non tanto perfezionato quanto consolidato l'assetto istituzionale "nuovo", indipendente dall'ordinamento europeo, secondo l'esito che pare attendere il Regno Unito in conclusione di quel piano inclinato – a dir poco scosceso – che è la *Brexit*.

Per quanto riguarda, invece, il secondo termine di paragone, non si vuole certo tralasciare le differenze essenziali che intercorrono tra i diversi ordinamenti dell'Europa continentale. Anche in questo caso, tuttavia, i vincoli imposti dalle capacità personali, in uno con le limitazioni di tempo e spazio, suggeriscono di contenere la comparazione riferendosi al solo ordinamento italiano, procedendo al più ad accenni minimi ai sistemi confinanti, finalizzati a rafforzare gli argomenti spesi con riguardo alla giurisdizione peninsulare<sup>14</sup>.

Il riferimento letterale, quindi, al modello di *common law* e *civil law* che si ritroverà nelle prossime pagine è da intendere con esclusivo riguardo al paradigma inglese e a quello italiano, servendosi di tali formule per mera semplificazione espositiva.

In aggiunta, sempre allo scopo di semplificare la trattazione, si darà per presupposto il carattere "puro" dei due modelli, nonostante tanto si sia discusso sulla stessa possibilità di una simile netta distinzione. D'altra parte, del resto, è noto che l'analisi dei singoli sistemi giuridici si compone di diversi livelli di crescente complessità nel momento in cui sia vagliata la nozione di "sistema misto", da cui derivano inevitabilmente consistenti dibattiti circa il problema definitorio, l'analisi della disciplina applicabile, lo studio degli effetti delle diverse componenti ordinamentali sull'assetto complessivo. Tuttavia, tralasciando di approfondire tali questioni che meriterebbero un'analisi *ad hoc*, ai nostri fini è utile

---

<sup>13</sup> Si rinvia, *inter multis*, in argomento all'analisi di V. MITSILEGAS, *European Criminal Law After Brexit*, in *Criminal Law Forum*, 28, 2017, p. 219 ss.

<sup>14</sup> Quanto alla pluralità di volti con cui si presenta oggi il paradigma di *civil law*, si rinvia a H. P. GLENN, *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, poi tradotto in italiano da S. Ferlito, Bologna, Il Mulino, 2011, p. 268 ss.

considerare, in via prettamente preliminare, l'impulso conferito a tale dibattito dalla stessa costituzione della Unione europea. *Breviter*. Fin dai primi tempi successivi alla costituzione della Comunità europea, si é osservato come lo stesso ordinamento sovranazionale si risolvesse in una ipotesi di giurisdizione "mista" dal momento che ne facevano parte ordinamenti tanto di *civil law* quanto di *common law*<sup>15</sup>. Il paradigma europeo, quindi, si affianca quale sistema giuridico autonomo alle categorie tradizionali elaborate dagli studi comparatistici, che riconducono i diversi modelli giuridici alle singole "famiglie", distinguendo, *in primis*, tra la famiglia romano-germanica e la famiglia anglosassone<sup>16</sup>, nonché identificando come misti quei sistemi che, avendo subito la influenza di entrambi i modelli, non possono, per l'appunto, essere ricondotti a nessuno dei parametri "puri" (si pensi, al riguardo, al caso della Scozia, del Quebec, dell'India, del Sud Africa, solo per citare alcuni esempi)<sup>17</sup>.

Ferme tali premesse, con specifico riguardo ai profili metodologici, si intende suddividere il lavoro in due parti: la prima dedicata allo studio del percorso evolutivo che ha portato, nel corso dei secoli, alla configurazione dei due modelli istituzionali attuali nonché all'esame della conformazione del potere giurisdizionale, considerando struttura e funzioni conferite al giudice in riferimento all'equilibrio raggiunto sia con il legislatore che con l'esecutivo<sup>18</sup>. La seconda parte, invece, si spinge sul versante delle garanzie individuali allo scopo di valutare se – a fronte delle particolarità che contraddistinguono i due paradigmi sul piano istituzionale – sia possibile o meno riscontrare parallelismi quanto alla protezione della autodeterminazione del singolo in materia penale.

Per raggiungere tali obiettivi, si ritiene preferibile procedere a una comparazione orizzontale che valuti via via i termini del raffronto tra i due modelli e, al contempo, le conseguenze che ciascuna assonanza o dissonanza genera rispetto alla garanzia della prevedibilità della qualificazione penale di una data condotta. A tal fine, occorre tenere a mente i diversi formanti che compongono ciascun sistema giuridico (cfr. *infra*, 1, § 1.1.1) così da considerare sia il significato letterale della formulazione legislativa di un determinato

---

<sup>15</sup> W. TETLEY, *Mixed Jurisdictions: Common Law v. Civil Law (Codified and Uncodified)*, in *La. L. Rev.*, 20, 2000, p. 677 ss.

<sup>16</sup> I. SAMMUT, *Interpreting the law in a mixed jurisdiction: the professor vs. the judge - peers or rivals?*, in *Loyola L. Rev.*, 3, 2016, p. 778. In argomento, si veda, pure, J. H. MERRYMAN, *On the Convergence (and Divergence) of the civil law and the common law*, in M. Cappelletti (ed.), *New Perspectives for a common law of Europe*, Firenze, Badia Fiesolana, 1978, p. 194 ss.; V. VARANO-V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 34 ss.

<sup>17</sup> Per approfondire in merito alle classificazioni elaborate dagli studiosi entro il novero dei sistemi giuridici misti, si veda W. TETLEY, *Mixed Jurisdictions: Common Law v. Civil Law (Codified and Uncodified)*, cit., p. 679.

<sup>18</sup> Quanto alla opportunità di mettere a confronto la legalità penale e le sfaccettature propriamente politiche dell'assetto democratico, si rinvia a G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quad. fiorentini*, 2007, p. 1248, ove l'A. si sofferma sul fatto che il principio di legalità penale è tradizionalmente indagato dalla dottrina penalistica sul versante delle garanzie, lasciando a costituzionalisti e politologi lo studio dei rapporti con i principi propriamente democratici.

precetto sia la regola ricavata in via interpretativa, osservando le discrepanze tra il diritto legislativo e quello giurisprudenziale per saggiare il carattere “compatto” o “diffuso” degli ordinamenti considerati<sup>19</sup>.

In tale prospettiva, sembra, inoltre, necessario condurre l'indagine tenendo a mente i riflessi interdisciplinari della materia. Non pare, infatti, possibile distinguere nettamente le questioni che attengono propriamente al diritto penale sostanziale dalla struttura e dai caratteri principali del relativo procedimento non tanto in ragione delle continue sovrapposizioni che hanno caratterizzato – e tutt'ora caratterizzano – lo studio di tali questioni oltremarina; quanto, piuttosto, considerando gli effetti che determinate scelte processuali hanno comportato rispetto all'estrinsecarsi del potere giurisdizionale in materia penale sia nel modello di *common law* che di *civil law*. Al pari, non sembra opportuno tralasciare le nozioni costituzionali, sovranazionali e strettamente comparatistiche che via via vengono in rilievo in relazione a una indagine che si promette, quale prioritario obiettivo, quello di condurre la ricerca proprio sul piano della comparazione.

Da ultimo, si precisa che tenendo in considerazione i tempi e la portata del lavoro, lo studio non intende seguire direttive di completezza sistematica, che richiederebbero uno spazio e un approfondimento ben maggiori, bensì mira a selezionare gli elementi essenziali per definire il rapporto tra i due ordinamenti in riferimento all'esercizio del potere punitivo.

Quindi, allo scopo di raggiungere un tale obiettivo, si intende affiancare alla analisi teorica dei diversi istituti rilevanti la verifica empirica delle riflessioni condotte in astratto attraverso l'esame di una selezione di casi giurisprudenziali considerati maggiormente rappresentativi del tema oggetto di indagine. Attesa la prospettiva comparata che indirizza il lavoro, si tenterà, altresì, di dar spazio tanto alla *case law* anglosassone quanto alla giurisprudenza italiana mettendo a confronto la prassi seguita per assicurare – per quanto possibile – il rispetto delle garanzie di legalità *in action*. Sul punto, si rende nuovamente necessario selezionare il campo di indagine, accettando le limitazioni che derivano dal contenimento del novero dei dati analizzati. Si è deciso, infatti, di privilegiare l'esame delle sentenze delle Alte Corti con riguardo a entrambi gli ordinamenti, da un lato, per agevolare il raffronto reciproco e, dall'altro, per focalizzare lo studio sulle vicende che hanno esercitato un maggiore impatto sui rispettivi ordinamenti.

In linea con tale approccio pragmatico, lo studio si propone, peraltro, di analizzare le rilevazioni statistiche che segnano l'andamento dell'attività posta in essere da tali Corti. Al riguardo, occorre precisare che il raffronto tra i dati è reso più complesso dalla difficoltà a individuare indicatori attendibili con riguardo alla giurisdizione italiana: mentre il lavoro della *House of Lords*, prima, e della *Supreme Court*, poi, è puntualmente monitorato a partire da una pluralità di prospettive di particolare interesse per il presente studio, il caso italiano

---

<sup>19</sup> A. GAMBARO–R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit.

rimane maggiormente in ombra quando si tratti di indagini statistiche che lascino “parlare” i numeri in relazione alle diverse sfaccettature di cui si compone la questione problematica oggetto d’indagine.

Per concludere, sembra doveroso riconoscere fin da subito i limiti – quanto meno i più evidenti – della presente indagine.

La scelta di strutturare la comparazione attraverso lo studio della prospettiva istituzionale, da un lato, e l’approfondimento dello sviluppo delle garanzie fondamentali in punto di legalità<sup>20</sup>, dall’altro, ha sottratto spazio all’esame delle questioni attinenti al *mare magnum* della semiotica, della semantica e della scienza della interpretazione del testo. Pertanto, fatta eccezione per minimi accenni alle nozioni necessarie per inquadrare la gran parte delle questioni attinenti all’esercizio del potere giurisdizionale, non si può che “auto-denunciare” una simile carenza cui, tuttavia, è possibile porre rimedio attraverso il richiamo a numerose ricchissime indagini che si sono succedute, sul punto, nel corso del tempo.

### 1.1 I formanti rilevanti

Scendendo nel dettaglio, dunque, allo scopo di porre in essere una indagine comparatistica costruita su basi minimamente solide, é opportuno liberare il campo, fin da subito, dalla tentazione di considerare equiparabili soluzioni eguali in prospettiva sostanziale che siano, tuttavia, prodotto di formanti differenti<sup>21</sup>.

In particolare, é necessario tenere a mente i diversi formanti che contribuiscono a comporre un certo ordinamento giuridico e l’effetto che deriva dall’impiego di uno mezzo piuttosto che di un altro per il raggiungimento di un dato obiettivo comune.

Peraltro, a fronte della tripartizione classica tra formante legislativo, giurisprudenziale e dottrinale, convince la tesi secondo cui occorre considerare, pure, diversi altri fattori in grado di rappresentare intermediari rilevanti per l’estrinsecarsi di un dato ordinamento. Si tratta, allora, di valorizzare le concrete modalità con cui si dipana l’esercizio dell’attività giurisdizionale, spingendosi nel dettaglio delle argomentazioni giuridiche per cogliere le

---

<sup>20</sup> Per quanto riguarda la opportunità di avvicinarsi al diritto penale escludendo che si tratti di una realtà «astorica» e scongiurando il pericolo di rimanere imprigionati in un «ontologismo giusnaturalistico che, precludendosi quasi aprioristicamente una osservazione empirica del fenomeno criminale e penale, rischia di condurre a un dogmatismo che ignora come anche il diritto penale sia uno strumento dotato della funzione pratica di stabilizzazione e tutela della società», si veda F. PALAZZO-F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, Il Mulino, 2018, p. 3, 11 ss.

<sup>21</sup> O. KAHN-FREUND, *Common Law and Civil Law – imaginary and real obstacles to assimilation*, in M. Cappelletti (ed.), *New Perspectives for a common law of Europe*, cit., p. 148 s., ove l’A. mette in luce il fatto che due ordinamenti tendenzialmente simili da un punto di vista sociale, politico ed economico sono tenuti in termini di elevata probabilità a fronteggiare problemi analoghi; le soluzioni offerte é altrettanto possibile che siano analoghe in termini sostanziali, dovendosi tuttavia distinguere quanto al metodo utilizzato per giungere a una tale conclusione ossia, in ultima analisi, dovendosi distinguere a seconda del formante di riferimento. Ad avviso dell’A. «*this seems [...] to be one of our most difficult and most urgent problems*» sulla via della armonizzazione del diritto europeo tanto in materia civile quanto penale.

linee di massima che orientano l'interprete durante il processo di applicazione del diritto. Una simile fase, infatti, costituisce momento essenziale quale manifestazione dell'essenza di un certo ordine statale capace di rivelarne contraddizioni e complessità. Al riguardo, del resto, non pare vi possano essere dubbi sulla distinzione tra le regole operazionali che guidano implicitamente la decisione giudiziaria, da un lato, e la estrinsecazione del principio di diritto posto alla base della singola pronuncia nelle forme della massima giurisprudenziale, dall'altro. Cogliere le differenze tra i diversi ordinamenti in base alle argomentazioni che sorreggono le pronunce giurisdizionali, quale riflesso del *legal reasoning*<sup>22</sup> proprio di un certo sistema, è operazione quanto mai ardua eppure indispensabile nella misura in cui si voglia spingere il confronto su un piano di maggiore approfondimento<sup>23</sup>.

## 1.2 "Crittotipi" e altre variabili latenti

D'altro canto, convince la tesi secondo cui uno studio che voglia tentare il percorso della comparazione non può limitarsi all'esame dei singoli istituti e delle singole previsioni "finite", intese in maniera asettica, accontentandosi del metodo analitico per saggiare struttura e funzione di un dato apparato normativo. Piuttosto, seguendo il solco tracciato dal pensiero realista, è da condividere l'affermazione secondo cui non si comprende il significato di una norma se non la si colloca nel preciso contesto sociale e culturale di riferimento<sup>24</sup>. Quindi, in linea con quanto accennato nel paragrafo precedente, diviene imprescindibile calarsi nella "mentalità" diffusa in un certo momento storico e presso una data comunità<sup>25</sup> così da tentare di guardare al di là della superficie e comprendere i meccanismi da cui dipende il reale funzionamento di un certo sistema giuridico. Solo

---

<sup>22</sup> Con riferimento alla nozione di *legal reasoning* si veda G. LAMOND, *Analogical Reasoning in the Common Law*, in *Oxf. J. Leg. Stud.*, 3, 2014, p. 570, ove l'A. definisce gli argomenti di cui è ammesso l'utilizzo per fondare una decisione giurisdizionale in termini negativi, ossia escludendo l'ambito morale, politico e religioso nonché i limiti imposti dal mondo materiale e le conseguenze che ne derivano.

<sup>23</sup> Quanto alla possibilità di enumerare tra i formanti rilevanti le argomentazioni giudiziarie o i percorsi individuati dai diversi ordinamenti al fine di legittimare l'esercizio del potere pubblico, si veda A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 5, ove l'A. illustra l'esigenza di verificare se si tratti di sistemi diffusi o meno a seconda del grado di differenziazione dei formanti utilizzati dato che «il comparatista non può considerare uguali tutte le soluzioni giuridiche appartenenti a diversi sistemi quando uno dei formanti (anche solo uno di essi) si presenti diversificato» (p. 4).

<sup>24</sup> P. LEGRAND, *European Legislative Systems are not Converging*, in *Int. & Comp. L. Quart.*, 45, 1996, p. 60-61.

<sup>25</sup> P. LEGRAND, *How to compare now*, in *Legal Stud.*, 16, 1996, p. 235, ove l'A. afferma che il quadro di David che ritrae Napoleone intento nello studio delle bozze del Code civil deve essere studiato dal comparatista dal momento che, al pari del testo di legge, rappresenta un prodotto della cultura del tempo, capace altresì di condizionare tanto i contemporanei quanto i posteri. In tal senso, si veda, pure, J. H. MERRYMAN, *On the Convergence (and Divergence) of the civil law and the common law*, cit., 225 ss, ove l'A. mette in luce come il sistema giuridico sia fortemente influenzato da quella che definisce *legal culture*, ossia dalla prassi seguita quotidianamente dai Tribunali, dalle agenzie amministrative, dalle corporazioni professionali, dalle Università in cui si studia il diritto.

attraverso uno studio epistemologico di questo tipo sembra possibile avvicinarsi ai caratteri salienti di una certa *legal culture* e disporne in modo sufficiente per intraprendere lo sforzo comparativo<sup>26</sup>.

Ne discende, quindi, il bisogno di non tralasciare il rilievo rivestito dai c.d. criptotipi, ossia i formanti non verbalizzati che – a fronte dell'intervento di fonti analoghe – possono portare a soluzioni contingenti diverse o, al contrario – a fronte di fonti diverse – possono generare conseguenze similari<sup>27</sup>. D'altra parte, è parte dei criptotipi intesi in senso stretto proprio il dato culturale che segna il ragionamento giuridico e, quindi, il meccanismo che sovrintende alla comprensione del diritto. Tale componente rappresenta forse lo scoglio più arduo dal momento che si sostanzia tendenzialmente in regole non scritte, rispettate dagli interpreti in maniera spontanea in ragione della stessa appartenenza a una particolare collettività. Del resto, «[i]l modo di redazione delle sentenze può produrre differenze più profonde che non il modo di selezione del Capo dello Stato»<sup>28</sup>.

Tra i criptotipi si possono annoverare, altresì, il grado di attenzione che la giurisprudenza mostra nei confronti delle riflessioni dottrinali o, anche, il livello di vincolatività con cui è inteso il precedente giurisprudenziale in assenza di un obbligo normativo espresso in tal senso e, quindi, in forza dell'autorevolezza di una certa decisione.

Sul punto, sembra infine utile considerare che l'idea sottesa a tali formanti impliciti è, secondo un certo approccio, quella ostile alla stessa comparazione secondo cui un giurista portatore di una formazione "straniera" non sarà in grado di comprendere in profondità l'ordinamento altrui o, in ogni caso, di comprenderlo tanto quanto chi vi sia stato immerso fin dalla nascita. Tale ricostruzione, invero, non convince fino in fondo dal momento che, da un lato, pare smentita dai successi raggiunti dagli studi comparati e dal diffondersi in ambito internazionale di detto metodo di indagine. Dall'altro, neppure sembra si possa dare per scontata la conoscenza approfondita dell'ordinamento di appartenenza per il solo fatto di farne parte. Al contrario, maturata la consapevolezza circa l'incidenza di tali fattori sul dispiegarsi dei poteri interni all'ordinamento, il *discrimen* insiste sulla serietà e sul rigore dello studio da ricercare caso per caso, evitando di incappare in generalizzazioni di scarso significato.

### 1.3 Il concetto di "tradizione giuridica occidentale"

Con il graduale riconoscimento di uno spazio autonomo, indipendente dal potere politico e capace di sviluppare un proprio linguaggio e una propria letteratura, si diffonde l'idea per cui il diritto costituisce un sistema ordinato e ordinante, unitario e continuo giacché dotato, al suo interno, di strumenti che lo rendono in grado di adattarsi ai

---

<sup>26</sup> P. LEGRAND, *How to compare now*, cit., p. 235.

<sup>27</sup> A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 6.

<sup>28</sup> Ibid.

mutamenti imposti dallo scorrere del tempo. Ne deriva che quest'ultimo inizia a essere percepito come il riflesso della identità di una certa comunità o, meglio, come «concetto sovraeminente di ordine» in base a cui «[l]a tradizione giuridica occidentale è parte integrante della civiltà occidentale»<sup>29</sup>. Il *punctum dolens*, tuttavia, rimane definire i confini applicativi di una simile nozione<sup>30</sup>. Ben diverso, è evidente, sarebbe spingersi a individuare una tradizione giuridica comune a tutti gli Stati Membri della Europa “politica”, altro, invece, ampliare tale nozione fino a includere tutti i sistemi della Europa “geografica” o, viceversa, distinguere a seconda dei particolarismi interni, alimentati nei secoli al riparo dei confini nazionali.

Sul punto, d'altra parte, sono state scritte intere biblioteche. Pertanto, piuttosto che suggerire una ricostruzione necessariamente incompleta del dibattito sulla configurabilità di una tradizione giuridica occidentale comune a livello europeo, si sceglie, di nuovo, di selezionare quali estremi del raffronto il modello inglese e quello italiano allo scopo di scorgere, se possibile, le fondamenta comuni su cui è stato costruito il rispettivo paradigma ordinamentale.

D'altro canto, la nozione stessa di «tradizione giuridica occidentale» può essere esaminata da una molteplicità di prospettive: la lettura storico-evolutiva del fenomeno, infatti, si scontra in termini risoluti con la alternativa di paragonare lo sviluppo istituzionale al processo di crescita economica dei diversi ordinamenti così da raffrontare le risposte fornite dai due sistemi a fronte dei medesimi interrogativi indotti dalla spinta al profitto. Nel contesto della indagine che qui ci occupa, e allo scopo di trarre conclusioni ragionevoli rispetto all'oggetto della investigazione, pare piuttosto arduo seguire questo secondo filone ricostruttivo. Piuttosto, e tenendo a mente le complessità del caso, sembra utile tracciare i termini del raffronto in chiave diacronica al fine di ricostruire l'eventuale matrice comune, la ipotesi di un suo effettivo consolidamento e, addirittura, di un possibile futuro ribaltamento del particolarismo nazionale (cfr. *infra*, § 1.1.4.3). Detto altrimenti, l'idea è quella di guardare alla nozione di tradizione giuridica occidentale come “basamento comune” – capace di resistere a dispetto delle modifiche puntuali indotte dagli eventi contingenti che hanno interessato le singole individualità nazionali – su cui poggiare in termini realistici la comparazione tra i due ordinamenti e saggiare entro quale grado sia possibile – anzi, *a priori*, se sia possibile – applicare principi elaborati in un certo sistema giuridico a un modello ordinamentale che, almeno *prima facie*, muove su binari del tutto diversi.

Non si tratta, è certo, di un approccio nuovo. È ben noto il fiorire del dibattito accademico intorno alla nozione di diritto comune a livello europeo sviluppatosi nell'ultimo

---

<sup>29</sup> Ivi, p. 41.

<sup>30</sup> Quanto alla opportunità di un raffronto tra “tradizioni giuridiche” a livello globale: H. P. GLENN, *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, cit., p. 568 ss.

decennio del secolo scorso. Tuttavia, è altrettanto noto il naufragare di tali riflessioni all'indomani del fallimento del progetto costituzionale europeo nonché, al contempo, la ritrosia dimostrata da una certa letteratura rispetto all'utilizzo di tali studi con specifico riguardo alla materia penale. Si rende, quindi, utile sviluppare in tal senso le premesse della ricerca, tentando per quanto possibile di mantenere diritta la barra con riguardo allo studio del solo settore penalistico, quand'anche in punto di comparazione.

### 1.3.1 In prospettiva storica: le radici comuni

In tale prospettiva, urge soffermarsi brevemente su quella che di regola è considerata la prima e insuperabile distinzione tra il modello di *common law* e *civil law*, ossia l'assenza di una legislazione codificata<sup>31</sup> (cfr. *supra*, § 1.1.1). Del resto, l'assenza di codificazione implica al contempo, è piuttosto evidente, il venir meno dell'esperienza giurisprudenziale nell'interpretare un testo di legge organico e, altresì, del relativo sforzo sistematico posto in essere dalla dottrina.

Al riguardo quindi, tornando alla storia del diritto, acquisisce peculiare interesse la tesi secondo cui lo *status* di diritto codificato quale elemento segnante il diritto continentale non sia da dare per scontato<sup>32</sup>. A ben guardare, infatti, il fenomeno della codificazione è relativamente recente, connesso al superamento del feudalesimo e alla nascita dello Stato moderno: per tutto il protrarsi della età medioevale, infatti, il diritto si risolveva nelle consuetudini non scritte di matrice locale nonché nei due sistemi – per così dire – universali, l'uno di ispirazione spirituale e l'altro temporale. In particolare, infatti, costruiti nella lingua veicolare del tempo, il latino, tanto il diritto canonico quanto il diritto romano trovavano applicazione ben al di là dei confini nazionali: il primo era applicato dai tribunali ecclesiastici sia sul continente che sulle isole, mentre il secondo era da intendere quale *ius commune* prodotto della grandiosa opera di studio e riscoperta del *Corpus Iuris Civilis* da parte delle prime Università (cfr. *infra*, 3, sez. I, § 1.1)<sup>33</sup>.

In aggiunta, di particolare interesse è l'esame delle giurisdizioni vigenti in Italia nel periodo precedente la unificazione. Si è sostenuto, invero, che il diritto applicabile ai singoli

---

<sup>31</sup> O. KAHN-FREUND, *Common Law and Civil Law – imaginary and real obstacles to assimilation*, cit., p. 149, che descrive l'assenza di codificazione nel paradigma di *common law* come un "golfo" che si frappone tra i due ordinamenti.

<sup>32</sup> Si parla, al riguardo, addirittura, di "stato di cose naturale", tanto stabile quanto le singole lingue nazionali: R. C. VAN CAENEGEM, *I sistemi giuridici europei*, trad. E. Bertucci, Bologna, 2003, p. 9.

<sup>33</sup> Per approfondire, si veda la ricostruzione di R. C. VAN CAENEGEM, *European Law in the Past and the Future: Unity and Diversity over Two Millennia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 13. L'A. puntualizza, del resto, la differenza terminologica che insiste sulla nozione di "diritto comune" da intendere nella accezione latina, appunto, quale prodotto della prima elaborazione accademica in relazione al diritto giustiniano e, invece, in riferimento al *common law* inglese, come antitesi rispetto alle norme consuetudinarie locali che trovavano applicazione nei diversi feudi del regno normanno (p. 14). In argomento, si veda pure H. COING, *European Common Law: Historical Foundations*, in M. Cappelletti (ed.), *New Perspectives for a common law of Europe*, cit., p. 33.

regni fosse più simile al *common law* di quanto si possa pensare<sup>34</sup>: centrale era, infatti, la funzione attribuita alle Alte Corti, anche rispetto alla creazione del diritto, la giurisprudenza del tempo si serviva della tecnica del *distinguishing* e si era soliti raccogliere le diverse pronunce in specifiche raccolte che permettevano di fare riferimento alle sentenze antecedenti nel caso in cui il giudice si trovasse a giudicare fatti analoghi<sup>35</sup>.

Di qui, del resto, l'idea decisamente suggestiva per cui con l'eventuale (futuro) consolidarsi di un diritto comune a livello europeo, l'età delle codificazioni altro non diverrebbe se non un periodo di transizione, perfino di durata piuttosto contenuta (un paio di secoli) se paragonato all'intero percorso di sviluppo della civiltà giuridica occidentale governato per lo più in termini universali<sup>36</sup>.

Ebbene, ritrovando il *focus* sull'ordinamento anglosassone, numerosi sono i punti di contatto con le radici della giurisdizione continentale che è possibile cogliere in chiave storica. Passandoli in rassegna velocemente – per analizzarli, poi, nel dettaglio nelle pagine che seguono – non si può negare certo l'origine “continentale” del diritto di *common law*, con particolare riguardo alla influenza esercitata dal regno normanno<sup>37</sup> in seguito alla celebre battaglia di *Hastings* (1066)<sup>38</sup>. Nonostante, quindi, lo sviluppo dell'ordinamento anglosassone abbia seguito nei secoli avvenire linee di sviluppo uniche rispetto all'esperienza degli altri Stati (cfr. *infra*, 2, sez. I, § 1.1 ss.), il nucleo originario del modello di *common law* deriva innegabilmente dalla tradizione giuridica francese da cui eredita, giusto per nominare le componenti più macroscopiche, niente meno che il sistema feudale<sup>39</sup>.

Inoltre, non bisogna dimenticare che il *common law* non fu l'unico regime giuridico vigente in prospettiva storica sul territorio anglosassone: i tribunali ecclesiastici, come accennato, seguivano i dettami del diritto canonico, diritto universale applicabile alla Chiesa nella sua interezza (salve, naturalmente, le peculiarità derivanti dalla riforma che conferì

---

<sup>34</sup> L. MOCCIA, *English Law attitudes to the 'Civil Law'*, in *J. Legal Hist.*, 1981, p. 162.

<sup>35</sup> Si riferiscono a detto fenomeno diffuso nell'Europa continentale nel XVI e XVII secolo con la perifrasi «*European common law*», G. GORLA-L. MOCCIA, *A 'revisiting' of the comparison between 'Continental Law' and 'English Law' (16<sup>th</sup>-19<sup>th</sup> Century)*, in *J. Legal Hist.*, 1981, p. 144.

<sup>36</sup> R. C. VAN CAENEGEM, *I sistemi giuridici europei*, cit., p. 9.

<sup>37</sup> Ivi, p. 11, ove l'A. mette in luce come, al tempo della monarchia normanna, la Francia fosse suddivisa in due ampie sezioni: nell'area settentrionale, infatti, si era diffusa la legge salica di origine germanica basata sul diritto non scritto, prevalentemente di natura consuetudinaria. Al contrario, le regioni della Francia meridionale erano per lo più regolate dal diritto scritto di matrice romana. La diffusione fu talmente rilevante da risultare *in toto* superata solo in seguito alla unificazione giuridica posta in essere dal *Code civil* napoleonico.

<sup>38</sup> F. POLLOCK-F. W. MAITLAND, *The History of English Law Before the Time of Edward I*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 74. Si veda, da un lato, il rapporto tra i *writs* e *briefs* (*brevia* in latino) diffusi presso la Corte normanna in Francia e, dall'altro, l'influenza esercitata da Enrico II, erede della dinastia angioina che, di formazione e ascendenza francese, sviluppò un particolare interesse per le questioni giuridiche incidendo sullo sviluppo del *common law* delle origini (in ptc. p. 140).

<sup>39</sup> In merito, si osservino le riflessioni di W. TETLEY, *Mixed Jurisdictions: Common Law v. Civil Law (Codified and Uncodified)*, cit., secondo cui il *common law* sarebbe addirittura maggiormente soggetto all'influenza da parte di ordinamenti stranieri in ragione della sua peculiare struttura flessibile e assistematica.

autonomia alla Chiesa anglicana)<sup>40</sup>. In aggiunta, per un certo periodo, al diritto della *Curia Regis* si affiancò il diritto di *equity* che seguiva regole proprie e rappresentava una autonoma giurisdizione i cui criteri ispiratori erano piuttosto vicini al modello continentale (cfr., *infra*, 2, sez. I, § 1.3). Infine, si possono menzionare i corsi di diritto romano e di diritto canonico che presero corpo presso le Università di *Oxford* e *Cambridge*, diffondendo tra gli studenti di legge la conoscenza del paradigma giuridico continentale come emblematicamente rappresentato dalle lezioni, prima, e dall'intera opera, poi, di *Sir William Blackstone* (cfr. *infra*, 2, sez. I, § 1.4).

Quanto, poi, alle ragioni storiche dell'antagonismo tra *common law* e *civil law*, pare utile ricordare che la casata *Stuart* era accostata nell'immaginario comune alla disciplina romanistica quale strumento di gestione del potere assoluto e legittimazione delle istituzioni monarchiche. Di talché, durante la guerra civile che divampò nel XVII secolo, lo schierarsi della gran parte dei *common lawyer* al fianco delle rivendicazioni parlamentari implicò il rigetto della impostazione romastica cui era associato il potere regio, esacerbando il conflitto<sup>41</sup>.

Non si vuol – certo – sostenere che le origini storiche del *common law*, il contestuale sviluppo di discipline fortemente influenzate dal diritto romano nonché gli studi condotti in ambito universitario possano essere considerati, di per sé, sufficienti per assicurare un sufficiente grado di omogeneità rispetto al diritto continentale che li riconduca a un *unicum* compatto; piuttosto, sembra che tali suggestioni possano rafforzare il convincimento secondo cui lo sviluppo di *common law* non si verificò in uno stato di perfetto isolamento dal resto dell'Europa, bensì fu, come si tenterà di approfondire nei paragrafi che seguono, tutt'altro<sup>42</sup>.

### 1.3.2 In prospettiva comparata: l'accezione positiva

Tali convergenze tra i due modelli, d'altra parte, sono state evidenziate dagli studi comparati, che acquisirono rilievo nei primi anni '90, volti a stabilire se fosse possibile pianificare l'unificazione dei singoli diritti nazionali entro un unico *corpus* normativo applicabile all'intero territorio dell'Unione. Le indagini comparatistiche, quindi, si sono rivelate particolarmente preziose con riguardo alla questione che ci occupa. Tale filone di

---

<sup>40</sup> R. C. VAN CAENEGEM, *I sistemi giuridici europei*, cit., p. 28. Per approfondire, sul punto, si veda, *inter alia*, S. F. C. MILSOM, *Historical Foundations of the Common Law*, Londra, Butterworths, 1981, p. 23.

<sup>41</sup> L. MOCCIA, *English Law attitudes to the 'Civil Law'*, cit., p. 160.

<sup>42</sup> Per citare le parole di R. Zimmermann, infatti, la tesi contraria «*greatly exaggerates the insularity, or isolation, of the common law and its development. Roman law, Canon law, indigenous customary law, feudal law, the Law Merchant, Natural Law Theory: these were the most important ingredients in the development of continental law. All of them, in various ways, also shaped the English common law*»: ID., *In Roman Law, Contemporary Law, European Law: The Civilian Tradition Today*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 108.

ricerca, infatti, si può suddividere – semplificando grandemente<sup>43</sup> – in due principali orientamenti: secondo alcuni studiosi, infatti, la configurabilità di un diritto comune a livello sovranazionale trova il proprio fondamento nella disciplina di armonizzazione posta in essere dalle stesse istituzioni europee e nell’opera portata avanti dalla Corte di Giustizia, che è stata in grado di uniformare il diritto europeo *in action* tra i vari Stati Membri<sup>44</sup>. Seguendo un diverso indirizzo, invece, il *ius commune* europeo affonda le proprie radici nella matrice storica, condivisa nel corso dei secoli dai pur diversi modelli ordinamentali che compongono l’Unione<sup>45</sup>.

Ebbene, e non occorre spendere troppe parole sul punto, è evidente come questo secondo approccio risulti di particolare utilità<sup>46</sup> ai nostri fini dal momento che considera il taglio diacronico quale elemento chiave per dimostrare il tratto comune agli ordinamenti europei<sup>47</sup>.

Con riferimento alla potenziale unificazione del diritto in ambito europeo, si è osservato, del resto, come perfino nell’antico testo della *Magna Charta*<sup>48</sup> sia possibile

---

<sup>43</sup> Con riguardo ai rischi, che incontra la indagine comparata, di perdersi tra Scilla – l’eccessivo concettualismo – e Cariddi – paternalistiche semplificazioni: B. S. MARKESINIS, *Learning from Europe*, in Id. (ed.), *The Gradual Convergence. Foreign Ideas, Foreign Influences and English Law on the Eve of the 21st Century*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 11.

<sup>44</sup> Emblematico, in tal senso, l’editoriale di René de Groot che propone, con riguardo al diritto privato, un approccio pragmatico, in antitesi rispetto alle ricostruzioni storiche – che l’A. valuta piuttosto astratte –, al tema della confluenza dei diversi modelli in una nozione unitaria di diritto europeo: ID., *European Private Law between Utopia and Early Reality*, in *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, 4(1), 1997, pp. 1–4.

<sup>45</sup> La prospettiva di un diritto comune europeo pareva tanto scontata che l’Università di *Maastricht* prese a interrogarsi su quali strategie – metodologiche e sostanziali – fosse necessario adottare allo scopo di insegnare il futuro *ius commune* sul territorio dell’Unione: si veda, al riguardo, lo sforzo di esaminare la questione con riguardo alle diverse branche del diritto di B. DE WITTE e C. FORDED (ed.), *The Common law of Europe and the future of legal education. Le droit commun de l’Europe et l’avenir de l’enseignement juridique*, Deventer, 1992.

<sup>46</sup> R. ZIMMERMANN, *In Roman Law, Contemporary Law, European Law: The Civilian Tradition Today*, cit., p. 112, ove l’A. riporta le considerazioni di Harold J. Berman secondo cui l’Inghilterra deve intendersi parte integrante delle “*West legal traditions*”.

<sup>47</sup> Con riferimento al processo di convergenza tra i due modelli, si veda l’analisi di B. S. MARKESINIS, *Learning from Europe*, cit., p. 30: «*the reader [should be left] in no doubt that convergence is taking place [...] There is thus a convergence of solutions in the area of private law as the problems faced by courts and legislators acquire a common and international flavour; there is a convergence in the sources of our law since nowadays case law de facto if not de jure forms a major source of law in both common and civil law countries; there is a slow convergence in procedural matters as the oral and written types of trials borrow from each other and are slowly moving to occupy a middle position; there may be a greater convergence in drafting techniques than has commonly been appreciated [...] there is a growing rapprochement in judicial views*». Si veda, sul punto, pure G. C. J. VAN DEN BERGH, *Ius commune, a history with a future?*, in B. de witte e C. forded (ed.), *The Common law of Europe and the future of legal education. Le droit commun de l’Europe et l’avenir de l’enseignement juridique*, cit., p. 593 ss.

<sup>48</sup> Quanto al ruolo della Carta che risulta «*transformed from a baronial charter of privileges into a declaration of the rights of the English people*» si rinvia alle parole di Christopher Hill, riportate da V. BOGDANOR, *Magna Charta, the Rule of Law and the Reform of the Consitution*, in R. Hazell-J. Melton, *Magna Charta and its Modern Legacy*, New York, Cambridge University Press, 2015, p. 25. Con riguardo, poi, alle eccezionali innovazioni riconosciute dalla *Magna Charta* con riferimento ai principi fondamentali, è opportuno richiamare, *inter multis*, G. VASSALLI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, Utet, 1994, p. 287 s., ove l’A. ricorda la

rinvenire una certa influenza da parte del *ius commune* non solo per quanto riguarda il linguaggio utilizzato da tale testo fondamentale ma anche con riferimento ai limiti imposti al potere pubblico a protezione degli interessi individuali<sup>49</sup>. Al di là di quelle che furono le successive evoluzioni del diritto anglosassone, quindi, è certo possibile sostenere che il diritto romano e il diritto canonico abbiano esercitato una certa influenza sui giuristi di oltremania<sup>50</sup>, come testimonia il fatto che spesso tali fonti universali costituivano lo strumento di risoluzione di importanti dispute sorte in materia giuridica<sup>51</sup>.

D'altro canto, sembra da condividere la riflessione secondo cui l'esame della disciplina adottata in Francia e Germania rispetto alle singole questioni giuridiche potrebbe apparire *prima facie* molto diversa – se non addirittura più diversa delle soluzioni adottate dal *common law* – non potendosi da ciò dedurre né la estraneità di uno dei due sistemi dalla comune matrice romanistica né, tanto meno, la mancata condivisione di una tradizione giuridica comune tra i due ordinamenti<sup>52</sup>.

Tanto innanzi si è spinto detto orientamento da descrivere la nascita di un diritto comune a tutta l'Europa<sup>53</sup> come una sorta di "ri-europeizzazione", da ricondurre ai caratteri universali dalla tradizione giuridica occidentale<sup>54</sup>.

---

previsione n. 39 della Carta e afferma che «per quanto non escludesse espressamente l'uso dell'analogia e neppure il diritto consuetudinario che è sempre stato parte fondamentale del diritto inglese, essa si avvicina tuttavia nelle sue ragioni intime al principio moderno [di legalità]. Infatti, alla base di codesta limitazione dei poteri del re e del giudice stanno motivi politici, sta precisamente, per quanto soltanto in germe, quella concezione per cui signore e suddito, Stato e singolo sono due mondi separati ed occorre che i poteri dell'uno siano limitati a garanzia della libertà dell'altro».

<sup>49</sup> R. H. HELMHOLZ, *Magna Carta and the Ius commune*, in *Univ. Chicago L. Rev.*, 1999, p. 303 ss.

<sup>50</sup> Sui rapporti tra *ius commune* e *common law*, con particolare riguardo all'accorgimento per cui una loro unificazione porterebbe ad escludere l'applicazione al secondo del *nullum crimen* risultando il diritto comune prodotto di un modello di potere autoritario assolutistico: A. CADOPPI, *Common law e principio di legalità*, in *Quad. fiorentini*, 2007, p. 1161 ss., in ptc. p. 1164, ove l'A. avvisa il lettore della possibilità che la corrispondenza lessicale generi «false friends».

<sup>51</sup> R. H. HELMHOLZ, *Magna Carta and the Ius commune*, cit., p. 305, ove l'A. osserva che il diritto comune fungeva da supporto per colmare eventuali lacune che si dovessero presentare innanzi all'interprete: «[i]t is widely recognized today by historians of the subject that where the local law was incomplete or insufficient, English lawyers felt no shame in drawing upon the vast resources of the Roman and canon laws for inspiration» (p. 305). In tal senso, pure, L. MOCCIA, *Historical Overview of Comparative Law*, in B. de Witte e C. Forded (ed.), *The Common law of Europe and the future of legal education. Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique*, cit., p. 612 e ID., *English Law attitudes to the 'Civil Law'*, cit., 163.

<sup>52</sup> R. ZIMMERMANN, *In Roman Law, Contemporary Law, European Law: The Civilian Tradition Today*, cit., p. 113.

<sup>53</sup> In merito, del resto, René de Groot arriva ad affermare che «[t]o observe that the legal systems of Europe are converging states the obvious» (*European Education in the 21<sup>st</sup> Century*, in B. de Witte e C. Forded (ed.), *The Common law of Europe and the future of legal education. Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique*, cit., p. 7).

<sup>54</sup> R. C. VAN CAENEGEM, *I sistemi giuridici europei*, cit., p. 38.

### 1.3.3 Limiti applicativi

A fronte delle posizioni positive circa la configurabilità di un sostrato condiviso tra *common law* e *civil law*, non si possono, tuttavia, tralasciare le tesi opposte che tratteggiano confini insuperabili tra i due ordinamenti, ponendo l'accento sul fatto che quest'ultimi si sono sviluppati seguendo direttrici antitetiche. Al riguardo, a fronte della pluralità di posizioni che si sono affastellate in argomento, non si può che procedere, per sommi capi, tracciando le linee generali della discussione e inevitabilmente semplificando le posizioni piuttosto articolate elaborate dai singoli studiosi. Occorre osservare, *in primis*, che mentre alcuni ammettono l'eventuale futura confluenza tra i due modelli, una volta superati i diversi e significativi ostacoli che li dividono; altri autori escludono in radice la possibilità di ogni convergenza attesa la estrema diversità che contraddistingue, innanzitutto, la stessa mentalità diffusa nelle comunità di riferimento<sup>55</sup>. In tale prospettiva, anzi, ancorché in astratto auspicabile, il confluire tra i due ordinamenti è reso del tutto impossibile dalle divergenze irriducibili che ne precludono l'allineamento, anche in un futuro assai remoto, a meno di non rinunciare all'essenza propria di ciascun paradigma, non potendosi imporre una modifica *ab externo* dei costumi vigenti in una certa società ma potendo, al più, attendere che questi si modifichino con il tempo<sup>56</sup>.

Secondo un diverso filone dottrinale, la unificazione sarebbe possibile se imposta "dall'altro". In particolare, le spinte centrifughe alimentate dalle rivendicazioni nazionalistiche renderebbero utopico un ravvicinamento che muova sui binari indicati dalla scienza del diritto o dalla cultura giuridica. Un tale percorso di unificazione, al contrario, non potrebbe essere realizzato che con la "forza" nelle forme di una codificazione comune o della raccolta di nuove regole che appiattiscano i particolarismi nazionali<sup>57</sup>. All'opposto, invero, secondo alcuni è da accettare la tendenza innata in ciascun ordinamento di evolversi spontaneamente prendendo le forme delle organizzazioni più evolute: seguendo tale direttiva, sarebbe al più da cogliere un processo di graduale convergenza del paradigma di *common law* in quello di *civil law*, identificato come esempio di migliore sviluppo nel corso

---

<sup>55</sup> P. LEGRAND, *European Legislative Systems are not Converging*, cit., p. 59, specificando come il significato delle singole disposizioni non possa essere compreso isolando la previsione dal contesto culturale e, quindi, dalla mentalità di riferimento. Inoltre, l'A. riflette, tra le varie questioni, sul fatto che il riferimento al nome delle parti per indicare una certa decisione nel *common law* sottende una concezione del processo come disputa tra i due litiganti, mentre l'approccio opposto diffuso negli ordinamenti di *civil law*, ossia l'uso del riferimento numerico e della data del provvedimento, dimostra l'accezione antitetica tesa a enfatizzare il carattere impersonale della decisione quale prodotto dell'autorità dell'organo emittente (p. 57). L'A, del resto, sostiene che l'istituzione della Unione europea, invece che rappresentare un elemento a favore della progressiva convergenza tra i due modelli, al contrario metta in risalto le differenze che intercorrono tra il paradigma anglosassone e quello continentale.

<sup>56</sup> Ivi, p. 62 s. «*the common law mentalità is not only different, but it is actually irreducibly different, from the civil law mentalità as found in Continental Europe*».

<sup>57</sup> Ivi, p. 53.

dei secoli<sup>58</sup>. Ebbene, tantando di far luce sulle disparità irriducibili che segnano la incomunicabilità tra i due sistemi, occorre, innanzitutto, secondo la ricostruzione tradizionale elaborata dal giurista di *civil law*, considerare che costui è abituato a costruire le proprie argomentazioni a partire dal referente legislativo, individuando istituti generali capaci di sistematizzare il diritto e allontanare la soluzione giuridica dal caso fino a riuscire a prescindere del tutto. Il sistema anglosassone, viceversa, si incentra proprio sull'esame del fatto da cui, per via induttiva, ricava la regola del caso concreto, capace di esplicitare i propri effetti solo in riferimento a un ambito applicativo fortemente contenuto<sup>59</sup>. Il ragionamento seguito dai giudici, come si vedrà (cfr. *infra*, 2, Sez. 3, § 1.4), segue in gran parte il metodo analogico, fermamente vietato invece in materia penale in ossequio al *nullum crimen*.

L'approccio estremamente pragmatico che guida i giuristi inglesi, impegnati nella risoluzione del caso, piuttosto che nella individuazione della categoria generale in cui sussumere un certo comportamento<sup>60</sup>, si scontra frontalmente con l'impostazione dei giuristi continentali: se quest'ultimi seguono direttive "proattive", volte a riportare con coerenza il singolo caso entro l'unità del sistema, gli altri si limitano a reagire alle questioni poste dalla vicenda contingente, rifuggendo qualsivoglia istinto alla sistematicizzazione del diritto. Laddove il giurista di *civili law* si interroga "*quid iurs?*" il collega oltremarino si domanda "*quid facti?*", risolvendosi la pretesa giurisdizionale nella sussistenza di elementi contingenti sufficienti per giustificare una *cause of action*<sup>61</sup>.

D'altra parte, mentre il giudice anglosassone è del tutto indipendente dal potere legislativo, trovando in sé la legittimazione rispetto alla pronuncia di una determinata sentenza, l'art. 101, comma 2, Costituzione, sancisce la supremazia della legge sul potere giurisdizionale, rendendo non solo ammissibile bensì necessario, per la tenuta del sistema, lo scrutinio di legittimità delle singole decisioni giudiziarie<sup>62</sup>. Per contro, in termini speculari, il giudice di *civil law* è autonomo rispetto agli altri esponenti del potere

---

<sup>58</sup> Si veda, sul punto, J. H. MERRYMAN, *On the Convergence (and Divergence) of the civil law and the common law*, cit., p. 199. L'A., invero, riflette – oltre che sul tema della convergenza naturale – su due altre modalità capaci di far convergere i due diversi ordinamenti: la prima si identifica con il processo di unificazione imposto *ab externo*, ad esempio la stipula di una Convenzione o di un Trattato internazionale; la seconda, invece, dipende dai *legal transplant* che conseguono, di regola, alla acquisizione di istituti propri di un altro ordinamento in seguito al fallimento dei propri modelli oppure alla conquista politica del proprio territorio (pp. 205-210).

<sup>59</sup> Quanto allo sviluppo del *legal reasoning* del giudice di *common law* in relazione alle circostanze contingenti del caso concreto, si veda P. LEGRAND, *European Legislative Systems are not Converging*, cit., p. 69; G. SAMUEL, *The Foundations of Legal Reasoning*, Antwerp, Blackstone, 1994, p. 171 ss.

<sup>60</sup> Sul punto, emblematiche le parole di W. T. Murphy: «[t]he common law tradition, as I have sought to characterise it, was concerned with the apprehension of regularities rather than the knowledge of rules», id., *The Oldest Social Science? The Epistemic Properties of the Common Law Tradition*, in *Modern Law Rev.*, 1991, p. 205.

<sup>61</sup> P. LEGRAND, *European Legislative Systems are not Converging*, cit., pp. 66-71.

<sup>62</sup> Ivi, p. 75, dubitando l'A. che gli esponenti del paradigma di *common law* e di *civil law* possano effettivamente raggiungere una effettiva e piena conoscenza l'uno del sistema dell'altro.

giurisdizionale mentre il giudicante anglosassone è inserito in una struttura ordinata gerarchicamente dal vincolo del precedente.

Pertanto, posti i limiti generali del metodo comparativo – per cui lo studioso per quanto si avvicini alla comunità cannibale si terrà sempre ben lontano dal calderone<sup>63</sup> – le distanze prospettate tra i due ordinamenti ne renderebbero irriducibile il divario, assumendo pertanto la estraneità dell'uno rispetto all'altro.

Per contro, in risposta a tali affermazioni, sembra utile tenere a mente la tesi elaborata da *van Caenegem* secondo cui, maturata la necessaria consapevolezza con riferimento alle barriere istituzionali e culturali che si frappongono alla unificazione tra i due paradigmi, è possibile presagire una futura confluenza in termini di almeno potenziale dialogo tra i due sistemi laddove i giuristi siano in grado di «preparare il terreno» per il raggiungimento di un tale obiettivo e, al contempo, si manifesti la concreta volontà politica di porre in essere un simile “*ius commune*”<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> Ivi, p. 76, ove l'A. riporta la celebre metafora dell'etnografo *Georges Dumézil* («[s]i j'allais chez les anthropophages, je tâcherais d'en savoir le plus possible sur eux, mais je resterais loin de la marmite»).

<sup>64</sup> R. C. VAN CAENEGEM, *I sistemi giuridici europei*, cit., p. 46.

## 2. Il modello di *common law*: il caso del Regno Unito

### Sezione I - Evoluzione storica

#### 1.1 Dalla conquista normanna al sistema dei *writs*

All'indomani della conquista del Regno Unito, i sovrani normanni percepirono l'urgenza di assicurarsi il controllo del territorio e scongiurare il rischio di forze centrifughe che potessero indebolire il regno neocostituito. La strategia prescelta, invero piuttosto acuta, consistette, da un lato, nel dividere il regno in numerosi feudi di dimensioni contenute così da attribuire a ciascun fiduciario del sovrano, che si fosse impegnato per espandere il potere della monarchia, il controllo su un appezzamento di terreno. Dall'altro, poi, il re decise di accentrare presso di sé alcune funzioni essenziali per assicurare la coesione e l'unità del dominio centrale: tra gli altri, la gestione del sistema fiscale<sup>65</sup>, il potere di polizia e – non sorprende affatto – l'amministrazione della giustizia<sup>66</sup>.

Al compimento di tali funzioni, furono demandati prevalentemente i chierici, ossia ecclesiastici ben istruiti che non solo sapevano leggere e scrivere ma, per quanto più è d'interesse ai nostri fini, conoscevano il latino e il diritto romano (cfr. *supra* §1.4.1). Con il passare del tempo, la funzione dei chierici, in ragione della crescente specializzazione nonché del progressivo sviluppo di competenze tecniche, ne fece una sorta di "specialisti della amministrazione" così da divenire autonomi destinatari dello svolgimento di mansioni ordinarie tanto di tipo esecutivo quanto giudiziario.

Detto altrimenti, si incominciava a scorgere un dualismo nella gestione del potere, in precedenza tendenzialmente confuso al vertice della piramide autoritaria. Posto che le decisioni assunte dal re e dalla *Curia Regis* non erano altrimenti discutibili, le due assemblee di cui quest'ultima si componeva videro lentamente meglio definirsi le competenze loro assegnate: il *Magnum Concilium*, composto dai baroni e da altre figure illustri del tempo, affiancava il re nell'assumere le scelte legislative di carattere generale mentre una seconda assemblea si occupava insieme ai chierici della riscossione dei tributi e delle controversie giudiziarie.

Sul punto, è opportuno chiarire fin da subito che il sovrano e, di conseguenza, i chierici che lavoravano in sinergia con le *Curiae* avevano competenze limitate quanto all'amministrazione della giustizia giacché i feudatari avevano ottenuto di mantenere autonoma giurisdizione sulle questioni di incidenza "locale". Ne derivava la possibilità di

---

<sup>65</sup> Sul catasto voluto da Guglielmo il Conquistatore (c.d. *Domesday Book*) celebre è il commento di un osservatore del tempo secondo cui «*there was no single hide nor a yard of land, nor indeed one ox nor one cow nor one pig which was left out*»: in questo senso, G. CRISCUOLI-M. SERIO, *Nuova introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 101 s.

<sup>66</sup> A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 48.

accentrare – solo – la soluzione di controversie che avevano a oggetto, in prima battuta, l'investitura dei vassalli e, inoltre, quelle che potevano mettere a rischio la sicurezza del regno. Proprio questa seconda categoria di fu sfruttata dai chierici per estendere la giurisdizione regia, accrescendo la sovranità dello Stato in numerosi rilevanti settori<sup>67</sup>.

Ebbene, è in riferimento all'ambito di rilevanza della giurisdizione regia che si sviluppa il sistema dei *writ*s. A fronte della richiesta presentata alla cancelleria con sede a *Westminster* in cui si esponeva la questione che aveva dato origine alla controversia, i chierici rispondevano con un *writ* che poteva seguire una duplice strada: da un lato, era possibile che la pergamena fornisse una diretta soluzione al caso in questione oppure, in alternativa, poteva rivolgere un ordine al signore locale affinché si preoccupasse di risolvere il caso seguendo le direttive regie.

I *writ*s erano altamente incentrati sulle peculiarità della vicenda contingente e dotati di un linguaggio puntuale e specialistico così da mostrare una «struttura [...] analoga a quella di una fattispecie generale e astratta che si concretizza[va] nel processo»<sup>68</sup>.

Il meccanismo ebbe un discreto successo tanto che si stima che dal 1200 al 1250 il numero di *writ*s prodotti dalla cancelleria regia decuplicò: si decise di tenere traccia in un apposito registro (*Yearbook*)<sup>69</sup> di ogni documento elaborato per la soluzione delle varie controversie così da poterne tenere memoria a beneficio delle decisioni successive che seguissero formule analoghe.

Il proliferare dei *writ*s fu tale che nel 1258 le c.d. *Provisions of Oxford* proibirono di svilupparne di nuovi, limitando la facoltà di utilizzo dei singoli provvedimenti a quelli già inseriti nei rispettivi registri a far data proprio al 1258<sup>70</sup>. Si trattò di un tentativo piuttosto evidente di arginare la competenza regia in materia di giustizia, allo scopo di evitare sovrapposizioni massicce alla giurisdizione locale dei singoli feudi che si servivano, in

---

<sup>67</sup> A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 49.

<sup>68</sup> Ivi, p. 51. Invero, secondo tali autorevoli commentatori, si sviluppò già al tempo una chiara consapevolezza riguardo ai riverberi politici del paradigma scelto per amministrare la giustizia: l'assetto di poteri che delineava lo Stato-apparato era fortemente dipendente dalla questione giurisdizionale dal momento che il potere delle cancellerie andava ad avvicinarsi a quello legislativo giacché limitava le attribuzioni feudali e formulava decisioni ripetibili nel tempo, ossia a carattere generale e astratto: Ivi, p. 52.

<sup>69</sup> Sul punto, si veda S. F. C. MILSOM, *Historical Foundations of the Common Law*, cit., p. 37 ss. Si distinguono, in merito, i c.d. *Yearbooks*, ossia raccolte di casi dalla origine discussa che inizialmente ambivano a indicare agli operatori del settore i formulari utili per adire le Corti, servendosi dei singoli casi come mero strumento esemplificativo, e che divennero, poi, vere e proprie raccolte giurisprudenziali (p. 44 ss.). Per approfondire l'analisi circa la diffusione degli *Yearbooks* e le modalità utilizzate al tempo per produrre tali raccolte giurisprudenziali, si veda A. W. B. SIMPSON, *Legal Theory and Legal History*, London, The Hambledon Press, 1987, p. 33, 53 ss.

<sup>70</sup> Il processo di contenimento della produzione dei *writ*s, invero, fu completato nel 1285 attraverso il c.d. *Statute of Westminster* (in via definitiva dal XV secolo) che affiniò l'ambito di applicazione del provvedimento antecedente.

prevalenza, di un diritto consuetudinario piuttosto lontano dal paradigma della giustizia centrale.

## 1.2 Il ceto forense e la sua formazione

Una volta che il registro dei *writs* divenne definitivo (1258: cfr. *supra* § 1.1), il diritto elaborato presso la *Curia Regis* continuò ad evolvere seppur secondo direttive più gradualmente e dilatate nel tempo. Il consolidarsi di tale forma di esercizio del potere giurisdizionale, infatti, ebbe significative influenze pure sulla formazione di regole procedurali costanti nel tempo che favorirono lo sviluppo del canone di prevedibilità del diritto<sup>71</sup>.

Quanto alla procedura, infatti, si sviluppò un sistema tendenzialmente accusatorio: ciascun provvedimento della Curia si apriva con un peculiare *ostensurus quare* rivolgendosi al soggetto interessato affinché desse spiegazioni sul fatto controverso. In tal modo, la difesa era limitata alle sole contestazioni espresse dal potere pubblico secondo quello che rimarrà uno dei pilastri del rito accusatorio<sup>72</sup>. Nell'*iter* processuale piuttosto rigido seguito dai *writs* (c.d. *forms of actions*<sup>73</sup>), inoltre, è possibile riscontrare *in nuce* il principio del giusto processo nelle forme di un diritto individuale di difesa da esercitare innanzi a un'autorità imparziale e a fronte di una accusa chiara e immutabile.

Ne deriva, quindi, che, in prospettiva processuale, «la modalità con cui i protogiuristi inglesi affermarono il principio di legalità all'interno della giurisdizione delle corti regie fu improntata al formalismo»<sup>74</sup>. Al contempo, tuttavia, il consolidarsi di procedure stabili e l'utilizzo di regole cristallizzate entro i pubblici registri consentì all'amministrazione della giustizia di sviluppare un approccio ispirato alla parità di trattamento sostanziale dei soggetti interessati, che assistevano alla soluzione della propria vicenda attraverso l'applicazione di principi condivisi in relazione a casi simili.

Nel momento in cui, del resto, la giustizia regia iniziò a essere percepita come giustizia fondata su regole e procedure radicate e ripetute – sempre uguali – nel tempo, si diffuse l'idea di una «giustizia tradizionale», capace di tenere vive le tradizioni e, in tal senso, di una giustizia di tipo consuetudinario<sup>75</sup>.

---

<sup>71</sup> A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 69.

<sup>72</sup> Con riguardo al processo accusatorio anglosassone e alla paventata opportunità di sostituire tale modello con quello inquisitorio, si veda M. DELMAS-MARTY, *The juge d'instruction: do the English really need him?*, in S. Markesinis (ed.), *The Gradual Convergence. Foreign Ideas, Foreign Influences and English Law on the Eve of the 21st Century*, cit., p. 46 ss.

<sup>73</sup> Stupisce considerare che gli ultimi ordini a comparire innanzi alle singole giurisdizioni pronunciati dalla regina risalgono al 1820, dovendosi, quindi, riconoscere la capacità del sistema di perpetuarsi – non senza cambiamenti e modifiche – fino al XIX secolo.

<sup>74</sup> A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 58.

<sup>75</sup> Ivi, p. 59.

Al contempo, il livello di crescente tecnicismo che andò diffondendosi con l'affermarsi del sistema dei *writs* comportò il graduale affermarsi di un nuovo ceto professionale: il ceto dei giuristi. Mentre, infatti, la figura del chierico era in origine percepita come mero amministratore che seguiva il sovrano per espletare le mansioni esecutive, a partire dal momento in cui l'esercizio del potere giurisdizionale prese sede nel cuore di Londra l'approccio alle questioni giuridiche cambiò radicalmente.

L'esercizio della giustizia divenne sempre più autonomo dal potere regio e fu organizzato in due ordini di Corti<sup>76</sup>: da un lato, la *King's Bench*, impegnata nel risolvere le controversie penalistiche nonché le c.d. *Crown Pleas* che, riguardando il mantenimento della pace nel regno, interpellavano direttamente il sovrano, e, dall'altro, le *Common Pleas*, destinate a considerare questioni di minor risalto, estranee agli interessi politici.

Invero, la prospettazione del giudizio, a fronte di un *wrong*, poteva avere origine dall'iniziativa tanto della vittima del reato quanto dell'autorità pubblica risolvendosi in due procedure distinte tese, nel primo caso, a ottenere il risarcimento del danno cagionato dall'illecito e, nel secondo, a perseguire l'autore del reato. Ne discende la possibilità che simili fatti potevano trovarsi a pendere, a seconda dei casi, innanzi a diverse giurisdizioni acquisendo rilevanza generale o locale a seconda della domanda presentata dalla parte pubblica o privata<sup>77</sup>.

Insieme alla figura di giudice e giurato<sup>78</sup>, crebbe il ruolo del difensore, un professionista laico scelto tra i migliori conoscitori del diritto del tempo. In breve tempo, l'ufficio di giudice non fu più trasmesso agli assistenti del magistrato bensì a coloro che si fossero distinti per abilità e conoscenze proprio all'interno del ceto forense.

Gli avvocati, inoltre, svolsero un ruolo fondamentale quanto al percorso di laicizzazione dei giuristi: non potendo i chierici esercitare alcun servizio che fosse a pagamento, i difensori erano tendenzialmente laici che esercitavano la professione per procacciarsi da vivere. Nel momento in cui i giudici furono selezionati tra gli stessi avvocati, dunque, il percorso di laicizzazione della giustizia poté dirsi completo<sup>79</sup>.

Quanto all'evolversi e al consolidarsi del diritto di *common law*, è noto, un ruolo peculiare fu svolto dalle corporazioni forensi. Si fa, di regola, risalire al 1280 la nascita delle prime forme di associazionismo corporativo dotato di regole puntuali che indicavano come

---

<sup>76</sup> Fu gradualmente superato, infatti, l'uso secondo cui i giudici seguivano la Corte itinerante del sovrano, trovando piuttosto sede a *Westminster*: S. F. C. MILSOM, *Historical Foundations of the Common Law*, cit., p. 31 ss.

<sup>77</sup> Ivi, p. 403 s.

<sup>78</sup> Secondo il meccanismo dei *writs*, infatti, il giudice era chiamato a sussumere il fatto in una certa fattispecie che ne definisse la qualificazione giuridica; l'accertamento del fatto storico, invece, era demandato ai giurati i quali venivano a conoscenza dei fatti attraverso una iniziale *narratio* affidata all'avvocato. La bravura del professionista stava, è evidente, nell'approfittare già di questa fase embrionale del procedimento affinché il proprio assistito ottenesse il favore della giuria.

<sup>79</sup> Sul punto, vale la pena ricordare che il Ministro della Giustizia fu nominato tra i vescovi fino al XVI secolo, a riprova della resilienza del legame tra potere religioso e funzione giurisdizionale in territorio anglosassone.

entrare a far parte della organizzazione, il comportamento che era consono per un professionista e via dicendo. L'antenato degli attuali *Inn's*<sup>80</sup> - che ospitano la formazione e la crescita dei nuovi *barristers* - era chiamato *Order of the Coife* e si presentava con un approccio del tutto simile agli ordini attuali.

L'organizzazione interna a tali associazioni corporative era, tendenzialmente, di tipo oligarchico, autonoma dagli altri poteri statali: i membri dotati di maggiore anzianità e autorevolezza della *societas* gestivano la fase di indirizzo della gran parte delle funzioni attribuite alle corporazioni, stabilendo modalità e tempi della formazione dei giovani e, al contempo, intrattenendo i rapporti con gli altri operatori del settore, giudici in testa<sup>81</sup>.

Il percorso di formazione, infatti, era di tipo iniziatico – opposto all'approccio adottato nelle Università –; estremamente fedele alla tradizione, si riproponeva identico nei secoli. In particolare, i giovani vivevano e studiavano insieme, all'interno di spazi esclusivi e dedicati, ove poter affinare la conoscenza reciproca e la condivisione di sapere e valori. Il risultato era lo sviluppo di una formazione sociale estremamente coesa e uniforme, improntata alla parificazione delle valutazioni culturali e sociali la quale si distingueva – al contempo – per un grave immobilismo. D'altronde, il riferimento al diritto dei *writs*, rappresentato non tanto *in the books* quanto *in action*, imponeva che l'apprendimento avvenisse piuttosto che sui banchi universitari, attraverso il diretto contatto con i professionisti entro le stesse corporazioni<sup>82</sup>.

Ebbene, riassumendo, la eredità forse più interessante del modello dei *writs* può riscontrarsi in due diversi aspetti: in prima battuta, il diffondersi di tale paradigma formalistico dava consistenza a un diritto puntiforme, frammentario, ove specifiche regole erano individuate per risolvere determinate vicende contingenti e, in un secondo momento, conservate in pubblici registri per l'ipotesi che potessero tornare utili in futuro. Si trattava di un diritto pressoché indipendente da categorie generali, istituti di principio o altri paradigmi gerarchici ordinanti che dimostrava, invece, una spiccata incidenza pratica. In secondo luogo, le regole erano trascritte in formule esatte che abitarono fin dagli albori il giurista anglosassone a interrogarsi non tanto su concetti generali quanto sul preciso

---

<sup>80</sup> Al centro di Londra, infatti, si distinguono quattro *Inn's* – *Inner Temple*, *Middle Temple*, *Gray's Inn* e *Lincoln's Inn* – tutt'oggi demandati alla formazione dei giovani che aspirino a far parte del ceto dei *barristers*. Il primo di cui si ha conoscenza è il *Lincoln's Inn*, operativo a partire dal 1422. Sul punto, è utile richiamare il lavoro di A. W. B. SIMPSON, *Legal Theory and Legal History*, cit., p. 19, ove l'A. snocciola nel dettaglio il funzionamento della organizzazione dimostrandone il successo in cifre: dal 1422 al 1427 il numero dei membri – suddivisi in *clercks* e *fellows* – del *Lincoln's Inn* crebbe quasi del 50% (da 127 a 187).

<sup>81</sup> A. W. B. SIMPSON, *Legal Theory and Legal History*, cit., p. 17.

<sup>82</sup> Quanto alla distinzione tra *common law* e *civil law*, in ragione del ruolo attribuito al giudice piuttosto che al professore universitario, si veda I. SAMMUT, *Interpreting the law in a mixed jurisdiction: the professor vs. the judge - peers or rivals?*, cit., p. 779.

significato delle parole, sulle situazioni a cui le stesse sono da ricondurre e sulle ipotesi, invece, che ne rimanevano estranee<sup>83</sup>.

Del resto, come si tenterà di dimostrare in seguito, «lo stile dei testi normativi inglesi ed anche i testi contrattuali, riflettono ancor oggi questa esperienza storica, perché essi muovono dall'identica premessa per cui le parole hanno un valore costrittivo, nel senso che costringono anche il più malizioso degli interpreti ad accettare che esse abbiano un senso sfavorevole ai suoi interessi».

### 1.3 Giudici di *Common Law* ed *Equity*

Il sistema dei *writs* mostrò i suoi limiti in maniera piuttosto evidente a fronte dei cambiamenti epocali che attraversarono l'Inghilterra nel XV secolo e, con ancora maggiore impatto, al tempo della prima rivoluzione industriale<sup>84</sup>.

Nel corso del XV secolo, in particolare, lo sviluppo dei traffici commerciali – in particolare via mare<sup>85</sup> – l'intensificarsi degli scambi con l'Europa continentale, il diffondersi della cultura umanistica e le nuove conquiste militari resero manifeste le asperità di un sistema rigido e tendenzialmente immutabile, “congelato” alle regole raccolte fino al 1258 e, di conseguenza, incapace di fornire risposte efficienti e rapide alla gran parte dei nuovi bisogni sociali che andavano emergendo<sup>86</sup>.

L'inadeguatezza delle risposte che provenivano dalle cancellerie si tradusse, ben presto, nel paradossale recupero del ricorso diretto al monarca nel tentativo di arginare le forme e i tecnicismi del modello dei *writs*.

Pare utile, allora, soffermarsi brevemente sul punto. A prendersi carico delle suppliche rivolte al re, era la figura del Cancelliere, di regola nominato tra i vescovi più illustri della curia, attraverso un rito piuttosto informale di stampo inquisitorio: estromessa la giuria, la vicenda era decisa “*intuitu personae*” dal giudice-Cancelliere; non esisteva alcun registro delle precedenti decisioni né, in effetti, un tale strumento pareva utile giacché le singole pronunce si risolvevano per lo più in ordini di *facere* o *non facere* e tendevano alla “emenda”

---

<sup>83</sup> A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 67.

<sup>84</sup> Sul ruolo della rivoluzione industriale quale nuova sfida tanto per la normativa legislativa quanto per il *judge-made law*, si rinvia a H. COING, *European Common Law: Historical Foundations*, cit., p. 36 ss.

<sup>85</sup> Quanto agli effetti dello sviluppo del commercio sul diritto e, in particolare, sul bisogno di elaborare un diritto universale che facilitasse gli scambi negoziali tra Paesi differenti (*Lex Mercatoria*), si veda G. GORLA-L. MOCCIA, *A 'revisiting' of the comparison between 'Continental Law' and 'English Law' (16<sup>th</sup>-19<sup>th</sup> Century)*, cit., p. 145.

<sup>86</sup> Con riferimento ai caratteri propri del modello di *common law*, si è detto che lo stesso rappresenta un emblematico paradigma di «tradizionalismo e continuità ininterrotta»: non si può, del resto, distinguere un preciso momento di svolta tra un ipotetico *common law* antico e un *common law* moderno, dovendosi al più identificare diverse progressive modifiche nel diritto di matrice giurisprudenziale che però non corrispondono a vere e proprie rotture rispetto alle risoluzioni sistematiche precedenti. Si tratterebbe, quindi, di un modello «senza tempo, fondato sulla saggezza secolare»: in tal senso, si veda R. C. VAN CAENEGEM, *I sistemi giuridici europei*, cit., p. 18.

del soggetto interessato. Detto giudizio era, infatti, condotto secondo le regole della morale cristiana con l'unico limite di non violare le norme di diritto positivo e, quindi, in ultima analisi il *common law* elaborato attraverso il sistema dei *writs*. Nasceva in questi termini la giustizia equitativa quale giudizio altamente soggettivo, fondato sulla discrezionalità dell'organo giudicante e sulla sua sensibilità nei confronti delle regole e dei valori della cristianità. In assenza di limiti – se non il riferimento in negativo al diritto di *common law* – l'esito dei giudizi di *equity* si dimostrò presto scarsamente prevedibile, divenendo fonte di incertezza riguardo al diritto applicabile ai singoli casi<sup>87</sup>.

### 1.3.1 Il "piede" del cancelliere

Quanto alla discrezionalità del giudizio di *equity*, infatti, si andò diffondendo un paradosso alquanto emblematico: si diceva, infatti, che misurare il diritto avendo come riferimento la arbitrarietà del Cancelliere era tanto assurdo quanto attestare la lunghezza del piede, unità di misura anglosassone, prendendo come riferimento il piede dello stesso Cancelliere.

Del resto, il modello di *equity* era visto da molti con sospetto quale tentativo di inserire nell'ordinamento anglosassone principi e regole proprie del paradigma romanistico, ibridando con soluzioni adottate da parte del diritto continentale l'autenticità del *common law*<sup>88</sup>. Per far fronte a tali critiche, allora, si iniziò a raccogliere in appositi registri anche le decisioni di *equity* così da assicurare una migliore accessibilità e conoscibilità delle singole regole utilizzate. Ne derivò, quindi, un graduale irrigidimento di questa seconda tipologia di ricorsi così che sembrò sempre meno opportuno mantenere la dicotomia di rito che costava ingenti risorse alle casse dello Stato. La giurisdizione di *equity* finì per essere assorbita quasi integralmente nel diritto di *common law*.

Ancora oggi, invero, è possibile individuare settori del diritto, in particolare in determinate materie civilistiche, in cui le decisioni sono dettate dai criteri di *equity*; si tratta, tuttavia, di un modello minoritario e non più caratterizzato da una distanza siderale rispetto alla giurisdizione prevalente.

Per lungo tempo, nondimeno, la contrapposizione tra la giurisdizione di *common law* e di *equity* fu talmente dirompente che il contrasto non si limitò al solo profilo giurisdizionale, o alla definizione del reciproco ambito di competenza, ma arrivò a lambire la sfera politica e, in particolare, il riparto di poteri. I giudici di *common law*, infatti, si schierarono a favore

---

<sup>87</sup> Come è stato sapientemente osservato, la incertezza del diritto in uno con la ampia discrezionalità – se non proprio arbitrio – concesso al Cancelliere rafforzò il fenomeno della corruzione: lo stesso *Francis Bacon* ricoprì la carica di Cancelliere fino al 1622 quando fu destituito a causa delle eccessive regalie che accettava dalle parti in causa.

<sup>88</sup> Si veda, sulla questione, W. B. PERKINS, *The English Judicature Act of 1873*, in *Mich. Law Rev.*, 12, 4, 1917, p. 278.

delle istanze parlamentari volte ad acquisire un ruolo di maggiore autonomia dal monarca. All'opposto, la giurisdizione di *equity* decise di parteggiare per le sorti del sovrano dipendendo ampiamente il proprio potere dall'elargizione regia. Una simile netta presa di posizione alimentò la frizione con il ceto dei giuristi. Orbene, proprio nella contrapposizione con *l'equity*, i giudici di *common law* si sforzarono di superare le asperità di un modello eccessivamente rigido e riuscirono a ridurre «in formule dotate di grande efficacia quei principi e quei valori di legalità che costituivano il sostrato della loro giurisdizione e che da allora in poi divennero patrimonio storico delle istituzioni anglosassoni»<sup>89</sup>. Emblematico del contrasto, peraltro, è il racconto di quanto avvenne innanzi a re Giacomo I nel 1616: a fronte della domanda formulata dal sovrano ai giudici di *common law* se si sarebbero mai astenuti dal decidere secondo il diritto su ordine del sovrano, *Sir Edward Coke* rispose che in tale ipotesi si sarebbe comportato come si confà a un giudice<sup>90</sup>. In ragione della richiesta, poi, di astenersi dal giudicare per lasciare il compito allo stesso monarca, *Coke* affermò che ciò era impossibile giacché la soluzione di una controversia giuridica non trovava fondamento nella “ragione comune” bensì nella “ragione artificiale” (*artificial perfection of reason*)<sup>91</sup> che richiede anni di studio ed esperienza per essere appresa. Ancorando l'autonomia dell'organo decidente al sapere giuridico, tale discorso è considerato un primo monumento eretto in favore della indipendenza del potere giudiziario<sup>92</sup>, perfezionatasi poi definitivamente con il consolidarsi del ruolo del Parlamento nel XVII secolo e il conseguente contrarsi della monarchia<sup>93</sup>. L'esito di tale rivoluzione politica fu il sostanziale assorbimento della giurisdizione di *equity* entro il *common law* nonché il prevalere del *rule of law*, come si vedrà nei paragrafi che seguono.

---

<sup>89</sup> A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 77, ove gli AA. ricordano come i giudici di *common law* arrivarono ad assolvere chi fosse stato condannato per *contempt of court*, essendosi ribellato alla giurisdizione di *equity*.

<sup>90</sup> La citazione letterale è di regola riportata come segue «when the case should be, he would do that should fit for a judge to do».

<sup>91</sup> U. MATTEI-E. ARIANO, *Il modello di common law*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 22, ove gli A. ricordano come si debba a *Sir Edward Coke* la prima pubblicazione dei provvedimenti della sua Corte, dando avvio alla rivoluzione epocale dei *reports*.

<sup>92</sup> Infatti, «*the victory of the courts in the contests between the common-law courts and the Stuart kings had established that there were fundamental common-law rights of Englishmen which Englishmen might maintain in courts and in which courts would secure them even against the king, a juristic theory of fundamental natural rights, independent of and running back of all states*»: R. POUND, *The Spirit of the Common Law*, Francetown, Marshall Jones Company, 1931, p. 89.

<sup>93</sup> Quanto al riconoscimento del *Bill of Rights* del 1688 e della supremazia parlamentare, si veda P. NORTON, *Reform of the House of Lords*, Manchester, Manchester University Press, 2017, p. 20.

### 1.3.2 Rule of law e rule of man

La disputa tra *common law* ed *equity* è stata descritta, pure, secondo una diversa prospettiva. In particolare, infatti, la giurisdizione basata sull'esercizio di potere discrezionale del Cancelliere, che richiama precetti divini e si affida a comandamenti morali, era identificata come c.d. *rule of man*. Il carattere imprevedibile e soggettivo di tale giurisdizione rifletteva, del resto, il modello assolutista, in cui la ragione di Stato risultava anteposta alle prerogative del singolo; era, pertanto, pienamente coerente per i giuristi di *equity* schierarsi con la monarchia nello strenuo tentativo di difendere lo *status quo* dai venti di cambiamento che agitavano l'Europa.

All'opposto, la legittimazione del potere di *common law* era da ricercare *in nuce* in quell'idea che si sarebbe poi perfezionata nel *rule of law*. La nozione di *rule of law* è difficile da comprendere, soprattutto per chi porti il bagaglio giuridico continentale, dal momento che si tratta di un concetto alquanto complesso che coinvolge una pluralità di garanzie poste a fondamento del paradigma anglosassone di ispirazione marcatamente liberale (cfr. *infra* II, 2, § 1 ss.). Quanto alla definizione in termini tecnici, si dirà in seguito. Tuttavia, sul punto, pare, fin da ora, d'obbligo riflettere sulla molteplicità di nozioni ricondotte all'espressione in esame tanto che non è mancato chi ha sostenuto di poter equiparare con riferimento al *common law* delle origini *rule of law* e *rule of courts*, enfatizzando in tal modo il ruolo rivestito dal potere giurisdizionale<sup>94</sup>. Nondimeno, una tale ricostruzione segnerebbe un solco forse troppo profondo – e invero ingiustificato come si tenterà di indicare nelle pagine che seguono – tra il diritto continentale e la giurisdizione diffusa oltremontana dal momento che non vi è alcun dubbio circa la impossibilità di ricondurre lo Stato di diritto, in termini esclusivi, al diritto giurisprudenziale nei sistemi di *civil law*.

Per contro, e procedendo in questa fase iniziale per cenni, secondo la tesi oggi maggioritaria è da ricondurre alla nozione di *rule of law* l'idea per cui la libertà personale dei cittadini può essere condizionata solo da regole condivise dalla comunità di appartenenza, che non siano imposte dalla volontà di un singolo, si tratti del monarca o del Cancelliere o, perfino, del Parlamento. Una tale accezione, è evidente, richiama le pieghe più profonde dello Stato di diritto continentale, accorciando le distanze tra i due ordinamenti.

Si contrappongono, in tale prospettiva, due modelli antitetici: da un lato, il diritto incombe dall'alto quale promanazione del volere del sovrano che si esprime nelle forme di regole inaccessibili e imperscrutabili e, del resto, nemmeno contestabili dai sudditi. Dall'altro, il diritto è inteso come un mero strumento di mediazione tra il potere pubblico e

---

<sup>94</sup> Per approfondire, si rinvia all'analisi di O. KAHN-FREUND, *Common Law and Civil Law – imaginary and real obstacles to assimilation*, cit., p. 162.

l'individuo così da assicurare, a un tempo, il perseguimento del bene comune e la salvaguardia delle garanzie fondamentali del singolo<sup>95</sup>.

In questi termini, dunque, può dirsi che il *rule of law* racchiuda lo «spirito profondo dell'esperienza giuridica inglese»<sup>96</sup>, travalicando i confini della sola giurisdizione e finendo per impingere di sé l'intero paradigma politico-istituzionale.

D'altra parte, è proprio durante gli aspri scontri del XVII secolo, che portarono alla affermazione ed emancipazione del ruolo del Parlamento avverso il dispotismo mostrato dall'assolutismo monarchico, che venne definitivamente sancita, in prospettiva storica, la supremazia del *rule of law* sul *rule of man*.

Non deve tralasciarsi, infatti, che il ceto dei giuristi prese tendenzialmente le parti della società civile insorta contro l'oscurantismo regio, rafforzando in tal modo la contrapposizione con la giurisdizione di *equity*, al contrario, interamente schierata a fianco del sovrano (cfr. *supra*, § 1.3.2). È possibile notare, quindi, quanto le parole pronunciate da Coke innanzi al re Giacomo I (cfr. *supra*, § 1.3.1) riflettessero il comune sentire di una comunità capace di ribellarsi per difendere le prerogative acquisite nei secoli e, anzi, rafforzare la propria funzione attraverso il definitivo riconoscimento di autonomia e indipendenza ai diversi poteri che componevano l'organigramma statale.

Sennonché, la generale tenuta del *common law* non fu messa alla prova solo dall'auspicato successo dei moti civili, posti in essere in difesa delle prerogative della emergente classe borghese, bensì, pure, in prospettiva del tutto differente, dai cambiamenti imposti dalla rivoluzione industriale.

È particolarmente rilevante, al riguardo, il fatto che – seppur in tempi diversi – quello straordinario fenomeno costituito dalla rivoluzione industriale interessò tanto le isole britanniche quanto l'Europa continentale. Ebbene, a fronte di un bisogno di rinnovamento comune, le risposte fornite dai diversi modelli furono quanto mai distanti. Anche il mondo anglosassone, infatti, avvertì il bisogno di riforme radicali nel sistema di regolazione che permettessero di adattare l'ordinamento alle esigenze che derivavano dal diffondersi dei nuovi meccanismi di produzione. Tuttavia, invece che investire il Parlamento del compito di porre in essere tali riforme, come avvenne nel paradigma di *civil law*, si lasciò ai giudici e, in particolare, al *common law* il compito di adeguare il diritto ai nuovi bisogni che emergevano in ambito sociale ed economico, godendo in tal senso di piena autonomia e ampi margini di intervento.

---

<sup>95</sup> Si veda, al riguardo, la stessa definizione che dà Francesco Viola dello Stato di diritto che «non deve essere inteso soltanto come la sottomissione dell'esercizio del potere statale alle regole giuridiche, il che sarebbe un circolo vizioso, essendo queste a loro volta prodotte dallo stato, ma più adeguatamente come un'istituzione governata dalla "forma della legge", ossia una metaregola riguardante il modo di intendere e di praticare le regole giuridiche»: F. VIOLA, *Debolezza della volontà e incertezza della ragione*, in id. (a cura di), *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 311.

<sup>96</sup> A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 81.

A fronte del medesimo quesito, dunque, le risposte fornite al di qua e al di là della manica possono dirsi antitetiche, segnando un evidente allontanamento tra i modelli in questione quanto alla gestione di problemi di rilevante impatto politico-sociale (cfr. *infra*, I, 3, § 1.2.2).

#### 1.4 L'età delle riforme

Il XIX secolo fu attraversato da riforme epocali che segnarono in termini inequivoci il futuro del *common law* anglosassone. Innanzitutto, la fusione tra *common law* ed *equity*, giustificata, invero, dal graduale avvicinamento della seconda giurisdizione ai caratteri propri della prima e, quindi, dall'irragionevole dispendio di risorse necessarie per garantire l'accesso a due diversi riti, che ha rappresentato un mutamento di fase decisivo per il consolidarsi del diritto *judge-made*.

Inoltre, fu nel medesimo contesto storico che si decise di abolire *writs* e *forms of actions* conferendo così riconoscimento formale a quella che era prassi ormai diffusa da tempo nell'attività delle Corti: l'originario impianto legato a istituti processuali rigidi – che avevano del resto trovato la propria ragion d'essere in un sistema oramai del tutto superato – cedeva *in action* alla necessità di soddisfare esigenze sociali del tutto nuove.

La riforma forse di maggiore impatto, nondimeno, fu quella dei *Judicatures Acts* approvati nel 1873 e 1875. Si decise – finalmente – di abolire tutte le Corti locali e speciali nate in età medioevale la cui funzione era stata di fatto annullata dal successo del modello di *common law* e che, tuttavia, avevano fino a quel momento mantenuto, almeno in termini formali, carattere operativo. Il potere giurisdizionale fu, quindi, concentrato presso le *High Courts of Judicature*, ossia la *High Court* e la *Court of Appeal*.

Ebbene, a ben guardare, le tre riforme possono trovare un punto di equilibrio e una giustificazione comune. Se, da un lato, veniva definitivamente abolito il sistema dei *writs* che aveva per lungo tempo segnato non solo il funzionamento della giurisdizione bensì, pure, le modalità di sviluppo del ragionamento giuridico e del conseguente argomentare, dall'altro, si procedeva a razionalizzare il sistema delle Corti, irrigidendo il ruolo attribuito a ciascuna istituzione entro un preciso ordine gerarchico nonché rafforzando il vincolo del precedente<sup>97</sup>.

È in tale periodo, del resto, che si sviluppò la c.d. teoria dichiarativa del precedente che intendeva il vincolo per il giudice di *common law* fondato non già sulla mera autorevolezza delle antecedenti decisioni bensì sul fatto che le stesse costituivano il cristallizzarsi di una regola di diritto consuetudinario (cfr. *infra*, I, Sez. III, § 1). Sennonché, è evidente come la teoria in questione se, da un lato, costituiva un utile presidio rispetto al rischio che la

---

<sup>97</sup> A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 87.

abolizione delle *forms of action* potesse dare impulso a un diritto “libero”, dall’altro, si distingueva per una impostazione tradizionalista e conservatrice, che guardava esclusivamente al passato come modello di risoluzione delle varie controversie. Non stupisce, quindi, che, per quanto la teoria dichiarativa sia stata capace di condizionare il *legal reasoning* delle decisioni giurisdizionali per lungo tempo, sia stata definitivamente superata a partire dal *Practice Statement* del 1966 (cfr. *infra*, II, 2, § 3.2), nel tentativo di disancorare il diritto giurisprudenziale dalla impostazione retrospettiva che lo aveva in precedenza caratterizzato<sup>98</sup>.

Per quanto riguarda, poi, la complessiva riforma del *common law*, fu particolarmente preziosa l’opera di *Blackstone*<sup>99</sup> il quale si preoccupò di raccogliere il diritto inglese entro categorie nuove, la cui pretesa onnicomprensiva e sistematica inseguiva i dettami della impostazione giusnaturalista<sup>100</sup>. I *Commentari Blackstone* ebbero un incredibile successo<sup>101</sup> e l’indubbio vantaggio di sistematizzare il *common law* fornendo una chiave di lettura unitaria e presto ampiamente “metabolizzata” attraverso lo studio dei diversi volumi che componevano il lavoro, assai diffuso presso i professionisti del diritto<sup>102</sup>. Non a caso lo stesso

---

<sup>98</sup> A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 92.

<sup>99</sup> *Sir William Blackstone* fu il primo professore di *common law* all’università di *Oxford*. I *Commentaries on the Laws of England* sono stati pubblicati - sulla scorta di quanto insegnato in aula agli studenti - per la prima volta, in forma autofinanziata, tra il 1765 e il 1769 dalla *Clarendon Press* di *Oxford*; l’opera ebbe un successo tale da contare addirittura nove edizioni in nemmeno un ventennio. Si veda sul punto, la prefazione di *Wilfrid Prest* che accompagna la edizione del 2016, *Oxford University Press*, p. XII s. Per approfondire lo studio della biografia dell’autore, nonché del contesto storico e culturale in cui la sua opera è da inserire, si veda I. G. DOOLITTLE, *Sir William Blackstone and his Commentaries on the Laws of England (1765-69): A Biographical Approach*, in *Oxf. J. Leg. Stud.*, 1981, p. 99 ss.

<sup>100</sup> Con riferimento al rapporto tra *common law* e diritto naturale, si veda J. R. STONER JR, *Natural Law, Common Law, and the Constitution*, in D. E. Edlin (a cura di), *Common Law Theory*, New York, Cambridge University Press, 2007, pp. 173-176. Invero, si è osservato che il genio di Blackstone non risiede tanto nelle conoscenze giusfilosofiche dell’autore quanto, piuttosto, nello sforzo di sistematizzare il diritto anglosassone: H. J. BERMAN-C. J. REID JR, *The transformation of English Legal science: from Hale to Blackstone*, in *Emory Law J.*, 45, 1996, p. 490.

<sup>101</sup> Quanto alla rilevanza dell’opera di *Blackstone* e alle ricadute della stessa sulla cultura giuridica anglosassone, si veda S. F. C. MILSOM, *The Nature of Blackstone’s Achievement*, in *Oxf. J. Leg. Stud.*, 1, 1981, p. 4 ss.

<sup>102</sup> Non si dimentichi, del resto, che il successo del *Blackstone* fu addirittura superiore negli Stati Uniti, rappresentando uno strumento ineguagliabile per conoscere il diritto inglese e, al contempo, un prezioso aiuto nello sviluppo della giurisdizione oltreoceano. Sul punto, si veda D. KENNEDY, *The Structure of Blackstone’s Commentaries*, in *Buffalo Law Rev.*, 28, 1979, p. 209 ss. Con riferimento, quindi, alle conseguenze dell’opera di *Blackstone* e alla influenza esercitata dalle pulsioni giusnaturalistiche, sono particolarmente interessanti le riflessioni di *Roscoe Pound* secondo cui «*the past generation of lawyers brought up on Blackstone learned this mode of thinking as part of rudiments of legal education [...] Hence scholar and lawyer concurred in what became a through-going conviction of the nineteenth century, that at least the principal dogmas of the common law were of universal validity and were established by nature*» (Id., *The Spirit of the Common Law*, cit., p. 96).

*Blackstone* usava riferirsi alla sua opera come a una vera e propria “scienza” del diritto anglosassone<sup>103</sup>.

L’opera in questione, perciò, ebbe una sorta di funzione “ponte” nel trasportare oltremarina valori e ideali sorti nelle maglie della cultura continentale, contribuendo a rafforzare i punti di contatto tra le due culture giuridiche.

In prospettiva storica, quindi, sembra utile soffermarsi brevemente sul ruolo esercitato dalla letteratura anglosassone in relazione ai progressi compiuti dal potere giurisdizionale. Lasciando da parte i primi, più risalenti, trattati che pur ebbero una certa fama e diffusione<sup>104</sup>, infatti, con l’avvento dei *writs* gli studi giuridici furono in gran parte indirizzati ai professionisti del settore nel tentativo di facilitare la comprensione e l’accesso alla giustizia. Il taglio di tali studi, quindi, era – di necessità – eminentemente pratico tanto che secondo gli autori più avveduti il ruolo che la dottrina avrebbe dovuto svolgere fu sostituito – a quel tempo – dagli stessi giudici i quali, nelle argomentazioni delle decisioni, si preoccupavano di inquadrare i diversi istituti e fornire motivazioni di più ampio respiro anche allo scopo di conferire uniformità e coerenza al sistema<sup>105</sup>.

Un certo rilievo, poi, è da riconoscere ai diversi *reports* che raccoglievano una selezione delle decisioni più rilevanti così da facilitare l’accesso e la conoscenza del precedente: tali raccolte furono curate nel corso del tempo da autori differenti, venendo coordinate talvolta da istituzioni pubbliche ma spesso da enti privati il cui prestigio poteva divenire finanche maggiore a seconda dell’autorevolezza del curatore della raccolta<sup>106</sup>.

In argomento, occorre osservare che la prima proposta di elaborare dei *reports* che sistematizzassero le decisioni giudiziarie è imputata a *Sir Francis Bacon* il cui personale insuccesso fu, tuttavia, antesignano del fiorire di tali raccolte nel secolo successivo. L’avvento dei *reports* è considerato da numerosi commentatori come uno dei momenti cruciali per lo sviluppo del *common law*<sup>107</sup> dal momento che ha agevolato la diffusione degli argomenti elaborati nelle sentenze e, di conseguenza, lo studio e l’utilizzo delle stesse come *reasoning* funzionale a giustificare le decisioni successive che vertessero su casi analoghi<sup>108</sup>. In aggiunta, se in un primo momento l’indicazione delle singole decisioni avveniva in forma

---

<sup>103</sup> In tal senso, H. J. BERMAN-C. J. REID JR, *The transformation of English Legal science: from Hale to Blackstone*, cit., p. 490: «in the systematic exposition of the ways in which the English legal system worked, that is, in what he called the science of English law».

<sup>104</sup> In particolare, si tratta del *De Legibus et consuetudinibus Angliae* di *Gavill* risalente all’XI secolo nonché dell’opera di *Bracton* che riporta il medesimo titolo e che, però, è da collocare nel XIII secolo.

<sup>105</sup> A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 104.

<sup>106</sup> Celebri sono, per citare alcuni esempi, i *reports* curati da personaggi del calibro di *Plowden*, dello stesso *Coke*, di *Spelman* e via dicendo.

<sup>107</sup> In questo senso, già A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, II ed., Torino, Giappichelli, 2014, p. 179.

<sup>108</sup> N. DUXBURY, *The nature and Authority of Precedent*, 2008, Cambridge, Cambridge University Press, p. 52.

riassunta o sommaria, si arrivò a includere nelle raccolte le esatte parole scritte dal giudice, apportando in tal modo un contributo decisivo allo sviluppo del diritto *judge-made*<sup>109</sup>.

Un ulteriore punto di svolta, come accenato, fu rappresentato dalla pubblicazione dei *Commentaries* i quali si impegnarono, per la prima volta, nel tentativo di sistematizzare il diritto di *common law*, superando l'asserito pregiudizio per cui si trattasse di un modello indomabile e irrazionale<sup>110</sup>. In particolare, *Blackstone* identificò quattro principali categorie distinte in quattro libri<sup>111</sup> entro cui dividere il *judicial law-making*, emancipando così la struttura dei trattati giuridici dalla impostazione risalente al tempo del diritto romano.

L'opera di *Blackstone*, invero, fu aspramente criticata quanto alle carenze metodologiche che la rendevano – a dispetto dell'obiettivo principale dell'autore – scarsamente sistematica: il limite, si è detto, non si trovava tanto nella qualità del lavoro compiuto dallo studioso quanto nello stesso *common law* la cui struttura mancava della razionalità necessaria per poter essere racchiusa in un'opera *omnia*. Piuttosto, *Blackstone* si sarebbe limitato a camuffare le aporie del sistema<sup>112</sup>, aporie di cui invece si deve senz'altro tener conto laddove si voglia acquisire la consapevolezza necessaria per fondare una nuova scuola di *common law*<sup>113</sup>. Non è mancato, tuttavia, chi ha osservato che una simile posizione critica è stata alimentata in via strumentale dalla Scuola utilitarista, strumentalizzando il messaggio di *Blackstone* per perseguire i propri scopi e fornire argomenti alla propria ricostruzione: piuttosto che criticare l'opera in relazione all'essenza stessa del metodo seguito e dei contenuti selezionati, *Bentham* si sarebbe limitato a dirigere le proprie invettive contro un'immagine caricaturale del trattato, costruita ad arte quale emblema delle inefficienze del paradigma tradizionale<sup>114</sup>.

In ogni caso, considerando il trattato in termini generali, la innovazione che pare più rilevante è da ricondurre al fatto che lo stesso fosse rivolto non più ai professionisti del foro, bensì agli studenti universitari<sup>115</sup>: la dottrina anglosassone – attraverso le istituzioni accademiche – iniziava a rivendicare un ruolo nuovo, capace di incidere al di fuori delle aule giudiziarie e di indagare il sistema nel suo complesso, secondo un punto di vista teorico-razionale.

---

<sup>109</sup> Ibid.

<sup>110</sup> L'opera, infatti, è stata definita come «*an excellent primer of English law*»: GARETH JONES, *The Sovereignty of the Law: Selection of Blackstone's Commentaries on the Law of England*, XLVII, 1973.

<sup>111</sup> Ossia, nel dettaglio, *The Rights of Persons; The Right of Things; Private Wrongs e Public Wrongs*, dedicato al diritto penale.

<sup>112</sup> Quanto alle critiche mosse da *Jeremy Bentham* ai *Commentaries*, si veda R. A. POSNER, *Blackstone and Bentham*, in *J. Law Econ.*, 19, 1976, p. 569 ss.

<sup>113</sup> J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined and the uses of the study of jurisprudence*, Londra, Weidenfeld and Nicolson, 1954, Lecture V, p. 184 ss.

<sup>114</sup> Sul punto, si veda I. G. DOOLITTLE, *Sir William Blackstone and his Commentaries on the Laws of England (1765-69): A Biographical Approach*, cit., p. 100.

<sup>115</sup> S. F. C. MILSOM, *The Nature of Blackstone's Achievement*, cit., p. 6, ove l'A. afferma che «*important consequences for the law followed because Blackstone was addressing laymen and not lawyers*».

Del resto, la crescita degli insegnamenti universitari e la liberalizzazione del sapere segnò un ulteriore passo in avanti rispetto allo sviluppo del *common law* e alla sua graduale emancipazione rispetto alla cerchia, ristretta e tendenzialmente elitaria, degli operatori del diritto<sup>116</sup>.

In sintesi. Le riforme che si susseguono nel XIX secolo furono finalizzate all'aggiornamento e alla razionalizzazione del sistema così da evitare che la discrezionalità - indubbiamente riconnessa alla *judge-made law* - si risolvesse nel mero esercizio di libero arbitrio.

Di tutta altra natura, invece, a distanza di due secoli, furono gli impulsi di rinnovamento generati dal fenomeno della globalizzazione che ha mutato il modo di intendere la società civile a livello mondiale, radicalizzando il bisogno di redistribuzione della ricchezza, in uno con il continuo rapido progredire delle tecnologie che hanno imposto riforme di tutt'altra natura.

Come si vedrà più in dettaglio in seguito, a partire dal 1945 si aprì una fase del tutto nuova che ha visto il crescente protagonismo del Parlamento<sup>117</sup> nell'assumere quelle decisioni necessarie, *in primis*, alla ricostruzione e al consolidamento dell'apparato pubblico; poi, all'ingresso del Regno Unito nell'Unione Europea e nelle Convenzioni internazionali<sup>118</sup>; e, infine, alla piena indipendenza del potere giudiziario dal legislatore, attraverso la netta separazione indotta dall'istituzione della *Supreme Court*<sup>119</sup>.

---

<sup>116</sup> Quanto allo sviluppo del *common law* come prodotto di una compagine ritretta della società afferente ai ceti nobiliari e più abbienti: P. LEGRAND, *European Legislative Systems are not Converging*, cit., p. 71.

<sup>117</sup> D'altro canto, con riguardo alla fortuna dello sviluppo economico nel sistema di *common law* - rispetto all'incedere più lento ed esitante (in media) dei paradigmi di *civil law* - è interessante considerare lo scindersi dei commentatori tra coloro che (necessariamente semplificando per ragioni di brevità le diverse sfumature delle singole posizioni che si riscontrano in argomento) ritengono che il fiorire economico sia dovuto alla maggiore attenzione riposta nei confronti dei mercati finanziari e della loro regolamentazione e chi, invece, ritiene che il fenomeno sia dovuto a ragioni più profonde, che riguardano il rapporto tra Stato e individuo così come concepito nei diversi paradigmi. Sul punto, si rinvia all'analisi di P. G. MAHONEY, *The Common Law and the Economic Growth: Hayek might be right*, in *J. Leg. Stud.*, XXX, 2001, 503 ss.

<sup>118</sup> *Human Rights Act*, 1988, approvato come «[a]n act to give further effect to rights and freedoms guaranteed under the European Convention of Human Rights; to make provisions with respect to holders of certain judicial offices who become judges of the European Courts of Human Rights; and for connected purposes», 9 novembre 1998, disponibile - anche nella versione originale sottoscritta dalla regina Elisabetta II - all'indirizzo [www.legislation.gov.uk](http://www.legislation.gov.uk).

<sup>119</sup> Si tratta del *Constitutional Reform Act*, 2005, disponibile all'indirizzo [www.legislation.gov.uk](http://www.legislation.gov.uk), il quale sostituisce attraverso la costituzione della *Supreme Court* il *Judicial Committee* istituito presso la *House of Lords*: sul punto, si veda *infra*, I, Sez. II, § 5.

## Sezione II – Il potere giudiziario e l'assetto istituzionale

### 1. Un sistema gerarchico: la struttura delle *Criminal Courts*

Come si è avuto modo di osservare (cfr. *supra*, Sez. I, § 1.4) l'avvento e il successo dei *reports* – che si proponevano l'ambizioso obiettivo di raccogliere e riproporre le decisioni più rilevanti pronunciate dai giudici in un determinato frangente temporale – hanno posto le basi per il consolidarsi del paradigma dello *stare decisis*.

Senonchè, forse finanche più incisiva rispetto allo sviluppo del diritto di creazione giurisprudenziale è stata la riforma intervenuta con i *Judicature Acts* tra il 1873<sup>120</sup> e il 1875<sup>121</sup>. Il Parlamento, infatti, mise in essere una vera e propria rivoluzione dell'impianto giudiziario che rimaneva, fino a quel momento, ancorato alla suddivisione medioevale del potere e delle responsabilità tra il centro e la periferia del regno. In particolare, il legislatore razionalizzò la organizzazione del potere giudiziario, eliminando le giurisdizioni locali speciali – retaggio del riparto di matrice feudale – e, piuttosto, imponendo uno schietto rapporto verticistico tra i diversi uffici giudiziari. Al vertice del sistema era posta la *House of Lords*, i cui componenti sedevano nella camera alta di *Westminster*. In seconda battuta, era collocata la *Court of Appeal* che comprendeva due diverse sezioni che si dedicavano alla materia civile nonchè a quella penale; su un gradino più basso, la *High Court*<sup>122</sup> rappresentava il giudice di secondo grado delle corti strettamente di merito, ossia le *Crown Courts* e le *Magistrate Courts*, potendo però essere chiamata a occuparsi del singolo caso quale giudice di prima istanza se la vicenda avesse rivestito una particolare complessità (cfr. *infra*, Sez. II, § 1.2).

Ebbene, proprio l'introduzione di un nuovo rigoroso sistema organizzativo permise di rafforzare il vincolo del precedente giacchè ciascun giudice non era più vincolato al rispetto della *ratio decidendi* antecedente in ragione della qualità della motivazione di una certa sentenza, bensì a seconda della autorità della Corte che l'aveva pronunciata<sup>123</sup>.

Non stupisce, dunque, che appena un ventennio dopo l'entrata in vigore dei *Judicature Acts* sia stata la *House of Lord* a riconoscere apertamente il vincolo del precedente quale

---

<sup>120</sup> A partire dal biennio successivo all'entrata in vigore del primo catalogo di riforme si rese necessario ritornare sul punto per modificare alcune previsioni, correggere eventuali inesattezze e rivedere le regole che, fin da subito, avevano dato cattiva prova di sè.

<sup>121</sup> La discussione e successiva approvazione di tali previsioni si è protratta per almeno un ventennio, complice la influenza che proveniva dal modello approvato oltreoceano nel 1848: in merito, di W. B. PERKINS, *The English Judicature Act of 1873*, cit., p. 283 e 285, ove l'A. si sofferma sul fatto che per quarant'anni i *Judicatures Acts* sono stati l'unico riferimento per gli operatori del settore nonchè sull'influenza che gli stessi hanno avuto a livello globale, venendo esportati in tutti i territori assoggettati al dominio coloniale britannico.

<sup>122</sup> Al tempo suddivisa in cinque sezioni: *King's Bench, Common Pleas, Exchequer, Chancery, Probate, Divorce and Admiralty Division*.

<sup>123</sup> N. DUXBURY, *The nature and Authority of Precedent*, cit., p. 52.

regola cui neppure la stessa Corte di vertice poteva sottrarsi<sup>124</sup>. Nella nota decisione del 1898, infatti, la Corte affermava che le era precluso modificare la regola di diritto pronunciata dal medesimo organo in una decisione antecedente. Il principio dello *stare decisis* era, quindi, riconosciuto dai Lords quale vincolo insuperabile, in ossequio al prioritario interesse alla massima conoscibilità e, quindi, prevedibilità, del diritto<sup>125</sup>.

Non si è dovuto, d'altro canto, attendere molto perché emergesse – in termini espressi – l'influenza che tale modifica delle norme processuali è stata in grado di esercitare sul sistema inteso nel suo complesso<sup>126</sup>. Detto altrimenti, a fronte di una situazione di crisi conclamata – in cui le rigidità e artificiosità di un modello ancora legato alle innumerevoli torsioni di epoca medioevale avevano dimostrato di non saper rispondere ai mutamenti radicali di natura politico-sociale, prima, ed economica, poi, che avevano profondamente inciso il tessuto sociale – la risposta fornita dal legislatore si incentrò sulla sfera processuale ottimizzando la gestione delle risorse pubbliche, consentendo una più agevole risoluzione delle controversie e, al contempo, una radicale implementazione della certezza del diritto.

Del resto, non è nuovo l'argomento secondo cui i cambiamenti radicali che coinvolgono una data comunità comportano, durante la fase di transizione da un certo paradigma al successivo, non solo modifiche in punto di diritto sostanziale bensì – se non soprattutto – modifiche alle regole processuali, superando integralmente o solo aggiornando le previsioni che descrivono condizioni e limiti necessari per il raggiungimento di un certo risultato (assicurare la giustizia)<sup>127</sup>.

Con specifico riguardo, invero, al paradigma delineato dalla decisione *London Street Tramways*, a fronte del mutamento delle regole di rito, tale modello si risolse ben presto nella

---

<sup>124</sup> Del resto, i *Judicatures Acts* non contano norme analitiche che descrivano l'andamento del processo in ogni suo dettaglio ma, in conformità con il modello di *common law*, lasciano un rilevante spazio di intervento al diritto giurisprudenziale quanto alla regolazione dei compiti in termini analitici: C. E. CLARCK, *History, Systems and Functions of Pleading*, in *Virg. Law Rev.*, 11, 7, 1925, p. 531.

<sup>125</sup> *London Street Tramways Co Ltd v London County Council* [1898] AC 375, ove si legge infatti che «a decision of this House once given upon a point of law is conclusive upon this House afterwards, and that it is impossible to raise that question again as if it was *res integra* and could be reargued, and so the House be asked to reverse its own decision. That is a principle which has been, I believe, without any real decision to the contrary, established now for some centuries, and I am therefore of opinion that in this case it is not competent for us to rehear and for counsel to reargue a question which has been recently decided».

<sup>126</sup> Quanto al caso dei *Judicatures Act*, nondimeno, non si è mancato di considerare l'influenza esercitata da parte del pensiero utilitarista e, in particolare, delle riflessioni di *Jeremy Bentham* sulla crescente premura verso una riforma complessiva del sistema: C. E. CLARCK, *History, Systems and Functions of Pleading*, cit., p. 531.

<sup>127</sup> Sul punto, e con particolare riferimento al ruolo dei *Judicature Acts*, si rinvia all'analisi di W. B. PERKINS, *The English Judicature Act of 1873*, cit., p. 277 ss. L'A., per l'appunto, propone un confronto storico di particolare interesse osservando come già al tempo degli antichi Romani le fasi di transizione da un'epoca a quella successiva, segnate dal superamento dei limiti e degli anacronismi che caratterizzavano il regime precedente, si caratterizzavano per radicali modifiche degli schemi processuali, cui seguiva l'assestarsi di un rinnovato modello sostanziale (p. 277).

semi paralisi del diritto giurisprudenziale cui pose rimedio, come si vedrà (cfr. *infra*, II, 2, § 3.2), la stessa *House of Lords*, segnando la storia del diritto giurisprudenziale.

### 1.1 Crown Courts e Magistrates Courts

Passando, invece, a considerare gli aspetti salienti della procedura innanzi alle Corti di *common law*, occorre premettere che, a seconda del reato di riferimento, il procedimento penale può prendere avvio in una *Magistrate court* (c.d. *summary offence*)<sup>128</sup> oppure in una *Crown court* (c.d. *indictable offence*): entro tali macro-categorie, si distinguono quei reati che devono essere perseguiti, in prima battuta, innanzi alla *Crown court* (c.d. *indictable-only offence*) da quelli che invece possono essere esaminati da entrambi i tribunali (c.d. *either-way offence*)<sup>129</sup>. Allo scopo di individuare a quale specifica categoria sia da ricondurre una determinata norma incriminatrice, è utile considerare che – qualora la fattispecie sia prevista non in base a una regola di *common law* bensì da uno *statute* – è lo stesso legislatore a indicare la via di accesso alla giustizia, evitando in radice possibili contrasti interpretativi<sup>130</sup>.

È interessante osservare, poi, che in caso di *either-way offences* la competenza giurisdizionale è determinata, invero, da una pluralità di fattori a cominciare dalla dichiarazione di innocenza o di colpevolezza pronunciata dall'imputato<sup>131</sup>. Se il soggetto si dichiara colpevole<sup>132</sup>, infatti, la sentenza verrà pronunciata dalla *Magistrate court*, a meno che

---

<sup>128</sup> *Magistrates' Courts Act*, 1980, sez. 2.

<sup>129</sup> Quanto alle "*either-way offences*", è utile la elencazione contenuta nell'Allegato n. 1, del *Magistrates' Courts Act*, funzionale proprio a risolvere i dubbi interpretativi circa questa categoria di incriminazioni nonché ad agevolare l'avvio del processo. A titolo meramente esemplificativo, si consideri che in tale inventario compaiono il reato di tentato omicidio, abbandono di minore, frode in danno dei creditori, diverse fattispecie di falso, furto, furto con scasso sia nella forma tentata che consumata e così via. Per approfondire, sul punto, con specifico riguardo alla materia penalistica, si veda A. ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, Padstow, Cambridge University Press, 2015, p. 1 ss.

<sup>130</sup> In particolare, infatti, qualora il reato preveda quale sanzione una "*conviction on indictment*" è d'obbligo avviare il procedimento innanzi alla sola *Crown Court*; al pari, se il testo di legge si riferisce alla sola "*summary conviction*", la competenza è delle *Magistrate courts*; nel caso in cui, infine, compaiano entrambe, si tratterà di *either-way offences*.

<sup>131</sup> Con riferimento alle ipotesi di "*plea guilty*" oppure "*plea not guilty*" (oppure *no indication*), si veda *Magistrates' Courts Act*, sezioni 17A e 17B. Quanto alle differenze tra questo specifico aspetto processuale e il modello seguito dai paesi di *civil law*, con particolare riguardo all'ordinamento francese, si veda J. R. SPENCER, *French and English Criminal Procedure*, in S. Markesinis, *The Gradual Convergence. Foreign Ideas, Foreign Influences and English Law on the Eve of the 21st Century*, cit., p. 36.

<sup>132</sup> Quanto all'avvio del processo penale con una dichiarazione di colpevolezza o innocenza, è interessante osservare che si tratta di un tratto storico di tale procedimento: a partire dal XIII secolo, infatti, superato il sistema delle ordalie per volere della Chiesa Romana, la giurisdizione inglese sottoponeva gli imputati alla c.d. *peine forte et dure*, che si risolveva il più delle volte nella pratica barbarica del "*pressing*" (sciacciare la persona con pesi di intensità crescente fino a portarla alla morte), laddove non si dichiarassero colpevoli o innocenti dando così avvio al procedimento innanzi alla giuria (che ha conservato il carattere consensuale delle origini). Si trattava di un procedimento inizialmente riservato a ipotesi eccezionali cui l'imputato poteva

i componenti del collegio non ritengano che il caso esorbiti le proprie attribuzioni e decidano di rimettere la decisione innanzi alla *Crown Court*. Per contro, in caso di declaratoria di innocenza, è necessario verificare, in prima battuta, se i *lay judges* ritengano che la vicenda rientri nella propria competenza – limitandosi altrimenti a rinviare di nuovo alla corte superiore – e, quindi, domandare alla parte se intende o meno accettare un procedimento sommario. Qualora l'imputato chieda di essere sottoposto a una cognizione "piena", si verifica una nuova causa di rimessione della decisione alla *Crown Court*.

Con riguardo a questa particolare categoria di reati si riscontra, quindi, una rilevante connessione tra i due ordini giurisdizionali, connessione che, del resto, non manca di riproporsi con riguardo allo scrutinio di seconda istanza. Ogni qual volta l'avvio del processo ha luogo innanzi a una *Magistrate court*, infatti, è ben possibile impugnare la decisione sia presso la *High Court* sia presso una *Crown Court*<sup>133</sup>; al contrario, i provvedimenti emessi da quest'ultima sono ricorribili innanzi alla *Court of Appeal (criminal division)*, come si vedrà nei paragrafi che seguono (cfr. *infra*, § 1.3). In ossequio al principio del giusto processo, la regola vuole che le udienze innanzi a entrambi i livelli di giudizio siano pubbliche. È certo possibile che l'autorità giudicante decida di condurre il proprio scrutinio in forma segreta ma si tratta di ipotesi di rilevanza marginale in punto di frequenza statistica<sup>134</sup>.

Quanto alle *Magistrate courts*, di regola sono composte da almeno due giudici – la cui estrazione e le cui funzioni ricordano i giudici di pace dell'ordinamento italiano (*lay judge*) – i quali svolgono la propria attività affiancati da un *court legal adviser*, ossia nella gran parte dei casi un addetto particolarmente qualificato nelle materie giuridiche. La figura del *lay judge* è di regola ricollegata a un professionista che decide di dedicare parte del suo tempo all'esercizio della funzione giurisdizionale: si fa riferimento, infatti, al ruolo di *justices of the peace* (JPs). Si tratta, quindi, di mansioni sprovviste di un compenso specifico se non per quanto riguarda il rimborso delle spese sostenute a causa dell'esercizio della funzione nonché la reintegrazione del *quantum* salariale ricevuto per adempiere all'incarico.

La posizione del *legal adviser*, invece, si giustifica in quanto i giudici ricevono, di regola, una formazione piuttosto sommaria con riferimento sia al diritto sostanziale che processuale: il consulente, per contro, deve aver maturato un preciso percorso di formazione giuridica e aver acquisito determinati titoli che rendano verificabile la corrispettiva capacità di prestare al collegio il supporto tecnico necessario<sup>135</sup>.

---

scegliere di sottoporsi. Si veda, in argomento, J. H. LANGBEIN-R. LETTOW LERNER-B. P. SMITH, *History of the Common Law. The Development of Anglo-American Legal Institution*, cit., p. 61 ss.

<sup>133</sup> *Magistrates' Courts Act*, cit., sez. 108. Quanto allo specifico procedimento, poi, si veda la sezione n. 63 de *Criminal Procedure Rules*.

<sup>134</sup> In argomento, si veda P. HUNGERFORD-WELCH, *Criminal Procedure and Sentencing*, Londra, Routledge, 2014, p. 3.

<sup>135</sup> *Ivi*, p. 2.

Dal momento che, tuttavia, le questioni sottoposte all'attenzione di tali tribunali – indifferentemente dai *solicitors* o dai *barristers* che possono entrambi discutere il caso innanzi alle *Magistrate courts* – non necessariamente si identificano in vicende bagatellari o di limitato impatto, gli uffici giudiziari, soprattutto quando hanno sede nelle città principali spesso possono contare sulla presenza di *District Judges*, titolari della qualifica necessaria per espletare la funzione giurisdizionale. Nel caso in cui, quindi, il caso sia sottoposto all'attenzione di quest'ultimi, l'organo giudicante è di regola monosoggettivo, a differenza di quanto avviene in relazione ai giudici di pace che devono sedere in un collegio composto da almeno due professionisti.

Per quanto riguarda la *Crown Court*, invece, la presenza di una autorità giudicante qualificata è imprescindibile e, per la maggior parte dei procedimenti, accompagnata da una giuria popolare<sup>136</sup>. Qualora la vicenda involga reati di spiccata gravità è finanche possibile che il giudizio sia diretto da un giudice appartenente alla *High Court*; se il caso, invece, manca di un tale peculiare disvalore, l'organo giudicante è costituito da un giudice circondariale (*circuit judge*) cui si è soliti far riferimento come *recorder*. In ragione della complessità delle vicende giudiziarie discusse innanzi alla *Crown Court*, solo i *barrister* hanno la facoltà di presenziare innanzi a tale giudice, dovendo i *solicitors* richiedere una speciale e contingente autorizzazione al fine di poter espletare, pure, l'attività forense.

---

<sup>136</sup> Il *Juries Act*, 1974, sez. 1, prevede che i membri della giuria siano estratti casualmente tra i soggetti iscritti alle liste elettorali del Regno Unito, che abbiano compiuto i diciotto anni di età e che non siano incorsi in una causa di impedimento rispetto allo svolgimento della funzione secondo quanto previsto dal medesimo statuto. Per una valutazione complessiva sull'utilità e l'opportunità del ruolo svolto dai giurati nonché sul rapporto tra quest'ultimi e l'organo giudicante in riferimento allo scambio di informazioni concernenti il caso e le questioni giuridiche coinvolte, si veda, *inter multos*, W. YOUNG, *Summing up to juries in criminal cases: what jury research says about current rules and practise*, in *Crim. Law Rev.*, 2003, p. 665 ss. In merito, una concreta percezione del problema quanto al rapporto tra giudici e giurati è data dalla raccomandazione esposta da Lord Justice Auld: «I recommend that in all cases tried by judge and jury: i) each juror should be provided at the start of the trial with a copy of the charge or charges; ii) the judge at the start of the trial should address the jury, introducing them generally to their task as jurors and giving them an objective outline of the case and the questions they are there to decide; iii) the judge should supplement his opening address with, and provide a copy to each juror of, a written case and issues summary prepared by the parties' advocates and approved by him; iv) the judge, in the course of his introductory address, and the case and issues summary, should identify: v) the nature of the charges; vi) as part of a brief narrative, the evidence agreed, reflecting the admissions of either side at the appropriate point in the story; vii) also as part of the narrative, the matters of fact in issue; viii) with no, or minimal, reference to the law, a list of likely questions for their decision; ix) if and to the extent that the issues narrow or widen in the course of the trial, the case and issues summary should be amended and fresh copies provided to the judge and jury» (ID., *Report on the Review of Criminal Justice System of England and Wales*, 2001, § 24). Quanto, poi, alla incidenza circa la presenza dei giurati e alla possibilità di uniformare il rito penale di *common law* e *civil law* riguardo a un potenziale, futuro, diritto penale europeo, si veda O. KAHN-FREUND, *Common Law and Civil Law – imaginary and real obstacles to assimilation*, cit., p. 144.

## 1.2 High Court

Ferme tali premesse con riguardo alle giurisdizioni minori, è tuttavia di maggior interesse – ai nostri fini – esaminare il funzionamento delle Corti superiori, sondandone poteri e composizione allo scopo di meglio collocare l'esercizio del potere giurisdizionale entro il contesto istituzionale di riferimento. Al fine di divenire *High Court Judge*, dunque, è necessario – in alternativa – aver maturato almeno dieci anni di esercizio della professione forense, in qualità di soggetti abilitati a esercitare innanzi alla stessa *High Court*, oppure aver ricoperto per almeno due anni la qualifica di giudice circondariale. Al contempo, al fine di ottenere la qualifica di giudice circondariale è necessario aver esercitato la professione forense per almeno dieci anni di fronte a tale giurisdizione e, in materia penale, aver prestato servizio – anche solo *part-time* – come consigliere qualificato presso una *Crown Court (recorder)*<sup>137</sup>. A dispetto di quanto previsto per i tribunali “minori”, perciò, l'esperienza professionale è requisito imprescindibile per sedere nei collegi di vertice.

Quanto all'ambito di competenza della *High Court*<sup>138</sup> è utile premettere che la gran parte dei giudizi pendenti innanzi a tale organo giurisdizionale hanno ad oggetto questioni prettamente civilistiche. Nondimeno, residua un certo spazio per quanto riguarda lo scrutinio di seconda istanza delle pronunce elaborate dalla *Crown Court*, nonché in talune ipotesi anche dalle *Magistrate courts* purchè si tratti di pronunce definitive e non interlocutorie<sup>139</sup>. In particolare, la Corte può essere chiamata a rivedere le decisioni di primo grado che non abbiano ad oggetto *indictable offences*. Il *Supreme Court Act*, infatti, prevede ai sensi della sezione n. 28 (1), che una decisione della *Crown Court* possa essere impugnata innanzi alla *High Court* tanto per difetto di competenza quanto per vizi connessi alla interpretazione o applicazione delle norme rilevanti, purchè – in entrambi i casi – non si tratti di un procedimento «*relating to trial indictment*», per cui è invece necessario fare ricorso direttamente alla *Court of Appeal*. Sul punto, è utile premettere che lo scrutinio di secondo grado posto in essere dalla *High Court* manca di considerare il merito della questione,

---

<sup>137</sup> Per quanto riguarda i giudici civili, infatti, è richiesto quale ulteriore requisito l'aver lavorato *full-time* come *District Judge* nelle sezioni civili. Per divenire *recorder*, invece, sono richiesti almeno 10 anni di pratica innanzi alle *Crown courts* tanto nel caso dei barristers quanto dei *solicitors*; la nomina a *recorder* ha durata quinquennale, con possibilità di rinnovo: P. HUNGERFORD-WELCH, *Criminal Procedure and Sentencing*, Londra, Routledge, 2009, 58 s.

<sup>138</sup> Al pari della *Court of Appeal*, anche la *High Court* ha sede presso la *Royal Court of Justice*.

<sup>139</sup> Si veda, sul punto, l'art. 111 del *Magistrates Courts Act*, cit., nonché quanto previsto nelle decisioni *Streames v. Copping* [1985] QB 920 e *Loade v DPP* [1990] 1 QB 1052. In argomento, tuttavia, si osservi in senso critico l'opinione di Lord Justice Sedley in *Essen v DPP* [2005] EWHC 1077 secondo cui non permettere il ricorso avverso provvedimenti interlocutori che, tuttavia, hanno segnato la direzione intrapresa da un certo procedimento può sfociare in ingiustizie di natura sostanziale.

concentrandosi prevalentemente sulla interpretazione e applicazione del diritto di *common law*<sup>140</sup>.

Al pari, è espressamente riconosciuto il potere della *High Court* di annullare le decisioni delle corti subordinate, purché non si tratti di *indictable offences*<sup>141</sup>.

Senonchè, il riparto di competenza tra *High Court* e *Court of Appeal* ha destato un cospicuo dibattito circa l'opportunità di mantenere tale "doppio binario". Nel momento in cui, infatti, il procedimento penale non si risolve più nella contrapposizione tra accusa e difesa ma acquisisce funzioni ulteriori e alquanto complesse – solo si pensi all'attenzione alle vittime, la protezione ai testimoni, al bilanciamento tra gli interessi processuali e l'esposizione mediatica, al ruolo che gioca la giustizia penale nell'assicurare ai cittadini il rispetto delle garanzie fondamentali riconosciute dalla Convenzione europea – è opportuno, ad avviso della *Law Commission*, superare gli schemi artificiosi e contorti su cui è costruito il paradigma impungatorio per evitare il dispendio vano di tempo e risorse<sup>142</sup>.

La proposta, elaborata in dettaglio e condivisa con illustri nomi dell'accademia anglosassone è, tuttavia, rimasta fino ad oggi inattuata. Tale progetto, infatti, prevedeva il riordino dei mezzi di impugnazione rispetto alle decisioni delle *Magistrate courts* e della *Crown Court* allo scopo di unificarle entro la competenza della sola *Court of Appeal*<sup>143</sup>. Un ulteriore discreto vantaggio, del resto, avrebbe riguardato la semplificazione dei poteri attribuiti alla *High Court*, concentrata finalmente su questioni prettamente civilistiche.

Dal momento che, invece, quest'ultima è tuttora impegnata ad affrontare controversie inerenti a numerose branche del diritto, è necessario mantenere la tradizionale complessa organizzazione che consta di tre macro-raggruppamenti: la *Queen's Bench*<sup>144</sup>, la *Chancery Division* e la *Family Division*. Come si è osservato in precedenza (cfr. *supra*, Sez. II, § 1), la composizione della Corte è il risultato della fusione di diverse specifiche giurisdizioni per opera dell'intervento di razionalizzazione compiuto dagli *Judicature Acts* nel XIX secolo. Di

---

<sup>140</sup> Per approfondire, si veda il ricco resoconto della *Law Commission, The High Court's Jurisdiction in relation to Criminal Proceedings*, report n. 324, 26 luglio 2010.

<sup>141</sup> *Supreme Court Act*, 1981, sez. 29 (3). Allo scopo di meglio comprendere la previsione in esame – la cui vaghezza è da sempre oggetto di numerose critiche – si è soliti citare la decisione *R v Manchester Crown Court, Ex Parte DPP* [1993] 1 WLR 1524 e, in particolare, il passaggio secondo cui «*it may therefore be a helpful further pointer to the true construction of the section to ask the question: 'Is the decision sought to be reviewed one arising in the issue between the Crown and the defendant formulated by the indictment (including the costs of such issue)?' If the answer is 'Yes', then to permit the decision to be challenged by judicial review may lead to delay in the trial: the matter is therefore probably excluded from review by the section. If the answer is 'No', the decision of the Crown Court is truly collateral to the indictment of the defendant and judicial review of that decision will not delay his trial: therefore it may well not be excluded by the section*» (Lord Browne-Wilkinson). Sul punto, più di recente, si veda pure *Farhia Ali v Crown Court at Kingston* [2017] EWHC 2706.

<sup>142</sup> *Law Commission, The High Court's Jurisdiction in relation to Criminal Proceedings*, cit, p. 77, 82.

<sup>143</sup> *Ivi*, p. 94.

<sup>144</sup> Il nome della sezione, invero, varia a seconda che la monarchia vanti una regina o un re: si tratta, infatti, della componente strutturale che direttamente discende dalla storica formazione della *King's Bench*, istituita presso la corte normanna.

talché, pure l'assegnazione delle relative competenze può essere letta come eredità storica di modo tale che la materia penale è attribuita, salvo possibili per quanto rare sovrapposizioni, alla *Queen's Bench*.

Passando a considerare le modalità in cui si estrinseca la funzione giudiziaria, poi, è utile osservare che la Corte opera di regola in composizione monosoggettiva a meno che non si tratti di casi di particolare rilevanza o complessità.

In tali ipotesi – e si tratta della maggior parte delle vicende inerenti al diritto penale – le decisioni della *High Court* sono assunte da un collegio di due giudici cui si suole fare riferimento come *Divisional Court*. Quanto alla *Queen's Bench*, invece, occorre osservare che fino al 2005 era presieduta dal *Lord Chief Justice*. Sennonché, la riforma costituzionale ha istituito la nuova carica di presidente di questa specifica *division* lasciando il primo a capo della *High Court* di appello, nonché responsabile ultimo del funzionamento del potere giudiziario (cfr. *infra* I, Sez. II, § 1.3)

Come meglio si vedrà in seguito, le decisioni adottate dalla *High Court* quale giudice di seconda istanza non sono sottoposte, in caso di impugnazione, all'attenzione della Corte d'appello bensì – direttamente – della *Supreme Court* (cfr. *infra* I, Sez. II, § 5).

### 1.3 Court of Appeal

Seguendo, invece, l'iter ordinario, le pronunce della *Crown Court* possono essere impugnate innanzi alla *Court of Appeal* la quale si compone di *Lords Judges of Appeal* nonché di *High Court Judges*, cui è specificamente domandato di assistere il lavoro della giurisdizione di appello<sup>145</sup>.

La Corte si articola in due sezioni, *Criminal Division* e *Civil Division*, a seconda dei diversi ambiti di competenza e vanta una sede unica presso la *Royal Court of Justice*. La presidenza è affidata al *Lord Chief Justice* d'Inghilterra<sup>146</sup> – nominato da un apposito panel tra i membri della giurisdizione di appello se non, talvolta, della *Supreme Court* – cui sono state trasferite le funzioni attribuite in precedenza al *Lord Chancellor* a partire dalla *Constitutional Reform Act* del 2005 (cfr. *infra*, I, Sez. II, § 5.1). Tale organo rappresenta, oggi, il referente apicale del potere giurisdizionale anglosassone nonché il Primo Presidente delle Corti di Inghilterra e Galles. La composizione del collegio, invece, è regolata dalla legge e prevede diverse

---

<sup>145</sup> *Supreme Court Act*, 1981, sez. 2, 3 e 9.

<sup>146</sup> Al momento, si tratta di *Lord Burnett of Maldon* il quale, nominato *High Court Judge* nel 2008 e, poi, giudice della *Court of Appeal* a partire dal 2014, è divenuto nel 2017 il più giovane nella storia d'Inghilterra a rivestire tale incarico apicale. Gli obblighi imposti sul *Lord Chief Justice* sfiorano le 400 previsioni statutarie includendo tanto incarichi di rappresentanza del potere giurisdizionale nei confronti del pubblico, del parlamento o del governo, quanto l'esercizio vero e proprio della giurisdizione, divenendo parte del collegio entro i processi più rilevanti sia in sede civile che penale.

alternative a seconda che si tratti di uno scrutinio avente ad oggetto una sentenza di condanna<sup>147</sup> oppure di assoluzione<sup>148</sup>.

Al riguardo, non sono mancate le critiche riguardo alla organizzazione strutturale della Corte: certa parte della dottrina, nonché alcuni esponenti del potere giudiziario, infatti, sostengono che sarebbe stato preferibile ridurre il numero nonché la qualifica dei giudici (aprendo a una maggiore partecipazione degli *High Court Judges* e, perfino, delle autorità giudiziarie circondariali) che devono necessariamente essere parte del collegio di seconda istanza – soprattutto quando si tratti di vicende di agevole risoluzione. Si è sostenuto, inoltre, che potrebbe essere di estrema utilità permettere ai Professori Universitari se non diretto accesso al panel incaricato di emettere la sentenza, quanto meno la facoltà di sottoporre al collegio opinioni scritte che prospettino la soluzione delle vicende più controverse<sup>149</sup>.

Di opposto avviso, invece, sono coloro che sostengono che l'efficienza del sistema di impugnazione richiederebbe una radicale riforma dell'impianto attuale, frantumando la unitarietà della Corte di Appello in una pluralità di *regional Court of Appeal*. La composizione delle singole divisioni sparse sul territorio nazionale, infatti, potrebbe seguire indicazioni meno rigide venendo presiedute da un *High Court Judge* e ammettendo, al contempo, come parte del collegio giudicante giudici circondariali che abbiano acquisito una rilevante esperienza. Così procedendo, sarebbe possibile alleggerire la Corte centrale – che rimarrebbe presso la *Royal Court of Justice* – al fine di evitare che consumi tempo e risorse risolvendo casi bagatellari e, piuttosto, permettendole di concentrarsi sulle questioni più complesse e articolate<sup>150</sup>.

#### 1.4 Le linee guida segnano il riparto di competenza

La versione originale delle *Criminal Practice Directions*, linee guida elaborate per fornire un ausilio alla autorità giudicante, da un lato, e implementare il grado di certezza e uniformità nella gestione del processo penale, dall'altro, risale al 1990. Tali provvedimenti sono stati soggetti a numerose modifiche nel corso del tempo allo scopo di tener conto non

---

<sup>147</sup> Di regola, è richiesta la presenza di almeno tre giudici nel Collegio, di cui almeno uno deve rivestire la carica di *Lord Justice of Appeal*, che rendono la decisione – per lo più unica – a maggioranza: *Supreme Court Act*, 1981, sez. 55.

<sup>148</sup> Il collegio si compone di almeno due giudici, di cui uno sia *Lord Justice of Appeal*: se non si trova accordo tra i due giudicanti, la causa è rimessa a un diverso collegio composto da tre soggetti. In questo senso, si veda la sezione 55, *Supreme Court Act*, 1981.

<sup>149</sup> Si veda, al riguardo, P. HUNGERFORD-WELCH, *Criminal Procedure and Sentencing* (1), cit., p. 632.

<sup>150</sup> J. R. SPENCER, *Does our present criminal appeal system make sense?*, in *Crim. Law Rev.*, 2006, p. 677 ss. In riferimento, invece, alle asperità del modello di impugnazione americano, C. M. OLDFATHER-M. M. O'HEAR, *Criminal Appeals: Past, Present, and Future*, in *Marq. Law Rev.*, 2, 93, 2009, p. 339 ss.

solo dell'evoluzione legislativa - con riferimento alle diverse fasi del procedimento penale - bensì, pure, delle modifiche introdotte dalle decisioni rilevanti ai sensi dello *stare decisis*<sup>151</sup>.

Da ultimo, tali linee guida sono state modificate nel marzo 2019, entrando in vigore a partire dall'1 aprile 2019<sup>152</sup>. Ebbene, con riguardo a tale ultimo intervento di modifica, riveste particolare rilievo la avvertita necessità di precisare la natura giuridica di tale provvedimento come emerge, infatti, dal neo-introdotta paragrafo 1A.3 secondo cui le *Criminal Practice Directions* devono intendersi come diritto vincolante tanto per i giudici quanto per gli altri attori che animano le aule giudiziarie<sup>153</sup>.

Tale previsione espressa porta a termine un processo avviato da tempo volto a unificare le indicazioni rivolte ai giudici e agli altri operatori del diritto per facilitarne l'accesso e, quindi, la conoscenza, semplificando il succedersi delle diverse fasi processuali<sup>154</sup>.

Al contempo, però, è forse possibile compiere un ulteriore passo in avanti. La tendenza, infatti, a raccogliere le singole disposizioni, sparse in un cospicuo ventaglio di atti e provvedimenti di varia natura facenti capo a formanti diversi, entro un testo organico cui non è più riconosciuto – solo – carattere persuasivo o di mero indirizzo bensì vero e proprio carattere vincolante riecheggia il bisogno di ordinare il diritto entro un "sistema" unitario di previsioni scritte che caratterizza, in ultima analisi, gli ordinamenti di *civil law*.

Come si vedrà in seguito, del resto, è possibile riscontrare una generale progressiva tendenza all'interno del modello anglosassone verso la positivizzazione del diritto non scritto: anche rispetto alle regole processuali, la legge pare lo strumento più adatto per implementare l'efficienza del modello a tutto vantaggio dei soggetti che ne sono coinvolti in qualità tanto di imputati quanto di operatori del settore.

## 2. La "facoltà" di appello

Le peculiarità del sistema delle impugnazioni penali, al di là delle regole di dettaglio che si è tentato di indicare nei precedenti paragrafi, si rinviene nella facoltà demandata ai giudici di rifiutare un secondo grado di giudizio.

---

<sup>151</sup> Ivi, p. 211 ss.

<sup>152</sup> Lord Chief Justice, *Criminal Practice Directions: Amendment No. 8*, 28 marzo 2019, in vigore a partire dall'1 aprile 2019.

<sup>153</sup> In particolare, infatti, il nuovo paragrafo 1A.3 prevede che «[t]he *Criminal Procedure Rules* and the *Criminal Practice Directions* are the law. Together they provide a code of current practice that is binding on the courts to which they are directed, and which promotes the consistent administration of justice. Participants must comply with the Rules and Practice Direction, and directions made by the court, and so it is the responsibility of the courts and those who participate in cases to be familiar with, and to ensure that these provisions are complied with».

<sup>154</sup> Con riferimento al ruolo delle *Criminal Practice Directions* verso la costruzione di un "codice" che racchiuda le previsioni che regolano il processo penale (*Criminal Procedure Rules*): J. THOMAS, *The Criminal Procedure Rules: 10 years on*, in *Crim. Law Rev.*, 6, 2015, p. 395 ss.

In merito, non è certo una novità il fatto che il diritto europeo consideri l'appello non già come un diritto da ricondurre al giusto processo ma, piuttosto, come diritto al riesame da parte di una giurisdizione superiore della decisione di condanna<sup>155</sup> quand'anche nelle forme del mero giudizio di legittimità: è ben possibile, quindi, per i singoli Stati Membri, compiere scelte differenti in tema di impugnazioni, esercitando un significativo margine di autonomia nella valutazione dei rimedi prospettabili a fronte della sentenza di condanna e nelle concrete modalità di estrinsecazione del diritto di difesa<sup>156</sup>. Ne discende l'utilità di soffermarsi sulla alternativa preferita dal *common law* così da vagliare le ricadute pratiche, anche di natura sostanziale, che ne discendono.

Al riguardo, come anticipato, il mezzo di impugnazione ordinario delle decisioni pronunciate dalle *Magistrates courts* si risolve nella proposizione del ricorso innanzi alla *Crown Court*<sup>157</sup> – su iniziativa tanto della parte privata quanto del pubblico ministero – avente ad oggetto la stessa condanna<sup>158</sup> o, invece, solo il trattamento sanzionatorio irrogato in “primo grado”.

Quanto invece al ricorso innanzi alla *Divisional Court*<sup>159</sup>, è possibile che l'impugnazione sia promossa dalla difesa o dall'accusa solo in punto di diritto (*case stated*) oppure domandando il contestuale riesame dei fatti di causa (*judicial review*). In riferimento alla prima tipologia, è noto, il Regno Unito contempera l'istituto del “*leave to appeal*” permettendo alla autorità giudiziaria di rigettare un'eventuale richiesta di impugnazione che appaia implausibile<sup>160</sup>. A titolo di esempio, quando il ricorso appaia “*frivolous*”<sup>161</sup> è ben possibile

---

<sup>155</sup> L' art. 2, Prot. 7, alla CEDU, infatti, stabilisce che «[o]gni persona dichiarata colpevole da un tribunale ha il diritto di far esaminare la dichiarazione di colpevolezza o la condanna da una giurisdizione superiore. L'esercizio di tale diritto, ivi compresi i motivi per cui esso può essere esercitato, è disciplinato dalla legge», prevedendo al paragrafo n. 2 possibili eccezioni dovute alla gravità dei reati coinvolti. Si rinvia, *inter multis*, all'analisi di M. CERESA-GASTALDO, voce *Appello (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Ann. III, 2010.

<sup>156</sup> In termini molto chiari, si veda Corte cost., 30 luglio 1997, n. 288.

<sup>157</sup> *Criminal Procedural Rules*, sez. 63.

<sup>158</sup> Nel caso in cui l'imputato si fosse dichiarato colpevole, non può impugnare la condanna a meno che si tratti di una pronuncia equivoca ma può certo impugnare il trattamento sanzionatorio: *Magistrate Courts Act*, cit., sez. 108.

<sup>159</sup> *Ivi*, sez. 111.

<sup>160</sup> Quanto al divario che una tale previsione – in uno con il numero di giudici che siedono nella Corte Suprema e il numero di ricorsi che costoro sono chiamati a scriturare – produce tra l'ordinamento inglese e quello italiano tanto da suggerire di «non parl[are] del Regno Unito»: M. CHIAVARIO, *La garanzia della ricorribilità e i suoi costi. Riscrivere la norma costituzionale?*, in *Cass. pen.*, 9, 2013, p. 2892B.

<sup>161</sup> In questi termini la sezione 111(5) del *Magistrate Courts Act*, secondo cui «[i]f the justices are of opinion that an application under this section is frivolous, they may refuse to state a case, and, if the applicant so requires, shall give him a certificate stating that the application has been refused; but the justices shall not refuse to state a case if the application is made by or under the direction of the Attorney General». A ben guardare, invero, il paragrafo n. 6 della medesima sezione autorizza la parte privata a ricorrere innanzi alla *High Court* avverso il certificato che attesta il *leave to appeal*, potendo la Corte superiore ribaltare tale decisione e ordinare il riesame del caso. In aggiunta, lo stesso uso della espressione *frivolous* – invero piuttosto atecnica e gergale – ha destato numerose perplessità non solo presso le aule accademiche ma pure da parte di esponenti autorevoli della magistratura come *Lord Bingham* secondo cui «*I think it is very unfortunate that the expression 'frivolous' ever entered the lexicon of procedural jargon.*

che intervenga un netto rifiuto di scrutinare la vicenda una seconda volta, purchè le ragioni di tale rifiuto insistano su un *arguable point of law*<sup>162</sup>. Sul punto, pertanto, la legge offre una duplice alternativa: è possibile riferirsi direttamente alla *Court of Appeal* per richiedere il *leave* laddove il verdetto pronunciato dalla giuria sia da ritenere - in riferimento alle circostanze del caso - *unsafe* o *unsatisfactory* oppure la decisione sia da considerare erronea in punto di diritto o, ancora, qualora si sia verificata una irregolarità di tipo materiale durante il procedimento di primo grado<sup>163</sup>. In ogni caso, la Corte è tenuta a rigettare l'istanza di parte quando, ancorché ritenga di dover condividere gli argomenti a sostegno della richiesta, non si sia verificato alcun errore giudiziario (*miscarriage of justice*)<sup>164</sup>. In particolare, tale errore deve riguardare i fatti rilevanti in relazione alla *ratio decidendi*, dovendosi escludere un secondo grado di giudizio in presenza di determinazioni *contra legem* che, tuttavia, siano solo secondarie o scarsamente influenti e rischino di prolungare immotivatamente il processo nel tempo<sup>165</sup>. Al pari, la parte può decidere di domandare alla stessa autorità giudiziaria che ha emanato la sentenza di certificare l'opportunità del secondo grado di giudizio purché un simile provvedimento intervenga entro il termine di ventotto giorni<sup>166</sup>.

L'imputato e la pubblica accusa, inoltre, possono agire per ottenere il *judicial review*<sup>167</sup> delle sentenze di condanna e, in caso di assoluzione, la medesima facoltà è riconosciuta in

---

*To the man or woman in the street 'frivolous' is suggestive of light-heartedness or a propensity to humour and these are not qualities associated with most appellants or prospective appellants. What the expression means in this context is, in my view, that the court considers the application to be futile, misconceived, hopeless or academic» (R v Mildenhall Magistrates' Court ex p Forest Heath District Council [1997] 161 JP 401). In ogni caso, la previsione di cui alla sezione 111 non è l'unica in grado di limitare l'accesso al giudizio di impugnazione: ai sensi della sezione 114, infatti, è ben possibile che i giudici richiedano alla parte appellante di impegnarsi a pagare una consistente somma di denaro nel caso in cui l'impugnazione non sia tempestiva o abbia esito negativo (*recognisance*). Nel qual caso, l'impugnazione stessa sarà preclusa fintanto che non risulta onorata tale solenne condizione.*

<sup>162</sup> P. HUNGERFORD-WELCH, *Criminal Procedure and Sentencing* (2), cit., p. 144.

<sup>163</sup> *Criminal Appeal Act*, 1968, sezione n. 18, 2, let. a. Quanto ai criteri per concedere il *leave to appeal* si veda la sezione n. 2, ossia «[e]xcept as provided by this Act, the Court of Appeal shall allow an appeal against conviction if they think (a) that the verdict of the jury should be set aside on the ground that under all the circumstances of the case it is unsafe or unsatisfactory; or (b) that the judgment of the court of trial should be set aside on the ground of a wrong decision of any question of law; or (c) that there was a material irregularity in the course of the trial».

<sup>164</sup> Ivi, sezione n. 2, § 1, secondo cui «[p]rovided that the Court may, notwithstanding that they are of opinion that the point raised in the appeal might be decided in favour of the appellant, dismiss the appeal if they consider that no miscarriage of justice has actually occurred».

<sup>165</sup> Si veda, sul punto, quanto affermato dalla Corte di seconda istanza in *R v Preddy* [1996] AC 115.

<sup>166</sup> *Criminal Appeal Act*, cit., sezione 18, 2, lett. b.

<sup>167</sup> Quanto alla nozione di *judicial review*, si è soliti fare riferimento a quanto affermato da Lord Diplock nella celebre decisione *Council of Service Unions v Minister for the Civil Service* [1985] AC 374 sulla possibilità di sottoporre al sindacato giurisdizionale le *royal prerogatives* (oggetto del ricorso, infatti, era il provvedimento regio con cui il governo di Margaret Thatcher intendeva proibire per ragioni di pubblica sicurezza l'iscrizione ai sindacati a determinate categorie di lavoratori): «the exercise of a power by a body is subject to judicial review is not in its source but its subject matter. Challenges to the lawfulness of subordinate legislation or administrative decisions and acts may take under the headings of illegality, procedural impropriety and irrationality».

presenza di una causa di nullità del procedimento di primo grado. Anche in questo caso, il secondo grado di giudizio è condizionato all'esito positivo di uno scrutinio preliminare circa la ammissibilità stessa del ricorso: è necessario, infatti, che la *High Court* si pronunci a favore del ricorso ritenendo che lo stesso non sia – *con alta probabilità* – da concludere con la mera riconferma della precedente decisione ovvero qualora sussistano prevalenti interessi pubblici che giustifichino il progredire del giudizio<sup>168</sup>.

A differenza del giudizio *case stated*, tuttavia, la decisione della *High Court* non può essere impugnata innanzi a un'autorità superiore; l'unica alternativa che ha a disposizione il ricorrente – a fronte di un provvedimento negativo – consiste nel domandare che l'esito dello stesso sia riconsiderato in un'udienza pubblica così da garantire una maggiore trasparenza e partecipazione alle parti coinvolte<sup>169</sup>.

Lo scrutinio di secondo grado, poi, termina secondo una triplice direttiva: la Corte di seconda istanza ha il potere di ribaltare la decisione di primo grado oppure solo di dare indicazioni al giudice di *prime cure* su quanto è necessario fare (*mandatory order* o *mandamus*) o non fare (*prohibiting order*) per argomentare la decisione in conformità al diritto<sup>170</sup>.

Ai fini della comparazione, inoltre, riveste un certo interesse il margine di discrezionalità che conserva la Corte rispetto alla opportunità di pronunciarsi sulla impugnazione. Senza potersi troppo dilungare sul punto, infatti, è utile considerare che, quand'anche il giudizio di secondo grado potesse concludersi in senso favorevole all'imputato in punto di merito, è sempre possibile per i giudici escludere l'operatività del rimedio in questione che appaia "inadeguato". A titolo esemplificativo, si può richiamare la pronuncia in cui il collegio rifiuta di decidere nel merito nonostante sussista una pluralità di difetti argomentativi dal momento che il ricorso era stato avviato dalla parte – ad avviso della Corte – quale «*pure technicality*»<sup>171</sup>. Al pari, la decisione nel merito della vicenda è stata esclusa laddove, a causa del contegno tenuto dalle parti nel corso del processo, la sentenza sarebbe intervenuta a una distanza temporale "inadeguata" rispetto al fatto<sup>172</sup>. Una discrezionalità talmente ampia riservata all'organo giudicante rispetto alla stessa opportunità di una decisione di merito permette di subordinare le ragioni sostanziali del

---

<sup>168</sup> *Senior Courts Act*, 1981, sez. 31, § 3.

<sup>169</sup> P. HUNGERFORD-WELCH, *Criminal Procedure and Sentencing* (2), cit., p. 148.

<sup>170</sup> *Ibid.* Si veda, sul punto, *Senior Courts Act*, cit., sez. 31, § 5.

<sup>171</sup> *Santos v Stratford Magistrates' Court* [2012] EWHC 752 (Admin.), ove la Corte evita di pronunciarsi nel merito giacché riconosce l'errore compiuto dagli agenti di pubblica sicurezza in fase di indagini ma, al contempo, ritiene insufficiente lo strumentario probatorio apprestato dal ricorrente che non si è preoccupato di dimostrare adeguatamente la correttezza della propria allegazione.

<sup>172</sup> *R v Neath and Port Talbot Justice ex p DPP* [2000] 1 WLR 1376, ove la ricorrente, all'esito di una serie considerevole di condotte volte a dilazionare il procedimento, mancava di presenziare in aula avendo fatto sapere che l'impedimento consisteva nell'essere in vacanza – e dimostrando, quindi, ad avviso della Corte, scarso interesse nella prosecuzione del giudizio concernente un atto di violenza domestica istruito proprio in ragione della denuncia presentata dalla parte privata.

ricorrente a istanze, ritenute preponderanti, di correttezza e puntualità nel prendere parte al processo. Un simile risultato, invero, pare difficile da comprendere se si adotta la prospettiva del giurista continentale abituato a basare le sue valutazioni sul principio della necessaria corrispondenza tra chiesto e pronunciato nonché della obbligatorietà dell'azione penale, indisponibile finanche per i magistrati. Diverso, nondimeno, è il punto di osservazione dell'operatore del diritto anglosassone che ripone piena fiducia nell'operato delle Corti, le riconosce capaci di creare diritto – anche di natura procedimentale – rimettendo in ultima analisi alle loro decisioni la garanzia di coerenza e coesione del sistema.

### 3. *House of Lords*

#### 3.1 *Composizione e criteri di nomina*

Il ruolo esercitato dalla sezione giurisdizionale della Camera dei *Lords* in riferimento allo sviluppo del diritto penale sostanziale ha rivestito carattere primario nonostante lo sviluppo di tale giurisdizione appaia decisamente concentrato nel tempo, risolvendosi la gran parte della attività della Corte in ambito penalistico negli ultimi 40 anni del suo operato.

A questo riguardo, infatti, è interessante osservare come la *House of Lords* abbia sostanzialmente evitato di pronunciarsi in materia penale fino al 1908 giacchè non vi era alcuna procedura che permettesse di rimettere con successo a tale particolarissima Corte la ultima parola sulle vicende riguardanti il diritto penale sostanziale<sup>173</sup>. Di grande importanza, dunque, fu la modifica indotta dal *Criminal Appeal Act* del 1907, entrata in vigore l'anno successivo, che permetteva all'*Attorney General* di individuare i casi che sollevassero questioni di diritto di particolare rilievo da sottoporre all'attenzione dei *Lords* laddove fosse, pure, possibile riscontrare uno specifico interesse pubblico alla prosecuzione del giudizio<sup>174</sup>. Senonchè, fu necessario attendere tre anni per vedere la Corte impegnata nello scrutinio di una questione propriamente penalistica<sup>175</sup>: invero, i criteri individuati dal legislatore, che pur aprivano una breccia rispetto al regime antecedente miravano in parte a contenere l'accesso alla giurisdizione superiore e creavano – insieme al vaglio riservato

---

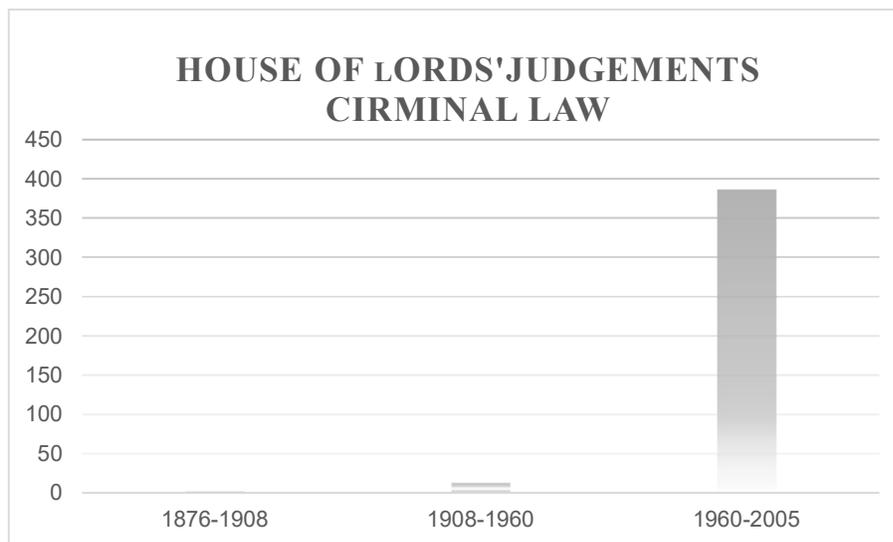
<sup>173</sup> A ben guardare, invero, per due volte dal 1876 al 1908 la *House of Lords* si è pronunciata su questioni *lato sensu* penalistiche le quali, tuttavia, riguardavano vicende di natura processuale (*Castro, orse Orton, orse Tchborne v R* [1180-1] 6 App Cas) o inerenti decisioni di politica criminale (come stabilire quale dipartimento dovesse sostenere i costi dei centri di detenzione per i soggetti affetti da patologie mentali: *Mews and Oastler v R* [1883] AC 339). Riporta tali decisioni J. R. SPENCER, *Criminal Law*, in L. Blom Cooper-B. Dickson-G. Drewry (eds), *The Judicial House of Lords 1876-2009*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 594, nota n. 2.

<sup>174</sup> Ossia, secondo quanto previsto dal *Criminal Appeal Act*, 1907, § 6: «[i]f in any case the director of public prosecutions or the prosecutor or defendant obtains the certificate of the Attorney General that the decision of the Court of Criminal Appeal involves a point of law of exceptional public importance, and that it is desirable in the public interest that a further appeal should be brought, he may appeal from that decision to the House of Lords».

<sup>175</sup> *DPP v Beard* [1920] AC 479.

all' *Attorney General* – una barriera difficile da penetrare come dimostra il fatto che dal 1920 al 1960 si contano solo 12 casi che affrontano questioni propriamente penalistiche<sup>176</sup>.

La situazione, del resto, giunse a un tale grado di frizione rispetto al bisogno di giustizia avvertito presso la società civile e gli operatori del settore che il legislatore decise di rivedere le regole di accesso alla Camera Alta, escludendo il *placet* dell' *Attorney General* e, piuttosto, imponendo alla stessa Corte di Appello – o alla *High Court* a seconda dei casi – di valutare se in punto di diritto il caso meritasse o meno di essere riesaminato nonchè richiedendo agli stessi giudici *ad quem* di confermare l'opportunità di sottoporre il caso al proprio scrutinio<sup>177</sup>. La riforma colpì nel segno dal momento che l'ammontare di ricorsi cominciò a farsi considerevole, continuando a crescere in maniera esponenziale: il numero complessivo di decisioni assunte dai *Lords* in materia penale, infatti, si aggira intorno alle 400 pronunce.



A fronteggiare una tale mole di lavoro si ritrovarono i dodici *Lords*, di regola suddivisi in collegi di cinque membri noti come *Appellate Committees*, cui era riconosciuto lo status di *Lords of Appeal in Ordinary*<sup>178</sup>. Ebbene, è noto, i membri della Camera dei Pari non sono eletti bensì nominati dal sovrano<sup>179</sup>, su parere del Primo Ministro; egualmente, i membri della

<sup>176</sup> J. R. SPENCER, *Criminal Law*, cit., p. 595.

<sup>177</sup> Invero, tale seconda valutazione può *ex lege* essere compiuta tanto dal giudice rimettente quanto dalla Camera dei *Lords*. Tuttavia, per contenere il malcontento dimostrato da quest'ultimi circa il flusso di ricorsi in costante aumento, la *Court of Appeal* decise di mantenere un atteggiamento di estrema prudenza lasciando che fosse la giurisdizione superiore a decidere se pronunciarsi o meno sulla specifica questione: si veda, per approfondire, L. BLOM COOPER-B. DICKSON, *The House of Lords and the English Court of Appeal*, in L. Blom Cooper-B. Dickson-G. Drewry (eds), *The Judicial House of Lords 1876-2009*, cit., p. 53 ss.

<sup>178</sup> *Appellate Jurisdiction Act*, 1876, § 6.

<sup>179</sup> In un primo momento, invero, si trattava di carica ereditata di generazione in generazione: C. BALLINGER, *The House of Lords 1911-2011. A century of non-reform*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 4. Quanto alle

sezione giurisdizionale sono formalmente scelti dal monarca tra i *Lords* che hanno avuto esperienza presso le istituzioni giudiziarie di vertice, sentito il Capo dell'esecutivo e il Guardasigilli<sup>180</sup>. Si tratta di una nomina a vita, indifferente – è chiaro – all'alternarsi delle maggioranze politiche in Parlamento<sup>181</sup>. Inoltre, gli organi politici seguono la prassi costituzionale di condurre un processo di consultazione con i membri più autorevoli delle Alte Giurisdizioni nonché di scegliere i candidati tra gli esponenti della *Court of Appeal*. Ne deriva la tendenza a escludere l'ideologia politica individuale dai fattori in grado di condizionare la nomina. Pare, piuttosto, decisiva l'appartenenza a un determinato ceto sociale, nonché il sostegno e la stima dei propri pari<sup>182</sup>.

Al riguardo, è interessante osservare come – a differenza di quanto avviene di solito per le giurisdizioni di vertice impegnate nella risoluzione di questioni di portata costituzionale – la procedura di nomina dei diversi componenti della Corte così come il loro alternarsi non abbia mai destato particolare interesse da parte della opinione pubblica<sup>183</sup>. Con riguardo alle fasi più risalenti, certo, tale sostanziale indifferenza può trovare spiegazione nello scarso coinvolgimento della *House of Lords* entro il procedimento giurisdizionale; la questione muta però in maniera progressiva man a mano che cresce il numero di ricorsi presentati alla Corte. Sul punto, si è sostenuto che detto distacco sia dovuto agli sforzi degli stessi giudici di evitare personalismi, conservare con gelosia la posizione acquisita nel tempo “lontana dai riflettori” della stampa, nonché insistere nel porsi come corpo unitario che assume la reponsabilità collegiale delle singole decisioni al di là delle posizioni personali dei diversi componenti. Un simile atteggiamento, del resto, sembra dimostrare una certa lungimiranza con riguardo al tentativo di evitare, in radice, l'acuirsi degli scontri diretti con il potere

---

peculiarità del sistema nominativo e al dibattito circa la opportunità del mantenimento di un tale sistema quale contrappeso rispetto alla Camera dei Comuni o, piuttosto, il suo superamento a tutto vantaggio dell'argomento democratico, si veda P. NORTON, *Reform of the House of Lords*, cit., p. 4, ove l'A. mette in luce i pregi della Camera dei Pari quale «*reflective chamber*» nonostante non sia direttamente elettiva né rappresentativa della comunità di riferimento. Il numero dei *Lords* – si badi – non è stabilito *ex ante* ma varia con il variare delle nomine (ivi, p. 14).

<sup>180</sup> *Appellate Jurisdiction Act*, cit., § 6. Ai membri degli *Appellate Committes* è fatto espresso divieto di sedere in aula ed esprimere il proprio voto allo scopo di evitare condizionamenti e indebite influenze tra il potere legislativo e giudiziario (§ 6). Quanto, invece, al potere strettamente legislativo, si può riscontrare una graduale evoluzione che ha portato la Camera dei Pari dalla facoltà di porre un veto definitivo rispetto alle iniziative del governo degli inizi del XX secolo fino al mero rinvio di un anno dell'approvazione di un atto normativo: P. DOREY-A. KELSO, *House of Lords Reform since 1911. Must the Lords Go?*, New York, Palgrave Macmillan, 2011, pp. 217-220, ove l'A. approfondisce altresì il dibattito sulla legittimazione di tale organo.

<sup>181</sup> In riferimento alla evoluzione storico-politica della Camera Alta, con particolare riguardo al succedersi delle proposte di riforma circa la sua composizione e funzione: P. NORTON, *Reform of the House of Lords*, cit., p. 41 ss.

<sup>182</sup> K. MALLESON, *Appointments to the House of Lords: Who Goes Upstairs*, in L. Blom Cooper-B. Dickson-G. Drewry (eds), *The Judicial House of Lords 1876-2009*, cit., p. 119. Invero, l'A. nota come le posizioni politiche del candidato fossero tenute in maggiore considerazione nei primi decenni del secolo XX, quando paradossalmente la *House of Lords* aveva – quanto meno in materia penale – un impatto tendenzialmente limitato (p. 120 s.).

<sup>183</sup> Ivi, p. 112 s.

esecutivo o legislativo. Nondimeno, la struttura delle singole pronunce della Camera Alta contraddice una simile prudenza: come si vedrà, ciascuna sentenza si compone delle opinioni dei diversi membri del collegio. Di regola, infatti, le singole posizioni emergono attraverso motivazioni complesse – che ricostruiscono ciascuna il fatto contingente – capaci di mettere in luce non solo la opinione del giudice persona fisica ma, pure, gli eventuali dissapori interni al collegio tramite l’abbondare di riferimenti in senso adesivo o contrario l’uno all’opinione dell’altro.

Da ultimo, rivestono un particolare rilievo gli studi condotti sulla composizione della Corte in prospettiva sociologica: è alquanto significativo, in merito, che la prima giudice donna sia stata nominata nel 2003<sup>184</sup>, sul finire quindi dell’operato della Camera dei Lords in funzione giurisdizionale. In aggiunta, e salvo poche eccezioni, il profilo medio del Giudice supremo riporta caratteristiche omogenee e, in particolare, l’origine caucasica, il percorso di formazione nei migliori istituti privati della nazione, l’ estrazione familiare da ricondurre alla borghesia medio-alta, l’età piuttosto avanzata in cui sopraggiunge la nomina<sup>185</sup>. Tali caratteri agevolano altresì la uniformità interna all’organo giudicante, nel tentativo di tradurre il comune bagaglio di conoscenze ed esperienza dei singoli componenti in decisioni ampiamente condivise. Si potrebbe, allora, cogliere un ulteriore elemento capace di incidere sulla continuità del diritto giurisprudenziale, assicurando la omogeneità del moto evolutivo del diritto judge-made di ultima istanza.

### 3.2 Incontri e scontri con il legislatore

La determinazione secondo cui l’ultimo grado di giurisdizione doveva aver luogo nella Camera Alta del Parlamento ha accompagnato per anni il modello di *common law*. Del resto, fino all’entrata in vigore dello *Appellate Jurisdiction Act*, le questioni di diritto avevano assoluta priorità rispetto all’ordine del giorno dei *Lords* ed erano discusse innanzi all’intera assemblea<sup>186</sup>.

A partire dal 1876, invece, si decise di assicurare maggiore autonomia ai c.d. *Law Lords* riconoscendoli – certo – come *pari* ma, al contempo, stabilendo che le decisioni a carattere giurisdizionale potessero essere assunte solo da costoro, evitando indebiti condizionamenti che potessero derivare dalla partecipazione all’udienza da parte degli altri membri della Camera. I *Judicatures Acts*, poi, rappresentano un passaggio decisivo nella direzione della

---

<sup>184</sup> Si tratta della Baronessa *Brenda Hale* che è stata l’unica donna – nonchè la prima con esperienza accademica – a rivestire l’incarico di giudice presso la *House of Lords*; nel 2009, infatti, è stata trasferita insieme agli altri membri della Camera dei Pari con funzione giurisdizionale presso la Corte Suprema, di cui riveste oggi la carica di Presidente.

<sup>185</sup> K. MALLESON, *Appointments to the House of Lords: Who Goes Upstairs*, cit., p. 114.

<sup>186</sup> D. HOPE, *Law Lords in Parliament*, in L. Blom Cooper-B. Dickson-G. Drewry (eds), *The Judicial House of Lords 1876-2009*, cit., p. 164.

autonomia e indipendenza della giurisdizione – quand’anche di ultima istanza – dal potere legislativo: l’intervento di riforma, infatti, dimostra piena consapevolezza del problema e tenta di proporre una soluzione di compromesso che non privi il Parlamento della titolarità, ancorché solo in veste formale essendo le decisioni assunte in nome della *House of Lords*, di una funzione essenziale per la tenuta del sistema. Nondimeno, i giudizi di appello continuarono ad avere luogo – quale prima questione da esaminare – entro la Camera fino al bombardamento che distrusse il palazzo di *Westminster* durante il secondo conflitto mondiale e che impose un ripensamento degli spazi: dal 1948 in poi, infatti, una diversa ala del Palazzo fu dedicata ai *Law Lords*, sancendo di fatto una più netta separazione rispetto ai rappresentanti politici.

Quanto alla prospettiva eguale e contraria, la partecipazione dei *Law Lords* all’attività parlamentare fu per molto tempo lasciata al contegno e alla iniziativa dei singoli, mancando una disciplina puntuale sia sulla possibilità di intervenire in aula sia di votare sulle singole questioni<sup>187</sup>. L’unico ferreo divieto da sempre rispettato concerneva la partecipazione alle discussioni inerenti ai partiti politici, cui del resto i giudici non potevano risultare iscritti. Nel corso del tempo si riscontrarono, così, coinvolgimenti molto diversi a seconda della attitudine e dell’interessamento personale dei singoli esponenti dell’*Appellate Committee*. Quest’ultimi, del resto, erano altresì portatori delle più elevate conoscenze giuridiche nell’assemblea e, quindi, frequentemente interpellati affinché la loro eccezionale esperienza del mondo del diritto potesse fungere da guida per la risoluzione delle problematiche di maggiore complessità. Con il *Life Peerages Act* del 1958, tuttavia, la nomina dei *Lords* cominciò a emanciparsi dagli anacronistici meccanismi di successione ereditaria<sup>188</sup> permettendo a soggetti che si distinguevano nei diversi settori professionali, inclusa la sfera del diritto, di divenire parlamentari. Ne derivò il diffondersi nella Camera di diversi esponenti del ceto forense, ridimensionando la funzione di esperti del settore fino a quel momento esercitata dei *Law Lords* nel dibattito assembleare<sup>189</sup>.

Durante il governo *Blair*, invero, furono elaborate le proposte più concrete riguardo alla riforma della *House of Lords*. Nelle more del dibattito, che coinvolse non solo la pubblica opinione ma chiaramente anche i parlamentari, furono modificati i regolamenti interni all’assemblea anticipando l’orario in cui tenere le discussioni delle questioni politiche di maggiore rilievo così che fosse sovrapposto a quello delle udienze dell’*Appellate Committee*; cominciò, quindi, a diffondersi l’idea per cui potessero prendere parte alla discussione in

---

<sup>187</sup> Ivi, p. 169.

<sup>188</sup> Sul punto, si veda P. NORTON, *Reform of the House of Lords*, cit., p. 13, 24 ss. Di interesse, al riguardo, il superamento della originaria distinzione tra *lord temporal* e *lord spiritual* a seconda della provenienza laica o religiosa dei *Lords*.

<sup>189</sup> Ivi, p. 175.

aula solo coloro che la frequentavano regolarmente la Camera, escludendo di fatto i *Law Lords* dal dibattito.

Una simile soluzione, del resto, pareva necessitata dalla entrata in vigore dello *Human Rights Act* che vincolando l'ordinamento inglese al rispetto della Convenzione imponeva, altresì, di assicurare l'imparzialità dei giudici quale declinazione del principio del giusto processo.

Le torsioni degli equilibri tra poteri indotte dalle interconnessioni tra politica e giurisdizione, invero, si manifestarono con tutta evidenza durante la discussione del celebre caso *Pinochet (n. 2)*<sup>190</sup> ove, per quanto qui maggiormente interessa, si decise di escludere *Lord Hoffmann* dall'*Appellate Committee*<sup>191</sup> in ragione della posizione apicale ricoperta in *Amnesty international* – terzo interveniente nel processo, a sostegno dell'accusa – che avrebbe inevitabilmente macchiato non solo la *virgin mind* del giudicante ma, soprattutto, la percezione diffusa circa la imparzialità dello stesso presso la pubblica opinione.

Tali modifiche puntuali della prassi parlamentare sono esemplificative della graduale tendenza verso la separazione del potere giurisdizionale dal legislatore, avviando un percorso che condurrà all'entrata in vigore della riforma costituzionale del 2005.

#### 4. La riforma del 2005

##### 4.1 Composizione e poteri della Supreme Court

La proposta di riforma dell'*Appellate Committee*, che prevedeva, pure, di rimpiazzare la figura del Lord Cancelliere e rivedere le modalità di nomina dei Pari, fu presentata al Parlamento con scarso preavviso<sup>192</sup>. D'altro canto, quella che potrebbe essere considerata

---

<sup>190</sup> Il caso ha coinvolto tre differenti decisioni di impatto costituzionale quanto alla possibilità per il dittatore cileno di opporsi - giovandosi della immunità riconosciuta ai Capi di Stato - alla estradizione richiesta dalla Spagna in forza di un mandato di arresto internazionale in relazione all'accusa per fatti di tortura. Il primo giudizio, infatti, negò che il rifiuto della estradizione potesse basarsi su una asserita immunità del vertice di un governo che si era reso responsabile di tali gravi reati di impatto internazionale. Tale decisione, tuttavia, fu annullata dal momento che il giudice *Hoffmann*, sostenitore della tesi maggioritaria, non fu in grado di provare sufficiente distacco nei confronti della associazione *Amnesty international*, di cui era stato presidente così da mettere a tacere le voci circa un suo coinvolgimento personale nella questione sottoposta allo scrutinio della Corte. La terza pronuncia della *House of Lords (R v Bow Street Metropolitan Magistrate, ex p Pinochet Ugarte (No 3))*, che faceva capo a un collegio *in toto* differente, ribadiva la impossibilità di escludere la estradizione in forza della immunità riservata ai Capi di Stato, dando adito alla successiva decisione governativa che concedette l'extradizione. Si veda, sul punto, H. FOX-C. WARBRICK-D. MCGOLDRICK, *The Pinochet Case No.3*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 48, 3, 1999, p. 687 ss., in ptc. p. 689.

<sup>191</sup> *R v Bow Street Metropolitan Magistrate, ex p Pinochet Ugarte (No 2)* [2000] 1 AC 119.

<sup>192</sup> D'altro canto, il clima politico pareva ostile all'approvazione di tale provvedimento che già aveva raccolto parere negativo all'esito del dibattito esplorativo condotto dalle Camere pochi anni prima; in questo senso, si veda C. BALLINGER, *The House of Lords 1911-2011. A century of non-reform*, cit., p. 196. Invero, il governo dimostrava un certo malcontento se non addirittura insofferenza nei confronti della inerzia protrattasi nel

come la riforma più rilevante che ha coinvolto l'organizzazione del potere giudiziario anglosassone a partire dal XIX secolo, è venuta alla luce in un contesto di relative frizioni tra gli esponenti più in vista del governo laburista e i *Law Lords*<sup>193</sup>.

Nonostante la rapidità dell'*iter* parlamentare e le asperità del dibattito che lo ha accompagnato, è difficile negare che si trattasse di una riforma necessitata: un ordinamento governato dal principio del *rule of law*<sup>194</sup> e rispettoso delle garanzie riconosciute dalla Convenzione europea dei diritti umani<sup>195</sup> non aveva nel XXI secolo alcuna ragione di mantenere i componenti dell'organo giurisdizionale di vertice entro la medesima sede del potere legislativo, identificandoli addirittura come membri di una delle due Camere in spregio alla necessaria separazione dei poteri.

A fronte di tali premesse, le aspettative nei riguardi del nuovo organo erano piuttosto elevate sia rispetto alla capacità di assicurare una maggiore trasparenza in relazione al processo decisionale seguito dalla Corte sia rispetto al ruolo rivestito dalla stessa entro lo scacchiere costituzionale. Nondimeno, il procedere della Corte si rivelò pressoché invariato, almeno nei primi anni di attività: mantenendo la medesima composizione<sup>196</sup> e

---

tempo sul punto: per citare direttamente le parole che il Primo Ministro, *Tony Blair*, rivolgeva alla *House of Commons Liaison Committee*, la quale raduna i rappresentanti dei diversi comitati che lavoravano entro la Camera dei Comuni, l'8 luglio 2003: «[i]t has always been a matter of fascination to me that some people who have campaigned for changes over a long period of time then find a reason for being against them when you actually introduce them [...] The curious thing—and this is probably a rightful criticism of us or me—about this is that most people have welcomed the changes but not the manner in which they were presented. There it is. I think the most important thing is that we make the changes work properly and that we involve in the widest possible consultation those that are affected by the changes. In the end what I felt was that since the changes actually require an Act of Parliament there would be plenty of opportunity for people to make their views known», *Minutes of Evidence*, 8 luglio 2003, Q276 e Q277, disponibile all'indirizzo [www.publications.parliament.uk](http://www.publications.parliament.uk).

<sup>193</sup> Si veda, sul punto, l'analisi di A. LE SUEUR, *From Appellate Committee to Supreme Court: A Narrative*, in L. Blom Cooper-B. Dickson-G. Drewry (eds), *The Judicial House of Lords 1876-2009*, cit., p. 70 s.

<sup>194</sup> *Constitutional Reform Act*, cit., sez. 1, let. a.

<sup>195</sup> Interessante, sul punto, la decisione Corte Edu, 8 febbraio 2000, *McGonnell c. Regno Unito*, § 57, ove la Corte considerando il peculiare caso dell'isola di *Guernsey* e l'indipendenza della *Royal Court* che esercita sulle stessa la propria giurisdizione afferma «that the mere fact that the Deputy Bailiff presided over the States of Deliberation when DDP6 was adopted in 1990 is capable of casting doubt on his impartiality when he subsequently determined, as the sole judge of the law in the case, the applicant's planning appeal. The applicant therefore had legitimate grounds for fearing that the Bailiff may have been influenced by his prior participation in the adoption of DDP6. That doubt in itself, however slight its justification, is sufficient to vitiate the impartiality of the Royal Court, and it is therefore unnecessary for the Court to look into the other aspects of the complaint». Del resto, quanto all'imparzialità del potere giudiziario in relazione all'articolo 6 CEDU, i giudici di Strasburgo già avevano chiarito con riferimento alla corte marziale britannica che: «in order to establish whether a tribunal can be considered as "independent", regard must be had, inter alia, to the manner of appointment of its members and their term of office, the existence of guarantees against outside pressures and the question whether the body presents an appearance of independence [...] As to the question of "impartiality", there are two aspects to this requirement. First, the tribunal must be subjectively free of personal prejudice or bias. Secondly, it must also be impartial from an objective viewpoint, that is, it must offer sufficient guarantees to exclude any legitimate doubt in this respect [...] The concepts of independence and objective impartiality are closely linked» (Corte Edu, 25 February 1997, *Findlay c. Regno Unito*, § 73).

<sup>196</sup> I dodici giudici della *House of Lords*, infatti, divennero i primi membri della Corte Suprema mantenendo il titolo di *Pari* ma perdendo il diritto di prendere parte all'attività della Camera Alta: L. BLOOM COPER- B.

giurisdizione<sup>197</sup> dell'*Appellate Committee*, rimaneva possibile adire la Corte Suprema solo in seguito al parere favorevole del giudice d'appello circa l'opportunità di adire la giurisdizione superiore. A mutare, invece, fu il profilo strutturale delle singole pronunce giacché in apertura non fu più indicata la *opinion* del componente più anziano bensì quella meglio argomentata<sup>198</sup>, lasciando per ultime le eventuali *dissenting*. Inoltre, il Collegio mostrò fin da subito la tendenza a riunirsi in *panel* di almeno cinque giudici: la presenza di un numero cospicuo di giudicanti, invero, è stato condivisibilmente interpretata come un segnale deciso a indicare una maggiore autorevolezza e condivisione delle decisioni, che promanino da un organo unito<sup>199</sup>.

In prospettiva quantitativa, invece, il numero di ricorsi che nel primo anno hanno ricevuto il *placet*<sup>200</sup> dalla Corte Suprema si aggirarono intorno al 34%, mantenendosi costante il dato rispetto alla giurisdizione esercitata presso *Westminster*<sup>201</sup>.

In merito, si è osservato che la Corte, tuttora, tende a disattendere la *Practice Direction* 3.3.3 che imporrebbe di motivare il provvedimento che rifiuta il ricorso<sup>202</sup>, limitandosi di regola i giudici a un generico – quanto vago – riferimento al difetto di interesse pubblico all'esame del caso<sup>203</sup>. Ne deriva una certa difficoltà nell'individuare le direttive ermenutiche

---

DICKSON, *The first year of the UK's Supreme Court*, in *N. Ir. Legal Q.*, 61, 4, 2010, p. 295. Gli A. descrivono il nuovo organo come un vero e proprio successo (p. 310). In riferimento ai requisiti necessari per la nomina, il *Constitutional Reform Act* richiede che si tratti di un soggetto che abbia esercitato la funzione giudicante per almeno due anni nelle giurisdizioni di vertice nazionali, che abbia maturato almeno quindici anni di pratica forense o, in termini più generali, almeno quindici anni di attività connessa alla sfera giuridica come nel caso di professori universitari o arbitri (sez. 25; si veda, sul punto, pure *Tribunals, Courts and Enforcement Act*, 2007, sez. 52).

<sup>197</sup> Quanto all'impossibilità di presentare ricorso per questioni attinenti alla materia penale che interessino il territorio scozzese, se non quando sia coinvolta la violazione dei diritti fondamentali, si veda B. DICKSON, *Human rights and the United Kingdom Supreme Court*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 4 ss.

<sup>198</sup> Con riguardo alla interessante questione dell'esercizio di *leadership* di fatto e di diritto entro la Corte Suprema, si veda R. CORNES, *Gains in translation - the leadership function in the United Kingdom's Supreme Court, parameters and prospects*, in *Public law*, 2011, p. 509 ss.

<sup>199</sup> In argomento, si rinvia alle considerazioni di B. DICKSON, *Human rights and the United Kingdom Supreme Court*, cit., p. 4. Quanto poi all'atteggiamento rimasto invariato dei singoli giudici riguardo alla possibilità di manifestare la propria posizione personale, soprattutto se dissenziente, si veda L. BLOOM COPER- B. DICKSON, *The first year of the UK's Supreme Court*, cit., p. 302.

<sup>200</sup> Si tratta del procedimento per ottenere il *Permission to Appeal* (PTA). Per approfondire il funzionamento di tale passaggio preliminare, decisivo in relazione al successivo scrutinio con riferimento alla Camera dei *Lords*, si veda B. DICKSON, *The processing of appeals in the House of Lords*, in *Law Quarterly Rev.*, 10, 2007, p. 571

<sup>201</sup> L. BLOOM COPER- B. DICKSON, *The first year of the UK's Supreme Court*, cit., p. 298.

<sup>202</sup> Tale previsione, infatti, stabilisce che «[p]ermission to appeal is granted for applications that, in the opinion of the Appeal Panel, raise an arguable point of law of general public importance which ought to be considered by the Supreme Court at that time, bearing in mind that the matter will already have been the subject of judicial decision and may have already been reviewed on appeal. An application which in the opinion of the Appeal Panel does not raise such a point of law is refused on that ground. The Appeal Panel gives brief reasons for refusing permission to appeal. The reasons given for refusing permission to appeal should not be regarded as having any value as a precedent», disponibile all'indirizzo [www.supremecourt.uk](http://www.supremecourt.uk).

<sup>203</sup> L. BLOOM COPER- B. DICKSON, *The first year of the UK's Supreme Court*, cit., p. 298.

che guidano la Corte nella scelta dei giudizi meritevoli di scrutinio, con conseguente impossibilità di prevedere *ex ante* con ragionevole sicurezza se un determinato ricorso alla Corte di vertice avrà o meno esito negativo.

All'indomani dell'avvio dei lavori da parte della Corte Suprema, inoltre, si presentò l'interrogativo circa il vincolo del precedente. In merito, e non volendosi soffermare in questa sede se non sullo stretto necessario, i giudici supremi ebbero cura di chiarire immediatamente che il *Practice Statement*<sup>204</sup> pronunciato dalla *House of Lords* nel 1966 (cfr. *infra*, II, 2, § 3.2) era da intendere riferito anche all'organo di nuova introduzione, in ossequio a quanto stabilito dalla normativa del 2005<sup>205</sup>. In linea di continuità con la precedente giurisdizione, del resto, la nuova Corte chiede al ricorrente di specificare *expressis verbis* quando il giudizio mira al superamento di un precedente orientamento giurisprudenziale, sforzandosi di enucleare le diverse ragioni a sostegno di detta modifica<sup>206</sup>.

#### 4.2 Quale rapporto con lo Human Rights Act

Al pari di quanto è avvenuto per la *House of Lords*, la Corte Suprema si è trovata ben presto a fronteggiare la questione interpretativa che riguarda la stessa configurabilità nel paradigma di *common law* di diritti costituzionali quasi si trattasse di un "nonsense sui trampoli"<sup>207</sup>. Sul punto, è utile procedere a due puntualizzazioni di massima. *In primis*, occorre osservare che il diritto inglese non conosce in termini formali, di per sé, la nozione di principi generali, considerati come un ente alieno al modello *judge-made* e che, invero, fecero ingresso nella letteratura d'oltremania solo a partire dall'interesse per la comparazione con l'ordinamento francese<sup>208</sup>. Tuttavia, rimane possibile ricavare detti principi – solo si pensi alla nozione di *rule of law* o al divieto di discriminazione – attingendo al diritto non scritto e, in tempi più recenti, alle previsioni statutarie<sup>209</sup>.

---

<sup>204</sup> *Practice Statement (Judicial Precedent)*, 1966, 1WLR 1234.

<sup>205</sup> *Constitutional Reform Act*, cit., sez. 40. Del resto, il *Practice Statement* è «part of the established jurisprudence relating to the conduct of appeals» e «has as much effect in [the Supreme] Court as it did before the Appellate Committee in the House of Lords»: *Austin v Mayor and Burgesses of the London Borough of Southwark* [2010] UKSC 28, § 24 s.

<sup>206</sup> Così, la *Practice Direction 3.1.3 (a)*, secondo cui «[i]f an application for permission to appeal asks the Supreme Court to depart from one of its own decisions or from one made by the House of Lords [...] this should be stated clearly in the application and full details must be given», disponibile all'indirizzo [www.supremecourt.uk](http://www.supremecourt.uk).

<sup>207</sup> Si tratta di un'espressione utilizzata da *Jeremy Bentham* per descrivere i diritti naturali che appartengono all'individuo a prescindere dal riconoscimento statale e che, per l'appunto, sono da classificare quale «rhetorical nonsense, – nonsense upon stilts»: ID., *Anarchical Fallacies*, II, Bowering, 1843.

<sup>208</sup> L. NEVILLE BROWN, *General Principles of Law and the English Legal System*, in M. Cappelletti (ed.), *New Perspectives for a common law of Europe*, cit., p. 174.

<sup>209</sup> Ivi, p. 176.

In secondo luogo, deve osservarsi che la mancanza di una costituzione scritta<sup>210</sup> non ha impedito ai giudici anglosassoni di individuare provvedimenti avente carattere “costituzionale” – considerando la funzione essenziale e identitaria esercitata per lo sviluppo del sistema inteso nel suo complesso – nonché di individuare, nei singoli giudizi, diritti cui è da riconoscere natura primaria e, quindi, vincolante finanche per il legislatore<sup>211</sup>.

Tra le previsioni “costituzionali”, sono di regola enumerate la *Magna Charta* del 1215<sup>212</sup>, il *Bill of Rights* del 1689, l’*Act of Settlement* del 1700. Nondimeno, convince la tesi sostenuta da una parte della dottrina secondo cui tali documenti non integrerebbero una Carta fondamentale dei diritti, intesa come prodotto dell’evoluzione dello Stato moderno, bensì, piuttosto, il definitivo riconoscimento di certi limiti imposti all’esercizio del potere pubblico allo scopo di preservare le libertà individuali<sup>213</sup>. In questa prospettiva, dunque, gli atti legislativi menzionati costituiscono certo la pietra angolare su cui è costruito l’assetto di valori che ispira l’ordinamento anglosassone, mancando tuttavia di un carattere strettamente costituente da valorizzare, invece, come strumento di contrasto rispetto agli arbitri dell’esecutivo<sup>214</sup>. D’altro canto, si è affermato che la ragione storica della assenza di una Carta fondamentale sia da ricondurre al diniego da parte del popolo anglosassone di rendere la propria monarchia una monarchia costituzionale, siglando l’accordo definitivo tra Re e Parlamento: piuttosto, i cittadini inglesi nascono e vivono liberi, potendo compiere qualsiasi atto che non sia espressamente vietato dalla legge<sup>215</sup>, secondo la ben nota definizione di “libertà negative”.

---

<sup>210</sup> Quanto alle ragioni a sostegno dell’assenza di una costituzione scritta si rinvia all’analisi di V. BOGDANOR, *Magna Charta, the Rule of Law and the Reform of the Constitution*, cit., p. 29, ove l’A. evidenzia due ordini di motivi, l’uno storico e l’altro culturale. Quanto al primo, si osserva che il Regno Unito non ha subito momenti di rottura particolarmente dirompenti con riferimento alla gestione del potere se si fa eccezione per la rivoluzione che ha occupato gran parte del XVII secolo e in seguito alla quale, però, fu un periodo di “restaurazione”, a dimostrazione dell’impatto contenuto della guerra civile sulle istituzioni. Ne deriva la possibilità – del tutto eccezionale se paragonata agli altri Stati europei – di rinvenire una certa continuità, un progressivo evolversi del sistema di riferimento che manca, dunque, del bisogno di cristallizzare in una carta costituzionale il definitivo cambio di passo. Per quanto riguarda, poi, la ragione culturale, l’A. mette in luce come per lungo tempo l’unico principio supremo riconosciuto dagli inglesi fosse da intendere come la assoluta supremazia del Parlamento: a che pro, quindi, introdurre una Costituzione scritta che per definizione impone limiti all’esercizio dei poteri statali e, inevitabilmente, anche al legislatore? Naturalmente, la situazione muta a partire dall’ingresso del Regno Unito in Europa e, forse ancor più, nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo.

<sup>211</sup> Sul punto, sono state efficacemente richiamate le considerazioni di *Dicey* secondo cui «i diritti costituzionali sono, in Inghilterra, il prodotto di un processo “jusgenerativo” che proviene dalla società e dalle sue strutture giudiziarie, non da un atto normativo volontario o da un organo costituente»: R. BIN, *Rule of law e ideologie*, in G. Pino-V. Villa (a cura di), *Rule of law. L’ideale della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2016, p. 45.

<sup>212</sup> Si veda, in merito, l’analisi di R. H. HELMHOLZ, *Magna Carta and the Ius commune*, cit., p. 297 ss.

<sup>213</sup> B. DICKSON, *Human rights and the United Kingdom Supreme Court*, cit., p. 19.

<sup>214</sup> *Ibid.* In senso analogo, si veda pure V. BOGDANOR, *Magna Charta, the Rule of Law and the Reform of the Constitution*, cit., p. 27.

<sup>215</sup> L. NEVILLE BROWN, *General Principles of Law and the English Legal System*, cit., p. 190. La situazione, è noto, trova una naturale risoluzione nel momento in cui il Regno Unito diviene membro della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, riconoscendo il catalogo dei diritti CEDU come prioritario rispetto al diritto interno.

Seguendo una diversa impostazione, invece, non è possibile distinguere in maniera manichea gli ordinamenti dotati o meno di un controllo di costituzionalità: con riguardo al Regno Unito, infatti, rimarrebbe possibile scorgere diversi ambiti ove il legislatore accetta limitazioni quale contraltare della cessione ad altri di una porzione di sovranità statale (si pensi al rapporto con la Unione europea di cui si dirà a breve nonché alla attribuzione alla Scozia di autonomia legislativa)<sup>216</sup>.

Se già la questione pare complessa con riguardo alla natura e alla funzione attribuita a detti provvedimenti statutari, incredibilmente più intricata è la problematica nel momento in cui si consideri la prospettiva di *common law*<sup>217</sup>.

Sfogliando le raccolte giurisprudenziali, infatti, è ben possibile imbattersi in pronunce che, da un lato, riconoscono il carattere costituzionale di determinati diritti (solo si pensi al diritto alla segretezza della corrispondenza<sup>218</sup> o al diritto di accedere alla tutela giurisdizionale<sup>219</sup> quale declinazione del principio di *fair trial*), sovraordinati non solo alle norme regolamentari ma, pure, al diritto primario. Emblematico di tale tendenza è il caso *Thoburn*<sup>220</sup> ove *Sir John Laws* – nel tentativo di difendere la necessità di riconoscere previsioni costituzionali, siano esse di matrice legislativa o giurisprudenziale<sup>221</sup>, e di enfatizzare il

---

<sup>216</sup> P. CRAIG, *Constitutional and Non-constitutional Review*, in *Current Legal Problems*, 1, 2001, p. 155 ss.

<sup>217</sup> Si noti, al riguardo, il ruolo “creativo” rivestito dalla giurisprudenza della *House of Lords* con riguardo alla predisposizione di un apparato di regole per il procedimento amministrativo che fossero in linea con i diritti della persona: in senso critico rispetto a un tale attivismo giudiziario che rischiava di esautorare la funzione esecutiva, si veda J. A. G. GRIFFITH, *The Common Law and the Political Constitution*, in *Law Quart. Rev.*, 2001, p. 42 ss. In senso opposto, e lamentando di essere stato frainteso da Griffith, S. SEDLEY, *The Common Law and the Political Constitution: a reply*, *ivi*, p. 68 ss.

<sup>218</sup> Celebre, *inter multis*, è la decisione della Corte di Appello *R v Secretary of State for the Home Department ex parte Leech* [1994] QB 198. *Leech* esamina la normativa nazionale che permette all’ autorità pubblica di leggere e bloccare lo scambio di corrispondenza tra il detenuto e il proprio legale comprimendo irragionevolmente il diritto alla segretezza della propria corrispondenza nonché il diritto alla costruzione della miglior difesa processuale. Ebbene, già precedenti decisioni avevano definito tali diritti come fondamentali per l’ordinamento anglosassone; tuttavia, l’ autorità giudicante in *Leech* arriva ad affermare che essi hanno natura costituzionale dal momento che «*[e]ven in our unwritten constitution it must rank as a constitutional right*».

<sup>219</sup> Al riguardo, si veda la sentenza della *Divisional Court*, *R v Lord Chancellor ex parte Witham* [1998] QB 575. Il caso *Witham* riguarda una norma di regolazione secondaria che imponeva di pagare alla giustizia una imposta di cinquecento pound laddove si intendesse sporgere denuncia per fatti di diffamazione, asserendo di aver patito un danno superiore ai 10.000,00 pound. Il ricorrente si trovava in uno stato di disoccupazione che gli impediva di fatto di accedere alla giustizia e difendere la propria reputazione in violazione di quello che i giudici riconoscono essere un diritto assoluto, preordinato a qualsivoglia scelta di politica criminale compiuta dal parlamento. In particolare, si legge nella pronuncia che «*[i]n the unwritten legal order of the British State, at the time when common law continues to accord a legislative supremacy to Parliament, the notion of a constitutional right can in my judgement inhere only in this preposition, that the right in question cannot be abrogated by the State save by specific provision in an Act of Parliament, or by regulations whose vires in main legislation specifically confers the power to abrogate. General words will not suffice. And any such rights will be creatures of the common law, since their existence would not be the consequence of the democratic political process but would be logically prior to it*».

<sup>220</sup> *Thoburn v Sunderland City Council* [2002] EWHC Admin 195.

<sup>221</sup> Non deve ritenersi, infatti – ad avviso del collegio – che le previsioni costituzionali trovino fonte esclusivamente nei singoli statuti, essendo invece possibile (e, invero, piuttosto probabile) che sia stato il

rilievo di tali previsioni – propone di distinguere gli *ordinary statutes* dai *constitutional statutes*, permettendo che solo i primi siano abrogati implicitamente<sup>222</sup> da successive previsioni parlamentari e pretendendo, al contrario, per i secondi che il Parlamento – qualora voglia abrogare una norma costituzionale in ossequio al prioritario principio di sovranità parlamentare<sup>223</sup> – debba farlo espressamente. Dall'altro, però, numeroso è il novero di pronunce secondo cui non è corretto qualificare determinati diritti come “costituzionali” attesa la scelta del Regno Unito di non dotarsi di una Costituzione scritta<sup>224</sup>. Piuttosto, è necessario riconoscere il carattere “fondamentale” delle singole pretese, le quali sono certamente parte del sistema liberal-garantistico di *common law*, pur non essendo da ricondurre alla categoria dei diritti costituzionali.

Il dibattito, è evidente, non si riduce a una mera contrapposizione dialettica o nominalistica tra i giudici che preferiscono servirsi del termine “diritto costituzionale” e coloro che, invece, parlano di “diritti fondamentali” o “diritti umani”. Fulcro della discussione, infatti, è l'esercizio del potere legislativo o, meglio, i limiti cui lo stesso può essere assoggettato nel momento in cui il giudice riconosca un dato provvedimento contrario a diritti aventi natura gerarchicamente sovraordinata<sup>225</sup>.

---

*common law* a elaborare in via preordinata tali garanzie: al riguardo, si applicherebbe in ogni caso la dottrina *Thoburn* nel senso che il Parlamento potrebbe abrogare o modificare le norme costituzionali di *common law* purchè detta volontà parlamentare intervenga in maniera espressa: SIR J. LAWS, *Constitutional Guarantees*, in *Stat. Law Rev.*, 2008, p. 6 ss., ove l'A. mette in luce l'utilità di avere previsioni costituzionali sia parlamentari che giurisprudenziali poichè le prime permettono un «*clean-break change*» e le seconde, invece un «*evolutionary change*».

<sup>222</sup> Con riferimento al potere di abrogazione implicita quale diretta derivazione del principio della sovranità parlamentare, si veda M. ELLIOTT, *Embracing “Constitutional” Legislation: towards fundamental law?*, in *N. Ir. Legal Q.*, 25, 2003, p. 25 s.

<sup>223</sup> Celebre, sul punto, l'immagine di *Dicey* secondo cui non è possibile distinguere tra la legge che sancisce l'unione tra Inghilterra e Scozia e quella che disciplina la professione dei dentisti sul piano della gerarchia delle fonti: «*neither the Act of Union with Scotland nor the Dentist Act 1878 has more claim than the other to be considered a supreme law. Each embodies the will of the sovereign legislative power [...]*», A. V. DICEY-R. MICHENER, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Liberty Fund, 1982, p. 78.

<sup>224</sup> Si veda, in argomento, *R (ProLife Alliance) v BBC* [2003] UKHL 23, ove i *Law Lords* ribaltano il giudizio della Corte di Appello che aveva ammesso la riconoscibilità di diritti costituzionali entro il modello di *common law*. In senso analogo, pure, *Watkins v Secretary of State for the Home Department* [2006] UKHL 17, descritta da una certa dottrina come «*the coffin lid on the constitutional rights*»: B. DICKSON, *Human rights and the United Kingdom Supreme Court*, cit., p. 28. La rilevanza del caso *Watkins* risiede nel fatto che l'*Appellate Committee* espressamente afferma che l'entrata in vigore dello *Human Rights Act* costituisce un momento di svolta: non è necessario continuare a interrogarsi sul carattere costituzionale o fondamentale di diritti che hanno acquisito carattere vincolante per il tramite di tale atto legislativo quale estrinsecazione delle garanzie convenzionali. Invero, tale decisione non ha posto la parola fine alla disputa come dimostra il fatto che pronunce successive insistono nel qualificare i diritti individuali come diritti costituzionali propri del sistema di *common law* tanto da generare (quanto meno) il dubbio che la questione sia tutt'altro che risolta: *Seal v Chief Constable of South Wales* [2007] UKHL 31; *A v HM Treasury* [2008] UKHL 61.

<sup>225</sup> Con riferimento alla dottrina della “sovranità parlamentare”, vale a dire la possibilità per il Parlamento britannico di modificare tutte le previsioni statutarie a proprio piacimento senza essere vincolato da alcun precedente, si veda SIR J. LAWS, *Constitutional Guarantees*, cit., p. 3.

Sul punto, non sfugge che mentre il primo atteggiamento è – di regola – fatto proprio dalle Corti intermedie, con riguardo tanto alla Corte di Appello quanto alla *Divisional Court*, la tendenziale ostilità nei confronti dei diritti costituzionali trova conferma nelle decisioni della *House of Lords*, prima, e della Corte Suprema, poi.

D'altronde, a riprova del fatto che la seconda impostazione meglio risponde alle peculiarità del modello di *common law*, basta osservare le previsioni dello *Human Rights Act* per convincersi della unicità di tale regime. La norma in questione, è noto, impone al Regno Unito, quale Stato firmatario della Convenzione, di riconoscere i diritti che vi sono contenuti e assicurarne il rispetto e l'applicazione sul territorio nazionale nei limiti indicati dalla giurisprudenza di Strasburgo.

Il contributo offerto da tale previsione è dirompente<sup>226</sup>. Se in precedenza, infatti, non vi era alcuna certezza nemmeno su quali diritti fossero da annoverare tra quelli fondanti la comunità anglosassone, la Convenzione fornisce un primo catalogo scritto che rappresenta puntuale approdo cui rifugiarsi nel momento in cui si tratti di interpretare la legislazione primaria in conformità a detti principi<sup>227</sup>.

Al contempo, tuttavia, la sezione 4, § 2, si limita a prevedere che le Corti inglesi, che ravvedano profili di antinomia tra le norme interne e la Convenzione, siano (solo) tenute a dichiarare tale contrarietà<sup>228</sup>, dovendosi escludere in radice il potere del giudice di sancire la nullità dell'atto in questione (sez. 4, § 6)<sup>229</sup>.

Ebbene, una simile previsione non desta particolare preoccupazione rispetto al tema della tutela *stricto sensu* dei diritti individuali, giacchè – a fronte della dichiarazione giudiziale che ravvede il contrasto con la Convenzione – è, di regola, il Parlamento ad attivarsi<sup>230</sup> per rimuovere la antinomia o fornire ulteriori indicazioni che permettano di interpretare la norma in questione in conformità alla Carta sovranazionale, scongiurando il rischio che lo Stato si esponga a una condanna da parte dei giudici di Strasburgo. Quanto

---

<sup>226</sup> Sul contributo esercitato dal diritto sovranazionale, e in particolare convenzionale, sul paradigma di *common law* quanto al *nullum crimen sine lege*, si veda A. CADOPPI, *Common law e principio di legalità*, cit., p. 1200.

<sup>227</sup> In senso contrario, quanto alla capacità dei giudici nazionali di proteggere le libertà individuali in maniera più incisiva ed efficiente di quanto non possano le Corti internazionali, si veda K.D. EWING, *The futility of the Human Rights Act*, in *Pub. Law*, 2004, p. 829 ss. nonché K.D. EWING-J. THAM, *The continuing futility of the Human Rights Act*, ivi, 12 2008.

<sup>228</sup> Tale soluzione è definita da SIR J. LAWS, *Constitutional Guarantees*, cit., p. 3, come «*an elegant compromise*».

<sup>229</sup> Per dirla con Dickson, «*the United Kingdom internationalized rather than constitutionalized its system for protecting fundamental rights and, for the first time, labelled all of those rights as 'human rights'*» (ID. *Human rights and the United Kingdom Supreme Court*, cit., p. 31). Con riferimento al ruolo della Convenzione per l'ordinamento anglosassone – a fronte della possibile uscita del Regno Unito dalla Convenzione quale ulteriore conseguenza della *Brexit* –, si veda M. AMOS, *The Value of the European Court of Human Rights to the United Kingdom*, in *Eur. J. Int. Law*, 2017, p. 763 ss, secondo cui «*the animosity towards the ECtHR, particularly when it finds against the UK on controversial political issues, such as the blanket ban on prisoner voting, has not dimmed and has only intensified in recent years*».

<sup>230</sup> Non sono noti casi in cui il Parlamento si sia rifiutato di intervenire: V. BOGDANOR, *Magna Charta, the Rule of Law and the Reform of the Constitution*, cit., p. 32.

emerge, piuttosto, è la distanza riconosciuta tra lo scrutinio di revisione costituzionale attribuito alle Corti nei sistemi di *civil law* e il limitato potere meramente dichiarativo riconosciuto al giudice inglese, incapace di determinare di per sé la caducazione dell'atto illegittimo<sup>231</sup>. D'altro canto, però, detto potere dichiarativo costituisce una novità per il modello anglosassone: viene meno, in particolare, la regola che vuole il Parlamento unico protagonista del processo di deroga, purchè espressa, delle previsioni "costituzionali", intervenendo – nell'ipotesi di un'antinomia con le garanzie convenzionali – la necessaria intermediazione della declaratoria giudiziale<sup>232</sup>.

In aggiunta, emerge la graduale tendenza dei giudici nazionali a fare riferimento in motivazione allo *Human Rights Act* piuttosto che agli analoghi principi precedentemente elaborati dal *common law*<sup>233</sup>: il diffondersi di tali argomenti indebolisce – è chiaro – la funzione attribuita al *judicial law-making* in riferimento alla protezione dei diritti individuali, in antitesi con quella che potrebbe dirsi fin dal XVI secolo la principale ragione del diffondersi e consolidarsi del modello di *common law* quale contraltare del potere del monarca.

Lo *Human Rights Act*, nondimeno, non rappresenta l'unica fonte scritta applicabile nel Regno Unito quanto alla protezione dei diritti fondamentali. Quale Stato Membro dell'Unione europea<sup>234</sup>, infatti, è utile soffermarsi brevemente sulla funzione esercitata dalla Carta di Nizza all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona in relazione all'ordinamento nazionale. In particolare, i termini di adesione alla Carta del governo

---

<sup>231</sup> Di particolare interesse, sul punto, le riflessioni di O. A. Hathaway (*Do Human Rights Treaties Make a Difference?*, in *Yale Law J.*, 8, 2002, p. 2020) secondo cui nel momento in cui uno Stato firmatario poggia saldamente, a livello nazionale, sul *rule of law* trova poche difficoltà a conformarsi ai vincoli imposti dalla appartenenza a una organizzazione internazionale. Per contro, nel caso in cui vi siano resistenze interne o altre asperità nei confronti delle garanzie proprie dello Stato di diritto, queste si riflettono nella tendenziale ritrosia a prendere parte agli, nonché a rispettare gli, obblighi sovranazionali.

<sup>232</sup> Sul punto, P. CRAIG, *Constitutional and Non-constitutional Review*, cit., p. 170.

<sup>233</sup> B. DICKSON, *Human rights and the United Kingdom Supreme Court*, cit., p. 34.

<sup>234</sup> Nonostante l'ingresso del Regno Unito in Europa risalga al 1973, è solo a partire dal ventennio successivo che la *House of Lords* riconosce formalmente la cessione di sovranità in favore dell'Unione e la conseguente possibilità di disapplicare una previsione statutaria interna (il *Merchant Shipping Act* del 1988) per contrasto con il diritto dell'Unione: *R v Secretary of State for Transport ex parte Factortame Ltd.* (No 2) [1991] 1 AC 603: dal momento che la primazia del diritto europeo era chiaramente riconosciuta dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia quando il Regno Unito ha deciso di entrare a far parte di tale comunità, non era più possibile negare a livello domestico il primato del diritto dell'Unione trattandosi di una condizione essenziale per il riconoscimento dello *status* di Stato Membro. Al Parlamento, in ogni caso, è riservato il potere di derogare espressamente a una previsione europea (*priority rules*): si vedano, sul punto, le riflessioni di P. CRAIG, *Constitutional and Non-constitutional Review*, cit., p. 161 ss., ove l'A. mette in luce il fatto che in anche l'atto parlamentare che derogasse il diritto dell'Unione sarebbe da considerare in sé in contrasto con il diritto sovranazionale, rimanendo onere dei giudici stabilire quale giurisdizione far prevalere nel caso in cui venisse a configurarsi uno scontro frontale di tale dimensione. Su quest'ultimo punto, si veda M. ELLIOTT, *Embracing "Constitutional" Legislation: towards fundamental law?*, cit., p. 31, ove l'A. mette in luce il carattere politicamente irrealistico di una simile soluzione di compromesso.

inglese sono specificati nell'art. 1, Protocollo n. 30, al Trattato di Lisbona, secondo cui la Carta non estende l'ambito di tutela dei diritti fondamentali rispetto quello offerto a livello interno: è espressamente escluso, infatti, che il diritto europeo possa creare diritti ulteriori rispetto a quelli che trovano – anzi, meglio, a meno che non trovino già – riconoscimento nell'ordinamento nazionale<sup>235</sup>.

La soluzione di compromesso individuata con specifico riferimento al Regno Unito – è evidente – appare emblematica dello sforzo di contemperare la necessaria premazia del diritto unitario con il principio della sovranità parlamentare, inteso per lungo tempo in senso assoluto e, in ogni caso, fondante l'essenza stessa dell'ordinamento anglosassone<sup>236</sup>. Al riguardo, nondimeno, non si può certo ignorare, da un lato, l'evoluzione del rapporto tra la Corte di Giustizia e la Corte Suprema per il tramite dello strumento del rinvio pregiudiziale<sup>237</sup>, che si è dimostrato capace di implementare quanto meno il confronto tra le due giurisdizioni, e, dall'altro, il tragico incrinarsi di tale equilibrio a causa del *referendum* che sta lentamente ma inesorabilmente trascinando il Regno Unito fuori dalla Unione<sup>238</sup>.

Da ultimo, è utile soffermarsi su due principi elaborati dalle Alte Corti inglesi con riguardo alla protezione giudiziale dei diritti fondamentali. *In primis*, da una celebre decisione della *House of Lords* prende le mosse la c.d. teoria dello specchio<sup>239</sup>: il diritto interno deve applicare le garanzie riconosciute dalla Convenzione nel rispetto dei limiti e delle condizioni secondo cui le applicherebbe il giudice sovranazionale, cioè a dire «*no more, but certainly no less*» rispetto all'ambito di applicazione del diritto europeo<sup>240</sup>. Il secondo

---

<sup>235</sup> La portata di tale previsione trova estrinsecazione nella decisione della Corte di Giustizia, Grande Camera, 21 dicembre 2011, cause riunite C-411/10 e C-493/10. Il caso riguarda *Mr Saedi*, cittadino afgano, che chiede asilo politico in Grecia. A fronte del diniego da parte delle autorità elleniche, viene trasferito in Turchia dove rimane per alcuni mesi, detenuto in pessime condizioni, finché non riesce a raggiungere il Regno Unito e domandare, ancora una volta asilo. La corte nazionale solleva una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia che diviene occasione per chiarire che il Protocollo n. 30 «*does not intend to exempt the Republic of Poland or the United Kingdom from the obligation to comply with the provisions of the Charter or to prevent a court of one of those Member States from ensuring compliance with those provisions*» (cfr. § 120).

<sup>236</sup> M. ELLIOTT, *Embracing "Constitutional" Legislation: towards fundamental law?*, cit., p. 25 ss., ove l'A. mette in luce come, seguendo l'interpretazione assolutistica tradizionale, sarebbe possibile modificare lo *European Communities Act* del 1972, che disciplina l'appartenenza del Regno Unito all'Unione, finanche implicitamente. La soluzione al problema è offerta dalla dottrina *Thoburn* secondo cui gli *ordinary statutes* sono da distinguere dai *constitutional statutes* tra cui sono da annoverare gli atti che regolano i rapporti tra la Gran Bretagna e l'Europa.

<sup>237</sup> Per approfondire, sul punto, si veda A. ARNULL, voce *The UK Supreme Court and References to the CJEU*, in *Yearbook of European Law*, 36, 2017, p. 314 ss.

<sup>238</sup> Del resto, agli albori del dibattito sulla opportunità di un *referendum* che confermasse la scelta del Regno Unito di prendere parte alla Unione Europea, la stessa Corte Suprema ha preso le distanze dal principio di premazia del diritto europeo avvicinandosi piuttosto alla soluzione compromissoria improntata al riconoscimento dei controlimiti di matrice tedesca e italiana: *HS2 [2014] UKSC 3*.

<sup>239</sup> Si suole fare riferimento al principio in questione come *Ullah* oppure "*mirror*" principle.

<sup>240</sup> Così *Lord Bingham*, *R (Ullah) v Special Adjudicator [2004] UKHL*, sempre in tema di richiesta di estradizione e diritto di asilo. In tal senso, pure, *Lord Brown* nella decisione *R (Al-Skeini) v Secretary of State for Defence [2007]*

principio, invece, riguarda la possibilità di escludere qualsivoglia violazione della Convenzione nel momento in cui il risultato ottenuto entro l'ordinamento interno sia conforme ai principi fondamentali, ancorchè il procedimento che ha prodotto tale risultato si fosse dimostrato in perfetta antitesi con dette garanzie (c.d. «*outcome not process*» *principle*<sup>241</sup>).

Ebbene, entrambe le statuizioni sono intese quali capisaldi del rapporto tra diritto interno e diritto sovranazionale in relazione alla tutela dei diritti fondamentali. Nondimeno, non sono mancate osservazioni critiche in ragione, da un lato, della portata eccessivamente vincolante della teoria dello “specchio” laddove impedisce all'ordinamento nazionale di predisporre forme di tutela maggiori di quelle apprestate a livello europeo, vanificando, in ultima analisi, il margine di apprezzamento che la Corte riserva a ciascuno Stato firmatario<sup>242</sup> e il raggiungimento dello stesso scopo di garantire il più ampio riconoscimento ai principi supraindividuali. Dall'altro, si è opportunamente osservato che la prospettiva sostanziale di cui si servono i giudici inglesi per sondare il rispetto dei principi sovranazionali manca di considerare l'ipotesi in cui il risultato finale sia solo casualmente in linea con tali garanzie: a fronte di gravi violazioni che siano intervenute nel corso del procedimento, non è ragionevole concludere - in ragione di una verifica superficiale - rispetto al risultato ottenuto nel senso del pieno rispetto del diritto europeo<sup>243</sup>. Altrimenti, pare inevitabile un appiattimento del livello di tutela offerto all'individuo non solo quale eccessiva subordinazione degli organi nazionali rispetto alla giurisprudenza europea bensì, pure, nelle forme di una sostanziale rinuncia in tal senso giustificata dalla asserita necessità che la protezione degli interessi fondamentali della persona non sia sacrificata - nemmeno *medio tempore* - dal diritto interno.

### *Sezione III – Il sistema delle fonti*

#### 1. Il diritto penale di *common law* e lo *stare decisis*

Seguendo la descrizione elaborata da *Holdsworth*, il modello di *common law* è da intendere in senso unitario, non essendo possibile distinguere - nemmeno in prospettiva diacronica - un paradigma antico e uno moderno giacché non è dato riscontrare nel corso

---

UKHL 26, secondo cui l'interpretazione dei diritti fondamentali deve essere rispetto al diritto sovranazionale, riprendendo e “radicalizzando” le parole di *Lord Bingham*, «*no less, but certainly no more*».

<sup>241</sup> *R (SB) v Governors of Denbigh High School* [2006] UKHL 15, ove il principio fu per la prima volta formulato. In tale pronuncia l'enunciazione costituiva, invero, un *obiter dictum* che è stato però successivamente ripreso dalle giurisdizioni di vertice nel senso che «*what matters in any case is the practical outcome, not the quality of the decision-making process that led to it*» (cfr. § 31).

<sup>242</sup> Si vedano, sul punto, le riflessioni di *Lord Hoffmann* in *In re G (adoption unmarried couple)* [2008] UKHL 38.

<sup>243</sup> B. DICKSON, *Human rights and the United Kingdom Supreme Court*, cit., p. 46 ss.

dei secoli momenti di effettiva rottura capaci di incrinare l'esperienza giurisdizionale anglosassone. Pertanto, secondo tale ricostruzione, mentre il costante lavoro della magistratura ha assicurato il perpetuarsi della tradizione, occorre guardare con sospetto alle iniziative legislative le quali rappresentano canale preferenziale per l'ingresso nel sistema di malaccette innovazioni<sup>244</sup>.

Ebbene, una simile impostazione dottrinale – certamente rispondente alla visione tradizionale del diritto d'oltremarica – pare quanto mai distante dall'assetto attuale del sistema delle fonti nonché dalla sensibilità condivisa dagli operatori del settore come si tenterà di indicare nei paragrafi che seguono. L'idea, invero, è quella di investigare brevemente il fondamento del diritto *judge-made* esaminando i capisaldi degli studi di *jurisprudence*. In ragione di tali premesse, d'altra parte, risulterà meno complesso l'esame dei meccanismi che governano i diversi formanti, tentando di cogliere la ragione del processo evolutivo che ha portato – in materia penale – un rilevante incremento delle norme statutarie, a fronte degli insistenti suggerimenti da parte della *Law Commission* e, in particolare, degli accademici più illustri che ne hanno arricchito il lavoro nel corso degli anni.

Tanto premesso, non è nodimeno possibile negare che i tribunali di *common law* siano riusciti a cristallizzare in formule giuridiche quella che si può considerare una tendenza innata nell'essere umano, cioè a dire ripetere nel tempo le decisioni passate che si siano rivelate "fortunate". In altri termini, è fisiologico in prospettiva sociologica avvantaggiarsi della esperienza antecedente per riprodurre comportamenti consolidati che abbiano già dato buona prova di sé in un determinato ambito. La unicità del modello anglosassone insiste nel fatto di aver tratto da tale spontanea attitudine un principio guida per l'intero ordinamento, facente capo al noto brocardo *stare decisis et quia non movere*<sup>245</sup>.

Non bisogna, infatti, confondere la scelta di seguire un precedente orientamento giurisprudenziale in forza dell'autorevolezza che gli si riconosce e, al contrario, l'obbligo in tal senso imposto da un principio giuridicamente vincolante: il fatto che i giuristi di *common law* seguissero pedissequamente gli argomenti esposti dal giudice *Coke*, riconoscendone la elevata caratura personale, nulla a che vedere con la regola del precedente. Secondo l'approccio tradizionale, del resto, nel momento in cui un giudice avesse già "scoperto" – e non inventato come si tenterà di indicare nei paragrafi che seguono – il diritto, non vi sarebbe stata alcuna utilità nel ripetere una seconda volta il medesimo processo di disvelamento. Piuttosto, era ragionevole riprodurre la decisione precedente, evitando la

---

<sup>244</sup> W. SEARLE HOLDSWORTH, *The history of English Law*, Londra, Methuen, 1903-1972.

<sup>245</sup> M. RADIN, *Case Law and Stare decisis: concerning prajudizienrecht in Amerika*, in *Columbia Law Rev.*, 2, 1933, p. 199, ove l'A. ricorda l'aneddoto secondo cui Omar, secondo califfo islamico, nel corso di un rito a La Mecca avrebbe baciato una pietra spiegando che sapeva che il sasso non avrebbe portato la buona sorte né aveva poteri curativi ma che aveva compiuto quel gesto avendo in precedenza visto il Profeta baciare la stessa pietra.

contraddizione insita nello scovare una regola già emersa nella giurisprudenza antecedente<sup>246</sup>. Si giunge, così, a un nodo centrale. Il vincolo del precedente non si riesce ad apprezzare se non quando il giudice assume una decisione contraria alla propria personale convinzione, una decisione *contre coeur*, in forza della necessità di rispettare il vincolo che promana dalla regola *judge-made* antecedente<sup>247</sup>.

Ebbene, un simile atteggiamento si ritrova – tuttora – intatto nell’esame della giurisprudenza più recente che spesso afferma, da un lato, la necessità di modificare un certo orientamento e, dall’altro, l’opportunità di procrastinare nel tempo un simile intervento innovativo per preservare l’affidamento dei consociati rispetto a un determinato regime giuridico e assicurare, in termini generali, la certezza del diritto. Sul punto, si tornerà nel dettaglio nella seconda parte della presente ricerca: esaminando l’applicazione della presunzione di non retroattività al diritto parlamentare e giurisprudenziale, si coglie nei diversi *leading cases* esaminati l’urgenza “spontanea” di conservare l’assetto normativo preesistente per proteggere la continuità e la tenuta dell’intero paradigma ordinamentale (cfr. *infra*, II, 2, § 3 ss.).

Da ultimo, è interessante osservare che non di rado le motivazioni delle decisioni di *common law* citano non già un solo precedente bensì una pluralità di sentenze antecedenti che hanno deciso in maniera affine controversie analoghe. Una tale prassi potrebbe indurre a ritenere che il vincolo discende in capo al giudice non dal singolo precedente, come assume la dottrina dello *stare decisis* nella sua accezione più “pura”, bensì dalla autorevolezza che deriva alla regola di diritto dal fatto di trovare costante applicazione nel tempo, dal fatto di venire applicata in via – si potrebbe persino dire – consuetudinaria dai giudici d’oltremarica.

Sul punto, occorre chiarire, innanzitutto, che lo *stare decisis* riconduce alla singola decisione carattere vincolante per i casi successivi che vertano sugli stessi fatti. Ne deriva che la costruzione delle singole *opinion* attraverso il richiamo a una pluralità di precedenti trova la propria ragione d’essere, in particolare, nello sforzo di inquadrare la soluzione della vicenda contingente entro un percorso unitario che mostri in tal modo la propria coerenza e intrinseca razionalità. Ricordare una pluralità di giudizi conformi, allora, non è un modo per comprovare la regola di diritto o rafforzarne l’autorevolezza bensì un meccanismo essenziale per tutelare la trasparenza del percorso evolutivo seguito dal diritto giurisprudenziale, che cala la singola controversia entro un flusso tendenzialmente unitario<sup>248</sup>.

---

<sup>246</sup> Ivi, p. 200.

<sup>247</sup> Ibid. L’A. richiama in tal senso l’affermazione kantiana secondo cui il vincolo che emerge dall’imperativo categorico si può apprezzare solo laddove ne discenda di dover obbedire a regole che non si condividono (p. 201).

<sup>248</sup> Tra i caratteri essenziali del *common law*, *Hutchinson* individua proprio la capacità di calibrare il bisogno di costante evoluzione, insito in ogni sistema giuridico, con la necessità di tutelare l’affidamento in un

In particolare, è interessante la proposta di esaminare non tanto come sia possibile per il giurista di *common law* mutare le regole di diritto di matrice giurisprudenziale a fronte della necessità di rispettare il precedente. Piuttosto, secondo tale ricostruzione, si ottengono migliori risposte nel momento in cui si analizzi la capacità del modello in questione di assicurare una certa stabilità e continuità alla regola giurisprudenziale nonostante il dinamismo insito in qualsiasi ordinamento giuridico<sup>249</sup>. Per comprendere una simile impostazione e vagliare l'opportunità del conseguente ribatamento di prospettiva, tuttavia, pare opportuno – come accennato – considerare la *ratio* e il fondamento che legittima tale paradigma alla luce degli studi di *jurisprudence* che si tenterà di presentare, per sommi capi, nelle pagine che seguono.

### 1.1 *Jurisprudence, case law e common law: la ratio della "mock-law"*

In via preliminare, pare utile procedere a una precisazione terminologica: chiarire cosa si intenda in senso tecnico per *common law* e, in particolare, *case law* e *jurisprudence* è indispensabile per evitare fraintendimenti e, al contempo, tentare di fugare eventuali incertezze rispetto alla prospettiva da cui parte il presente ragionamento.

Per quanto riguarda la nozione di *common law*, non pare sia necessario aggiungere alcunché alle riflessioni condotte in apertura rispetto al suo fondamento storico nonché ai momenti essenziali che ne hanno segnato, nel corso dei secoli, il processo di evoluzione fino al raggiungimento dello *status* in cui oggi si manifesta. Pare, piuttosto, interessante soffermarsi sulla nozione tecnico-giuridica di ciò che, solo a nominarsi, «fa vibrare il cuore di ogni avvocato anglosassone che si rispetti»<sup>250</sup>, a riprova del ruolo centrale esercitato oltremarina da questa peculiare forma di manifestazione del diritto.

Nel dettaglio, infatti, secondo gli studi più avanzati, l'idea più adatta a catturare l'essenza dinamica<sup>251</sup> del *common law* è quella che lo identifica come un insieme di *principles of law* capaci di guidare le decisioni giudiziarie e non, invece, come insieme di regole analitiche che controllino le singole fattispecie<sup>252</sup>.

---

determinato orientamento interpretativo: id., *Evolution and the Common Law*, New York, Cambridge University Press, 2005, p. 1. L'A. ricorda la celebre citazione di Roscoe Pound secondo cui «*the law must be stable but it cannot stand still*», *Interpretation of Legal History*, 1967, 1.

<sup>249</sup> Ivi, p. 2.

<sup>250</sup> Si tratta della traduzione a opera di chi scrive delle parole utilizzate da Levy-Ullman, «*[t]hrills the heart of all good English lawyers*»: Id., *The English Legal Tradition: Its Sources and History*, traduzione di M. Mitchell, M. Goadby (ed.), Londra, Macmillan, 1935, p. 3.

<sup>251</sup> A. C. HUTCHINSON, *Evolution and the Common Law*, New York, Cambridge University Press, 2005, p. 1, ove l'A. riporta - e adatta alla giurisdizione di *common law* - il celebre motto secondo cui «*plus c'est la meme chose, plus ça change*».

<sup>252</sup> R. COTTERRELL, *The Politics of Jurisprudence*, cit., p. 23.

D'altra parte, vi è ragione di dubitare che chi – come *Neumann* – descrive il diritto *judge-made* come un sistema chiuso di regole razionali non ne abbia compreso a fondo la *ratio*<sup>253</sup>. Una simile posizione, peraltro, pare risentire degli strascichi delle celebri critiche propuginate dalla dottrina utilitaristica: non è nuovo, infatti, che *Jeremy Bentham* fosse arrivato a definire il diritto dei giudici «*mock-law*», «*sham-law*» o «*quasi-law*». Tuttavia, sembra al contempo da riconoscere non solo il processo di ininterrotta evoluzione che contraddistingue tale modello bensì, pure, la componente che unifica il *common law* pur nel continuo mutare delle regole di riferimento: le singole decisioni, in particolare, sono governate e legittimate da un sistema di principi generali il cui studio e la cui applicazione è da intendere quale cuore pulsante di tale modello diritto<sup>254</sup>.

In questa prospettiva, rileva la posizione di coloro che descrivono il diritto dei giudici quale referente di metodo<sup>255</sup> funzionale al raggiungimento di soluzioni utili per la singola controversia, piuttosto che come un sistema integrato e ordinato sulla scorta della esperienza continentale.

Degno di nota, infine, l'approccio più conservatore che, richiamando la definizione data da *Blackstone*, definisce il *common law* come «*a mass of custom, tradition or judge-made maxims*»<sup>256</sup>, le quali essendo integrate nella quotidianità del “cittadino medio” compongono il sostrato che indirizza le singole decisioni, non potendo essere violate neppure dalla autorità giurisdizionale. D'altronde, nel XVII secolo, le singole regole di *common law* avevano una importanza finanche maggiore dello *stare decisis* in sé considerato, venendo intese quale componente fondamentale del diritto. Nondimeno, man a mano che la dottrina del precedente si è evoluta, il loro ruolo si è lentamente affievolito, lasciando quale eredità l'accorgimento per cui l'essenza del *common law* non risiede tanto nei singoli giudizi quanto nei più generali principi che, seppur difficili da razionalizzare e classificare, sono tuttavia parte integrante della trama del vivere comune in un certo frammento spazio-temporale<sup>257</sup>.

Con riferimento al *case law*, invece, occorre soffermarsi sul fatto che, in origine, era inteso quale vera e propria fonte di produzione del diritto di matrice giurisprudenziale, autonoma dal potere legislativo in ossequio al principio di netta separazione tra poteri, che si pone peraltro a fondamento dello stesso *rule of law*<sup>258</sup>. Non stupisce, quindi, che *case law* e norme

---

<sup>253</sup> F.L. NEUMANN, *The Rule of Law: Political Theory and The Legal System in Modern Society*, Leamington Spa, Berg, 1986, p. 245, secondo cui il *common law* è da ritenere «*complete, closed and logically consistent*».

<sup>254</sup> R. COTTERRELL, *The Politics of Jurisprudence*, cit, p. 23.

<sup>255</sup> Ossia, in particolare, «*a method legal thinking*»: M.R. COHEN, *Law and Social Order: Essays in Legal Philosophy*, New York, Archon, ristampa nel 1967, 1933, p. 333.

<sup>256</sup> A.V. DICEY, *An Introduction to the Study of the Law of Constitution*, 10<sup>th</sup> ed, Macmillan, Londra, 1959, pp. 23-34. Nondimeno, quanto al rilievo esercitato dalla esperienza passata sulla dottrina del precedente e, in particolare, sull'importanza assunta dalla «*accumulated wisdom*» della tradizione: A. C. HUTCHINSON, *Evolution and the Common Law*, cit., p. 5.

<sup>257</sup> R. COTTERRELL, *The Politics of Jurisprudence*, cit, p. 24.

<sup>258</sup> N. MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law. A theory of Legal Reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 144, ove l'A. mette in guardia rispetto al fatto che nei paesi di *common law* è oramai infrequente (*quite rare*) imbattersi in ipotesi di *case law* in senso stretto.

statutarie siano a lungo state descritte quali poli estremi e disomogenei, impossibili da mescolare come si trattasse di “acqua e olio”<sup>259</sup>.

Nondimeno, la migliore dottrina ha in diverse circostanze osservato che tale impostazione tradizionale incontra, oggi, un duplice ostacolo: da un lato, infatti, vi è la ritrosia da parte del potere giurisdizionale di riconoscere la propria funzione in termini di effettiva creazione del diritto penale e, dall’altro, l’affastellarsi di decisioni che hanno a oggetto non più un precedente giudiziale bensì una norma statutaria tanto da riecheggiare la glossa al testo di legge della tradizione continentale<sup>260</sup>. In tale prospettiva, quindi, la nozione di *case law* estende i propri confini fino a ricomprendere il diritto vivente inteso nel suo complesso, indipendentemente dal fatto che la *ratio decidendi* si basi su una previsione statutaria piuttosto che su una regola di *common law*. Di talchè, non riscontrandosi sul punto una posizione unanime, si preferisce nel corso della tesi evitare di servirsi di una simile espressione laddove possa dar luogo a fraintendimenti. Piuttosto, si tenterà volta per volta di distinguere a seconda del formante di riferimento così da scongiurare, per quanto possibile, il rischio di incappare in forme di ambiguità semantica.

Da ultimo, è utile soffermarsi sul carattere normativo delle regole di diritto elaborate dal *common law*: la *ratio decidendi* della singola pronuncia, infatti, si evince dagli argomenti posti a supporto della *opinion* di maggioranza – condivisa dalla maggior parte del collegio, salvo i casi (invero alquanto rari) di unanimità. Al riguardo, la dottrina è concorde nel ritenere che non sia possibile comprendere tale natura normativa se non esaminando lo stesso fondamento del diritto *judge-made* attraverso gli studi di teoria generale del diritto, ossia di *jurisprudence*. Con particolare riguardo a tale nozione, quindi, convince lo sforzo definitorio che la descrive come «*a theoretical part of law as a discipline*»<sup>261</sup>. Sennonché, tale accezione è stata ampiamente criticata da coloro che hanno posto l’accento sulla impossibilità di formulare studi validi per ciascuna branca del diritto se non accettando di condurre un’indagine puramente astratta il cui valore onnicomprensivo è via via compromesso nel momento in cui si vadano ad applicare principi generalissimi i singoli casi contingenti.

Da ultimo, sembra opportuno ribadire *expressis verbis* le tre regole che identificano tradizionalmente la dottrina del precedente: i) tutte le Corti sono tenute a tenere in considerazione la giurisprudenza rilevante per il caso sottoposto allo scrutinio giurisprudenziale; ii) le Corti inferiori devono rispettare la *ratio decidendi* delle sentenze

---

<sup>259</sup> J. BEATSON, *The role of statute in the development of common law doctrine*, in *Law Quarterly Rev.*, 117, 2001, p. 47.

<sup>260</sup> Ibid., ove l’A. definisce gran parte del *case law* come «*form of glosses upon statute law*».

<sup>261</sup> R. COTTERRELL, *The Politics of Jurisprudence*, cit., p. 2, ove l’A. cita la definizione fornita da W. TWINING, *Evidence and Legal Theory*, 1984, ristampato quale parte di *Law in Context: Enlarging a Discipline*, Oxford, Clarendon, 1997, pp. 110-130. Con riferimento all’uso di “giurisprudenza” per indicare la scienza del diritto, si veda G. GORLA, voce *Giurisprudenza*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1998, p. 490, 502 ss.

pronunciate dalle giurisdizioni sovraordinate; iii) le giurisdizioni di vertice sono vincolate al rispetto dei propri precedenti<sup>262</sup>.

Ebbene, come si vedrà nei paragrafi che seguono, i primi due capisaldi dello *stare decisis* si sono conservati integri fino ai giorni nostri, venendo invece il terzo pilastro demolito senza esitazione dalla Camera dei Lords al tempo del *Practice Statement* (cfr. *infra*, I, Sez. III, § 1.3.2.1).

### 1.1.1 Il giudice come “*delegate of the sovereign*”

Come si evince, in via implicita, dall’avvio della ricerca di *Roger Cotterrell*, lo studio delle regole di diritto e dei principi di *common law* non deve essere condotto in maniera asettica e puntuale bensì inquadrato nel contesto politico e istituzionale di riferimento. Stupisce la avvertita necessità di compiere una simile premessa, che pare voler giustificare un mutamento di approccio rispetto alla tendenza tradizionalmente propria del giurista d’oltremania, cioè a dire il rifiuto di ogni forma di sistematicizzazione del diritto entro categorie generali (cfr., sul punto, la rottura avviata dal lavoro di *Sir William Blackstone: supra* I, 2, sez. I, § 1.4). Nondimeno, è evidentemente da condividere l’affermazione dell’autore secondo cui non può certo indagarsi il *common law* come un fenomeno statico, trattandosi piuttosto di un processo dinamico e in continua evoluzione<sup>263</sup>.

In tale prospettiva, sembra utile prendere le mosse dalla ben nota dottrina dichiarativa utilizzata per giustificare il diritto giurisprudenziale nel XVII secolo. Secondo tale intendimento, infatti, il *common law* si fondava su una sorta di paradosso secondo cui il diritto preesisteva ai giudici e non poteva, pertanto, essere creato da quest’ultimi. Si riteneva, infatti, che il diritto fosse da identificare in una sorta di antica fonte di saggezza, senza tempo, appartenente a una data comunità. D’altro canto, all’epoca della rivoluzione civile che scosse l’Inghilterra, non v’è dubbio che la legittimazione e la autonomia del *common law* fosse stata a rischio e che, quindi, giustificare il diritto dei giudici quale diritto naturale abbia permesso di assicurarne l’indipendenza dal potere del monarca. Detto altrimenti, l’autorevolezza del *common law* era da ricercare non nel sistema politico bensì nella comunità di appartenenza così che i singoli organi giudicanti non costituivano delegati del Parlamento o del sovrano ma, al contrario, prodotto esperenziale – e, dunque, portavoce – della stessa comunità<sup>264</sup>. In tale frangente, tuttavia, pare criticabile il convincimento per

---

<sup>262</sup> Si veda sul punto l’analisi di R. CROSS, *The House of Lords and the Rules of Precedent*, in P. M. S. Hacker-J. Raz (ed.), *Law, morality and society. Essays in honour of H.L.A. Hart*, Oxford, Oxford University Press, 1977, p. 145.

<sup>263</sup> R. COTTERRELL, *The Politics of Jurisprudence*, cit., p. 23, ove l’A. riporta le parole di G. J. Postema secondo cui «*present it as a systematic structure of rules is to distort it; it is to represent as static what is essentially dynamic and constantly shifting*» (*Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford, Clarendon Press, 1986). Sul punto, si veda, pure, A. C. HUTCHINSON, *Evolution and the Common Law*, cit., p. 4.

<sup>264</sup> Ivi, p. 27, ove l’A. si sofferma sulle criticità di una simile ricostruzione osservando come le analisi tradizionali di *common law* non si interrogavano su quale dovesse essere la comunità di riferimento né su come

cui si dovesse individuare un rapporto diretto tra cittadino e giudice dal momento che un simile legame avrebbe ricalcato il rapporto tra rappresentante e rappresentato, generando ulteriore confusione rispetto al riparto tra poteri.

Pertanto, nella accezione classica<sup>265</sup>, il *common law* non era da identificare con un insieme di regole ma neanche con le singole decisioni, essendo preferibile far riferimento a un «*residue of immutable custom*»<sup>266</sup>. Al riguardo, trattandosi di *customary law*, il cambiamento non poteva verificarsi nella legge bensì nei costumi della società di riferimento: si trattava, quindi, di innovazioni di lunghissimo corso e altamente infrequenti, trovando riscontro la continuità delle regole giurisprudenziali piuttosto che i momenti di rottura<sup>267</sup>. In aggiunta, il carattere non scritto del *common law* permetteva di rafforzare la contrapposizione con il diritto parlamentare ed enfatizzare l'idea di un diritto inamovibile, che si propagasse nel tempo uguale a se stesso.

Senonchè, con il diffondersi dei *reports* e degli *yearbooks*, divenne sempre più difficile sostenere che il diritto giurisprudenziale fosse un formante non scritto; di talché, tale argomento cadde irrimediabilmente insieme all'irrealistico convincimento di sostanziale continuità con i tempi antichi.

A partire dal XIX secolo, infatti, si diffuse negli studiosi il convincimento circa il carattere artificioso della dottrina dichiarativa e la conseguente necessità di riconoscere, ancorché entro certi limiti, il potere creativo della giurisprudenza. A fronte del conseguente problema di legittimazione del formante giurisprudenziale si davano tre alternative: la prima, escludere il diritto dei giudici, in particolare, dall'area penalistica; la seconda, ammettere che il giudice potesse in parte creare diritto individuandone in termini pragmatici limiti e condizioni – esaminando, in particolare, l'ipotesi di delega di potere politico all'autorità giurisdizionale – e, infine, la tesi più moderna secondo cui la giurisdizione non è legata alle consuetudini del passato ma, piuttosto, riflette l'assetto valoriale condiviso dalla comunità in termini di principi generali<sup>268</sup>.

Procedendo con ordine, viene di regola riferita agli studi di *Austin* la paternità della *jurisprudence* anglosassone<sup>269</sup>. In particolare, *Austin* riconduce alla politica il centro di legittimazione del potere pubblico: allievo di *Bentham*, predilige il formante legislativo e guarda ai fasti del diritto romano quale «*region of order and light*» da contrapporre al diritto

---

potesse sussistere una simile identificazione con giudici che sedevano esclusivamente nelle corti centrali e si riferivano al più a gruppi elitari, ben distanti, in particolare, dalle comunità dislocate nelle periferie del regno.

<sup>265</sup> Si parla, al riguardo, di *traditional common law* da contrapporre alla *historical jurisprudence* e alla successiva fase della *jurisprudence* intesa in termini contemporanei.

<sup>266</sup> A. C. HUTCHINSON, *Evolution and the Common Law*, cit., p. 27.

<sup>267</sup> B. SIMPSON, *The Common Law and the Legal Theory*, 1973, ristampato da Twining ed nel 1986, pp. 8-25.

<sup>268</sup> R. COTTERRELL, *The Politics of Jurisprudence*, cit., p. 29.

<sup>269</sup> Con *Austin*, del resto, si chiude la fase della c.d. *historical jurisprudence*, filone di pensiero su cui ancora forti erano i condizionamenti da parte della dottrina dichiarativa tanto che la legittimazione del potere giurisdizionale era ricercata nel lavoro di *Henry Maine* nella cultura e non nel potere politico di una data società allo scopo di giustificare attraverso i mutamenti sociali i “corrispondenti” mutamenti nel sistema giuridico.

giurisprudenziale che è invece «*empire of chaos and darkness*»<sup>270</sup>. Nondimeno, l'allievo si distanzia dal maestro e non condivide la visione del diritto giurisprudenziale quale “*dog-law*”<sup>271</sup>. Al contrario, il centro della ricostruzione di *Austin* è il comando (*comand*) indirizzato a un numero generale di destinatari che costituisce, quindi, regola di diritto nel momento in cui diviene vincolante perché assistito da una specifica sanzione<sup>272</sup>. I destinatari di tali comandi sono i sudditi del sovrano (*sovereign*), che obbediscono a quest'ultimo non già in forza di un contratto – come sostenevano i giusnaturalisti – ma in ottica utilitaristica e, quindi, pragmatica, in ragione di un fatto politico consuetudinario in base al quale gli uni sono soggetti al potere della autorità (*habitual obedience*). Il sovrano, nondimeno, è da intendere in senso “istituzionale” e da identificare non solo con il monarca ma, pure, con le due Camere del Parlamento<sup>273</sup>. Il potere politico, quindi, non è limitato dalla legge ma si serve della legge per imporre la propria volontà ai giudici: non a caso il pensiero di *Austin* è tradizionalmente ricondotto al “*rule of man*” in contrapposizione con la antitetica nozione di “*rule of law*”. Tanto premesso, non essendo il sovrano in grado di fronteggiare da solo tutti i compiti che la cura del regno richiede, occorre considerare varie ipotesi di delega di potere a soggetti diversi, tra cui appunto i giudici. Così argomentando, la legittimazione del potere giurisdizionale proviene direttamente dalla fonte del potere pubblico con la – contraddittoria – conseguenza secondo cui il giudice viene a sua volta investito, in via mediata, di potere politico sacrificando di conseguenza la propria libertà e indipendenza rispetto all'esecutivo<sup>274</sup>.

---

<sup>270</sup> J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 2 ss.

<sup>271</sup> Quanto alla accusa di *Jeremy Bentham* secondo cui i giudici di *common law* trattavano i cittadini come fossero cani, di qui la celebre perifrasi “*dog law*” a indicare il diritto giurisprudenziale, si veda Id., *Truth v. Ashhurst*. 5 Works, Londra, 1792-1823, ove l'A. immagina un dialogo tra la Verità e uno dei più autorevoli giudici dell'epoca (*Mr. W. H. Ashhurst*), arrivando ad affermare che «[s]carce any man has the means of knowing a twentieth part of the laws he is bound by. Both sorts of law are kept most happily and carefully from the knowledge of the people: statute law by its shape and bulk; common law by its very essence. It is the judges (as we have seen) that make the common law. Do you know how they make it? Just as a man makes laws for his dog. When your dog does anything you want to break him of, you wait till he does it, and then beat him for it».

<sup>272</sup> R. COTTERRELL, *The Politics of Jurisprudence*, cit., p. 60, ove l'A. mette in luce una rilevante critica mossa da *H.L.A. Hart* al pensiero di *Austin*, ossia la mancata considerazione di quelle regole attributive di potere e non prescrittive che, quindi, non sono assistite da una sanzione propriamente intesa ma sono indubbiamente da ricondurre all'ambito del diritto.

<sup>273</sup> Ivi, p. 66, con riferimento alle critiche mosse al pensiero di *Austin* con riguardo alla sovrapposizione tra sovrani e sudditi nel momento in cui ai parlamentari era riconosciuto il diritto di elettorato attivo.

<sup>274</sup> Ivi, p. 71, ove l'A. riporta le parole di *Austin* secondo cui i giudici «*make law in so far as their decisions embody what can be considered to be the sovereign's tacit command*». In ogni caso, pur ammettendo *Austin* che il *sovereign* possa identificarsi con le Camere del Parlamento, il potere delegante non si identifica mai con il legislatore ma con una fase antecedente da un punto di vista logico e storico (*pre-legal*) così da evitare il cortocircuito logico della funzione giurisdizionale autonoma dalla legge che tragga però da quest'ultima la propria ragion d'essere.

### 1.1.2 Il fondamento del diritto *judge-made*: da Hart a Dworkin

Al pari di *Austin*, anche *H. L. A. Hart* valorizzava la separazione tra diritto e morale per costruire la sua tesi nota alla storia come *analytical jurisprudence* che tanto ha contribuito – anche in senso dialettico – al dibattito circa la legittimazione del potere giurisdizionale. In linea con quanto affermato dal predecessore, infatti, *Hart* si rifiutava di dare una nozione di “*law*” e piuttosto si occupava di vagliare il complesso delle pratiche sociali, tanto che a lungo si è dibattuto sulla possibilità di ricondurre tale filone di pensiero all’empiricismo o al concettualismo<sup>275</sup>. Ebbene, secondo la ricostruzione hartiana il potere giurisdizionale non traeva la propria legittimazione dal sovrano ma, al contrario, conservava piena autonomia da quest’ultimo, collocandosi entro un complesso sistema di regole autonomo e conchiuso.

La elaborazione analitica di *Hart*, infatti, distingueva le *primary rules* che andavano a imporre al destinatario comportamenti (anche) sgraditi nel perseguimento del bene collettivo – *obligation-imposing rules*. In un secondo gradino, poi, erano da collocare le *secondary rules* le quali non erano assistite da sanzione dal momento che esaurivano la propria funzione nella attribuzione di funzioni a terzi. In particolare, le *secondary rules of recognition*<sup>276</sup> fornivano i criteri necessari per eliminare ogni ambiguità nella individuazione delle *primary rules*, le *secondary rules of change* regolavano i momenti di transizione da una regola di diritto all’altra mentre le *secondary rules of adjudication* indicavano le condizioni necessarie per apprezzare l’intervenuta violazione di una regola di diritto e il conseguente funzionamento del potere sanzionatorio.

Argomentando in tal modo, il sistema di *Hart* non necessitava di una fonte di legittimazione esterna (il sovrano) ma, al contrario, si autoregolava, presiedendo le *secondary rules* alla gestione dell’intero ciclo di emanazione, applicazione ed esecuzione del diritto: tali norme, del resto, si preoccupavano di dar forma – in prospettiva pubblicistica – allo Stato di diritto e – privatistica – ai rapporti negozionali indirizzandosi a destinatari che erano non certo sudditi bensì uomini liberi<sup>277</sup>. Veniva sancita, così, la indipendenza tra diritto e potere politico nonché l’idea propria del *rule of law* secondo cui i limiti imposti dalle norme al potere pubblico erano tali da evitare arbitri ed eccessi nell’interesse del singolo.

A fronte della complessità del pensiero di *Hart*, non si può in questa sede che focalizzare l’attenzione sulla questione più rilevante ai nostri fini, cioè a dire la legittimazione del potere giurisdizionale. Come accennato, il modello in questione aveva carattere autoreferenziale non riuscendo, tuttavia, a chiudersi in un cerchio perfetto: la ricostruzione analitica, infatti,

---

<sup>275</sup> R. COTTERRELL, *The Politics of Jurisprudence*, cit., p. 88.

<sup>276</sup> Si tratta di una componente centrale nel pensiero di *Hart* dal momento che è la *rule of recognition* che permette di valutare la validità delle altre regole ed è, quindi, da presumere come valida di per sé, in particolare da parte dei pubblici ufficiali cui è conferito il compito di interpretare e applicare il diritto. Costoro devono cogliere l’aspetto normativo, e non semplicemente prescrittivo, di tali norme secondarie adottando la prospettiva interna di analisi. Inoltre, un secondo requisito minimo perché il sistema si conservi è che i cittadini regolarmente obbediscano alle *primary rules*, ancorché il rispetto delle regole non sia spontaneo bensì indotto dal timore della sanzione.

<sup>277</sup> R. COTTERRELL, *The Politics of Jurisprudence*, cit., p. 94.

era costretta a riconoscere al giudice spazi di discrezionalità non governati da alcuna regola bensì assegnati alle scelte di opportunità compiute dal singolo giudicante. Nel dettaglio, infatti, mentre era possibile che le norme secondarie indicassero il percorso da seguire per giungere alla soluzione della controversia – attraverso la regola del precedente, il riparto di giurisdizione, i ritmi del processo – vi erano alcune circostanze in cui il giudice era chiamato a modificare la regola preesistente o, peggio, disciplinare una fattispecie non regolata né dal legislatore né da un precedente. In tali ipotesi, in cui l'organo giudicante riscontri una «*penumbra of uncertainty*», deve ammettersi l'esercizio di un margine di discrezionalità da parte del giudicante e, conseguentemente, di imprevedibilità della decisione, regolata invece dalle norme secondarie in caso di «*core settled meaning*»<sup>278</sup>. Pertanto, mentre è tendenzialmente vero che l'evoluzione del diritto giurisprudenziale ha fatto in modo che il *common law* sia sempre meno disciplinato da regole *ad hoc* e sempre più analogo, in tale prospettiva, al diritto legislativo<sup>279</sup>, neppure l'aggiudicazione può intendersi come un sistema perfetto, dovendosi accettare nei casi limite l'intervento discrezionale del giudicante.

Ebbene, proprio su questo punto si rinviene il maggior divario tra il pensiero dell'autore e, invece, le posizioni di *Ronald Dworkin* che sostituì il primo quale docente di *jurisprudence* all'Università di Oxford, ma fu fortemente influenzato dalla diversa prospettiva offerta dal sistema statunitense<sup>280</sup>. In particolare, viene criticata la pretesa di legittimare il potere di *decision-making*, esercitato nella prassi dei tribunali di *common law*, attraverso il riferimento a un sistema chiuso di regole: la inefficienza di una simile ricostruzione si manifesta secondo *Dworkin* in maniera espressa di fronte agli «*hard cases*» e alla necessità di «*ammettere la sconfitta*», accettando l'intervento discrezionale del giudicante. In questi casi, il potere giurisdizionale rimarrebbe, infatti, privo di legittimazione se non volendo condividere la tesi di *Austin* e ricondurre, quindi, il primo al potere politico.

Tuttavia, qualora si conferisse al giudice potere decisionale nel senso di assimilarne la funzione a quella del legislatore – foss'anche solo per colmare una lacuna dell'ordinamento – sarebbe necessario richiedere all'autorità giudicante di decidere in conformità con la volontà della maggioranza politica, nel rispetto delle dinamiche proprie di un ordinamento democratico. Così argomentando, tuttavia, si giungerebbe al paradosso per cui proprio in occasione degli *hard cases* si indebolirebbe la tutela dei diritti fondamentali laddove questi venissero a confliggere – come è ben possibile che accada – con gli interessi transeunte della compagine politica maggiormente rappresentativa<sup>281</sup>. In tale prospettiva, lo sforzo di

---

<sup>278</sup> Ivi, p. 99. Quanto alla distinzione tra i due concetti, *Hart* si affida alla prassi così contaminando la ricostruzione analitica di profili propriamente sociologici tanto da giustificare l'affermazione – secondo molti solo di principio – per cui la ricostruzione in questione seguirebbe un approccio empirico e non concettualistico.

<sup>279</sup> H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, II ed., 1994, p. 12.

<sup>280</sup> Sul punto, occorre, inoltre, menzionare gli studi di *Pound* che seppur ebbero un minore impatto sugli studiosi successivi aprirono alla c.d. *sociological jurisprudence*.

<sup>281</sup> R. COTTERRELL, *The Politics of Jurisprudence*, cit., p. 161.

*Dworkin* si erge a difesa della natura contro-maggioritaria dei diritti fondamentali e, in ultima analisi, della stessa funzione posta in essere dal potere giurisdizionale quale argine ultimo contro i tentativi – non altrimenti evitabili – di sabotare i valori fondanti una certa società nel momento in cui non siano confacenti agli interessi dei più. In altri termini, detta ricostruzione si propone di evitare la c.d. «*tyranny of the majority*»<sup>282</sup>, individuando nei diritti la componente di sistema che precede e legittima il potere pubblico in tutte le sue forme così che il giudice eserciti il compito di applicare «*rights and obligations whose present power is independent of the majority will*»<sup>283</sup>, compito *in toto* diverso da quello attribuito al legislatore che, invece, è tenuto ad assecondare la maggioranza<sup>284</sup>.

D'altra parte, a differenza delle singole regole, il riferimento ai principi<sup>285</sup> esclude ipotesi di lacune normative e assicura una «*dimension of weight*» che permette al giudice, in caso di conflitto, di operare i necessari bilanciamenti<sup>286</sup> per selezionare gli interessi, di volta in volta, prevalenti e garantire al sistema una certa flessibilità e capacità di adattamento<sup>287</sup>. In tal modo, si riesce a distinguere tra «*policy-driven legislature*» e «*principle-driven judiciary*»<sup>288</sup>.

---

<sup>282</sup> J. S. MILL, *On Liberty*, 1859, in Id., *Utilitarianism. Liberty. Representative Government*, Londra, Everyman's Library, 1964, p. 68.

<sup>283</sup> Secondo l'A. è sempre possibile per l'autorità giurisdizionale individuare principi generali capaci di guidare l'interprete nella risoluzione della vicenda contingente: la principale differenza tra *hard* e *simple cases* sta nel fatto che nei secondi il giudice troverà minor difficoltà nell'individuare tali principi, richiedendosi, al contrario, uno sforzo più intenso con riguardo ai primi. Celebre è, sul punto, l'esempio tratto dalla esperienza americana del caso *Riggs v Palmer* ([1889] 115 N.Y. 506): la Corte di Appello dello Stato di *New York* ha impedito a *Elmer Palmer* di acquisire i diritti successori in relazione al patrimonio dello zio avendone causato la morte per avvelenamento e nonostante nel testamento fosse espressamente indicato dal *de cuius* quale erede unico. Era presente, al tempo, una norma che puniva l'omicidio ma nessuna disposizione che invalidasse in casi simili le volontà testamentarie. La scelta della Corte, tuttavia, di segno contrario agli interessi del reo non è stata certo frutto della discrezionalità giurisdizionale bensì, ad avviso di *Dworkin*, si spiega in ragione della prevalenza del principio che vieta di trarre profitto dall'illecito sulle specifiche regole in materia di successione: Id., *Taking Rights Seriously*, Londra, Duckworth, 1977, p. 184 ss.

<sup>284</sup> R. COTTERRELL, *The Politics of Jurisprudence*, cit., p. 161.

<sup>285</sup> Per approfondire con riguardo alla "comunità di principio", prevalente rispetto alla "comunità *de facto*" e a quella del "libro delle regole" si veda A. SCHIAVELLO, *Il rule of law secondo Ronald Dworkin. Qualche osservazione critica*, in G. Pino-V. Villa (a cura di), *Rule of law. L'ideale della legalità*, cit., p. 120 ss.

<sup>286</sup> Ivi, p. 122, ove l'A. afferma che nella visione di *Dworkin* «ciascuno accetta l'interpretazione dei principi che si discosta dalla propria non come se si trattasse di un compromesso necessario per far parte della comunità ma perché è consapevole del fatto che le proprie ragioni sono state prese in considerazione così come quelle di tutti gli altri». Tanto premesso, l'A. sviluppa una lettura critica del pensiero di *Dworkin* evidenziando le antinomie, incertezze, difficoltà che comporta l'attività di interpretazione di prescrizioni estremamente vaghe e generali quali quelle che riconoscono i diritti (Ivi, p. 124 s.).

<sup>287</sup> R. COTTERRELL, *The Politics of Jurisprudence*, cit., p. 164 s., ove l'A. dimostra come la funzione esercitata dal giudice sia, in tale prospettiva, distinta da quella del legislatore giacché anche i margini ridotti di creazione del diritto sono regolati dal riferimento ai principi fondamentali, mai risolvendosi nella discrezionalità mera del giudicante. Al contrario della politica, quindi, che subisce l'influenza di condizionamenti esterni di carattere socioeconomico, lo sviluppo del diritto si esaurisce all'interno del sistema, cioè a dire «*work itself pure*».

<sup>288</sup> Ibid.

Al riguardo, tuttavia, non si può tacere la critica secondo cui attribuire alle Corti di ultima istanza il ruolo di custodi dei diritti “*coute que coute*” e, in particolare, al costo di sacrificare gli interessi della maggioranza politica, altro non comporta che una irragionevole compromissione delle regole poste a presidio dell’ordinamento democratico, forzando pericolosamente i pilastri su cui questo poggia<sup>289</sup>.

## 1.2 *Ratio decidendi e obiter dicta*

Uno dei nodi più intricati in relazione al modello di *common law* è comprendere cosa debba intendersi per *ratio decidendi* e, quindi, distinguere le regole di diritto, essenziali per il raggiungimento di una certa soluzione giurisprudenziale che divengono vincolanti per i giudizi successivi. La complessità di una simile nozione stupisce nel momento in cui il ruolo affidato alla *ratio* della pronuncia è talmente essenziale da farne dipendere la stessa credibilità dello *stare decisis*: in altri termini, nel momento in cui fosse possibile per il secondo organo giudicante estrapolare in maniera arbitraria la componente vincolante del precedente, verrebbe meno qualsivoglia possibilità di affidarsi alla razionalità del sistema e, inevitabilmente, si incorrerebbe nel rischio di applicazioni “a sorpresa” della sanzione penale.

Al riguardo, occorre premettere che la pronuncia giurisdizionale è tradizionalmente intesa quale ponte tra passato e futuro: l’organo giudicante, infatti, sulla base degli specifici accadimenti sottoposti alla sua attenzione, si preoccupa di formulare una regola necessariamente suscettibile di generalizzazione dal momento che deve essere in grado di proiettare nel futuro i propri effetti<sup>290</sup>.

D’altro canto, come icasticamente afferma la Corte Suprema americana, è indispensabile per la sopravvivenza del *common law* evitare che le decisioni si riducano a un biglietto ferroviario di sola andata, valido per un solo convoglio e per un solo specifico giorno<sup>291</sup>. Piuttosto, occorre che la regola di diritto sia indirizzata verso il futuro quale strumento utile per risolvere le controversie “simili” così da evitare lo spreco di risorse umane e materiali utilizzate per deliberare una nuova decisione indipendentemente dal percorso ermeneutico

---

<sup>289</sup> Si veda, sul punto, l’analisi ricognitiva di A. SCHIAVELLO, *Il rule of law secondo Ronald Dworkin. Qualche osservazione critica*, cit., p. 125.

<sup>290</sup> In questo senso, infatti, R. DIAS, *Jurisprudence*, London, 1976, p. 181, secondo cui «*a judge decides a case on the basis of some past event and the ratio of it serves as a norm for the future. No one can foresee the precise situations that will arise, so the ratio has to be capable of covering an indefinite range of broadly similar situations, i.e., it is a generalisation drawn from a specific past happening and projected into the future*».

<sup>291</sup> Seguendo, infatti, la *dissenting opinion* del Giudice Roberts, nel celebre caso *Smith c. Allwright* [1944] 321 U.S. 649, la Corte Suprema Americana afferma che è necessario evitare che le pronunce dei giudici si risolvano in «*a restricted railroad ticket, good for this day and train only*». Al contempo, tuttavia, la Corte non esita a ribadire, nel medesimo giudizio, che la stessa «*is not constrained to follow a previous decision which, upon reexamination, is believed erroneous, particularly one which involves the application of a constitutional principle, rather than an interpretation of the Constitution to evolve the principle itself*».

in cui il giudizio si colloca<sup>292</sup>. In aggiunta, il meccanismo dello *stare decisis* è tradizionalmente – costante il richiamo al pensiero aristotelico – identificato come lo strumento meglio in grado di assicurare il rispetto del principio di eguaglianza, imponendo che casi affini trovino soluzioni analoghe<sup>293</sup>.

Si tornerà su quest'ultimo punto a breve. Nondimeno, con specifico riguardo alla individuazione della *ratio decidendi*, numerose sono le tesi da prendere in considerazione non solo rispetto all'autorità incaricata di individuare la regola vincolante bensì, pure, rispetto alla natura stessa della *ratio decidendi*.

In particolare, del tutto minoritaria è la posizione secondo cui gli elementi essenziali della sentenza debbano essere indicati in termini espressi dal tribunale che pronuncia la decisione<sup>294</sup>. Al contrario, tale compito è demandato all'autorità giudiziaria successiva la quale deve, quindi, esaminare i motivi a sostegno del precedente allo scopo di identificare il perno della deliberazione. In tal senso, evidente è il rischio che il secondo giudice possa stravolgere il significato del precedente attribuendo rilievo a circostanze secondarie e, invece, tralasciando di considerare particolari essenziali per l'applicazione di una determinata regola di giudizio<sup>295</sup>. In merito, è alquanto evidente il rischio che ne potrebbe derivare, ossia la possibilità di modellare il principio dello *stare decisis* a seconda delle convenienze contingenti per cui il giudice si limiterebbe a selezionare le componenti del precedente utili a sostenere la propria personale posizione, a discapito della certezza del diritto e dell'adeguato affidamento sulla continuità di un certo orientamento giurisprudenziale. All'opposto, tuttavia, il potere del giudice di individuare la *ratio decidendi* è definito da una certa letteratura come prezioso spazio di libertà dell'organo giudicante, da preservare quale strumento compensativo del vincolo assoluto altrimenti imposto dal precedente<sup>296</sup>.

Tanto premesso, occorre osservare che è altrettanto complesso identificare quali elementi della decisione siano da prendere in esame per costruire il precedente vincolante. Secondo una certa parte della letteratura, infatti, la *ratio* è da individuare nel principio di diritto utilizzato per risolvere il caso. Diversamente, altri autori auspicano il riferimento da parte del giudice ai fatti essenziali della decisione, spostando sul piano pragmatico perfino la individuazione della regola rilevante. Una soluzione compromissoria, quindi, pare quella che suggerisce di distinguere tra i c.d. *material* e *immaterial facts* allo scopo di poter attribuire solo ai primi carattere vincolante<sup>297</sup>. In aggiunta – secondo una certa dottrina – sarebbe un errore limitare la ricerca a un'unica *ratio* entro la singola sentenza: piuttosto, parebbe dotata

---

<sup>292</sup> In questo senso del resto, il primo editoriale *Has the Common Law Become too Common?*, in *Anglo-Am. Law Rev.*, 1972, p. 287.

<sup>293</sup> N. MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law. A theory of Legal Reasoning*, cit., p. 143.

<sup>294</sup> Sul punto, si rinvia alla illustre ricostruzione posta in essere da A. GOODHART, *Determining the Ratio Decidendi of a Case*, in *Yale Law J.*, 40, 1930, p. 161.

<sup>295</sup> *Ibid.*

<sup>296</sup> K. LLEWELLYN, *The Common Law Tradition*, Boston, 1960, p. 77 ss.

<sup>297</sup> A. GOODHART, *The Ratio Decidendi of a Case*, in *Modern Law Rev.*, 2, 1959, p. 119.

di sano realismo la tesi secondo cui entro la stessa decisione sia possibile identificare una pluralità di *ratio decidendi* così che solo la futura evoluzione della regola di diritto sia in grado di rivelare quale alternativa, tra quelle possibili, componga lo *stare decisis*<sup>298</sup>. Ancora. Si è sostenuto perfino che la *ratio decidendi* abbia una consistenza del tutto neutrale così che il principio autoritativo possa variare nel corso del tempo, in via – verrebbe da dire – piuttosto strumentale, a seconda di ciò che si ha interesse a considerare autoritativo, e quindi vincolante, in riferimento a una specifica decisione<sup>299</sup>.

Quanto agli *obiter dicta*, invece, la definizione che si suole darne è in chiave negativa, cioè a dire le componenti della posizione espressa dal singolo giudice che non ne rappresentino la *ratio decidendi* bensì alcuni «*statements of opinion upon the law and its values and principles in their bearing on the instant decision, statements which in some way go beyond the point or points necessary to be settled in deciding the case*»<sup>300</sup>.

Al riguardo, si pone una ulteriore interessante questione. Nel binomio tra *ratio* e *obiter*, infatti, è tutt'altro che semplice collocare le statuizioni delle Corti, in particolare di quelle di vertice, rispetto alle regole della dottrina del precedente. Più nel dettaglio, le affermazioni di principio rispetto alla possibilità per la Camera dei Pari di procedere a *overruling* (cfr. *infra*, I, Sez. III, § 1.3.2) ovvero di superare un determinato orientamento interpretativo in ragione dell'argomento del *cessante ratione* (cfr. *infra*, I, Sez. III, § 1.3.2.1) non sono decisive per la soluzione della vicenda contingente in relazione alla distinzione tra *material* e *immaterial facts*. Al contempo, tuttavia, neppure si può dubitare del carattere vincolante di dette enunciazioni che scandiscono la stessa evoluzione del paradigma di *common law* nel tempo. Di talchè, non pare da condividere la tesi di chi riconduce agli *obiter dicta* le affermazioni dei Pari riguardo alla dottrina del precedente; d'altra parte, è stato sapientemente osservato che così argomentando si finirebbe per esaurire alla radice il potere vincolante dello *stare decisis*<sup>301</sup>. Al contrario, convince l'argomento secondo cui le regole che governano la dottrina del precedente sono da intendere quale fondamento procedurale e di metodo imprescindibile per assicurare l'espandersi delle soluzioni squisitamente sostanziali. Ne deriva che tali affermazioni di principio sono da collocare al di fuori dell'alternativa tra *ratio decidendi* e *obiter*, muovendo su un piano del tutto diverso capace di condizionare la stessa sussistenza dello *stare decisis*<sup>302</sup>.

---

<sup>298</sup> J. STONE, *Ratio of the Ratio decidendi*, in *Modern Law Rev.*, 1959, 6, p. 597 ss.

<sup>299</sup> N. MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law. A theory of Legal Reasoning*, cit., p. 145, ove l'A. cita la definizione del Professor Stone secondo cui la *ratio decidendi* altro non sarebbe se non una tra le «*categories of illusory reference*»: ID., *Legal Systems and Lawyers' Reasoning*, Londra, 1964. MacCormick, invero, condivide una tesi alquanto formalistica rispetto alla prospettazione della *ratio*, ritenendo possibile individuarla in termini piuttosto certi e, al contempo, demolendo uno per uno gli argomenti a sostegno delle opposte posizioni maggiormente scettiche: p. 146 ss.

<sup>300</sup> Ibid.

<sup>301</sup> In questo senso le riflessioni del Professor Glanville Williams, in *Law Quarterly Rev.*, 1954, p. 461.

<sup>302</sup> R. CROSS, *The House of Lords and the Rules of Precedent*, cit., p. 154.

## 1.3 L'attenzione al fatto

### 1.3.1 Distinguishing

La tecnica del *distinguishing* ha rappresentato – fino al 1966 (cfr. *infra*, I, Sez. III, § 1.3.3) – il rimedio di maggiore impatto con riferimento alla possibilità per il singolo organo giudicante di discostarsi dal vincolo del precedente<sup>303</sup>. In merito, dunque, è fin da subito opportuno sgombrare il campo da equivoci lessicali e ricordare che due sono le accezioni cui di regola ci si suole riferire: una nozione interna, che impone di distinguere tra *ratio decidendi* e *obiter* e una esterna che, invece, distingue tra i diversi casi. Seguendo quest'ultima prospettiva, il tribunale che si trovi a esaminare fatti diversi da quelli che hanno portato alla formulazione della regola precedente deve discostarsi da quest'ultima, risultando in ultima analisi libero dai “lacci e laccioli” dello *stare decisis*<sup>304</sup>. La complessità di una simile operazione, invero, risiede nel momento in cui si compie il vaglio di analogia rispetto ai fatti rilevanti. Le insidie di un tale giudizio, infatti, balzano subito all'occhio: ampia è la discrezionalità dell'autorità giudiziaria nel valutare quale componenti della vicenda contingente siano essenziali rispetto all'applicazione di una determinata *ratio decidendi*, ben potendo darsi il caso in cui le circostanze fattuali debbano essere considerate *in toto* divergenti o, piuttosto, sia possibile rinvenire alcuni elementi comuni ma, al contempo, ne manchino altri essenziali per applicare quella specifica regola di diritto<sup>305</sup>. In aggiunta, è altrettanto possibile che il secondo accadimento si ponga rispetto al primo in rapporto di genere a specie così che il secondo giudice possa affermare che il *quid pluris* che contraddistingue la disputa oggetto di giudizio è tale da meritare una risoluzione *ad hoc*.

D'altra parte, come accennato, è utile richiamare l'argomento secondo cui i margini di libertà lasciati a – nonché conservati da – il giudicante rappresentavano, nell'assetto tradizionale del modello di *common law*, che non lasciava che minimi spazi al diritto statutario ed era costretto dal principio di *London Tramways*, una opportunità preziosa contro le rigidità e l'immobilismo di un paradigma giurisdizionale la cui capacità evolutiva è stata per lungo tempo di eccezionale lentezza. Fino alle aperture “rivoluzionarie” dimostrate dai Lords rispetto all'utilizzo dell'*overruling*, quindi, è stato inevitabile una esposizione finanche eccessiva dello strumento del *distinguishing*, quale unico meccanismo di fatto disponibile per sfuggire al vincolo del precedente. D'altro canto, si è tenuto conto (anche) di tale utilizzo elusivo della tecnica del *distinguishing* proprio allo scopo di giustificare la netta presa di posizione che si ebbe con il *Practice Statement* e di cui si dirà più approfonditamente nei paragrafi che seguono.

---

<sup>303</sup> Con riferimento alle strategie di cui si può servire il giudice di *common law* per discostarsi da un precedente la cui applicazione potrebbe generare un'ipotesi di *substantive injustice*, si veda A. C. HUTCHINSON, *Evolution and the Common Law*, cit., p. 7.

<sup>304</sup> N. DUXBURY, *The nature and Authority of Precedent*, cit., p. 108.

<sup>305</sup> *Ibid.*

### 1.3.2 Overruling

La centralità dell'istituto dell'*overruling* balza agli occhi non appena si pone mente all'ammontare di ricostruzioni dottrinali e puntualizzazioni giurisprudenziali ad oggi disponibili. Come per la gran parte di strumenti di cui ci si è occupati, manca una definizione legislativa di cosa debba considerarsi per *overruling* nonché delle condizioni la cui sussistenza legittima il ribaltamento del precedente.

Ancora una volta, quindi, occorre fare affidamento sul lavoro di chiarificazione posto in essere dalla giurisprudenza che – pur non interamente allineata sul punto<sup>306</sup> – ha però tendenzialmente fissato alcuni irrinunciabili criteri. Quanto ai principi guida in tema di *overruling*, quindi, centrale è stato il contributo prestato da *Lord Reid* nell'esplicitare tre diverse questioni.

In primo luogo, nel caso si tratti di norme statutarie, lo sforzo compiuto dal giudice per “costruire” la regola di diritto (cfr. *infra*, II, 2, § 4) si propone di esternare la intenzione perseguita dal Parlamento e deve, quindi, mantenersi tendenzialmente costante nel tempo, rappresentando l'*overruling* un rimedio del tutto residuale<sup>307</sup>. In aggiunta, è sempre il giudice *Reid* a chiarire nelle proprie *opinion* che l'*overruling*<sup>308</sup> non deve trovare alcuno spazio laddove l'intervento chirurgico da parte del tribunale non sia sufficiente e, piuttosto, la materia richiederebbe un intervento di riforma organico che solo il legislatore ha la capacità di perfezionare<sup>309</sup>. Al pari, il mutamento interpretativo è da escludere in senso categorico laddove gli effetti della decisione siano imprevedibili per il soggetto interessato dal procedimento penale<sup>310</sup>. Non è sufficiente, infine, per giustificare l'*overruling* la presa di coscienza da parte dei giudici del fatto che il precedente sia viziato da errori: è necessario porre in essere una complessa ponderazione degli interessi in gioco al fine di derogare alla regola dello *stare decisis*, sempre che – s'intende – non sia preferibile attendere l'intervento del legislatore per porre ordine nel settore dell'ordinamento interessato<sup>311</sup>.

In tale prospettiva, la giurisprudenza della Camera dei Lords, seguita sul punto in via pressoché eguale dalla Corte Suprema, non si discosta eccessivamente dalla posizione assunta in merito dalla Corte di vertice americana.

---

<sup>306</sup> J. HARRIS, *Towards Principles of Overruling. When Should a Final Court of Appeal Second Guess?*, in *Oxf. J. Legal Stud.*, 10, 1990, p. 135.

<sup>307</sup> *Jones v Secretary of State for Social Services* [1972] 1 AC 966.

<sup>308</sup> Sul punto, è opportuno menzionare fin da subito la distinzione tra *overruling* e, invece, il peculiarissimo istituto che opera negli Stati Uniti e riguarda la possibilità per i giudici di revocare un precedente (*vacatur*) che si dimostri non più condivisibile né ragionevole, cagionando il venir meno della regola di diritto formulata in precedenza. Un simile stratagemma si distingue dalle ipotesi di *overruling* perché conserva un nucleo essenzialmente *destruens*, cui consegue una inevitabile lacuna normativa: per approfondire si rimanda al dialogo immaginato in argomento da J. E. FISCH, *Vanishing Precedent: Eduardo Meets Vacatur*, in *Notre Dame Law Rev.*, 1994, p. 328 ss.

<sup>309</sup> *Myers v DPP* [1965] AC 1022.

<sup>310</sup> *Steadman v Steadman* [1976] AC 542.

<sup>311</sup> *Knüller v DPP* [1973] AC 455 nonché, pure, *Regina v Kansal* [2001] UKHL.

In numerosi *leading case*, infatti, i giudici anglosassoni richiamano i celebri approdi della decisione *Planned Parenthood*<sup>312</sup>, ove i colleghi d'oltreoceano avevano chiarito che il rispetto del principio del precedente era connaturato allo stesso *rule of law* e trovava, dunque, rango costituzionale quale meccanismo irrinunciabile per assicurare la continuità del diritto in prospettiva diacronica<sup>313</sup>. D'altra parte, mutamenti giurisprudenziali eccessivamente repentini avrebbero minato la fiducia della opinione pubblica rispetto alla serietà e alla dedizione degli organi giurisdizionali, i quali a nessun costo devono poter essere confusi con gli uffici governativi inclini a "cambiare bandiera" a seconda dell'alternanza politica<sup>314</sup>.

Tali riflessioni si attanagliano, ad avviso dei Lords, all'ordinamento anglosassone ove – a fronte della mancanza di una costituzione scritta – è ancora più rilevante che i poteri pubblici debbano non solo essere ma, pure, apparire indipendenti e autonomi agli occhi dei consociati<sup>315</sup>.

Emblematica in tal senso è la sentenza *Kansal*<sup>316</sup> la quale, intervenuta a breve distanza dal precedente<sup>317</sup>, si caratterizza per il fatto che i giudici hanno ritenuto in maggioranza erroneo il precedente e, tuttavia, hanno escluso la possibilità di procedere a *overruling* atteso lo scarso intervallo temporale e la assenza di argomenti decisivi, capaci di indurre il mutamento normativo: la interpretazione diversa prospettata in *Kansal* era solo una delle letture possibili, non parendo ai giudici sufficiente a giustificare il ribaltamento della regola di diritto con conseguente sacrificio dell'affidamento dei consociati sulla continuità del diritto giurisprudenziale. In particolare, osservava *Lord Steyn*, qualora l'Alta Camera avesse optato per l'*overruling* a fronte di tali presupposti, nulla avrebbe potuto impedire a un *panel* successivo di rivedere a sua volta la seconda sentenza, compromettendo alla radice la tenuta dell'intero paradigma giurisdizionale<sup>318</sup>.

Una simile risoluzione, nondimeno, è tutt'altro che pacifica come dimostrano le *dissenting opinion* interne al collegio secondo cui la modifica del precedente orientamento si

---

<sup>312</sup> *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v Casey* [1992] 505 US 833.

<sup>313</sup> Ivi. In particolare, infatti, i giudici *O'Connor, Kennedy and Souter JJ* hanno scritto che «no judicial system could do society's work if it eyed each issue afresh in every case that raised it [...] Indeed, the very concept of the rule of law underlying our own Constitution requires such continuity over time that a respect for precedent is, by definition, indispensable».

<sup>314</sup> Il riferimento è alla decisione della Corte Suprema Statunitense in *Mitchell v WT Grant Co* [1974] 416 US 600 e, in particolare, alla *opinion* del giudice *Stewart J* secondo cui «[a] basic change in the law upon a ground no firmer than a change in our membership invites the popular misconception that this institution is little different from the two political branches of the government. No misconception could do more lasting injury to this court and to the system of law which it is our abiding mission to serve».

<sup>315</sup> Si veda, in argomento, quanto sostiene *Lord Hoffmann* quale esponente del *Privy Council* in *Lewis v Attorney General of Jamaica* [2001] 2 AC 50.

<sup>316</sup> *Regina v Kansal*, cit.

<sup>317</sup> *R v Lambert* [2001] UKHL 37.

<sup>318</sup> *Regina v Kansal*, cit., ove *Lord Steyn* scrive, infatti, che «[i]f we were to depart from *Lambert* today, who is to say that a differently constituted Appellate Committee, presented with fresh arguments, might not depart from our decision tomorrow?». In tal senso si esprime anche *Lord Hutton* secondo cui il *Practice Statement* osta alla revisione della dottrina *Lambert* qualificando l'*overruling* come rimedio del tutto eccezionale (§ 110).

sarebbe resa necessaria quale riconoscimento della “fallibilità” della Corte e del conseguente prioritario obiettivo di assicurare un diritto “giusto” piuttosto che un diritto uniforme<sup>319</sup>.

Tanto premesso, è invero necessario osservare sul fronte opposto che, nonostante in ipotesi rare, il diritto anglosassone contempla la possibilità di derogare al vincolo del precedente e, così, sacrificare la certezza del diritto sull’altare del prioritario adeguamento normativo ai bisogni indotti dalla modernità<sup>320</sup>.

Il perno del discorso, quindi, sembra limitare i casi di *overruling* attraverso un attento bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco: da un lato, il bisogno di superare un precedente che si sia rivelato inadeguato a regolare una determinata situazione – se non finanche erroneo – e, dall’altro, l’esigenza di assicurare la certezza del diritto, proteggere l’affidamento riposto dai destinatari della norma su di una determinata estensione applicativa, garantire in ultima analisi la prevedibilità del diritto *in action*. Ne deriva che non è sufficiente il mero dubbio circa la opportunità di ribaltare l’orientamento antecedente, quand’anche la decisione precedente non sia stata resa alla unanimità bensì a maggioranza. La presenza di opinioni dissenzianti o concorrenti mostra, del resto, che la decisione assunta dal collegio era solo una delle strade percorribili. Una volta che ci sia intesa sul metodo da seguire, ossia il prevalere della opinione maggioritaria, neppure deve essere possibile ritornare di continuo sulla questione nella speranza che una diversa disposizione del collegio si orienti in termini differenti, ancorché a breve distanza di tempo dalla definizione del caso<sup>321</sup>.

D’altro canto, l’*overruling* quale strumento utile per adeguare il diritto ai mutamenti sociopolitici è operativo da tempi relativamente recenti, ossia da quando attraverso il c.d. *Practice Statement* la Camera Alta si è sciolta dal vincolo assoluto che precedentemente si era imposta, superando il fenomeno delle elusioni “in controtuce” dello *stare decisis* nonché dell’“abuso” dello strumento del *distinguishing* (cfr. *supra*, I, Sez. III, § 1.3.1).

---

<sup>319</sup> Ivi, Lord Hope secondo cui «[t]here are obvious dangers in departing from a line of reasoning in a previous case which had the support of a majority. But we are not infallible. Looking to the wider public interest, it seems to me that in the present context correction is more desirable than consistency» (§ 53).

<sup>320</sup> In termini espressi, si veda Lord Scarman nella decisione *R v Secretary of State for the Home Department, exp Khawuja* [1984] AC 74 pp. 106-114.

<sup>321</sup> Emblematiche in tal senso le parole di Lord Wilberforce secondo cui «[t]here is therefore nothing left to the appellant but to contend – as he frankly does – that the 1965 decision is wrong. This contention means, when interpreted, that three or more of your Lordships ought to take the view which appealed then to the minority. My Lords, in my firm opinion, the *Practice Statement* of 1966 was never intended to allow and should not be considered to allow such a course. Nothing could be more undesirable, in fact, than to permit litigants, after a decision has been given by this House with all appearance of finality, to return to this House in the hope that a differently constituted committee might be persuaded to take the view which its predecessors rejected. True that the earlier decision was by majority: I say nothing as to its correctness or as to the validity of the reasoning by which it was supported. That there were two eminently possible views is shown by the support for each by at any rate two members of the House. But doubtful issues have to be resolved and the law knows no better way of resolving them than by the considered majority opinion of the ultimate tribunal. It requires much more than doubts as to the correctness of such opinion to justify departing from it» (*Fitzleet Estates v Cherry* [1977] 1 WLR 1345, in ptc. 1349).

Quanto al tema del *prospective overruling*, di cui si tratterà più approfonditamente nella seconda parte del lavoro (cfr. *infra*, II, 2, 3.3), è innanzitutto opportuno notare che il *common law* inglese non ha mai fatto ricorso a tale strumento il quale, invece, ha trovato una certa diffusione oltreoceano<sup>322</sup>. Eppure, l'applicazione solo *pro-futuro* del mutamento giurisprudenziale avrebbe "addolcito la pillola", permettendo alla dottrina e alla giurisprudenza del tempo di meglio accettare la presa di posizione della *House of Lords* nel 1966 e di cui si dirà a breve. Riflettendo in termini necessariamente astratti, infatti, qualora i giudici avessero la possibilità di valutare come necessario un cambio di rotta rispetto al diritto consolidato e, al contempo, paventare la irrilevanza di tale modifica rispetto al caso *de quo*, ne deriverebbe – a maggior ragione in materia penale – la drastica riduzione del rischio di colpire l'imputato con effetti retrospettivi *in malam partem*. D'altra parte, tuttavia, non è possibile esimersi da ricordare le aspre critiche sollevate avverso tale strumento che, se offre una soluzione contingente per il soggetto coinvolto dal singolo caso, nulla prevede per coloro che abbiano compiuto una condotta affine in una fase temporale di poco antecedente e che si siano visti applicare una normativa diversa, per ragioni puramente casuali, ancorché sfavorevole con riguardo alla posizione del singolo (cfr. più approfonditamente *infra*, II, 2, 3.3).

#### 1.3.2.1 *Practice Statement*: effetti e limiti

Analizzando, quindi, la capacità di resistenza della normativa anglosassone a fronte dell'incessante mutare dell'ordinamento, pare interessante soffermarsi sulle cifre. Le modifiche epocali che hanno coinvolto tale modello tra il XIX e il XX secolo, infatti, si sovrappongono a dirompenti cambiamenti dell'impianto anagrafico. Non pare agli studiosi più attenti che possa trattarsi di una mera coincidenza. Si è osservato, dunque, che mentre nel 1300 la popolazione del Regno Unito era stimata in 4 milioni di persone e che questa, in mezzo secolo, è poco più che duplicata come dimostrò il censimento del 1801 (9.178.980), nei cento anni successivi tale cifra balzò a 30milioni, continuando a crescere di ulteriori 24.000.000 persone negli ulteriori settanta anni. Pertanto, la crescita esponenziale della popolazione trovava riscontro nell'aumento esponenziale dei giudizi portati all'attenzione dei tribunali d'oltremania. In particolare, se gli *yearbooks* del primo periodo di sviluppo del diritto giurisprudenziale – dal XIV al XVI secolo – contano pochi esemplari, la raccolta degli *English Reports* arriva tra il 1535 e il 1865 a ben 176 volumi. Quest'ultime cifre sono destinate ad aumentare drasticamente se si ha riguardo agli anni successivi, venendo raccolti 196 pieghi rispetto al *case law* della sola *Queen's Bench* dal 1893 al 1970<sup>323</sup>. Cambia, quindi,

---

<sup>322</sup> R. CROSS, *The House of Lords and the Rules of Precedent*, cit., p. 159, ove l'A. definisce lo strumento del *prospective overruling* una «question for the future».

<sup>323</sup> I dati sono tratti dal lavoro pubblicato quale primo editoriale sulla rivista *Anglo-American Law Review: Has the Common Law become too Common?*, cit., p. 288.

drasticamente il contesto sociale con cui entra in relazione il potere giurisdizionale con la conseguente necessità di adattare la struttura di quest'ultimo allo scopo, da un lato, di sorreggere il nuovo carico di lavoro e, dall'altro, di prestare risposte efficaci ed efficienti ai nuovi interrogativi che andavano emergendo prepotentemente dai primi decenni del secolo scorso.

Ebbene, è proprio in tale contesto che, con riguardo alla funzione delle Alte Corti e al potere di superare i propri precedenti ribaltando la regola di diritto pronunciata in precedenza, la Camera dei Lord prese posizione in termini inequivocabili una prima volta nel 1898. Nella nota decisione *London Tramways*, infatti, i Lord negarono in termini risoluti di poter modificare un proprio precedente: per secoli i giudici anglosassoni erano stati costretti al rispetto delle regole stabilite dalle autorità antecedenti, non vi era alcuna ragione per ribaltare tale principio e generare conseguente incertezza negli operatori del settore<sup>324</sup>. Anzi, le sentenze della Camera dei Lord dovevano intendersi come definitive (*conclusive*), non essendo sufficiente il carattere straordinario della vicenda contingente a superare il precedente purché non fosse integrata – ben inteso – un'ipotesi di *distinguishing*<sup>325</sup>.

Sessantotto anni dopo, in termini piuttosto paradossali, il precedente *London Tramways* è stato superato.

La rigidità della impostazione seguita dalla Corte, invero, aveva destato numerose perplessità sia in dottrina<sup>326</sup> sia nella giurisprudenza di merito: numerose voci si erano sollevate con riferimento al rischio che l'immobilismo dei Lords perpetuasse attraverso i secoli ingiustizie sostanziali nonché l'altrettanto incombente pericolo di ostinarsi a enunciare regole divenute ormai anacronistiche, retaggio di un'era ormai trascorsa e dimenticata<sup>327</sup>.

D'altra parte, già nel 1942 *Lord Wright* aveva sostenuto la necessità per la *House of Lords* di superare i propri precedenti: secondo il giudice, infatti, l'inerzia era una forza talmente potente che quando un giudice arrivava a ritenere necessario un *overruling* era perché la norma antecedente aveva realmente raggiunto un grado massimo di intollerabilità<sup>328</sup>.

---

<sup>324</sup> *London Street Tramways Co Ltd v London County Council* [1898] AC 375 ove, infatti si legge che «[t]hat is a principle which has been, I believe, without any real decision to the contrary, established now for some centuries, and I am therefore of opinion that in this case it is not competent for us to rehear and for counsel to reargue a question which has been recently decided [...]».

<sup>325</sup> *Ibid.*

<sup>326</sup> Secondo una parte della dottrina, del resto, dovrebbe essere possibile per ogni grado di giudizio rivedere i propri precedenti; altrimenti, si obbligano i cittadini al macroscopico utilizzo di risorse personali e materiali necessario per passare attraverso tutti i diversi gradi di giudizio al fine di raggiungere la Camera dei Lords e sperare nel mutamento giurisprudenziale. Del resto, neppure deve dimenticarsi che manca nell'ordinamento anglosassone il diritto all'appello, rimanendo tale percorso vincolato alla discrezionalità del *leave to appeal* delle stesse autorità giurisdizionali: N. MACCORMICK, *Can Stare Decisis be Abolished?*, in *Juridical Rev.*, 1966, p. 200.

<sup>327</sup> N. DUXBURY, *The nature and Authority of Precedent*, cit., p. 120 ss.

<sup>328</sup> Si veda sul punto l'analisi di N. Duxbury secondo cui *Lord Wright* rappresenta un esempio di «*innovative traditionalist judge*»: Id., *Lord Wright and Innovative Traditionalism*, in *University of Toronto Law J.*, 3, 2009, p. 265.

Pertanto, nel 1966, il 26 luglio, la Camera dei Lords emanò il c.d. *Practice Statement*<sup>329</sup>, rivendicando il potere di superare le precedenti decisioni *when it appears right to do so*<sup>330</sup>.

Si tratta di un documento, invero piuttosto breve, in cui i giudici ribadivano, in primo luogo, il valore del precedente quale “fondamento indispensabile” per la risoluzione del caso di specie non solo perché assicurava l’affidamento dei consociati rispetto all’applicazione di determinate regole giuridiche bensì, pure, perché permetteva di controllare lo sviluppo del diritto giurisprudenziale nel corso del tempo.

Tanto premesso, tuttavia, un atteggiamento eccessivamente rigoristico nei confronti dello *stare decisis* avrebbe potuto cagionare non solo il consolidarsi di irragionevoli esempi di ingiustizia sostanziale ma, pure, ostacolare in maniera eccessiva lo sviluppo del diritto *judge-made*. Pertanto, i Lords riconoscevano la necessità di mutare i propri precedenti ogni qual volta ciò si rendesse necessario, tenendo a mente l’effetto retrospettivo di un simile cambio di rotta e l’esigenza di assicurare – con particolare riguardo al settore penalistico – la certezza del diritto<sup>331</sup>.

Infine, si precisava che gli effetti del *Practice Statement* non si sarebbero esplicitati che con riguardo alle sentenze della Camera dei Lords<sup>332</sup>.

Rispetto a tale netta presa di posizione della Corte, sono stati scritti fiumi di inchiostro. Selezionando quanto maggiormente interessa in questa sede, quindi, occorre innanzitutto apprezzare nel merito la risoluzione dei Lords che è stata in grado di assicurare una maggiore flessibilità al diritto di matrice giurisprudenziale e gli ha permesso – con ogni probabilità – di sopravvivere anche entro il contesto di estremo dinamismo della società contemporanea. D’altro canto, il numero di sentenze che hanno optato in favore di un netto *overruling* del proprio precedente – in seguito al *Practice Statement* – è stato piuttosto contenuto<sup>333</sup>, trovando così conferma l’atteggiamento di tendenziale ritrosia delle giurisdizioni di vertice a mutare il diritto consolidato e così minare lo *stare decisis* – anche qualora la maggioranza in seno al Collegio si trovasse a condividere la posizione contraria al precedente (cfr. *infra*, II, 2, § 2 ss.).

---

<sup>329</sup> House of Lords, *Practice Statement (Judicial Precedent)* [1966] 1 W.L.R. 1234.

<sup>330</sup> Ibid.

<sup>331</sup> Ove si legge, infatti, che «[t]heir Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules. Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose, therefore, to modify their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so. In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlements of property and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to the criminal law. This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House».

<sup>332</sup> Ibid.

<sup>333</sup> N. DUXBURY, *The nature and Authority of Precedent*, cit., p. 128.

In punto di metodo, invece, paiono da condividere le osservazioni critiche in base a cui la *House of Lords* ha errato nel pronunciare un principio di tale dirimente portata non entro le motivazioni di una decisione rientrante nel novero delle sue competenze bensì in una dichiarazione autonoma, stragiudiziale, ove i giudici in via pienamente indipendente da alcuna controversia – e invero seguendo ritmi piuttosto spediti – procedevano a sciogliere un vincolo centenario imposto dal *common law* nei loro confronti. Al riguardo, vi è addirittura chi ha dubitato del carattere vincolante di un simile enunciato, estraneo al *legal reasoning* di una delle pronunce della Corte<sup>334</sup>.

Tale obiezione, nondimeno, è stata superata osservando che la regola imposta dal *Practice Statement* non ha comportato ricadute sul piano sostanziale se non in via indiretta: al contrario, si tratta di una regola che incide sul funzionamento della Corte e ne condiziona, quindi, i regolamenti operativi piuttosto che le enunciazioni sostanziali<sup>335</sup>.

In aggiunta, altro nodo particolarmente problematico riguarda la opportunità che sia stata la *House of Lords* a conferire – a se stessa – un simile potere.

In ultima analisi, infatti, il *Practice Statement* ha inciso su uno dei tre assiomi del *common law* (cfr. *supra* I, Sez. III, § 1.1), mutandone radicalmente la natura. Pertanto, si è sostenuto che dato l’impatto – certo indiretto – che il *Practice Statement* ha avuto sull’intero sistema di *common law*, alterando in maniera significativa e irreversibile i limiti e i confini delle più alte giurisdizioni in tutti i settori del diritto, compreso quello penale, meglio avrebbe fatto il Parlamento a intervenire sul punto regolando tale complessa faccenda<sup>336</sup>. D’altra parte, neppure è possibile nascondersi dietro a un dito: il legislatore è rimasto silente sul punto sia prima del 1966, mentre ormai i dissapori rispetto all’antecedente rigido atteggiamento dei Lords avevano ampiamente contaminato l’opinione pubblica, sia dopo il 1966, lasciando alla Corte il compito di specificare nel dettaglio la nuova attitudine, attraverso il solito succedersi delle sentenze nel tempo.

Ad ogni buon conto, l’entità del problema si ridimensiona all’atto pratico. In particolare, infatti, si è detto che i casi di *overruling* da parte della Camera dei Lords, prima e della Corte Suprema, poi, sono stati piuttosto sporadici. Inoltre, non è dato rilevare ipotesi in cui il mutamento giurisprudenziale sia stato posto in essere in contrasto con una riforma parlamentare oppure in seguito a un (eccessivamente) breve intervallo temporale rispetto a

---

<sup>334</sup> J. STONE, *1966 And All That! Loosing the Chains of Precedent*, in *Columbia Law Rev.*, 69, 1969, p. 1163, ove l’A. afferma che il documento è stato adottato dal collegio dei Pari né come una vera e propria pronuncia giurisdizionale né come un atto parlamentare – essendo in ultima analisi la sezione giurisdizionale della Camera dei Lord parte della Camera Alta. Ne deriverebbe, quindi, il dubbio rispetto alla stessa vincolatività del *Practice Statement*, attesa la natura ambigua dell’atto che lo ha posto in essere: «*if their lordships were not acting in a curial capacity, then the rule enunciated could not have any legal force as part of the precedent system [...] It is difficult to see how any legal force can be attributed to the 1966 Statement; it stands enigmatically before the notion of “law” of both the legal practitioner and the legal theorist.*».

<sup>335</sup> R. CROSS, *The House of Lords and the Rules of Precedent*, cit., p. 157 s.

<sup>336</sup> In questo senso, pure, N. DUXBURY, *The nature and Authority of Precedent*, cit., p. 133.

una modifica voluta dalle Camere<sup>337</sup>. Infine, due ulteriori questioni sono da tenere presenti. Sul primo versante, si collocano le modifiche al diritto nazionale poste in essere in via interpretativa o su iniziativa legislativa allo scopo di adattare il diritto interno al diritto europeo e convenzionale, sulla scorta di quanto previsto dallo *Human Rights Act*. Tali mutamenti e innovazioni, infatti, sono stati originati dall'alto, ossia dal rapporto multilivello tra le fonti del diritto, eliminando la necessità di procedere al riguardo all'*overruling* giurisprudenziale.

Per contro, sul secondo versante, si rinviene l'operatività della *Law Commission*: gli effetti di una simile istituzione rispetto all'incremento della attività parlamentare, specialmente in materia penale, hanno in numerose occasioni sollevato i giudici dal compito dal retrogusto dolce-amaro di assumersi la responsabilità di scelte di politica criminale, intervenendo il capovolgimento del precedente per iniziativa parlamentare, sentiti i massimi esperti del settore di riferimento (cfr. *infra*, I, Sez. III, § 2.4).

In seguito alla deliberazione della Camera dei Lords, nondimeno, la *Court of Appeal* tentò in due diverse occasioni di liberarsi – a sua volta – delle catene imposte dall'obbligo di conformarsi alle precedenti decisioni dei Pari. Anticipando le conclusioni, entrambi i tentativi furono a dir poco fallimentari, riuscendo la *House of Lords* a proteggere il costruito gerarchico che ordina il potere giurisdizionale anglosassone e limita il potere di *overruling* agli organi di ultima istanza. Nel caso *Broome*<sup>338</sup>, infatti, la Corte di appello affermava di potersi sottrarre al vincolo del precedente giacché la sentenza antecedente della Camera dei Pari era stata resa *per incuriam*. Al pari, in *Miliangos v George Frank*<sup>339</sup> la Corte riteneva di dover abbandonare la regola di diritto elaborata dalla Camera dei Lords giacché «*cessante ratione cessat ipsa lex*»<sup>340</sup>. Nel dettaglio, nella prima decisione i giudici di merito ritenevano di potersi discostare dal precedente pronunciato dal giudice superiore dal momento che questo rappresentava un *overruling* rispetto al «*so well settled*» diritto antecedente, reso in maniera erronea dai Pari<sup>341</sup>. Il caso fu portato innanzi alla Camera Alta che ebbe poche esitazioni nel ribadire l'obbligo imposto alle Corti inferiori di rispettare il precedente proveniente da autorità sovraordinate gerarchicamente. Il rispetto di tale regola venne definito dai Lord come “necessario” e, perciò, da intendere come essenziale per preservare il funzionamento del paradigma di *common law* nel suo complesso.

Quanto al caso *Miliangos*, invece, la ragione per superare il precedente della *House of Lords* era stata individuata nell'argomento del *cessante ratione*, vale a dire nel venir meno del contesto sociopolitico che aveva *ab origine* giustificato la introduzione di una determinata

---

<sup>337</sup> Ivi, p. 127.

<sup>338</sup> *Broom v Cassell & Co Ltd* [1971] 2 QB 354.

<sup>339</sup> *Miliangos v George Frank* [1975] QB 487.

<sup>340</sup> R. CROSS, *The House of Lords and the Rules of Precedent*, cit., p. 146.

<sup>341</sup> In questo senso la *opinion* di Lord Denning, *Broom v Cassell & Co Ltd*, cit.

regola. Sennoché, si è osservato, la portata eversiva di una simile decisione poteva essere finanche maggiore di quella del caso *Broome*, dal momento che l'insorgere di circostanze tali da giustificare un mutamento interpretativo era assai più frequente delle ipotesi in cui si potesse riscontrare un giudizio *per incuriam* reso dai giudici superiori<sup>342</sup>. Non stupisce, dunque, che i Lords inibirono alla radice il proponimento della giurisdizione di secondo grado, affermando che l'argomento del *cessante ratione* poteva sì essere utilizzato per giustificare la modifica della regola *judge-made* purchè si trattasse di una scelta della stessa *House of Lords* – in ossequio, quindi, ai criteri indicati nello *Statement* del 1966<sup>343</sup>. In linea con tali conclusioni, nonché in conformità con il principio gerarchico che governa oltremarica la distribuzione del potere giudiziario, del resto, i tribunali anglosassoni avevano da tempo riconosciuto la possibilità per la *Court of Appeal* di discostarsi dai propri precedenti laddove questi fossero in contrasto con la regola di diritto formulata dalla *House of Lords*<sup>344</sup>.

#### 1.4 Interpretare il precedente: il metodo analogico

Il principio di analogia è di regola descritto come strumento indispensabile per assicurare lo sviluppo del diritto *judge-made*<sup>345</sup>. D'altro canto, è stato a più voci sostenuto che il *legal reasoning* incentrato sul precedente giurisprudenziale non costituisce una attività interpretativa *stricto sensu* intesa ma, piuttosto, rappresenta estrinsecazione del metodo analogico. In particolare, infatti, il giudice nel valutare l'applicabilità di una determinata *ratio decidendi* al caso sottoposto al suo scrutinio è chiamato, *in primis*, a sondare i fatti materialmente rilevanti così da poter saggiare le affinità tra le due vicende ed eventualmente traslare la decisione dell'una sull'altra<sup>346</sup>.

Ebbene, con riferimento all'uso del metodo analogico, la dottrina anglosassone ha elaborato diverse ricostruzioni: secondo alcuni, infatti, l'analogia rappresenta la componente essenziale del ragionamento giuridico di *common law*<sup>347</sup>, mentre altri hanno sviluppato il convincimento opposto per cui non si tratterebbe di altro che di un paravento formale per giustificare l'applicazione del precedente privo in sé di alcun potere normativo<sup>348</sup>. Ancora diversa, poi, è la tesi secondo cui il metodo analogico troverebbe

---

<sup>342</sup> R. CROSS, *The House of Lords and the Rules of Precedent*, cit., p. 148.

<sup>343</sup> Lord Wilberforce affermava, infatti, che «*it has to be reaffirmed that the only judicial means by which decisions of this House can be reviewed is by this House under the declaration of 1966*»: *Miliangos v George Frank*, cit.

<sup>344</sup> *Fitzsimons v The Ford Motor Co. Ltd* [1946] 1 All ER 429.

<sup>345</sup> N. MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law. A theory of Legal Reasoning*, cit., p. 205. In tal senso, si veda, pure, G. VASSALLI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, cit., p. 288.

<sup>346</sup> N. DUXBURY, *The nature and Authority of Precedent*, cit., p. 59.

<sup>347</sup> L. WEINREB, *Legal Reason: the Use of Analogy in Legal Argument*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 2 ss.

<sup>348</sup> R. A. POSNER, *How Judges Think*, in Harvard University Press, p. 180 ss.

fondamento normativo negli elementi esterni su cui poggia tale ragionamento ossia, rispettivamente, i singoli principi<sup>349</sup> o la loro *ratio*.

Qualora si voglia individuare, quindi, il ruolo del procedimento analogico entro l'applicazione del *common law* occorre innanzitutto distinguere l'ambito di riferimento<sup>350</sup>. Un conto è, infatti, considerare il raffronto analogico che il giudice compie rispetto ai fatti rilevanti di una certa vicenda allo scopo di applicare il precedente, tutt'altro è il riferimento alla analogia che viene in rilievo in caso di vicende "nuove". In particolare, allorché l'organo giudicante non sia in grado di tracciare con sufficiente sicurezza la comparazione analogica con altre circostanze su cui già pende un giudicato, la risoluzione della controversia per la prima volta portata all'attenzione del giudice – *hard case* – può beneficiare del metodo analogico secondo una duplice prospettiva. In primo luogo, è possibile individuare la regola di diritto applicata in un caso diverso ma affine a quello *sub iudice* così che tale precedente per quanto non risolutivo possa guidare il giudicante nella formulazione del *novum*. In secondo luogo, invece, è possibile che la regola di diritto precedente sia solo latamente attinente al fatto rilevante così che l'argomento analogico possa costituire uno degli argomenti posti a sostegno della decisione ma certo non l'unico né, verrebbe da dire, il principale fondamento della soluzione giudiziale<sup>351</sup>.

Per quanto in questa sede maggiormente interessa, diverse sono le complessità che emergono in riferimento all'applicazione del metodo analogico ai fatti rilevanti in relazione alla vicenda contingente. In termini astratti, infatti, il discorso è abbastanza lineare: il giudice individua le categorie generali cui ricondurre gli elementi contingenti rilevanti nella singola controversia, dopodiché risale alla regola di diritto formulata dalla giurisprudenza precedente in ossequio a quelle specifiche categorie. Nondimeno, la questione si complica all'atto pratico. Non sempre è chiaro quali siano le categorie rilevanti cui riportare le diverse componenti materiali, oppure è altrettanto possibile che siano sorte ambiguità con riferimento ai casi precedenti rispetto alla stessa opportunità di collocare certi fatti entro date categorie e, quindi, applicare la regola di diritto conseguente<sup>352</sup>. Inoltre, la capacità del giudice di compiere una simile operazione dipende anche dal livello di conoscenza della relativa porzione di *common law*: particolarmente significativo, al riguardo, è il contributo offerto dalle parti processuali – tanto la parte pubblica quanto le parti private – nel suggerire al tribunale i referenti normativi adatti ed, eventualmente, illuminare precedenti poco noti ma altrettanto rilevanti.

---

<sup>349</sup> N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978, p. ss.

<sup>350</sup> È interessante osservare, al riguardo, come parte della letteratura di *civil law* ha sostenuto la possibilità di ricondurre l'intero processo ermeneutico al metodo analogico: si veda, sul punto, F. PALAZZO voce *Legalità*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 3381.

<sup>351</sup> G. LAMOND, *Analogical Reasoning in the Common Law*, cit., p. 568, ove l'A. distingue tra *classificatory analogy* con riferimento alla classificazione dei fatti rilevanti per l'applicazione del precedente; *close analogy* e *distant analogy* per quanto riguarda le ipotesi di nuova applicazione della regola di diritto.

<sup>352</sup> Ivi, p. 572.

Peraltro, occorre che l'autorità giudiziaria, nel compiere una simile operazione, tenga a mente il contesto in cui si inquadra la vicenda contingente di modo tale da non rischiare di compromettere – attraverso il procedimento di astrazione nelle rispettive categorie – il significato dei singoli fatti, fraintendendone la natura. Non è scontato, del resto, l'avvertimento che impone di tenere a mente che le medesime categorie possono avere carattere molto diverso a seconda del settore giuridico di riferimento oppure del momento storico in cui ci si trova, essendo l'organo giudicante chiamato a individuare il precedente applicabile in base alla individuazione del corretto rapporto analogico, calato nella realtà sociopolitica in cui la decisione prende corpo<sup>353</sup>. Al riguardo, è indubbio il margine di discrezionalità riservato alla Corte: l'esito del giudizio, infatti, non può che essere influenzato dalla valutazione compiuta dal giudice allo scopo di individuare i fatti essenziali della singola controversia nonché, volendo procedere a ritroso, riguardo agli stessi elementi contingenti che erano al tempo stati considerati rilevanti dalla autorità giudiziaria antecedente. Si innesta così un circuito che è possibile tendere, indietro nel tempo, in maniera a dir poco considerevole. Ciò non significa certo che l'applicazione del precedente sia da riferire, in ultima analisi, all'arbitrio del giudicante<sup>354</sup>. Tutto il contrario. Il metodo analogico rappresenta il limite del ragionamento "artificiale"<sup>355</sup> posto in essere dall'autorità giudiziaria così che la valutazione tra le similitudini dei fatti rilevanti rientra nella motivazione quale componente sindacabile dalle giurisdizioni superiori alla ricerca della migliore soluzione possibile anche laddove si tratti di *hard cases*, ossia di quelle fattispecie che con ogni probabilità richiedono di attivare il "secondo livello" di analogia *close* o *distant*. Un ulteriore livello di complessità, infine, deriva dal fatto che la riconduzione dei fatti materiali a certe categorie e, quindi, alla corrispondente regola di diritto è un procedimento tutt'altro che statico: è ben possibile, e anzi altamente probabile, che la collocazione di un certo fatto in un dato gruppo di significanti muti con il mutare del periodo storico di riferimento, con l'introduzione di nuove tecnologie, con il superamento di determinati processi produttivi o organizzativi e via dicendo.

## 2. Statutory Law

Non vi è, oggigiorno, alcun dubbio che in caso di conflitto tra *common law* e diritto parlamentare sia quest'ultimo a prevalere come prodotto di una «*superior legal authority*»<sup>356</sup>.

---

<sup>353</sup> Ivi, p. 573.

<sup>354</sup> Con riferimento alla impossibilità di considerare il modello di *common law* come un sistema chiuso e neutrale ma, invece, alla necessità di valutare l'influenza esercitata da un determinato contesto sociopolitico sulle decisioni dell'autorità giudiziaria, si veda A. C. HUTCHINSON, *Evolution and the Common Law*, cit., p. 19.

<sup>355</sup> Da intendere nel significato utilizzato da Coke, il quale enfatizza il sapere tecnico e la esperienza professionale necessaria per comprendere il diritto i cui ragionamenti sono spesso innaturali se non, addirittura, controintuitivi (sul punto, cfr. *supra*, I, 2, Sez. I, § 1.3.1).

<sup>356</sup> R. COTTERRELL, *The Politics of Jurisprudence*, cit., p. 30. Sul punto, invero non è mancato chi ha affermato che il diritto statutario sia da ritenere fonte subordinata a quella giurisprudenziale dal momento che mentre quest'ultima affonda le proprie radici nella tradizione consuetudinaria del mondo anglosassone, indirizzata

Ciò nondimeno, diversi operatori del settore sembrano al contempo concordi nell'affermare che – sebbene i giudici si trovino sempre più spesso a decidere in base a un testo scritto rispetto cui hanno uno scarso margine interpretativo (cfr. *infra*, 1, 2, Sez. III, § 2.2) – il diritto continui in gran parte a essere “creato” dalle giurisdizioni o, meglio, dalle giurisdizioni superiori. Occorre, allora, soffermarsi sul ruolo esercitato dal diritto parlamentare e sul rapporto che è venuto a crearsi, con il passare del tempo, tra gli statuti e le regole di *common law*. D'altra parte, in prospettiva storica, e in particolare in età medioevale, gli *statute* avevano un ruolo piuttosto modesto, venendo al più equiparati alla fonte giurisprudenziale quali statuizioni espresse dello *statutory common law*. Secoli dopo, tale dinamica appare capovolta e merita, quindi, qualche ulteriore considerazione.

Si può, invero, parlare di norme statutarie secondo la accezione propriamente parlamentare solo a partire dal XVII secolo, ossia in seguito allo scontro avverso le angustie del regime monarchico assolutistico che portò alla guerra civile – *Glorious Revolution*. La vittoria delle frange parlamentari, sostenute dai ceti borghesi di recente formazione, elevò il ruolo del legislatore conferendogli una sovranità in tutto simile a quella del monarca. Si continuava, tuttavia, a riconoscere la superiorità delle norme consuetudinarie (*unwritten customs*) sulle fonti prodotte dal parlamento (gli *statutes*, appunto). D'altra parte, il riconoscimento della primazia della fonte legislativa avrebbe costituito una vera e propria rivoluzione dal momento che il *common law* sarebbe stato confinato, almeno nominalmente, a mero strumento attuativo delle scelte del legislatore.

Sennonchè, non manca chi ha osservato che una simile opzione – che prese gradualmente corpo con il progressivo incremento della funzione parlamentare – sia stata invero decisiva per la stessa sopravvivenza del diritto giurisprudenziale: una volta cristallizzato il ruolo del diritto giurisprudenziale quale intermediario *in action* del Parlamento, non sarebbe stato più possibile eliminare il *common law* se non rinunciando alla stessa applicazione della legge<sup>357</sup>.

Non v'è dubbio, del resto, che a dispetto della superiorità gerarchica oggi riconosciuta al formante legislativo, il diritto *judge-made* è riuscito a conservare il proprio rilievo nel tempo. Anzi, secondo una interessante ricostruzione dei rapporti tra legislatore e potere giudiziario, è stato lo stesso *common law* a riconoscere – senza esitazioni – la supremazia del Parlamento: così facendo, le Corti hanno posto le basi per considerare il diritto statuario come un “isola” o, meglio, un “arcipelago” che riposa nel mare del diritto

---

da principi che le stesse Corti hanno via via riconosciuto nel corso del tempo, il diritto statuario manca di sistematicità risolvendosi nella risposta contingente a istanze altrettanto immediate, insorte nei diversi settori dell'ordinamento: in tal senso, si veda T. R. S. ALLAN, *Law, Liberty and Justice*, Oxford, Clarendon Press, 1993, p. 79. D'altra parte, non è mancato chi in dottrina ha individuato nel *common law* il referente per la formulazione di regole generali e negli statuti, invece, solo disposizioni speciali, a carattere eccezionale, affermando di conseguenza la impossibilità di trarre da quest'ultime un referente valido in relazione alla evoluzione del diritto *judge-made*: si rinvia, sul punto, alla ricostruzione di tale orientamento compiuta da J. BEATSON, *The role of statute in the development of common law doctrine*, cit., p. 249.

<sup>357</sup> R. COTTERRELL, *The Politics of Jurisprudence*, cit., p. 31; R. DAVID-C. JAUFFRET SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, Cedam, 1994, p. 332.

giurisprudenziale<sup>358</sup>. Nondimeno, non è mancato in dottrina chi ha messo in luce la estrema complessità del rapporto tra *statutes* e *common law* non foss'altro per il fatto che il confronto tra le due fonti avviene, in ultima analisi, innanzi agli stessi tribunali, non essendo possibile per le previsioni statutarie "sfuggire alla rete del *common law*"<sup>359</sup>. Vengono così a palesarsi tutta una serie di ipotesi particolarmente problematiche che fanno capo, ad esempio, all'alternarsi tra i diversi formanti oppure alle potenziali sovrapposizioni e alla necessità di risolvere i relativi conflitti.

Ebbene, mentre quest'ultima soluzione pare meno problematica dal momento che la premazia riconosciuta al Parlamento in forza della separazione tra i poteri e dell'argomento democratico segna in termini decisi il percorso dell'interprete, la prima ipotesi pare più articolata. Nel momento in cui una norma di *common law* sia sostituita da una previsione statutaria, in assenza di una determinazione espressa in tal senso, non è detto che l'interprete concluda per l'abrogazione implicita della prima fattispecie laddove sussistano sottofattispecie incriminate dal diritto giurisprudenziale e non da quello legislativo. In diverse occasioni, infatti, i tribunali anglosassoni hanno riconosciuto la sopravvivenza dei principi propri della tradizione giurisprudenziale che, nonostante non fossero stati ribaditi dal *novum* legislativo, alimentavano la confluenza tra le due fonti di produzione del diritto<sup>360</sup>.

In ultima analisi, preme sottolineare che l'atteggiamento dell'organo giudicante in relazione ai vincoli imposti dal *rule of law* e dal principio di separazione tra poteri sia decisivo al momento di appianare gli eventuali contrasti che insorgano tra i diversi formanti, anche a dispetto del settore di riferimento<sup>361</sup>. D'altro canto, tali riflessioni lasciano trapelare lo sforzo di raggiungere un ragionevole bilanciamento tra l'autonomia del potere giudiziario e la premazia del legislatore, evitando affermazioni di principio che non trovino riscontro sul piano pratico – in linea con l'atteggiamento pragmatico proprio dei giuristi d'oltremarica<sup>362</sup>. Ed è a un simile contesto, quindi, che è bene riferirsi nel momento in cui ci si avvicini allo studio delle fonti statutarie, della loro (*strict*) interpretazione nonché nel ruolo che hanno svolto e continuano a svolgere in relazione alla evoluzione del *common law*.

---

<sup>358</sup> Quanto al rapporto tra *common law* e positivismo giuridico, si veda G. J. POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition*, cit., p. 39 ss.

<sup>359</sup> Z. BANKOWSKI-D. N. MACCORMICK, *Statutory Interpretation in the United Kingdom*, in D. N. MacCormick-R. S. Summers (a cura di), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, cit., p. 388.

<sup>360</sup> *Davies v Swan Motors Co* [1949] 2 KB 291.

<sup>361</sup> Cioè a dire, perfino nel settore penale: nella decisione *Jennings v United States Government* [1982] 3 All ER 104, per esempio, i giudici affermavano che il reato di omicidio colposo di matrice giurisprudenziale non era stato abrogato dalla riforma legislativa intervenuta nel 1972 (Road Traffic Act), conservando in tal modo il rilievo penale della condotta posta in essere recklessly in violazione delle norme del codice della strada.

<sup>362</sup> R. COTTERRELL, *The Politics of Jurisprudence*, cit., p. 31.

## 2.1 Struttura, drafting e interpretazione

Seguendo, quindi, la tesi tracciata da uno dei capisaldi del diritto giuspositivista anglosassone, *The Law of the Constitution* di Dicey, i principi cardine della costituzione anglosassone sono la sovranità parlamentare e il *rule of law* da intendere, come si è detto, quale limite rivolto principalmente all'esecutivo. Al contempo, il potere attribuito al Parlamento è tale da giustificare l'eventuale intervento di modifica o di creazione di qualsivoglia previsione legislativa<sup>363</sup>. In tal senso, quindi, si ritrovano le statuizioni di fondo del pensiero austriaco che rinviene nell'organo politico il sovrano "assoluto", immune da condizionamenti e limitazioni esterne e fonte di legittimazione degli altri poteri dello Stato, inclusa la giurisdizione (cfr. *supra*, I, 2, Sez. III, § 1.1.1). In aggiunta, è proprio in tale contesto che trova ragione l'assenza di un catalogo dei diritti individuali entro l'ordinamento inglese, essendo sempre possibile per il Parlamento incidere sugli stessi in piena indipendenza<sup>364</sup>. Nondimeno, occorre ricordare che se il legislatore è titolare della c.d. sovranità giuridica, quest'ultima è – nella ricostruzione di Dicey – da tenere ben distinta rispetto a quella politica che spetta al popolo e costituisce il limite esterno all'esercizio del potere parlamentare<sup>365</sup>. Inoltre, la compresenza del *rule of law* permette alle Corti di esercitare un ruolo da co-protagoniste nella formazione del diritto costituzionale anglosassone e nella individuazione delle libertà da riconoscere a ciascuno<sup>366</sup>: si ritrova così il binomio, che invero risale al XVII secolo, tra Corti e Parlamento, schierati insieme avverso il potere monarchico e animati dal comune obiettivo di superare le asperità del regime precedente e fondare un modello nuovo che guardi alla modernità.

Tanto premesso, appare evidente l'importanza della definizione, ai nostri fini, del rapporto che intercorre tra fonte statutaria e giurisprudenziale. In merito, si è già avuto occasione di accennare alla tesi per cui si tratterebbe di formanti incompatibili – "acqua e olio" – a rappresentare due elementi distinti per loro stessa natura. Nondimeno, convince la visione opposta secondo cui, indagando al di là delle apparenze, i punti di contatto tra le previsioni statutarie e il diritto *judge-made* siano piuttosto significativi, in particolare nel momento in cui si paragonino le pronunce giurisprudenziali che interpretano il dato legislativo, tanto da paventare un vero e proprio contributo da parte del diritto legislativo

---

<sup>363</sup> E. SANTORO, *Rule of law e "libertà degli inglesi"*. *L'interpretazione di Albert Venn Dicey*, in P. Costa-D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli ed. 2002, p. 183.

<sup>364</sup> Solo si ricorda, in questa sede, la celebre perifrasi attribuita a De Lolme secondo cui il Parlamento "tutto può fare, tranne cambiare un uomo in donna o una donna in uomo".

<sup>365</sup> E. SANTORO, *Rule of law e "libertà degli inglesi"*. *L'interpretazione di Albert Venn Dicey*, in P. Costa-D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, cit., p. 184.

<sup>366</sup> Per completezza – e in assenza delle risorte di tempo e capacità necessarie per approfondire il tema come meriterebbe – ci si limita a ricordare come il tema dell'interpretazione delle previsioni statutarie sia al centro del dibattito giuridico anche oltreoceano, essendosi la migliore dottrina americana a lungo interrogata sulle opzioni interpretative seguite dalla corrente del textualism o, al contrario, del purposivism. Sul punto, si rinvia, inter multis, alla ricca analisi compiuta da A. R. GLUCK-R. A. POSNER, *Statutory interpretation on the bench: a survey of forty-two judges on the federal courts of appeals*, in *Harvard Law Rev.*, 3, 2018, p. 1298 ss.

alla evoluzione del *common law*<sup>367</sup>. D'altra parte, in tal senso muove anche il diritto sovranazionale, con riguardo tanto al diritto europeo quanto convenzionale. A partire dallo *Human Rights Act*, infatti, si è riscontrato il graduale aumento di interpretazioni teleologiche (*purposivism*) del testo di legge, nel tentativo di assicurare la coerenza dell'ordinamento e, in tal modo, garantire in termini effettivi la protezione dei diritti individuali riconosciuti a livello metanazionale<sup>368</sup>. Anche volendo mantenere l'analisi sul piano della evidenza, infatti, occorre mettere in luce due ordini di questioni. In prima battuta, le disposizioni del 1988 impongono espressamente al giudice di fornire una interpretazione del diritto interno che sia compatibile con la Convenzione: lo scopo di massimizzare i diritti della persona, quindi, rappresenta la lente attraverso cui rileggere il diritto nazionale così da soddisfare le obbligazioni assunte – almeno per ora – dal Regno Unito sul piano internazionale. Inoltre, la stessa introduzione, rispetto al modello di *common law*, di un catalogo scritto di diritti cui fare riferimento ha incoraggiato il diffondersi di forme nuove di interpretazione – le quali, per contro, sono state elaborate nel paradigma di *civil law* già al tempo dell'entrata in vigore delle Costituzioni democratiche e, quindi, attraverso la subordinazione della fonte primaria alle prescrizioni costituzionali – atteso l'intento di orientare i singoli statuti al rispetto delle garanzie CEDU.

In aggiunta, l'utilizzo della interpretazione storica o, al pari, lo sforzo ermeneutico nel ricostruire l'intento del legislatore sono pacificamente ammessi nel modello di *common law* a partire, almeno, dalla decisione *Pepper v Hart*<sup>369</sup>. Provando a mettere ordine, quindi, la Camera dei Lord afferma che nella costruzione degli statuti il primo referente deve essere il testo quale prodotto della attività parlamentare. Nondimeno, qualora si riscontrino

---

<sup>367</sup> J. BEATSON, *The role of statute in the development of common law doctrine*, cit., p. 248.

<sup>368</sup> Ivi, p. 251. D'altro canto, una certa giurisprudenza ha anche considerato l'obbligo di interpretazione conforme che discende dallo *Human Rights Act* funzionale a identificare le stesse ambiguità della legislazione anglosassone. In particolare, a fronte dell'obbligo di interpretare il diritto interno in conformità alla Convenzione, è ben possibile che il giudice temperi una previsione interna eccessivamente rigida per raggiungere una lettura compatibile con le garanzie sovranazionali. È il caso, in particolare, in cui, in materia di prevenzione del fenomeno terroristico, l'onere della prova – imposto *ex lege sul defendant* – è stato rivisto per iniziativa giurisprudenziale così da gravare l'imputato di un carico minore nel rispetto del principio del giusto processo di cui all'Art. 6 CEDU: *R. v DPP ex parte Kebeline* [1999] UKHL 43.

<sup>369</sup> *Pepper v Hart* [1993] AC 593, ove i *Law Lords* modificano il proprio precedente orientamento – prendendo spunto da una vicenda di diritto tributario ma formulando regole utilizzate poi in ogni branca del diritto – allo scopo di permettere alla autorità giudicante di servirsi dei lavori parlamentari per ricostruire la *intentio* del legislatore e individuare, così, la norma applicabile anche attraverso riferimenti ulteriori rispetto alla *littera legis*. Sul punto, infatti, Lord Wilkinson afferma che «[m]y Lords, I have come to the conclusion that, as a matter of law, there are sound reasons for making a limited modification to the existing rule (subject to strict safeguards) unless there are constitutional or practical reasons which outweigh them. In my judgment, subject to the questions of the privileges of the House of Commons, reference to Parliamentary material should be permitted as an aid to the construction of legislation which is ambiguous or obscure or the literal meaning of which leads to an absurdity. Even in such cases references in court to Parliamentary material should only be permitted where such material clearly discloses the mischief aimed at or the legislative intention lying behind the ambiguous or obscure words. In the case of statements made in Parliament, as at present advised I cannot foresee that any statement other than the statement of the Minister or other promoter of the Bill is likely to meet these criteria».

ambiguità o potenziali pluralismi interpretativi, il giudice può procedere esaminando gli atti parlamentari per carpire l'intenzione del legislatore, il contesto di riferimento<sup>370</sup> nonché valutare quale tra le alternative possibili si ponga in linea con le garanzie convenzionali<sup>371</sup>. La dottrina *Pepper*, quindi, è considerata referente privilegiato per quanto riguarda la ammissibilità della interpretazione storica, teleologica e sistematica nel paradigma anglosassone.

Quanto al rapporto tra *common law* e *statutes*, infine, pare opportuno menzionare la posizione dottrinale in base a cui le previsioni statutarie sarebbero in grado di influire sul diritto giurisprudenziale anche in maniera indiretta<sup>372</sup>: nel momento in cui, infatti, il Parlamento abbia legiferato in una determinata materia seguendo certe coordinate di indirizzo generale, il diritto di *common law* – che governa fattispecie distinte ma pur sempre riconducibili a quella branca del diritto – è chiamato a seguire tali direttive per orientare il suo sviluppo così da conservare una dinamica affine a quella della legge parlamentare<sup>373</sup>.

Per quanto riguarda, invece, le tecniche di *drafting* prescelte dal Parlamento in materia penale, è particolarmente interessante notare che il metodo utilizzato in fase edittale pare ispirato alla celebre immagine dell'*horror vacui*. Detto altrimenti, agli occhi di chi abbia dimestichezza con le fonti legislative di *civil law*, gli statuti si distinguono immediatamente per l'elevatissimo tecnicismo, lo stile compilativo e il grado di dettaglio – quasi maniacale – raggiunto da norme che di regola appaiono estremamente lunghe, articolate in una pluralità di fattispecie e sottofattispecie al fine di ricomprendere, per quanto più possibile, tutti i singoli casi che il giudice possa trovarsi a fronteggiare. Ecco, quindi, che il reato di *juror contempt of court* posto in essere attraverso "ricerche" è descritto dal legislatore nel 2015<sup>374</sup> andando a specificare, mediante un apposito elenco, che tali ricerche possono consistere nel porgere domande, accedere a una banca dati – anche *online* – recarsi in uno specifico luogo interessato dall'evento in questione e via dicendo. Una simile strategia, che lascia invero piuttosto perplesso il giurista continentale, è descritta dalla letteratura inglese come il

---

<sup>370</sup> Interessante, sul punto, quanto afferma Lord Glaisdale già nella decisione *Ealing L.B.C. v Race Relations Board* [1972] AC 342, p. 361: il giudice nel costruire il diritto statuario deve tenere a mente il contesto normativo in cui si inserisce la norma puntuale ossia il «*conspectus of the entire relevant body of law for the same purpose*».

<sup>371</sup> *Ibid.*

<sup>372</sup> O. KAHN-FREUND, *Common Law and Civil Law – imaginary and real obstacles to assimilation*, cit., p. 152, ove l'A. riconduce alla forma mentis del giudice anglosassone – anche a fronte di una statutory offence – il porsi come prima domanda "is there a case?", piuttosto che un riferimento legislativo.

<sup>373</sup> J. BEATSON, *The role of statute in the development of common law doctrine*, cit., p. 253.

<sup>374</sup> L'esempio è tratto dalla sezione 20A dello *Juries Act*, del 1974, introdotta dal legislatore appunto il 13 aprile 2015 attraverso il *Criminal Justice and Courts Act*. In particolare, il frammento del precetto esaminato prevede che «[t]he ways in which a person may seek information include: (a) asking a question, (b) searching an electronic database, including by means of the internet, (c) visiting or inspecting a place or object, (d) conducting an experiment, and (e) asking another person to seek the information».

prodotto di tecniche moderne e qualitativamente elevate, a dispetto del grado di complessità inevitabilmente riconducibile allo stile compilativo<sup>375</sup>.

## 2.2 Il principio di strict interpretation

Il percorso che porta alla elaborazione del principio in questione rispetto alle previsioni statutarie è piuttosto articolato e prende le mosse dalla originaria ricostruzione del *common law* fondato sulla teoria dichiarativa. Nel momento in cui, infatti, i giudici sono chiamati non a creare bensì a riconoscere il diritto immanente nella comunità di riferimento, le norme parlamentari quale prodotto della volontà popolare rispecchiano tale comune sentire e vincolano l'interprete all'atto applicativo. In tale prospettiva, è possibile comprendere le affermazioni di *Sir Coke* secondo cui le Corti inglesi erano tenute a interpretare la legge secondo «le norme e lo spirito del *common law*»<sup>376</sup>. Il diritto parlamentare trova ingresso nell'ordinamento attraverso l'attività applicativa posta in essere nelle aule giudiziarie, incorporando le disposizioni legislative nel sistema di *common law*<sup>377</sup>. Tuttavia, al fine di rispettare gli equilibri tra potere legislativo e giurisdizionale, evitando che il *rule of law* prenda il sopravvento sulla sovranità parlamentare (si rinvia, sul punto, all'analisi che apre il paragrafo antecedente), diviene essenziale contenere l'attività dei tribunali entro gli argini di una interpretazione restrittiva che non alteri il contenuto delle previsioni o aggiunga componenti estranee alla discussione avvenuta in aula<sup>378</sup>.

D'altra parte, neppure è possibile negare il rilievo attribuito alla fase di interpretazione in relazione alla effettiva capacità della disposizione di produrre certi effetti (e non altri) in un determinato ordinamento: non è, infatti, possibile dissociare lo studio del diritto statuario da quello inerente alle regole sulla sua interpretazione laddove si abbia l'obiettivo di indagare la intellegibilità del formante legislativo nel modello anglosassone<sup>379</sup>.

---

<sup>375</sup> Z. BANKOWSKI-D. N. MACCORMICK, *Statutory Interpretation in the United Kingdom*, in D. N. MacCormick-R. S. Summers (a cura di), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, cit., p. 361, nonché F. R. BENNION, *Statute Law*, Londra, Butterworths, 1980, p. 92.

<sup>376</sup> E. SANTORO, *Rule of law e "libertà degli inglesi". L'interpretazione di Albert Venn Dicey*, in P. Costa-D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, cit., p. 199.

<sup>377</sup> G. J. POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition*, cit., p. 14 ss. Con riferimento alla uniformità, e conseguente riconducibilità *ad unum*, tra il *legal reasoning* di *common law* – tecnicamente inteso – e quello, invece, delle sentenze che interpretano le norme statutarie, si veda, pure, Z. BANKOWSKI-D. N. MACCORMICK, *Statutory Interpretation in the United Kingdom*, in D. N. MacCormick-R. S. Summers (a cura di), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, cit., p. 361.

<sup>378</sup> E. SANTORO, *Rule of law e "libertà degli inglesi". L'interpretazione di Albert Venn Dicey*, in P. Costa-D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, cit., p. 200 s, ove l'A. spiega efficacemente, in tale contesto, l'immagine resa famosa da *Lewis Carol* per cui i giudici sono, in ultima analisi i *masters* del diritto inglese divenendo capaci di integrare le previsioni legislative entro il *corpus* di *common law*, ossia entro una plurisecolare tradizione spiccatamente liberale (ivi, p. 202).

<sup>379</sup> Così, del resto, si esprimeva *expressis verbis* la Law Commission tra le premesse che introducevano il celebre studio sul diritto statuario e le relative tecniche di interpretazione: *Law Commission- and the Scottish Law Commission, The Interpretation of Statutes*, report n. 21, 9 giugno 1969, ristampa 1974, p. 3: «[t]he intelligibility of statutes from the point of view of ordinary citizens or their advisers cannot in fact be dissociated from the rules of

Interessante, infine, il dibattito sorto oltremarica rispetto alla possibilità di interpretare le norme statutarie in via analogica. Tralasciando per un momento di considerare il contrasto con il principio di legalità, che naturalmente offre un argomento schiacciante per negare tale possibilità in materia penale, la dottrina anglosassone ha per lungo tempo negato – in antitesi con quanto avviene in relazione al formante giurisprudenziale – che il metodo analogico potesse *in toto* essere utilizzato rispetto alle norme statutarie guardando all'argomento costituzionale. In altri termini, si è osservato come l'intervento del giudice volto a colmare, tramite l'analogia *legis*, le lacune dell'ordinamento altro non avrebbe fatto se non contaminare la supremazia del Parlamento, finendo per alterare le scelte compiute dal quest'ultimo che non certo per trascuratezza bensì in seguito a specifica ponderazione avrebbe deciso di non includere la fattispecie X entro la regola Y o, meglio, di non modificare la disposizione antecedente per includere un determinato elemento<sup>380</sup>.

Pertanto, il giudice di *common law* è necessario che – tra le diverse regole che sovrintendono la costruzione delle norme statutarie – si concentri, innanzitutto, sul significato letterale (*plain*) della previsione statutaria così da cogliere, in termini oggettivi, la *intention* del legislatore<sup>381</sup>. Si parla, al riguardo, della *Golden Rule* della interpretazione secondo cui il giudice è tenuto, in prima battuta, a intendere la previsione di legge nel significato ordinario, ossia in base a quella che sarebbe la lettura “comune” delle parole scelte dal legislatore e poste in un determinato ordine. È possibile ricorrere a forme ulteriori di interpretazione – si pensi al caso della interpretazione sistematica, storica o teleologica di cui si è detto nel paragrafo che precede – solo laddove l'interpretazione letterale produca un risultato talmente assurdo, contraddittorio o inopportuno da convincere l'autorità giudiziaria che il legislatore in nessun caso avrebbe potuto intendere una regola siffatta<sup>382</sup>.

D'altronde, una simile impostazione era identificata, tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza, come la soluzione meglio adatta a supportare il *rule of law* e la necessaria separazione tra i poteri dello Stato: in nessun caso il giudice può sostituirsi al legislatore nella fase interpretativa a meno di non voler ammettere che norme incriminatrici di creazione giurisprudenziale possano piombare a sorpresa sul malcapitato di turno che veda applicare alla controversia che lo vede protagonista regole di diritto più severe, o in ogni caso diverse, da quelle stabilite dalla previsione parlamentare. L'autorità giudiziaria, del resto, neppure può rendere vane – attraverso la sua intermediazione *in action* – le scelte di

---

*interpretation followed by the courts, for the ability to understand a statute depends in the ultimate analysis on intelligent anticipation of the way in which it would be interpreted by the courts».*

<sup>380</sup> Ricostruisce il dibattito J. BEATSON, *The role of statute in the development of common law doctrine*, cit., p. 249.

<sup>381</sup> Come espressamente previsto dalla Camera dei Pari, infatti «[t]here are many so-called rules of construction...but the paramount rule remains that every statute is to be expounded according to its manifest and expressed intention»: *AG for Canada v Halley and Carey Ltd* [1957] AC 427.

<sup>382</sup> Rispetto alla regola, in questione, si suole citare le parole di Lord Blackburn secondo cui «we are to take the whole statute together, and construe it all together giving the words the ordinary signification, unless when so applied they produce an inconsistency, or an absurdity or inconvenience so great as to convince the Court that the intention could not have been to use them in their ordinary signification»: *River Wear Commissioners v Adamson* [1887] 2 App Cas 743.

politica criminale assunte dal Parlamento; altrimenti, si darebbe avvio a un effetto a catena dalle potenziali dirompenti conseguenze in relazione alla tenuta dello stesso assetto democratico<sup>383</sup>.

Con riguardo alla interpretazione delle norme statutarie, occorre poi precisare che – a fronte della pluralità di giurisdizioni e delle relative autonome funzioni che possono riscontrarsi in riferimento al territorio della Irlanda del Nord, della Scozia, dell’Inghilterra e del Galles – il sussistere di un’unica principale sede parlamentare facilita la omogeneità nella interpretazione del diritto statuario su tutto il territorio nazionale, evitando le divergenze che è, invece, possibile rinvenire rispetto al formante giurisprudenziale a seconda della giurisdizione di riferimento<sup>384</sup>.

Con specifico riguardo, poi alla materia penale, il problema della interpretazione ricalca in gran parte il dibattito, tuttora in corso nell’europa continentale, quanto al delicatissimo bilanciamento tra il principio di legalità e la necessaria separazione tra i poteri, da un lato, e l’esigenza di rispondere a esigenze contingenti, assicurare coerenza interpretativa nonché curare la evoluzione nel tempo dell’ermeneutica delle singole norme incriminatrici, dall’altro. Quello che contraddistingue l’ordinamento anglosassone, tuttavia, è la mancanza di alcuna indicazione scritta rispetto al canone da seguire nel corso del processo interpretativo. Eppure, l’opportunità di positivizzare le regole sulla interpretazione era stata suggerita già nel 1969 dalla *Law Commission* la quale aveva inferito la possibilità di implementare il grado di conoscibilità e, quindi, ragionevole certezza del diritto laddove il Parlamento si decidesse a cristallizzare le regole ermeneutiche elaborate in via giurisprudenziale, cogliendo l’occasione per appianare i contrasti insorti nel corso del tempo e chiarire gli aspetti che rimanevano oscuri<sup>385</sup>. Nonostante il sostegno di larga parte della dottrina<sup>386</sup>, una simile indicazione è rimasta inascoltata, lasciando ancora una volta ai giudici l’arduo compito non solo di decidere il diritto applicabile bensì, pure, di decidere il metodo da seguire per individuare tale diritto.

---

<sup>383</sup> In tal senso, infatti, si sono espressi più volte i *Law Lords*; basti pensare a titolo di esempio a quanto affermato da Lord Diplock nella decisione *Duport Steel Ltd v Sirs* [1980] 1 All ER 529, ossia che «[w]hen PARliament legislates to remedy what the majority of its members at the time perceive to be a defect or lacuna in the existing law [...], the role of the judiciary is confined to ascertaining from the words that Parliament has approved as expressing its intention what the intention was, and giving effect to it. Where the meaning of the statutory words is plain and unambiguous it is not for the judges to invent fancied ambiguities as an excuse for failing to give effect to its plain meaning because they themselves consider that the consequences of doing so would be inexpedient, or even unjust or immoral».

<sup>384</sup> Z. BANKOWSKI-D. N. MACCORMICK, *Statutory Interpretation in the United Kingdom*, in D. N. MacCormick-R. S. Summers (a cura di), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, cit., p. 359.

<sup>385</sup> *Law Commission- and the Scottish Law Commission, The Interpretation of Statutes*, report n. 21, 9 giugno 1969, ristampa 1974.

<sup>386</sup> Z. BANKOWSKI-D. N. MACCORMICK, *Statutory Interpretation in the United Kingdom*, in D. N. MacCormick-R. S. Summers (a cura di), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, cit., p. 397.

### 2.3 Il tentativo (fallito) di codificazione

Sul punto, non sono mancate opinioni dissenzienti secondo cui la incompatibilità tra le codificazioni – unitarie, sistematiche, pienamente razionali – proprie del modello di *civil law* e, invece, gli statuti – descritti di regola quali fonti frammentate, settoriali, asistematiche – sarebbe poco più di un mito cui aggrapparsi per sostenere la incomunicabilità tra due sistemi, al contrario, profondamente affini<sup>387</sup>. D'altra parte, non si può certo ignorare che lo stesso termine "codificazione" è attribuito non già a un giurista continentale bensì a *Jeremy Bentham* la cui critica serrata nei confronti della *judge-made law* confluiva nell'auspicio di una sistemazione in codici unitari del diritto anglosassone<sup>388</sup>.

Come una goccia che scava la roccia, infatti, l'argomento democratico si è via via insinuato nel paradigma anglosassone a sostegno della tesi secondo cui sia il Parlamento e non il giudice a doversi occupare della dosimetria sanzionatoria e, a maggior ragione, a dover selezionare le modalità più opportune di esercizio del *ius puniendi*<sup>389</sup>. Tale tendenza ha trovato massimo riconoscimento nella proposta di codificazione<sup>390</sup> completata dalla *Law Commission* nel 1989: la materia penale era stata organizzata in un'unica raccolta normativa con l'accorgimento di riservare alla definizione *judge-made* alcune nozioni di parte generale il cui sviluppo era stato affidato nei secoli alla iniziativa giudiziale<sup>391</sup>.

L'argomento costituzionale-democratico, invero, non era l'unica ragione ad aver fatto breccia nel convincimento della Commissione: ad avviso degli esperti che si occuparono di redigere la proposta di codice, infatti, tale sforzo avrebbe permesso di rafforzare le istanze di accessibilità e uniformità della disciplina penalistica, assicurando maggior omogeneità nell'uso del linguaggio e dell'argomentazione giuridica<sup>392</sup>. In aggiunta, il riferimento a un testo scritto avrebbe consentito di garantire una maggior coerenza al sistema penalistico<sup>393</sup>,

---

<sup>387</sup> J. BEATSON, *The role of statute in the development of common law doctrine*, cit., p. 247 ss.

<sup>388</sup> In argomento, A. CADOPPI, *Common law e principio di legalità*, cit., p. 1165.

<sup>389</sup> A. ASHWORTH, *Principles of criminal law*, sesta ed., Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 45. Si veda, per approfondire, A. T. H. SMITH, *Codification of the Criminal Code: the Case for a Code*, in *Crim. Law. Rev.*, 1986, p. 289 ss.

<sup>390</sup> Non si tratta, invero, della prima proposta di codificazione elaborata nel Regno Unito: già nella seconda metà del XVIII secolo, infatti, «il maggior penalista inglese, lo Stephen,» aveva presentato un primo progetto di codificazione che alimentò in maniera significativa il dibattito sulla opportunità di operare tale rilevantisimo cambio di passo, risolvendosi però in un inevitabile buco nell'acqua: sul punto, si veda G. VASSALLI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, cit., p. 289. Al riguardo, si veda pure A. CADOPPI, *Common law e principio di legalità*, cit., p. 1170 ss., ove l'A. si sofferma sul rilievo che il progetto di codificazione elaborato da Stephen ebbe non tanto in patria quanto negli ordinamenti coloniali, *in primis* l'America (cfr. p. 1172).

<sup>391</sup> *Law Commission, Criminal Code. A Criminal Code for England and Wales*, 17 aprile 1989, report n. 177. L'opera è molto articolata e suddivisa in due volumi volti a ricomprendere tutti i suggerimenti indirizzati al legislatore.

<sup>392</sup> Ivi, p. 6. In senso analogo, si veda la ricostruzione del problema operata da G. VASSALLI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, cit., p. 289.

<sup>393</sup> *Law Commission, Criminal Code. A Criminal Code for England and Wales*, cit., p. 7 ss.

soddisfando in larga parte le istanze di certezza del diritto<sup>394</sup>, attesa la piena conoscibilità *ex ante* della fattispecie non più esposta alle decisioni della giurisprudenza successive al fatto. In altri termini, l'approvazione del codice avrebbe consentito di sostituire il fluire incerto e sovrapposto delle fonti statutarie e di *common law* con un progetto organico e unitario<sup>395</sup>.

La proposta<sup>396</sup> era stata accolta con un certo entusiasmo dagli operatori del settore quasi a simboleggiare un netto cambio di passo che potesse risolvere le asperità del passato e guidare il Regno Unito nel futuro<sup>397</sup>. Invero, autorevole dottrina aveva già al tempo segnalato il rischio di lasciarsi incantare dall'idea o, meglio, dallo scopo perseguito, tralasciando di considerare i dettagli del progetto, abbassando la guardia sulle modifiche analitiche indotte dalla codificazione che – al di là del piano macroscopico – avrebbe condizionato non poco le regole sostanziali e processuali che per lungo tempo avevano governato l'esercizio del potere punitivo<sup>398</sup>.

Ebbene, il rilievo attribuito a tali perplessità, in uno con la estrema complessità di trovare l'intesa sul testo definitivo nelle due Camere, portò ben presto al diffondersi della consapevolezza che il progetto di codificazione era destinato a naufragare<sup>399</sup>. Pertanto, la scelta compiuta dal legislatore del tempo fu quella di rinunciare alla organicità del progetto e, piuttosto, "spacchettare" il lavoro compiuto dalla *Law Commission* approvando singoli *bills* riferiti ad alcune, rilevanti ancorché non onnicomprensive, branche del diritto penale<sup>400</sup>.

Esclusa in radice la possibilità – quanto meno a breve termine – di una operazione di codificazione di successo, non è neppure possibile, del resto, negare la crescente tendenza del diritto anglosassone a rivolgersi alla *lex parlamentaria* per cristallizzare le fattispecie di *common law* e assicurare maggiore certezza e conoscibilità al diritto. Un simile atteggiamento è stato considerato, da un lato, segnale della potenziale convergenza rispetto al modello di

---

<sup>394</sup> Di particolare interesse, per quanto maggiormente ci interessa, le considerazioni svolte dalla *Law Commission* con riguardo alla legal certainty: la stessa possibilità che sia il giudice di common law di risolvere la controversia contribuendo a formare il precetto penale in termini – almeno – retrospettivi viene definita, infatti, discutibile («*objectionable*», p. 8). Al riguardo, la Commissione cita a titolo di esempio le decisioni *Moloney* ([1985] AC 905) e *Hancock* ([1986] AC 455) che hanno modificato – dopo dieci anni – la nozione elaborata dal precedente *Hyam* ([1975] AC 55) di *intention* rispetto alla fattispecie di origine giurisprudenziale di *murder*: un simile mutamento di indirizzo, non accompagnato dai tempi e dalla ponderazione dello strumento parlamentare, genera dubbi innanzitutto sulla tenuta della nuova regola di diritto pro futuro e, inoltre, sulla stessa legittimità delle sentenze pronunciate nei dieci anni antecedenti, in applicazione dell'orientamento ormai superato.

<sup>395</sup> Scrive, al riguardo, la *Law Commission* che l'approvazione del codice avrebbe «*set out in one well-drafted enactment in place of the present fluctuating mix of statute and case-law*»: *Law Commission*, cit., § 2.4.

<sup>396</sup> Si trattava del risultato di un lavoro quasi trentennale: l'avvio dell'attività di studi è ricondotto dalla stessa *Law Commission* al 1968, come si evince dal report che introduce il progetto (p. 2).

<sup>397</sup> G. DE BÚRCA-S. GARDNER, *Codification of the Common Law*, in *Oxford J. Legal Studies*, 10, 4, 1990, p. 559.

<sup>398</sup> *Ibid.*

<sup>399</sup> Si veda, al riguardo, A. ASHWORTH, *Principles of criminal law*, cit., p. 47.

<sup>400</sup> È il caso, per esempio, dello statuto che disciplina le *Offences against the Person and the General Principles*, nonché del *Sexual Offences Act* approvato nel 2003 e ancora, entrato in vigore quattro anni dopo, del *Serious Crime Act*, nonché del *Corporate manslaughter* e del *Corporate Homicide Act*, entrambi portati a compimento lo stesso anno.

*civil law* e, dall'altro, la riprova della tesi secondo cui il percorso di evoluzione seguito dai singoli ordinamenti non è certo lineare né procede secondo direzioni unitarie<sup>401</sup>.

#### 2.4 Law Commission e Università

La *Law Commission* è un'istituzione tanto particolare quanto interessante. In particolare, si tratta di un organo indipendente istituito dal *Law Commission Act*, del 1965, allo scopo di monitorare l'apparato legislativo di Inghilterra e Galles e contribuire al raggiungimento di previsioni statutarie più moderne, eque, semplici ed efficaci nel rapporto tra costi e benefici<sup>402</sup>. La Commissione, inoltre, si preoccupa di arginare le ripetizioni, promuovere il superamento di norme anacronistiche, ridurre il numero di statuti promuovendone il reciproco accorpamento laddove si accerti la complementarietà di più previsioni normative.

In ragione della funzione svolta dalla Commissione, aspetto prioritario è certamente la indipendenza dell'organo da qualunque forma di condizionamento esterno, si pensi alle pressioni che potrebbero esercitare i lobbisti così come i rappresentanti di associazioni interessate per ragioni di profitto o filantropiche alla promozione di un certo testo di legge. Al pari, è necessario proteggere l'autonomia dei commissari non solo nella fase di scelta del progetto di cui occuparsi, bensì, pure, rispetto al processo di studio delle proposte possibili nonché, a maggior ragione, al tempo della scelta della opzione preferibile da indicare al governo. Il Presidente della Commissione è nominato dal Ministro della Giustizia tra una rosa di nomi appartenenti ai magistrati abilitati a esercitare presso la *High Court* o la *Court of Appeal*. Gli altri quattro commissari<sup>403</sup>, invece, sono nominati tra illustri esponenti della avvocatura, accademia e magistratura, rimanendo in carica fino a un massimo di cinque anni. Nello svolgimento del loro lavoro, i commissari sono assistiti da diversi ricercatori, membri scelti tra i funzionari governativi nonché alcuni consulenti parlamentari con l'incarico di curare la fase di *drafting* delle proposte legislative allo scopo di assicurarne la qualità tecnica e l'adeguatezza in termini di stile e metodo agli indirizzi delle due Camere.

Altra componente di rilievo è sicuramente assicurata dalle plurime forme di collaborazione esterna. A tal riguardo, preme sottolineare il ruolo esercitato dal costante confronto con il mondo accademico. Durante la fase di studio della questione prettamente giuridica ma, pure, al momento di discutere della opportunità di un certo progetto legislativo, piuttosto che di un intervento di modifica, infatti, la Commissione tiene in grande considerazione i contributi offerti dalle indagini compiute, in via autonoma, dalla dottrina ma anche, e soprattutto, dagli studi compiuti in funzione di quello specifico

---

<sup>401</sup> J. H. MERRYMAN, *On the Convergence (and Divergence) of the civil law and the common law*, cit., p. 199 s.

<sup>402</sup> Gli obiettivi della *Law Commission*, posti in evidenza nella prima pagina del portale online, infatti, sono quelli di rendere il diritto legislativo di Inghilterra e Galles *modern, equal, simple e cost efficient*: si veda sul punto il sito ufficiale della Commissione disponibile all'indirizzo [www.lawcom.gov.uk](http://www.lawcom.gov.uk).

<sup>403</sup> Con specifico riguardo alla materia penalistica, nel 2015 è stata rinnovata – per altri 5 anni – la nomina del Professor *David Omerod*, precedentemente uno dei più apprezzati *Full Professor* di *Criminal Justice* presso lo *University College* di Londra, nonché membro per diverso tempo della corporazione dei barristers.

progetto da Professori scelti per la propria esperienza e abilità nel settore di riferimento. Così procedendo, l'influenza esercitata dagli studi dottrinali non si limita ad anticipare o seguire la riforma, come commento di sottofondo sulla cui incidenza non si può che dubitare. Tutt'altro. Il ruolo delle università nello spazio pubblico è riconosciuto in termini netti, attraverso la mediazione della Commissione, così che la partecipazione degli studiosi alle fasi embrionali dei progetti di riforma delle previsioni statutarie è in grado di incidere in termini effettivi sul contesto politico e istituzionale di riferimento. Il contributo di cui si tratta, è bene precisare, ha natura prettamente tecnica risolvendosi nell'esternare il risultato di studi condotti in precedenza, o nel riportare dati statistici raccolti *ad hoc* o, ancora, nel ricostruire il quadro delle posizioni dottrinali su un punto particolarmente controverso così che la comparazione tra le diverse posizioni individuali possa suggerire nuove prospettive, punti di vista inesplorati e potenzialmente di successo.

Ebbene, nonostante la particolare utilità del lavoro compiuto, gli studi che abbiano a oggetto le sue funzioni, il ruolo istituzionale e la sua capacità di condizionare la politica attuale – con particolare riguardo all'area penale, infatti, è immediatamente evidente la questione di legittimità che deriva da un simile potere – scarseggiano. Non stupisce, quindi, che, forte della sua esperienza pluriennale di membro della *Law Commission*, *Andrew Burrows* abbia di recente lamentato l'assenza di valide indagini poste in essere a livello accademico, nonché dagli operatori del settore, rispetto al ruolo della Commissione, alle tecniche redazionali seguite dal legislatore nonché alle fasi antecedenti e successive rispetto alla entrata in vigore di nuovi statuti<sup>404</sup>.

---

<sup>404</sup> A. BURROWS, *Thinking about Statutes. Interpretation, interaction, improvement*, The Hamlyn Lectures, Paperback, 2018, p. XVI.

### 3. Il modello di *civil law*: l'esempio italiano

#### Sezione I - Evoluzione storica

##### 1.1 La *scientia iuris* come «diritto letterario»

Le origini del paradigma di *civil law*<sup>405</sup> sono di regola descritte analizzando un processo opposto a quello verificatosi oltremarica all'indomani della conquista normanna: mentre il sistema anglosassone, infatti, si è sviluppato a partire dal radicarsi dell'amministrazione plantageneta quale conseguenza e, in un certo senso, reazione all'organizzazione feudale (cfr. *supra*, 2, Sez. I, § 1.1 ss.), lo sviluppo del *civil law* ha avuto corso tra le pieghe di una struttura politica estremamente carente, di cui ha finito per riempire le diverse lacune<sup>406</sup>.

Tra il XII e XIII secolo, infatti, il progetto europeo non era neppure all'orizzonte, essendo anzi maturata una certa consapevolezza circa il fatto che i due modelli "universali" fino ad allora conosciuti, il papato e l'impero, non avrebbero più riconquistato lo splendore dell'antica Roma di un tempo. Viceversa, l'organizzazione politica e sociale appariva soffocata in una congerie di livelli, poteri e funzioni sovrapposti, fortemente distinti a seconda del regno di riferimento. Di talchè, pare calzante la sintesi secondo cui «il sistema di *civil law* non è mai stato fondato altro che su una comunità di cultura»<sup>407</sup>.

È in tal senso, dunque, che acquista prioritario rilievo l'accademia o, meglio, le prime forme di diffusione del sapere che fiorirono nella Bologna dell'XII secolo. La base dell'insegnamento portato avanti da Irnerio e dai suoi discepoli fu il *Corpus Iuris Giustiniano*<sup>408</sup>, un testo da tempo non più in vigore e che, tuttavia, venne identificato come il prodotto della migliore scienza giuridica, da studiare e adattare alle contingenze di un contesto politico e sociale del tutto differente nonché da esaltare in perfetta antitesi con l'arretratezza e i tentennamenti dell'organizzazione giuridica della «prima età feudale»<sup>409</sup>. Gli effetti del diffondersi di tali ricerche furono dirompenti<sup>410</sup> se solo si pone mente al fatto che nell'intervallo che va dal XI al XIII secolo la città poté contare sull'affluire di migliaia di studenti da tutta Europa<sup>411</sup>. Il diffondersi del *ius commune*, però, non è da imputare

---

<sup>405</sup> Quanto alla nozione stessa di *civil law*, si veda lo studio di L. MOCCIA, *Sull'uso del termine civil law*, in *Foro it.* V, 1980, p. 254 ss.

<sup>406</sup> A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 169. Con particolare riguardo, alla evoluzione storica si veda M. ELLIOTT, *Embracing "Constitutional" Legislation: towards fundamental law?*, cit., p. 32 ss.

<sup>407</sup> R. DAVID-C. JAUFFRET SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, cit., p. 32.

<sup>408</sup> Annotato tra i «libri sacri del diritto» da R. C. VAN CAENEGEM, *I sistemi giuridici europei*, cit., p. 66 ss.

<sup>409</sup> Ivi, p. 87, ove l'A. descrive il diritto giustiniano come «il migliore diritto possibile» agli occhi degli studiosi medioevali.

<sup>410</sup> Sul punto, Walter Ullmann riprende Maitland nel sostenere che «*Europe without Digest would not be the Europe that we know*», ID., *Law and Politics in the Middle Ages*, Cambridge, Cambridge University Press, II ed., 2008, p. 53.

<sup>411</sup> A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 170, parlano di cifre che vanno dai mille ai duemila studenti in poco meno di due secoli.

esclusivamente all'eccezionale pregio e all'elevatura del testo ma, pure, al favore con cui i sovrani del tempo interpretarono tale strumento: l'ordine verticistico che permea gli scritti della Roma imperiale esaltava la figura del monarca e, al contempo, permetteva di accentrare e unificare il potere intorno a un apparato amministrativo oliato e ben funzionante<sup>412</sup>. In tale contesto, gli studi dei glossatori e, poi, dei commentatori<sup>413</sup>, che diedero forma alla figura del giurista continentale si rilevarono decisivi non solo per il diffondersi dell'approccio razionalista capace di ricondurre a sistema le varie branche del diritto bensì, pure, in funzione del ruolo riconosciuto alla *scientia iuris* entro il modello ordinamentale. Tutto all'opposto, insomma, del diritto inglese che, come osservato, si è sviluppato dal bisogno di fornire risposte concrete ai singoli casi portati al cospetto della *Curia Regis*, mancando l'esigenza di ricondurre *ad unum* le soluzioni contingenti catturate nei *writs* per poter essere riutilizzate in futuro (cfr. *supra*, 2, Sez. I, § 1.1). Il diritto espressione del lavoro delle Università rimaneva, in ogni caso, un diritto elitario, accessibile solo per quei pochi che fossero stati in grado di comprendere il latino e che, quindi, disponevano delle chiavi di accesso a tale forma di «diritto letterario»<sup>414</sup>.

## 1.2 Il *ius commune* e il problema della sua legittimazione

Come accennato nel paragrafo antecedente, la legittimazione del *Corpus Iuris* ha sempre costituito questione particolarmente complessa dal momento che il *ius commune* era tratto da una fonte da tempo non più vigente e, anzi, corrispondeva a un ordinamento che – già in età medioevale – si era compreso che era andato perduto per sempre. Il vincolo imposto ai consociati dai principi e dalle regole dell'antico diritto imperiale è quindi da ricercare, prioritariamente, nella autorevolezza dei dottori che ne approfondirono gli studi, ossia nella capacità di quest'ultimi di persuadere i propri discepoli<sup>415</sup>. Del resto, a fronte del magma caotico di consuetudini locali, norme non scritte, regole feudali, l'ordine atarattico proprio del diritto romano spandeva luce sull'ordinamento del tempo<sup>416</sup>, ritrovandosi numerosi

---

<sup>412</sup> R. C. VAN CAENEGEM, *I sistemi giuridici europei*, cit., p. 88, ove l'A. ricorda come a Roncaglia nel 1158 il potere imperiale del Barbarossa e le relative rivendicazioni furono giustificate proprio in ragione del *Corpus Iuris*. È opportuno ricordare, al riguardo, come gli studi apprestati dai dottori di Bologna non rappresentarono l'unica svolta capace di segnare la evoluzione del diritto continentale: gli storici del diritto, infatti, tendono a riconoscere grande rilievo alla c.d. riforma gregoriana che sancì la indipendenza della Chiesa dal potere temporale quale vera e propria "rivoluzione" (p. 89).

<sup>413</sup> Per approfondire, si veda W. ULLMANN, *Law and Politics in the Middle Ages*, cit., p. 86.

<sup>414</sup> R. C. VAN CAENEGEM, *I sistemi giuridici europei*, cit., p. 67.

<sup>415</sup> A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 172 s.

<sup>416</sup> Sul punto, nondimeno, è importante ricordare che l'origine dello stesso diritto romano è da riferire ai pareri formulati dai giureconsulti allo scopo di risolvere le singole controversie, attraverso quindi un approccio pragmatico che trova una eco nell'evoluzione di *common law*: H. P. GLENN, *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, cit., p. 228 ss., ove l'A. ricorda come il diritto classico sconfinò in una pluralità di

esempi di avvocati o giudici dell'epoca che si servivano di riferimenti al *Corpus Iuris* allo scopo di rafforzare le argomentazioni a sostegno delle singole pretese contingenti<sup>417</sup>. Sul punto, poi, è interessante, ai nostri fini, osservare come la lontananza temporale dal momento di emanazione del codice ha assicurato, invero, ai dottori medioevali una certa libertà nella interpretazione del testo, allo scopo – o protetti dall'alibi – di adattarne i dettami alle esigenze della società medioevale<sup>418</sup>.

Forte delle conoscenze filosofiche, filologiche e logiche allenate nel corso dei secoli di studio delle Sacre Scritture, infatti, lo sforzo interpretativo compiuto entro le Univeristà fu notevole non solo per la capacità di donare nuova vita a un diritto che, altrimenti, sarebbe con ogni probabilità andato perduto<sup>419</sup>, bensì, anche, per quanto riguarda la potenzialità “creativa” di dedurre dal testo norme distanti dalla tradizione e dalla sensibilità della Roma imperiale<sup>420</sup>.

Al riguardo, poi, è utile considerare come l'interpretazione offerta dai glossatori del diritto romano di età giustiniana permise di costituire regole condivise, elaborate in una lingua comune (il latino) non solo con riferimento alla materia civilistica e processuale, ma pure in materia penale<sup>421</sup>, creando quella che da alcuni autori è stata definita la *communis opinio*: non si diffusero solo norme scritte comuni (i codici giustiniane) ma una comune interpretazione del testo antico, adattato dai dottori alle necessità della società del tempo<sup>422</sup>.

Ebbene, pare inevitabile osservare lo stretto intreccio tra lo sviluppo del *ius commune* in età medioevale e il contesto sociale e politico su cui fece presa, tornando utili agli imperatori del tempo gli argomenti tratti a sostegno del potere assoluto dai fasti dell'Impero Romano. Una tale valutazione, allora, ha spinto in via del tutto condivisibile alcuni studiosi a ritenere impossibile un ritorno in senso stretto al *ius commune* e, per vero, nemmeno auspicabile una tale restaurazione se solo si pone mente alle forme di esercizio del potere cui storicamente si è accompagnata<sup>423</sup>.

---

*opinio* talmente caotica da richiedere una regolamentazione *ad hoc* (la c.d. “legge delle citazioni”) nonché, in un secondo momento, l'intervento sistematico del *Corpus Iuris* giustiniano.

<sup>417</sup> R. C. VAN CAENEGEM, *I sistemi giuridici europei*, cit., p. 94 ss., fornisce diversi esempi tratti dalla prassi processuale del tempo circa l'uso persuasivo del diritto romano da parte degli operatori giuridici medioevali.

<sup>418</sup> W. ULLMANN, *Law and Politics in the Middle Ages*, cit., p. 79, secondo cui «*the teaching and writings of the civilians (i.e. the scholars of Roman law) were more important immediately than the Corpus itself*».

<sup>419</sup> Ivi, p. 97, ove l'A. tenta di ricostruire quella che sarebbe stata l'evoluzione del diritto europeo continentale in assenza della Scuola bolognese, paventando l'imporsi di un modello di spiccata angolatura pragmatica molto vicino alla esperienza di *common law*.

<sup>420</sup> A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 174.

<sup>421</sup> Per approfondire, si veda sul punto H. COING, *European Common Law: Historical Foundations*, cit., p. 34.

<sup>422</sup> G. GORLA, *La «Communis Opinio totius Orbis» et la reception jurisprudentielle du droit au cours des XVI, XVII et XVIII siècles dans la «civil law» et la «common law»*, in M. Cappelletti (ed.), *New Perspectives for a common law of Europe*, cit., p. 49 s., secondo cui la *communis opinio* costituisce l'anima del diritto comune.

<sup>423</sup> J. H. MERRYMAN, *On the Convergence (and Divergence) of the civil law and the common law*, cit., p. 198.

### 1.2.1 L'influenza del giusnaturalismo

Nondimeno, il successo del *Corpus Iuris* si indebolì con il passare del tempo. Da un lato, l'evoluzione culturale che prese avvio dalla Scuola naturale incise sul vaglio qualitativo riservato all'antico diritto romano, riflesso di un modello sociale ormai anacronistico. Seguendo, infatti, la linea dell'evoluzione delle strutture politiche del tempo, mentre le monarchie diffuse sul continente in età medioevale trovavano nell'Impero Romano un paradigma da emulare per rafforzare e giustificare il proprio potere assoluto, a partire dagli albori dello Stato moderno si sono persi i contatti con l'esperienza imperiale, sviluppando argomenti nuovi per legittimare la attribuzione di potere al Leviatano.

Inoltre, i sanguinosi scontri che ferirono l'Europa al tempo della guerra di religione tra la Chiesa cattolica e il diffondersi di nuovi culti indipendenti dalle istituzioni romane (protestanti, calvinisti, luterani) rendevano a dir poco insostenibile l'idea di un diritto comune basato su una condivisa direttrice cristiana. Gradatamente, l'ordine sistematico delle Istituzioni gaiane venne sostituito da un nuovo costrutto che poneva al centro i diritti fondamentali, propri dell'uomo in quanto tale, secondo le celebri cadenze del pensiero aristotelico non a caso centro di vibrante ispirazione per i giusnaturalisti<sup>424</sup>.

Senonchè, al contrario di quanto avvenne in Inghilterra, ove i *Commentaries* di *Blackstone* risentirono fortemente nella propria impostazione dell'influenza del pensiero giusnaturalista (cfr. *supra*, 2, Sez. I. § 1.4), la dottrina dell'Europa continentale si mostrò maggiormente restia ad accogliere le novità filosofiche e, piuttosto, preferì in linea di massima mantenersi fedele allo studio del *Corpus Iuris*. Tale scelta, in verità, si rivelò scarsamente lungimirante dal momento che il diritto imperiale fu presto associato nel dibattito pubblico alle forme di assolutismo del passato, retaggio di direttrici conservatrici ampiamente superate<sup>425</sup>. Del resto, non bisogna scordare che il diritto sviluppatosi in età medioevale aveva dato prova di terribili oscenità, a maggior ragione quando si trattava di considerare la sfera penalistica: dalle ordalie<sup>426</sup> alla tortura, alla caccia alle streghe, il modello giuridico del tempo passato pareva a dir poco "incivile" agli occhi degli studiosi dell'età moderna, che lo ritenevano ormai – fortunatamente – incompatibile con l'evolversi della cultura occidentale.

---

<sup>424</sup> A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 186 ss.

<sup>425</sup> Ivi., p. 190.

<sup>426</sup> Quanto alle ordalie utilizzate nel procedimento penale anglosassone, si veda J. H. LANGBEIN-R. LETTOW LERNER-B. P. SMITH, *History of the Common Law. The Development of Anglo-American Legal Institution*, New York, Aspen Publisher, 2009, p. 44 ss.

### 1.2.2 L'età di crisi: dall'illuminismo all'epoca delle condifcazioni

Pertanto, la scelta dei giuristi di schierarsi a difesa del *ius commune* fu vista come una netta presa di campo a favore dello *status quo*, travolta inevitabilmente dal rapido succedersi degli eventi che portarono alla nascita dello Stato moderno<sup>427</sup>.

Con riguardo all'evoluzione subita dal diritto continentale nel periodo che va dal XVI al XVIII secolo, tuttavia, è utile richiamare – per quanto brevemente – un filone di studi molto interessante circa lo sviluppo di un vero e proprio diritto giurisprudenziale nell'Italia pre-unitaria<sup>428</sup>. Il radicarsi di tali forme di “*judicial law*” costituiscono secondo alcuni un valido argomento per sostenere la sussistenza di un sostrato comune tra il paradigma di *civil law* e di *common law*, individuando – al di là del momento delle origini – un secondo periodo di sostanziale assimilazione tra i formanti maggiormente rilevanti nei due paradigmi<sup>429</sup>.

Dato l'impatto di tali riflessioni sulla indagine che ci occupa, quindi, si tenterà di ripercorrere per sommi capi la rassegna dei maggiori punti di congiunzione riscontrabili nel sistema italiano del tempo con il modello anglosassone. Nonostante abbiano origine in una fase successiva rispetto a quanto avvenuto oltremarina, divennero operativi sul territorio nazionale diversi organi collegiali, i cui membri erano di regola esponenti di spicco del ceto forense (al pari dei *barristers*) – che oggi potremmo paragonare alla Corte di cassazione – la cui funzione giurisdizionale si rivelò decisiva finanche per lo sviluppo politico dei singoli regni, intervenendo non solo come consiglieri del sovrano ma, pure, come argine all'esercizio delle relative prerogative assolute. Dette limitazioni, invero, furono elaborate tramite il succedersi di precedenti giurisprudenziali, ricalcando in ultima analisi il metodo del giudice di *common law*<sup>430</sup>. Le “Corti Supreme” del periodo pre-unitario, del resto, esercitavano un certo potere di autoregolamentazione, essendo capaci di incidere sui principali snodi processuali che si svolgevano nelle loro aule. A tali Corti, quindi, è da ricondurre la creazione di una *communis opinio* non più basata sulle posizioni dei dottori

---

<sup>427</sup> Quanto al diffondersi delle tesi giusnaturaliste quale alternativa all'apparato di potere consolidato che pareva ormai anacronistico, si veda H. COING, *European Common Law: Historical Foundations*, cit., p. 35.

<sup>428</sup> G. GORLA, *La «Communis Opinio totius Orbis» et la reception jurisprudentielle du droit au cours des XVI, XVII et XVIII siècles dans la «civil law» et la «common law»*, cit., p. 52 ss.

<sup>429</sup> L. MOCCIA, *English Law attitudes to the 'Civil Law'*, cit., p. 161.

<sup>430</sup> G. GORLA-L. MOCCIA, *A 'revisiting' of the comparison between 'Continental Law' and 'English Law' (16<sup>th</sup>-19<sup>th</sup> Century)*, cit., p. 148. Tale studio, del resto, mostra come in Italia il succedersi di due o tre pronunce conformi fosse ritenuto idoneo a costituire diritto vincolante se non, addirittura, l'intervento di un'unica pronuncia che fosse contraddistinta da una particolare autorevolezza – come nel caso del Sacro Regio Consiglio del Regno di Napoli o dei *Senati* nel Regno di Sardegna. D'altro canto, le decisioni del Sacro Regio Consiglio erano ordinate in raccolte ufficiali per consentirne la conoscenza e l'utilizzo nei giudizi successivi al pari di quanto avveniva – e avviene – nel Regno Unito (p. 150).

universitari, ma, per contro, sulla soluzione delle singole controversie e, in ultima analisi, sul diffondersi della prassi giurisprudenziale<sup>431</sup>.

Particolarmente emblematico, poi, pare di caso del Gran Ducato di Toscana ove i membri del collegio che non concordavano con la posizione di maggioranza erano soliti depositare un'opinione scritta di segno contrario (*voto di scissura*) affinché ne fosse data notizia al di fuori della camera di consiglio<sup>432</sup>.

Infine, la letteratura osserva come il diritto giurisprudenziale che prese corpo tra il XVI e il XVIII secolo abbia in qualche modo sfatato il luogo comune per cui il ragionamento giuridico continentale si esaurirebbe nel processo deduttivo, seguendo invece i giudici – in tale periodo storico – i dettami del metodo induttivo per giungere alla soluzione della singola controversia a partire dal particolare fattuale della vicenda contingente<sup>433</sup>.

In base a quanto finora esposto, quindi, si potrebbe sostenere che l'esperienza anglosassone non fosse poi tanto "isolata", trovando corrispettivi interessanti nel diritto di *civil law*<sup>434</sup>. Sennonchè, mentre il Regno Unito ha conservato tendenzialmente immutato (in via sostanziale) detto approccio nei secoli, il diritto comune europeo è stato investito dal *novum* dell'illuminismo, cedendo irrimediabilmente alla sistematica razionalista dell'età della ragione e agli interessi politici di cui tale movimento di pensiero si fece portatore.

In prospettiva storica, quindi, non può in questa sede che farsi un breve accenno al lascito del pensiero illuminista, capace di ricostruire una ritrovata esaltazione della tecnica quale frutto della ragione umana. Al riguardo, non si hanno certo i mezzi nè tanto meno le capacità per considerare tutti i molteplici effetti che l'età dei lumi ha generato sulla sfera giuridica, solo si pensi alla rivoluzione indotta dal principio di separazione dei poteri, all'indipendenza del potere giurisdizionale, al nuovo ruolo attribuito al legislatore<sup>435</sup>.

Con specifico riferimento al mondo del diritto, poi, ci si limita a osservare come la diffusione, ben nota, nel continente di forme nuove di razionalismo portarono, quale inevitabile contraltare, allo sviluppo di tesi radicali. Sul punto, pare maggiormente emblematica l'idea su cui si avrà modo di ritornare in base a cui il giudice, quasi come fosse un automa, non doveva fare altro che dichiarare il significato intrinseco nel testo di legge, essendo privo di qualsivoglia potere interpretativo. D'altra parte, l'idea del giudice «*bouche*

---

<sup>431</sup> G. GORLA, *La «Communis Opinio totius Orbis» et la reception jurisprudentielle du droit au cours des XVI, XVII et XVIII siècles dans la «civil law» et la «common law»*, cit., p. 54.

<sup>432</sup> Ivi, p. 151, ove gli autori mettono in luce come la funzione del giudice andasse gradatamente a sostituire in termini di prestigio sociale quella dei dottori delle Università, anche – verrebbe da dire – in ragione dello sfoggio di erudizione posto in essere da parte dei giudici nel redigere le opinioni dissenzienti ovvero nello sviluppare l'arte dell'interpretazione attraverso la estrema cura della parte motiva delle diverse pronunce.

<sup>433</sup> Ivi, p. 152.

<sup>434</sup> G. GORLA, voce *Precedente Giudiziale*, in *Enc. Giur.*, XXIII, 1990, p. 4.

<sup>435</sup> H. COING, *European Common Law: Historical Foundations*, cit., p. 35.

*de la loi*» ricalcava, pure, i ritmi asettici propri del metodo scientifico, prospettando soluzioni tecniche ottimali perché esenti da condizionamenti soggettivistici da parte del magistrato.

Ebbene, il prodotto forse più evidente del pensiero illuminista si ritrova nell'adozione da parte di alcuni sovrani dell'Europa continentale dei codici unitari, che razionalizzarono il diritto dando forma a un ordine sistematico, a un riferimento unitario cui ricondurre la soluzione delle singole controversie<sup>436</sup>. In merito, è nondimeno curioso osservare come – a dispetto della matrice culturale comune – le soluzioni giuridiche adottate dai diversi ordinamenti che approvarono tali codici furono molto diverse per far fronte, altresì, ai particolarismi delle singole realtà nazionali. In tale epoca, d'altronde, trovano forza alcune tra le differenziazioni più significative tra i diversi ordinamenti europei generando il paradosso secondo cui «l'ultimo movimento intellettuale genuinamente cosmopolita a livello europeo abbia frantumato il proprio programma al momento del contatto con le diverse realtà politiche nazionali»<sup>437</sup>.

---

<sup>436</sup> Con riferimento alla influenza dello sviluppo del diritto giurisprudenziale che caratterizza i secoli XVI e XVIII sul successivo intervento di codificazione, si rinvia nuovamente alle riflessioni di G. GORLA-L. MOCCIA, *A 'revisiting' of the comparison between 'Continental Law' and 'English Law' (16<sup>th</sup>-19<sup>th</sup> Century)*, cit., p. 147.

<sup>437</sup> A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 196.

## Sezione II – Il potere giudiziario e l’assetto istituzionale

### 1 La soggezione del giudice alla legge

L’analisi del principio di subordinazione del giudice alla legge<sup>438</sup> – polarizzata sull’attuale assetto politico-istituzionale – non può che prendere l’abbrivio dalla Carta costituzionale e, in particolare, dalla lettura combinata dei commi I e II dell’art. 101 i quali descrivono il rapporto tra giudice e legge quale sottoposizione del primo al formante parlamentare<sup>439</sup>.

In breve. Se la legge rappresenta il prodotto della volontà popolare, che esita dal dibattito in aula tra le posizioni di maggioranza e minoranza<sup>440</sup>; se il giudice è vincolato al rispetto della legge<sup>441</sup>, allora egli rispetta la stessa volontà del popolo<sup>442</sup>. Tale garanzia fonda<sup>443</sup>, altresì, l’indipendenza esterna<sup>444</sup> – nel rapporto tra magistratura e potere politico – e interna – nel rapporto con gli altri giudici – della funzione giudiziaria (cfr. paragrafo che segue).

---

<sup>438</sup> Lo studio rispetto alla portata dei principi costituzionali in ambito penalistico assume particolare rilievo laddove si ponga mente alla necessaria coerenza del “sistema” penale quale branca particolarmente delicata dell’ordinamento governata dal principio di stretta legalità. Al riguardo, si rinvia alle riflessioni di S. MOCCIA, *Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo stato sociale di diritto. relazione di sintesi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3, 2018, p. 1720, secondo cui «il sistema penale, all’interno di uno stato sociale di diritto, a Costituzione rigida – quindi, a strettissima legalità – va concepito come il logico e ordinato svolgersi di precetti desumibili da principi fondamentali non in contraddizione tra loro, che rappresentano la cristallizzazione di valori politici basilari in una determinata società ed in una particolare epoca storica».

<sup>439</sup> In particolare, la dottrina costituzionalistica recente mette in discussione l’impostazione tradizionale secondo cui l’art. 101 Costituzione mira a ribadire che il popolo sia la fonte di legittimazione di tutti i poteri dello Stato, compreso quello giudiziario: cfr. V. CRISAFULLI, *Stato popolo governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 108 ss., 138 ss. Per contro, tenendo conto del carattere ampiamente discrezionale e del dato tecnico preponderante che contraddistinguono il potere giudiziario, si è proposto di leggere il comma I dell’art. 101, Costituzione, in combinato disposto con il comma II così da sostenere che «il rapporto tra giurisdizione e sovranità popolare debba essere ricostruito in termini di subordinazione strutturale della prima rispetto alla seconda»: F. BIONDI, voce *Art. 101*, in V. CRISAFULLI-L. PALADIN-S. BARTOLE-R. BIN (eds), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 2008, pp. 914-915, ove trova spazio una approfondita panoramica delle diverse ricostruzioni dottrinali succedutesi in argomento.

<sup>440</sup> Quanto alla crisi della funzione rappresentativa del Parlamento nonché ai rapporti patologici tra maggioranza e opposizione, si veda C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 25 ss.

<sup>441</sup> Sulla distinzione tra conformità e compatibilità rispetto alla legge, si veda R. GUASTINI, voce *Legalità* (principio di), in *Dig. disc. priv.*, Torino, Utet, 1993, p. 499.

<sup>442</sup> Del tutto opposto, del resto, il rapporto tra giudice e legislatore negli ordinamenti di common law ove il primo non può dirsi vincolato al secondo nel senso imposto dall’art. 101 Costituzione: P. LEGRAND, *European Legislative Systems are not Converging*, cit., p. 74.

<sup>443</sup> Insieme a quanto previsto dagli artt. 104 – 108, Costituzione: F. BIONDI, voce *Art. 101*, cit., p. 915 s.

<sup>444</sup> C. Cost., 6 dicembre 1976, n. 234, ove la Corte afferma che «[l]’art. 101 della Costituzione [...] mira a garantire che il giudice riceva soltanto dalla legge l’indicazione delle regole da applicare nel giudizio, escludendo qualsiasi intervento esterno circa il modo di giudicare in concreto».

Ne deriva che la Carta fondamentale si pone – quanto meno *prima facie* – quale principale ostacolo avverso la possibilità che le sentenze siano tenute a rispettare il *decisum* giurisprudenziale antecedente. Sennonché, al riguardo, parte della dottrina mette in luce che ai sensi dell'art. 627 c.p.p. il giudice del rinvio deve conformare il proprio sindacato alla questione di diritto enunciata dalla Corte di cassazione, perdendo quel margine di discrezionalità interpretativa che altrimenti gli sarebbe proprio<sup>445</sup>. Da tali premesse, infatti, discende l'assunto secondo cui ogni qual volta sia la stessa risoluzione parlamentare<sup>446</sup> a imbrigliare il potere giudiziario al rispetto di altre sentenze adottate nel corso di un unico procedimento<sup>447</sup> non interviene alcuna violazione dell'"imperio della legge"<sup>448</sup>. Rimane da verificare, tuttavia, se una simile conclusione possa adattarsi al caso della riforma dell'art. 618 c.p.p.<sup>449</sup>. Vero è infatti che, quanto al caso dell'annullamento con rinvio della sentenza di merito, il giudice comune è tenuto a seguire la regola di diritto che emerge dalla precedente sentenza della Corte di legittimità purchè si tratti – ben inteso – della stessa vicenda processuale<sup>450</sup>. Sennonché, è da chiarire se sia conforme a Costituzione la scelta compiuta dalla riforma Orlando di estendere tale obbligo al di fuori dei confini del singolo processo, stabilendo un vincolo di motivazione rafforzata per le ipotesi in cui le sezioni

---

<sup>445</sup> L'art. 65, r. d. 30 gennaio 1941, n. 12, prevede, è noto, che «[l]a corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge». Sul punto, si veda *infra* I, 3, Sez. II, § 1.3.1 ss.

<sup>446</sup> Invero, i dubbi di legittimità costituzionale sollevati con riguardo alla norma in parola sono stati numerosi. In particolare, è utile considerare quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella ordinanza 17 novembre 2000, n. 501, cioè a dire che l'art. 627 c.p.p. - «connettendosi direttamente al principio di definitività delle sentenze di cassazione – rispon[d]e, in effetti, ad una esigenza logica, prima ancora che giuridica: quella, cioè, che le linee del procedimento siano tracciate “in modo che esse abbiano a progredire verso la soluzione finale attraverso la concatenazione di atti aventi valore definitivo, così da impedire la perpetuazione dei giudizi”». La Corte continua: «tale esigenza di definitività e certezza costituisce un valore costituzionalmente protetto, in quanto ricollegabile sia al diritto alla tutela giurisdizionale (art. 24 della Costituzione), la cui effettività risulterebbe gravemente compromessa se fosse sempre possibile discutere sulla legittimità delle pronunce di cassazione (sentenza n. 224 del 1996); sia al principio della ragionevole durata del processo [...]». Tale approdo ribadisce quanto il Giudice delle leggi già aveva sostenuto in relazione all'art. 546 del Codice del 1930 (sentenza 2 aprile 1970, n. 50, con nota di A. D'ATENA, *La libertà interpretativa del giudice e l'intangibilità del «punto di diritto» enucleato dalla Cassazione*, in *Giur. cost.*, I, 1970, p. 563 ss.).

<sup>447</sup> Al più, sarà possibile sollevare questione di legittimità costituzionale laddove il principio di diritto da applicare appaia in contrasto con la Carta fondamentale: C. Cost. 16 marzo 2007, n. 78. Il Giudice delle leggi, infatti, ha cura di precisare che «[i]l vincolo di conformazione del giudice di rinvio al principio di diritto, peraltro, non viene meno in caso di successivi mutamenti degli indirizzi interpretativi del medesimo giudice di legittimità, sì da consentire al giudice del rinvio l'adozione di approcci ermeneutici diversi dai contenuti cristallizzati nel principio di diritto ed eventualmente risolutivi del dubbio di costituzionalità» (§ 2), dovendo il sindacato di legittimità avere ad oggetto la norma come interpretata nel giudizio rescindente.

<sup>448</sup> *Ivi*, § 3, ove la Corte appunto osserva che «[i]l vincolo che la sentenza di cassazione determina per il giudice di rinvio consegue perciò al fatto che la legge ha ritenuto conclusa una fase del processo e immutabilmente fissato il punto di diritto deciso, con effetto limitato alla causa».

<sup>449</sup> L'art. 1, comma 66, della legge 23 giugno 2017, n. 103, su cui si veda nel dettaglio *infra*.

<sup>450</sup> F. BIONDI, voce *Art. 101*, cit., p. 916.

semplici della Corte di cassazione non condividano il principio di diritto enunciato sul punto dalle Sezioni Unite. In tale prospettiva, del resto, il vincolo imposto all'autorità giudicante travalica i confini della vicenda processuale, accentuando la graduale verticalizzazione del vaglio compiuto dalla Corte di ultima istanza (cfr. *infra* II, 3, § 2 ss.)<sup>451</sup>. D'altro canto, ancorchè sia piuttosto anacronistico insistere sul mito del giudice "bocca della legge"<sup>452</sup>, neppure è possibile ignorare il contegno imposto dalla previsione parlamentare. La selezione dei significati che è legittimo ricondurre a una certa disposizione, infatti, segue un puntuale catalogo di criteri razionali, che guidano l'attività dell'interprete prendendo le mosse da quanto stabilito ai sensi dell'art. 12 dalle Preleggi<sup>453</sup>.

In tale prospettiva, quindi, emerge l'impegno dell'autorità giudiziaria a estrapolare, secondo argomenti razionali, la regola di diritto in relazione a uno specifico caso, conformando il significato della disposizione in armonia con i principi costituzionali connessi al primato della legge parlamentare<sup>454</sup>.

Tanto premesso, meglio si comprende l'attenzione al metodo e alla sostanza del *legal reasoning* su cui si innerva la soluzione della vicenda contingente: lo studio delle regole che illuminano la motivazione della sentenza, infatti, consente di comprendere la *ratio* seguita dal giudice e decifrare il procedimento che origina un certo diritto vivente<sup>455</sup>. L'attenzione all'onere motivazionale permette altresì di distinguere i casi di contrasto sincronico o diacronico, consapevole o inconsapevole, consentendo all'operatore giuridico di comprendere i meccanismi indotti dalla nuova riforma dell'art. 618 c.p.p.

## 2 La Corte di cassazione e la funzione nomofilattica

### 2.1 Evoluzione storica: l'art. 65, r.d. 30 gennaio 1941, n. 12

La previsione di cui all'art. 65, ord. giud., rappresenta tutt'ora il referente normativo in punto di funzione nomofilattica attribuita alla Corte di legittimità: introdotta nei primi anni del secondo conflitto mondiale, infatti, ha resistito nel tempo, pressoché immutata. In particolare, il decreto regio descrive la Corte di cassazione come «organo supremo della

---

<sup>451</sup> Sul punto, *inter multis*, G. FIDELBO, *Il precedente nel rapporto tra Sezioni unite e Sezioni semplici: l'esperienza della Cassazione penale*, in *Questione giustizia*, 4, 2018, p. 137 ss.

<sup>452</sup> Con riguardo al contesto cui si riferisce il mito illuminista, di cui oggi non accetteremmo alcuna premessa: R. BIN, *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, in *forumcostituzionale.it*, 8 settembre 2018;

<sup>453</sup> P. FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, in *Dir. pen. proc.*, 10, 2017, p. 1269 s.

<sup>454</sup> Ivi, p. 1271, over l'A. scrive «[s]e correttamente si intende la soggezione alla legge come impegno interpretativo che, avendo come punto di partenza la lettera del testo, individua con un'argomentazione sistematica il suo plausibile significato in rapporto al *thema decidendum*».

<sup>455</sup> La nozione di diritto vivente è da lungo tempo accolta dai giudici costituzionali (11 dicembre 1974, n. 276); per approfondire l'influenza esercitata dal diritto sovranazionale sulla funzione e legittimazione della giurisprudenza penale a livello interno, si veda G. INSOLERA, *Luci e ombre del diritto penale vivente tra legge e diritto delle Corti*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, Jovene, 2011, p. 2351 ss.

giustizia» il quale ha il compito di garantire la «esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale»<sup>456</sup>.

In merito, è stato puntualmente osservato che la nozione di nomofilachia ha subito un mutamento significativo nel corso del tempo. In particolare, mentre in un primo momento si trattava di una categoria astratta, discussa prevalentemente entro le mura della accademia, negli ultimi decenni ha acquisito significato normativo arrivando a costituire «risposta legislativa alla postmodernità del discorso giuridico»<sup>457</sup>.

D'altra parte, nonostante la dizione legislativa sia rimasta invariata nel corso del tempo, non v'è chi non veda che la accezione weberiana per cui la giurisdizione era componente imprescindibile dell'esatto meccanismo della giustizia, capace, con precisione matematica, di produrre norme giuridiche perfettamente calcolabili, ha – per utilizzare un eufemismo – perso di aderenza alla realtà<sup>458</sup>. A fronte della crisi della tipicità, infatti, il diritto giurisprudenziale si pone come un magma composito e complesso, plurale e poliedrico. Tutto l'opposto, insomma, della visione ordinata e ordinante in cui l'organo giudicante si fa ingranaggio di un meccanismo ben oliato, capace di produrre fattori razionali, coerenti e facilmente individuabili.

Sul punto, non si possono che richiamare le riflessioni di Natalino Irti che accosta il graduale spegnimento della concezione formale weberiana – che guardava al diritto come a un'unità esatta – alla crisi della fattispecie nonché ai mutamenti propri dell'era post-moderna<sup>459</sup>.

In un quadro tanto complesso, quindi, la funzione nomofilattica si erge come faro nella notte. La Corte di cassazione porta il peso dell'ulteriore sforzo necessario per assicurare non certo un diritto esatto, calcolabile in termini matematici come suggeriva la visione di Max Weber, bensì ragionevolmente prevedibile.

Posta la innegabile necessità di superare la concezione originaria di cui all'art. 65, dunque, è interessante osservare che alcune voci autorevoli hanno affermato la necessità che la funzione nomofilattica non operi in via verticale, affidata alla sola Corte di legittimità, bensì orizzontale, condivisa dalla intera magistratura. In tal senso, anche i giudici di merito sono coinvolti nell'arduo compito, in un primo momento, di promuovere e selezionare i ricorsi che meritano di giungere in Cassazione e, in un secondo momento, di recepire le pronunce di legittimità, la cui autorevolezza è da apprezzare solo alla prova della successiva fase applicativa<sup>460</sup>. In tale visione la nomofilachia è altresì da intendere in senso dinamico,

---

<sup>456</sup> Quanto alla distinzione tra la componente istituzionale della nomofilachia incentrata sulla uniformità del diritto e la dimensione logica che mira alla conformità rispetto alla decisione antecedente: N. IRTI, *Sulla relazione logica di conformità (precedente e susseguente)*, in *Riv. dir. proc.*, 6, 2017, p. 1540.

<sup>457</sup> G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Dir. pubb.*, 1, 2017, p. 23.

<sup>458</sup> Ivi, p. 24.

<sup>459</sup> N. IRTI, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 987 ss.

<sup>460</sup> G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, cit., p. 25, ove l'A. puntualizza come la ricostruzione "moderna" della nomofilachia quale risposta alla crisi della fattispecie si ispiri alle vette del pensiero di *Habermas* secondo cui il pronunciamento del giudice è da intendere quale «agire comunicativo orientato all'intesa».

così da assicurare una certa capacità di adattamento ai bisogni di una società che vive di un moto instancabile.

Sul punto, nondimeno, si ritiene doveroso soffermarsi ulteriormente sul rapporto tra giurisdizione di legittimità e di merito giacché sembra che entrambi gli attori, per quanto svolgano un ruolo decisivo in relazione alla configurabilità di un diritto vivente<sup>461</sup>, conoscibile in termini di ragionevolezza, siano titolari di compiti piuttosto diversi il cui reciproco equilibrio svolge un ruolo centrale per assicurare la prevedibilità della norma incriminatrice (sul punto, si veda *infra* II, 3, § 1.4.1).

Tali premesse, d'altra parte, permettono di meglio inquadrare la c.d. riforma Orlando il cui obiettivo è quello di rafforzare la funzione nomofilattica vincolando le singole sezioni della Corte di legittimità a rispettare il precedente orientamento delle Sezioni Unite (cfr. *infra*, I, 3, Sez. II, § 4).

## 2.2 Diritto vivente vs. diritto vigente

In base alla distinzione tradizionale, agli enunciati normativi che costituiscono il diritto vigente si affianca il prodotto della attività di interpretazione e applicazione del diritto compiuta dall'interprete, il diritto vivente<sup>462</sup>.

In realtà, la quasi totalità degli ordinamenti attribuisce nella fase decisoria un certo peso alle decisioni antecedenti, ancorché non viga il principio dello *stare decisis*. L'unica eccezione, forse, è costituita dalla *Court de Cassation* francese giacché, quale promanazione dell'ideale illuminista del giudice *bouche de la loi*, la separazione tra poteri è da intendere nel senso che è la legge stessa a condizionare la decisione, di cui il giudice si fa mero interprete<sup>463</sup>. Quanto agli altri ordinamenti di *civil law*, l'influenza esercitata dal precedente

---

<sup>461</sup> Per quanto riguarda il diritto vivente quale estrinsecazione del ruolo attribuito al potere giurisdizionale si veda G. ALPA, *Giudici e legislatore*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2017, p. 31, secondo cui « il ruolo che si risolve nell'interpretazione e nell'applicazione della legge, che consiste nel dare vita al testo normativo – creando per l'appunto il «diritto vivente» – e dando contenuto alle clausole generali, definendo gli standard, elaborando principi generali per via induttiva, estendendo in via deduttiva un dettato spesso troppo circoscritto o poco flessibile».

<sup>462</sup> Per approfondire con riguardo alla nozione di diritto vivente, si veda A. CADOPPI, voce *Giurisprudenza e diritto penale*, in A. Gaito-B. Romano-M. Ronco-G. Spangher (eds), in *Dig. disc. pen., Agg.*, Torino, Utet, 2017, pp. 421-423.

<sup>463</sup> In questo senso, si veda R. S. SUMMER-M. TARUFFO, *Interpretation and Comparative Analysis*, in D. N. McCormick-R. S. Summers (a cura di), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, p. 487. Gli A. mettono del resto in luce il fatto che benché la *Court de Cassation* francese e quella italiana abbiano una struttura e una funzione simile, mentre la prima è molto restia nel citare precedenti in ossequio al principio di preminenza della legge, la seconda ha via via ceduto terreno rispetto al carattere persuasivo del diritto giurisprudenziale (Ivi, p. 490). Quanto alle peculiarità del modello francese, si rinvia a G. GORLA, voce *Precedente Giudiziale*, cit., p. 3 s.

in termini quanto meno di forza persuasiva è innegabile<sup>464</sup>. Con particolare riguardo all'ordinamento italiano, poi, vi è più di una perplessità che si possa considerare solo carattere persuasivo.

All'opposto, è utile ricordare che, per quanto la dottrina dello *stare decisis* imponga il rispetto del precedente, numerose sono le tecniche che il giudice di *common law* può impiegare per sottrarsi a tale obbligo come dimostra, del resto, il *Practice Statement* del 1966. (cfr. *supra* I, Sez. III, 1, § 1.3 ss.). Si è affermato, allora, che il diritto vivente sia dotato di una intrinseca forza sostanziale capace di condizionare il titolare delle decisioni successive, indipendentemente dalla presenza o meno di un vincolo formale in tal senso<sup>465</sup>.

Anzitutto è da premettere un problema di taglio pratico che riguarda nel sistema di *civil law* il riferimento all'orientamento giurisprudenziale precedente. Mentre nel sistema anglosassone, infatti, il precedente citato è tendenzialmente uno solo – è possibile, invero, che la *opinion* riporti diverse pronunce che o rilevino riguardo a profili diversi attinenti al caso in esame o siano testimoni di un processo evolutivo funzionale alla soluzione del caso *de quo* – nell'ordinamento italiano le sentenze precedenti sono talmente numerose e seguono indirizzi così disparati da risultare impossibile menzionarle tutte (cfr. paragrafo precedente). Altro non si può fare, allora, se non individuare alcune pronunce che si ritiene siano più rilevanti per sostenere i propri argomenti: non vi sono molti dubbi circa il fatto che una simile operazione attribuisca margini di discrezionalità davvero significativi all'autorità giudicante<sup>466</sup>. Ne discende inevitabilmente che la forza persuasiva della singola decisione scema al di fuori del recinto tracciato dalla dottrina del precedente: la singola sentenza rileva nel paradigma di *civil law* non in sé – come avviene nel modello oltremaricano – bensì qualora rappresenti un filone interpretativo più o meno consolidato e, quindi, dotato di effetto persuasivo. Nondimeno, una simile affermazione si sgretola per effetto della riforma Orlando ove una singola pronuncia delle Sezioni Unite è in grado di imporre, quanto meno, un vincolo di motivazione all'attività interpretativa delle singole sezioni (cfr. paragrafo seguente), modificando significativamente il volto del diritto vivente.

Tornando, quindi, alla distinzione tra diritto vivente e diritto vigente, preme soffermarsi sul dibattito che riconduce la stessa giurisprudenza alla categoria del diritto vigente: in caso di «ignavia o incuria» del legislatore, il giudice non ha alternativa alla decisione del caso concreto attraverso il filtro della interpretazione, individuando una regola di diritto i cui termini di generalizzazione permettono che diventi riferimento – anche solo persuasivo – per i giudizi successivi. Sicché il diritto giurisprudenziale potrebbe assurgere a diritto vigente o, in quanto diritto consuetudinario, diffuso nella prassi dei tribunali, oppure ancora, osservando la pronuncia come elemento che completa la previsione di legge,

---

<sup>464</sup> Del resto, secondo il ben noto *rifrain* ciò che contraddistingue gli ordinamenti di *civil law* da quelli di *common law* è il carattere persuasivo e non vincolante dell'antecedente giurisprudenziale: O. KAHN-FREUND, *Common Law and Civil Law – imaginary and real obstacles to assimilation*, cit., p. 150.

<sup>465</sup> R. S. SUMMER-M. TARUFFO, *Interpretation and Comparative Analysis*, cit., p. 488.

<sup>466</sup> Ivi, p. 489.

potrebbe concorrere a determinarne il contenuto<sup>467</sup>. Detto altrimenti, per quanto si tratti di una fonte che manca di rappresentatività e della caratura politica riservata al legislatore, il suo contributo nella conformazione del comando normativo si fa man mano più indispensabile<sup>468</sup>.

### 3 La c.d. riforma Orlando

Al fine di inquadrare la riforma in questione pare utile esaminare, brevemente, il contesto politico istituzionale che l'ha originata così da declinare le ragioni che hanno spinto il legislatore a intervenire entro un quadro più complesso. Sul punto, si tralascerà di considerare qualsiasi aspetto innovativo apportato dalla legge 2017, n. 103, che non sia la introduzione del comma 1-*bis* entro la previsione di cui all'art. 618 c.p.p.<sup>469</sup>: le innovazioni operate dalla riforma in questione, infatti, coinvolgono settori disparati la cui trattazione in questa sede allontanerebbe la ricerca dal limitato scopo che si propone.

Con particolare riguardo alla introduzione di detto comma 1-*bis*, quindi, il legislatore si è limitato a stabilire che

*e una sezione della corte ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso*<sup>470</sup>.

Non basta. Il nuovo comma 1-*ter*<sup>471</sup> della medesima disposizione afferma che

*Il principio di diritto può essere enunciato dalle sezioni unite, anche d'ufficio, quando il ricorso è dichiarato inammissibile per una causa sopravvenuta*

In tale prospettiva, quindi, non è possibile ignorare il nuovo volto della nomofilachia il cui rilievo diviene centrale per garantire l'ordine e l'equilibrio tra diritto vivente e diritto vigente<sup>472</sup>: nonostante la inammissibilità del ricorso, il pronunciamento circa il principio di diritto è prioritario dal momento che dispiega il proprio effetto ben al di là del singolo giudizio contingente, evidenziando la componente di *ius constitutionis* in capo alla Corte. Ne discende che il Parlamento ha definitivamente preso atto di una lacuna strutturale dell'ordinamento, ossia della assenza di qualsivoglia strumento – legislativo o giurisprudenziale – che fosse in grado, quanto meno in astratto, di risolvere l'annosa

---

<sup>467</sup> G. ALPA, *Giudici e legislatore*, cit., p. 31.

<sup>468</sup> Ibid.

<sup>469</sup> Si tratta, in particolare, dell'art. 1, comma 66, della legge 23 giugno 2017, n. 103.

<sup>470</sup> È tuttora discusso se la previsione in questione sia da ricondurre al novero delle norme tabellari o, piuttosto, attributive di potere nei confronti dell'autorità giudiziaria: F. R. DINACCI, *Il difficile rapporto giudice-legge nel giudizio di Cassazione tra accentuata nomofilachia e poteri di merito*, in *Cass. pen.*, 1, 2019, p. 875 ss.

<sup>471</sup> Per approfondire, si veda G. FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e principio di diritto*, in *Dir. pen. cont.*, 29 gennaio, 2018, p. 11 ss., in ptc. p. 13, ove viene esaminata la giurisprudenza delle stesse Sezioni Unite anticipatoria di tale riforma.

<sup>472</sup> F. R. DINACCI, *Il difficile rapporto giudice-legge nel giudizio di Cassazione tra accentuata nomofilachia e poteri di merito*, cit., p. 875.

questione del difetto di intelleggibilità del diritto vivente, causa di precipuo disorientamento nelle ipotesi di antinomie sincroniche e inconsapevoli (cfr. *infra* I, 3, § 1.4.2).

Qualora, infatti, si tenti di passare in rassegna i rimedi offerti dall'ordinamento interno per risolvere i conflitti interpretativi "significativi e persistenti", il quadro che emerge è piuttosto desolante con riguardo agli strumenti a disposizione tanto del legislatore quanto dell'autorità giurisdizionale.

In breve. Con riferimento al potere legislativo, la soluzione preferibile sarebbe certamente evitare, a monte, il problema attraverso la redazione di norme chiare e puntuali<sup>473</sup>, che semplifichino l'attività (inevitabile) interpretativa<sup>474</sup>. Sennonché, per chiunque si soffermi sulle riforme sostanziali più recenti approvate in materia penale, una simile soluzione appare quantomeno utopistica<sup>475</sup>, imponendo l'esame dei rimedi che si propongono di intervenire *ex post*, una volta che lo scontro sia in atto.

In particolare, è indubbio che il Parlamento sia titolare del potere di risolvere un conflitto di tal fatta attraverso un intervento diretto, ossia attraverso una legge di interpretazione autentica<sup>476</sup>. Ciò nondimeno, la portata di tale strumento è estremamente ridotta dal momento che la stessa Corte costituzionale ha condizionato la legittimità dell'ingerenza legislativa nella sfera della interpretazione al rispetto di particolari requisiti: si tratta, in ultima analisi, di un rimedio difficile da utilizzare, specialmente con portata generale, e di scarsa utilità con particolare riguardo alla sfera penalistica<sup>477</sup>.

---

<sup>473</sup> Per dirla con Natalino Irti, infatti, «[L]e ambiguità del linguaggio normativo giovano alla classe più potente, egemone in politica o in economia, o danno luogo all'incalcolabile decisionismo dei giudicanti» (ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 75). Sul punto, si veda D. PULITANÒ, *Diritto penale e tecniche interpretative: l'interpretazione conforme a costituzione e il ruolo 'creativo' del giudice*, in I. Pellizzone (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 66-67; nonché S. MOCCIA, *Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo stato sociale di diritto. relazione di sintesi*, cit, secondo cui è proprio il vizio nella qualità della legge parlamentare ad avere causato un graduale indebolimento del principio di cui all'art. 101, Costituzione.

<sup>474</sup> Sulla capacità della legge di «influenza[re] la volontà e il comportamento dei suoi destinatari», si veda F. PALAZZO, voce *Legalità*, cit., p. 3373 ss. Sul punto, altrettanto interessanti le riflessioni di G. CANZIO, *Corte di cassazione e principio di legalità*, in *Dir. pen. e proc.*, 4, 2016, in pt. p. 426.

<sup>475</sup> P. FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, cit., p. 1273.

<sup>476</sup> Quanto al rapporto tra legge d'interpretazione autentica e divieto di retroattività *in malam partem*, si veda, *inter multis*, G. COCCO, *Le fonti*, in G. Cocco-E. M. Ambrosetti (a cura di), *La legge penale*, Milano, Cedam, 2016, p. 100.

<sup>477</sup> Chiarissima, sul punto, la sentenza della Corte costituzionale, 5 aprile 2012, n. 78, in tema di anatocismo bancario. Il Giudice delle Leggi ribadisce, innanzitutto, che la legge di interpretazione autentica presuppone un'applicazione indefettibilmente retroattiva e può, perciò, intervenire laddove sia necessario proteggere «motivi imperativi di interesse generale», in ossequio a quanto previsto dal diritto sovranazionale. Inoltre, è necessario che l'intervento del legislatore 1) chiarisca «"situazioni di oggettiva incertezza del dato normativo" [...] in ragione di "un dibattito giurisprudenziale irrisolto"»; 2) assegni alla disposizione un significato compatibile con le differenti letture offerte dai confliggenti orientamenti interpretativi 3) tenga conto del principio di ragionevolezza, del generale divieto di generare disparità di trattamento ingiustificate nonché dell'affidamento legittimamente riposto dai destinatari del comando in un determinato significato, nel rispetto della «coerenza e [...] certezza dell'ordinamento giuridico» (*ivi*, § 12, *Considerato in diritto*). Per approfondire il rapporto tra legge di interpretazione autentica e diritto sovranazionale, si veda A. RUGGERI, *Conferme e novità*

In aggiunta, laddove l'attività dell'interprete appaia eccedere la *intentio* del legislatore<sup>478</sup>, è configurabile – in astratto – la possibilità da parte del Parlamento di promuovere un ricorso innanzi alla Corte costituzionale in sede di attribuzione di poteri<sup>479</sup>. Nonostante la legittimità di una simile scelta, pare che una iniziativa così “belligerante” potrebbe generare infauste (non volute) ricadute negative in termini di antagonismo tra gli organi istituzionali innanzi alla opinione pubblica. La Corte si troverebbe, peraltro, a dover preferire uno dei contendenti, inasprando i contrasti in chiave politico-mediatica.

Pertanto, avendo riguardo alla totalità dei rimedi di cui dispone, il legislatore non sembra in grado di contenere efficacemente – neppure in astratto – la *mal practice* generata dai conflitti tra giudicati incompatibili, se non in ipotesi marginali il cui rilievo è quanto meno discutibile se paragonato alla crescente incidenza del *judicial activism*.

D'altro canto, anche a voler considerare gli strumenti a disposizione del potere giurisdizionale, il risultato non cambia in maniera significativa. La Corte costituzionale, è noto, ha il compito di saggiare la legittimità del precetto penale in relazione ai principi di determinatezza e tassatività di cui all'art. 25, comma 2, Costituzione<sup>480</sup>. Ciò nonostante, guardando alla storia della giurisprudenza costituzionale, il quadro è critico: le sentenze sul punto sono a dir poco scarse<sup>481</sup> tanto che per lungo tempo la dottrina si è interrogata sulla opportunità di una simile scelta che, se da un lato – indiscutibilmente – scongiura il rischio di uno sconfinamento della giurisdizione della Corte entro le scelte di politica criminale riservate al legislatore, dall'altro ha evidentemente indebolito *de facto* uno degli strumenti forse più efficaci, in termini potenziali, rispetto al successivo instaurarsi del conflitto interpretativo<sup>482</sup>. In aggiunta, il vaglio di determinatezza posto in essere dalla Corte è attento

---

di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU”, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2009, e R. DICKMANN, *La legge d'interpretazione autentica viola il diritto al giusto processo di cui all'art. 6 della CEDU?*, disponibile all'indirizzo [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 16 dicembre 2009.

<sup>478</sup> Sulla impossibilità, talvolta, di risalire alla intenzione del legislatore, D. PULITANÒ, *Ermeneutiche alla prova. La questione del falso valutativo*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 4, 2016, p. 210: nel caso della riforma del reato di false comunicazioni sociali era stato direttamente il Parlamento a demandare all'interprete il compito di definire la questione dei c.d. “falsi valutativi”, espressamente decidendo quindi di non decidere.

<sup>479</sup> Quanto al conflitto inter-organico, chiara è la ricostruzione di A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia Costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 274 ss., e in ptc. 280-283.

<sup>480</sup> La Corte costituzionale, è noto, ha dichiarato solo in rarissimi casi – si pensi alla decisione dell'8 giugno 1981, n. 96, riguardo al reato di cui all'art. 603 c.p. oppure alla sentenza del 22 dicembre 1980, n. 177, che concerne, in realtà, non una fattispecie di reato bensì i requisiti cui è subordinata l'applicazione delle misure di prevenzione personale – incostituzionale il prodotto dell'attività parlamentare per contrasto con il principio di determinatezza/tassatività, atteso il rischio di ripercussioni in punto di separazione dei poteri e riserva di legge. In merito, si veda, *inter multis*, F. PALAZZO, voce *Legalità*, cit., p. 3380; G. INSOLERA, *Dall'imprevedibilità del diritto all'imprevedibilità del giudizio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4, 2016, pp. 2001-2002.

<sup>481</sup> F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3, 2016, p. 6, nonché già Id., *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, ESI, 2006, p. 57 ss.

<sup>482</sup> Si veda, al riguardo, in via emblematica, la decisione che “salva” la fattispecie di disastro innominato di cui all'art. 434 c.p.: Corte cost., 30 luglio 2008, n. 327, cit., in ptc. § 4, *Considerato in diritto*. Per approfondire con riguardo al vaglio del giudice costituzionale in relazione al principio di determinatezza/tassatività, si V.

non al solo elemento della disposizione; in altri termini, il giudice costituzionale non incentra il proprio sindacato sul mero dato testuale, bensì si sofferma sulla finalità perseguita dall'incriminazione nonché sul contesto normativo in cui la stessa si inserisce allo scopo di cogliere attraverso tali referenti esterni il significato del testo. Ne deriva l'immane riduzione di ipotesi di contrasto con il parametro di cui all'art. 25, comma 2, Costituzione, intervenendo la interpretazione sistematica e teleologica a sostegno delle carenze testuali della fattispecie.

Di particolare interesse, infine, è il caso dell'errore (inevitabile) di diritto o, meglio, della possibilità di escludere la punibilità laddove la norma incriminatrice non fosse conoscibile secondo i canoni di ordinaria ragionevolezza. Al riguardo, immaginando una disputa interpretativa tanto intricata quanto duratura nel tempo, è ben possibile che il riconoscimento della esimente di cui all'art. 5 c.p. offra all'imputato una soluzione alquanto efficace, purchè – ben inteso – manchino i presupposti di rimproverabilità soggettiva<sup>483</sup>. Nondimeno, la dottrina ha a più voci messo in luce i limiti di una simile soluzione che, per quanto efficace *inter partes*<sup>484</sup>, non è in grado di risolvere la disputa con effetto *erga omnes*<sup>485</sup>: sul punto, si tornerà approfonditamente nella seconda parte del lavoro, essendo sufficiente per ora mettere in luce tale aspetto critico.

Pertanto, in ragione della sostanziale assenza di strumenti capaci di intervenire in maniera risoluta per dirimere, *ex post* o *ex ante*, il conflitto interpretativo, ha cominciato a serpeggiare l'idea di introdurre nell'ordinamento italiano una previsione simile al vincolo del precedente<sup>486</sup>, da intendere quale espediente per garantire la stabilità interpretativa e rispondere, così, al bisogno di certezza del diritto vivente<sup>487</sup>.

Ebbene, una simile affermazione richiede evidentemente ulteriori precisazioni. Anticipando, in parte, l'indagine che verrà condotta nei paragrafi che seguono, infatti, preme indicare fin d'ora che la riforma Orlando non pare – ad avviso di chi scrive – aver introdotto nel paradigma di *civil law* una forma, ancorchè attenuata, di *stare decisis*, quanto meno non nei termini esatti in cui la dottrina in questione è intesa nel mondo anglosassone. Da tale considerazione deriva, inevitabilmente, una serie di ulteriori perplessità in relazione al lessico utilizzato per descrivere, da un lato, l'apporto del *novum* legislativo e, dall'altro, la stessa attività degli organi giurisdizionali.

---

MANES-V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Giappichelli, 2019, p. 37, nonché p. 274 ss.

<sup>483</sup> Sul punto, M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3, 2016, p. 32.

<sup>484</sup> F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, cit., p. 9. Per approfondire la questione alla luce delle garanzie convenzionali, si veda F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, in *Dir. pen. cont.*, 5 aprile 2017, in ptc. p. 22 ss.

<sup>485</sup> Sulla necessità di tenere distinti l'operatività della scusante e il divieto di retroattività quale «limite alla legalità»: M. DONINI, *Fattispecie o case law? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Questione giustizia*, 4, 2018, p. 100.

<sup>486</sup> R. RORDORE, *Il precedente nella giurisprudenza*, in *Foro it.*, V, 2017, p. 277.

<sup>487</sup> A. CADOPPI, voce *Giurisprudenza e diritto penale*, cit., pp. 421-423, nonché Id., *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., p. 262.

Enunciando, ora, sommariamente questioni che verranno approfondite a breve, la previsione di cui all'art. 618-bis c.p.p. rimane, ad oggi, previsione isolata. In altri termini, il legislatore ha mancato di intervenire sulla organizzazione del potere giudiziario nonché sull'assetto delle motivazioni giurisprudenziali o, ancora, di indicare un obbligo di riferimento al fatto in sede decisoria o, infine, di precisare i criteri in base a cui distinguere tra *ratio decidendi* e *obiter dicta*, consentendo alla Corte di legittimità di enucleare la componente vincolante delle proprie decisioni. Che simili "rivoluzioni" possano essere realizzate su iniziativa dello stesso potere giurisdizionale sembra radicalmente da escludere attesa la manifesta frizione con riguardo non solo al principio di riserva di legge bensì alla stessa separazione dei poteri dello Stato nelle forme stabilite dall'art. 101 Costituzione.

Ne deriva il permanere, immutato, di tutte le divergenze sistemiche che caratterizzano i due modelli, ossia – citando le componenti macroscopiche – l'assenza nel sistema di *civil law* di una organizzazione gerarchica interna al potere giurisdizionale, la distanza dal fatto delle decisioni di legittimità, la contrarietà di un potere con-formativo del precetto affidato al giudice rispetto ai principi costituzionali, la scarsa fiducia riposta dalla generalità dei consociati sulla ragionevolezza delle scelte operate dalla giurisdizione.

Quindi, è proprio tenendo conto di tali perplessità che si procederà nei paragrafi che seguono ad analizzare più nel dettaglio l'intervento di riforma che tanto ha inciso sulla funzione nomofilattica della Corte di cassazione, mantenendo il *focus* comparativo della ricerca ossia tentando di evidenziare man a mano le assonanze e dissonanze rispetto al sistema anglosassone.

### 3.1 Finalità

Come suggerisce la migliore dottrina, la riforma realizzata dalla legge Orlando rispetto al giudizio di Cassazione è da porre in relazione con i molteplici, contestuali, interventi che hanno mutato il volto del giudizio di appello, essendo possibile scorgere in controluce una finalità comune a entrambe le innovazioni<sup>488</sup>. In prima battuta, infatti, la nuova previsione di cui all'art. 618 c.p.p. pare in linea con la tendenza a ridurre il contenzioso presso le giurisdizioni di ultima istanza allo scopo di agevolare il lavoro della Corte di legittimità ossia, da un lato, rendere più facilmente conoscibili le pronunce pubblicate su base annuale, e, dall'altro, incentivare la razionalità del diritto vivente quanto meno con riguardo alle pronunce di vertice<sup>489</sup>. Non è certo una novità, infatti, che la Corte di cassazione sia

---

<sup>488</sup> G. SPANGHER, *Nomofilachia "rafforzata": serve trasparenza*, in *Dir. pen. proc.*, 8, 2018, p. 985.

<sup>489</sup> *Ibid.*, ove l'A. enuncia i diversi istituti che muovono in questa direzione cioè a dire « impossibilità per l'imputato di proporre personalmente ricorso, le situazioni nelle quali il ricorso è proponibile solo per violazione di legge; uno stringente giudizio di ammissibilità del ricorso nei confronti della sentenza di applicazione della pena e di definizione concordata del giudizio d'appello; le sanzioni pecuniarie in caso di ricorsi infondati o inammissibili; la presenza di ricorsi definiti in udienze camerali non partecipate, ma solo cartolari; l'esclusione del ricorso nei confronti dei provvedimenti di archiviazione; l'appellabilità della sentenza di non luogo; l'impugnabilità della decisione tesa alla rescissione del giudicato; il rafforzamento dei poteri di annullamento con rinvio».

«assediata» dai ricorsi<sup>490</sup>, contando un numero di procedimenti aperti ogni anno che è a dir poco mostruoso se paragonato ai giudizi invece assunti dalle Corti di vertice degli altri Paesi europei<sup>491</sup>. Di talché, la necessità in capo alle parti di specificare i motivi di ricorso limitando il *thema decidendum*, ossia il limite al diritto di accesso alla Corte, segue tali direttive. D'altronde, è altrettanto difficile negare che la previsione di cui al comma 1-bis, art. 618, c.p.p., non persegua un simile obiettivo<sup>492</sup>. Pare da condividere la tesi, in punto di logica prima ancora che in punto di diritto, secondo cui il contenimento del carico di lavoro in capo alla Corte permetta di migliorare l'esercizio della funzione nomofilattica: nel momento in cui il numero di ricorsi si riducesse alla discussione delle questioni più significative, meritevoli di essere protagoniste di un terzo grado di giudizio, ne deriverebbe una evidente agevolazione rispetto alla stessa conoscibilità delle medesime decisioni da parte degli operatori del settore, implementando trasparenza e chiarezza del diritto vivente.

Soffermando, quindi, l'attenzione sulle cifre – nonostante sia possibile riscontrare un lieve calo nel numero di procedimenti pendenti innanzi alle sezioni penali della Corte di cassazione nel biennio 2017-2018 rispetto alle annate precedenti<sup>493</sup> – un'autorità di vertice che si trovi a fronteggiare in soli due anni 24.262 ricorsi è evidente che non potrà costituire riferimento ideale quanto alla conoscibilità del diritto vivente<sup>494</sup>. In tale prospettiva, ancora più evidenti sono i dati che riguardano i procedimenti penali definiti dalla Corte di legittimità nel 2018: secondo quanto riportato dall'ufficio statistica della Corte, infatti, nonostante la innegabile riduzione del numero dei ricorsi iscritti nel 2018 rispetto all'anno precedente<sup>495</sup>, il numero di procedimenti definiti rimane elevatissimo, cioè a dire 57.177<sup>496</sup>.

---

<sup>490</sup> E. LUPO, *La Corte assediata*, in AA. VV., *La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 10.

<sup>491</sup> G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, cit., 1, 2017, p. 21. Si rinvia inoltre a G. SPANGHER, *La riforma Orlando: le perplessità non si diradano*, in Id. (a cura di), *La riforma Orlando*, Pisa, Pacini giuridica, 2018, p. 11 ss.

<sup>492</sup> F. R. DINACCI, *Il difficile rapporto giudice-legge nel giudizio di Cassazione tra accentuata nomofilachia e poteri di merito*, cit., p. 874.

<sup>493</sup> Quanto al biennio 2015-2016, infatti, si contavano 32.016 ricorsi pendenti innanzi alle sezioni penali, mentre per il biennio 2016-2017 28.538 ricorsi pendenti.

<sup>494</sup> I dati in questione sono tratti dalla *Relazione sull'amministrazione della giustizia per l'anno 2018*, Primo Presidente della Corte di Cassazione, dott. G. Mammone, 25 gennaio 2019, Roma, p. 21, disponibile all'indirizzo [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), la cui fonte è il Servizio statistico del Ministero della Giustizia.

<sup>495</sup> Mentre nel 2017 sono stati iscritti 56.632 ricorsi, segnando un decisivo aumento rispetto all'anno precedente che ne contava "solo" 52.384, i ricorsi iscritti nel 2018 ammontano a 51.956: *Relazione sull'amministrazione della giustizia per l'anno 2018*, cit., p. 40.

<sup>496</sup> Più nel dettaglio, si legge nella relazione che «il 63,3% ha riguardato ricorsi ordinari contro sentenze di condanna o assoluzione, il 7,0% sentenze di patteggiamento e il 9,8% misure cautelari (perso-nali nel 7,6% dei casi e reali nel 2,2%). Si è trattato di procedimenti che hanno avuto per oggetto principalmente delitti contro il patrimonio diversi dai furti (17,8%), reati legati agli stupefacenti (11,5%) e furti (7,4%). Hanno invece avuto un'incidenza rispettivamente pari al 4,8% e al 4,0% sul totale delle definizioni i ricorsi per delitti contro la pubblica amministrazione in genere e contro l'amministrazione della giustizia in particolare. I delitti contro la famiglia sono arrivati al 2,8% (in crescita del 38,3% rispetto al 2017) mentre i reati connessi alla circolazione stradale sono scesi di 23 punti percentuali arrivando al 2,4% del totale dei definiti»: *Relazione sull'amministrazione della giustizia per l'anno 2018*, cit., p. 41.

A fronte di una simile quantità di decisioni, la possibilità di riferirsi al precedente anche solo quale elemento persuasivo che rafforzi la motivazione del giudice di merito diviene impresa quanto mai ardua, a meno di non rassegnarsi a selezionare nel marasma di decisioni quella più consona a sostenere un convincimento preconstituito nella mente del giudicante. La varietà di principi enunciati nelle sentenze, invero, è tale da permettere di individuare le pronunce favorevoli a un certo orientamento e ignorare le altre, con ogni probabilità sommerse nella oceanica distesa di decisioni<sup>497</sup>. In particolare, come ha scritto il Presidente Giovanni Canzio, è possibile identificare la dottrina della c.d. «inflazione dei precedenti», ossia una vera e propria «regola matematica» secondo cui «la forza e l'efficacia di un precedente è inversamente proporzionale alla quantità e al numero dei precedenti; più precedenti ci sono, meno forte è ciascuno di essi»<sup>498</sup>.

D'altra parte, la *ratio* della riforma Orlando risiede indubbiamente nel tentativo di contenere l'eccesso interpretativo che ha portato il diritto vivente, negli ultimi decenni, ha travisare la propria funzione perfino in materia penale, esercitando con sempre maggiore insistenza un ruolo di vera e propria supplenza nei confronti del legislatore (cfr. *infra* II, 3, § 1.1)<sup>499</sup>. In altri termini, la tendenza a svicolare i limiti di significato imposti dal testo letterale – per provvedere a risolvere controversie interpretative rispetto cui il Parlamento ha colpevolmente mancato di intervenire – trova una forma di contenimento nel vincolo imposto alla sezione semplice. Ogni qual volta, infatti, sulla questione sia sceso il *decisum* delle Sezioni Unite, i giudici di legittimità si trovano di fronte all'alternativa secca di conformarsi a tale orientamento o, piuttosto, domandarne la modifica al Supremo Collegio, aggravandosi il compito dell'organo giudicante della necessità di motivare rispetto alla opportunità di un simile ripensamento.

Nondimeno, secondo un diverso argomento l'intervento legislativo muove in netto contrasto rispetto alle esigenze primarie del procedimento penale: mentre sarebbe stata necessaria un'iniziativa che riducesse le previsioni codicistiche, chiarendo la portata applicativa delle norme processuali dubbie e sciogliendo i nodi interpretativi tutt'ora sul tappeto, il legislatore ha nella sostanza introdotto un nuovo istituto fonte di nuovi interrogativi piuttosto che di soluzioni<sup>500</sup>.

### 3.2 Nomofilachia "rafforzata" e "disfunzioni" applicative

In ogni caso, la riforma in esame finisce per rafforzare inequivocabilmente la funzione di nomofilachia affidata alla Corte di legittimità. Tanto che non è mancato chi ha sostenuto

---

<sup>497</sup> Sul punto, richiama la tecnica del c.d. *cherry-picking*, V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Cass. pen.*, 6, 2018, nonché già in *Dir. pen. cont.*, 17 gennaio 2018, p. 29 s.

<sup>498</sup> G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, cit., p. 21.

<sup>499</sup> Si veda, al riguardo, P. FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, cit., p. 1270, ove l'A. chiarisce che una simile violazione non è mai compiuta apertamente, data la palese incostituzionalità di un tale abuso di potere, bensì sotto forma di discrezionalità interpretativa i cui limiti sono particolarmente difficili da stabilire *a priori*.

<sup>500</sup> Si veda, al riguardo, P. FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, cit., p. 1265 ss.

che, in seguito all'intervento di modifica dell'art. 618 c.p.p., la funzione nomofilattica della Cassazione (*ius constitutionis*) abbia sopravanzato l'interesse alla risoluzione del singolo caso (*ius litigatoris*)<sup>501</sup>.

Sul punto, sembra utile ricordare che riguardo alla introduzione di una simile regola si era discusso anche al tempo della riforma del codice di procedura penale del 1988. Senonchè, allora, il legislatore aveva formulato parere negativo considerando che il vincolo rispetto alle pronunce delle Sezioni Unite avrebbe compromesso il principio di riserva di legge nonché la stessa soggezione del giudice alla fonte parlamentare<sup>502</sup>.

Sebbene, quindi, il legislatore abbia superato le precedenti perplessità e si sia deciso ad approvare tale modifica, la previsione in esame non è andata esente da critiche. Tentando in questa sede di indicare i nodi più significativi, in stretta connessione con la riflessione oggetto del presente studio, è innanzitutto opportuno prendere le mosse dall'idea per cui la riforma Orlando avrebbe attribuito alla Corte di cassazione o, meglio, alle Sezioni Unite, «un valore paranormativo»<sup>503</sup>. È, infatti, particolarmente problematico il rapporto tra la regola processuale in questione e i principi costituzionali di riserva di legge e soggezione del giudice al formante legislativo.

In merito, si condivide la tesi secondo cui il nuovo comma 1-*bis* non impone alle singole sezioni di pronunciarsi in armonia con il Supremo Collegio ma, piuttosto, di motivare specificatamente in caso di dissenso, rimettendo l'ultima parola alle stesse Sezioni Unite. Che poi, nei fatti, il risultato potrebbe essere quello di inibire tale forma di rimessione almeno fintanto che la composizione delle Sezioni Unite non sia mutata fisiologicamente non è da escludere. Tuttavia, pare altrettanto plausibile che l'organo di ultima istanza, se sollecitato da argomenti fondati e sottili, possa mutare il proprio orientamento, rinvenendo un errore o imprecisione nelle scelte antecedenti a dispetto della composizione contingente. Sembra, altresì, ragionevole presumere che il *revirement* sarà condotto con maggiore saggezza: nel momento in cui sia uno specifico organo a rispondere dell'*overruling* è meno probabile che tenga conto di fattori esterni, capaci altrimenti di condizionare la scelta di modificare l'orientamento interpretativo. Attraverso l'esperienza del giurista di *common law*, infatti, si avrà modo di apprezzare lo sforzo – reso pubblico in motivazione – dei *Law Lords* nello scegliere il momento opportuno per superare un proprio precedente, ammettendo talvolta che sia preferibile conservare una interpretazione erronea purchè infrangere, a una distanza temporale eccessivamente ravvicinata, il legittimo affidamento dei destinatari del comando su una determinata portata applicativa (cfr. *infra*, II, 2, § 3 ss.).

Con specifico riguardo al *nullum crimen*, quindi, non pare sussistere alcuna violazione laddove si intendano le Sezioni semplici sottoposte a un obbligo qualificato di motivare la

---

<sup>501</sup> . R. DINACCI, *Il difficile rapporto giudice-legge nel giudizio di Cassazione tra accentuata nomofilachia e poteri di merito*, cit., p. 876.

<sup>502</sup> Ibid., ove l'A. osserva come la ratio del 618 c.p.p. fosse quella di prevenire il contrasto giurisprudenziale riconoscendo, ancorchè solo in termini facoltativi, il potere di rimettere la questione al supremo collegio per evitare l'insorgere di un conflitto giurisprudenziale.

<sup>503</sup> G. SPANGHER, *Nomofilachia "rafforzata": serve trasparenza*, cit., p. 986.

mancata adesione al principio elaborato dalle Sezioni Unite, invece che ritenerle vincolate al rispetto di una fonte non legislativa. In tale prospettiva, del resto, pare salvarsi pure il necessario rispetto della soggezione del giudice alla (sola) legge, non dovendo tralasciare il fatto che la regola processuale costituisce di per sé il prodotto della volontà parlamentare, nel rispetto degli equilibri tra poteri costituzionali.

Diverso appare il discorso se si considera il rapporto tra giurisdizione di legittimità e potere legislativo, nonché tra la prima e la giurisdizione di merito. Entrambi tali aspetti, nondimeno, meritano una riflessione più puntuale che tenga conto dell'ulteriore progredire del lavoro e quindi sarà oggetto della seconda parte della ricerca.

### 3.3 Possibili scenari futuri

Sui problemi indotti dalla introduzione del comma 1-*bis*, non è mancato chi ha messo in luce la contraddizione di una simile previsione entro un sistema in cui non è sufficientemente trasparente il procedimento di formazione dei singoli collegi, in cui non è altrettanto chiara la regola che governa la scelta del giudice relatore né dell'estensore ovvero in cui è ben possibile che la motivazione sia stesa dal giudice relatore ancorché egli si sia trovato in minoranza all'interno del collegio – senza che una simile circostanza sia resa nota al pubblico attraverso lo strumento della *dissenting*<sup>504</sup>. Qualora, infatti, un simile meccanismo riuscisse a rendere trasparente il contrasto interno alle Sezioni Unite, sarebbe forse più agevole sostenere la non infondatezza del ricorso di segno contrario prospettato al giudice di legittimità e, al pari, potrebbe aiutare a prospettare in termini efficaci gli argomenti che giustificano un *revirement* del medesimo principio di diritto<sup>505</sup>.

Un suggerimento particolarmente condivisibile, allora, consiste nel differenziare entro il massimario le decisioni delle Sezioni Unite rilevanti *ex art. 618-bis*, c.p.p., così da facilitare la conoscibilità del relativo principio di diritto.

Indubbio è, infatti, che l'incremento della massima trasparenza nell'attività della Corte sia necessario per assicurarne il funzionamento – in seguito all'evidente rafforzamento del potere nomofilattico – evitando sterili interventi «autoreferenziali», in sostituzione del potere legislativo<sup>506</sup>. Sennoché, tale proposta non è a sua volta esente da questioni applicative che richiederebbero, ad avviso di chi scrive, una previsione legislativa *ad hoc*.

In particolare, sorgono diverse perplessità rispetto a chi dovrebbe essere titolare del potere di indicare al massimario le decisioni rilevanti *ex art. 618*, co 1-*bis*, c.p.p., nonché – a maggior ragione – chi avrebbe il potere di trarne il principio di diritto a quel punto

---

<sup>504</sup> G. SPANGHER, *Nomofilachia "rafforzata": serve trasparenza*, cit., p. 986.

<sup>505</sup> Ibid.

<sup>506</sup> Ibid. L'A. precisa, sul punto, che «il rafforzamento - che così si realizza - della funzione nomofilattica del Supremo Collegio, assicura la prevedibilità delle decisioni e punta a stabilizzare i percorsi procedurali a condizione che non escludano l'evoluzione giurisprudenziale che deve tener conto delle dinamiche della società, delle norme di riferimento e della giurisprudenza costituzionale ed europea».

“tendenzialmente” vincolante per i collegi semplici della Corte. Il fatto che, di regola, le Sezioni Unite si impegnino nella risoluzione di diversi principi di diritto, tanto sostanziali quanto processuali, complica ulteriormente la questione (cfr. *infra* II, 3, § 2.2).

In tale frangente, del resto, neppure potrebbe venire in aiuto l’esperienza anglosassone: è noto, infatti, che la individuazione della *ratio decidendi* (ovvero della molteplicità di *ratio* a seconda dei casi) della decisione è tema dibattuto da tempo immemore. Nel modello anglosassone, tuttavia, il compito di identificare la regola vincolante è demandata alla seconda autorità giudiziaria che si trovi a decidere di fatti analoghi. Su questo fronte, del resto, emergono immediatamente le discrepanze rispetto all’ordinamento italiano in cui la Corte di cassazione è giudice di legittimità che manca di considerare la vicenda fattuale se non in ipotesi eccezionali, segnando in questa prospettiva un confine difficile da superare se solo si pensi al ruolo centrale che la distinzione tra *material* e *immaterial facts* esercita rispetto alla individuazione della *ratio decidendi* vincolante secondo lo *stare decisis*<sup>507</sup>.

Tanto premesso, secondo una parte della dottrina la attribuzione alle Sezioni Unite di un ruolo preponderante segnerebbe una modifica perigliosa rispetto agli equilibri interni alla magistratura, già «avverten[dosi] i segnali di questa gerarchizzazione»<sup>508</sup>.

Tuttavia, non si vede come sia possibile evitare un effetto simile: qualora si concordi con l’idea per cui la riforma dell’art. 618 c.p.p. introduce nell’ordinamento italiano una forma ancorché “sbiadita” di precedente, ne deriva la necessità di modificare l’organigramma interno del potere giudiziario essendo la dottrina dello *stare decisis* inevitabilmente legata a doppio filo alla struttura se non gerarchica quanto meno verticistica del potere giudiziario.

Maggiormente discutibile, invece, il fatto che un simile risultato possa essere prodotto *de facto*, affidando la modifica delle dinamiche interne alla giurisprudenza al diffondersi di prassi che riconoscano la premazia delle Sezioni Unite. È difficile ignorare, infatti, il contrasto piuttosto evidente tra detto modello organizzativo e il principio di soggezione del giudice alla legge, da un lato, nonché di indipendenza – interna ed esterna – della magistratura, dall’altro (cfr. *supra* I, Sez. II, § 1.1). Di qui, allora, le perplessità che verranno approfondite in seguito rispetto alla introduzione “isolata” di una previsione così incisiva: se in materia civile o amministrativa, gli effetti sul piano dei diritti e del bilanciamento tra poteri dello Stato si sono rivelati tutto sommato accettabili, in materia penale attesa la potenziale indebita compromissione della libertà e della dignità dell’individuo è arduo giungere a una conclusione analoga (cfr. *infra*, II, 3, § 2 ss.).

D’altra parte, è altresì innegabile che le Linee Guida pubblicate dalla Corte di cassazione portino con sé i segni di un cambiamento ormai in corso, in cui fonti di *soft law* si affiancano

---

<sup>507</sup> Per approfondire le distinzioni tra *ratio decidendi* e massime giurisprudenziali, si rinvia all’analisi di A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., p. 172.

<sup>508</sup> P. FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, cit., p. 1273.

– se non addirittura – sostituiscono un legislatore latitante, alterando la impostazione costituzionale tradizionale<sup>509</sup>. L’iniziativa chiarificatrice della Corte, certamente funzionale ad assicurare una maggiore trasparenza nella attuazione della riforma in esame e, quindi, dotata dell’innegabile pregio di enfatizzare la prevedibilità rispetto all’attuazione delle nuove previsioni nel periodo di transizione tra il precedente sistema e il nuovo assetto, riporta alla mente – *mutatis mutandis* – la iniziativa extra-giudiziaria di cui al *Practice Statement*, tanto discussa sul piano dei poteri democratici perfino nell’ordinamento di *common law* (cfr. *infra*, II, 3, § 2 ss.). Le Linee Guida, invero, non esercitano un tale impatto “autoreferenziale”. Eppure, la loro rilevanza non è da trascurare: si pensi al limite di impugnazione da parte del pubblico ministero in caso di doppia conforme assolutoria<sup>510</sup>, il legislatore ha mancato di precisare attraverso una norma transitoria il momento in cui una simile “rivoluzione” dovesse trovare applicazione. Tale scelta, quindi, è stata compiuta dalla stessa Corte di ultima istanza, attraverso lo strumento di *soft-law*, che ha individuato il *dies ad quem* nel giorno di emissione della sentenza<sup>511</sup>. Al di là delle questioni di merito inerenti a una simile decisione, preoccupa in questa sede il metodo. Ossia che i giudici di legittimità, trovando nel testo di legge un riferimento inadatto per risolvere un problema interpretativo urgente, che avrebbe inevitabilmente bussato presto alle porte della Corte, giocano d’anticipo, scrivendo la soluzione del quesito nero su bianco nelle linee guida<sup>512</sup>. Evidente è, tuttavia, il problema “politico-rappresentativo” che ne deriva: per quanto la scelta in questione abbia una efficacia temporale limitata, costituisce un rilevante “precedente” *pro-futuro* rispetto alla avvertita esigenza di colmare vuoti normativi attraverso una iniziativa non solo giudiziaria bensì extra-processuale<sup>513</sup>. Nel dettaglio, le Linee Guida sono state concordate tra i Presidenti di Sezione, l’Avvocatura Generale, il vicedirettore del Massimario, il direttore del C.E.D. e il Dirigente amministrativo della Corte. Per quanto qui maggiormente interessa, l’atto in questione riconosce in prima battuta l’autonomia decisoria

---

<sup>509</sup> Ibid.

<sup>510</sup> Secondo la nuova formulaione, l’art. 608, comma 1-*bis*, c.p.p., prevede, infatti, che «se il giudice di appello pronuncia sentenza di conferma di quella di proscioglimento, il ricorso per cassazione può essere proposto solo per i motivi di cui alle lettere a), b) e c) del comma 1 dell’articolo 606», ossia escludendo il ricorso su iniziativa del pubblico ministero in caso di mancata assunzione di prova decisiva oppure di vizio di motivazione che sia ad avviso della accusa mancante, illogica o manifestamente contraddittoria.

<sup>511</sup> Punto n. 3 delle Linee guida, 28 luglio 2017, disponibili sul sito ufficiale della Corte di legittimità.

<sup>512</sup> Per approfondire, si veda G. PECORELLA, *La successione di leggi che regolano il ricorso in Cassazione del P.M. in caso di doppia conforme assolutoria*, in *Dir. pen. e proc.*, 10, 2017, pag. 1330, ove l’A. afferma che «[u]n buon legislatore, che metta mano a una nuova legge, dovrebbe preoccuparsi delle difficoltà connesse alla sua applicazione, così da garantirne la trasparenza e la certezza». Interessante, al riguardo, la riflessione secondo cui la regola della doppia conforme portebbe introdurre una sorta di (parziale) irrevocabilità *ex lege* della sentenza di secondo grado: la doppia assoluzione, infatti, fonda il dubbio ragionevole circa la non colpevolezza dell’imputato e impedisce il ricorso in Cassazione se non sei limitati casi di cui all’art. 606, lett. a), b), c), c.p.p. (ivi, p. 1332).

<sup>513</sup> Al contrario, valuta opportuna la scelta della Corte Gaetano Pecorella, *ivi*, p. 1330.

e interpretativa dei singoli collegi. Nondimeno, in ragione dell'esigenza di assicurare un'uniforme applicazione della riforma anche nella fase transitoria, si domanda al singolo collegio che intenda discostarsi dalle *guide lines* di rimettere la questione alle Sezioni Unite.

Il meccanismo di cui al comma 1-*bis* dell'art. 618 c.p.p. viene quindi assunto a modello, rinforzando sulla base di un'autonoma iniziativa della Corte la concentrazione di potere nel Supremo Consesso. Rimane da chiedersi quali siano le ragioni per cui le questioni puntuali cui le linee guida forniscono risposta non siano state chiarite al tempo dei lavori preparatori della riforma. Detto altrimenti, non è chiaro se la mancata inclusione nel testo di legge delle norme necessarie a risolvere tali dodici nodi problematici ha costituito scelta consapevole da parte del legislatore o un caso, invece, che i colleghi oltremarica additerebbero come decisione *per incuriam*.

## II Parte

### 1. Nozione ed evoluzione del principio di prevedibilità

#### 1. *Ratio* e fondamento

Il principio di prevedibilità declinato quale capacità del singolo di autodeterminarsi<sup>1</sup>, ossia scegliere in maniera consapevole se agire o meno *secundum legem* – purché, ben inteso, tale scelta sia rispettata dall'ordinamento – assicura «la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte di azione»<sup>2</sup>. Del resto, come ha scritto di recente il Professor Grossi la nozione di prevedibilità è «inscindibilmente connessa, in astratto, a quella di certezza<sup>3</sup>. Anzi, la certezza è il suo necessario presupposto. Solo che, mentre la certezza si limita a una fase enunciativa, la prevedibilità si connette direttamente anche a una fase applicativa, ossia ai pronosticabili esiti»<sup>4</sup>.

Per quanto riguarda il fondamento storico del principio, del resto, non si può che richiamare la ricostruzione per cui la prevedibilità assurge a «valore fondante dell'ordine giuridico» con l'imporsi dello Stato moderno.

La primazia della legge su cui poggiava la ricostruzione giuridica compiuta dal razionalismo dell'età dei lumi o, meglio, la primazia della somma sintesi operata dalle codificazioni del XIX secolo, permetteva, infatti, di ripianare il pluralismo di fonti proprio delle monarchie di *ancient regime*. Ne era derivato un diritto stabile e ordinato e, per ciò solo, estremamente vincolante. Non stupisce, infatti, che al riguardo si sia parlato di imperante

---

<sup>1</sup> Si vedano, al riguardo, le riflessioni del Professor Marcello Gallo secondo cui è da identificare una violazione del *nullum crimen*, quale applicazione retroattiva della norma incriminatrice, «quando il soggetto destinatario delle conseguenze giuridiche non poteva calcolare tali elementi, non poteva rappresentarsi condizionanti determinati effetti, sì da regolarsi a ragion veduta»: M. GALLO, *Le fonti rivisitate. Appunti di diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 71.

<sup>2</sup> Così scrive la Consulta nella storica decisione 24 marzo 1988, n. 364: «[n]elle prescrizioni tassative del codice il soggetto deve poter trovare, in ogni momento, cosa gli è lecito e cosa gli è vietato: ed a questo fine sono necessarie leggi precise, chiare, contenenti riconoscibili direttive di comportamento. Il principio di colpevolezza e, pertanto, indispensabile, appunto anche per garantire al privato la certezza di libere scelte d'azione: per garantirgli, cioè, che sarà chiamato a rispondere penalmente solo per azioni da lui controllabili e mai per comportamenti che solo fortuitamente producano conseguenze penalmente vietate; e, comunque, mai per comportamenti realizzati nella <non colpevole> e, pertanto, inevitabile ignoranza del precetto».

<sup>3</sup> Con riguardo alla nozione di certezza del diritto si rinvia, inter multis, alle considerazioni di Guido Alpa il quale, nel ricordare il celebre passaggio di *Demogue* (*Notions fondamentales de droit privés*, 1911) che riconosce la centralità del principio in esame in riferimento tanto al diritto pubblico quanto al diritto privato, afferma che tale certezza «non è solo un principio, una formula tecnica, uno strumento del laboratorio del giurista. È anche un veicolo di tranquillità, e di speranza, per chi crede nel diritto per far valere le proprie pretese, per esercitare il suo ruolo nella società, per concludere affari duraturi, per difendersi dai pubblici poteri, per controllare l'operato dell'amministrazione, per partecipare al governo della cosa pubblica»: Id., *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, ESI, 2006, p. 2. Del resto, l'A. ricorda la celebre affermazione di Norberto Bobbio per cui «il diritto o è certo o non è neppure diritto», discutendo del “mito” della certezza del diritto.

<sup>4</sup> P. GROSSI, *Storicità versus prevedibilità: sui caratteri di un diritto pos-moderno*, in *Questione Giustizia*, 4, 2018, p. 17.

assolutismo giuridico dal momento che «certezza e chiarezza rendevano inammissibile l'ignoranza e ineludibile l'obbedienza» alla legge<sup>5</sup>.

Sennonché, a partire dagli ultimi decenni del 1800, una simile impalcatura ha iniziato a restituire i primi segni di cedimento sotto il peso degli irrefrenabili mutamenti di carattere sociopolitico che hanno caratterizzato l'epoca c.d. pos-moderna<sup>6</sup>. In tale prospettiva, l'entrata in vigore della Costituzione rigida<sup>7</sup> rappresenta un momento "rivoluzionario" giacché permette di superare la visione assolutistica dello statalismo e del legalismo liberale, includendo il pluralismo – in precedenza relegato nella dimensione sociale – entro la sfera giuridica del binomio Stato-Repubblica. Si diffonde, quindi, il netto convincimento che la fonte legislativa costituisca un riferimento imprescindibile ma non più isolato; piuttosto, la legge è affiancata da altri – subordinati – ordinamenti giuridici<sup>8</sup>.

A fronte del progressivo declino del ruolo affidato storicamente al legislatore, acquista nuovo vigore la funzione interpretativa capace di adattare la previsione tipica alle istanze contingenti che contraddistinguono il singolo caso concreto<sup>9</sup>: una simile tendenza, attribuisce centralità agli operatori del diritto – avvocati, giudici, studiosi – secondo una linea di tendenza che porta gradualmente a ricongiungere l'ordinamento continentale alla impostazione propria dei sistemi di *common law* che, per tradizione, affidano un ruolo centrale al ceto forense, capace di restituire il carattere pluralistico del modello di riferimento<sup>10</sup>. La fisionomia del nuovo assetto ordinamentale suggerisce in termini immediati il raffronto con il paradigma oltremontano<sup>11</sup>.

Seguendo una simile ricostruzione, è lo stesso mutare della società che caratterizza questa epoca di transizione<sup>12</sup> a indebolire la certezza e la prevedibilità del diritto, da un lato, assicurando, al contempo, la nascita di un *quid novum* «che permette al diritto di avvicinarsi

---

<sup>5</sup> Ivi, p. 18, ove l'A. precisa come la necessità di incentivare gli scambi e le libertà economiche richiedesse l'intervento di uno Stato forte, capace di sovrintendere alle diseguaglianze sociali: i valori di eguaglianza, bandiera della Rivoluzione francese, erano da intendere quale eguaglianza formale, a fronte del carattere generale e astratto delle previsioni legislative.

<sup>6</sup> P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2015. Con riferimento al declino dello Stato moderno, nonché al consolidarsi di nuove forme di partecipazione che si sono sviluppate dal basso, attraverso la costituzione di associazioni, sindacati e corporazioni per contrastare l'assetto tipicamente borghese del riparto di potere, si veda S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1969.

<sup>7</sup> Individua nella Costituzione un primo momento di crisi della legalità, sostituendosi gradualmente il *legal reasoning* per principi ai ritmi in precedenza dettati dalla fattispecie: N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 41.

<sup>8</sup> P. GROSSI, *Storicità versus prevedibilità*, cit., p. 21.

<sup>9</sup> Il caso da intendere come «un evento imprevedibile ma riconoscibile»: N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit., p. 36.

<sup>10</sup> P. GROSSI, *Storicità versus prevedibilità*, cit., p. 21.

<sup>11</sup> Con riguardo al rapporto tra la nozione "minimale" di certezza e la nozione formale del *rule of law*, nonché alle ricadute della attuale situazione di incertezza giuridica sul principio di legalità, si rinvia a F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 207 ss.

<sup>12</sup> Con riferimento al passaggio dal "sistema penale" al "caos punitivo", A. LANZI, *Il caos punitivo e la nomofilachia: una medicina o un inutile accanimento terapeutico?*, in *Ind. pen.*, 2, 2018, p. 292.

alla giustizia»<sup>13</sup>. Eppure, a fronte dell'inevitabile indebolimento del potere legislativo, i rimedi sorti "spontaneamente" nel modello continentale non solo hanno dimostrato una certa difficoltà nel centrare l'obiettivo ma, pure, hanno generato la sostanziale impossibilità – in un numero considerevole di casi – di prevedere lo stesso il rilievo penale di un dato comportamento, arrendendosi all'intervento "a sorpresa" della sanzione penale per scongiurare il quale tanto si era fatto nei secoli passati.

Tuttavia, e forse proprio quale reazione rispetto all'aggravarsi di un simile piano inclinato, il principio di prevedibilità è stato protagonista di una nuova "primavera" grazie alla centralità che ha assunto nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo quale requisito indispensabile per verificare la qualità della legge. In tale frangente, infatti, i giudici sovranazionali, allo scopo di evitare forme di elusione da parte degli Stati firmatari delle garanzie riconosciute dalla Convenzione<sup>14</sup>, hanno imposto una lettura sostanzialistica del comando normativo che sia accessibile e conoscibile dal destinatario prima della commissione del fatto<sup>15</sup>. La ricerca continua che spinge il tribunale sovranazionale a indagare *behind the appearances* trova conferma, da un lato, nell'ispirazione teleologica che mira alla massimizzazione delle garanzie della persona<sup>16</sup> e, dall'altro, nel bisogno di uniformare l'esame delle singole fattispecie al di là delle peculiarità che possano derivare dal formante di riferimento<sup>17</sup>, stante la partecipazione alla Convenzione tanto di sistemi di *civil law*, quanto di sistemi di *common law* o, finanche, di sistemi misti. Il punto rappresenta uno dei passaggi nevralgici del presente studio e troverà, quindi, maggior approfondimento nelle pagine che seguono.

In un simile contesto, perciò, non si può tralasciare il ragionevole (ri)emergere – soprattutto con riguardo alla sfera penalistica – di rinnovate istanze di certezza volte a contenere la discrezionalità del potere giurisdizionale in prospettiva di un ritorno alle origini, ossia alla centralità della *lex scripta* a tutela della conoscibilità *ex ante* del precetto e quindi, in ultima analisi, a garanzia della libertà di scelta individuale<sup>18</sup>. L'idea, allora,

---

<sup>13</sup> P. GROSSI, *Storicità versus prevedibilità*, cit., p. 21.

<sup>14</sup> La intrusione da parte della giurisprudenza sovranazionale – è bene ricordarlo – è certo significativa ma limitata a una valutazione circa l'operato degli Stati mai riguardo alla responsabilità penale del singolo: S. MANACORDA, «Dovere di punire?» *Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, in Stile A. M.-Manacorda S.-Mongillo V. (a cura di), *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, cit., p. 158.

<sup>15</sup> Per approfondire, sul punto, si veda V. MANES, voce *Art. 7*, in S. Bartole -P. de Sena -V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2012, p. 278 ss.

<sup>16</sup> F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., p. 229 ss.

<sup>17</sup> Con riguardo alla possibilità di scorgere nel pensiero di Beccaria delle aperture nei confronti della declinazione in action del principio di legalità, anche in ragione della evoluzione del diritto sovranazionale, si veda A. CADOPPI, *Perché il cittadino possa "...esattamente calcolare gl'inconvenienti d'un misfatto". Attualità e limiti del pensiero di Beccaria in tema di legalità*, in *Ind. pen.*, 2, 2015, p. 592.

<sup>18</sup> Quanto alla necessità per il sistema penalistico di attribuire al singolo la possibilità di "pre-dire" le conseguenze della propria condotta si veda M. GALLO, *La regola e il giudizio. Tra due ipotesi e il diritto penale vigente*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 156.

potrebbe essere quella di cercare un compromesso tra il margine di volatilità imprescindibile per incoraggiare il dinamismo evolutivo proprio di un sistema pluralista, da un lato, e, dall'altro, l'esigenza di assicurare la protezione in termini ragionevoli della garanzia del *nullum crimen*<sup>19</sup>.

In tale prospettiva, l'esperienza secolare accumulata dal modello anglosassone nel bilanciare le iniziative del formante giurisprudenziale – dotato di un potere in una certa misura maggiore<sup>20</sup> di quello riconosciuto all'interprete di *civil law* – fornisce utili spunti di riflessione in punto di prevedibilità del rilievo penale di una certa condotta, come si tenterà di chiarire nei paragrafi che seguono.

Attesa la complessità del tema, nonché i diversi livelli di analisi coinvolti, si intende quindi procedere considerando innanzitutto il rapporto tra il canone della prevedibilità, il *nullum crimen* e il principio di colpevolezza allo scopo di saggiare la riconducibilità del primo a entrambi i valori fondamentali. In secondo luogo, si tenterà di individuare la portata del principio in esame, considerando in particolare la distinzione tra prevedibilità della qualificazione giuridica e prevedibilità della decisione. Per quanto riguarda il trattamento sanzionatorio, invece, l'analisi si limiterà ad alcune generalissime considerazioni, mancando le capacità necessarie per addentrarsi nel dettaglio di una problematica che meriterebbe di essere protagonista di uno studio autonomo.

### 1.1 Il principio di legalità: una «garanzia essenzialmente politica»

Il contesto istituzionale e culturale in cui il Professor Palazzo scriveva «poche cose sembrano così pacifiche nel mondo del diritto contemporaneo come la relazione tra legalità e pena: un matrimonio felice e indissolubile [...] un patrimonio giuridico ormai acquisito alla cultura stessa del mondo occidentale»<sup>21</sup> sembra appartenere a un'epoca lontana. La «crisi»<sup>22</sup> della nozione tradizionale di legalità, infatti, è forse uno dei temi più dibattuti in ambito penalistico negli ultimi anni<sup>23</sup>, dando adito a una pluralità di proposte funzionali al

---

<sup>19</sup> Ossia, come scrive Cesare Beccaria, permettere al cittadino di «esattamente calcolare gl'inconvenienti d'un misfatto»; sul punto, si veda, di recente, A. CADOPPI, *Perché il cittadino possa*, cit., p. 569 ss.

<sup>20</sup> Come osserva il Professor Gallo, infatti, lo *stare decisis* richiama un "contropotere" nei confronti del legislatore che si muove in due direzioni: da un lato, disciplina quelle specifiche situazioni in cui la legge tace e, dall'altro, costituisce un memento che vuol dissuadere il legislatore a operare al di fuori del principio di giustizia: M. GALLO, *Le fonti rivisitate. Appunti di diritto penale*, cit., p. 102.

<sup>21</sup> F. PALAZZO, *Riserva di legge e diritto penale moderno*, in *Studium Iuris*, 3, 1996, p. 276.

<sup>22</sup> Quanto all'utilizzo del termine in questione da parte della dogmatica penalistica e ai riflessi, cui si è assistito nella prassi processuale, del divario insistente tra diritto e giustizia si veda, D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1, 2015, p. 29 ss., ove l'A. ricorda le "grida" del primo processo Eternit conclusosi con la declaratoria di prescrizione del reato di disastro innominato.

<sup>23</sup> Descrive la situazione attuale come un vero e proprio «dissesto della legalità», L. FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Urbino, Laterza, 2016, p. 178.

progressivo adeguamento dei principi di matrice illuministica alle mutate esigenze di una società instabile, globalizzata e multilivello<sup>24</sup>.

Procedendo con ordine. Il principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege*<sup>25</sup> è di regola definito come «il principio per il quale un soggetto può essere chiamato a rispondere penalmente di un fatto illecito, solo se questo è previsto come tale da una proposizione normativa dettata dal “legislatore”»<sup>26</sup>. In questa prospettiva, il precetto proviene dall’ordinamento in forma impersonale, esattamente al contrario di quanto avviene rispetto alle norme *judge-made*. Del resto, il tentativo è quello di assicurare non solo l’uguaglianza di trattamento tra i consociati, bensì, in chiave criminologica, emerge l’auspicio che la legge sia in grado di adempiere l’ambizioso compito di dirigere la condotta del singolo verso forme di comportamento conformi alle regole ordinamentali<sup>27</sup>.

Su questo aspetto, pare opportuno soffermarsi brevemente. Cosa debba intendersi per “legge”, infatti, è questione quanto mai dibattuta. Non si possono tralasciare, per l’appunto, i consistenti sforzi classificatori posti in essere dalla dottrina per distinguere, solo per citare alcuni esempi, tra legalità formale e sostanziale (su cui *infra*, II, 1, § 1.1.1), legalità assoluta e relativa<sup>28</sup>, legalità *in the books* e *in action*, legalità nazionale e sovranazionale. Al riguardo, sembra da condividere la tesi secondo cui un simile impegno sistematico non sia da considerare vano esercizio dialettico ma, piuttosto, la concreta riprova della complessità

---

<sup>24</sup> Emblematica del contributo offerto dal diritto eurounitario rispetto al rafforzamento delle garanzie individuali è la complessa vicenda “Taricco” oggetto di numerosissimi studi proprio riguardo al consolidarsi del c.d. “dialogo tra Corti”. In merito, si veda, tra i molti, L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell’Unione Europea può erigere il giudice a legislatore. Note in merito alla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2, 2015, p. 40 ss.; A. BERNARDI-C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, Napoli, Jovene, 2017; F. PALAZZO, *La Consulta risponde alla ‘Taricco’: punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, in *Dir. pen. e proc.*, 3, 2017, p. 285 ss.; C. SOTIS, *Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco, con una postilla sulla ordinanza 24 del 2017 della Corte Costituzionale “tra Antigone e Creonte io sto con Porzia”*, in I. Pellizzone (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, cit., p. 185 ss.; C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, disponibile su *Eurojus.it*, 29 gennaio 2017; nonché, quanto all’ultimo capitolo della “saga” scritto dalla Corte Costituzionale: M. DONINI, *Le sentenze Taricco come giurisdizione di lotta*, in *Dir. pen. cont.*, 3 aprile 2018 e R. BIN, *Taricco Tango. Quale sarà il prossimo passo?*, in *Dir. pen. cont.*, 5 aprile 2018.

<sup>25</sup> La formula latina è attribuita a *Feuerbach*: per approfondire, si veda M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell’ordinamento vigente*, Torino, Tricceri ed., 1979, p. 95 ss.: l’A., che mette in relazione il fondamento del principio di legalità alla tipicità della fattispecie penale, afferma che è agevole comprendere come sia attribuito a *Feuerbach* il *nullum crimen* attesa la necessità di intendere la legalità come «certezza del diritto, intesa nel senso di calcolabilità anticipata dalle conseguenze della predisposizione normativa [...]» (p. 102). Sul punto, si veda pure L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria dal garantismo penale*, Bari, Laterza, 1989, p. 363 ss.

<sup>26</sup> G. MARINI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978, p. 950, ove l’A. puntualizza che la nozione di “legislatore” muta a seconda che si faccia riferimento al principio di riserva di legge in termini assoluti, relativi o, piuttosto, alla nozione di assolutismo temperato.

<sup>27</sup> *Ivi*, p. 952.

<sup>28</sup> Per approfondire in merito alla distinzione in parola, si rinvia, *inter multis*, a G. VASSALLI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, Utet, 1994, p. 282.

della nozione di legalità<sup>29</sup>, il cui volto muta a seconda del punto di fuga verso cui tende l'analisi.

In aggiunta, un conto è considerare il principio di legalità avendo riguardo alle sue «implicazioni», ossia ai diversi corollari che ne plasmano il contenuto in termini effettivi; tutt'altro, invece, è indagare il fondamento del principio rispetto cui non sussistono "appigli" nel testo delle Carte costituzionali o nei Trattati. Eppure, i due aspetti sono inscindibilmente legali dal momento che a seconda della *ratio* attribuita al principio in esame discendono importanti conseguenze in relazione ai singoli sotto-principi<sup>30</sup>.

Quanto al fondamento del principio di legalità, quindi, è innanzitutto necessario considerare l'ambizione illuministica volta al contenimento del potere punitivo nella prospettiva di assicurare un argine solido, capace di controllare l'esercizio arbitrario della forza sanzionatoria da parte del sovrano<sup>31</sup>. In tale direzione, il principio di legalità persegue un preciso obiettivo di garanzia<sup>32</sup>, «dei sommi beni personali (libertà e dignità) limitati dalla sanzione penale»<sup>33</sup>.

Una simile garanzia, nondimeno, è da intendere in relazione al procedimento di formazione della fonte legislativa: si può affermare, in prima battuta, che la legge di per sé non rappresenti una forma sufficiente di tutela, ben potendo il formante legislativo assumere contenuti «arbitrari o liberticidi»<sup>34</sup>. Al contempo, tuttavia, non deve essere

---

<sup>29</sup> G. PINO, *Legalità penale e rule of law*, in G. Pino-V. Villa (a cura di), *Rule of law. L'ideale della legalità*, cit., p. 184.

<sup>30</sup> Ivi, p. 185, ove l'A. chiarisce che «se accettiamo che la legalità penale abbia un certo fondamento assiologico, allora è possibile, ragionevole, che ne debbano discendere anche altri istituti o sotto-principi che a prima vista non vengono solitamente inclusi nell'ambito della legalità penale, o è possibile che gli istituti o sotto-principi già noti assumano una configurazione particolare. Parimenti, se accettiamo che certi istituti o sotto-principi siano espressione della legalità penale, allora può darsi il caso che sia necessario riconfigurare il fondamento assiologico del principio – rispetto a come viene di solito considerato – affinché sia congruente rispetto agli istituti o sotto-principi particolari già noti».

<sup>31</sup> Con riguardo al principio di legalità, infatti, il Professor Palazzo scrive «il principio di legalità [...] è una conquista politica del moderno stato democratico di diritto che prende le vesti di una garanzia costituzionale contro il pericolo di abusi della potestà punitiva pubblica, capaci di annientare l'individuo in ragione del contenuto altamente afflittivo delle sanzioni criminali»: Id., voce *Legalità (dir. pen.)*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 3373.

<sup>32</sup> Sul punto, si veda G. VASSALLI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, cit., p. 285, secondo cui il *nullum crimen* integra una «garanzia essenzialmente politica» giacché «esso intende soprattutto costituire una barriera contro gli abusi di ispirazione politica che caratterizzano i regimi totalitari ed oppressivi e contro le ricorrenti tentazioni di regimi che comunque subentrano in modo antagonistico a un diverso regime precedente. È proprio su questo terreno della persecuzione di "delitti politici" e di veri o assenti "abusi di potere" che il principio rischia di essere eluso; ed è contro questi pericoli che esso è previsto. Indubbio è pertanto il suo collegamento con il carattere democratico di uno Stato e con l'osservanza di principi di giustizia».

<sup>33</sup> F. PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, Utet, 1993, p. 344, ove l'A. con specifico riguardo al sotto-principio della riserva di legge si riferisce a una garanzia procedimentale piuttosto che contenutistica.

<sup>34</sup> Ibid.

tralasciata la collocazione del Parlamento entro il c.d. Stato costituzionale di diritto<sup>35</sup>: secondo una certa impostazione dottrinale, infatti, il principio di legalità è in grado di incidere pure sui contenuti delle norme incriminatrici dal momento che l'elevato grado di pubblicità e ponderazione, nonché la consapevolezza del vaglio operato *ex post* dalla Consulta, inducono – o forse si potrebbe dire oggi dovrebbero indurre – il Parlamento a limare l'intervento penale ai casi residuali in cui siano da proteggere beni di massimo rilievo, calibrando le relative sanzioni in maniera ragionevole e proporzionata<sup>36</sup>.

Orbene, rimanendo sul piano astratto del formante legislativo, il compimento del procedimento parlamentare quale insieme di procedure pubbliche permette peraltro di assicurare – quanto meno in termini potenziali – il controllo da parte dei rappresentati sull'estrinsecarsi del *ius puniendi*: l'aspettativa di parità di trattamento di ciascun individuo acquista concretezza grazie alla possibilità di confermare o meno i propri rappresentanti in Parlamento<sup>37</sup>. L'intervento di una fonte scritta pubblicata in Gazzetta Ufficiale consente, infine, di assicurare in misura ragionevole la conoscibilità del precetto così che i consociati siano in grado di indirizzare le proprie azioni di conseguenza<sup>38</sup>.

Questa, del resto, la seconda "anima" del *nullum crimen*, ossia la possibilità di guidare i consociati nelle quotidiane scelte di vita. La conoscibilità – o meglio riconoscibilità – dei comportamenti penalmente rilevanti permette al cittadino di determinarsi consapevolmente, assumendo la responsabilità delle proprie deliberazioni e delle conseguenze, anche nefaste, che ne possono derivare<sup>39</sup>. Ad oggi, sembra, invero, che questa seconda *ratio* della legalità penale abbia acquisito un ruolo prevalente<sup>40</sup>, invertendosi

---

<sup>35</sup> Quanto alla distinzione tra Stato costituzionale di diritto e Stato legislativo di diritto, si veda L. FERRAJOLI, *Lo stato costituzionale, la sua crisi e il suo futuro*, in F. Viola (a cura di), *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 311.

<sup>36</sup> F. PALAZZO, voce *Legge penale*, cit., p. 344.

<sup>37</sup> G. PINO, *Legalità penale e rule of law*, in G. Pino-V. Villa (a cura di), *Rule of law. L'ideale della legalità*, cit., p. 197. In merito, si veda pure S. MOCCIA, *Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo stato sociale di diritto. relazione di sintesi*, cit., p. 1720 ss.; G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, cit., p. 1252, che ricollega la legalità penale al modello democratico *sui generis* riconosciuto dalla Costituzione italiana. Di particolare interesse il riferimento che il Professor Fiandaca compie all'opera di Aldo Schiavone e, in particolare, alla considerazione secondo cui solo la Europa moderna poteva riuscire a fondere l'anima greca e romana incentrate rispettivamente sulla primazia della volontà popolare e sull'eguaglianza, da un lato, e su un sistema di regolazione razionale e accentrato, dall'altro (il riferimento è alla monografia Id., *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, Einaudi, 2005).

<sup>38</sup> Del resto, la legge costituisce il «tentativo di contrastare l'imprevedibile mediante il calcolo di probabilità» così che «mediante la fattispecie il diritto "pensa" l'avvenire»: N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit., p. 37 s.

<sup>39</sup> Di particolare interesse, sul punto, l'osservazione per cui – a differenza di quanto avviene per la materia civile e amministrativa – il momento fisiologico del diritto penale insiste proprio nella capacità della fattispecie, ragionevolmente conoscibile, di guidare la condotta dei destinatari verso comportamenti che siano *secundum legem*: M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 69.

<sup>40</sup> O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, Jovene, 2011, p. 2270.

l'ordine dei fattori rispetto alla concezione originaria del *nullum crimen* che era incentrata sulla garanzia di rappresentatività democratica assicurata dalla intermediazione dell'assemblea parlamentare<sup>41</sup>.

Quanto ai diversi corollari del principio di legalità, invece, pare che un'analisi analitica dei singoli sotto-principi risulti superflua – se non addirittura ridondante – ai fini della presente trattazione. Piuttosto, pare utile insistere sul focus della ricerca e, quindi, ricordare come ciascun corollario poggi su una pluralità di *rationes* che ne giustificano la previsione: ricondurre, ad esempio, il principio di determinatezza-tassatività alla sola necessità di rispettare la separazione tra poteri, quale pietra angolare dell'ordinamento democratico, manca di considerare il profilo soggettivo di tali garanzie. In altri termini, è altresì da valorizzare la impossibilità per il singolo destinatario della previsione di comprenderne la portata – e indirizzare di conseguenza il proprio comportamento in ossequio al principio di autodeterminazione – in presenza di espressioni testuali tanto vaghe quanto indecifrabili oppure qualora l'autorità giudiziaria si ritrovi a indulgere in interpretazioni analogiche se non, addirittura, creative del testo di legge<sup>42</sup>.

Del resto, è la stessa Corte Costituzionale ad affermare che «il principio di tassatività soddisfa plurime e connesse istanze: quella di circoscrivere “il ruolo creativo dell'interprete”, in omaggio al principio della divisione dei poteri, scongiurando la transizione dallo “Stato delle leggi” allo “Stato dei giudici”<sup>43</sup>; quella di presidiare la libertà e la sicurezza del cittadino, il quale può conoscere, in ogni momento, cosa gli è lecito e cosa gli è vietato soltanto alla stregua di leggi precise e chiare, contenenti direttive riconoscibili di comportamento»<sup>44</sup>.

Nondimeno, a fronte della “crisi” in cui è scivolato l'ideale tradizionale del *nullum crimen*<sup>45</sup>, numerosi sono gli autori che si sono impegnati a vagliare tale fronte allo scopo di

---

<sup>41</sup> G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, cit., p. 1276, secondo cui «l'entrata in crisi della ratio democratica della riserva di legge costituisce il riflesso – nel settore specifico del diritto penale – della più generale crisi della democrazia».

<sup>42</sup> M. DONINI, *Europeismo giudiziario*, cit., p. 208 s. Meno condivisibile, invero, pare la riflessione compiuta dall'A. secondo cui identificare la *ratio* del divieto di analogia nel mero rispetto della volontà parlamentare sarebbe contraddittorio giacché il metodo interpretativo analogico attraverso lo strumento della *eadem ratio* si propone proprio di colmare le lacune ricostruendo la volontà legislativa in riferimento alle singole previsioni (analogia *legis*) ossia ai principi (analogia *iuris*). Non si vede, infatti, come sia possibile escludere da tale meccanismo ermeneutico la componente discrezionale del giudice non solo nel valutare le ipotesi in cui sia da applicare detta analogia, bensì, pure, nell'individuare i parametri cui raffrontare la lacuna. Sembra, piuttosto, inevitabile una sostituzione de facto tra l'organo giudicante e il legislatore quanto alle scelte di politica criminale che governano, nel tempo, l'andamento della singola fattispecie.

<sup>43</sup> Per approfondire l'analisi della distinzione tra “Stato delle leggi” e “Stato dei giudici” si rinvia a N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in A. Carleo (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2017, p. 25;

<sup>44</sup> Il riferimento è alla decisione 30 luglio 2008 (dep. 01/10/2008), n. 327, § 1.1.

<sup>45</sup> Sul punto, già nel 2006 il Professor Palazzo scriveva in relazione al monopolio del Parlamento rispetto all'esercizio della funzione incriminatrice che «la dimensione così “rivoluzionaria” e “giacobina” della legalità

individuare le cause e prospettare rimedi capaci di placare, al più presto, i contrasti<sup>46</sup>. Con riferimento alle ragioni di un simile fenomeno, infatti, si suole citare, in via ricognitiva, la tendenziale globalizzazione del diritto, il rafforzarsi di modelli di tutela “multilivello” che attribuiscono crescente rilievo alle fonti sovranazionali<sup>47</sup>, il ruolo preponderante assunto dagli atti dell’esecutivo, la scarsa qualità del dibattito parlamentare preda della “dittatura della maggioranza”<sup>48</sup>, nonché il ruolo da co-protagonista assunto dalla giurisprudenza entro il paradigma di *civil law*<sup>49</sup>. Proprio quest’ultimo aspetto, come osservato in precedenza, giustifica il raffronto con il modello di *common law* in punto di prevedibilità allo scopo di apprezzare il livello di convergenza tra i due ordinamenti e trarre (eventualmente) beneficio dalla esperienza ultrasecolare maturata oltremarina rispetto al *judge-made law*.

D’altro canto, si è affermato che la stessa scarsa qualità con cui sono redatte le disposizioni incriminatrici – spesso costellate di espressioni ambigue o imprecise se non, finanche, in palese contraddizione interna – abbia con il passare del tempo indotto la giurisprudenza al ruolo di supplente. In altri termini, i giudici, impossibilitati al *non liquet* riguardo alla vicenda contingente, sono stati costretti ad assumere la responsabilità di scelte politiche di cui il Parlamento aveva più o meno consapevolmente rifiutato di farsi carico. Un simile atteggiamento “interventista” da parte della giurisprudenza incoraggerebbe, poi, il torpore legislativo: la assunzione di scelte invise al corpo elettorale<sup>50</sup> viene strategicamente rimandata alla successiva fase di interpretazione e applicazione del testo di legge così che

---

penale trova attualmente delle difficoltà di adattamento nell’odierna realtà non solo di *common law*, ove peraltro il ruolo della legge parlamentare come fonte penale è diventato molto importante e pressoché protagonista»: Id., voce *Legalità (dir. pen.)*, p. 3375 s.

<sup>46</sup> Per approfondire lo studio della “crisi” che attraversa il principio di legalità, si veda, *inter multis*, M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in *Enc. dir.*, Ann. VI, Milano, Giuffrè, p. 371 ss.; P. FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, cit., p. 1269 ss.; V. MANES, *Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 3, 2017, p. 955 ss.; G. INSOLERA, *Oltre il giardino*, in *Ind. Pen.*, 1, 2018, p. 1 ss. In particolare, il Professor Palazzo distingue una crisi filosofica, una giuridica a una istituzionale del principio in parola: Id., *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio ‘fondamentale’*, in *Quad. fiorentini*, 2007, p. 1286 ss.

<sup>47</sup> Ordinamenti “senza codice” per citare la felice immagine di C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, Giuffrè, 2007, in ptc. p. 227 ss. Per approfondire, poi, con riguardo all’incidenza del diritto europeo e ai conseguenti limiti imposti al Parlamento nazionale in materia penale: L. SIRACUSA, *La trasfigurazione del principio di legalità penale statale nel prisma del diritto europeo*, in F. Viola (a cura di), *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, cit., p. 114 ss.

<sup>48</sup> G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, cit., p. 1259.

<sup>49</sup> Del resto, la interpretazione giurisprudenziale che fino a ieri rappresentava una “appendice” estranea al procedimento di formazione della norma si tramuta non solo in una componente interna bensì nella più rilevante, capace di seguire il flusso generato da una realtà pluralista e plurale: P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., p. 81.

<sup>50</sup> Con riguardo alla distinzione tra “democrazia maggioritaria” e “democrazia critica”, cioè a dire, alla opportunità che il legislatore non recepisce passivamente la *voluntas* popolare ma indirizzi la propria attività al rispetto dei principi costituzionali: G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, cit., p. 1262.

sia da biasimare al più non il legislatore ma il giudice<sup>51</sup>. Un vortice infinito e indefinito in cui nessuno ha niente da perdere dal momento che la maggioranza non si “macchia” con scelte impopolari e il potere giudiziario è – né potrebbe essere altrimenti – immune da qualsiasi forma di responsabilità politica<sup>52</sup>. Eppure, forse, è possibile individuare più di una parte sconfitta: *in primis*, il destinatario della norma cui è sottratta la possibilità di conoscerla *ex ante* e, quindi, di scegliere liberamente come comportarsi. In secondo luogo, lo stesso Parlamento che a furia di rinunciare a scegliere rischia di venire gradatamente esautorato dai compiti che gli sono propri, con l’inevitabile compromissione delle dinamiche su cui poggia l’assetto costituzionale.

Peraltro, è proprio con riguardo alla crescente importanza assunta dalla giurisprudenza nell’ordinamento italiano<sup>53</sup> che si è diffusa l’espressione legalità “allargata”<sup>54</sup>, fino a considerare le decisioni del Giudice di legittimità, in particolare se a Sezioni Unite, come fonte di “interpretazione autentica” del formante legislativo<sup>55</sup>. Di talché, l’attività dell’interprete si pone in possibile contrasto non solo con la garanzia della riserva di legge bensì, pure, con il principio di tassatività<sup>56</sup>, in relazione alla separazione tra poteri stabilita dalla Costituzione.

Sul punto, è stato eloquentemente affermato che «[...] tra *legis-latio* e *iurid-dictio* si smarriscono i confini: il potere (di decidere) fa aggio sul dovere (di limitarsi ad ascrivere significati da applicare). Con conseguenze assai gravi sul [...] piano della forma di governo (si smarrisce ogni senso della distinzione delle funzioni costituzionali e l’interprete “cesserà di essere interprete e diventerà qualcos’altro: diventerà un rappresentante”) e su quello della forma di Stato (i diritti e i doveri non sono più nella disponibilità dei cittadini, capaci di darsi le costituzioni e le leggi che – nei limiti consentiti dal giuoco della rappresentanza – vogliono, ma di un’aristocrazia di guardiani)»<sup>57</sup>.

---

<sup>51</sup> P. FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, cit., p. 1269, ove l’A. arriva a riferire all’interprete una «funzione nomopoietica».

<sup>52</sup> Al contrario del Parlamento i cui lavori hanno acquisito a vantaggio dei cittadini un inedito grado di trasparenza attraverso l’utilizzo di internet e dei nuovi strumenti di accesso ai dibattiti parlamentari.

<sup>53</sup> Invero, è stato osservato che è più corretto fare riferimento non alla giurisprudenza bensì alla giurisdizione, quale potere di *ius dicere*: G. GORLA, voce *Giurisprudenza*, cit., p. 490; così pure A. DI PORTO, *Calcolo giuridico secondo la legge nell’età della giurisdizione. Il ritorno del testo normativo*, in A. Carleo (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, cit., p. 119, in ptc. p. 123 ss.

<sup>54</sup> A. DI MARTINO, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in *Criminalia*, 2014, p. 98.

<sup>55</sup> A. CADOPPI, voce *Giurisprudenza e diritto penale*, cit., in ptc. p. 423.

<sup>56</sup> Sul punto, si veda M. DONINI, *Europeismo giudiziario*, cit., p. 53 ss. Per approfondire con riferimento all’orientamento secondo cui la giurisprudenza finisce per rivestire il ruolo di “fonte-fatto” si rinvia alla ricostruzione di M. TARUFFO, voce *Giurisprudenza*, in *Enc. giur.*, Treccani, formato digitale.

<sup>57</sup> M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir.*, Ann. IX, Milano, Giuffrè, 2016, p. 434.

D'altro canto, è lo stesso Parlamento che valorizza tale nodo problematico laddove decide di applicare anche alla materia penale<sup>58</sup> quanto stabilito, per il processo civile, dall'art. 374, comma 3, c.p.c.<sup>59</sup>. Ne deriva l'urgenza di approfondire lo studio di tale tematica così da valutare se il *novum* legislativo sia in grado di riallineare un certo "interventismo giurisdizionale" con i principi costituzionali nonché con le ultime decisioni adottate sul punto a livello sovranazionale<sup>60</sup>.

Peraltro, a fronte di tale situazione di crisi, una parte della dottrina ha prospettato di vagliare le assonanze tra l'accezione liberal-garantistica di legalità<sup>61</sup> e il *rule of law*, il quale include componenti di particolare interesse per tentare una via d'uscita dalla fase di transizione in cui muoviamo<sup>62</sup>. Al fine di assicurare la dignità e la libertà di scelta dei destinatari delle singole previsioni, infatti, il *rule of law* – secondo la accezione formale di cui si dirà più approfonditamente in seguito (cfr. *infra* II, 2, § 1 ss.) che si è sviluppata entro un contesto liberal-democratico<sup>63</sup> – impone di stabilire regole chiare e puntuali per governare l'agire umano ed evitare abusi da parte della sfera pubblica. Tali regole sono estremamente simili a quelle riconducibili alla nozione formale di legalità (cfr. paragrafo che segue) atteso che ricomprendono chiarezza e pubblicità della norma incriminatrice, la presunzione di non retroattività, la tendenziale stabilità nel tempo del precetto<sup>64</sup>, la coerenza e la esigibilità della condotta illecita, nonché la uniforme applicazione delle sanzioni da parte degli organi

---

<sup>58</sup> Per approfondire l'analisi della c.d. riforma Orlando, si rinvia fin da subito alle prime riflessioni formulate da M. GIALUZ-A. CABIALE-J. DELLA TORRE, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3, 2017, p. 173 ss.

<sup>59</sup> In merito, si rinvia per i necessari approfondimenti agli studi di R. RORDORF, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, V, 2006, p. 279 ss., in ptc. p. 283 ss.; nonché di P. CURZIO, *Il giudice e il precedente*, in *Questione giustizia*, 4, 2018, p. 43. Una previsione analoga, invero, disciplina pure il rito amministrativo ex art. 99, comma 3, d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

<sup>60</sup> Sul rapporto tra giurisdizioni nazionali e sovranazionali in materia penale, si veda, *inter multis*, V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, Dike, 2012, p. 10 ss. nonché ID., *Il diritto penale nel prisma del 'dialogo tra le corti'*, in C. E. Paliero-S. Moccia-G. De Francesco-G. Insolera-M. Pelissero-R. Rampioni-L. Riscato (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente delle fonti penali"*, Napoli, ESI, 2016, p. 193 ss.

<sup>61</sup> Si veda, per approfondire, G. MARINI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, cit., p. 951.

<sup>62</sup> G. PINO, *Legalità penale e rule of law*, in G. Pino-V. Villa (a cura di), *Rule of law. L'ideale della legalità*, cit., p. 178 ss., ove l'A. riflette sul fatto che la dottrina penalistica italiana è solita valorizzare la connessione tra il principio di legalità e i valori democratici, ossia il fine garantistico del *nullum crimen*, tralasciando di considerare i condizionamenti esercitati sulla legalità penale dal *rule of law*. Una simile concezione, del resto, parrebbe maggiormente in linea con l'idea convenzionale di legalità (cfr., *ivi*, in ptc. p. 180 s.).

<sup>63</sup> Non deve trascurarsi, infatti, la possibilità che un certo ordinamento pur aderendo ai requisiti imposti dal *rule of law* formale si doti di norme persecutorie, discriminatorie, capaci di generare fenomeni addirittura di segregazione sociale: *Ivi*, p. 215.

<sup>64</sup> Con riferimento, invero, alla rapidità del mutare della legislazione negli ultimi anni quale prodotto del c.d. decisionismo politico-legislativo – da contrapporre al c.d. decisionismo giudiziario che segna di regola il superamento dei limiti costituzionali imposti al potere giudiziario: F. BILANCIA, *Giudici e legislatori*, in *Dir. pubb.*, 2, 2016, p. 573.

competenti<sup>65</sup>. Sul punto, pare necessario osservare fin d'ora che maggiori differenze si riscontrano tra l'ordinamento di *civil law* e quello di *common law* rispetto al principio della *ignorantia legis* come si metterà in luce a breve (cfr. *infra* II, 2, § 2.1.1). In ragione di tali premesse, si arriverà a sostenere che la legalità penale rappresenta – o forse sarebbe meglio dire dovrebbe rappresentare – la massima estrinsecazione dei principi del *rule of law* formale e che, anzi, detta attitudine è necessaria per assicurare ai destinatari delle norme incriminatrici non tanto la correttezza entro il processo di formazione del precetto quanto la stessa accessibilità e conoscibilità *ex ante* della fattispecie. In tal senso, infatti, è stato evidenziato il graduale indebolimento delle garanzie offerte dal procedimento parlamentare in ragione dell'affermarsi di modelli elettorali maggioritari – che, quindi, enfatizzano la omogeneità tra governo e Parlamento, da un lato, e riducono la utilità del dibattito in aula, dall'altro – nonché l'incentivo nei confronti della legislazione delegata, la quale lascia inevitabilmente un certo margine di discrezionalità allo stesso potere esecutivo<sup>66</sup>. In tale contesto, quindi, la protezione nei confronti dell'individuo che può trarsi dalla legalità penale sarebbe meglio si dirigesse sul versante del *rule of law* inteso in senso formale, attribuendo primario rilievo, appunto, alla accessibilità e conoscibilità del precetto<sup>67</sup>.

### 1.1.1 Legalità formale e legalità sostanziale

Tra le diverse distinzioni sistematiche ricondotte al principio di legalità, si è scelto di approfondire il binomio tra la nozione formale e sostanziale del *nullum crimen* per tentare di fornire un adeguato inquadramento del tema oggetto del paragrafo che segue, trattandosi di nozioni imprescindibili per mettere in relazione lo studio della legalità continentale con il *rule of law* anglosassone.

---

<sup>65</sup> G. PINO, *Legalità penale e rule of law*, in G. Pino-V. Villa (a cura di), *Rule of law. L'ideale della legalità*, cit., p. 213.

<sup>66</sup> Ivi, p. 226 ss.

<sup>67</sup> Ivi, p. 229 ss. L'A. suggerisce per raggiungere un simile obiettivo che il legislatore utilizzi un linguaggio, anche tecnico, ma comprensibile per gli operatori di un determinato settore che siano i (potenziali) destinatari delle singole sanzioni; concentri le fattispecie in una unica *sedes* – valutando con favore il progetto della c.d. "riserva di codice"; riduca le fattispecie alle sole ipotesi caratterizzate da effettivo disvalore, depenalizzando gli illeciti artificiali. Al contempo, l'autorità giudiziaria è necessario che preferisca forme di interpretazione letterale – e quindi più vicine alle aspettative del cittadino che sia in gradi di accedere autonomamente al testo di legge – piuttosto che sforzarsi in interpretazioni teleologiche, sistematiche o adeguatrici. È altrettanto importante il mantenimento nel tempo di un certo orientamento, così da garantire stabilità al diritto vivente. Al pari, la Consulta dovrebbe con maggior coraggio accogliere le questioni di incostituzionalità che hanno a parametro l'art. 25, comma 2, Costituzione: il vuoto normativo generato nel breve periodo, potrebbe nel medio periodo spingere il legislatore a migliorare la qualità delle disposizioni.

Con riferimento alla nozione formale di legalità<sup>68</sup>, quindi, pare innanzitutto utile considerare l'approccio dualistico secondo cui la legge è da intendere, da un lato, come atto e, dall'altro, come prodotto del procedimento parlamentare<sup>69</sup>. Su quest'ultimo aspetto, non sembra opportuno ripetere le considerazioni formulate nel precedente paragrafo. È, invece, interessante soffermarsi sulla "legge-atto" quale previsione tendenzialmente<sup>70</sup> generale e astratta, puntualmente pubblicata secondo stringenti regole procedurali, sottoposta al controllo di legittimità da parte della Corte costituzionale<sup>71</sup> e, almeno di regola, stabile nel tempo – a maggior ragione rispetto alle disposizioni inserite nella sistematica di un codice<sup>72</sup>. Detto altrimenti, tanto il procedimento di formazione della disposizione quanto le caratteristiche che le sono proprie rappresentano un argine irrinunciabile per limitare l'esercizio arbitrario del potere punitivo. Oltre i limiti formali, poi, il contenuto delle previsioni penalistiche è naturalmente inciso dall'operare di altri principi costituzionali che orientano il *ius puniendi* verso le ipotesi di effettiva o potenziale lesione di beni giuridici meritevoli di tutela, in ossequio al principio di frammentarietà ed *extrema ratio*. Sul punto, d'altro canto, una parte della dottrina ha affermato la possibilità che lo stesso principio di

---

<sup>68</sup> Dai sistemi a legalità formale, poi, sono da tenere distinti i sistemi a legalità sostanziale ossia quegli ordinamenti in cui la nozione di legge penale ha «ad oggetto più che la "legge" intesa quale atto-fonte, la "legge" quale volontà politica (della comunità, del capo...) produttrice delle norme penali»: F. PALAZZO, voce *Legge penale*, cit., p. 341. Per approfondire, poi, con riferimento al modello socialista si veda S. DE SANCTIS, *La nozione materiale del reato e la concezione di «legalità sostanziale» nel sistema penale dei paesi socialisti. Aspetti problematici e rilievi critici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 1986, p. 866 ss. Quanto alla nozione materiale di reato si veda, poi, G. VASSALLI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, cit., p. 282, secondo cui «principio di legalità sostanziale (o materiale) starebbe a significare che reati debbono essere considerati i fatti socialmente pericolosi, anche se non espressamente previsti dalla legge e che ad essi vanno applicate le pene adeguate allo scopo. Esso esprimerebbe una "scelta politica collettivistico-utilitaristica a favore della difesa sociale" ma anche l'esigenza di una più sostanziale e reale giustizia». L'A. ivi riflette sul fatto che la nozione sostanziale di legalità non è a priori contrapposta al *nullum crimen*: gli istituti che escludono l'intervento della sanzione penale pur a fronte di un fatto tipico, colpevole e antiggiuridico in quanto si tratti di una condotta per nulla o poco offensiva, di irrilevante disvalore – il Professore cita l'esempio del diritto penale minorile, oggi si potrebbe pensare all'art. 131-bis c.p. – richiamano, *de facto*, la medesima *ratio*.

<sup>69</sup> G. PINO, *Legalità penale e rule of law*, in G. Pino-V. Villa (a cura di), *Rule of law. L'ideale della legalità*, cit., p. 191 ss.

<sup>70</sup> Per approfondire con riguardo alle norme che manchino del carattere di generalità e astrattezza – solo si pensi al celebre caso delle leggi-provvedimento, previsioni formalmente normative ma sostanzialmente amministrative.

<sup>71</sup> Con riferimento ai principi impliciti, immanenti nel sistema, che devono sovraintendere alla fase di ideazione delle disposizioni incriminatrici allo scopo di costruire il tipo legale, ritagliando le tipologie offensive che possono ricondursi a una componente omogenea di disvalore, si veda F. PALAZZO, voce *Legge penale*, cit., p. 342, ove l'A. precisa che la scelta del tipo permette, da un lato, alla norma di «funzionare come precetto» e, dall'altro, di assicurare la proporzione tra la gravità dell'illecito e la gravità della sanzione. D'altro canto, intendendo il principio di legalità come garanzia procedimentale non deve essere tralasciato il fatto che il controllo di costituzionalità permette di vagliare il contenuto della fonte incriminatrice rispetto alla complessità di parametri che orientano l'esercizio del potere punitivo entro un contesto democratico e garantista (Ivi, p. 344).

<sup>72</sup> G. PINO, *Legalità penale e rule of law*, in G. Pino-V. Villa (a cura di), *Rule of law. L'ideale della legalità*, cit., p. 192.

legalità possa incidere sul reato in termini contenutistici<sup>73</sup>: il dibattito parlamentare assicura di per sé l'intervento del potere punitivo nei casi di effettiva necessità, vale a dire secondo il canone del "minimo sacrificio necessario"<sup>74</sup>. Altrettanto inevitabile – a fronte dello spettacolo che si consuma ogni giorno innanzi a chi si renda spettatore delle vicende parlamentari – è riscontrare come tale intervento sul contenuto del precetto rappresenti al più un auspicio o l'individuazione del "dover essere", che rimane tuttavia in gran parte annichilito all'atto pratico.

Con particolare riferimento ai limiti della legalità formale in prospettiva empirica, è innanzitutto utile ribadire che il *nullum crimen* si estende fino a includere – nella sua accezione ristretta – tanto il precetto quanto la sanzione<sup>75</sup>. Eppure, è noto, la pena non è tendenzialmente cristallizzata dal legislatore quale pena fissa. Al contrario, il margine edittale indicato nel testo di legge permette al giudice di calibrare, in concreto, il *quantum* necessario per assicurare la rieducazione del reo in ragione delle particolarità del caso concreto. Ebbene, non pare residuo dubbi sulla piena compatibilità di un simile meccanismo rispetto ai principi costituzionali: è evidente che in tale prospettiva il *nullum crimen* subisce una menomazione, nondimeno si tratta di una menomazione necessaria per assicurare la individualizzazione della sanzione, in ossequio al principio personalistico che impinge di sé la Carta fondamentale, permettendo che la discrezionalità della autorità giudiziaria si renda strumento capace di piegare la pena al fine rieducativo<sup>76</sup>.

Tornando, invece, all'approccio sostanzialistico, occorre in prima battuta ricordare la distinzione tra la nozione "realistica" e "materiale" di illecito penale<sup>77</sup>, riferite alla sanzionabilità del fatto non per la mera possibilità di sussumerlo in una fattispecie tipica bensì per l'accertata offesa o messa in pericolo dell'interesse, rispettivamente, previsto dalla

---

<sup>73</sup> Sul punto, invero, si è affermato che nonostante sia «incontestabile» il carattere formale del contributo offerto dal principio di legalità sul piano delle garanzie, occorre tenere a mente che il monopolio parlamentare di per sé permette di evitare che altri organi adottino soluzioni incriminatrici non coerenti con l'elevato grado di incisività della sanzione penale e, al contempo, di selezionare gli interessi meritevoli di protezione penale «astenersi dal configurare reati di portata bagatellare»: F. PALAZZO, voce *Legalità (dir. pen.)*, cit., p. 3374.

<sup>74</sup> G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, cit., p. 1251: «il procedimento legislativo appare lo strumento potenzialmente più adeguato a garantire il bene della libertà personale sotto più profili concorrenti: da un lato, potendosi presumere che il Parlamento, quale organo rappresentativo della volontà popolare, ricorra alla coercizione penale soltanto in vista della tutela di interessi rilevanti per la collettività». In tal senso, si veda, pure, A. GAMBERINI, *La riserva di legge tra ordinamento nazionale e sovranazionale*, in G. Insolera-N. Mazzacova-M. Pavarini-M. Zanotti (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, I, Torino, Giappichelli, 2012, p. 134.

<sup>75</sup> F. PALAZZO, voce *Legalità (dir. pen.)*, cit., p. 3374.

<sup>76</sup> Ibid.

<sup>77</sup> Tale nozione, invero, porta con sé la eco terribile di ordinamenti "liberticidi", ideati allo scopo di soffocare le libertà individuali dovendo il singolo agire come strumento a servizio della collettività: Quanto al regime nazista è noto l'intervento sul Codice penale del 1871 allo scopo di modificare il *nullum crimen* stabilendo che commettesse reato chiunque agisse in violazione del «sano sentimento popolare». Con riferimento al regime sovietico, invece, l'art. 6 del Codice della repubblica russa del 1922 prevedeva che il reato era da intendere come «azione o omissione socialmente pericolosa, minacciante le basi dell'ordinamento sovietico e l'ordine giuridico istituito dal regime degli operai e dei contadini per il periodo di transizione verso l'attuazione del comunismo»: per approfondire, si veda G. VASSALLI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, cit., p. 291.

norma incriminatrice o dalla fonte extrapenale<sup>78</sup>. La nozione sostanzialistica, invece, allude alla indagine sulle ragioni della incriminazione, «ai motivi che inducono il legislatore a configurare un fatto illecito penale»<sup>79</sup>. Ebbene, lo stesso ordinamento italiano – pur naturalmente votato a un modello formale di legalità – contempla istituti la cui *ratio* è, in un certo qual modo, affine alla prospettiva sostanzialistica: solo si pensi alla possibilità di escludere la sanzione per la condotta tipica e colpevole posta in essere dal minore laddove si riscontri la scarsa afflittività del comportamento<sup>80</sup>. Al pari, volgendo lo sguardo alle riforme più recenti, la stessa introduzione della causa di esclusione della punibilità di cui all'art. 131-bis c.p.<sup>81</sup> poggia sull'esigenza di valutare la offensività dell'atto tipico, realizzandosi un'ipotesi di depenalizzazione in concreto qualora il giudice non avverta la pericolosità della violazione e, di conseguenza, la meritevolezza dell'intervento sanzionatorio.

Tanto premesso, la nozione sostanziale di legalità è stata riportata in auge da quel «salto culturale»<sup>82</sup> che trova origine nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Il diritto internazionale, infatti, svincolato dalle limitazioni imposte dai confini della struttura costituzionale, intende la legalità non già come selezione delle fonti di riferimento bensì come accessibilità e prevedibilità del precetto<sup>83</sup>. In aggiunta, il *nullum crimen* ha trovato espressa previsione entro la Carta di Nizza<sup>84</sup> ponendo le basi per la costruzione, per il tramite del principio di equivalenza, di un vero e proprio standard minimo europeo, comune ai Paesi della Unione in punto di garanzie connesse alla legalità<sup>85</sup>. Di qui, il rafforzamento esponenziale dell'attitudine sostanziale, che guarda alla norma incriminatrice quale prodotto della interpretazione del testo di legge, e, quindi, l'accentuarsi della graduale messa in ombra del Parlamento finanche sul piano della politica criminale<sup>86</sup>.

---

<sup>78</sup> F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo dig. it.*, XIX, Torino, Utet, 1973, p. 12.

<sup>79</sup> *Ibid.*, ossia l'offesa o messa in pericolo di un «valore costituzionalmente rilevante», p. 17.

<sup>80</sup> F. PALAZZO, voce *Legalità (dir. pen.)*, cit., p. 3374.

<sup>81</sup> La disposizione *de quo* è stata introdotta dall'art. 1, comma 2, d. lgs. 16 marzo 2015, n. 28.

<sup>82</sup> L'espressione è oggetto di discussione da parte dei Professori Palazzo e Viganò nelle pagine di F. PALAZZO-F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, cit., p. 27 s.

<sup>83</sup> Per approfondire, si veda F. PALAZZO, voce *Legalità (dir. pen.)*, cit., p. 3376.

<sup>84</sup> Quanto alle ricadute sull'ordinamento penale interno della entrata in vigore della Carta di Nizza, si rinvia a S. MANACORDA, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e la CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, in V. Manes-V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 153 ss.

<sup>85</sup> Con particolare riferimento all'estensione della competenza penale in ambito europeo nonché alle conseguenze in punto di legalità, si veda V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 108 ss. nonché A. BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quad. cost.*, 2009, p. 43; G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione europea*, in *Scritti in onore di Mario Romano*, cit., p. 2326 ss. Quanto, poi, al rapporto tra CEDU e Carta di Nizza in riferimento alla legalità penalistica, si richiama, *inter multis*, O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, cit., p. 2211.

<sup>86</sup> In relazione agli effetti del riconoscimento europeo della garanzia di legalità sulla separazione tra poteri degli Stati Membri, ossia sul graduale indebolimento del ruolo e della responsabilità del Parlamento per le scelte di politica criminale, si rinvia alle riflessioni di S. MANACORDA, *Le garanzie penalistiche nei rapporti con il*

In ragione di tali presupposti, sembra opportuno soffermarsi ulteriormente sul principio di legalità in ambito europeo così da poter meglio cogliere le ricadute di un simile approccio sull'ordinamento interno.

### 1.1.2 La CEDU e il "diritto vivente"

Evitando di indulgere in nozioni ormai note<sup>87</sup>, l'intento è quello di raccogliere alcuni decisivi passaggi che hanno segnato la giurisprudenza della Corte di Strasburgo allo scopo di meglio inquadrare – si spera – le riflessioni che seguono in punto di prevedibilità.

D'altro canto, non v'è chi non veda che la sussistenza dei requisiti qualitativi del principio di legalità dipende, ai sensi dell'art. 7 CEDU, dalla chiarezza del testo legislativo tanto quanto dalla attività interpretativa dell'autorità giudicante<sup>88</sup>. I giudici convenzionali<sup>89</sup>, infatti, negano che il paradigma di *common law*, al pari di quello di *civil law*<sup>90</sup>, si risolva in un novero immutato di norme<sup>91</sup> e, al contempo, riconoscono il rilievo decisivo che assume la graduale evoluzione nel tempo dei diversi precetti<sup>92</sup>. Nel dettaglio, è compito proprio del formante giurisprudenziale appianare in via interpretativa le incertezze semantiche

---

*diritto dell'unione e il problematico ricorso al rinvio pregiudiziale: una lettura contestualizzata del caso Taricco*, in *Cass. pen.*, 9, 2016, p. 3488B ss.

<sup>87</sup> Per approfondire in punto di legalità convenzionale, si veda, in particolare, A. BERNARDI, voce *Art. 7*, in S. Bartole, B. Conforti e G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2001, p. 263 ss.; V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità in materia penale*, in V. Manes-V. Zagrebelsky *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 101 ss.; V. MANES, voce *Art. 7*, cit., p. 258 ss.; M. M. SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in C.E. Paliero-F. Viganò (a cura di), *Europa e diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 226 ss.; F. MAZZACUVA, voce *Art. 7*, in G. Ubertis - F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016, p. 236 ss.

<sup>88</sup> Corte EDU, 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*, § 52. Così, pure, *inter multis*, Corte Edu, 11 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*, § 29; 22 giugno 2000, *Coëme et al. c. Belgio*, § 145. Quanto, poi, al sistema di *common law*, pare interessante soffermarsi su quanto affermato dai giudici di Strasburgo nella pronuncia Corte Edu, 30 marzo 1989, *Chappel c. Regno Unito*. Il caso riguardava una misura preventiva applicata nei procedimenti civili (c.d. *Anton Piller order*) posta a protezione del diritto di proprietà; con riguardo al profilo della legalità, la Corte osservava che i requisiti applicativi di tale strumento preventivo erano sì disciplinati dal *common law* ma con «sufficient precision for the 'foreseeability' criterion to be regarded as satisfied» (§ 56).

<sup>89</sup> Quanto alla possibilità di individuare la stessa Corte di Strasburgo quale «Corte del precedente» in relazione agli Stati firmatari: M. TARUFFO, *Aspetti del precedente giudiziale*, in *Criminalia*, 2014, p. 46.

<sup>90</sup> Con riguardo all'influenza della giurisprudenza sovranazionale rispetto agli ordinamenti di *civil law*, si veda F. PALAZZO, voce *Legalità (dir. pen.)*, cit., p. 3375-3376; V. MANES, *Il diritto penale nel prisma del "dialogo tra le corti"*, in C. E. Paliero, S. Moccia, G. A. De Francesco, G. Insolera, M. Pelissero, R. Rampioni and L. Risicato (ed.), *La crisi della legalità. Il 'sistema vivente delle fonti penali'*, cit., p. 201 ss.

<sup>91</sup> V. MANES, *Art. 7*, cit., p. 279.

<sup>92</sup> J. HORDER, *Criminal Attempt, the Rule of Law and Accountability in Criminal Law*, in L. Zedner e J. V Roberts (eds), *Principles and values in criminal law and criminal justice*, Oxford University Press, 2012, p. 41 ss. Sul punto, l'A. richiama le considerazioni di R. DWORKIN, *Law's Empire*, 1986, Harvard University Press, p. 48 ss., secondo cui ogni interpretazione che incide sulla forma del testo, a sua volta, incoraggia ulteriori successive interpretazioni in un moto continuo in cui «each step in the progress is interpretative of what the last achieved».

riconducibili al precetto parlamentare o *judge-made*, nonché incidere sulla interpretazione delle regole che governano la società al variare dei referenti storico-sociali<sup>93</sup>.

Su un primo versante, infatti, il *nullum crimen* non osta all'intervento della autorità giudicante che chiarisca il significato da attribuire a una certa disposizione – ancorché variandone nel tempo il portato applicativo – a condizione che la lettura evolutiva della previsione afflittiva rispetti la *ratio* dell'offesa e, quindi, sia ragionevolmente prevedibile<sup>94</sup>. In questa prospettiva, non v'è dubbio che l'effettiva applicazione del principio di prevedibilità sia, in ultima analisi, condizionata dalla precisione e dal consolidamento della giurisprudenza sorta a margine di un dato precetto<sup>95</sup>. Ne deriva che – ad avviso della Corte di Strasburgo<sup>96</sup> – la garanzia del *fair trial* non è di per sé violata dal mero mutamento interpretativo, trattandosi di una componente intrinseca di ciascun modello giuridico<sup>97</sup>.

Nondimeno, il principio del giusto processo impedisce che si protraggano nel tempo contrasti interpretativi “significativi e consistenti” in presenza di tre condizioni: 1) qualora lo Stato firmatario non disponga di rimedi astrattamente idonei a risolvere la disputa; 2) non si sia attivato tempestivamente in detta direzione; 3) non sia in grado di assicurare un esito efficace<sup>98</sup>. D'altro canto, laddove la antinomia ermeneutica non trovasse soluzione dopo un certo intervallo di tempo, sussisterebbe il pericolo di non riuscire neppure a prevedere la qualificazione giuridica di un certo comportamento<sup>99</sup>, osteggiando l'esercizio del diritto di

---

<sup>93</sup> F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, in *Dir. pen. cont.*, 5 aprile 2017. A riprova delle finalità che deve perseguire l'intervento giurisprudenziale in materia penale, si veda la pronuncia della Corte EDU, 17 ottobre 2017, *Navalnyye c. Russia*, § 55, che riconosce all'unanimità la violazione del *nullum crimen*. In merito, S. BERNARDI, *Una nuova pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di imprevedibilità della condanna penale: il caso Navalnyye c. Russia*, in *Dir. pen. cont.*, 16 gennaio 2018.

<sup>94</sup> Corte Edu, *S. W. c. Regno Unito*, cit., § 36. Al riguardo, del resto, il paradigma di ragionevolezza ermeneutica identifica uno dei parametri di riferimento per saggiare la valutazione di prevedibilità della materia penale: A. BERNARDI, voce *Art. 7*, cit., p. 263 ss.

<sup>95</sup> A. CADOPPI, voce *Giurisprudenza e diritto penale*, cit., p. 421-423. In argomento, si veda pure F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2016, in ptc. pp. 6 e 7, nonché M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2007, p. 711 ss.

<sup>96</sup> Per approfondire i termini del rapporto che insiste tra il giudizio della Corte di Strasburgo e il formante giurisprudenziale: M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., p. 30 ss.

<sup>97</sup> Corte Edu, Grande Camera 20 ottobre 2011, *Nejdet Şahin e Perihan Şahin c. Turchia*, ric. n. 13279/05, ove la Corte, in prima battuta, precisa che rimane compito dei giudici nonché delle autorità nazionali risolvere i problemi legati alla interpretazione del diritto interno (§ 49); la Corte di Strasburgo, del resto, non può procedere alla mera comparazione di sentenze differenti pronunciate dalle Corti nazionali, dovendo proteggerne l'indipendenza (§ 50).

<sup>98</sup> Ivi, § 53, ove la Corte fa riferimento puntuale ai casi di «*profound and long-standing differences*» rispetto ai quali è necessario verificare «*whether the domestic law provides for a machinery capable of overcoming these inconsistencies, whether that machinery has been applied and, if appropriate, to what effect*». Così pure, più di recente, Corte Edu, 22 dicembre 2015, *Stanković and Trajković v. Serbia*, § 40 (pronuncia divenuta definitiva il 22 marzo 2016), su cui F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., p. 216 ss.

<sup>99</sup> A. BERNARDI, *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2002, p. 681 ss.

autodeterminazione riconosciuto in capo a ciascun individuo nonché in violazione della stessa *ratio* del principio di legalità<sup>100</sup>.

Con particolare riguardo all'ordinamento italiano, infatti, la continua contrapposizione tra antinomiche interpretazioni offerte dalla Corte di legittimità – pur a fronte della medesima disposizione – impedisce al destinatario del precetto di «esattamente calcolare gl'inconvenienti di un misfatto»<sup>101</sup>, incrinando con ogni probabilità il riferimento necessario al canone di eguaglianza giacché comportamenti eguali saranno subordinati perfino in chiave sincronica a diverse definizioni normative. Di qui, la necessità di individuare entro la sfera di giurisdizione interna rimedi in astratto e in concreto capaci di risolvere il contrasto, evitare potenziali violazioni della Convenzione e, soprattutto, scongiurare il rischio di eludere il fondamento del *nullum crimen* all'atto pratico. Che simili soluzioni richiedano lo sforzo congiunto di tutti e tre i poteri dello Stato pare inevitabile (cfr. *infra* II, 2, § 3)<sup>102</sup>. Meno scontato, invece, sembra l'interrogativo circa la necessità di mantenere il *focus* sul solo principio di legalità o, piuttosto, esaminare in prospettiva sinergica il rilievo assunto da altre garanzie rispetto alla risoluzione del nodo che ci occupa: primo tra tutti, il principio di colpevolezza.

## 1.2 Il principio di colpevolezza quale «secondo aspetto del principio, garantistico, di legalità»

Quanto all'esame di tale principio, pietra angolare del modello penale liberal-garantistico<sup>103</sup>, ci si limita a considerare solo alcuni aspetti rilevanti per saggiare il rapporto tra colpevolezza e *nullum crimen*, da intendere quale riconoscibilità della qualificazione giuridica di un fatto di reato.

---

<sup>100</sup> In questo senso, infatti, preme richiamare il caso *Contrada c. Italia*, su cui F. PALAZZO, *La sentenza «Contrada» e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. e proc.*, 9, 2015, p. 1066 ss.; O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2, 2015, p. 16 ss.; D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2, 2015, p. 47 ss.; M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1, 2016, p. 346 ss.; A. MANNA, *La sentenza Contrada ed i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?*, in *Dir. pen. cont.*, 4 ottobre 2016; N. RECCHIA, *La Corte di cassazione alle prese con gli effetti nel nostro ordinamento della decisione Contrada della Corte Edu*, in *Giur. it.*, 2017, p. 1205 ss.; C. SOTIS, «Ragionevoli prevedibilità» e giurisprudenza della Corte Edu, in *Questione giustizia*, 4, 2018, p. 76 ss.

<sup>101</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, in F. Venturi (a cura di), Torino, Einaudi, 1981, p. 17.

<sup>102</sup> Sul punto, si veda, per approfondire, G. PINO, *Legalità penale e rule of law*, in G. Pino-V. Villa (a cura di), *Rule of law. L'ideale della legalità*, cit., p. 228.

<sup>103</sup> S. CANESTRARI, *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova, 1989, p. 16.

In questa prospettiva, infatti, il perno intorno cui ruota la nozione di colpevolezza<sup>104</sup> rimane identificato, tuttora, nelle storiche decisioni del 1988, numero 364<sup>105</sup> e 1085<sup>106</sup>, ove la stessa Corte costituzionale, nel riconoscerne *expressis verbis* il rango costituzionale, ha individuato lo stretto legame con il principio di legalità<sup>107</sup>.

La Corte, infatti, puntualizzava, in prima battuta, che già sul finire degli anni '80 era da escludere una "coscienza comune" a sostegno dell'esercizio di potere punitivo:

[...] in tempi in cui le norme penali erano circoscritte a ben precisi illeciti, ridotti nel numero e, per lo più, costituenti violazione anche di norme sociali universalmente riconosciute, era dato sostenere la regolare conoscenza, da parte dei cittadini, dell'illiceità dei fatti violatori delle leggi penali; ma, oggi, tenuto conto del notevole aumento delle sanzioni penali, sarebbe quasi impossibile dimostrare che lo Stato sia effettivamente sorretto da una <coscienza comune> tutte le volte che <aggiunge> sanzioni a violazioni di particolari, spesso <imprevedibili>, valori relativi a campi, come quelli previdenziale, edilizio, fiscale ecc., che nulla hanno a che vedere con i delitti, c.d. naturali, di comune <riconoscimento> sociale<sup>108</sup>.

Affermazioni particolarmente attuali, oggi, ove più voci si levano contro l'odioso fenomeno della c.d. *overcriminalization*<sup>109</sup>.

In secondo luogo, poi, i giudici costituzionali si domandavano a quale *pro* servisse riconoscere la natura costituzionale del principio di colpevolezza ove, poi, si neutralizzasse

---

<sup>104</sup> Per approfondire con riferimento alla nozione psicologica e normativa, si veda D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, Giuffrè, 1976, p. 83 ss.

<sup>105</sup> Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364.

<sup>106</sup> Corte cost., 13 dicembre 1988, n. 1085. In argomento, altrettanto decisiva è la sentenza del 11 luglio 2007, n. 322, che per l'appunto dichiara la parziale illegittimità della assoluta irrilevanza in merito alla ignoranza dell'età del minore nei reati sessuali (art. 609-*sexies* c.p.). Come è stato puntualmente osservato, le affermazioni di principio dei giudici costituzionali hanno trovato pieno riscontro nella sentenza delle Sezioni Unite che ha imposto la responsabilità almeno per colpa *ex art. 586 c.p.*: 22 gennaio 2009, n. 22676, in *Cass. pen.* 12, 2009, p. 4564). La sentenza riguarda la responsabilità del cedente nei confronti dell'acquirente di sostanza stupefacente che perda la vita in ragione della assunzione e afferma la imputabilità dell'evento morte almeno in termini di violazione di norme di cautela nonché di prevedibilità ed evitabilità dell'evento: al riguardo, si rinvia alle riflessioni di D. PULITANÒ, *Personalità della responsabilità: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4, 2012, p. 1231 ss.

<sup>107</sup> Come è stato puntualmente osservato l'art. 27 Costituzione «proietta sull'intera cornice costituzionale dell'illecito penale un'idea di responsabilità radicata su di un profilo d'immediata valenza umanistica ed individuale, ossia la *personalità*»: S. CANESTRARI, *Il presupposto minimo della responsabilità penale colpevole: la colpa e la sua doppia misura*, in A. Zanotti (a cura di), *Il principio giuridico di responsabilità*, Bologna, 2014, p. 80.

<sup>108</sup> Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, cit., § 3, *Considerato in diritto*.

<sup>109</sup> Illuminante, sul punto, la ricostruzione monografica di D. HUSAK, *Overcriminalisation. The limits of criminal law*, New York, 2007, p. 32 ss. Con specifico riguardo alla esperienza italiana, invece, si rinvia, *inter multis*, alle riflessioni che, in merito, già formulava il Professor Stortoni all'indomani della pubblicazione della decisione in esame, Id., *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, II, 1988, p. 1319, nonché all'opera di F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, Il Mulino, 1990, p. 11, ove l'A. riconosce a fatica condotte che possano dirsi «con certezza estranee all'area di operatività del diritto penale» sicché «il diritto penale perde [...] il carattere di frammentarietà per diventare onnicomprensivo, totalizzante».

– attraverso un’accezione assolutistica della *ignorantia legis* – qualsivoglia verifica del rapporto tra soggetto e legge nonché, quindi, tra soggetto e fatto<sup>110</sup>:

*a che vale richiedere come essenziale requisito subiettivo (minimo) d’imputazione uno specifico rapporto tra soggetto ed evento, tra soggetto e fatto, quando ogni <preliminare> esame delle relazioni tra soggetto e legge e, conseguentemente, tra soggetto e fatto considerato nel suo <integrale> disvalore antiggiuridico viene eluso? E come è possibile risolvere i quesiti attinenti alla c.d. costituzionalizzazione (salve le osservazioni che, in proposito, saranno prospettate in seguito) del principio di colpevolezza, intesa quest’ultima come relazione tra soggetto e fatto, quando, non <rimuovendo> il principio d’assoluta irrilevanza dell’ignoranza della legge penale, sancito dall’art. 5 c.p., vengono <stroncate>, in radice, le indagini sulle metodiche d’incriminazione dei fatti e quelle sulla chiarezza e riconoscibilità dei contenuti delle norme penali nonché sulle <certezze> che le norme penali dovrebbero assicurare e, pertanto, sulle garanzie che, in materia, di libertà d’azione, il soggetto attende dallo Stato?<sup>111</sup>*

D’altro canto, la storia del principio dell’errore del diritto è la storia delle sue eccezioni<sup>112</sup> come magistralmente insegnano i giudici costituzionali nel ripercorrerne l’evoluzione dal diritto romano, al diritto canonico, alla modernità<sup>113</sup>.

Di talché, sia che lo si intenda come fondamento del potere punitivo sia come limite dello strumento penale, il principio di colpevolezza non può essere «condizionato, scambiato, sostituito con altri o paradossalmente eliminato»<sup>114</sup>. È, del resto, la stessa sentenza n. 364, come accennato, a porre in relazione il principio di colpevolezza e il *nullum crimen*<sup>115</sup>, affermando che il cittadino avrà la possibilità di porre in essere «libere scelte di azione» solo in presenza di norme chiare, puntuali, che non dispongano che per l’avvenire:

*[a] nulla varrebbe, infatti, in sede penale, garantire la riserva di legge statale, la tassatività delle leggi ecc. quando il soggetto fosse chiamato a rispondere di fatti che non può, comunque, impedire od in relazione ai quali non è in grado, senza la benché minima sua colpa, di ravvisare il dovere d’evitarli*

---

<sup>110</sup> Sulla contraria necessità di mettere in comunicazione soggetto e fatto così da valorizzare la funzione retributiva della pena, già F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 54. Con riguardo, poi, ai casi di responsabilità oggettiva configurabili nel settore penale si rinvia, *inter multis*, alla recente analisi di S. CANESTRARI, *Commento all’art. 42 c.p. (Responsabilità per dolo o per colpa o per delitto preterintenzionale. Responsabilità obiettiva)*, in A. Cadoppi-S. Canestrari-P. Veneziani, *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, 2018, p. 255 ss.

<sup>111</sup> C. cost., 24 marzo 1988, n. 364, cit., § 7, *Considerato in diritto*.

<sup>112</sup> Al riguardo, D. PULITANÒ, *L’errore di diritto nella teoria del reato*, cit., p. 102 s: l’A. ricorda la ricostruzione di Hart secondo cui il principio di colpevolezza permette di restringere l’area del penalmente rilevante giacché la previsione di scusanti erode la fattispecie tipica, riservando all’individuo alcuni ulteriori spazi di libertà. In tal senso, si comprende la ratio del principio in questione, ossia proteggere dal doppio volto del diritto penale che è «strumento di tutela e, contemporaneamente, [...] strumento verso cui occorre essere tutelati; in parte medicina, in parte veleno» (ivi, p. 104).

<sup>113</sup> C. cost., 24 marzo 1988, n. 364, cit., § 5.

<sup>114</sup> Ivi, § 8.

<sup>115</sup> Si veda, sul punto, F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio ‘fondamentale’*, cit., p. 1318 ss. In questi termini, del resto, D. PULITANÒ, *L’errore di diritto nella teoria del reato*, cit., p. 105. Quanto, poi, alla possibilità di riscontrare un legame tra principio di personalità, legalità e possibilità di conoscere la legge penale: F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 55.

*nascente dal precetto. Il principio di colpevolezza, in questo senso, più che completare, costituisce il secondo aspetto del principio, garantistico, di legalità, vigente in ogni Stato di diritto*<sup>116</sup>.

Orbene, nel momento in cui la conoscibilità o, meglio ri-conoscibilità<sup>117</sup> del precetto assume le forme di un giudizio in concreto che non guarda solo alla esistenza in astratto del formante legislativo ma considera, pure, la interpretazione che ne viene data e l'eventuale concorrere di altre fonti contraddittorie o contrapposte, «il problema della determinatezza di una norma tende a convertirsi – per il tramite del criterio della conoscibilità dell'interpretazione giudiziale – o in quello del divieto di retroattività della legge penale o in quello della colpevolezza del soggetto agente»<sup>118</sup>.

A tal riguardo, non è da tralasciare, da un lato, il dovere che incombe sullo Stato di predisporre norme ragionevolmente conoscibili, ossia sufficientemente chiare e precise<sup>119</sup> e, dall'altro, la dimensione della conoscibilità soggettiva che involge la sfera personale del destinatario del precetto, come propriamente si conviene a un'esimente<sup>120</sup>. Sul punto nondimeno – e il passaggio è essenziale – occorre tenere a mente il dovere posto in capo a ciascun cittadino di informarsi<sup>121</sup> e conoscere le norme (a maggior ragione le sanzioni penali) vigenti<sup>122</sup>, tanto più se si tratti di un professionista che opera in settori di particolare tecnicismo (cfr. *infra* II, 3, § 2 ss.).

Quindi, convince la tesi per cui in ragione dei fattori interni ed esterni che hanno alimentato l'irrimediabile incrinarsi del "mito" illuministico del *nullum crimen*, acquista consistenza una accezione soggettiva della certezza del diritto – quale declinazione del

---

<sup>116</sup> C. cost., 24 marzo 1988, n. 364, cit., § 8, ove la Corte ha inoltre cura di precisare che «l'indispensabilità della colpevolezza quale attuazione, nel sistema ordinario, delle direttive contenute nel sistema costituzionale vale ricordare non solo che tal sistema pone al vertice della scala dei valori la persona umana (che non può, dunque, neppure a fini di prevenzione generale, essere strumentalizzata) ma anche che lo stesso sistema, allo scopo d'attuare compiutamente la funzione di garanzia assoluta dal principio di legalità, ritiene indispensabile fondare la responsabilità penale su <congrui> elementi subiettivi».

<sup>117</sup> La sentenza n. 364 del 1988 «ha coniato il "principio di riconoscibilità"» di cui si può dare una lettura sterile – *in the books* – oppure più densa di significato – *in action*: A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., p. 268.

<sup>118</sup> F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, cit., p. 72.

<sup>119</sup> C. F. GROSSO, *Principio di colpevolezza e personalità della responsabilità penale*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 23, ove l'A. classifica il dovere dello Stato di chiarire la portata della norma incriminatrice e il correlativo dovere di informarsi del cittadino quali doveri "oggettivi puri". In questo senso, già F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 54, ove l'A. afferma che altrimenti lo Stato verrebbe meno al dovere di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale di cui all'art. 3, comma 2, Costituzione, impedendo la piena realizzazione della personalità individuale.

<sup>120</sup> M. DONINI, *Fattispecie o case law? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, cit., p. 26. Al riguardo, sonda i requisiti qualitativi della legge anche in tale prospettiva D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit., p. 31 ss.

<sup>121</sup> D. PULITANÒ, *Personalità della responsabilità: problemi e prospettive*, cit., p. 1231.

<sup>122</sup> F. SCUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, II, 2001, p. 1199, osserva che in realtà al cittadino è chiesto un vero e proprio impegno nel costruire certezza a livello negoziale, introducendo linee guida e protocolli di comportamento che suppliscano alla incertezza del sistema.

principio di legalità – che presuppone il legame con la garanzia di rimproverabilità di cui all'art. 27 Costituzione<sup>123</sup>.

Per completezza, infine, è bene ricordare una lettura parzialmente diversa del principio in esame che lo indica quale estrinsecazione della funzione retributiva della pena, permettendo così di assicurare che il rimprovero che prende forma attraverso la sanzione sia proporzionato alla offesa<sup>124</sup>. Interessanti, in merito, le considerazioni per cui il reo colpevole avrebbe un vero e proprio «diritto alla pena» giacché la sanzione rappresenta il riconoscimento da parte dell'ordinamento della razionalità e del libero arbitrio individuale, consapevolmente indirizzato alla realizzazione del delitto<sup>125</sup>. Detto altrimenti, a fronte del tendenziale «slittamento» verso commisurazioni edittali particolarmente elevate, rispetto cui la misura della sanzione diviene lo strumento utilizzato dall'ordinamento per mostrare il suo volto irreprensibile nei confronti dell'autore del reato, emerge il rischio di alterare l'ottica retributiva sconfinando in un «moralismo [...] *politically correct*»<sup>126</sup>.

### 1.2.1 Il potenziale standard minimo europeo

Passando a considerare la prospettiva internazionale, occorre soffermarsi sulle significative innovazioni elaborate dalla giurisprudenza sovranazionale rispetto al principio di colpevolezza. Pur nel silenzio della Convenzione, infatti, la Corte di Strasburgo ha espressamente riconosciuto la convergenza, con riguardo al fine perseguito dall'autore del reato, della conoscibilità *ex ante* della fattispecie incriminatrice rispetto alle garanzie tanto di legalità quanto di colpevolezza<sup>127</sup>. Occorre, infatti, che sia dimostrato un «*legame di natura subiettiva (coscienza e volontà)*» tra soggetto e fatto affinché possa dirsi rispettata la garanzia di cui all'art. 7 CEDU<sup>128</sup>. Sul punto, è possibile osservare la tendenza, comune al

---

<sup>123</sup> F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., p. 216 s., ove l'A. richiama in argomento i ricchi contributi offerti dalla dottrina tedesca nonché le «tracce» che in tale direzione è possibile cogliere già nel pensiero di Pietro Nuvolone e nella teoria generale del reato di Franco Bricola. Sulla necessità che la nozione di legalità cambi e non “muoia” F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, cit., p. 1321.

<sup>124</sup> Si veda, in argomento, S. MOCCIA, *Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo stato sociale di diritto. relazione di sintesi*, cit.: «[c]onsiderazioni di prevenzione generale o speciale potrebbero, infatti, portare all'inflizione di una pena sproporzionata, mentre la retribuzione di colpevolezza, legando l'entità della pena alla misura della colpevolezza stessa, impedisce che la libertà individuale venga sacrificata, sia all'interesse per un'intimidazione generale che al perseguimento di finalità di riadattamento sociale, indipendenti dalla gravità del reato commesso». L'A. ricorda, sul punto, gli studi di Claus Roxin quale tentativo di disancorare colpevolezza e retribuzione.

<sup>125</sup> M. RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 87, ove l'A. scrive «con la punizione del criminale, lo si riconosce e rispetta come essere razionale che pone la legge nel momento stesso in cui la viola: considerando in questo modo che la pena contiene il suo diritto, si onora il criminale come un essere razionale».

<sup>126</sup> D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit.

<sup>127</sup> M. DONINI, *Fattispecie o case law? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, cit., p. 26.

<sup>128</sup> La prima pronuncia in tal senso è la notissima decisione della seconda sezione 20 gennaio 2009, *Sud Fondi s.r.l. et al. c. Italia*, in tema di confisca urbanistica. Lo standard minimo di imputazione soggettiva, invero, trova poi conferma nella decisione 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, § 69, e non è smentito – pur con alcune

modello tanto di *civil law* quanto di *common law*, di ricondurre il principio di colpevolezza alla *nullum crimen*, cioè a dire inquadrare il primo in una sorta di livello subordinato rispetto alla centralità attribuita alla legalità. Nondimeno, secondo una diversa lettura del problema è possibile finanche ribaltare detto equilibrio: a fronte della situazione di crisi in cui è sprofondata la riserva di legge, individuare «[la] legalità quale corollario della superiore istanza di colpevolezza» permetterebbe di assicurare la riconoscibilità del precetto e, quindi, la libertà di scelta in capo all'individuo<sup>129</sup>.

Con riferimento alle fonti europee è altresì da rimarcare il fatto che neppure la Carta di Nizza ha espressamente riconosciuto il principio di colpevolezza. La ragione di solito addotta valuta la garanzia *de quo* come «diritto di protezione» da parte dell'individuo nei confronti dello Stato, conferendo l'ulteriore riprova dell'aspetto predominante nella colpevolezza, correlato alla autodeterminazione del destinatario del precetto e, al contempo, alla garanzia di libertà per tutti i consociati nelle forme della limitazione al *ius puniendi* statale<sup>130</sup>.

In un primo momento, il principio di colpevolezza era peraltro inteso dalla Corte di Lussemburgo nel significato minimo di divieto di responsabilità per fatto altrui da ricondurre più alla presunzione di innocenza che al principio di legalità di cui all'art. 49 della Carta di Nizza<sup>131</sup>. Un diverso orientamento, tuttavia, ha portato la giurisprudenza europea a inquadrare tale principio nel solco della proporzionalità di cui all'art. 49, §, 3, accettando finanche ipotesi di sanzioni irrogate in assenza di qualsivoglia legame di imputazione soggettiva purché si trattasse di un sacrificio "proporzionato" al perseguimento di interessi generali prevalenti<sup>132</sup>. In termini generali, la dottrina ha osservato una certa ritrosia della Corte di giustizia nel riconoscere violazioni del principio in esame se non per quanto riguarda il settore delle sanzioni poste a tutela della concorrenza<sup>133</sup>. Per

---

puntualizzazioni rispetto ai casi in cui la colpevolezza può intendersi presunta (§ 243) – dalla recente pronuncia della Grande Camera, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. et al. c. Italia*, § 241 s. Con riguardo alle affinità, sul punto, tra il diritto CEDU e il diritto europeo, si rinvia a F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, cit., p. 1320.

<sup>129</sup> F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., p. 220 s., ove l'A. mette in guardia dal rischio (opposto) di subordinare il principio di rappresentanza democratica rispetto alle istanze di autodeterminazione.

<sup>130</sup> Si veda in tal senso, D. PULITANÒ, *Personalità della responsabilità: problemi e prospettive*, cit., p. 1231 ss.

<sup>131</sup> Corte giust., 18 marzo 1980, *Valsabbia c. Commissione*, C-154/78, Sul punto, si rinvia a R. SICURELLA-M. PANZAVOLTA, voce *Art. 49*, in R. Mastroianni-O. Pollicino-S. Allegrezza-F. Pappalardo-O. Razzolini (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 986. Quanto, poi, alla portata del principio di legalità penale in relazione al diritto primario dell'Unione, si veda V. MITSILEGAS, sub *Art 49. Principles of Legality and Proportionality of Criminal offences and Penalties*, in S. Peers-T. Hervey-J. Kenner-A. Ward (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford and Portland, 2014, p. 1363 s.

<sup>132</sup> Corte giust., 10 luglio 1990, *Hanses*, C-326/88, ricorso pregiudiziale sollevato nei confronti del regolamento 25 marzo 1969, n. 543, in materia di armonizzazione di alcune previsioni in tema di trasporto su strada. La Corte ammette la configurabilità della sanzione penale pecuniaria imputata in assenza di dolo o colpa giacché proporzionata allo scopo di assicurare la sicurezza sul lavoro e incoraggiare l'adozione da parte dei datori di lavoro di tutte misure di protezione necessarie nell'interesse dei dipendenti.

<sup>133</sup> R. SICURELLA-M. PANZAVOLTA, voce *Art. 49*, cit., p. 988, ove gli AA. osservano che la Corte di giustizia ha ritenuto necessario imputare le sanzioni previste a tutela della concorrenza seguendo l'opinione degli

quanto qui maggiormente interessa, non sono tuttavia mancate decisioni che hanno riconosciuto una qualche rilevanza all'errore di diritto inevitabile cagionato dalla ambiguità del diritto europeo<sup>134</sup>. In un simile contesto, nondimeno, non è ancora stato riscontrato un deciso cambio di passo nella giurisprudenza europea quanto al riconoscimento della colpevolezza *ex art. 49*<sup>135</sup>, neppure in seguito alla decisione *Sud Fondi c. Italia*. Eppure, il rinvio espresso di cui all'art. 52, § 3, della Carta di Nizza dovrebbe portare il diritto dell'Unione a riconoscere l'*acquis* garantistico negli stessi termini della Convenzione. Il dibattito, sul punto, rimane aperto<sup>136</sup>. Nondimeno è interessante soffermarsi sulla possibilità di riconoscere il principio di colpevolezza tra le tradizioni costituzionali comuni<sup>137</sup> e, quindi, tra i principi generali del diritto europeo, dando corpo a un nucleo minimo di garanzie condiviso a livello sovranazionale e capace di limitare in maniera più efficace l'esercizio di potere punitivo a livello nazionale.

## 2. Il principio di prevedibilità nel diritto sovranazionale

A titolo di premessa, sembra utile soffermarsi su due aspetti decisivi: in prima battuta, la graduale inversione della originaria ritrosia della Corte nel dichiarare la contrarietà del diritto nazionale rispetto al principio di legalità<sup>138</sup>. In seconda battuta, poi, si passerà a considerare l'oggetto del vaglio di prevedibilità, profondamente differente a seconda che vengano in rilievo profili oggettivi o soggettivi<sup>139</sup>.

In particolare, infatti, la giurisprudenza sovranazionale ha dimostrato, in un primo momento, una tendenziale prudenza a tutto vantaggio della discrezionalità degli Stati

---

Avvocati generali. Al riguardo, sono menzionate le decisioni Corte giust., 16 novembre 1983, *Thyssen*, C-188/82; 29 febbraio 1984, *Estel c. Commissione*, C-270/82.

<sup>134</sup> Corte giust., 13 febbraio 1979, *Hoffman La Roche c. Commissione*, C-85/76; 25 novembre 1998, *Manfredi c. Regione Puglia*, C-308/97, ove la Corte ammette la rilevanza dell'errore incolpevole affermando che spetti tuttavia al giudice nazionale operare nel merito un simile apprezzamento (§ 35).

<sup>135</sup> D'altro canto, l'art. 49 non deve essere inteso come mero «patchwork» tra i principi di retroattività e proporzionalità e l'art. 7 CEDU, dovendo piuttosto essere esaminato «a partire dalla sua originaria articolazione»: C. SOTIS, *Le "regole dell'incoerenza". Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, Aracne, 2015, p. 109.

<sup>136</sup> Quanto alla possibilità di individuare una posizione intermedia secondo cui il principio di colpevolezza diviene canone ermeneutico per il giudice *ex art. 51* della Carta, attendendo un espresso pronunciamento della Corte di Giustizia affinché gli possa essere riconosciuto carattere *self-executing*: S. MANACORDA, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e la CEDU*, cit., p. 168.

<sup>137</sup> R. SICURELLA-M. PANZAVOLTA, voce *Art. 49*, cit., p. 989.

<sup>138</sup> Per approfondire, F. MAZZACUVA, voce *Art. 7*, in F. Viganò-G. Ubertis (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, cit., p. 238.

<sup>139</sup> Sul punto, Corte Edu, 13 luglio 1995, *Tolstoy Miloslavsky c. Regno Unito*, ove i giudici convenzionali affermavano che « [...] the various criteria to be taken into account by juries in the assessment of damages as well as the review exercised by the Court of Appeal, the Court reaches the conclusion that the relevant legal rules concerning damages for libel were formulated with sufficient precision. In short, the award was "prescribed by law" » (§ 44).

firmatari<sup>140</sup>, dal momento che vicende piuttosto ambigue erano in ogni caso dichiarate in linea con la Convenzione<sup>141</sup>.

Sul punto, del resto, si sono condensati i pareri critici della dottrina a partire dalla considerazione secondo cui questa sorta di timore reverenziale – con particolare riguardo ai profili di interventismo giurisprudenziale – conteneva in nuce il rischio di indebolire il portato applicativo del *nullum crimen*, mostrando tolleranza rispetto a mutamenti ermeneutici ampiamente imprevedibili.

Nondimeno, di recente, i giudici di Strasburgo hanno indirizzato la propria giurisprudenza nella direzione opposta: venuta meno la prudenza delle origini<sup>142</sup>, ha acquisito sempre maggior attualità il tema dei rapporti tra fonti appartenenti a ordinamenti diversi allorchè siano coinvolti i diritti fondamentali della persona riconosciuti tanto a livello nazionale quanto convenzionale<sup>143</sup>.

Pertanto, cominciando la analisi dalla decisione *Pessino c. Francia*, la Corte ha espressamente preso le distanze dai precedenti *S.W. e C.R. c. Regno Unito*, riconoscendo la violazione del *nullum crimen* dal momento che le autorità nazionali avevano condannato il singolo in forza di un mutamento interpretativo improvviso e non prevedibile nel settore dei reati urbanistici<sup>144</sup>. I motivi posti a sostegno della pronuncia che condanna lo Stato francese mancavano di considerare – *in toto* – le peculiarità soggettive del ricorrente, imprenditore di indubbia esperienza nel settore delle costruzioni<sup>145</sup>.

---

<sup>140</sup> In tale prospettiva, infatti, la Corte ha ritenuto pienamente compatibile con la Convenzione la rivoluzione posta in essere dai giudici inglesi rispetto alla c.d. *marital immunity*, che per secoli aveva escluso la punibilità del coniuge per il reato di violenza sessuale: Corte Edu, *S. W. c. Regno Unito*, cit., §§ 22-27, 41-45, e 22 novembre 1995, *C. R. c. Regno Unito*, §§ 39-44. Al pari, è stata considerata prevedibile la condanna intervenuta *ex post* nei confronti di chi fermò con il fuoco la fuga di civili disarmati, che tentavano di oltrepassare il tragicamente noto “muro di Berlino”: Corte Edu, 22 marzo 2001, *K.-H.W. c. Germania*, in ptc. §§ 44-91. Infatti, la Corte EDU ha riconosciuto la compatibilità con l’art. 7 della condanna intervenuta nei confronti tanto di chi ricopriva posizioni di vertice nell’apparato della GDR (22 marzo 2001, *Streletz, Kessler e Krenz c. Germania*) quanto di soldati semplici (*K.-H.W. c. Germania*, cit.) senza, quindi, considerare determinanti le funzioni attribuite nonché le peculiarità soggettive dei ricorrenti e, piuttosto, insistendo sul disvalore immediatamente percepibile dell’illecito compiuto da costoro in spregio al bene primario della vita e della libertà individuale.

<sup>141</sup> C. OSBORNE, *Does the end justify the means? Retrospectivity. Art. 7 and the Material Rape Exception*, in *European human rights law review*, 1996, p. 406 ss.; B. JURATOWITCH, *Retroactivity and the Common Law*, Portland, Hart publishing, 2008, p. 134 ss.

<sup>142</sup> Sul punto, V. MANES, *Art. 7*, cit., p. 281.

<sup>143</sup> Sul punto, si veda C. SOTIS, *La “mossa del cavallo”. La gestione dell’incoerenza nel sistema penale europeo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2, 2012, p. 464 ss., ove l’A. precisa la necessità che le pronunce sovranazionali siano utilizzate dalle Corti come “argomenti” piuttosto che “fonti”, evidenziando attraverso la vicenda Scoppola i rischi che il fenomeno della circolazione del precedente può generare rispetto alla portata “multilivello” dei diritti. Quanto, invece, al carattere “globalizzato” del precedente che emerge dalla sentenza Scoppola: M. TARUFFO, *Aspetti del precedente giudiziale*, in *Criminalia*, 2014, p. 47.

<sup>144</sup> In tal senso, Corte Edu, 10 ottobre 2006 (def. 12 febbraio 2007), *Pessino c. Francia*, § 36-37.

<sup>145</sup> Ivi, § 4-14. La Corte, invero, afferma espressamente in diritto la necessità di saggiare la prevedibilità della fattispecie con riguardo ai destinatari della sanzione (§ 33) ma, poi, manca di compiere il relativo raffronto con i fatti di causa (cfr. §§ 34-37), limitandosi a negare la prevedibilità della norma incriminatrice «*même en tant que professionnel qui pouvait s’entourer de conseils de juristes*» (§ 36).

Al pari, in una sentenza di poco successiva, i giudici convenzionali, nonostante si fossero sforzati di enunciare, a monte, tra i requisiti cui era subordinato il rispetto della Convenzione le peculiarità proprie del destinatario del precetto<sup>146</sup>, non hanno tenuto tali aspetti in considerazione nel momento in cui si era trattato di applicare le enunciazioni di principio alle contingenze del caso concreto al fine di riscontrare la violazione dell'art. 7 CEDU<sup>147</sup>. Un simile atteggiamento, però, non può passare inosservato dal momento che la giurisprudenza convenzionale aveva già, in numerose occasioni, posto l'accento proprio sui profili soggettivi per verificare se il ricorrente avesse avuto la effettiva possibilità di prevedere il rilievo penale della propria condotta<sup>148</sup>. In aggiunta, il canone soggettivo – sempre più raro – non è del tutto scomparso dalle pronunce convenzionali. All'opposto, alcune recenti decisioni<sup>149</sup> hanno ritenuto rilevanti tali aspetti proprio in riferimento alla garanzia del *nullum crimen*. Trattandosi di una questione di una certa complessità, allora, pare opportuno tratteggiarne brevemente i caratteri essenziali nei paragrafi che seguono.

## 2.1 Prevedibilità soggettiva

In argomento, preme anzitutto chiarire che i giudici convenzionali non fanno espressamente riferimento alla distinzione tra prevedibilità oggettiva e soggettiva, essendo stata la rielaborazione dottrinale ad aver distinto tali autonomi modelli. Seguendo, quindi,

---

<sup>146</sup> Corte Edu, 24 maggio 2007 (def. 24 agosto 2007), *Dragotoni e Militaru-Pidhorni c. Romania*, § 35.

<sup>147</sup> Ivi, §§ 39-48, ove i giudici di Strasburgo rinvencono la violazione della garanzia di cui all'art. 7 CEDU avendo le autorità nazionali indebitamente esteso a due esponenti di vertice di un istituto di credito privato illeciti propri, al tempo del fatto, dei soli pubblici ufficiali.

<sup>148</sup> Si vedano, per esempio, Corte Edu, 28 marzo 1990, *Groppera Radio AG et al. c. Svizzera*, § 68; *Cantoni c. Francia*, cit., § 35; 29 giugno 2004 (def. 29 settembre 2004), *Chauvy et al. c. Francia*, §§ 44-49; 3 maggio 2007 (def. 3 agosto 2007), *Custers, Deveaux and Turk c. Danimarca*, §§ 94-98; 17 maggio 2010, *Kononov c. Lituania*, §§ 235-239.

<sup>149</sup> Corte EDU, 6 ottobre 2011, *Soros c. Francia*, cit., in ptc. §§ 57-58. Il caso riguarda un soggetto condannato per un *délit d'initié* ancorché non fosse vincolato da alcun legame professionale alla società i cui titoli erano stati illecitamente immessi nel mercato. L'autorità giudiziaria francese mai aveva applicato la fattispecie in esame a casi eguali a quello del ricorrente; tuttavia, la violazione dell'art. 7 CEDU era da escludere considerando la giurisprudenza *suffisamment proches*, nonché le particolari abilità professionali e l'esperienza tecnica acquisita da Soros nel settore di riferimento (cfr. § 59): «[s]urtout, et quel que soit le niveau de développement de la jurisprudence interne à l'époque des faits, la Cour note que le requérant était un «investisseur institutionnel», familier du monde des affaires et habitué à être contacté pour participer à des projets financiers de grande envergure. Compte tenu de son statut et de son expérience, il ne pouvait ignorer que sa décision d'investir dans les titres de la banque S. pouvait le faire tomber sous le coup du délit d'initié prévu par l'article 10-1 précité. Ainsi, sachant qu'il n'existait aucun précédent comparable, il aurait dû faire preuve d'une prudence accrue lorsqu'il a décidé d'investir sur les titres de la banque S.»). La violazione dell'art. 7 CEDU è esclusa 4 voti contro 3, affermando la Corte di Strasburgo che «la notion de prévisibilité dépend dans une large mesure du contenu du texte dont il s'agit, du domaine qu'il couvre ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires» (§ 53). In argomento, si rinvia a S. DE BLASIS, *Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell'esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.* n. 4/2017, p. 134 ss. In maniera simile, un analogo criterio appare determinante nella decisione 1 settembre 2016, *X e Y c. Francia*, §§ 57, 62, ove la caratura professionale dei ricorrenti porta la Corte di Strasburgo a riconoscere la prevedibilità di sanzioni nominativamente disciplinari ma sostanzialmente afflittive, applicate per la prima volta in seguito a una significativa riforma del settore finanziario. In merito, S. BERNARDI, *I "fratelli minori" di Bruno Contrada davanti alla Corte di cassazione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2, 2017, p. 275.

il primo profilo, il principio convenzionale di legalità richiede che i precetti penali siano tassativi: le garanzie convenzionali impongono allo Stato di permettere ai propri cittadini di identificare un comando tipico, sufficientemente chiaro e preciso da poter indirizzare – al tempo del fatto – la condotta della intera categoria dei destinatari.

In chiave soggettiva, invece, la Corte riconduce la prevedibilità del precetto alle peculiari capacità personali o professionali dell'individuo, focalizzando il proprio sindacato sulle particolari contingenze della vicenda processuale e, così, inevitabilmente esasperando l'approccio *case by case* che contraddistingue l'ordinamento convenzionale.

A onor del vero, in punto di diritto, deve riscontrarsi la consueta enunciazione secondo cui la verifica riguardo alla prevedibilità del precetto deve tener conto del contenuto dell'illecito, dello specifico settore di riferimento, nonché del numero e delle qualità personali dei singoli destinatari<sup>150</sup>. Sennonché, al momento applicativo, la componente soggettiva acquisiva in passato indubbia prevalenza, giacché la disposizione nazionale era considerata prevedibile allorché quello specifico ricorrente – portatore di peculiari conoscenze e abilità – avrebbe potuto ragionevolmente riconoscere il carattere illecito della propria condotta. Ebbene, il rilievo attribuito ai parametri soggettivi contemplava il rischio che – a fronte di un diverso soggetto – la soluzione giurisprudenziale potesse essere antitetica alla prima, in presenza, ad esempio, di persone dotate di capacità o qualifiche professionali diverse.

Ne derivava, è piuttosto evidente, il pericolo di soluzioni incoerenti se non paradossali. Laddove, infatti, il vaglio di prevedibilità non fosse anticipato da un serio scrutinio circa la stessa sussistenza del precetto in chiave oggettiva, l'orientamento giurisprudenziale della Corte di Strasburgo apriva inevitabilmente a decisioni interpretative contraddittorie, che rinvenissero la prevedibilità (soggettiva) di fattispecie invero inesistenti quanto alla precisione e alla tassatività del divieto.

## 2.2 Prevedibilità oggettiva

A partire da tali considerazioni, quindi, trova spiegazione – almeno in parte – il mutare dell'atteggiamento della Corte rispetto alla verifica di prevedibilità del precetto, sempre più incentrata sull'accertamento della consistenza oggettiva della fattispecie in relazione all'art. 7 CEDU.

Tale approccio, infatti, è confermato dalle ultime due pronunce della Grande Camera che possono, entrambe, essere ricondotte proprio ai profili di prevedibilità oggettiva. Nel dettaglio, i giudici mancano di considerare le peculiarità che contraddistinguono le persone dei ricorrenti e, piuttosto, incentrano la propria valutazione sulla impossibilità della fattispecie – in quanto tale – di conformarsi ai requisiti di tassatività imposti dalle garanzie

---

<sup>150</sup> Corte Edu, *Groppera Radio AG et al. c. Svizzera*, cit., § 68: «[i]n the Court's view, the scope of the concepts of foreseeability and accessibility depends to a considerable degree on the content of the instrument in issue, the field it is designed to cover and the number and status of those to whom it is addressed».

convenzionali<sup>151</sup>. Al riguardo, l'intervento della massima composizione del collegio suggerisce, indubbiamente, lo spiccato rilievo di tale metodologia risolutiva quale canone privilegiato da enfatizzare in prospettiva futura.

D'altronde, anche la condanna contro l'ordinamento italiano rispetto alla applicazione retroattiva della sanzione penale – a titolo di concorso esterno in associazione di stampo mafioso<sup>152</sup> – ai danni di Bruno Contrada<sup>153</sup> condivide il medesimo approccio metodologico. In particolare, i giudici non tengono in considerazione il fatto che il ricorrente avesse per anni rivestito posizioni apicali nelle forze dell'ordine nazionali, arrivando a conseguire la qualifica di capo di gabinetto dell'alto commissario per la lotta alla mafia nonché di vicedirettore dei servizi segreti civili. La peculiare professionalità del Contrada, invero, avrebbe forse potuto indurre a ritenere prevedibile in chiave soggettiva l'esercizio del potere punitivo.

Per contro, la sentenza di condanna ha riconosciuto *expressis verbis* la insussistenza di alcuna fattispecie – ancorché giurisprudenziale – in relazione ai fatti antecedenti alla sentenza Demitry<sup>154</sup>: prima di tale momento, la sanzione intervenuta *ex artt.* 416-*bis* e 110 c.p.<sup>155</sup> era da considerare in contrasto con la Convenzione giacché «il reato in questione non era sufficientemente chiaro e prevedibile»<sup>156</sup>.

Ebbene, già in punto di logica, sembra indispensabile che il vaglio di prevedibilità oggettiva anticipi la verifica circa la conoscibilità del precetto da parte dello specifico

---

<sup>151</sup> Corte Edu, Grande Camera, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, in ptc. §§. 91-95 e 111-118; Corte Edu, Grande Camera, 20 ottobre 2015, *Vasiliauskas c. Lituania*, in ptc. §§ 179-186. È ancora in relazione ai profili di prevedibilità oggettiva che interviene la condanna dello Stato croato per violazione dell'art. 7: Corte Edu, 4 ottobre 2016 (def. 4 gennaio 2017), *Zaja c. Croazia*, §§ 90-106.

<sup>152</sup> Corte Edu, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*. Per approfondire, si veda, *inter multas*, il commento di M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, cit., p. 346 ss.; D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, cit.; F. VIGANÒ, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte Edu*, in *Dir. pen. cont.*, 26 aprile 2016 e ID, *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, cit.; N. RECCHIA, *La Corte di cassazione alle prese con gli effetti nel nostro ordinamento della decisione Contrada della Corte Edu*, cit., p. 1207.

<sup>153</sup> Per approfondire, con particolare riguardo alle ipotesi di retroattività c.d. occulta, si veda A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., p. 113 ss. e 182.

<sup>154</sup> Cass. pen., Sez. Un., 5 ottobre 1994, n. 16. Invero, numerose voci in dottrina hanno contestato la capacità della decisione Demitry di configurare in termini ragionevolmente certi gli elementi costitutivi del concorso esterno in associazione mafiosa, a maggior ragione considerando la successiva evoluzione della giurisprudenza di legittimità: sul punto, si veda, *inter multas*, M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte Edu*, cit., p. 357 ss.

<sup>155</sup> Con riguardo a tale fattispecie, si veda V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti*, Torino, 2014, in ptc. p. 41 ss..

<sup>156</sup> Corte Edu, *Contrada c. Italia*, cit., § 75. Nella decisione *Contrada c. Italia*, infatti, la Corte «elimina ogni richiamo a cause di esclusione della colpevolezza per orientare la soluzione in termini di doveri dell'ordinamento»: M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte Edu*, cit., p. 361. Quanto, poi, alla "misura oggettiva" dell'errore sul precetto in relazione alla giurisprudenza sovranazionale, si veda il lavoro monografico di F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., p. 237 ss.

ricorrente<sup>157</sup>. Individuato il vizio di tassatività della fattispecie, infatti, sarebbe vano se non ridondante, un successivo scrutinio in punto di prevedibilità soggettiva<sup>158</sup>.

All'opposto, sembra contraddittoria la scelta dei giudici convenzionali di tralasciare il giudizio soggettivo allorché la verifica di tipicità della fattispecie si sia rivelata conforme ai requisiti qualitativi di cui all'art. 7 CEDU. Preme, infatti, evidenziare che – volendo distinguere la prevedibilità oggettiva da quella soggettiva – non pare, ad avviso di chi scrive, opportuno segregare i due giudizi in termini radicali ma, piuttosto, sarebbe preferibile ricondurli a un comune schema razionale e progressivo<sup>159</sup>.

Con maggior sforzo esplicativo, qualora intervenga una violazione del *nullum crimen* in ragione della insussistenza oggettiva delle qualità del precetto, i giudici correttamente interrompono ogni ulteriore verifica, dichiarando la contrarietà della fattispecie al principio di legalità.

Nel caso in cui, invece, la verifica della prevedibilità oggettiva abbia esito positivo, sembra necessario spingere il sindacato giudiziale su un ulteriore piano così da verificare se quello specifico precetto – qualitativamente soddisfacente – fosse riconoscibile dal ricorrente in ragione delle peculiarità che contraddistinguono la sua persona. Ne deriva la necessità di sondare la esigibilità di una condotta alternativa che avrebbe permesso di evitare l'illecito<sup>160</sup>.

Così argomentando, infatti, sarebbe possibile raggiungere due obiettivi. *In primis*, risulterebbe rafforzata la garanzia del singolo avverso l'esercizio arbitrario del *ius puniendi*, valorizzando l'imputazione soggettiva anche a livello convenzionale<sup>161</sup>. In aggiunta, la struttura razionale e progressiva di tali criteri agevolerebbe gli operatori del settore rispetto alla necessità di identificare i parametri del sindacato condotto dalla Corte di Strasburgo, rafforzandone la efficacia e omogeneità rispetto ai singoli Stati firmatari.

---

<sup>157</sup> Sulla distinzione in esame, si veda M. DONINI, *Europeismo giudiziario*, cit., p. 95; F. MAZZACUVA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i suoi riflessi sul sistema penale*, in A. Cadoppi-S. Canestrari-A. Manna-M. Papa (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Torino, Utet, 2015, p. 416 ss., nonché, con particolare riguardo al caso Contrada, N. RECCHIA, *La Corte di cassazione alle prese con gli effetti nel nostro ordinamento della decisione Contrada*, cit., p. 1207.

<sup>158</sup> In questo senso già M. ROMANO, sub *Art. 5*, in ID., *Commentario sistematico del diritto penale*, Milano, 2004, p. 112.

<sup>159</sup> In questo senso, volendo A. SANTANGELO, *Ai confini tra common law e civil law: la prevedibilità del divieto nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1, 2019, p. 348.

<sup>160</sup> Sul punto, non si possono che richiamare le pagine di D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, cit., in ptc. p. 10 ss.; M. ROMANO, sub *Art. 5*, cit., 2004, p. 102, 111 ss., e F. PALAZZO, *Ignorantia legis: vecchi limiti e orizzonti nuovi della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 3, p. 920 ss. In riferimento all'ordinamento di *common law*, invece, si rinvia a G. P. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, New York, Oxford University Press, 2000, p. 504 ss., 510.

<sup>161</sup> Corte Edu, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi c. Italia*, cit., in ptc. § 116. Al riguardo, si è sostenuto che «[l]a Corte EDU [...] non fa altro che ricondurre al principio di legalità ex art. 7 CEDU ciò che la giurisprudenza costituzionale italiana riconduce invece più correttamente all'alveo di un diverso principio, quello di colpevolezza; senza però che tale differente collocazione topografica muti la sostanza della garanzia»: F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso*, cit., p. 13.

Tuttavia, una simile ricostruzione non trova, al momento, alcun riscontro empirico nella giurisprudenza della Corte. Il caso *Dallas c. Regno Unito*<sup>162</sup>, per esempio, vede i giudici arrestarsi al vaglio positivo di tipicità del divieto costitutivo del reato di *juror contempt of court*: la sentenza manca *in toto* di considerare professione e personalità della ricorrente. Eppure, i giudici dimostrano di conoscere – richiamandolo espressamente – il lavoro della *Law Commission*, che racchiude i principali motivi che hanno indotto il Parlamento anglosassone a positivizzare tale fattispecie (cfr. *infra* II, 2, § 1.3.1.2); la Commissione, invero, considerava in più punti le difficoltà di prevedere il carattere illecito delle condotte in questione proprio laddove si trattasse – come nel caso di *Ms. Dallas* – di soggetti estranei al mondo del diritto che, quindi, non avevano familiarità con le regole che ne scandivano il procedimento, a maggior ragione nel settore penale<sup>163</sup>.

La calcolabilità del reato di *contempt*, infatti, insiste su principi che, se possono sembrare scontati per chi abbia approfondito la materia giuridica, rappresentano, al contrario, dati tendenzialmente controintuitivi per chi manchi di tale *expertise*. Il principio di terzietà, la imparzialità del giudice, nonché la *virgin mind* di quest'ultimo, contrastano con l'idea di acquisire il maggior numero di informazioni possibili allo scopo di ricostruire in termini esatti la verità: detto altrimenti, la distinzione tra verità reale e processuale pare tutt'altro che intuitiva. Pertanto, non è da escludere che la ricerca di informazioni al di fuori dell'aula di udienza non sia stata supportata dall'*intent* del reato in questione, mancando quel minimo di consapevolezza giuridica necessaria per sostenere la volontà di alterare il contraddittorio processuale e forzare la parità delle armi o l'oralità del dibattimento<sup>164</sup>.

Detto altrimenti, ove la Corte avesse fatto seguire al sindacato sulla prevedibilità oggettiva l'esame delle caratteristiche peculiari della ricorrente, l'esito della vicenda avrebbe potuto essere diverso, al pari di quanto avvenuto – *mutatis mutandis*<sup>165</sup> – nella pronuncia *Soros c. Francia*<sup>166</sup>. Operando i distinguo del caso, infatti, i giudici convenzionali, hanno riscontrato la compatibilità rispetto al *nullum crimen* di una ipotesi di prima applicazione del reato francese con particolare riguardo a una sotto-fattispecie in origine esclusa dall'ambito di applicazione del precetto *de quo*<sup>167</sup>. All'opposto, il caso *Dallas* rappresenta una vicenda in cui la fattispecie *judge-made* è oggetto di graduale

---

<sup>162</sup> Corte Edu, Sez. I, 11 febbraio 2016, *Dallas c. Regno Unito*.

<sup>163</sup> *Law Commission, Contempt of Court. A Consultation Paper, consultation paper no. 209*, § 4.21, p. 69 ss., disponibile all'indirizzo [www.lawcom.gov.uk](http://www.lawcom.gov.uk), che richiama, in termini espressi, lo studio realizzato dalla Commissione sui motivi che spingono i giurati a ricercare informazioni al di fuori delle aule di giustizia.

<sup>164</sup> Ivi, p. 70. La questione è, invero, piuttosto discussa da parte degli altri ordinamenti che si affidano al verdetto della giuria: sul punto, S. GREY, *The World Wide Web: Life Blood for the Public or Poison for the Jury?*, in *Journal of Media Law*, 3, 2011, in ptc. p. 199 e 201; M ZORA, *The Real Social Network: How Jurors' Use of Social Media and Smart Phones Affects a Defendant's Sixth Amendment Rights*, in *University of Illinois Law Review*, 2012, p. 585 s.

<sup>165</sup> F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso*, cit., p. 22 s.

<sup>166</sup> Corte EDU, *Soros c. Francia*, cit., § 57-58.

<sup>167</sup> Lo stesso approccio, del resto, guida la Corte nella decisione *Navalnye c. Russia*, cit., § 56.

interpretazione da parte dell'autorità nazionale, nei limiti concessi dal rispetto della *ratio* dell'offesa.

D'altronde, nessuna delle due ipotesi è equiparabile al procedimento sollevato da Bruno Contrada che mette in discussione la stessa esistenza, al tempo del fatto, della fattispecie incriminatrice<sup>168</sup>.

Nonostante tali premesse, non è dato comprendere il motivo per cui la peculiare preparazione professionale di *Soros* sia stata considerata decisiva per ricondurre a sistema la prevedibilità (soggettiva)<sup>169</sup> in relazione a una ipotesi di prima applicazione del reato in questione mentre la totale estraneità di *Dallas* rispetto al mondo legale non sia stata minimamente considerata dai giudici convenzionali. La inesperienza di quest'ultima, invece, avrebbe potuto ostacolare la calcolabilità delle conseguenze della condotta *sub iudice*<sup>170</sup>, a maggior ragione considerando le conclusioni tratte sul punto dalle ricerche della *Law Commission*.

Ebbene, a fronte di pronunce tanto disparate in punto di metodo, gli interpreti potrebbero finanche ipotizzare un diverso atteggiamento da parte dei giudici di Strasburgo a seconda che lo Stato firmatario coinvolto dal procedimento aderisca al modello di *civill law* piuttosto che di *common law*.

Nondimeno, la possibilità che l'esercizio a sorpresa della azione penale<sup>171</sup> sia calibrato diversamente in relazione agli ordinamenti parte della Convenzione mette in crisi il principio della uniforme applicazione del diritto convenzionale, in palese contrasto con la stessa *ratio* di garanzia dei diritti fondamentali della persona<sup>172</sup>. Nel momento in cui si condivide la funzione garantistica che rappresenta il fondamento del *nullum crimen*, anche volendone estendere la portata al formante giurisprudenziale, una lettura parziale di tal fatta pare costituire una forma di inaccettabile compromissione dello stesso scopo perseguito dall'art. 7 CEDU.

---

<sup>168</sup> M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte Edu*, cit., in ptc. p. 352.

<sup>169</sup> Invero, si legge, infatti, nell'opinione dissenziente, che segue alla pronuncia *Soros c. Francia*, che «[i]l est néanmoins important d'établir une distinction entre ce que l'on pourrait appeler "l'imprécision inévitable" et "l'imprécision évitable". En l'espèce, il n'était pas nécessaire de retenir un libellé imprécis pour définir le délit d'initié et prévoir les différentes manières dont il peut être commis. En effet, la modification de la définition du délit d'initié peu après la condamnation du requérant montre qu'un libellé plus clair avait été jugé non seulement nécessaire mais aussi possible».

<sup>170</sup> Del resto, «la prevedibilità della qualificazione giuridica di un fatto come specifico reato si traduce, al contempo, in un diritto del cittadino alla conoscibilità della materia del divieto cui corrisponde un dovere dello Stato a non punire retroattivamente quei comportamenti»: V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Cass. pen.*, 6, 2018, nonché già in *Dir. pen. cont.*, 17 gennaio 2018, p. 28.

<sup>171</sup> Sul punto, si veda J. GARDNER, *Introduction* in H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, Clarendon Press, 2008, in ptc. p. 36 ss.

<sup>172</sup> Corte Edu, *Contrada c. Italia*, cit., § 60, ove i giudici convenzionali ribadiscono i principi già enunciati dalla precedente decisione della Grande Camera, *Del Rio Prada c. Spagna*, cit. Interessante, in merito, anche quanto affermato dai giudici di Strasburgo nel caso deciso dalla Grande Camera, 27 febbraio 2017, *de Tommaso c. Italia*, § 106-109, con riguardo alla violazione dell'art. 2, Prot. 4, CEDU. Per approfondire, F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2017, p. 370 ss.

Infine, con particolare riguardo all'ordinamento anglosassone, preme ricordare che la nozione tradizionale di imputazione soggettiva del reato contesta la responsabilità individuale ancorché sia impossibile per il reo conoscere in termini anche solo potenziali il precetto penale (cfr, *infra* II, 2, § 2.1.1)<sup>173</sup>. Ebbene, al riguardo, il giudizio convenzionale potrebbe rappresentare una occasione unica per rafforzare le garanzie individuali.

In breve. Qualora la Corte di Strasburgo graduasse in maniera puntuale gli *step* che compongono il giudizio di prevedibilità includendo, in seguito allo scrutinio oggettivo, il vaglio circa la conoscibilità soggettiva del precetto<sup>174</sup>, ne deriverebbe un rilevante rafforzamento del principio di colpevolezza, e in ultima analisi dello stesso *rule of law*<sup>175</sup>, all'interno del paradigma di *common law* in conformità con quanto sostenuto dalla più autorevole dottrina<sup>176</sup>.

### 2.3 Esiste una forma di prevedibilità "evolutiva"?

Secondo quanto affermato finora, il principio di prevedibilità può essere osservato da due diverse angolature, distinguendosi così il profilo soggettivo da quello oggettivo della prevedibilità.

Nondimeno, c'è chi sostiene che sia possibile identificare una terza (ulteriore) lettura del principio in esame ove la violazione dell'art. 7 CEDU sia da porre in relazione con i cambiamenti che hanno investito il sentire culturale, economico e sociale di una data comunità.

---

<sup>173</sup> A favore del rilievo assoluto del principio in questione, J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., ove l'A. afferma che sarebbe un onere eccessivo per il pubblico ministero dimostrare l'effettiva conoscenza del precetto da parte del reo; diversamente, secondo G. WILLIAMS, in mancanza del principio in questione, i cittadini sarebbero addirittura incoraggiati a ignorare le norme penali: ID., *Textbook of Criminal Law*, 1983, p. 452. Entrambi gli argomenti sono invero superati dalla analisi di A. ASHWORTH, *Ignorance of Criminal Law, and Duties to Avoid it*, in ID., *Positive Obligations in Criminal Law*, Oxford, 2013, p. 81 ss. In argomento, si veda, pure, G. P. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, cit., p. 504 ss.; D. ORMEROD, *Smith and Hogan, Criminal Law*, New York, 2011, p. 141 ss.

<sup>174</sup> Per dirla con la Corte costituzionale, infatti, riconoscere carattere scusante all'*ignorantia legis* inevitabile rivela «l'indispensabilità del requisito minimo d'imputazione costituito dall'effettiva "possibilità di conoscere la legge penale", essendo anch'esso necessario presupposto della "rimproverabilità" dell'agente», sent. 23 marzo 1988, n. 364, cit., § 19. In relazione al principio di "riconoscibilità", si veda A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., p. 57 ss.; G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza e ignoranza scusabile della legge penale: «prima lettura» della sentenza n. 364/88*, in *Foro it.*, I, 1988, p. 1390-1391; E. DI SALVO, sub Art. 5, in G. Lattanzi-E. Lupo, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Milano, 2015, p. 154 ss.

<sup>175</sup> A. ASHWORTH, *Ignorance of Criminal Law*, cit., p. 83.

<sup>176</sup> Ivi, p. 84. Sul punto si tornerà più diffusamente nel corso della trattazione. Tuttavia, può essere utile considerare fin d'ora i poli estremi del dibattito: da un lato, i sostenitori della dottrina del *versari in re illicita* (*unlawfull act theory*) giustificano la responsabilità penale nel momento in cui il soggetto ponga in essere una azione estranea al novero delle condotte lecite e, dall'altro, il c.d. *orthodox subjectivism* secondo cui il confine della responsabilità penale è da tracciare in base a cosa il soggetto intendesse realizzare o, invero, potesse prevedere. Ricostruisce magistralmente il dibattito A. ASHWORTH, *A Change of Normative Position: Determining the Contours of Culpability in Criminal Law*, in ID., *Positive Obligations*, cit., p. 130 ss., nonché D. ORMEROD, op. cit., p. 104, ove l'A. riporta il celebre brocardo *actus reus non facit reum nisi mens sit rea*.

Le vicende più emblematiche cui ricondurre questa peculiare ricostruzione sono i procedimenti *S.W. e C. R. c. Regno Unito*. Rinviando sulla vicenda in questione a quanto scritto oltre (cfr. *infra* II, 2, § 1.3.1), conviene in questa sede limitarsi a considerare gli argomenti portati dai giudici di Strasburgo a sostegno della prevedibilità del mutamento giurisprudenziale in *malam partem*.

In particolare, il ricorrente affermava che al tempo del fatto fosse vigente la *marital immunity*, una particolare causa di esclusione della punibilità elaborata dalla tradizione di *common law* in ragione della indissolubilità del vincolo matrimoniale. Pertanto, la condanna intervenuta a causa dell'*overruling* giurisprudenziale avrebbe rappresentato un'ipotesi di applicazione retroattiva della norma incriminatrice in evidente contrasto con il *nullum crimen*<sup>177</sup>. D'altro canto, pochi anni prima della commissione del fatto ritenuto penalmente rilevante, in sede di discussione del *Bill for the Sexual Offences (Amendment) Act - 1976 -*, la proposta di abolire la *marital immunity* era stata espressamente rigettata, rafforzando ad avviso del ricorrente l'affidamento sul perdurare del regime di "favore" nei confronti del coniuge<sup>178</sup>.

Orbene, secondo quanto affermato dalla Corte di Strasburgo, il mutamento giurisprudenziale avviato dalla Corte d'appello e confermato dalla Camera dei Lords si collocava entro un processo evolutivo, chiaramente percepibile, posto in essere dalla giurisprudenza anglosassone: dal momento che il moto in questione rimaneva in linea con la *ratio* del reato di violenza sessuale, si trattava di una evoluzione ragionevolmente conoscibile e, dunque, conforme all'art. 7 CEDU.

Da un lato, infatti, il reato di violenza sessuale detiene un disvalore talmente manifesto da non poter essere ignorato da parte di alcun soggetto dotato di raziocinio; dall'altro, il superamento della immunità, norma anacronistica e dipendente da una visione dei rapporti entro il nucleo familiare tendenzialmente primitiva, era da intendere come conseguenza inevitabile del riconoscimento della eguaglianza tra i coniugi, della rispettiva parità dei diritti e dei doveri, della emancipazione della donna nella società del tempo<sup>179</sup>.

La prevedibilità della sanzione, quindi, sarebbe da imputare alla mutata sensibilità del sentire sociale, rispetto cui poter cogliere il fondamento dell'inasprimento punitivo<sup>180</sup>.

Sennonché, una simile soluzione pare mostrare, in filigrana, non poche perplessità. Nel dettaglio, l'argomentare della Corte in riferimento al mutamento di sensibilità avvertito

---

<sup>177</sup> Corte Edu, *S. W. c. Regno Unito*, cit., § 37.

<sup>178</sup> Ibid. Invero, la discussione pubblica sulla opportunità di eliminare l'ormai anacronistica causa di esclusione della punibilità per il marito che forzasse la moglie ad avere rapporti sessuali fu riaperta su iniziativa della *Law Commission* nel 1990; sennonché i lavori furono congelati dalla risoluzione giurisprudenziale adottata nella celebre decisione del 14 marzo 1991, *R. v R.*, che compì l'*overruling* della regola di *common law* (cfr. *infra* II, 2, § 1.3.1.1).

<sup>179</sup> Corte Edu, *S. W. c. Regno Unito*, cit., § 43 ss.

<sup>180</sup> Per approfondire, si veda S. DE BLASIS, *Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell'esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne*, cit., 133 ss., ove l'A. ricorda come forme di apertura rispetto alla prevedibilità evolutiva potessero essere riscontrate anche nella summenzionata decisione *Kokkinnakis c. Grecia*.

nella società risulta difficile da comprendere nel contesto penalistico: il riferimento puntuale alla fonte di produzione del diritto, legislativo o giurisprudenziale che sia, è unanimemente descritto come elemento imprescindibile per assicurare – quanto meno in termini potenziali – la conoscibilità della fattispecie. Pertanto, non si vede come la condanna in assenza di alcuna previsione normativa possa dirsi prevedibile se non accettando l'idea secondo cui il singolo subisca gli effetti *in malam partem* derivanti dall'applicazione retroattiva della norma sfavorevole e, quindi, divenendo strumento per il raggiungimento di uno scopo di natura collettiva. In particolare, si considerava necessario superare una immunità evidentemente anacronistica e rispetto cui, tuttavia, il legislatore si era in precedenza già rifiutato di intervenire. Ebbene, una simile soluzione non può che trovare spiegazione in ragione della particolare sensibilità degli interessi che venivano in rilievo nel caso di specie nonché del carattere naturale dei reati sessuali.

Ciò nondimeno, prospettare un profilo di indagine *ex art. 7 CEDU* da ricondurre al sentire sociale rimane di per sé estremamente problematico: mantenendo il discorso sul piano astratto, in assenza di altre decisioni che dopo *S. W.* abbiano proposto una prospettiva analoga<sup>181</sup>, pare che il giudizio di prevedibilità non possa discostarsi, *in primis*, dalla verifica della sussistenza – al tempo del fatto – della fattispecie in termini oggettivi, passando poi in un secondo momento al vaglio (eventuale) di prevedibilità soggettiva.

Altrimenti, si fornirebbe alla Corte uno strumento potenzialmente dirompente, capace di legittimare l'organismo sovranazionale a verificare la sensibilità diffusa a livello sociale in un dato momento storico e piegare in tale (discrezionale) direzione la portata – in tal senso quanto mai incerta – dei principi CEDU. Seguendo pedissequamente i passaggi appena suggeriti, tuttavia, non può negarsi che la soluzione del caso in esame sarebbe con ogni probabilità stata differente, dovendo la Corte concludere per la non sussistenza degli elementi oggettivi costitutivi dell'illecito al tempo in cui la violenza era stata posta in essere. Per quanto difficile possa essere accettare detto esito in punto di giustizia sostanziale, non è al contempo da escludere che una decisione di questo tipo avrebbe cagionato l'indignazione della opinione pubblica, sollecitando l'opportuno intervento parlamentare di modifica di un regime non più tollerabile. D'altro canto, analoghe perplessità in punto di prevedibilità della fattispecie possono essere ricondotte – in termini più generali – allo stesso istituto dell'*overruling* giurisprudenziale rispetto ai casi di *judge-made law* come si tenterà di indicare in seguito (cfr. *infra* II, 2, § 3.3).

### 3. La prevedibilità della qualificazione giuridica

Come si è avuto modo di accennare in precedenza, il principio di prevedibilità può essere esaminato a partire da diverse prospettive (cfr. *supra* II, 1 § 1.1). Per quanto riguarda

---

<sup>181</sup> Una simile circostanza pare suggerire la unicità del criterio adoperato della Corte quale testimonianza implicita delle problematiche riconnesse all'istituto in esame, giustificate solo in ragione delle particolarmente gravi circostanze del caso concreto.

il presente studio, si è stabilito di concentrare l'analisi sulla prevedibilità della qualificazione giuridica della condotta<sup>182</sup>, lasciando da parte il versante sanzionatorio. Pertanto, la comparazione tra la legalità *in action* del modello di *civil law* e il sistema anglosassone verrà condotta in riferimento alla possibilità di prevedere la rilevanza penale del fatto e, inoltre, il titolo di reato cui ricondurre un determinato comportamento, tenendo a mente il contributo offerto in tal senso dalla attività interpretativa.

Prima di muovere in ambito comparato, tuttavia, preme svolgere alcune considerazioni di carattere generale che pare possano servire ad aiutare a inquadrare i paragrafi che seguono. Sgombrando, quindi, il campo da potenziali confondimenti terminologici, il principio di prevedibilità è rivolto non già alla possibilità di conoscere con ragionevole sicurezza l'esito di un futuro giudizio. Al riguardo, infatti, la più attenta dottrina ha ampiamente avuto modo di considerare come l'esito del singolo procedimento possa essere condizionato da fattori esogeni<sup>183</sup> – solo si pensi all'influenza esercitata dall'attitudine del giudice persona fisica, al rilievo attribuito a determinati elementi di prova piuttosto che ad altri, alle questioni squisitamente processuali che incidono sulla decisione finale, ai condizionamenti derivanti dal contesto politico-sociale di riferimento<sup>184</sup>. Non è ragionevole, quindi, lamentare una violazione del principio in parola laddove un particolare procedimento, ancorché a fronte di una norma chiara e di un altrettanto consolidato "diritto vivente", prenda una strada diversa da quanto deciso in precedenza in ragione del fatto che l'autorità giudicante "non aveva compiuto quel mattino una buona colazione". Si tratterà di attivare i rimedi processuali che permettono di controllare l'attività del giudice.

All'opposto, il principio di prevedibilità è qui inteso nella sua accezione minima, cioè a dire nella mera possibilità per il soggetto agente – avuto riguardo alla giurisprudenza e al contributo offerto dagli esperti del settore, come indica l'orientamento costante della Corte di Strasburgo – di conoscere al tempo del fatto la qualificazione giuridica cui quest'ultimo era da ricondurre, fondando così, almeno in termini essenziali, la rimproverabilità del reo per aver essersi allontanato (consciamente) dal sentiero della legalità.

Ebbene, con riferimento all'ordinamento italiano la complessità della questione poggia sul fatto che, nonostante la Carta costituzionale enunci in termini espressi che il giudice è soggetto soltanto alla legge, è tuttavia pressoché impossibile individuare la effettiva qualificazione giuridica di un certo comportamento tralasciando di considerare l'interpretazione seguita – quanto meno – dalla giurisprudenza di legittimità.

---

<sup>182</sup> V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, cit., p. 28.

<sup>183</sup> M. DONINI, *Fattispecie o case law? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, cit., p. 85.

<sup>184</sup> *Ibid.*

Ebbene, qualora si volesse inseguire la chimera di una “legalità pura”<sup>185</sup>, in ossequio alla nozione formale di legge quale prodotto del procedimento parlamentare<sup>186</sup>, il problema parrebbe ampiamente ridimensionato giacchè l’interprete eserciterebbe un potere sostanzialmente vincolato<sup>187</sup>, in linea con le riflessioni di Beccaria e del secolo dei lumi (cfr. *supra* I, 1, § 1.1.1)<sup>188</sup>.

All’opposto, la questione diviene oltremodo complessa nel momento in cui si maturi la consapevolezza secondo cui ciascun testo<sup>189</sup> necessita al fine di essere compreso della intermediazione di un interprete<sup>190</sup> nel rispetto dei criteri stabiliti, *in primis*, dall’art. 12 delle

---

<sup>185</sup> Per quanto riguarda la «illusione della legalità pura» declinata in prospettiva storica e, in particolare, nel passaggio dal diritto medioevale all’età moderna e, quindi, al pensiero illuminista, si veda M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 36 ss.

<sup>186</sup> S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, 1973, Milano, Giuffrè, p. 684, ove l’A. sostiene che si compia una sorta di «presunzione generale per cui i riferimenti alla “legge” contenuti nelle norme costituzionali debbono essere intesi come riguardanti gli atti legislativi in senso tecnico». Del resto, continua «il riferimento alla legge assume comunque un significato strettamente tecnico in tutte le norme contenute nel tit. IV sez. I cost.: sarebbe perciò assurdo ritenere che proprio nell’art. 101, norma fondamentale di tale titolo, il riferimento alla “legge” assuma un significato diverso e meno rigoroso».

<sup>187</sup> Ivi, p. 660.

<sup>188</sup> R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, cit., p. 498, ove l’A. prende in esame i riflessi politici cagionati dalla distinzione tra “legalità formale” e “materiale” nonché dalla contrapposizione tra la nozione di “Stato di diritto” e “Stato costituzionale di diritto”.

<sup>189</sup> Emblematica è la prospettiva che segue *Ronald Dworkin* direttamente rivolgendosi ai lettori: «mentre leggete questo testo mi state interpretando», cfr. R. DWORKIN, *Giustizia per i ricci*, V. Ottonelli trad., Milano, Feltrinelli, 2013, p. 146. L’A. continua sostenendo che è «appropriato trattare l’interpretazione come uno dei grandi campi dell’attività umana, che sta degnamente al fianco della scienza in un dualismo inclusivo della comprensione». Quanto poi alla necessaria attività di interpretazione tra la comunicazione e la comprensione del messaggio, si rinvia, a G. U. RESCIGNO *Giudici e legislatori*, cit., p. 489.

<sup>190</sup> Di particolare interesse la tesi secondo cui, a fronte di testi chiari e lineari, non si debba discutere di interpretazione bensì di comprensione del loro significato, senza che sia necessario l’intervento di alcun potere manipolativo: G. U. RESCIGNO, *Comunicare, comprendere, interpretare nel diritto*, in *Dir. pubb.*, 3, 2009, p. 697 ss. La distinzione si riferisce, riportando l’esempio citato dall’A. (ivi, pp. 698-689 e 703-707), alla differenza che intercorre tra la norma che disciplina la durata in carica del Presidente della Repubblica (tanto chiara da dover essere semplicemente compresa) e, invece, quella che prevede la possibilità per il Capo dello Stato di nominare senatori a vita (sulla cui interpretazione si è, appunto, a lungo discusso). D’altro canto, anche di recente, partecipando al dibattito sulla monografica di *Diritto pubblico*, l’A. ha messo in guardia dal pericolo di considerare il testo di legge di per sé privo di significato, attribuendo alla interpretazione una funzione che non le è propria: *Giudici e legislatori*, cit., p. 488. Per contro, altri autori hanno negato che sia possibile distinguere tra comprensione e interpretazione del testo, dovendosi sempre procedere a una attività manipolativa che dia “significato ai segni”: cfr. R. GUASTINI, *Ancora sull’interpretazione costituzionale*, in *Dir. pubb.*, 2, 2005, p. 458 (nota n. 2). Riporta e approfondisce il dibattito, M. NISTICÒ, *L’interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 12-17.

Preleggi<sup>191</sup>: l'attività ermeneutica posta in essere dall'organo giudiziario, quindi, condiziona irrimediabilmente il significato della fattispecie incidendo sulle aspettative del singolo<sup>192</sup>.

Al riguardo, non si possono che abbandonare le rigidità della dottrina formalistica e accettare che sia l'interprete a selezionare, tra i diversi significati egualmente legittimi<sup>193</sup>, quello più opportuno<sup>194</sup>, contribuendo non già a dichiarare<sup>195</sup> bensì a definire (se non addirittura con-formare) il comando normativo<sup>196</sup>.

---

<sup>191</sup> Per approfondire presupposti e limiti dell'attività interpretativa nonché i più recenti approdi sulla distinzione (e sulla stessa opportunità della distinzione) tra disposizione e norma, M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., p. 413 ss.; M. DONINI, *Fattispecie o case law? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, cit., p. 81 ss. Quanto alla possibilità di interpretazioni "creative" in prospettiva neo-costituzionalistica, si veda G. INSOLERA, *Oltre il giardino*, cit.; A. DI PORTO, *Calcolo giuridico secondo la legge nell'età della giurisdizione. Il ritorno del testo normativo*, in A. Carleo (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, cit., p. 123 ss.

<sup>192</sup> Sulla nozione del diritto come scienza essenzialmente pratica, come «tessuto di relazioni alla cui tessitura contribuisce inevitabilmente anche l'interprete», si rinvia a M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine?*, cit., p. 37.

<sup>193</sup> Sulla necessità di «[...] iniziare ogni discorso sulla libertà di interpretazione da una difesa del senso letterale», direttamente citando i celebri studi di Umberto Eco, D. PULITANÒ, *Diritto penale e tecniche interpretative: l'interpretazione conforme a costituzione e il ruolo 'creativo' del giudice*, in I. Pellizzone (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, cit., p. 68, nonché V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, cit. Per approfondire la nozione di interpretazione restrittiva del testo di legge, si veda G. COCCO, *Le fonti*, in G. Cocco-E. M. Ambrosetti (a cura di), *La legge penale*, cit., p. 101 s.

<sup>194</sup> Si veda, sul punto, l'analisi di R. ORLANDI, *Rinascita della nomofilachia: sguardo comparato alla funzione "politica" delle Corti di legittimità*, in *Cass. pen.*, 7-8, 2017, p. 2599 s. Al riguardo, occorre tenere distinti l'interpretazione cognitiva, che identifica i significati da attribuire a un determinato significante, l'interpretazione decisoria, che seleziona uno tra i significati legittimi, escludendo in radice gli altri, e l'interpretazione creativa, che conferisce nuovo significato alla disposizione: R. GUASTINI, *Ancora sull'interpretazione costituzionale*, cit., p. 459-460.

<sup>195</sup> Secondo la dottrina dichiarativa, ciascun testo è dotato di un solo significato così che l'interprete è tenuto a individuare quell'unica "giusta" interpretazione che dia voce al significato che la norma di per sé possiede. Si veda, sul punto, l'analisi di G. GORLA, *Precedente giudiziale*, in *Enc. giur.*, vol. XXIII, II, p. 3 ss. Interessanti, pure, le osservazioni di M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato*, cit., p. 22, ove l'A. richiama la celebre immagine di Santi Romano per cui, in riferimento alla posizione formalistica, l'interpretazione «si risolve non in un atto di volontà, ma in una semplice cognizione del diritto vigente che occorre avere prima di arrivare a una manifestazione o attuazione di volontà [...]». Del resto, «[l']interpretazione [...] non è che il riflettersi del diritto vigente nell'intelletto di chi vuole conoscere tale diritto, e questo riflettersi nell'intelletto è, o almeno dovrebbe essere, come il riflettersi in uno specchio» (Id., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 119 s.). Quanto al superamento di tale modello formalistico, si veda il contributo di O. DI GIOVINE, «*Salti mentali*» (*analogie e interpretazione nel diritto penale*), in *Questione giustizia*, 4, 2018, p. 56 ss.

<sup>196</sup> Con riguardo allo scetticismo interpretativo, si è soliti distinguere tra una tesi "radicale", che rifiuta la possibilità che il testo limiti la fantasia creatrice dell'interprete, e la tesi secondo cui occorre valorizzare il testo non come mero "pretesto" bensì quale vero e proprio confine della discrezionalità dell'interprete: M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato*, cit., p. 27 ss. Sul punto, di particolare interesse l'analisi di M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., p. 426 ss.

D'altro canto, numerose vicende processuali si caratterizzano per il fatto che la stessa previsione di legge sia interpretata in maniera antitetica<sup>197</sup> da diverse sezioni – se non talvolta dalla stessa sezione – della Corte di legittimità<sup>198</sup>.

A titolo di esempio, si può considerare il caso della responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria<sup>199</sup> oggetto della contrapposizione tra le sentenze Tarabori<sup>200</sup> e Cavazza<sup>201</sup> pronunciate, nell'intervallo di pochi mesi, dalla quarta sezione della Suprema Corte. In particolare, nonostante gli scopi del *novum* legislativo fossero proprio quelli di garantire una maggiore certezza all'attività sanitaria<sup>202</sup> e contrastare le asperità indotte dalla c.d. medicina difensiva<sup>203</sup>, le sentenze in questione hanno seguito linee interpretative incompatibili<sup>204</sup>. Mentre, infatti, l'una decisione ha scelto di inquadrare la fattispecie *de quo* nella cornice dei principi costituzionali oggetto di specifico bilanciamento, l'altra ha valorizzato la lettera e le finalità dell'art. 590-*sexies* c.p., con il conseguente ampliamento della sua portata applicativa<sup>205</sup>. Tale contrapposizione, era inevitabile, ha alimentato un consistente dibattito circa la soluzione interpretativa che fosse da preferire<sup>206</sup>, placato infine

---

<sup>197</sup> A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., pp. 74-75, ove l'A. ritorna sulla differenza che intercorre tra contrasti interpretativi "semplici" e "multipli"; "orizzontali" e "verticali". Si vedano, pure, le riflessioni critiche di A. MELCHIONDA, *La labile "certezza interpretativa" della legittimità costituzionale del reato di bancarotta*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4, 2016, p. 62 ss., che esamina il peculiare caso della sentenza c.d. "Corvetta" pronunciata dalla quinta sezione della Corte di cassazione e immediatamente smentita da altra pronuncia del medesimo Collegio, redatta da diverso giudice estensore.

<sup>198</sup> A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., p. 69, ove l'A. ricorda che, negli ultimi anni del XIX secolo, Zanardelli impose uno studio specifico sui contrasti interpretativi che al tempo animavano la giurisprudenza delle diverse Corti di Cassazione. Il risultato di tali ricerche portò a identificare più di 200 casi di conflitto interpretativo accertati in un intervallo di soli 15 anni, suffragando la scelta di unificare il giudizio di legittimità.

<sup>199</sup> Art. 590-*sexies* c.p., introdotto dalla legge 8 marzo 2017, n. 24, art. 6. Sul punto, si veda, *inter multis*, G. M. CALETTI-M. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge 'Gelli-Bianco' nella prospettiva del diritto penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 11, 2017, p. 84 ss.

<sup>200</sup> Cass., sez. IV, 20 aprile 2017 (dep. 07/06/2017), n. 28187, ric. Tarabori.

<sup>201</sup> Cass., sez. IV, 19 ottobre 2017 (dep. 31/10/2017), n. 50078, ric. Cavazza.

<sup>202</sup> G. M. CALETTI-M. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge 'Gelli-Bianco' nella prospettiva del diritto penale*, cit., p. 85.

<sup>203</sup> La proposta di legge presentata alla Camera dei deputati il 15 marzo 2013 afferma che «il rischio di subire una causa (civile o penale) spinge di fatto troppi medici ad abusare delle cosiddette "cure difensive" prescrivendo farmaci, esami diagnostici e ricoveri anche quando questi non servono. È quindi giusto il richiamo alla deontologia del medico, ma è anche giusto, sull'altro fronte, mettere i medici stessi nelle condizioni di non dover neanche pensare a ricorrere alla medicina difensiva».

<sup>204</sup> M. DONINI, *Fattispecie o case law? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, cit., p. 87.

<sup>205</sup> C. CUPELLI, *Cronaca di un contrasto annunciato: la legge Gelli-Bianco alle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2017, p. 244 ss.

<sup>206</sup> Quanto alla nozione di legalità *sub specie* di prevedibilità del precetto, si vedano, *inter multis*, V. MANES, voce *Art. 7*, cit., p. 278 ss.; F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., p. 213 ss.; F. MAZZACUVA, voce *Art. 7*, cit., p. 236 ss.

dalla sentenza pronunciata a Sezioni Unite<sup>207</sup>: irrealistica fino a quel momento l'aspettativa di conoscere con ragionevole certezza il contenuto del precetto penale<sup>208</sup>.

Ebbene, in un contesto simile, sembra impossibile assicurare la prevedibilità della qualificazione giuridica se non attraverso l'impegno sinergico dei principali attori istituzionali che compaiono sulla scena: il legislatore, l'interprete e il giudice costituzionale<sup>209</sup>. Al riguardo, nondimeno, un piccolo contributo può essere offerto anche dalle ricerche comparate seguendo l'idea per cui, sussistendo un sostrato comune, una tradizione giuridica condivisa che permetta ai diversi sistemi di comunicare tra loro, l'esperienza e le garanzie concepite dal sistema anglosassone possano contribuire se non a risolvere questo momento di "crisi" della nozione tradizionale di legalità quanto meno a indirizzare il lavoro delle istituzioni verso il superamento di una situazione di stallo che si trascina ormai da tempo.

---

<sup>207</sup> Cass., Sez. Un., 21 dicembre 2017 (dep. 22 febbraio 2018), n. 8770, Pres. Canzio, Rel. Vessichelli, ric. Mariotti.

<sup>208</sup> Con riguardo alla sentenza in questione e ai "nodi ancora da sciogliere", C. CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco nell'interpretazione delle Sezioni Unite: torna la gradazione della colpa e si riaffaccia l'art. 2236 c.c.*, in *Dir. pen. cont.*, 12, 2017, p. 135 ss.; R. BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica*, in *Dir. pen. cont.*, 5, 2018, p. 233 ss. Sul tema, si veda G. CALETTI-M. MATTHEUDAKIS, *La fisionomia dell'art. 590-sexies c.p. dopo le Sezioni Unite tra "nuovi" spazi di graduazione dell'imperizia e "antiche" incertezze*, in *Dir. pen. cont.*, 4, 2018, p. 25 ss. Si sofferma sulla "notte fonda" discesa sulla colpa medica, P. PIRAS, *Un distillato di nomofilachia: l'imperizia lieve intrinseca quale causa di non punibilità del medico*, in *Dir. pen. cont.*, 20 aprile 2018.

<sup>209</sup> G. PINO, *Legalità penale e rule of law*, in G. Pino-V. Villa (a cura di), *Rule of law. L'ideale della legalità*, cit., p. 228; nonché G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, p. 94 ss.

## 2. *Rule of law* e diritto giurisprudenziale

### 1. L'intuizione del *rule of law*

La nozione di *rule of law* affonda le proprie radici nell'alto medioevo e, in particolare, incontra una prima forma di espresso riconoscimento entro la stessa *Magna Charta* che, a partire dal 1215, condiziona l'esercizio del potere regio al rispetto della legge<sup>210</sup> e apre alla nascita oltremarina del primo Parlamento. Il principio in questione riveste, invero, un ruolo perfino più rilevante della sovranità parlamentare: indipendentemente dal sostegno ottenuto – certo in via legittima – alle urne, la maggioranza politica non può agire in modo arbitrario essendo in ogni caso vincolata al rispetto delle leggi dello Stato<sup>211</sup>.

Nondimeno, la nozione in questione non si risolve certo nella mera supremazia della legge, ritrovandosi nelle pieghe del principio in esame una pluralità di componenti la cui evoluzione attraverso i secoli ha costituito uno dei principali presidi posti, anche nel Regno Unito, a tutela delle garanzie della persona<sup>212</sup>.

Al riguardo, urge una precisazione. Già nel 1977 *Raz* lamentava un utilizzo improprio della nozione di *rule of law*, spesso portata erroneamente a coincidere con la definizione stessa di democrazia, di giustizia o di equità<sup>213</sup>. Invero, non v'è dubbio che la subordinazione del potere coercitivo alla legge implichi, nei sistemi garantistici, il rispetto delle minoranze politiche, religiose, culturali, la libertà di espressione e di stampa, la indipendenza della magistratura, nonché, *last but not least*, il rispetto dei diritti umani.

Ciò nonostante, è sempre opportuno tenere a mente la definizione di *Hayek* secondo cui per *rule of law* deve intendersi

*[s]tripped of all technicalities this means that government in all its action is bound by rules fixed and announced beforehand – rules which make it possible to foresee with fair certainty how the authority will use its coercive powers in given circumstances, and to plan one's individual affairs on the basis of this knowledge*<sup>214</sup>.

---

<sup>210</sup> Il riferimento è alle clausole n. 39 e 40 del documento originario come precisa V. BOGDANOR, *Magna Charta, the Rule of Law and the Reform of the Consitution*, cit., p. 23 s.

<sup>211</sup> Ivi, p. 28, ove l'A. riflette sulla ascesa "democratica" di dittatori come Hitler o Mussolini e sulla ineluttabile decisione, per fomentare il regime dittatoriale, di porsi al di sopra della legge, forti della sola investitura popolare.

<sup>212</sup> In questi termini, infatti, T.R. ALLAN, *The rule of law as the rule of reason: consent and constitutionalism*, in *Law Quarterly Rev.*, 115, 1999, p. 221.

<sup>213</sup> J. RAZ, *The Rule of Law and its Virtue*, in *Law Quarterly Rev.*, 1977, p. 196, ove l'A. mette in guardia in termini provocatori sul fatto che non è escluso che regime dittatoriali rispettino il *rule of law* - intesa nel suo significato minimo - e che, al contrario, regimi democratici non siano in termini effettivi in grado di assicurarne il rispetto per i propri concittadini.

<sup>214</sup> F. A. HAYEK, *The Road to Serfdom*, I ed. 1944, Institute of Economic Affairs, Londra, 2005, p. 57. Cor riferimento alle conseguenze del liberalismo economico sulla nozione di Stato di diritto e, in particolare, alla capacità di quest'ultimo di «volger[e] lo Stato di diritto contro lo Stato», si veda R. BIN, *Rule of law e ideologie*, in G. Pino-V. Villa (a cura di), *Rule of law. L'ideale della legalità*, cit., p. 38.

Secondo, quindi, tale accezione ristretta, il principio in esame vincola il governo ad agire nel pieno rispetto del diritto di modo tale che a governare sia la legge e non gli uomini in ossequio alla ben nota espressione «*government by law and not by men*»<sup>215</sup>. In tal modo, la funzione esercitata dal *rule of law* entro l'intrigo dei poteri interni rappresenta un limite non solo per l'esecutivo ma, pure, per le altre componenti in grado di esercitare pressioni sul governo come nel caso dei grandi gruppi industriali, dei sindacati, delle corporazioni: le azioni di costoro tese alla capitalizzazione degli interessi di categoria sono tenute al rispetto del diritto, non potendosi spingere oltre i confini di quanto ritenuto legittimo<sup>216</sup>.

Si potrebbe, giunti a questo punto, intendere il sistema come condannato alla ipocrisia o all'immobilismo. In altri termini, se il governo e le altre forze politiche ed economiche dovessero agire solo nei limiti di quanto autorizzato *ex lege* in precedenza parrebbe difficile contemplare quel progresso in tempi rapidi richiesto dalla contemporaneità, se non al prezzo di ridurre il principio in esame a una scatola vuota. Una tale complessa questione è stata per lungo tempo al centro del dibattito che ha coinvolto l'ordinamento di *common law*. In breve. La premessa del ragionamento insiste sulla equiparazione – quanto meno con riguardo all'accezione tradizionale che fa capo alle riflessioni di *Coke* e *Dicey* – del formante legislativo e giudiziario nell'applicazione del *rule of law*<sup>217</sup>. In tale accezione, infatti, il *rule of law* presuppone la leale collaborazione tra le istituzioni parlamentari e giudiziarie allo scopo di assicurare l'equo trattamento dei cittadini e il rispetto delle loro libertà fondamentali<sup>218</sup>. D'altro canto, sono escluse dall'analisi le singole disposizioni, le circolari, le norme di dettaglio che non sono da includere nella nozione di "*law*", scongiurando in tal modo il rischio di imporre vincoli irrealistici ed eccessivi. Detto altrimenti, tanto il potere esecutivo quanto i giudici esercitano le proprie funzioni con quel margine di discrezionalità che è loro riconosciuto, purché non venga meno il rispetto delle «*general, open and stable rules (the popular conception of law)*» cui le norme di dettaglio pure sono subordinate<sup>219</sup>.

---

<sup>215</sup> J. RAZ, *The Rule of Law and its Virtue*, cit. p. 197.

<sup>216</sup> Ibid.

<sup>217</sup> Anzi, il *common law* era percepito quale componente prioritaria dell'ordinamento insulare da intendere come complesso di valori condiviso dalla comunità di riferimento, carpito dalla sensibilità dei *common lawyers* e trasposto, quindi, nelle regole di diritto che fondano la *ratio decidendi* vincolante. Per approfondire, si veda E. SANTORO, *Rule of law e "libertà degli inglesi". L'interpretazione di Albert Venn Dicey*, in P. Costa-D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, cit., p. 173 ss., ove l'A. mette in luce come carattere peculiare della *Glorious Revolution* – di cui, del resto, sono permeate le parole di *Coke* – si trova nel fatto di non aver erto a vessillo i diritti fondamentali bensì il diritto oggettivo quale presupposto indefettibile per lo sviluppo delle libertà individuali, a fronte del contenimento del potere pubblico. Così argomentando, l'importanza del *common law* era da identificare nel fatto di rappresentare la «vera fonte della libertà [...] capace di limitare il potere del monarca e di proteggere la libertà degli individui» (ivi, p. 174).

<sup>218</sup> A. SCHIAVELLO, *Il rule of law secondo Ronald Dworkin. Qualche osservazione critica*, cit., p. 113.

<sup>219</sup> Ivi, p. 198.

Ferme tali premesse, affinché il diritto possa svolgere un simile compito di guida sia per i cittadini che per gli altri poteri dello Stato, è inevitabile che si debba trattare di un diritto chiaro, portatore di un messaggio agevolmente conoscibile *ex ante*<sup>220</sup>.

Deriva, quindi, direttamente dal *rule of law* la necessità che il diritto sia tendenzialmente stabile, ossia protragga i propri effetti nel tempo – indipendentemente dal formante di riferimento – così da assicurare il diffondersi di un comune affidamento circa le linee generali di indirizzo che regolano un dato settore. Una simile prudenza rispetto ai cambiamenti si ritrova, del resto, non solo nelle complesse argomentazioni delle decisioni delle Alte Corti quando si tratti di procedere all'*overruling* di un precedente orientamento (cfr. *infra*, II, 2, § 3.2) ma pure nel contributo offerto al Parlamento dalla *Law Commission* che di regola dedica parte dei propri studi a verificare, in relazione alle condizioni politiche, sociali e culturali di un dato momento storico, l'opportunità del *novum* legislativo o di una sua modifica (cfr. *supra*, I, 2, Sez. III, § 2.4).

Non si può, quindi, al riguardo evitare di citare le riflessioni di *Fuller* secondo cui il diritto non può raggiungere il primario obiettivo di guidare la condotta dei propri destinatari se non raggiungendo otto *desiderata*: deve essere formato da norme generali, promulgate all'esito di una procedura chiara e condivisa, che dispongano per l'avvenire, puntuali e non contraddittorie, che non impongano condotte inesigibili, costanti nel tempo e, da ultimo, coerenti nel rapporto tra la fase editale e applicativa<sup>221</sup>. In tale prospettiva, il diritto deve essere generale al fine di evitare discriminazioni tra i propri destinatari e, al contempo, rivolgersi indifferentemente a tutti gli attori istituzionali, limando in radice il pericolo che alcuni agiscano al di sopra della legge, siano i membri dell'esecutivo o i Lords poco importa.

Al riguardo, infine, sono particolarmente interessanti gli studi secondo cui il rispetto del *rule of law* permette di fondare l'affidamento dei cittadini sulla possibilità effettiva di conoscere i precetti illeciti e, quindi, compiere scelte libere rispetto alla alternativa tra infrangere o meno le regole previste in un dato momento storico (c.d. certezza verticale)<sup>222</sup>. Al contempo, però, il *rule of law* permette al singolo di fare affidamento sul comportamento dei propri consociati: dal momento che le norme sono chiare, conoscibili *ex ante*, capaci in termini effettivi di guidare l'agire umano, è lecito attendersi dai membri della propria

---

<sup>220</sup> Come scrive, infatti *Raz*, la intuizione base sottesa al *rule of law* si riassume nel fatto che «*the law must be capable of being obeyed*» e, quindi, «*it must be capable of guiding the behaviour of its subjects*» (J. RAZ, *The Rule of Law and its Virtue*, cit. p. 197).

<sup>221</sup> L. L. FULLER, *The morality of Law*, cit., II ed., New Haven-London, Yale University Press, 1969, p. 50 ss. Per approfondire, si rinvia all'analisi di A. SCHIAVELLO, *Il rule of law secondo Ronald Dworkin. Qualche osservazione critica*, cit., p. 110.

<sup>222</sup> H. L. A. HART, *Problems of the Philosophy of Law*, in Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 115.

comunità l'adozione di certi comportamenti – legittimi – e non di altri – illeciti, implementando la fiducia, la cooperazione e la sicurezza reciproca (certezza orizzontale)<sup>223</sup>.

Invero, l'impostazione formalistica di una tale ricostruzione del *rule of law* ha trovato non pochi detrattori in coloro che sostengono il rischio che una simile, asettica, nozione legittimi anche sistemi dittatoriali o para-militari che impongano il rispetto del diritto marziale<sup>224</sup>. La risposta a tali ragionevoli obiezioni finisce per "guastare" l'asserzione purista dal momento che riconnette al *rule of law* tutta una serie di corollari che connotano – è chiaro – le democrazie liberal-garantistiche<sup>225</sup>. Ne deriva che lo sviluppo della nozione formalistica del principio in esame finisce per assumere proprio quei connotati rispetto cui muoveva una certa resistenza, non potendosi prescindere dalla individuazione di tutta una serie di ulteriori sotto-principi essenziali per preservare un determinato *status quo*. Il riferimento, allora, è alla indipendenza dei giudici – affinché possano rispondere solo al diritto<sup>226</sup> – al diritto di difesa – per permettere a ciascuno di domandare il vaglio sul rispetto del *rule of law* innanzi a una autorità imparziale – alla presunzione di non retroattività della legge – che possa quindi in termini effettivi guidare l'azione dei suoi destinatari<sup>227</sup>.

Ebbene, tenendo conto dello scopo della presente indagine, è proprio questo punto che sarà oggetto di ulteriore approfondimento nel tentativo, in particolare, di vagliare la *ratio* e la portata garantistica del principio di prevedibilità entro l'ordinamento di *common law*.

### 1.1 *Retroactivity vs Retrospectivity*

Prendendo le mosse dal principio di irretroattività come declinato negli ordinamenti di *common law*, emerge una prima generalissima distinzione. I testi oltremarica, infatti, si preoccupano di distinguere le norme aventi effetto retroattivo da quelle retrospettive. Nel dettaglio, mentre le prime trovano applicazione a fatti commessi prima della loro entrata in vigore, dispiegando i propri effetti nel passato, le seconde regolano l'avvenire, introducendo, però, nuove e ulteriori conseguenze in relazione a eventi accaduti in precedenza<sup>228</sup>. Seppur abbastanza chiaro in termini astratti, la portata dei due principi

---

<sup>223</sup> Sul punto, B. Z. TAMANAHA, *On the rule of law: history, politics, theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004. In argomento, si veda, pure, G. PINO, *Legalità penale e rule of law*, in G. Pino-V. Villa (a cura di), *Rule of law. L'ideale della legalità*, cit., p. 216 s.

<sup>224</sup> R. BIN, *Rule of law e ideologie*, in G. Pino-V. Villa (a cura di), *Rule of law. L'ideale della legalità*, cit., p. 43.

<sup>225</sup> *Ibid.*, ove l'A. riflette sulla nozione di *rule of law* e sulla tendenza di quest'ultima a sostituire «la versione storica di Stato di diritto».

<sup>226</sup> Come afferma il giudice ELISABETH LAING, infatti, quello che indebolisce l'indipendenza e la imparzialità dell'organo giudicante indebolisce, al contempo, il *rule of law*: Id., *Two Cheers to Judicial Activism*, pubblicato sul portale del progetto *Judicial Activism* coordinato dal Professor Paul Craig, 2016-2017.

<sup>227</sup> *Ivi*, p. 201.

<sup>228</sup> Tale definizione, invero, è ricondotta alle parole di E. A. Driedger secondo cui «[a] retroactive statute is one that operates as of a time prior to its enactment. A retrospective statute is one that operates for the future only. It is prospective, but it imposes new results in respect of a past event. A retroactive statute operates backwards. A retrospective

all'atto pratico è tutt'altro che scontata come dimostra il dibattito sorto in relazione alle rispettive nozioni<sup>229</sup>. Per quanto qui maggiormente interessa, quindi, può essere utile riportare le parole del giudice *Isaacs* che sostanzialmente riduce *ad unum* i due concetti:

*[a] retroactive law, that is, a retrospective law in the true sense, is one which "provides that as at a past date the law shall be taken to have been that which it was not". That does not include an Act which only alters existing rights as from the date of the Act*<sup>230</sup>.

Ebbene, la questione si complica ulteriormente nel momento in cui deve coordinarsi il significato attribuito a tali concetti con il divieto di applicazione di nuove incriminazioni «*ex post facto*». L'espressione latina, infatti, compare per la prima volta nella Costituzione degli Stati Uniti d'America (art. 1, sez. 9 e 10<sup>231</sup>), dovendosi riferire secondo quella che è stata la interpretazione fornita dalla Corte Suprema, allo specifico caso della predisposizione di nuove forme di incriminazione<sup>232</sup>.

Al riguardo, tuttavia, la dottrina è piuttosto concorde nel ritenere impreciso – in senso tecnico – il riferimento alla dizione latina la quale può di per sé alludere, in termini più generali e divenendo quindi foriera di ulteriori ambiguità, il solo fatto dell'entrata in vigore del provvedimento dopo uno specifico accadimento, indipendentemente dagli effetti della norma in questione<sup>233</sup>. Quanto, poi, al rapporto tra effetti retrospettivi ed effetti retroattivi della norma penale, si condivide la tesi secondo cui, a dispetto del tentativo di caricare la prima nozione di un significato proprio del tutto autonomo<sup>234</sup>, meglio sia intendere l'effetto retrospettivo quale perfetta antitesi di quello prospettico, l'uno dipendente in una certa misura dagli eventi pregressi e l'altro proiettato esclusivamente nel futuro. In altri termini, pare preferibile ammettere il carattere generalissimo di tale nozione, capace di includere nel

---

*statute operates forwards, but it looks backwards in that it attaches new consequences for the future to an event that took place before the statute was enacted. A Retroactive statute changes the law from what it was; a retrospective statute changes the law from what it otherwise would be with respect to a prior event*», ID., *Statutes: Retroactive Retrospective Reflections*, in *Canadian Bar Review*, 1978, p. 268 s., concentrandosi l'A. sull'applicazione dei relativi principi in ambito statutario.

<sup>229</sup> C. SAMPFORD, *Retroactivity and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 21.

<sup>230</sup> *R. v Kidman* [1915] 20 CLR 425, in cui i giudici della Corte Suprema Australiana, chiamati a valutare la possibilità di applicare retroattivamente la norma che aveva introdotto il reato di truffa ai danni del Commonwealth (*defraud the Commonwealth, Crimes Act 1914*), si soffermarono sulla nozione del principio in parola prendendo spunto dalla esperienza americana e anglosassone.

<sup>231</sup> Ossia, rispettivamente «*[n]o bill of attainder or ex post facto law shall be passed*» e «*[n]o state shall enter into any treaty, alliance, or confederation; grant letters of marque and reprisal; coin money, emit bills of credit; make anything but gold and silver coin a tender in payment of debts; pass any bill of attainder, ex post facto law or law impairing the obligation of contracts, or grant any title of Nobility*».

<sup>232</sup> Il giudice Chase, infatti, chiarì fin da subito che l'espressione "*ex post facto*" di per sé fosse priva di apprezzabile significato, dovendosi intendere tale riferimento con specifico riguardo alla materia penalistica: *Calder v. Bull* [1798] US 386.

<sup>233</sup> B. JURATOWITCH, *Retroactivity and the Common Law*, cit., p. 8.

<sup>234</sup> E. A. DRIEDGER, *Statutes: Retroactive Retrospective Reflections*, cit., p. 268.

suo significato tanto le vicende riguardanti la capacità di una data disposizione di incidere sulle conseguenze di eventi compiuti nel passato – ma in vario modo protratti nel tempo – quanto il caso più puntuale di previsioni retroattive. La categoria delle norme retrospettive costituisce così il *genus* cui ricondurre le disposizioni retroattive.

Senonché, in tale contesto, preme mettere in luce il rischio che deriva dal nascondersi dietro a etichette “formalistiche”. Emblematiche, al riguardo, le riflessioni di *Waldron* secondo cui la modifica statutaria neozelandese – intervenuta per estendere i termini di carcerazione anche con riferimento ai processi in atto per particolari gravi reati – fosse da considerare “retrospettiva” e non “retroattiva”, in linea quindi con il principio di legalità<sup>235</sup>. Poiché il legislatore si era limitato a variare il *quantum* sanzionatorio, non ne sarebbe derivata alcuna lesione della facoltà di autodeterminazione del singolo cui era indubbiamente noto, fin dal tempo della condotta, il carattere illecito del proprio comportamento. Una tale conclusione, tuttavia, pare piuttosto pericolosa se rapportata alla interpretazione ormai consolidata a livello sovranazionale del principio di legalità in termini di qualità della norma incriminatrice (cfr. *supra*, II, 1, § 2), nonché alle ripercussioni inevitabilmente peggiorative che ne conseguono rispetto alla libertà del singolo.

Pertanto, sembra necessario evitare simili semplificazioni nominalistiche e piuttosto ricondurre, in termini sostanziali, tutti casi in cui la persona sia punita – o sia punita più severamente – *ex post facto* alla categoria della retroattività scongiurando in materia penale l’operare di norme peggiorative che, seppur successive, guardino cinicamente al passato<sup>236</sup>. Poco importa, allora, se si tratti di regole parlamentari o giurisprudenziali purché l’ordinamento conferisca carattere vincolante.

Quanto al formante di riferimento, infatti, se i primi studi si incentravano sugli effetti nel tempo degli statuti, ben presto il focus di indagine si è allargato così da comprendere entro l’ambito applicativo dei principi *de quo* non solo gli atti legislativi ma, pure, le pronunce giurisdizionali<sup>237</sup>.

Del resto, il cuore della questione “nominalistica” riposa sul fatto che mentre gli eventuali effetti retrospettivi della norma penale non sempre sono in grado di compromettere la libertà del singolo, dal momento che le conseguenze del *novum* possono riverberarsi esclusivamente *pro-futuro*, il caso della decisione giurisprudenziale “fisiologicamente” retroattiva (*mandatory retroactivity of common law decisionmaking*) genera tutt’altra serie di problematiche. Di qui, l’importanza di concentrare la ricerca su questo

---

<sup>235</sup> J. WALDRON, *Retroactive Law: How Dodgy was Duynhoven*, in *Otago L. Rev.*, 2004, p. 631 ss.

<sup>236</sup> B. JURATOWITCH, *Retroactivity and the Common Law*, cit., p. 12.

<sup>237</sup> Ivi, p. 9.

secondo frangente allo scopo di vagliare la tenuta della garanzia di legalità rispetto tanto al diritto penale positivo quanto al diritto *judge-made*<sup>238</sup>.

### 1.1.1 *Retroactive e Prospective decisionmaking*

Prima di procedere, pare utile puntualizzare che risulta oramai superata la tesi di *Blackstone* secondo cui il giudice di *common law* non eserciterebbe alcun potere creativo, limitandosi a dichiarare il diritto quale componente immanente negli usi e nelle consuetudini diffuse presso la comunità anglosassone in un dato periodo storico<sup>239</sup>. Una volta abbandonato – sempre che invero tale convincimento sia mai esistito<sup>240</sup> – il retaggio della teoria dichiarativa, per cui i giudici altro non sarebbero se non gli “oracoli” del *common law*<sup>241</sup>, diviene inevitabile riconoscere il potere quantomeno parzialmente creativo dell’ autorità giudiziaria nella formazione del diritto, superando in tal modo quelle vacue mitizzazioni che si sono rivelate piuttosto inconsistenti all’atto pratico.

D’altra parte, se si ammette che i giudici non si limitano a “trovare” ma, piuttosto, concorrono a costruire la regola di diritto, diviene necessario interrogarsi più a fondo sul principio della *mandatory retroactivity*. Seguendo l’approccio realista, infatti, nel momento in cui pronuncia le sentenze, il giudice di *common law* è da equiparare al legislatore atteso il

---

<sup>238</sup> S. J. HAMMER, *Retroactivity and Restraint: An Anglo-American Comparison*, in *Harv. J. Law & Pub. Pol.*, 41, 2018, p. 409, ove l’A. definisce la *mandatory retroactivity* come una «*unfashionable idea*».

<sup>239</sup> Ad avviso di *Blackstone*, infatti, il giudice deve impegnarsi a «*determine, not according to his own private judgment, but according to the known laws and customs of the land; not delegated to pronounce a new law, but to maintain and expound an old one*» pur ammettendo in via di eccezione il caso in cui «*the former determination is most evidently contrary to reason; much more if it be clearly contrary to the divine law*». Anche in quest’ultima ipotesi, nondimeno, il giudice manca di potere creativo dal momento che «*[does] not pretend to make a new law, but to vindicate the old one from misrepresentation. For if it be found that the former decision is manifestly absurd or unjust, it is declared, not that such a sentence was bad law, but that it was not law*» (*Commentaries, III, of the Laws of England, § 69-70*).

<sup>240</sup> Dubita, infatti, che lo stesso *Blackstone* credesse alla verosimiglianza della teoria dichiarativa A. W. ALSCHULER, *Rediscovering Blackstone*, in *Univ. Pennsylvania. L. Rev.*, 37, 1996, p. 37. Interessante, al riguardo, del resto quanto ha affermato dal giudice Scalia nella celebre decisione *James M. Beam Distilling Co. v. Georgia*, 501 U.S. [1991] 529, ossia che «*I am not so naïve (nor do I think our forebears were) as to be unaware that judges in a real sense “make” law. But they make it as judges make it, which is to say as though they were “finding” it – discerning what the law is, rather than decreeing what it is today changed to, or what it will tomorrow be*». Sul ruolo esercitato dal giudice Scalia rispetto al potere “creativo” della giurisprudenza della Corte Suprema Americana, si veda P. INSOLERA, *Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense*, in *Riv. dir. comp.*, 3, 2017, p. 132 ss. Con particolare riguardo, poi, alle posizioni di Scalia favorevoli a intendere il *rule of law* quale limite al potere giurisdizionale o, meglio, alle ipotesi di interpretazione estensiva, teleologica che rischiassero di esondare dagli argini della giurisdizione così che sarebbe meglio intendere il «*rule of law as a law of rules*», si veda G. PALOMBELLA, *Oltre il principio di legalità dentro e fuori lo Stato. I due versanti del diritto e il rule of law*, in G. Pino-V. Villa (a cura di), *Rule of law. L’ideale della legalità*, cit., p. 66.

<sup>241</sup> Sono piuttosto famose, del resto, l’esternazione contenuta nei *Commentaries* secondo cui i giudici inglesi non sono altro se non «*the depositarian of the laws, the living oracles*» del *common law* (cfr. *III, of the Laws of England, § 69*).

contributo empirico offerto da entrambi alla formazione del diritto: appare intollerabile, quindi, il perpetuarsi della storica distinzione secondo cui mentre quest'ultimo ha il potere di calibrare nel tempo gli effetti della propria decisione, la pronuncia giurisprudenziale dovrebbe per sua natura trovare applicazione retroattiva. Al contrario, è bene che il giudice – acquisita consapevolezza circa il ruolo decisivo che riveste nel costruire il precetto penale – si doti di quegli strumenti necessari a gestire un simile potere per assicurare il rispetto delle garanzie fondamentali<sup>242</sup>. In tale prospettiva, quindi, occorre considerare quali strumenti siano a disposizione dell'organo giudicante allo scopo di saggiare la effettiva rispondenza di simili rimedi alle esigenze di protezione del destinatario della norma di nuova creazione. In merito, la dottrina anglosassone è solita identificare tre diverse tecniche che permettono al giudice di modulare gli effetti delle proprie decisioni assicurando una certa flessibilità alle scelte giurisdizionali: è, in prima battuta, possibile che la sentenza si applichi retroattivamente in ogni sua parte. In aggiunta, è altrettanto ammissibile che la decisione sia *in toto* da applicare solo in chiave prospettica, ossia ai fatti successivi alla sua pubblicazione (*purely prospective decisionmaking*). Una terza strada, infine, si apre laddove il giudice scelga di connotare il giudizio in modo tale che esso produca effetti retroattivi rispetto alla vicenda *sub iudice* ma, al contempo, non sia da applicare ad altri fatti antecedenti alla decisione (*selectively prospective decisionmaking*).

Sennonché, i giudici anglosassoni hanno preferito un utilizzo estremamente parco – anzi, a ben vedere del tutto inesistente – della modulazione prospettica degli effetti della decisione. In particolare, nel caso *Kleinwort Benson*, la Camera dei Lords ha avuto occasione di precisare tramite *Lord Goff* che lo strumento del *prospective decisionmaking* non si adatta alla funzione esercitata dal potere giudiziario entro l'ordinamento inglese<sup>243</sup>: il potere di decidere per l'avvenire, infatti, deve intendersi come esclusiva prerogativa del Parlamento, risultando altrimenti violato il divieto di discriminazione laddove siano i giudici a perimetrare gli effetti di una data sentenza. Al riguardo, è evidente che soprattutto il caso di applicazione prospettica selettiva genera gravi diseguaglianze tra gli imputati tratti a giudizio per i medesimi fatti, laddove si ammetta che la nuova regola di giudizio trovi applicazione in uno specifico processo, rimanendo gli altri avvinti dal regime precedente.

Vero è che pare possibile compiere una distinzione al riguardo: qualora la nuova norma produca effetti *in malam partem* la sua applicazione prospettica pare meno preoccupante rispetto al caso in cui il diritto giurisprudenziale vada a tutto vantaggio del reo, risultando violato il canone della retroattività della *lex mitior*. Tuttavia, è bene tenere presente la seconda generalissima critica rispetto all'utilizzo di una giurisprudenza *prospective*, ossia il

---

<sup>242</sup> S. J. HAMMER, *Retroactivity and Restraint: An Anglo-American Comparison*, cit., p. 410.

<sup>243</sup> *Kleinwort Benson v Lincoln City Council* [1999] 2 AC 379, ove il giudice *Goff* scrive che «*the only alternative, as I see it, is to adopt a system of prospective overruling. But such a system, although it has occasionally been adopted elsewhere with, I understand, somewhat controversial results, has no place in our legal system*».

definitivo assorbimento tra giudice e legislatore in spregio alla necessaria separazione dei poteri.

### 1.1.2 Il "Rubicone" che separa giudice e legislatore

A dispetto di tali premesse, nondimeno, nel 2005, i Lords hanno prospettato, in astratto, la possibilità di sentenze *prospective* in presenza di vicende del tutto eccezionali, negando poi in fase applicativa la rispondenza di tali aperture al caso di specie<sup>244</sup>. A fronte di tale ultima esternazione di segno favorevole e nonostante non si conoscano esempi in cui il diritto giurisprudenziale abbia trovato all'atto pratico applicazione prospettica<sup>245</sup>, non pare potersi escludere l'eventuale utilizzo di questa tecnica in futuro, con la conseguente (elevata probabilità) di riaccendere il dibattito circa il ruolo del giudicante in relazione agli equilibri costituzionali dell'ordinamento anglosassone.

Di talché, diviene interessante dare menzione della esperienza americana che vede, invero, lo svilupparsi della questione in termini differenti. In seguito al superamento della tesi dichiarativa del *common law*, infatti, la Corte Suprema iniziò a vedere con favore l'utilizzo del *prospective decision-making* salvo giungere nel 1993 a conclusioni simili a quelle dei colleghi anglosassoni quanto all'applicazione del diritto federale<sup>246</sup>: la Corte affermò, infatti, che le decisioni prospettiche contrastavano con la funzione giurisdizionale della

---

<sup>244</sup> *In re Spectrum Plus Ltd. V National Westminster Bank* [2005] UKHL 41. Ove la Corte prima ricorda gli argomenti spesi contro le decisioni *prospective*, ossia la possibilità di discriminazioni e l'argomento costituzionale secondo cui «*in this country prospective overruling is outside the constitutional limits of the judicial function. It would amount to the judicial usurpation of the legislative function. Power to make rulings having only prospective effect, it is said, is not inherent in the judicial role. A ruling having only prospective effect cannot be characterised as merely a less extensive form of overruling than overruling with both retrospective and prospective effect. Prospective overruling robs a ruling of its essential authenticity as a judicial act. Courts exist to decide the legal consequences of past events. A court decision which takes the form of a 'pure' prospective overruling does not decide the dispute between the parties according to what the court declares is the present state of the law. With a ruling of this character the court gives a binding ruling on a point of law but then does not apply the law as thus declared to the parties to the dispute before the court. The effect of a prospective overruling of this character is that, on the disputed point of law, the court determines the rights and wrongs of the parties in accordance with an answer which it declares is no longer a correct statement of the law. Making such a ruling would not be a proper exercise of judicial power in this country. Making new law in this fashion gives a judge too much the appearance of a legislator. Legislation is a matter for Parliament, not judges*». Tuttavia, poi, l'argomentazione procede affermando che «*[i]nstances where this power has been used in courts elsewhere suggest there could be circumstances in this country where prospective overruling would be necessary to serve the underlying objective of the courts of this country: to administer justice fairly and in accordance with the law. There could be cases where a decision on an issue of law, whether common law or statute law, was unavoidable but the decision would have such gravely unfair and disruptive consequences for past transactions or happenings that this House would be compelled to depart from the normal principles relating to the retrospective and prospective effect of court decisions. If, altogether exceptionally, the House as the country's supreme court were to follow this course I would not regard it as trespassing outside the functions properly to be discharged by the judiciary under this country's constitution*».

<sup>245</sup> S. J. HAMMER, *Retroactivity and Restraint: An Anglo-American Comparison*, cit., p. 413.

<sup>246</sup> *Harper v. Virginia Dept. of Taxation*, 509 U.S. [1993] 86.

Corte federale dal momento che avrebbero attribuito al giudice una discrezionalità che, invece costituiva la «quintessenza» del potere legislativo, dando adito a gravi iniquità<sup>247</sup>. Sebbene tale decisione riscosse un certo plauso, le singole Corti nazionali continuarono a calibrare i propri effetti nel tempo intendendo tale strumento quale mezzo migliore per agevolare lo sviluppo del *common law*: si riteneva altresì che al di là del livello federale non si ponesse la questione dello scontro con il legislatore. Eppure, il modello inglese rappresenta la dimostrazione pratica della effettiva possibilità di assicurare una graduale evoluzione del *common law* ancorché in assenza di decisioni prospettiche, nonché meglio rispettando il riparto di funzioni tra Parlamento e Corti<sup>248</sup>.

A dispetto, quindi, delle aperture mostrate dalla Camera dei Lords nel 2005, rimane attuale l'immagine coniata da *Lord Devlin* secondo cui il modello americano non si attanaglia alla cultura anglosassone giacché il suo recepimento implicherebbe varcare il "Rubicone" che divide potere legislativo e giudiziario, rendendo di fatto impossibile distinguere l'uno dall'altro<sup>249</sup>. Il rischio che ne deriva è evidente e serio. Superato l'argine che contiene il potere giudiziario, quale ostacolo sarebbe in grado di impedire al giudice di formulare "nuovo diritto" indipendentemente dal caso che gli viene prospettato? Detto altrimenti, è necessario che sia preservato il vincolo inscindibile tra la decisione giudiziaria e la vicenda contingente che l'ha originata: il compito del giudicante deve rimanere quello di assicurare alle parti una soluzione della disputa che sia giusta perché basata sul diritto, lasciando che dell'avvenire si occupi l'organo cui sono demandate le scelte di politica criminale, il Parlamento<sup>250</sup>. Viceversa, si renderebbe necessario colmare il gap rappresentativo che si riscontra ove le decisioni di politica criminale siano affidate a organi privi di qualsivoglia legittimazione democratica e estranei a una qualche forma di responsabilità politica, i giudici.

Se ciò non bastasse, la dottrina osserva sul punto che il collegio giudicante manca di quegli strumenti di cui il legislatore dispone per poter assumere le scelte migliori nell'interesse generale<sup>251</sup>. Il potere giudiziario, infatti, non ha a disposizione personale che compia le ricerche necessarie per ponderare gli estremi di uno specifico atto legislativo né è assistito da esperti di *drafting* (cfr. *supra*, 2, Sez. III, § 2.1) né può permettersi di rimandare nel tempo una certa decisione, forzando i termini processuali, al fine di ponderare a sufficienza quale dovrà essere la nuova norma dall'efficacia prospettica.

---

<sup>247</sup> Ibid., ove la Corte precisa che «*we reasoned that "the nature of judicial review" strips us of the quintessentially "legislat[ive]" prerogative to make rules of law retroactive or prospective as we see fit. Second, we concluded that "selective application of new rules violates the principle of treating similarly situated [parties] the same».*

<sup>248</sup> S. J. HAMMER, *Retroactivity and Restraint: An Anglo-American Comparison*, cit., p. 412.

<sup>249</sup> P. DELVIN, *The Judge*, Oxford, Oxford University Press, 1979, p. 12, ove l'A: espressamente afferma in merito alla scelta di applicazione prospettica degli effetti delle decisioni americane «*I do not like it. It crosses the Rubicon that divides the judicial and the legislative powers. It turns the judges into undistinguished legislators».*

<sup>250</sup> Ibid.

<sup>251</sup> Ibid.

Eppure, la storia della giurisprudenza non manca di individuare casi in cui l'intervento giudiziale si è reso inevitabile. A fronte del silenzio assordante causato dal Parlamento che si rifiuta di decidere o che si limita a rimandare la discussione su tematiche capaci di impattare sul consenso elettorale, indulgiando in un regime anacronistico, il giudice – si comprende senza troppa difficoltà – armato di sano realismo si è assunto anche oltremarica la responsabilità di modernizzare il diritto (si veda a titolo di esempio il caso della *marital immunity*: cfr. *infra*, 2, § 1.3.1), lasciando al Parlamento il compito di intervenire *ex post* nel caso in cui non condivida la soluzione giurisprudenziale<sup>252</sup>. Le conseguenze di simili risoluzioni sul piano dei diritti individuali sono, però, altrettanto evidenti, come si tenterà di chiarire nei paragrafi che seguono.

## 1.2 Il principio di *legal certainty*

Intrinsecamente riconnessa al divieto di retroattività della norma penale, la certezza del diritto è da intendere rispetto al *common law* secondo una accezione peculiare. La dottrina anglosassone, infatti, suole distinguere due casi. Nell'ipotesi in cui, al tempo del fatto, la norma incriminatrice fosse sufficientemente determinata, la pretesa del cittadino in ordine al rispetto di tale norma e, quindi, la garanzia di un ordinamento certo, è massima. Non è ammissibile, quindi, che in fase applicativa la fattispecie subisca alcuna modificazione che ne tradisca il significato vigente al tempo del fatto, pena il sacrificio delle aspettative legittime del soggetto coinvolto.

Per contro, si tiene, di regola, distinto il caso in cui le previsioni che regolano la fattispecie penale siano di per sé incerte al momento del compimento della condotta. In tale evenienza, infatti, si ritiene che il livello di certezza che il soggetto agente si possa legittimamente attendere sia inferiore: è rispettato il canone di certezza giuridica nel momento in cui il caso viene risolto attraverso strumenti legali vigenti al tempo del fatto, ancorché la soluzione contingente appaia imprevedibile per l'interessato. Detto altrimenti, l'aspettativa individuale rispetto a un diritto certo – perché conoscibile *ex ante* – è legata a doppio filo al carattere determinato e chiaro della norma che viene in rilievo: tanto più aumenta l'una quanto più cresce l'altra<sup>253</sup>.

Al di là della complessità di una tale alternativa che si tenterà di meglio approfondire in seguito, è fin da subito opportuno introdurre una seconda distinzione altrettanto problematica.

---

<sup>252</sup> Ivi, p. 14.

<sup>253</sup> B. JURATOWITCH, *Retroactivity and the Common Law*, cit., p. 44.

Sulla base di alcune riflessioni sul pensiero hartiano<sup>254</sup>, nonché dell'approccio seguito da una certa giurisprudenza, il principio di certezza del diritto cominciò a essere riconosciuto in termini estremamente ridotti quale garanzia capace di operare solo laddove i soggetti coinvolti nella vicenda processuale avessero, al tempo del fatto, effettivamente riposto affidamento sulla interpretazione di una certa norma, valorizzando le sole ipotesi di "actual reliance"<sup>255</sup>. Sennonché, un simile orientamento ha portato inevitabilmente a conseguenze paradossali.

Nel momento in cui il giudice si sforzi di accertare se, in concreto, l'imputato avesse o meno riposto effettivo affidamento sulla portata di una certa norma incriminatrice, si rischia di riconoscere maggiori garanzie a coloro che hanno più contezza nella situazione in cui muovono, per coincidenze anche del tutto casuali, e frustrare invece le aspettative di chi abbia agito di fatto ignorando, senza colpa, l'assetto della legge vigente in un determinato contesto. Seguendo la tesi della "actual reliance", infatti, solo nel primo caso l'organo giudicante si dovrebbe porre il problema di non applicare retroattivamente una norma diversa da quella in vigore al tempo della condotta, mancando nel secondo caso la *ratio* che giustifica il divieto di retroattività in materia penale cioè a dire, secondo tale ricostruzione, l'effettivo affidamento.

Per contro, pare maggiormente in linea con il *rule of law*, nonché con il diritto sovranazionale (cfr. *supra*, II, 1, § 2 ss.), l'opposta impostazione secondo cui a venire in rilievo non è l'effettivo affidamento del soggetto agente, bensì la mera possibilità di fare affidamento su una determinata norma, la c.d. "ability to rely on the law" ossia – con termini più vicini al giurista di *civil law* – la conoscibilità del precetto<sup>256</sup>.

In tale direzione, peraltro, muove gran parte della giurisprudenza come emblematicamente indicano le parole di *Lord Diplock* secondo cui è lo stesso *rule of law* a imporre una lettura estensiva della garanzia in questione, capace di ricomprendere le ipotesi in cui il soggetto aveva la possibilità di far affidamento *ex ante* sul fatto che il proprio comportamento avrebbe causato certe conseguenze e non altre:

---

<sup>254</sup> Scrive del resto *Hart*, in risposta alle critiche di *Dworkin* circa la natura necessariamente retroattiva del diritto giurisprudenziale e il suo carattere intrinsecamente "unjust", che «*the reason for regarding retrospective law-making as unjust is that it disappoints the justified expectations of those who, in acting, have relied on the assumption that the legal consequences of their acts will be determined by the known state of the law established at the time of their acts. This objection, however, even if it has force against a court's retrospective change or overruling of clearly established law, seems quite irrelevant in hard cases since these are cases which the law has left incompletely regulated and where there is no known state of clear established law to justify expectations*» (H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., p. 276: si veda, sul punto, *infra*, § 1.2.2).

<sup>255</sup> Si veda, in tal senso, quanto affermato da *Lord Staughton* ossia che «*one requirement of justice is that those who have arranged their affairs [...] in reliance on a decision of these courts which has stood for many years, should not find that their plans have been retrospectively upset*» (EWP v Moore [1992] QB 460).

<sup>256</sup> Così, B. JURATOWITCH, *Retroactivity and the Common Law*, cit., p. 47.

[t]he acceptance of the rule of law as a constitutional principle requires that a citizen, before committing himself to any course of action, should be able to know in advance what are the legal consequences that will flow from it. Where those consequences are regulated by a statute the source of that knowledge is what the statute says. In constructing it the court must give effect to what the words of the statute would be reasonably understood to mean by those who conduct it regulates<sup>257</sup>.

Una simile impostazione, del resto, pare maggiormente in linea non solo con il canone di eguaglianza sostanziale, bensì pure con il principio di necessaria generalità delle previsioni incriminatrici, sempre che, ben inteso, la distinzione tra i destinatari in questione non fosse compiuta a monte dalla stessa norma incriminatrice. Peraltro, come sapientemente osservato dai *Lords*, questo secondo orientamento si pone in linea con i requisiti qualitativi richiesti dalla Corte di Strasburgo affinché le fattispecie nazionali rispettino gli standard minimi di garanzia imposti dalla Convenzione (cfr. *supra*, II, 1, § 2), assicurando un grado ragionevole di certezza a dispetto dell'*actual reliance*<sup>258</sup>.

D'altra parte, ancorché si tratti di una ipotesi di reato di *common law*, ciò non implica il potere dei giudici di creare diritto senza limiti. Anzi, è quanto mai opportuno che il potere giurisdizionale compia ogni possibile sforzo per chiarire il proprio orientamento interpretativo e mantenerlo costante nel tempo così da permettere ai destinatari della norma in questione di fare – almeno in termini potenziali – affidamento su tale previsione, evitando applicazioni a sorpresa delle sanzioni penali in antitesi con quanto impone l'art. 7 della Convenzione<sup>259</sup>.

### 1.2.1 La tela del ragno: il caso dei "pacchi molesti"

In merito, si è scelto di esaminare un caso giudiziale che pare emblematico della prudenza mostrata dalla Camera dei Lord allorché si tratti di estendere la portata di una fattispecie *judge-made* così da ricomprendere sotto-fattispecie fino a quel momento non ricomprese<sup>260</sup>. Sul punto, occorre premettere che la decisione riguarda due processi riuniti, entrambi incentrati sul noto reato di molestie contro l'ordine pubblico (*public nuisance*, dal latino *nocumentum*). Nondimeno, si considererà in questa sede solo un primo filone argomentativo, lasciando il secondo alla analisi successiva data la maggiore pregnanza degli argomenti trattati (cfr. *infra*, II, 2, 2, § 2.2). In breve. Secondo l'accusa, *Mr. Rimmington* è colpevole del reato di molestie dal momento che ha inviato in quasi dieci anni 538 missive e pacchi postali contenenti materiali a forte contenuto razzista – quando non anche sessualmente esplicito e minaccioso – a esponenti pubblici scelti per la propria appartenenza

<sup>257</sup> *Black-Clawson International v Papierwerke* [1975] AC 591.

<sup>258</sup> Si vedano, sul punto, le parole di *Lord Bingham* nella decisione *R v Rimmington* [2006] 1 AC 459 su cui *infra*, II, 1.3.1.2.

<sup>259</sup> *Ibid.*

<sup>260</sup> *R v Rimmington* [2006] 1 AC 459, cit., con riferimento alla *opinio* di *Lord Bingham*.

etnica o per il supporto assicurato alla lotta contro le discriminazioni. L'invio di simili oggetti ha provocato – è provato agli atti – chiaramente offesa, stato di stress e paura nei destinatari.

Per vagliare l'applicabilità della fattispecie di *public nuisance* – nata, invero, nel XV secolo in sede privatistica per proteggere le prerogative dei proprietari terrieri da intrusioni sgradite e ingiustificate altrui – il giudice *Bingham*, redattore della *opinion* di maggioranza, riporta, *in primis*, in dettaglio le definizioni fornite dalla dottrina in riferimento a tale reato<sup>261</sup> e passa, poi, in rassegna la casistica giurisprudenziale dal momento che al tempo del fatto non era vigente alcuno statuto che contemplasse la sanzione in parola. In particolare, quindi, viene messa in evidenza la caratteristica distintiva della *public nuisance*, ossia il rivolgersi non a un determinato destinatario (*private nuisance*) bensì a un numero potenzialmente indefinito di soggetti, arrivando così a offendere l'ordine pubblico. È il caso, per citare alcuni degli esempi di scuola ricordati in motivazione, di condotte capaci di limitare l'accesso al pubblico di una autostrada o di un ponte necessario per l'attraversamento di un fiume. Con riferimento, inoltre, alla tecnica argomentativa, è interessante osservare come la norma di *common law* sia ricostruita dai Pari anche tenendo conto delle successive tipizzazioni compiute negli ordinamenti "derivati" dal modello anglosassone: è il caso del Codice penale Canadese, sezione 180, nonché della sezione 230 del *Criminal Code* vigente nello Stato australiano del *Queensland*.

Soffermandosi, invece, più nel dettaglio sul precedente rilevante, il giudice ricorda la nozione di *public nuisance* che è emersa dalla decisione *PYA Quarries*<sup>262</sup> secondo cui non è necessario provare in giudizio che tutti i membri di una certa comunità siano stati raggiunti dalla molestia purché essa abbia colpito un numero significativo di soggetti, da valutare caso per caso secondo l'apprezzamento del singolo giudice<sup>263</sup>. Per quanto qui maggiormente interessa, l'autorità giudicante passa allora a considerare diversi casi in cui il reato in questione è stato integrato da una pluralità di telefonate moleste che o hanno raggiunto centinaia di destinatari diversi<sup>264</sup> oppure, ancorché concentrate sulla stessa persona, hanno inibito il corretto svolgimento dei compiti di tutto l'ufficio coinvolgendo l'apparecchio posto sul luogo di lavoro<sup>265</sup>.

---

<sup>261</sup> Ivi, § 5 ss. Si consideri, in particolare, il § 8 dove il giudice ricorda addirittura la posizione di Blackstone sul punto.

<sup>262</sup> *Attorney General v PYA Quarries Ltd* [1957] 2 QB 169.

<sup>263</sup> *Ibid.*, ove si legge, in particolare che «*I do not propose to attempt a more precise definition of a public nuisance than those which emerge from the textbooks and authorities to which I have referred. It is, however, clear, in my opinion, that any nuisance is 'public' which materially affects the reasonable comfort and convenience of life of a class of Her Majesty's subjects. The sphere of the nuisance may be described generally as 'the neighbourhood'; but the question whether the local community within that sphere comprises a sufficient number of persons to constitute a class of the public is a question of fact in every case. It is not necessary, in my judgment, to prove that every member of the class has been injuriously affected; it is sufficient to show that a representative cross-section of the class has been so affected for an injunction to issue.*».

<sup>264</sup> Più di seicento nel caso *R v Norbury* [1978] Crim LR 435.

<sup>265</sup> *R v Millward* [1986] 8 Cr App R(S) 209.

Quanto agli argomenti sollevati dalla difesa, quello senza dubbio più interessante riguarda il fatto che la fattispecie di *public nuisance* non sarebbe più applicabile dal momento che diverse previsioni statutarie si sono sostituite alla incriminazione *judge-made*. Sul punto, l'organo giudicante riconosce il profluvio di statuti posti a presidio del medesimo bene giuridico che si sono succeduti nel tempo<sup>266</sup>. La ragione di una simile prolifica legiferazione si ritrova, peraltro, proprio nella necessità di implementare la conoscibilità dei precetti in questione, sanando il *vulnus* di tassatività e, quindi, prevedibilità delle norme incriminatrici di riferimento<sup>267</sup>. Nondimeno, se è vero che le ipotesi "classiche" di reato sono state coperte dagli statuti, il giudice non esclude che la norma di *common law* possa ancora trovare applicazione nei casi – ormai piuttosto rari – non coperti dalla previsione di legge<sup>268</sup>.

Ebbene, vero è che quando uno specifico comportamento regolato dal *common law* viene poi disciplinato da una legge Parlamentare, la supremazia riconosciuta a quest'ultima impone di applicare la legge scritta dal momento che ne discendono conseguenze diverse in termini di procedure e scriminanti applicabili. Tuttavia, per quelle specifiche – ancorché eccezionali – condotte sanzionate dalla disciplina *judge-made* e non ricomprese nello statuto, è fondamentale chiarire che come il giudice inglese non può creare il diritto così neppure può abrogarlo salvo l'intervento del Parlamento. Cessare di dare applicazione al diritto di *common law* negli spazi lasciati "vuoti" dagli statuti equivarrebbe ad una abrogazione della fattispecie in via giurisprudenziale, contraria al *rule of law* e alla (quindi limitata) funzione attribuita al potere giurisdizionale entro il modello anglosassone<sup>269</sup>.

Senonché, al riguardo, provando a scavare sotto la superficie del dover essere, gli studiosi più attenti hanno evidenziato come la tesi che affianca le previsioni di *common law* alle norme statutarie – che manchino di abrogare il diritto precedente – si risolve tendenzialmente in due ordini di conseguenze entrambe nefaste. In un primo caso, infatti, il pubblico ministero sceglierebbe di richiamare la norma giurisprudenziale invece che lo statuto ove quest'ultimo prevedesse un margine edittale a suo avviso troppo contenuto. Una seconda ipotesi, poi, finanche più grave, riguarda il caso in cui una specifica condotta stenti a essere ricondotta entro le previsioni parlamentari continuando a trovare nel *common law*

---

<sup>266</sup> *R v Rimmington* [2006] 1 AC 459, cit., § 29.

<sup>267</sup> Del resto, già nel 1989 il Professor J. R. Spencer, nel domandarsi per quale motivo compiere telefonate oscene dovesse essere accomunato ad abbandonare letame su una strada pubblica impedendone il passaggio, denuncia la estrema vaghezza del reato di *public nuisance* e afferma, in particolare, che «*everything in public nuisance runs contrary to modern notion of certainty and precision in criminal law [...]. How ever did we get an offence of such incredible breadth?*»: ID., *Public Nuisance – A Critical Examination*, in *Crim. L. J.*, 1989, p. 55.

<sup>268</sup> Non manca, invero, chi dubita della utilità del *public nuisance*: se in passato rappresentava unico strumento per proteggere la sfera pubblica da condotte moleste (con particolare riguardo alle immissioni tossiche o alla diffusione incontrollata di malattie infettive), in seguito alla intensa attività legislativa, la previsione in questione ha perso di attualità e pare più un retaggio di epoche lontane che una fattispecie effettivamente rispondente all'interesse generale: Ivi., p. 76 ss.

<sup>269</sup> *R v Rimmington* [2006] 1 AC 459, cit., § 31 ss.

un terreno sufficientemente malleabile per potere essere piegato alle esigenze della accusa. Entrambe le conclusioni, è evidente, presentano innumerevoli problemi sul piano delle garanzie fondamentali. Nel secondo scenario, invero, lo spazio di libertà del singolo pare *in toto* compromesso<sup>270</sup>, rimanendo quest'ultimo invischiato nella ragnatela che assomma fattispecie parlamentari a fattispecie giurisprudenziali di modo tale che ogni movimento lo esponga al rischio del morso del ragno.

Ciò nonostante, seguendo il ragionamento della Corte in *Rimmington*, a fronte della mancanza di uno statuto *ad hoc*, bisogna sì continuare a riferirsi alle fattispecie giurisprudenziali ma limitandosi a considerare i fatti materiali cui la regola di diritto è da applicare. Ne deriva che il rilievo penale delle condotte poste in essere via telefono non si possa estendere al caso delle missive; altrimenti, si compirebbe un inammissibile superamento dei limiti imposti al giudice di *common law* il quale traviserebbe la propria funzione tradendo la *ratio* dell'offesa giurisprudenziale e, quindi, originando un mutamento imprevedibile<sup>271</sup>.

### 1.2.2 *Fair warning e reliance on the law*

Pertanto, nel momento in cui si valorizzi il potere attribuito al legislatore di compiere le scelte di politica criminale e, quindi, indirizzare le condotte dei consociati verso il raggiungimento dell'interesse generale alla condivisione e alla pace sociale, non si può tralasciare l'altra faccia della medaglia, cioè a dire l'onere di *fair warning* imposto al Parlamento. L'idea è evidentemente quella di domandare al legislatore di rendere pubbliche, attraverso la scelta di un linguaggio e di strumenti comunicativi comprensibili ai più, le proprie scelte sanzionatorie evitando così che i consociati siano colti di sorpresa dall'esercizio del potere punitivo. In tale prospettiva, del resto, la previsione di sanzioni volte a punire condotte antecedenti si dicono "mute" proprio perché rivolte al passato e incapaci di guidare le condotte future dei propri destinatari<sup>272</sup>.

---

<sup>270</sup> J. R. SPENCER, *Public Nuisance – A Critical Examination*, cit., p. 77, ove l'A. cita a titolo di esempio il caso *Norbury* dove la contestazione della fattispecie di *public nuisance* invece che la norma statutaria ha permesso di innalzare una sanzione pecuniaria di cinquanta sterline fino, addirittura, all'ergastolo; quanto al secondo caso, in *Clark e Moule* i manifestanti che occuparono per un certo periodo di tempo il manto stradale furono ritenuti responsabili del reato di *common law* invece che della sanzione più lieve prevista *ex lege* dall'*Highways Act 1959*.

<sup>271</sup> *R v Rimmington* [2006] 1 AC 459, cit., § 37.

<sup>272</sup> Si rinvia, sul punto, alle riflessioni di L. L. Fuller secondo cui tra tutte le branche del diritto, il diritto penale è sicuramente quello in cui maggior rilievo è da riconoscere al divieto di applicazione retroattiva non solo per quanto riguarda la esigenza di garanzia della persona ma, pure, per preservare la funzione di "guida" riconosciuta al legislatore: è brutalmente assurda la legge che ordina, oggi, di fare un qualcosa che è già stato compiuto ieri: ID. *The Morality of Law*, cit., p. 59, ove si legge infatti che «[...] *the criminal law is most obviously and directly concerned with shaping and controlling human conduct. It is the retroactive criminal statute that calls most directly to mind the brutal absurdity of commanding a man today to do something yesterday*».

In aggiunta, l'effetto sorpresa generato da norme retroattive che manchino di *fair warning* ostacola l'autodeterminazione del singolo, elidendo in radice l'affidamento nel sistema giuridico e la relativa certezza del diritto. Poco importa, al riguardo, se effettivamente il soggetto interessato si fosse preoccupato di conoscere il diritto vigente in un certo settore (*actual reliance*); quanto rileva è l'adempimento dell'onere posto in capo all'autorità pubblica di rendere agevolmente conoscibile il proprio impianto sanzionatorio (cfr. *supra*, II, 2, § 1.2)<sup>273</sup>.

Giunti a questo punto, occorre ritornare sulla questione cui si è fatto cenno in apertura, cioè a dire sulla possibilità di distinguere in punto di certezza tra le ipotesi in cui la norma di riferimento sia *a priori* chiara, ragionevolmente precisa, e i casi in cui, invece, la fattispecie sia carente in punto di tassatività. In particolare, si tratta di considerare l'incidenza del principio di affidamento, ancorché potenziale, sulle previsioni di legge nei così detti *hard cases*, qualora il giudice di *common law* colmi una lacuna del testo o risolva un noto interpretativo di particolare complessità.

L'idea è quella secondo cui, in assenza della possibilità di fare riferimento a una norma puntuale vigente al tempo del fatto, le conseguenze derivanti dalla applicazione retroattiva del diritto "nuovo" di creazione giurisprudenziale abbiano un impatto minore in relazione alle garanzie del singolo rispetto a quanto non avverrebbero se il giudice applicasse a sorpresa una sanzione in contrasto con la disposizione agevolmente conoscibile al tempo del fatto. Ebbene, sul punto, non si può non richiamare il celebre dibattito in punto di discrezionalità del giudice tra *Dworkin* e *Hart*. Mentre il primo, infatti, afferma che il problema in questione è mal posto dal momento che manca di considerare il riferimento ai principi generali che, insito in ciascuna previsione di un dato orientamento, guida l'interprete, scongiurando a monte la stessa possibilità che il giudice si trovi privo di riferimenti attraverso cui risolvere il caso, la posizione di *Hart* muove su binari opposti.

Seguendo le direttive della ricostruzione analitica, infatti, il giudice non solo può ma deve nei casi controversi esercitare potere discrezionale, inevitabilmente creativo del diritto nel momento in cui si trovi a decidere una questione giuridica che ha come parametro norme

---

<sup>273</sup> B. JURATOWITCH, *Retroactivity and the Common Law*, cit., p. 58. L'A. considera, sul punto, in termini provocatori alcune riflessioni di *Hans Kelsen*. Nella *General Theory of Law and Statute*, infatti, viene individuato un certo parallelismo tra gli effetti retroattivi delle norme penali e la conoscibilità del diritto positivo: dal momento che è ingenuo sostenere che i consociati conoscano il diritto vigente non solo in termini assoluti bensì pure potenziali, altrettanto ingenuo sarebbe escludere l'applicazione retroattiva delle norme penali. Il filosofo austriaco, del resto, proprio richiama uno degli assunti più controversi del *common law*, ossia che *ignorantia legis non excusat* (cfr., *infra*, II, 2, § 2.1.1). Al riguardo, l'errore di diritto non scusa il reo non tanto perché si presume *iuris et de iure* che il diritto positivo di un dato ordinamento possa essere conosciuto dai suoi concittadini quanto perché è necessario prendere coscienza del fatto che la conoscenza – anche solo potenziale – del diritto da parte dei suoi destinatari altro non è che una *fictio*. Qualora si accetti nei fatti la vincolatività di un diritto non retroattivo che non sia conoscibile, per quale motivo si dovrebbero impedire norme penali con effetti retroattivi?

vaghe o sotto-fattispecie che non trovano riferimento in alcuna disposizione o in alcun precedente: il *non liquet*, infatti, non rappresenta una opzione neppure per il potere giudiziario oltremaricano. In tal senso, del resto, la decisione innovativa andrà a costituire fonte di riferimento per la soluzione di futuri casi analogamente problematici. Alle critiche degli oppositori, *Hart* risponde puntualizzando che per quanto si tratti innegabilmente di potere discrezionale, la discrezionalità in questione è limitata non solo dalla necessità di contenere l'iniziativa giudiziale entro le circostanze della vicenda contingente, che rendono l'intervento creativo "interstiziale" (*interstitial*), ma pure dal generale bisogno di fondare la soluzione contingente su *general reasons* che permettano al giudice di agire quale *conscientious legislator*<sup>274</sup>. In altri termini, la lacuna deve essere colmata attraverso soluzioni contenute<sup>275</sup>, che si pongano in linea di continuità con i principi che ispirano un certo ordinamento e risolvano la controversia in ossequio alle soluzioni prospettate dal legislatore (in termini chiari) per vicende analoghe o quanto meno simili<sup>276</sup>.

Nondimeno, se in tale prospettiva il riferimento ai principi limita ma non esclude il potere creativo da parte del giudice, la ricostruzione di *Dworkin* afferma che già a partire dall'esame di quanto avviene quotidianamente nei processi che si occupano di *hard cases* è possibile riscontrare che il linguaggio utilizzato dagli operatori del settore per descrivere i poteri dell'organo giudicante non fa riferimento – neppure in tali vicende particolarmente problematiche – al potere creativo della giurisprudenza. Al pari, non è possibile discernere nelle argomentazioni delle decisioni un primo momento in cui il giudice riconosca la lacuna legislativa e un secondo in cui consapevolmente si faccia creatore di un diritto inevitabilmente retroattivo: piuttosto, tanto gli avvocati quanto la stessa autorità decidente si riferiscono al diritto come a un sistema concluso rispetto cui la soluzione del caso controverso è da "trovare" non da "inventare"<sup>277</sup>.

Al riguardo, è noto, le critiche di *Dworkin* in riferimento ai margini di discrezionalità che *Hart* concede al potere giudiziario si incentrano, pure, sull'argomento democratico – il giudice manca di legittimazione non essendo una carica elettiva – e sul rilievo per cui la soluzione giurisprudenziale "nuova" è *unjust* nel senso che si risolve nell'applicazione inevitabilmente retroattiva del *novum* normativo. Al riguardo, la risposta di *Hart* delinea, quanto alla prima obiezione, un parallelismo tra la delega di potere legislativo al governo e la delega al potere giudiziario in occasione degli *hard cases*: nel momento in cui si accetta che l'esecutivo eserciti potere regolatore, non si vede per quale ragione si dovrebbe negare che tale funzione competa al giudice, sempreché – beninteso – si tratti di un potere limitato alla

---

<sup>274</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., p. 272 s.

<sup>275</sup> Ivi, p. 273, ove l'A. afferma che il giudice non può certo servirsi del potere discrezionale «to introduce large-scale reforms or new codes».

<sup>276</sup> Ivi, p. 274, ove l'A. indica il metodo di ragionamento analogico quale strumento indispensabile per contenere il potere discrezionale del giudice negli *hard cases* entro i confini della ragionevolezza.

<sup>277</sup> R. DWORKIN, *Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy*, in *Oxford J. Legal Stud.*, 2004, p. 5, 26.

soluzione “interstiziale” della controversia contingente. Con riferimento alla seconda critica, invece, *Hart* osserva che gli *hard cases* per loro natura giustificano l’intervento del giudice: laddove il diritto sia incerto al tempo del fatto, non è possibile per il soggetto interessato maturare alcun affidamento meritevole di protezione con la conseguenza che il *vulnus* rispetto alla certezza del diritto è inferiore se paragonato al caso in cui la sentenza muti con effetto retroattivo il diritto consolidatosi in precedenza<sup>278</sup>. Si tratta, evidentemente, dello scontro tra due concezioni antinomiche del diritto rispetto a cui non si può che prendere posizione a favore di una opzione piuttosto che dell’altra (cfr. *infra* II, 3, § 2.3.1). L’avvertimento che preme, fin d’ora, è quello di inquadrare le due antitetiche ricostruzioni entro il contesto politico-istituzionale di riferimento, così da fondare la scelta entro un quadro meglio definito.

### 1.3 *Individual autonomy*

Il principio in esame gioca un ruolo di primo piano in materia penale. In particolare, accantonando le questioni maggiormente attinenti ai profili filosofici circa la effettiva possibilità per un essere razionale di godere di libero arbitrio nella realtà attuale, occorre approfondire il modo di intendere tale garanzia secondo la prospettiva di *common law*.

Al riguardo, dunque, si è parlato della libertà del singolo di “mantenere il controllo” rispetto alla propria esistenza ove l’ordinamento assicuri ai propri consociati la effettiva possibilità di conformarsi alle regole ed evitare così – con ragionevole sicurezza – di incorrere in sanzioni penali<sup>279</sup>. Spingendo l’analisi ancora oltre, *Raz* procede in modo avveduto individuando nel principio di dignità umana la radice della garanzia di *individual autonomy*: un sistema che, applicando retroattivamente le proprie norme incriminatrici, impedisce al singolo di decidere consapevolmente del proprio futuro, altro non fa se non calpestarne la dignità personale, sacrificata sull’altare di interessi sovraindividuali ritenuti prevalenti (si pensi alla utilità in termini di deterrenza che può trarsi dalla applicazione retroattiva di previsioni che aggravino il trattamento sanzionatorio di certi reati)<sup>280</sup>.

Secondo tale prospettiva, quindi, si comprende senza troppa difficoltà la ragione per cui non è tanto rilevante che il soggetto agente abbia effettivamente riposto affidamento su un tale assetto regolamentare, quanto piuttosto che gli sia assicurata la stessa possibilità di

---

<sup>278</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., p. 276.

<sup>279</sup> G. DWORKIN, *The Theory and Practise of Autonomy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 48. Per approfondire la nozione di controllo e la effettiva capacità del singolo di autodeterminarsi in relazione alla sfera punitiva, si rinvia alle riflessioni di H. L. A. HART, *Legal Responsibility and Excuses*, in *Punishment and Responsibility*, Oxford, Clarendon Press, 2008, 2 ed., p. 32 ss.

<sup>280</sup> J. RAZ, *The Rule of Law and its Virtue*, in *Law Quarterly Rev.*, 1977, p. 195 ss., nonché in Id., *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979.

conoscere il precetto da parte di un ordinamento che voglia dirsi liberal-garantistico<sup>281</sup>. Il fatto che, in concreto, il reo abbia agito tralasciando di conoscere per propria negligenza le regole applicabili a un dato settore non inficia la necessità che in astratto, e in termini generali, sia conferita a ciascuno almeno una *chance* di autodeterminarsi. L'applicazione retroattiva di previsioni sanzionatorie, è evidente, porrebbe nel nulla le scelte compiute dall'individuo, frustrando le relative aspirazioni a vivere liberamente la propria esistenza. Il piano della negligenza individuale rimane, così, distinto dalla problematica di sistema, venendo valorizzato dal giudice in sede di commisurazione della pena.

### 1.3.1 Reati naturali e reati artificiali

Il binomio tra *mala in se* e *mala quia prohibita* è da ricondurre, in prospettiva generale, ai termini di giustificazione e ai limiti del potere punitivo. Del resto, si tratta di una distinzione che trova origine negli studi giusnaturalistici, seguendo però una accezione di diritto naturale "moderno", cioè a dire nella prospettiva che trasmigra verso il diritto positivo. In altri termini, infatti, «[l]a modernità può concepire soltanto una teoria dei diritti naturali, intesi come facoltà appartenenti al singolo individuo in quanto tale»<sup>282</sup>. Questa distinzione, è noto, incide profondamente sulle pieghe del principio di personalità e, quindi, sulla stessa dogmatica della prevedibilità del precetto penale, potendosi articolare il discorso tanto con riguardo alla sfera sovranazionale quanto interna. Un argomento spesso utilizzato, infatti, per giustificare la conoscibilità dell'illecito, anche in presenza di disposizioni ambigue o vaghe oppure di un *revirement* giurisprudenziale (cfr. *supra* II, 1, § 2.3), si fonda proprio sulla distinzione tra reati naturali e artificiali<sup>283</sup>: qualora si tratti di offese dal disvalore immediatamente percepibile, infatti, sarebbe sempre legittimo presumere la conoscenza del relativo precetto<sup>284</sup>.

Pertanto, con riguardo al *nullum crimen* in ambito convenzionale, si potrebbe affermare che le decisioni della Corte europea che si sottraggono al vaglio di conoscibilità del precetto

---

<sup>281</sup> B. JURATOWITCH, *Retroactivity and the Common Law*, cit., p. 49.

<sup>282</sup> M. VOGLIOTTI voce *Legalità*, cit., p. 388.

<sup>283</sup> Sul punto, si veda pure D. HUSAK, *Overcriminalisation*, cit., p. 36. L'A. esamina i rilevanti problemi definitori che derivano dalla componente inevitabilmente artificiale che è possibile riscontrare negli stessi *mala in se*: la descrizione del reato naturale operata dal legislatore non può che condizionare e, quindi, influenzare il contenuto dell'illecito in punto di elementi costitutivi. Ne deriva la soluzione paventata da una certa dottrina che propone un terzo paradigma (c.d. *hybrid model*) capace di raccogliere quelle ipotesi che è difficile dislocare tra i reati naturali o artificiali ovvero, meglio, quelle ipotesi il cui grado di offensività percepibile dipende dalle circostanze del caso concreto (*ivi*, p. 107). In argomento, M. DONINI, *An impossible exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2017, p. 14 ss.

<sup>284</sup> In argomento, D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità*, cit., p. 54. Interessanti, in merito, le riflessioni di D. HUSAK, *Overcriminalisation*, cit., p. 33, ove l'A. distingue tra *core crimes* e l'insieme di illeciti da ricondurre a una «*periphery that surrounds its center*». In questo senso, si veda pure W. STUNTZ, *The Patological Politics of Criminal Law*, in *Michigan Law Review*, 2001, p. 512.

sono da giustificare nei casi in cui la vicenda interpretativa riguardi “reati naturali”<sup>285</sup>. All’opposto, in caso di fattispecie di mera disobbedienza, i giudici si dovrebbero soffermare più nel dettaglio sui requisiti qualitativi della norma penale. In alcune decisioni, invero, il carattere artificiale dell’illecito posto *sub iudice* è stato enfatizzato quale argomento decisivo a riprova della accertata imprevedibilità dell’esito *in malam partem*<sup>286</sup>.

Tuttavia, occorre considerare che la stessa distinzione tra reati naturali e artificiali è messa in dubbio rispetto al settore penale. Secondo un certo orientamento dottrinale, infatti, mancano indicatori capaci di ricostruire in maniera puntuale l’argine tra *mala in se* e *mala quia prohibita*<sup>287</sup>. Di talchè, il dualismo in questione si ridurrebbe a una categorizzazione prettamente formale<sup>288</sup>. In particolare, laddove non sia possibile prevedere in termini esatti il confine tra i due paradigmi<sup>289</sup>, non v’è chi non veda la sostanziale inutilità di un simile procedimento ordinante con riferimento all’esercizio del potere punitivo.

Eppure, non si può negare che i tribunali anglosassoni attribuiscono un certo rilievo alla bipartizione in questione come si tenderà di evidenziare ricostruendo, brevemente, due casi emblematici giunti entrambi all’attenzione della Corte di Strasburgo. La soluzione della vicenda *S.W. e C.R. c. Regno Unito*<sup>290</sup>, infatti, è stata fortemente influenzata dal disvalore della fattispecie *sub iudice* la cui offesa immediatamente percepibile rendeva “odiosa” ai più la sussistenza di una causa di esclusione della punibilità ritagliata *ad hoc* sulla figura del coniuge. In particolare, il caso riguardava la presunzione di matrice giurisprudenziale (*marital immunity*) secondo cui dalla sacralità del matrimonio doveva discendere il consenso della moglie all’atto sessuale, con conseguente esclusione di responsabilità del marito per qualunque fatto di violenza compiuto “in costanza di matrimonio”. Sennonché, nel 1990, i giudici di *common law* superavano definitivamente questo orientamento giurisprudenziale

---

<sup>285</sup> È il caso, ad esempio, del reato di violenza sessuale che la Corte fronteggia nella decisione 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*, ove appunto si legge espressamente che il disvalore del reato in questione è talmente manifesto da non poter affermare che il mutamento interpretativo integri violazione dell’art. 7 CEDU. L’esito della pronuncia di merito, infatti, è in linea non solo con «*a civilised concept of marriage*» bensì pure con gli scopi ultimi della Convenzione, ossia il rispetto della dignità e libertà dell’individuo (§ 44). Per contro, A. ASHWORTH, *Ignorance of Criminal Law*, cit., p. 91, incoraggia a evitare generalizzazioni e osserva che il disvalore di alcune fattispecie riconducibili al novero dei reati sessuali non sia, invero, immediatamente percepibile e dipenda piuttosto dalle contingenze del caso.

<sup>286</sup> Corte Edu, *Pessino c. Francia*, cit., § 36. In senso analogo, si veda V. MANES, *Art. 7*, cit., p. 275.

<sup>287</sup> Interessante, in merito, quanto affermato da D. HUSAK, *The Criminal Law as Last Resort*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 24, 2004, p. 211-212.

<sup>288</sup> A. ASHWORTH, *Ignorance of Criminal Law*, cit., p. 83, 90 e 93.

<sup>289</sup> In realtà, è da alcuni valorizzato il diverso approccio seguito dalla Corte di Strasburgo in relazione alle fattispecie di reati sessuali, da un lato, e di illeciti urbanistici, dall’altro: sul punto, si veda D. PULITANO, *Paradossi della legalità*, cit., p. 53 s.

<sup>290</sup> In questa decisione, in particolare, la Corte riporta quanto affermato dalla *House of Lords* nel corso del processo di merito ribadendo che il *common law* è in grado di evolversi a seconda del mutato contesto sociale, economico e culturale in cui una data fattispecie trova applicazione. In particolare, l’evidente evoluzione nella considerazione della donna entro l’ambiente familiare rinsalda su basi di equità il rapporto tra coniugi, escludendo in radice ogni tentativo di subordinare la moglie al marito (22 novembre 1995, *C. R. c. Regno Unito*, cit., § 15)

con un *reversion* dagli effetti *in malam partem* che portava alla condanna dell'imputato<sup>291</sup>. Un simile *overruling*, a ben guardare, non è intervenuto all'improvviso: al contrario, numerose decisioni in precedenza avevano cominciato a scavare la portata applicativa della esimente, escludendone la operatività laddove un provvedimento giudiziale avesse accertato il consenso negativo della consorte<sup>292</sup>, ovvero nel caso in cui la convivenza fosse stata interrotta o ancora le parti si fossero accordate in tal senso<sup>293</sup>. Secondo i giudici di merito, in *R v R.*, la prevedibilità della decisione era da ricercare nel disvalore unanimemente percepito dell'atto illecito, nonché nel definitivo superamento della impostazione familiare patriarcale, risultando a livello sociale pienamente parificato il ruolo dei coniugi<sup>294</sup>. Del resto, il consistente novero di eccezioni al *marital immunity* era stato, sempre nel 1990, ricostruito dalla *Law Commission* la quale non a caso suggeriva un riordino della materia da parte del Parlamento<sup>295</sup>: un maggiore tempismo in tal senso, è evidente, avrebbe risolto alla radice la questione della retroattiva applicazione del *novum* giurisprudenziale nei riguardi di quello specifico imputato. In caso di intervento parlamentare, infatti, la norma incriminatrice avrebbe trovato applicazione *pro-futuro*, non essendo con ogni probabilità l'imputato condannato per fatti antecedenti alla modifica di legge.

In prospettiva eguale e antitetica, anche il caso *Dallas c. Regno Unito*<sup>296</sup> ha coinvolto la *Law Commission*. Nell'esaminare l'opportunità di un intervento legislativo di modifica della fattispecie *judge-made* di *juror contempt of court*<sup>297</sup>, infatti, la Commissione si è soffermata sulla possibilità di includere il reato di matrice giurisprudenziale - nell'ipotesi in cui fossero coinvolti i membri della giuria - nella categoria dei c.d. *mala quia prohibita*<sup>298</sup>. Tale fattispecie sarebbe stata, pertanto, da ricondurre al paradigma dei reati che punivano casi di mera

---

<sup>291</sup> *R. v R.* [1991] 1 All ER, 747.

<sup>292</sup> *R. v Clarke* [1949] 2 All ER 448.

<sup>293</sup> *R. v Steele* [1976] 65 Crim AR 22.

<sup>294</sup> *R. v R.* [1991], cit., ove i giudici espressamente ribadiscono la capacità del diritto *judge-made* di evolversi per adeguarsi ai mutamenti sociali, culturali ed economici della società.

<sup>295</sup> *Law Commission, Rape within Marriage, paper no 116*, 17 settembre 1990.

<sup>296</sup> Il caso *Dallas* riguarda una giovane docente universitaria, specializzata in psicologia, che era stata condannata dalla *Divisional Court*, in unico grado, a tre mesi di detenzione per il reato di *contempt of court*, ossia per aver indebitamente ricercato su *google* - e in un secondo momento diffuso - informazioni circa il passato giudiziario dell'imputato nel cui processo era stata nominata membro della giuria (vd. *supra*, I, 1, § 2 ss.).

<sup>297</sup> Il *contempt of court* rappresenta invero uno tra i reati più antichi del sistema di *common law*, capace appunto di riflettere l'aura di sacralità che avvolge le aule giudiziarie. Il *criminal contempt of court*, del resto, è specificamente volto a prevenire e, se del caso, sanzionare qualsiasi atto idoneo a condizionare il buon andamento della giustizia. Per approfondire, si veda E. HARNON, *Civil and Criminal Contempt of Court*, in *Modern Law Review*, 25, 1962, p. 179 ss. e V. VARANO, *Contempt of Court*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III, Torino, 1989, p. 107 ss.

<sup>298</sup> Con specifico riguardo alla «svalutazione» del canone di imputazione soggettiva ove il disvalore della fattispecie non sia immediatamente percepibile ma piuttosto identificato nella mera trasgressione del comando proveniente dall'autorità: F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, cit., p. 56 s.

disobbedienza<sup>299</sup>; del resto, seguendo la impostazione che descrive i giurati quali cittadini comuni, che di regola mancano delle più basilari conoscenze specifiche rispetto al mondo del diritto, ne deriva la impossibilità di attribuire loro la immediata percezione del disvalore della fattispecie<sup>300</sup>.

Senonché, si può al contrario affermare che il reato di *juror contempt of court* riveste una eccezionale gravità dal momento che è in grado di influenzare il corretto svolgimento del procedimento penale, rendendo vano l'esercizio della funzione giurisdizionale<sup>301</sup>. La visione del reato quale mera disobbedienza sarebbe, così, riduttiva e logicamente erronea. Peraltro, ponendo l'accento sulla sacralità del ruolo delle Corti nell'ordinamento anglosassone, sulla autorità giurisdizionale che nel corso di un rito scandito da prassi altamente formali emana l'ordine, nonché sulla formazione che è assicurata a tutti i membri della giuria prima che il processo abbia inizio, ben si potrebbe trattare di un illecito dal disvalore facilmente percepibile, tanto da giustificare un vaglio di prevedibilità superficiale. Ebbene, a eccezione dei c.d. *serious crimes*, simili riflessioni rafforzano le riserve cui si è fatto cenno riguardo alla effettiva utilità della distinzione tra *mala in se* e *mala quia prohibita*. Detto altrimenti, le ulteriori incertezze prodotte da tale binomio rendono il meccanismo *de quo* scarsamente capace di condizionare un giudizio che incida sulle libertà fondamentali. Riprova ne sia il fatto che, proprio in seguito al caso *Dallas*, come accennato, il legislatore ha deciso di positivizzare la fattispecie in parola, dando seguito ai suggerimenti della *Law Commission*<sup>302</sup> allo scopo, tra l'altro, di assicurare una migliore riconoscibilità del precetto in questione<sup>303</sup>.

## 2. Responsibility

Secondo il diritto di *common law* storicamente inteso, la nozione di *mens rea* era da sovrapporre alla c.d. "*guilty mind*", da intendere in senso lato come meritevolezza della pena

---

<sup>299</sup> A ben vedere, in tal senso, i reati di mera disobbedienza costituiscono solo una delle categorie configurabili: per approfondire, si rinvia a M. DONINI, *Teoria del reato. Una Introduzione*, Padova, 1996, pp. 144-145, nonché con specifico riguardo alle ricadute del «declino della tassatività» sugli illeciti di mera trasgressione, F. SCUBBI, *Il reato come rischio sociale*, cit., p. 54.

<sup>300</sup> Law Commission, *Contempt of Court*, cit., pp. 66-67.

<sup>301</sup> Al riguardo, chiarissima l'analisi di M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., p. 157, ove l'A., esaminando il canone dell'offesa al bene giuridico quale limite al potere punitivo, riconosce che la «tutela di funzioni [...] è suscettibile, almeno in vari casi e comunque nel vaglio di ipotesi di confine, di letture ordinate verso dimensioni più selettive, quando i beni finali o di grado immediatamente inferiore sappiano dare concretezza agli interessi strumentali [...]». Particolarmente interessante, poi, le riflessioni di T. PADOVANI, *Delitti e contravvenzioni*, in *Dig. disc. pen.*, 1989, p. 325, ove l'A. ricorda che i "reati di polizia" sono capaci di esprimere «in forma coercitiva la regolamentazione disciplinare della vita associata». Del resto, lo strumento sanzionatorio ben può proteggere l'esercizio della funzione pubblica quale intermediazione necessaria in relazione a numerosi aspetti del vivere sociale (ivi, p. 327).

<sup>302</sup> Law Commission, *Contempt of Court*, cit., § 3.99, p. 87, ove la Commissione aveva per l'appunto valorizzato la capacità del singolo precetto di mutare a seconda delle indicazioni impartite dal giudice, essendo possibile riscontrare differenze non solo da un tribunale all'altro bensì entro lo stesso ufficio giudiziario.

<sup>303</sup> Il *Criminal Justice and Court Act*, 3 aprile 2015, ha introdotto rispettivamente le sezioni 20A e 20B modificando il *Judicatures Act* del 1974.

nei confronti di chi fosse da biasimare per il comportamento illecito<sup>304</sup>. Nondimeno, l'evoluzione del diritto giurisprudenziale ha portato a sviluppare una accezione ben più ristretta di *mens rea* la quale, oggi, coincide con l'elemento soggettivo del reato e, in particolare, con *intention, recklessness, wilfulness, knowledge e malice*<sup>305</sup>.

Ne deriva, quindi, che secondo l'accezione moderna di diritto penale, ispirato agli ideali della società liberal-garantistica, è possibile identificare autonomamente la *responsibility* non certo come biasimo morale bensì come necessità di liberarsi da forme di intendimento retorico del diritto penale allo scopo di indirizzare la sanzione solo nei confronti di soggetti che siano – come direbbe il giurista continentale – rimproverabili. In prospettiva definitoria, rivestono, quindi, particolare interesse le riflessioni di R. A. Duff secondo cui la netta segregazione tra la sfera morale e la responsabilità da fatto illecito si manifesta in tutta la sua evidenza in quelle ipotesi in cui il soggetto agisce intenzionalmente per compiere il reato, meritando il biasimo morale, ma non è punibile secondo le regole dell'ordinamento giacché intervengono puntuali circostanze individuate a monte quali ragioni di esclusione della punibilità<sup>306</sup>. Ancora, la nozione di responsabilità è da tenere ben distinta da quella di *criminal liability*, che ben potrebbe verificarsi in assenza della prima come nelle ipotesi di responsabilità oggettiva<sup>307</sup>.

Quanto alla *responsibility*, inoltre, i giuristi di *common law* sono soliti distinguere due modelli. Secondo una prima, e più ancestrale ricostruzione, dal momento che dietro il banco degli imputati non siedono le azioni del singolo ma la sua persona, la responsabilità da reato deve essere ricondotta non alle scelte compiute dal reo al tempo del fatto quanto alla sua personalità (*character theory*). Detto altrimenti, la meritevolezza della sanzione sarebbe da ancorare alla persona il cui modo di essere giustifica l'intervento punitivo così che il reato si esaurirebbe in un momento rivelatore, capace di svelare un tratto caratteriale odioso e, quindi, da condannare nell'interesse della collettività<sup>308</sup>.

Una simile impostazione, invero, è stata radicalmente superata dalla elaborazione di Hart secondo cui, invece, sono le scelte individuali a segnare la responsabilità dell'individuo il quale deve poter essere libero di scegliere tra i comportamenti leciti e illeciti<sup>309</sup>, venendo

---

<sup>304</sup> Quanto alla distinzione tra *guilty mind* e *mens rea* si veda J. HERRING, *Criminal Law. Text, cases and material*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 134.

<sup>305</sup> W. WILSON, *Criminal Law*, Edimburgh, Pearson Education, 2017, p. 122, ove l'autore chiarisce la questione problematica che riguarda la *negligence* la quale è ricondotta dalla dottrina alla categoria della *mens rea* seppur si caratterizzi per l'assenza di consapevolezza e si connota più sul piano oggettivo quale comportamento che manchi delle regole minime di diligenza condivise in un dato momento storico da una certa comunità.

<sup>306</sup> R. A. DUFF, *Answering for crime*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, 2006, p. 88.

<sup>307</sup> Ibid. Per approfondire, poi, con riferimento alla visione concettuale elaborata da Duff della nozione di *responsibility* si veda Id., *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*, 2007, p. 23, ove l'A. analizza il rapporto "triadico" tra l'autore dell'illecito, il fatto posto in essere e la persona offesa dal reato (*triadic relational concept*). Sul punto, poi, si veda l'analisi di A. HAREL, *The Triadic Relational Structure of Responsibility: a Defence*, in R. Cruft-M.H. Kramer-M.R. Reiff, *Crime, punishment, and responsibility: the jurisprudence of Antony Duff*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 105.

<sup>308</sup> R. A. DUFF, *Choice, Character and Criminal Liability*, in *Law and Philosophy*, 1993, p. 361, ove l'A. ricorda che la ricostruzione in parola affonda le proprie radici nel pensiero di David Hume.

<sup>309</sup> H. L. A. HART, *Prolegomenon to the Principles of Punishment*, in *Punishment and Responsibility*, cit., pp. 21-24.

giudicato in base alle sue azioni non già alla sua persona (*choice theory*)<sup>310</sup>. Nel momento in cui, d'altra parte, lo scopo della legislazione è quello di guidare le azioni dei cittadini verso il perseguimento del bene comune (cfr. *supra* II, 2, § 1.1.1), detto obiettivo sarebbe vanificato se l'ordinamento non attribuisse a ciascuno non solo la possibilità di scegliere consapevolmente se seguire o meno la legge ma la possibilità di compiere una scelta reale in quanto libera (*actual choice*)<sup>311</sup>.

Tale approccio, peraltro, richiama alla mente concetti ben noti al giurista continentale, trovando le proprie radici nell'ideale illuminista di uomo razionale, responsabile delle proprie azioni quale «*self-determining moral agent*»<sup>312</sup>.

In riferimento all'indagine sulla *responsibility*, poi, è utile ricordare la diversa concezione secondo cui tanto la teoria che enfatizza la scelta individuale quanto quella che imputa la responsabilità a un difetto della persona rappresentino costruzioni erranee nella misura in cui allontanano l'attenzione del giurista dall'azione, unico riferimento decisivo per arginare forme arbitrarie di esercizio del potere punitivo<sup>313</sup>. Con riferimento alle scelte individuali, infatti, se lo sviluppo della tesi che vi riconduce la legittimazione del rimprovero individuale assume un significato ragionevole a fronte del percorso deliberativo compiuto dal reo in una fase antecedente la determinazione all'azione, una simile teoria cessa di convincere laddove il fatto di reato sia compiuto di impulso o in assenza di volontà e, tuttavia, resti meritevole di pena per l'ordinamento<sup>314</sup>. Quanto invece alla necessità di reprimere tratti caratteriali ostili al vivere comune si può osservare, da un lato, come la funzione di rieducazione della pena mira proprio alla risocializzazione mediante "correzione" della personalità del reo. Dall'altro, sembra condivisibile l'obiezione secondo cui il diritto, e in particolare il diritto punitivo, non dovrebbe spingersi così a fondo arrivando a investigare la personalità dell'imputato, le attitudini, i valori in cui crede, ma piuttosto limitarsi a giudicare le azioni compiute, evitando così di stigmatizzare un soggetto o una categoria di soggetti in ragione di abitudini di vita che siano considerate poco consone agli occhi dei più<sup>315</sup>.

In relazione alle considerazioni generali in tema di *responsibility*, infine, è utile premettere che – al pari di quanto avviene nell'ordinamento italiano – anche il *common law* attribuisce alla imputazione soggettiva una duplice funzione. *In primis*, è ben possibile che la legge o il diritto *judge-made* gradui la sanzione a seconda della intensità della volizione criminale imputabile al reo, identificandosi così una sorta di gerarchia verticale tra le

---

<sup>310</sup> Sul punto, H. Gross scrive infatti che il sistema penale è da considerare ingiusto nel momento in cui la sanzione colpisca un soggetto che, a monte, non sia stato messo nelle condizioni di scegliere, in termini effettivi, di agire *secundum legem*, violando piuttosto la legge deliberatamente: Id. *A Theory of Criminal Justice*, New York, Oxford University Press, 1979, p. 137.

<sup>311</sup> H. L. A. HART, *Prolegomenon to the Principles of Punishment*, cit., p. 22.

<sup>312</sup> N. LACEY, *In Search of the Responsible Subject: History, Philosophy and Social Sciences in Criminal Law Theory*, in *Modern Law Rev.*, 64, 2001, p. 357, ove l'A. si sofferma sulla influenza del pensiero illuminista e dei valori propri dell'umanesimo sulle nozioni di *responsibility* e *culpability* elaborate dal diritto di *common law*.

<sup>313</sup> In tal senso, si veda R. A. DUFF, *Choice, Character and Criminal Liability*, cit., p. 345.

<sup>314</sup> Ivi, p. 348, ove l'A. pure riflette sull'oggetto della scelta o, meglio, su quali conseguenze derivino dal fatto di ricondurre maggiore importanza alla scelta di agire piuttosto che alla scelta di determinare certe specifiche conseguenze.

<sup>315</sup> Ivi, p. 367.

fattispecie a seconda della gravità in punto di elemento soggettivo<sup>316</sup>. In secondo luogo, la prova della componente psicologica del reato è altresì funzionale a determinare lo stesso rilievo penale di un certo comportamento non essendo possibile imputare una pena a titolo di responsabilità oggettiva se non nei casi in cui la *strict liability* sia espressa in forma chiara, in base a una scelta consapevole del legislatore (cfr. *infra*, II, 2, 2, § 2.2).

## 2.1 Un principio in costante evoluzione

Secondo la brillante analisi di Raz di cui si è ampiamente detto (cfr. *supra* II, 2, § 1)<sup>317</sup>, nel modello di *common law* la necessità di proteggere la dignità umana deriva direttamente dal *rule of law*: in altri termini, nel momento in cui il diritto intenda proteggere la dignità della persona, diviene inevitabile conformarsi al *rule of law*.

A tal proposito, si è scelto di tralasciare, in questa sede, lo studio del complesso dibattito – invero maggiormente attinente alla sfera filosofica e sociologica – che riguarda le influenze esterne, il mero difetto di ignoranza o, ancora, i limiti cognitivi imputabili al soggetto agente che siano capaci di condizionarne le azioni, di fatto sottratte al libero arbitrio della ragione. La diversa prospettiva che interessa, invece, riguarda le condizioni e le modalità secondo cui il *rule of law* sia in grado di assicurare al singolo la *chance* di autodeterminarsi: è preservata la dignità della persona nel momento in cui l'ordinamento permetta a ciascuno di assumere la responsabilità delle conseguenze che derivino da comportamenti consapevoli perché compiuti liberamente – nei limiti di quanto permesso dal diritto al tempo della condotta. Per fornire un macroscopico esempio della compromissione della dignità della persona a causa dell'esercizio arbitrario del potere punitivo, del resto, basta richiamare alla mente i disastrosi effetti che derivano dalla applicazione retroattiva di una norma penale sfavorevole, capace di vanificare *ex post* gli sforzi deliberativi del singolo che si vede sanzionare, a sorpresa, per aver realizzato – nonché per l'intento di realizzare – condotte legittime al tempo del fatto. Ne deriva, quindi, che la violazione del *rule of law* da parte delle autorità pubbliche non si traduce solo in una indebita interferenza nella vita intima di ciascuno, bensì nella inevitabile vanificazione della libertà di scelta del soggetto coinvolto e, appunto, della sua stessa dignità<sup>318</sup>.

Tanto premesso, occorre chiarire che il principio di *responsibility*, che appare nel pensiero di Hart centrale per orientare l'intero sistema penalistico nella direzione segnata dal *rule of law*, è invero stato fortemente trascurato dal *common law* come dimostra

---

<sup>316</sup> Interessante, al riguardo, la nozione di *mitigation* la quale permette al giudice di graduare la sanzione a seconda della *mens rea* del condannato e si distingue in *mitigation* formale e informale. La prima, infatti, permette addirittura la modifica del trattamento sanzionatorio con riguardo al margine edittale applicabile come avviene in caso di omicidio commesso in ragione della altrui provocazione (*provocation*): la pena che viene in rilievo presenta un minimo inferiore rispetto al caso di omicidio intenzionale. Nel caso, invece, di *mitigation* informale la graduazione della sanzione rimane entro il medesimo spettro edittale e dipende dalle valutazioni del giudice circa le condizioni della vicenda contingente: H. L. A. HART, *Prolegomenon to the Principles of Punishment*, cit., p. 14 s.

<sup>317</sup> J. RAZ, *The Rule of Law and its Virtue*, cit. p. 204 secondo cui «*the rule of law provides the foundation for the legal respect for human dignity*».

<sup>318</sup> *Ibid.*

l'eloquente silenzio in punto di colpevolezza dei Commentari *Blackstone* nonché il ruolo residuale attribuito all'elemento soggettivo entro lo sforzo sistematico compiuto per il primo progetto di codificazione nella seconda metà del XIX secolo<sup>319</sup>. Solo a partire, infatti, dal trattato *Williams*<sup>320</sup> che si preoccupa di sviscerare i diversi istituti di parte generale si inizia a riscontrare l'attribuzione della debita attenzione alle nozioni in esame, maturando il *common law* adeguata consapevolezza rispetto al ruolo della *responsibility* in relazione al potere punitivo con più di un secolo di ritardo rispetto alle elaborazioni dei giuristi dell'Europa continentale<sup>321</sup>.

In relazione alle ipotesi statutarie, invece – atteso che il loro sviluppo nella sfera penalistica è stato piuttosto recente se paragonato alle fattispecie *judge-made* – si è affrontato relativamente presto il problema di stabilire una regola generale che guidasse l'interprete per il caso in cui il legislatore nulla avesse stabilito quanto all'elemento soggettivo. Al riguardo, in una prima fase, la Camera dei Lords ritenne che si dovesse presumere la assenza di qualsivoglia formula di imputazione soggettiva: il silenzio del legislatore era da intendere come una precisa scelta di campo in direzione della *strict liability*<sup>322</sup>.

Nondimeno, tale orientamento fu ribaltato dalla stessa *House of Lords* attraverso la nota decisione *Sweet v Parsley*<sup>323</sup>. Il caso riguardava un'ipotesi di responsabilità, prima ancora che oggettiva, di posizione, venendo l'imputata accusata in qualità di proprietaria dell'immobile del reato commesso da altri al suo interno, a insaputa della locataria. Ebbene, sul punto, *Lord Reid* ha chiarito che, con riferimento agli statuti, deve presumersi la sussistenza del requisito della *mens rea* ancorché il legislatore resti silente. Il giudice ha, innanzitutto, ribadito che in presenza di una norma statutaria l'autorità giudiziaria deve limitarsi a eseguire la sua volontà ancorché ne possano derivare conseguenze che paiono ingiuste o irragionevoli al momento applicativo<sup>324</sup>. D'altro canto, neppure è possibile far dire alla legge più di quanto effettivamente il legislatore non dica: il fatto che solo alcune previsioni di legge, parte di un provvedimento unitario, facciano espresso riferimento a *intent* o *negligence* non è stato ritenuto argomento sufficiente a sostenere il contrario dal momento che è sempre necessario per il giudice, tra le due interpretazioni possibili, scegliere quella che vada a favore del condannato<sup>325</sup>.

Con riguardo all'orientamento antecedente, favorevole a riconoscere ipotesi di responsabilità oggettiva ogniquale volta lo statuto non avesse stabilito in termini espressi il

---

<sup>319</sup> J. F. STEPHAN, *A Digest of the Criminal Law: indictable offences*, Londra, Sweet&Maxwell, 1950.

<sup>320</sup> G. WILLIAMS, *Criminal Law: the General Part*, Londra, Stevens & Sons, 1953.

<sup>321</sup> N. LACEY, *In Search of the Responsible Subject: History, Philosophy and Social Sciences in Criminal Law Theory*, cit., p. 361. L'A. osserva come, al di là dei riferimenti dottrinali mancanti, anche il diritto *in action* fosse al tempo assai distante dalle forme che lo connotano oggi: in particolare, la massima fiducia nella attività dei giudici e della giuria permetteva di soprassedere su decisioni che evitavano di argomentare in termini puntuali sulla sussistenza dell'elemento soggettivo.

<sup>322</sup> *Warner v MPC* [1969] 2 AC 256.

<sup>323</sup> *Sweet v. Parsley* [1969] 1 All ER 347, la decisione è stata Assunta tre voti contro due, sostenendo quest'ultimi la necessità di interpretare lo statuto non già come una ipotesi di responsabilità oggettiva bensì richiedendo la prova di un gradiente superiore di intenzionalità.

<sup>324</sup> Ivi, *Lord Reid*, p. 349, § G, ove il giudice afferma che «*of course, if Parliament has so chosen, the courts must carry out its will and they cannot be blamed for any unjust consequences*».

<sup>325</sup> Ivi, *Lord Reid*, p. 350, § E.

canone di imputazione soggettiva, *Lord Reid* ha affermato di essere sinceramente “rammaricato” della diffusione di una simile linea interpretativa che egli ritiene essere *in toto* contraria al principio universale del *favor rei* e, quindi, da superare senza esitazione<sup>326</sup>. D'altra parte, era stato proprio *Reid* a redigere la *dissenting opinion* del precedente *Warner*, segnalando agli operatori del settore e alla stampa le criticità della soluzione prescelta al tempo dal collegio. Superare il precedente, quindi, era un passaggio indispensabile. Altrimenti, ad avviso della corte, si sarebbe rischiato di incrinare la fiducia riposta da parte dell'opinione pubblica nel sistema giudiziario percepito come irragionevole e discriminatorio laddove iniziasse a imporre il gravosissimo stigma della sanzione penale a soggetti del tutto estranei alla condotta illecita o connessi alla stessa esclusivamente in termini eziologici<sup>327</sup>.

Anzi, in argomento, c'è chi ha sostenuto che i giudici si siano addirittura spinti oltre. L'obiettivo di tutelare la presunzione di *mens rea*, infatti, avrebbe portato la Camera dei Lords in certe occasioni a ignorare l'intenzione del legislatore e, quindi, correggere in via interpretativa le fattispecie che fossero state formulate – ancorché solo implicitamente – quali ipotesi di *strict liability*<sup>328</sup>.

In particolare, infatti, la Corte nella decisione *B v. DPP*<sup>329</sup> ha ribaltato la decisione dei giudici di merito quanto alla indifferenza dell'assenza di rimproverabilità del reo in relazione alla condotta di un minore che incitava una coetanea al compimento di atti sessuali: i Lords, infatti, hanno affermato che a dispetto della formulazione laconica utilizzata dal legislatore, laddove non sia espressamente previsto che si tratti di un caso di *strict liability* è necessario per l'accusa provare la *mens rea* dell'imputato nel pieno rispetto delle garanzie riconosciute al reo entro il procedimento penale. Tanto più è grave il fatto di reato, del resto, quanto più è necessario accertare il nesso di imputazione soggettiva così da evitare che sanzioni cariche di un particolare disvalore colpiscano soggetti non rimproverabili in relazione a quello specifico accadimento. Al pari, un simile tracciato interpretativo è da seguire ancorché le scelte compiute dal Parlamento, in fase edittale, sembrerebbero suggerire un caso di *strict liability*<sup>330</sup>.

---

<sup>326</sup> Il caso *Warner* del resto era già stato ampiamente criticato: come affermava *Sir John Smith* in *R v. Steel* [1993] Crim. L. R. 300 «*the snag is that the citation of Warner will continue to plague the courts unless and until someone in authority is bold enough to declare it dead*».

<sup>327</sup> *Ivi*, *Lord Reid*, p. 350, § H-I, ove il giudice si dice grato della presenza della stampa che controlla l'operato delle Corti assicurando di informare la opinione pubblica in caso di condanne aberranti che sanzionino soggetti innocenti giacché in alcun modo rimproverabili rispetto al fatto di reato.

<sup>328</sup> W. WILSON, *Criminal Law*, cit., p. 161.

<sup>329</sup> *B v DPP* [2000] 1 All ER 833. Il caso riguarda la responsabilità per il reato di atti osceni (*indecent towards young children*) di cui all'*Indecency with Children Act*, 1960, sezione n. 1, compiuto ai danni di una ragazzina infra-quattordicenne. La difesa dell'imputato era costruita principalmente sulla ignoranza incolpevole da parte del reo (a sua volta di giovane età) della età della persona offesa. Nondimeno, la fattispecie in questione non prevedeva alcuna indicazione espressa in punto di elemento soggettivo richiedendo ai Lords di prendere posizione, applicare la presunzione di *mens rea* ed escludere che si potesse trattare di un caso di *strict liability* implicita.

<sup>330</sup> *R v Deyemi* [2008] 1 Cr App R 345. Il ricorrente era accusato di porto abusivo di arma da fuoco ai sensi del *Firearms Act* del 1968, sezione n. 5, dal momento che era stato sorpreso in possesso di una pistola a impulsi elettrici (*taser*), sostenendo in sua difesa di pensare si trattasse di una torcia. Seppur nel corso del processo fosse emerso che realmente l'imputato non aveva idea di cosa fosse un'arma a impulsi elettrici, la condanna si

Ebbene, quest'ultima decisione si caratterizza per il fatto che la difesa ha sostenuto la contrarietà della responsabilità oggettiva alle garanzie previste dallo *Human Rights Act*: nel momento in cui si renda necessario interpretare il diritto interno in conformità alla Convenzione, secondo quanto previsto dalla sezione n. 3, non sono tollerabili ipotesi di *strict liability* che non siano il prodotto espresso delle scelte del legislatore<sup>331</sup>. Non pare certo una coincidenza, quindi, che lo sviluppo di un filone interpretativo maggiormente garantistico da parte del giudice di *common law* sia originato da procedimenti che chiamano in causa le garanzie convenzionali, seguendo un processo evolutivo che mira al rafforzamento della tutela individuale rispetto all'esercizio arbitrario del potere coercitivo come si dirà di seguito (cfr. *infra*, II, 2, 2, § 2.4).

D'altro canto, da tempo oramai la dottrina ha messo in luce la contraddizione interna a un sistema che si dichiara basato sulla imputazione soggettiva delle fattispecie, valorizzando il ruolo della *mens rea*, e, al contempo, accetti la sussistenza di singole ipotesi delittuose integrate in assenza di qualsivoglia legame psicologico tra l'agente e la condotta illecita<sup>332</sup>.

### 2.1.1 *Ignorantia legis non excusat*

Uno dei principi più discussi del *common law* è forse quello riassunto dal noto brocardo *ignorantia legis non excusat*<sup>333</sup>. Il diritto giurisprudenziale, infatti, storicamente non riconosce alcuna causa di non punibilità che si basi sull'errore di diritto sia di fonte statutaria sia di fonte giurisprudenziale<sup>334</sup>. Al riguardo, d'altra parte, il Parlamento ha sempre evitato di assumere una posizione espressa, dimostrando una prudenza tale che neppure la *Law Commission*, al tempo in cui si occupò di studiare le varie proposte di codificazione del diritto penale anglosassone, propose di temperare tale regola<sup>335</sup>.

Anzi, seguendo i lavori della Commissione, si può osservare come la proposta fosse quella di positivizzare il principio in parola così da evitare che in futuro la giurisprudenza

---

era basata sull'interpretazione della fattispecie quale ipotesi di *strict liability*. Al riguardo, i giudici della *Court of Appeal* affermavano che nonostante la *ratio decidendi* di *B v DPP* non fosse da applicare perché incentrata su fatti differenti (*distinguishing*), la presunzione assoluta di responsabilità in presenza dell'accertamento dei soli elementi oggettivi dell'illecito era contraria al *rule of law* e alla Convenzione – i giudici richiamavano non l'art. 7 CEDU bensì la presunzione di innocenza di cui all'art. 6 CEDU. Pertanto, la presunzione di responsabilità poteva al più essere relativa, dovendosi riconoscere all'imputato il diritto a dimostrare in giudizio la insussistenza della *mens rea*; obiettivo, invero, mancato quanto al caso in esame.

<sup>331</sup> W. WILSON, *Criminal Law*, cit., p. 161.

<sup>332</sup> A. ASHWORTH, *Should Strict Criminal Liability be Removed from all Imprisonable Offences?*, in *Irish jurist*, 45, 2010, p. 1.

<sup>333</sup> Con riferimento alla origine e al significato storico del brocardo in questione nella prospettiva del giurista di *common law*, si veda E. R. KEEDY, *Ignorance and Mistake in the Criminal Law*, in *Harv. Law Rev.*, 1908, p. 75 ss.

<sup>334</sup> A. ASHWORTH, *Positive Obligations in Criminal Law*, Hart Publishing, 2013, p. 81.

<sup>335</sup> Law Commission, *Criminal Law. A Criminal Code for England and Wales*, vol. 2, report n. 177, 17 aprile 1989. La Commissione cita diversi precedenti concordi nell'escludere l'efficacia di qualsivoglia difesa basata sull'errore di diritto: *Johnson v. Youden* [1950] 1 K.B. 544; *Grunt v. Borg* [1982] 1 W.L.R. 638, ove Lord Bridge addirittura si riferisce alla *ignorantia legis* come a un "principio fondamentale" tanto che inserire il termine "consapevolmente" entro la fattispecie in riferimento non solo all'elemento psicologico del reato bensì, pure alla conoscibilità del precetto apparirebbe come una soluzione rivoluzionaria e, pertanto, inaccettabile (p. 196).

potesse concepire nuove eccezioni alla regola<sup>336</sup>. Invero, durante i lavori preparatori, non era mancato chi aveva suggerito di sfruttare l'occasione offerta dal progetto di codificazione per rivedere la disciplina dell'errore di diritto allo scopo di scusare, quanto meno, i comportamenti posti in essere facendo affidamento su quanto affermato da una decisione giurisdizionale o da un atto legittimo della pubblica amministrazione. Sennonché, la linea intermedia neppure fu accolta: i membri della Commissione, infatti, ritennero che una modifica di tale impatto avrebbe richiesto di rivedere in via sistematica l'impianto delle fattispecie di parte speciale nonché alcuni principi di parte generale, preferendo rinviare una simile risoluzione a deliberazioni future – poi mai concretizzatesi<sup>337</sup>.

Tanto premesso, però, neppure deve tralasciarsi il fatto che il rilievo penale della condotta posta in essere nella ignoranza della legge non opera nel caso in cui l'inganno verta su norme *extra*-penali, secondo una disciplina *judge-made* che riecheggia la distinzione propria dell'ordinamento italiano tra errore di fatto ed errore di diritto. Detto altrimenti, è scusato il comportamento di chi distrugge un bene nel convincimento, fallace, che sia proprio e sottoposto, quindi, alla sua assoluta potestà dispositiva<sup>338</sup>.

Quanto alla *ignorantia legis*, nondimeno, la dottrina ha da tempo superato in termini decisamente convincenti i tre principali argomenti che sono posti tradizionalmente a supporto di tale soluzione. In primo luogo, infatti, si è affermato che qualora si riconoscesse la causa di esclusione della colpevolezza ne risulterebbe un inasprimento insostenibile dell'onere probatorio posto a carico della accusa, costretta a indagare caso per caso la sfera psichica del soggetto coinvolto per dimostrare che sia potenzialmente in grado di conoscere la fattispecie di riferimento<sup>339</sup>. Una simile ricostruzione, tuttavia, segue – ad avviso delle più moderne ricostruzioni – scenari catastrofici di scarsa credibilità giacché il pubblico ministero è in ogni caso chiamato a dimostrare la sussistenza della componente psicologica necessaria a integrare l'elemento soggettivo reato, dovendosi spingere a sondare la dimensione

---

<sup>336</sup> Ibid., ove si legge appunto che «[t]his principle appears to be an absolute one. So, it seems appropriate to make explicit in the Code one of the best known maxims of the common law. The effect will be to preclude any attempt to stimulate judicial recognition of exceptions to the general rule by reliance on clause 45(c), under which common law defences can be developed, but only if they are not inconsistent with other Code provisions».

<sup>337</sup> Ibid.

<sup>338</sup> Ibid, ove la Commissione fa riferimento, in particolare, alla decisione *David Smith* [1974] Q.B. 35 (nota n. 48). L'errore su norma *extra*-penale, invero, non è l'unico caso in cui l'*ignorantia legis* acquista rilievo essendo possibile ritrovare nell'ordinamento specifiche – e limitate – ipotesi in cui la regola generale incontra eccezioni: A. ASHWORTH, *Ignorance of the Criminal Law and Duties to avoid it*, in *Modern Law Rev.*, 1, 2011, p. 2. L'A. cita, al riguardo, la previsione statutaria che ammette la difesa in questione in caso di vizi nella procedura di pubblicazione della norma – *Statutory Instrument Act* del 1946, sezione 3, §2 – nonché l'ipotesi in cui il provvedimento che dispone l'espulsione dal Regno Unito non sia stato correttamente notificato al destinatario – *Lim Chin Aik* [1963] AC 160.

<sup>339</sup> L'esponente più di rilievo ricondotto a tale filone interpretativo è J. Austin il quale sostiene tale argomento allo scopo di superare la posizione tradizionale di Blackstone secondo cui ogni persona dotata di intelletto è vincolata al rispetto delle norme che si presuma conosca. Ad avviso di Austin, una tale ricostruzione si presentava come una scatola vuota, priva di potenzialità normativa, dovendosi piuttosto l'attenzione della dottrina muovere sul piano processuale e sui riflessi che la *ignorantia legis* avrebbe comportato rispetto alla istruzione dei procedimenti penali: Id., *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 26 ss.

psichica dell'imputato<sup>340</sup>. D'altra parte, lo studio comparato dimostra come gli ordinamenti che contemplano tale principio non abbiano subito particolari ripercussioni quanto alla funzione e ai poteri demandanti al pubblico ministero<sup>341</sup>.

In riferimento, invece, alla obiezione secondo cui la riforma dell'assetto tradizionale avrebbe comportato una sorta di implicito incoraggiamento a ignorare il diritto, per avvantaggiarsi della relativa difesa nell'eventualità di un procedimento penale<sup>342</sup>, si è ribadito come il *common law* ammetta esclusivamente *defenses* che siano ragionevoli, dovendosi drasticamente escludere tale condizione qualora la mancata conoscenza della legge penale sia da imputare a una reazione consapevole del reo rispetto a detto "*false incentive*"<sup>343</sup>.

Il terzo argomento ha destato un più ampio dibattito dal momento che impinge di sé il tema della ripartizione tra reati naturali e reati artificiali. In particolare, infatti, si trattava di superare il convincimento secondo cui non sarebbe possibile lamentare l'errore di diritto in riferimento a quelle fattispecie il cui disvalore era immediatamente percepito da tutti i consociati, dovendosi invece ammettere la relativa *defence* in caso di reati artificiali. Al riguardo, la tesi più radicale sostiene che la stessa distinzione tra *mala in se* e *mala qui prohibita* sia da superare giacché presenta degli elementi di ambiguità e vaghezza tali da non permettere di trarne alcuna utilità in un settore tanto restio ad accogliere fonti di ulteriore incertezza qual è il diritto penale. Ne deriva in punto di logica la impossibilità di utilizzare la dicotomia in relazione all'errore di diritto, incoraggiando una visione chiaramente orientata al *favor rei*. Una posizione intermedia, invece, è quella che lima la categoria dei reati naturali fino a ricomprendervi solo quelle fattispecie di gravità talmente spiccata da risultare immediatamente riconoscibile al di là dell'ordinamento di riferimento. In tale prospettiva, allora, la difesa della *ignorantia legis* potrebbe operare in tutti i casi fatta eccezione per le ipotesi di "*egregious*" o "*serious*" crimes<sup>344</sup>. Nondimeno, nei più moderni manuali universitari che affrontano il tema tuttora si legge che il divieto di attribuire valore all'errore di diritto opera in termini del tutto generali, indipendentemente dal fatto che il disvalore della fattispecie *sub iudice* sia o meno evidente<sup>345</sup>.

In ogni caso, anche volendo ammettere che l'*ignorantia legis* potesse trovare la propria ragion d'essere al tempo della prima formazione del *common law*, cioè a dire nella fase in cui

---

<sup>340</sup> A. ASHWORTH, *Positive Obligations in Criminal Law*, Hart Publishing, 2013, p. 83. D'altro canto, la stessa definizione di *mens rea* appare nel dizionario giuridico in connessione con l'esercizio della funzione accusatoria: «*is the state of mind that the prosecution, to secure a conviction, must prove that the defendant had when committing a crime*», B. A. GARNER, *A dictionary of Modern Legal Usage*, 1995, p. 556.

<sup>341</sup> A. ASHWORTH, *Ignorance of the Criminal Law and Duties to avoid it*, cit., p. 3.

<sup>342</sup> D. M. KAHAN, *Ignorance of Law is an Excuse – but only for the Virtuous*, in *Michigan Law Rev.*, 1997, p. 127, nonché, in risposta alle riflessioni critiche sviluppate dal professor Yeager, Id. *Ignorance of Law is an Excuse only for the Virtuous?*, in *Michigan Law Rev.*, 7, 1998, p. 2121 ss.

<sup>343</sup> A. ASHWORTH, *Positive Obligations in Criminal Law*, Hart Publishing, 2013, p. 83.

<sup>344</sup> Ivi, p. 84.

<sup>345</sup> SMIT-HOGAN, *Criminal Law*, D. Omerod (a cura di), Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 319, ove si legge che l'errore di diritto «*is no defence even where the crime is not commonly known to be criminal*».

il numero di fattispecie e il catalogo dei beni protetti dalle norme incriminatrici si riduceva a un ammontare dominabile dalla mente umana, è dubbio che una simile ricostruzione possa, oggi, superare le accuse di palese ipocrisia. Sembrano da condividere, infatti, le perplessità sulla – anche solo potenziale – conoscibilità di una architettura penalistica che si compone ormai di una pluralità incontrollata di fattispecie che attengono tanto al diritto giurisprudenziale quanto agli statuti, sviluppandosi in direzioni e oltrepassando frontiere che, in origine, mai si sarebbe neppure ipotizzato<sup>346</sup>.

In una simile prospettiva, quindi, ben si può cogliere il nesso tra la necessaria conoscibilità del diritto e il carattere scusante dell'errore, da un lato, e il *rule of law*, dall'altro. Nel momento in cui un dato ordinamento si proponga di sottostare ai dettami del diritto riconoscendo le garanzie fondamentali del singolo, non è possibile prescindere dalla verificabilità in giudizio del quadro normativo che sostiene l'accusa: quest'ultimo, infatti, deve essere sufficientemente chiaro e preciso – al di là del formante di riferimento – così da poter essere conosciuto *ex ante* e poter guidare in termini effettivi l'azione dei singoli individui<sup>347</sup>. Altrimenti, l'applicazione della sanzione penale si risolverebbe in una vera e propria "imboscata" ai danni del cittadino le cui aspettative sarebbero tradite dall'aver invano riposto affidamento su norme la cui oscurità o scarsa conoscibilità ha impedito ai rispettivi destinatari di discernere cosa fosse lecito e cosa non lo fosse<sup>348</sup>. Tale conclusione è altresì in linea con i requisiti qualitativi imposti dal *nullum crimen* a livello sovranazionale come si vedrà a breve (cfr. *infra*, II, 2, 2, § 2.4)

Ne deriva, infatti, che in assenza di un pieno adeguamento dell'ordinamento anglosassone al novero di garanzie poste a tutela del reo, inclusa la scusante dell'errore di diritto incolpevole, il sistema penale è destinato a confrontarsi con una significativa crisi in punto di legittimazione, apparendo il potere punitivo in teoria guidato dal *rule of law* ma, all'atto applicativo, avvinto dal dogma *in dubio pro republica* storicamente ricondotto ai sistemi tra i più autoritari<sup>349</sup>. In tale prospettiva, quindi, sembra interessante lasciare spazio alla ricostruzione che vede proprio nella *responsibility* una chiave di volta per implementare la protezione del singolo dall'esercizio arbitrario del potere coercitivo e, al contempo, ricucire lo strappo intervenuto in punto di legittimazione del sistema penale.

---

<sup>346</sup> A. ASHWORTH, *Ignorance of the Criminal Law and Duties to avoid it*, cit., p. 4, nonché D. HUSAK, *Overcriminalisation*, cit., p. 33 ss.

<sup>347</sup> Ibid.

<sup>348</sup> L'espressione è di J. GARDNER come si legge nella introduzione alla citata opera di H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility*, ossia «[t]he law must avoid taking people by surprise, ambushing them, putting them into conflict with its requirements in such a way as to defeat their expectations and frustrate their plans», p. XXXVI.

<sup>349</sup> Scrive, del resto, A. ASHWORTH, *Positive Obligations in Criminal Law*, cit., p. 108, che il diritto penale, nel momento in cui proclama di rispettare il principio di legalità e, poi, non vi si conforma all'atto pratico, «confronts a serious challenge of legitimation».

## 2.2 Garanzia individuale

Mr. Goldstein, un fornitore di prodotti alimentari *kosher*, doveva da lungo tempo una certa somma di denaro all'amico Mr. Ehrlich cui inviò, quindi, in una busta chiusa, un assegno insieme a un cumulo di sale a rappresentare la lunga durata del debito (il sale era utilizzato per assicurare la lunga conservazione dei prodotti *kosher*) nonché per ricordare all'amico uno scherzo di poco antecedente sul terrore diffuso a *New York*, dopo gli attentati dell'undici settembre, circa la diffusione di antrace. Mr. Ehrlich nel corso del processo ha più volte affermato che se avesse ricevuto la missiva avrebbe sicuramente riconosciuto il carattere irriverente ma giocoso della trovata. Sennonché, la lettera non giunse mai all'indirizzo di Mr. Ehrlich. Durante le operazioni di smistamento, infatti, polvere di sale scivolò tra le mani di un impiegato dell'ufficio postale, generando il panico antrace. L'intero edificio, in cui più di cento persone erano al lavoro, fu evacuato, si chiamarono le forze dell'ordine e si interruppe il servizio di recapito postale per l'intera giornata. Mr. Goldstein fu condannato per il reato di *public nuisance* (cfr. *supra* II, 2, § 1.2.1), nonostante si fosse sempre dichiarato innocente durante i diversi gradi del giudizio di merito<sup>350</sup>.

Ebbene, con riferimento alla fattispecie *judge-made*, la Camera dei Lords, chiamata a pronunciarsi sul punto ha, in primo luogo, individuato il test elaborato dalla giurisprudenza precedente in punto di imputazione soggettiva, ossia che il reo conoscesse o avesse potuto conoscere, secondo il canone di diligenza ordinaria, l'impatto della propria condotta sull'ordine pubblico<sup>351</sup>. Precisando, poi, che una simile regola sicuramente vincolante era da applicare correttamente al fatto in esame. In particolare, Mr. Goldstein aveva consciamente inviato una lettera con dentro del sale ma non aveva previsto nè avrebbe potuto prevedere che il sale sarebbe fuoriuscito – vanificando peraltro lo scopo di scherno – nell'ufficio postale, scambiato per antrace, dato causa all'evacuazione dell'intero edificio e alla chiamata – a vuoto – degli artificieri. Secondo i Lords, quindi, hanno errato i giudici del merito nell'interrogarsi sul tipo di busta utilizzato e sulla possibilità per l'imputato di prevedere la fuoriuscita del sale dalla lettera: il test circa la sussistenza della *mens rea* deve essere correttamente indirizzato affinché sia possibile verificare la rimproverabilità del reo in ossequio al principio di responsabilità individuale. In tale prospettiva, d'altro canto, assume significato il rilievo secondo cui il canone di *responsibility* assicura la tutela dei diritti dell'interessato in sede processuale indirizzando l'accusa verso la raccolta di tutti gli elementi la cui sussistenza deve essere provata innanzi alla autorità giudiziaria per poter giungere a una pronuncia di condanna<sup>352</sup>.

---

<sup>350</sup> *R v Rimmington*, cit.

<sup>351</sup> Ivi, ove la Corte richiama la decisione *R v Shorrock* [1994] QB 279.

<sup>352</sup> N. LACEY, *Analytical Jurisprudence vs Descriptive Sociology Revisited*, in *Texas Law Rev.*, 84, 2006, p. 974.

In ottica garantistica, del resto, si spiega la tendenza giurisprudenziale a ricondurre le offese statutarie che non presentino una espressa indicazione quanto all'elemento soggettivo a forme di responsabilità quanto meno per colpa. Il diritto di *common law*, è noto, ammette la configurabilità di illeciti imputabili a titolo di responsabilità oggettiva (*strict liability*). Tuttavia, lo sfavore dell'ordinamento nei confronti di tali fattispecie si può cogliere nell'orientamento che, a fronte del silenzio della legge, colloca i precetti statutari nell'ambito delle imputazioni soggettive, inasprendo l'onere probatorio che incombe sull'accusa e, al contempo, agevolando la posizione processuale della parte privata (cfr. *supra*, II, 2, 2, § 2.1)<sup>353</sup>. Quanto alle ipotesi di *strict liability*, dunque, si tratta tendenzialmente di fattispecie espressamente previste dagli statuti e, di regola, originate nelle forme del diritto parlamentare: al di là delle singole eccezioni, infatti, le fattispecie di *common law*, che sono state gradualmente incorporate nel diritto scritto, presentano una puntuale indicazione dell'elemento soggettivo, recependo l'atteggiamento garantista sviluppato, sul punto, dai giudici anglosassoni rispetto cui si suole considerare operativa una c.d. presunzione di *mens rea*<sup>354</sup>.

### 2.3 ...oppure fonte di legittimazione del potere punitivo?

Come è stato già accennato, lo sviluppo del principio di *responsibility* entro la giurisdizione di *common law* è stato piuttosto lento, intervenendo una piena consapevolezza circa il ruolo centrale che lo stesso riveste entro il sistema penalistico solo nella prima metà del XX secolo (cfr. *supra*, II, 2, 2, § 2.1).

Ebbene, tra le ragioni che sono state addotte per giustificare un simile ritardo, riveste ai nostri fini particolare interesse la tesi secondo cui la scarsa enfasi accordata all'imputazione soggettiva delle norme incriminatrici sia da ricondurre agli equilibri politici e istituzionali interni al Regno Unito nel XIX secolo. Nel dettaglio, è possibile sostenere che sul finire del '700 e nei decenni immediatamente successivi i valori dell'umanesimo nonché gli equilibri tra poteri propri delle democrazie liberali fossero troppo deboli per indurre un deciso cambio di rotta nella giurisprudenza di *common law*<sup>355</sup>. D'altro canto, non bisogna

---

<sup>353</sup> *B v DPP*, cit.

<sup>354</sup> W. WILSON, *Criminal Law*, cit., p. 156. Al riguardo, le decisioni di *common law* sono solite menzionare la celebre argomentazione di Lord Reid, *Sweet v Parsley*, cit., secondo cui «*there has for centuries been a presumption that Parliament did not intend to make criminals of persons who were in no way blameworthy in what they did. That means that, whenever a section is silent as to mens rea, there is a presumption that, in order to give effect to the will of Parliament, we must read in words appropriate to require mens rea [...] it is firmly established by a host of authorities that mens rea is an essential ingredient of every offence unless some reason can be found for holding that that is not necessary*».

<sup>355</sup> N. LACEY, *Analytical Jurisprudence vs Descriptive Sociology Revisited*, cit., p. 971. L'A. osserva che le ricostruzioni storiche sul diritto del tempo giungono tendenzialmente a identificare nel rito penale una presunzione di colpevolezza piuttosto che una presunzione di innocenza: J. LANGBEIN, *Shaping the Eighteenth Century Criminal Trial: A View from the Ryder Sources*, in *Uni. Chicago Law Rev.*, 1987, p. 2. Langbein, infatti,

dimenticare il rilievo dato in un primo momento alla *responsibility* come vizio della personalità dell'individuo di modo tale da identificare la sanzione nella adeguata compensazione del difetto caratteriale che si sarebbe tradotto nella condotta illecita (cfr. *supra* II, 2, § 2). Ne derivava il rischio di scivolare verso un modello di diritto penale d'autore in cui gli esponenti di certi gruppi sociali o di certe comunità etniche era più probabile che incappassero nel fuoco della attività inquirente e, quindi, venissero sottoposti a processo. In aggiunta, occorre considerare che in quegli anni lo stesso sviluppo delle regole processuali era in fase embrionale sicché al di là del diritto di farsi affiancare da un difensore esperto<sup>356</sup> appariva ancora incompleto il regime della acquisizione probatoria<sup>357</sup> nonché dei diversi gradi di impugnazione<sup>358</sup> (cfr. *supra*, I, 2, Sez. II, § 4.1). Tali previsioni, tuttavia, erano necessarie per assicurare all'imputato l'effettivo esplicitarsi del diritto di difesa, anche in punto di elemento soggettivo, con riferimento alla possibilità sia di dimostrare la mancanza di colpevolezza sia di contestare la soluzione offerta in primo grado domandando il riesame della vicenda a un giudice diverso<sup>359</sup>.

Ebbene, il rafforzarsi della nozione di *responsibility* quale fulcro di un sistema penale che guarda al fatto piuttosto che all'autore – e condiziona l'applicazione delle relative sanzioni a un giudizio di rimproverabilità – si accompagna alle modifiche del rito che hanno chiarito le regole in materia probatoria e meglio organizzato il sistema delle impugnazioni. Non a caso, sul finire del XIX secolo e nei primi decenni successivi si è assistito al graduale intensificarsi nel Regno Unito degli ideali democratici volti ad assicurare una migliore separazione dei poteri, centralizzare l'amministrazione e la gestione della giustizia, eliminare le ormai anacronistiche – nonché caotiche – ripartizioni tra la giurisdizione delle Corti centrali e locali, superando così anche gli ultimi retaggi dell'autoritarismo monarchico passato<sup>360</sup>.

In tale prospettiva, dunque, la funzione esercitata dalla garanzia del vincolo di imputazione soggettiva tra condotta e autore del reato si spinge al di là del piano individuale<sup>361</sup>, divenendo uno dei pilastri su cui si regge la costruzione di un ordinamento democratico ispirato dal rispetto delle libertà della persona. Detto altrimenti, il potere

---

considera come alcuni dei caratteri principali del processo penale anglosassone si siano sviluppati nel XVIII secolo – è il caso del regime probatorio o del principio secondo cui *nemo tenetur se detegere* (*priviledge against self-incrimination*) – seppur, al contempo, il rito del tempo presentasse numerose carenze, prima tra tutte la facilità con cui erano condannate persone innocenti.

<sup>356</sup> Ricodotto, di regola, in termini definitivi alla previsione statutaria introdotta già nel 1836.

<sup>357</sup> Il primo statuto approvato in materia di *evidence* che ha fornito ordine sistematico alla materia, infatti, è del 1898: *Criminal Evidence Act*.

<sup>358</sup> *Criminal Appeal Act*, 1907.

<sup>359</sup> N. LACEY, *Analytical Jurisprudence vs Descriptive Sociology Revisited*, cit., p. 972.

<sup>360</sup> *Ibid.*

<sup>361</sup> *R v Rimmington*, cit., ove Lord Bingham afferma che «[t]here are two guiding principles: no one should be punished under a law unless it is sufficiently clear and certain to enable him to know what conduct is forbidden before he does it; and no one should be punished for any act which was not clearly and ascertainably punishable when the act was done. If the ambit of a common law offence is to be enlarged, it "must be done step by step on a case by case basis and not with one large leap": *R v Clark (Mark)*[2003] EWCA Crim 991, [2003] 2 Cr App R 363, para 1».

punitivo non potrebbe dispiegarsi nel massimo rispetto del principio di eguaglianza, della dignità della persona e del minimo sacrificio necessario se l'ordinamento permettesse di processare e condannare i propri cittadini quand'anche non sia raggiunta la prova del gradiente minimo di colpevolezza necessario per giustificare il ricorso alla sanzione punitiva.

Dall'idea per cui il principio di *responsibility* legittima lo stesso esercizio del potere coercitivo, discendono due ordini di conseguenze. In primo luogo, il graduale slittamento della attenzione dal piano individuale a quello pubblico da intendersi come l'obbligo – o forse meglio l'onere – posto in capo allo Stato di assicurare la conoscibilità, quanto meno in termini potenziali, delle norme incriminatrici così da permettere al diritto di esercitare la propria funzione di indirizzo e, al contempo, evitare che il destinatario della sanzione subisca “imboscate” da parte della pubblica autorità, essendosi consapevolmente determinato a commettere<sup>362</sup> – o avendo quanto meno colpevolmente ignorato la cautela richiesta in una data situazione per evitare la commissione di – un delitto<sup>363</sup>.

Pertanto, se quanto finora considerato contiene *in nuce* una qualche briciola di ragionevolezza, ne deriva che i residuali – e talvolta nemmeno così residuali – casi di *strict liability* (cfr. *supra*, II, 2, 2, § 2.1) non solo rendono palese un potenziale *vulnus* rispetto alla persona coinvolta nel processo penale ma, pure, costituiscono la crepa che nasconde il rischio di cedimento della costruzione democratica nel momento in cui l'esercizio del potere punitivo ceda a pulsioni neo-retribuzionistiche o finanche a scelte di politica criminale che sacrificino il singolo in ragione di asserite preminenti istanze di ordine generale. Senza voler scomodare, del resto, il caso assai problematico delle ipotesi di responsabilità oggettiva, si è osservato come scelte apparentemente neutrali poste in essere dalla accusa nell'istruire un dato procedimento possano generare, invece, conseguenze nefaste quanto alla effettiva possibilità di accertare la responsabilità dell'imputato<sup>364</sup>. In particolare, è stata oggetto di critica da parte della dottrina la opzione preferita dal pubblico ministero di valorizzare in un contesto di violenza domestica i singoli atti di aggressione così da formulare un'accusa di piena responsabilità a titolo di *murder* nei confronti della donna che si ribellasse dopo un periodo di lunghe vessazioni uccidendo il proprio aggressore<sup>365</sup>

---

<sup>362</sup> In tal senso, si veda *Black-Clawson International v Papierwerke* [1975] AC 591, cit.: «[t]he acceptance of the rule of law as a constitutional principle requires that a citizen, before committing himself to any course of action, should be able to know in advance what are the legal consequences that will flow from it».

<sup>363</sup> Celebre, sul punto, la imagine di *Sir Francis Bacon* che paragona l'incertezza della norma penale alla scarsa efficacia del suono mal funzionante della tromba per incitare alla battaglia: «[f]or if the trumpet give an uncertain sound, who shall prepare himself to the battle? So if the law give an uncertain sound, who shall prepare to obey it? It ought therefore to warn before it strikes ... Let there be no authority to shed blood; nor let sentence be pronounced in any court upon cases, except according to a known and certain law ... Nor should a man be deprived of his life, who did not first know that he was risking it».

<sup>364</sup> N. LACEY, *Analytical Jurisprudence vs Descriptive Sociology Revisited*, cit., p. 974.

<sup>365</sup> *R. v Smith* [2000] 4 All ER 289. Al riguardo, la *House of Lords* ha chiarito che seppure sia compito della giuria valutare la sussistenza della *provocation*, il giudice deve precisare ai giurati la possibilità che il contesto in cui il reato è stato commesso abbia inciso sulla determinazione del soggetto agente evitando, invece, di suggerire che si tratti di elementi del tutto irrilevanti ai fini della decisione.

#### 2.4. *Responsibility* e prevedibilità CEDU

In tale contesto, quindi, acquista rilievo l'esame della influenza esercitata dal diritto sovranazionale sull'ordinamento interno. Nel momento in cui il Regno Unito ha deciso di entrare a far parte della Convenzione europea per i diritti dell'uomo, è lecito attendersi, infatti, che le norme incriminatrici nazionali siano conformi agli standard minimi qualitativi imposti dal diritto europeo<sup>366</sup>. In particolare, in ossequio a quanto previsto dall'art. 7 CEDU, ciascuna sanzione deve poter essere conosciuta in anticipo dal relativo destinatario così da evitare l'applicazione retroattiva di norme che abbiano effetti sfavorevoli nei confronti del soggetto agente (cfr. *supra*, II, 1, § 2 ss.). Al riguardo, si è avuto modo di osservare diverse ipotesi in cui il diritto pronunciato dalla Corte di Strasburgo ha avuto effetti diretti o indiretti con riferimento alla implementazione delle garanzie interne. Basti citare, a titolo di esempio, la giurisprudenza in tema di *strict liability* (cfr. *supra*, II, 2, 2, § 2.1) e in particolare la decisione in cui, a fronte del lamentato contrasto con la garanzia del *nullum crimen* sostenuto dalla difesa, i giudici di *common law* hanno affermato che – nel silenzio della legge o in caso di ambiguità rispetto alla *intentio legis* – si debba assicurare all'imputato il diritto di dimostrare in giudizio la insussistenza della *mens rea* intervenendo altrimenti una violazione della presunzione di innocenza di cui all'art. 6 CEDU<sup>367</sup>.

Emerge, quindi, con una certa evidenza l'influenza esercitata dal diritto convenzionale in relazione alla portata applicativa delle garanzie della persona in materia penale. Al riguardo, allora, rimane da chiedersi quali effetti siano derivati dal riconoscimento del canone di rimproverabilità soggettiva quale declinazione dell'art. 7 CEDU, principio inderogabile ai sensi dell'art. 15 CEDU, a partire dalla nota decisione *Sud Fondi c. Italia*<sup>368</sup>. In tale frangente, invero, non si può certo tralasciare l'atteggiamento di estrema prudenza dimostrato dai giudici anglosassoni nel recepire le novità indotte dai principi riconosciuti dalla Convenzione. Emblematico, in tal senso, è il caso delle sentenze di condanna alla pena dell'ergastolo poste a raffronto con il divieto di trattamenti inumani e degradanti di cui all'art. 3 CEDU. A fronte della decisione della Grande Camera *Vinter c. Regno Unito*<sup>369</sup>, infatti,

---

<sup>366</sup> A. ASHWORTH, *Positive Obligations in Criminal Law*, cit., p. 84,

<sup>367</sup> *R v Deyemi*, cit. La Corte, in particolare, richiama la decisione Corte Edu, 7 ottobre 1988, *Salabiaku c. Francia*, § 30, ove i giudici di Strasburgo hanno cura di precisare che le fattispecie imputate in termini oggettivi non contrastano con la presunzione di innocenza a meno che non si tratti di presunzioni assolute e, quindi, non sia possibile per l'imputato dimostrare in giudizio la insussistenza della *mens rea*, escludendo ogni margine di rimproverabilità nei suoi confronti.

<sup>368</sup> Corte Edu, Sez. II, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi c. Italia*, cit.

<sup>369</sup> Corte Edu, Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter et al c. Regno Unito*. Il caso riguarda la applicazione della modifica statutaria intervenuta nel 2003 (*Criminal Justice Act*) secondo cui il giudice poteva autonomamente stabilire il ricorrere delle condizioni per emanare un "*whole life order*" senza dover più attendere la valutazione ministeriale sul punto. Il provvedimento giurisdizionale, inoltre, poteva essere impugnato dall'interessato innanzi allo stesso Cancelliere ma solo per ragioni eccezionali quali urgenti motivi di salute o motivi umanitari.

i giudici anglosassoni hanno affermato a gran voce l'errore in cui è incorsa la Corte sovranazionale nell'interpretare il diritto interno<sup>370</sup>. In particolare, in primo luogo la decisione della *Court of Appeal* ha rammentato la compatibilità della pena perpetua con la Convenzione in omaggio al margine di apprezzamento riservato agli Stati firmatari in caso di proporzionalità tra la gravità dell'offesa e la pena *sine die*. Quanto, poi, alla riducibilità della sanzione in esame, i giudici interni hanno sostenuto che la Corte di Strasburgo abbia male interpretato il diritto inglese il quale già contemplava in base alla interpretazione offerta dalla giurisprudenza interna diverse ipotesi eccezionali, da valutare con specifico riferimento al caso *sub iudice*, di liberazione anticipata al di là dei casi di urgenza sanitaria ed emergenza umanitaria<sup>371</sup>. Sennonché la posizione della Corte interna non ha convinto fino in fondo giacché è stato sollevato un nuovo ricorso al giudice dei diritti fondamentali per saggiare la compatibilità tra il divieto di trattamenti inumani e degradanti e la disciplina interna in materia di ergastolo risultante dalla modifica legislativa del 2003<sup>372</sup>. In questa seconda pronuncia, tuttavia, la Grande Camera ha espressamente riconosciuto – menzionando proprio il giudizio *McLoughlin* – il contributo chiarificatore offerto dalla giurisprudenza nazionale riconoscendo la piena prevedibilità e accessibilità del diritto di matrice giurisprudenziale in punto di “*whole-life orders*”<sup>373</sup>.

Al riguardo, è possibile sostenere che la prima decisione della Grande Camera abbia condizionato il *common law* imponendo ai giudici nazionali di chiarire l'interpretazione della norma statutaria in senso conforme ai principi CEDU, nonché a quanto imposto del resto dalla sezione n. 3 dello *Human Rights Act*. Una tale decisione, poi, di segno positivo per il condannato, diviene inevitabilmente mezzo di conoscenza del diritto interno che assume una migliore definizione agli occhi degli operatori del settore nonché dei diretti interessati, implementando la prevedibilità circa l'ambito applicativo della norma sottoposta a giudizio. Sennonché, al contempo, paiono rilevanti i rilievi critici individuati dalla *dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque. In punto di legalità, infatti, l'opinione dissenziente ha sottolineato come la decisione *McLoughlin* rappresenti invero uno stratagemma per eludere una seconda condanna del Regno Unito. Detta sentenza, infatti, rappresenta non già la mera specificazione delle norme statutaria bensì crea nuovo diritto allo scopo di conformare la legislazione interna alla Convenzione. Ad avviso del giudice

---

A fronte di una simile legislazione, i giudici di Strasburgo hanno condannato il Regno Unito per violazione dell'art. 3 CEDU non essendo possibile ridurre “*de iure e de facto*” la pena dell'ergastolo.

<sup>370</sup> *Ian McLoughlin v. Newell* [2014] EWCA Crim 188.

<sup>371</sup> Ivi, § 35, ove infatti i giudici affermano che «[i]t is entirely consistent with the rule of law that such requests are considered on an individual basis against the criteria that circumstances have exceptionally changed so as to render the original punishment which was justifiable no longer justifiable. We find it difficult to specify in advance what such circumstances might be, given that the heinous nature of the original crime justly required punishment by imprisonment for life. But circumstances can and do change in exceptional cases. The interpretation of s.30 we have set out provides for that possibility and hence gives to each such prisoner the possibility of exceptional release».

<sup>372</sup> Corte Edu, Grande Camera, 17 gennaio 2017, *Hutchinson c. Regno Unito*.

<sup>373</sup> Ivi, § 70.

Pinto, il raggiungimento di un simile risultato in via giurisprudenziale viola di per sé la garanzia del *nullum crimen*<sup>374</sup>, imponendo una modifica *ex abrupto* del diritto vigente che si spinge al di là degli argini posti dal testo dello statuto in violazione del limite di *strict interpretation* imposto al giudice nell'equilibrio tra i poteri statuali<sup>375</sup>. Del resto, pare difficile conciliare la natura restrittiva della previsione statutaria con la lettura estensiva che ne viene data dai giudici in *McLoughlin*, paventando la possibilità di enucleare in futuro nuove ipotesi capaci di giustificare una riduzione della sanzione detentiva.

Al di là della condivisibilità in astratto di tale conclusione, che mette in risalto il carattere estremamente problematico del diritto di creazione giurisprudenziale, occorre soffermarsi però su due ordini di questioni. In primo luogo, il dato innegabile della influenza del diritto convenzionale sul diritto interno. In secondo luogo, il recepimento delle indicazioni della Corte di Strasburgo non già nelle forme di una riforma organica dell'istituto riconosciuto in contrasto con l'art. 3 CEDU bensì attraverso la arbitraria iniziativa giurisdizionale, la quale manca necessariamente di capacità sistematiche e presta il fianco al rischio futuro di nuove torsioni tra l'istituto *de quo* e i principi convenzionali. A fronte di una significativa distanza tra la *littera legis* e la interpretazione prescelta dalla autorità giurisdizionale è complesso sgombrare il campo dal rischio di soluzioni arbitrarie che siano formulate non in esito alla ponderazione parlamentare bensì attraverso le argomentazioni delle sentenze di *common law*, le cui conclusioni sono certo difficili da prevedere *ex ante* quando si tratti di configurare nuove fattispecie eccezionali<sup>376</sup>. Nondimeno, l'"allarme" rientra – al di là della questione di metodo – nel momento in cui si considerino gli effetti favorevoli di simili aperture giurisprudenziali e il conseguente venir meno delle preoccupazioni in punto di eventuale applicazione retrospettiva del nuovo orientamento giurisprudenziale come si tenterà di spiegare nel paragrafo che segue.

Tornando al principio di colpevolezza nella giurisprudenza europea, invece, mancano decisioni che espressamente sanzino il Regno Unito in punto di *responsibility*. Eppure, al riguardo, preme segnalare la decisione *Dallas c. Regno Unito* (cfr. *supra*, II, 2, § 1.3.1.2) per due distinti profili<sup>377</sup>. In primo luogo, i giudici di Strasburgo sono stati chiamati a vagliare la rispondenza della fattispecie *judge-made* al canone di prevedibilità *ex art. 7 CEDU*. In secondo luogo, nonostante la decisione europea abbia ritenuto prevedibile la risoluzione adottata da parte delle autorità nazionali, a un anno di distanza dalla sentenza in questione

---

<sup>374</sup> Con riferimento alla necessità che la disciplina in tema di ergastolo rispetti il principio di legalità, Corte Edu, Grande Camera, 26 aprile 2016, *Murray c. Paesi Bassi*, § 100.

<sup>375</sup> Si veda, in merito, la *dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque che accompagna la Grande Camera *Hutchinson c. Regno Unito*, cit., e, in particolare, il paragrafo n. 13 e s., ove, infatti, il giudice, citando il dialogo tra Alice e il Bianconiglio scrive che «[t]he golden rule of interpretation is that restrictive rules, with exhaustive terms, must be interpreted narrowly».

<sup>376</sup> Ivi, § 15.

<sup>377</sup> Corte Edu, Sez. I, 11 febbraio 2016, *Dallas c. Regno Unito*.

– e in espressa polemica con quest’ultima –, il Parlamento ha adottato uno specifico statuto<sup>378</sup> per sanzionare l’offesa di *juror contempt of court* allo scopo – anche – di sanare il *vulnus* di prevedibilità del diritto giurisprudenziale.

Procedendo con ordine. Con riguardo alle fattispecie di matrice giurisprudenziale, la Corte ha in più occasioni chiarito non solo che tale formante debba essere equiparato alla legge parlamentare<sup>379</sup> ma, per quanto qui maggiormente interessa, che la Convenzione non pretende certo che il diritto nazionale sia certo in quanto immutato e immutabile<sup>380</sup>. Anzi, un tale scenario è *in toto* da scongiurare attesa la necessità che il quadro normativo si evolva adeguandosi ai continui cambiamenti della società contemporanea<sup>381</sup>. La condizione posta a livello europeo è duplice: il mutamento deve apparire in linea con la *ratio* della fattispecie e risultare ragionevolmente prevedibile<sup>382</sup>. Pertanto, con specifico riguardo al caso *Dallas*, la modifica nel diritto giurisprudenziale – additata dalla ricorrente quale cambio di passo imprevedibile – è stata ridotta dalla Corte a mero chiarimento del contenuto della fattispecie giurisprudenziale<sup>383</sup>. Il *test* richiesto dai giudici di merito affinché possa dirsi integrato il reato di *contempt of court* non presentava, infatti, requisiti inferiori a quello contenuto nelle pronunce precedenti, in ossequio al canone dello *stare decisis*<sup>384</sup>.

Nondimeno, una simile soluzione non pare convincere le autorità nazionali al punto di adottare, assecondando la posizione espressa senza mezzi termini dalla *Law Commission*<sup>385</sup>, una nuova ipotesi statutaria che sanzionasse proprio il reato commesso dai giurati<sup>386</sup>. Rimane il dubbio, allora, che la condanna detentiva pronunciata ai danni di *Ms. Dallas* fosse

---

<sup>378</sup> Si vedano sul punto i suggerimenti prospettati dalla *Law Commission, Contempt of Court, Juror Misconduct and Internet Publications*, 9 Dicembre 2013, e il successivo intervento in sede parlamentare attraverso la riforma dello *Juries Act* del 1974, in particolare sezioni n. 20A e 20B.

<sup>379</sup> V. MANES, *Art. 7*, in S. Bartole - P. de Sena - V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 279.

<sup>380</sup> Corte Edu, 22 novembre 1995, *S. W. c. Regno Unito*, § 36.

<sup>381</sup> J. HORDER, *Criminal Attempt, the Rule of Law*, cit., p. 41 ss.

<sup>382</sup> Corte Edu, *S. W. c. Regno Unito*, cit., § 36. Con riferimento al carattere indubbiamente valutativo del criterio della “sostanza della offesa” che diviene l’unico in grado, in ultima analisi di indirizzare il vaglio di prevedibilità del mutamento giurisprudenziale, si veda F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio ‘fondamentale’*, cit., p. 1321.

<sup>383</sup> Corte Edu, *Sez. I, Dallas c. Regno Unito*, cit., § 77.

<sup>384</sup> Ivi, § 64. La ricorrente, infatti, sosteneva che il *test* applicato dai giudici interni c.d. *breach of an order test*, secondo cui la fattispecie era da dirsi integrata in caso di mera violazione dell’ordine ricevuto – quasi una ipotesi di mera disobbedienza per usare un lessico più familiare – fosse in contrasto con il diritto giurisprudenziale antecedente e costituisse quindi una aperta violazione del *rule of law*.

<sup>385</sup> *Law Commission, Contempt of Court, Juror Misconduct and Internet Publications*, cit., che auspica la introduzione di una norma parlamentare allo scopo di chiarire l’ambito di applicazione del reato di *contempt of court* il cui contenuto, nel diritto di *common law*, era capace di variare significativamente non solo a seconda dell’ufficio giudiziario di riferimento bensì pure in relazione alle parole utilizzate volta per volta dal singolo giudice per avvertire i giurati, con il rischio che divenisse impossibile prevedere in termini ragionevoli la portata di tale fattispecie (p. 65 ss.).

<sup>386</sup> Il *Criminal Justice and Court Act*, nel 2015, modifica – come si è detto - il *Judicature Act* del 1974 introducendo le nuove fattispecie di *juror contempt of court* rispettivamente alle sezioni n. 20A e 20B.

*unsafe*. Non si vede, infatti, come una simile pronuncia possa rispettare, da un lato, il canone dell'equità, pilastro della giurisdizione di *common law*, e, dall'altro, assicurare la fiducia della collettività nella serietà del sistema.

La condanna di *Ms. Dallas* non avrebbe avuto luogo, in tutta probabilità, nell'eventualità che la stessa fosse stata chiamata a ricoprire l'incarico di giurata in seguito alla modifica dello *Juries Act*, risultando perciò evidente il trattamento discriminatorio cui è stata sottoposta per ragioni contingenti se non addirittura casuali. Al contempo, la sicurezza della giurisprudenza di *common law* nel rigettare gli argomenti a difesa della imputata si scontra con il muro costruito dalla *Law Commission* e dai lavori parlamentari che, invece, riconoscono il *vulnus* in punto di prevedibilità del reato giurisprudenziale e corrono, al più presto ai ripari<sup>387</sup>.

Resta da chiedersi, allora, se la Corte di Strasburgo non abbia mostrato un atteggiamento fin troppo cauto nei confronti della fattispecie giurisprudenziale, evitando di verificare la sussistenza dei requisiti qualitativi della norma in prospettiva soggettiva, rinunciando, in ultima analisi, ad assicurare l'applicazione del principio di *responsibility* al caso in esame. In altri termini, sembra possibile riscontrare una doppia cautela nei rapporti tra il giudice nazionale e la Corte: mentre il primo pare restio a recepire le modifiche indotte dalla sfera sovranazionale se non in termini impliciti, rivendicando la matrice nazionale della regola di diritto<sup>388</sup>, la Corte mostra una particolare prudenza nei confronti dell'ordinamento di *common law*. Viene da domandarsi, allora, se tale timore non investa piuttosto la stessa efficacia delle pronunce europee in territorio anglosassone: in assenza di un vincolo che non sia politico, il recepimento delle sentenze convenzionali e, quindi, la stessa effettività del sistema di tutela individuato dalla Convenzione, è demandato alla iniziativa degli Stati firmatari; non v'è dubbio che il paradigma anglosassone abbia dimostrato più di una certa insofferenza nei confronti dei vincoli esterni come, del resto, dimostra la intera vicenda Brexit.

### 3. *Common Law* e irretroattività

#### 3.1 Prevedibilità della regola di diritto *judge-made*

Come si è già in più occasioni avuto modo di considerare, l'attività posta in essere dal giudice di *common law* nel momento in cui "crea" diritto in relazione alla vicenda

---

<sup>387</sup> Sul punto, è utile ricordare che la approvazione della norma statutaria – mancando la abrogazione espressa del diritto giurisprudenziale – non sostituisce ma si affianca alla previsione di *common law* cui i giudici possono continuare a fare affidamento nella ipotesi in cui un determinato fatto non sia sussumibile entro la fattispecie parlamentare ma abbia rilievo penale ai sensi della norma incriminatrice *judge-made*: *Law Commission, Contempt of Court, Juror Misconduct and Internet Publications*, cit., p. 87.

<sup>388</sup> Per contro, si veda *R v Rimmington*, cit., ove Lord Bingham passa in rassegna la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in relazione al principio di certezza del diritto e agli standard minimi di determinatezza prescritti in sede sovranazionale (cfr. Corte Edu, *Kokkinakis c. Grecia*, cit.).

contingente sottoposta al suo scrutinio si risolve inevitabilmente in un'operazione retrospettiva (*adjudicative retroactivity*)<sup>389</sup>. Ne deriva che tale decisione se, da un lato, è funzionale alla regolamentazione di condotte future tramite la regola dello *stare decisis*, dall'altro, comporta effetti retroattivi, anche potenzialmente *in malam partem*, rispetto alla condotta *sub iudice*<sup>390</sup>: nulla esclude, quindi, che il comportamento posto in essere in un tempo in cui fosse legittimo perché la specifica sotto-fattispecie rimaneva penalmente irrilevante sia poi sanzionato in forza, per esempio, di un successivo mutamento giurisprudenziale o di una lettura estensiva della precedente regola di diritto.

Proprio al fine di evitare un simile corto-circuito era stato dato seguito alla teoria dichiarativa giacché non poteva rinvenirsi alcuna vocazione retroattiva nell'autorità giudicante che si limitasse non certo a "inventare" bensì a "trovare" il diritto, da sempre immanente nelle consuetudini non scritte del modello anglosassone (cfr. *supra*, I, Sez. III, § 1 ss.). Ebbene, abbandonato il mito dichiarativo, i casi di regola ricondotti al carattere fisiologicamente retroattivo della decisione di *common law* possono ridursi in due macrocategorie.

Un primo ordine di giudizi, infatti, si riferisce all'evenienza in cui il giudice si discosti dalla precedente regola di diritto, attraverso lo strumento dell'*overruling* o del *prospective overruling*, di cui si dirà nel paragrafo che segue, in caso di *distinguishing* oppure nelle ipotesi in cui la norma precedente viene riletta in termini estensivi in relazione alla sostanza incriminatrice.

Diverse sono invece le questioni che si pongono nel momento in cui la regola di diritto non trovi alcun antecedente ma si risolva in una operazione ermeneutica di creazione della nuova fattispecie, o sotto-fattispecie<sup>391</sup>. Una interessante ricostruzione, per risolvere il rompicapo, è quella che considera il *common law* come un sistema organico di principi in cui non vi sono lacune e in cui pure gli ambiti che non sono coperti da una norma puntuale possono sempre essere riferiti a detti valori a carattere generale così che la pronuncia giurisdizionale non deve fare altro che dedurre dall'iperuranio delle idee la soluzione contingente – che sempre è stata parte del tutto<sup>392</sup>.

Una tale ricostruzione, nondimeno, non risolve la questione della retroattività con riguardo al mutamento di regole preesistenti: per quanto l'*overruling* possa contribuire a

---

<sup>389</sup> Tanto celebre quanto superata l'affermazione secondo cui il diritto giurisprudenziale genererebbe sempre effetti retroattivi mentre quello parlamentare disporrebbe per l'avvenire: J. E. FISCH, *Retroactivity and Legal Change: an Equilibrium Approach*, 1997, *Faculty Scholarship*, p. 1057, disponibile all'indirizzo [www.scholarship.law.upenn.edu](http://www.scholarship.law.upenn.edu).

<sup>390</sup> J. M. FINNIS, *The Fairy Tale's Moral*, in *Law Quarterly Rev.*, 115, 1999, p. 170, ove l'A. afferma che «*law's existence, force and effect – its life – can always thus be understood as sheer fact (historical or predictable) or alternatively as directive standard. Our law's double life is at the root of the problems, partly substantive, partly illusory [...]*».

<sup>391</sup> *Ivi*, p. 172.

<sup>392</sup> Si rinvia sul punto alla disputa tra *Hart* e *Dworkin* in punto di discrezionalità del potere giudiziario: I, Sez. III; § 1.1.

migliorare la coerenza interna al sistema superando una enunciazione anacronistica, non è in dubbio l'effetto retroattivo della decisione con riguardo al caso sottoposto a giudizio rimanendo almeno in questi termini il bisogno di sciogliere detto nodo problematico. In argomento, poi, occorre ricordare la riflessione secondo cui lo stesso principio dello *stare decisis* rappresenta un rimedio contro gli effetti retroattivi delle pronunce giurisprudenziali: dal momento che il vincolo del precedente impone al giudice anglosassone di conformarsi alla regola di diritto antecedente che insista su fatti analoghi, a venire limitata non è solo la discrezionalità creativa del giudicante nell'ottica di conservare lo *status quo*, bensì, pure, la enunciazione di norme (anche solo parzialmente) antitetiche al precedente che trovino applicazione retroattiva a tutto discapito dei soggetti coinvolti nel procedimento<sup>393</sup>.

### 3.1.1 "Creazione" di diritto giurisprudenziale "ex novo"

Quanto alle ipotesi in cui la giurisprudenza di *common law*, pur senza mutare alcun precedente, è stata capace di retroagire *in malam partem*<sup>394</sup>, i casi di regola menzionati sono due.

Innanzitutto, *Joyce c DPP*<sup>395</sup> in relazione al reato di alto tradimento: in qualità di cittadino britannico, infatti, il reo era stato condannato in base a tale fattispecie di *common law* per aver compiuto nel 1939, in territorio tedesco, propaganda radiofonica in lingua inglese a favore del regime nazista e contro il Regno Unito, avvalendosi della "protezione" del passaporto anglosassone che gli permetteva di spostarsi sul territorio europeo.

Sul punto, secondo un primo orientamento sviluppato in seno alla Camera dei Lord, il mero possesso del passaporto non era elemento sufficiente per forgiare il dovere di fedeltà alla patria e, quindi contestare il reato di *treason*. Nondimeno, la posizione maggioritaria in seno al collegio fu quella di ritenere che il significato del termine "*protection*" fosse da adattare alle circostanze spazio-temporali della decisione. Applicare il reato *de quo* in mancanza di precedenti specifici non costituiva, infatti, applicazione retroattiva della norma penale giacché i giudici si erano limitati a adattare il precetto al mutare delle peculiarità del momento storico-politico di riferimento. La motivazione, del resto, dava ampiamente conto del principio generale secondo cui è fatto divieto al giudice anglosassone di sostituirsi al legislatore, essendo riservato al Parlamento l'esercizio della funzione legislativa.

La linearità di un simile ragionamento, tuttavia, si incrinava già al tempo di fronte alle perplessità sollevate dalla *dissenting opinio* del giudice *Slade* secondo cui la responsabilità penale riconosciuta nel caso in questione altro non faceva se non applicare retroattivamente

---

<sup>393</sup> B. JURATOWITCH, *Retroactivity and the Common Law*, cit., p. 126.

<sup>394</sup> In merito, quanto al celebre caso della *marital immunity* ci si limita a richiamare il paragrafo n. 1.3.1, II, 2.

<sup>395</sup> *Joyce c DPP* [1946] AC 347.

una norma sanzionatoria, incriminando una condotta legittima – almeno quanto alla fattispecie di alto tradimento – al tempo del fatto<sup>396</sup>.

Ebbene, al di là della fama del giudizio in parola, pare doversi dubitare del potenziale paradigmatico insito in un giudizio che affronta il delicatissimo problema della responsabilità penale durante il secondo conflitto mondiale: le valutazioni di opportunità politica della sanzione, inquadrata in un contesto spazio temporale eccezionale, rendono sfumati i confini degli istituti penalistici spesso piegati, a torto o a ragione, a necessità contingenti di diversa natura.

Per tale ragione, quindi, sembra utile ripercorrere pure le cadenze della decisione *Shaw v DPP*<sup>397</sup> cui si è già avuto modo di accennare (cfr. *supra*, I, Sez. III, § 1.3.2) e che rappresenta vicenda emblematica della questione che ci occupa.

Il caso, ben noto, riguarda la pubblicazione e diffusione della rubrica<sup>398</sup> ove l'imputato aveva inserito i dati identificativi e i relativi servizi di alcune prostitute che gli avevano versato una somma di denaro in cambio di tale curiosa strategia pubblicitaria, la quale mirava a superare le restrizioni poste in essere dal *Street Offences Act* del 1959. I giudici di merito condannarono l'imprenditore non solo per aver sfruttato le prostitute bensì, pure, in forza della fattispecie *judge-made* di tentata corruzione della morale pubblica (*conspiracy to corrupt public morals*), fattispecie che, secondo la tesi difensiva, era inesistente al tempo del fatto. Al riguardo, il giudice *Simonds* giustificava la decisione giacché compito dei giudici era preservare l'ordine e la sicurezza nazionale, insieme alla morale di un certo ordinamento, proteggendola dagli attacchi più insidiosi che rischiavano altrimenti di trovare impreparate le istituzioni<sup>399</sup>.

Per contro, nella *dissenting opinion*, il giudice *Reid* metteva chiaramente in luce come esistesse invero una fattispecie di *common law* dalla portata molto ampia, capace di sanzionare i comportamenti che miravano a raggiungere finalità illecite oppure che si servivano di mezzi illeciti per raggiungere scopi legittimi (*criminal conspiracy*). Tuttavia, una simile fattispecie nulla aveva a che vedere con i profili morali. Anzi, includere nel concetto di *unlawful acts* i comportamenti meramente immorali, che non risultavano in alcun

---

<sup>396</sup> In senso critico con riferimento ai profili di applicazione retroattiva della norma giurisprudenziale creativa di una fattispecie prima inesistente, si veda G. WILLIAMS, *The Correlation of Allegiance and Protection*, in *Cambridge Law J.*, 10, 1948. L'A., infatti, ribadisce *in primis* come sia ormai universalmente condivisa l'idea per cui il giudice di non deve creare nuove fattispecie, quand'anche il comportamento del reo possa apparire di grande disvalore («*everyone now agrees that the judges should not extend the criminal law under the guise of applying it, however detestable the conduct of which the prisoner has been guilty [...] the maxim nulla poena sine lege is now deeply ingrained in our national consciousness*»: p. 55). Tuttavia, nonostante i giudici in *Joyce* ritenessero di conformarsi a tali principi, la soluzione giurisprudenziale ha finito per creare nuovo diritto, rendendo penalmente rilevanti condotte che secondo il *common law* erano pienamente legittime al tempo del fatto.

<sup>397</sup> *Shaw v DPP* [1962] AC 220.

<sup>398</sup> La c.d. "*Ladies Directory*".

<sup>399</sup> *Shaw v DPP*, cit.

modo vietati da previsioni normative, avrebbe comportato una estensione abnorme della fattispecie in questione, sanzionando ipotesi bagatellari che mancavano del disvalore necessario a integrare la norma penale e, al contempo, forzando i limiti del diritto *judge-made* al di là del potere conferito alla giurisdizione<sup>400</sup>.

In aggiunta, una fattispecie di tal fatta, incentrata sul carattere immorale dell'atto, si mostrava agli occhi di Lord Reid come estremamente indeterminata fino a divenire incapace di guidare la condotta dei consociati, ignari di quali comportamenti un domani avrebbero potuto trovare rilevanza penale perché giudicati contro la morale pubblica.

D'altro canto, è proprio la condivisione della idea di morale che giustifica per la maggior parte del collegio l'applicazione retroattiva della norma giurisprudenziale: a fronte di una lacuna legislativa, inevitabile in ragione della impossibilità per il Parlamento di rispondere nell'immediato alle nuove istanze di tutela provenienti dalla società, i giudici di *common law* sono chiamati a intervenire nella veste di protettori dell'ordine sociale o, meglio, di «custos morum of the people»<sup>401</sup>. I giudici della Camera dei Lord, quindi, consapevoli degli effetti retroattivi della propria decisione si premuravano di bilanciare i valori in gioco ritenendo, è evidente, il *nullum crimen* non certo come principio assoluto bensì in parte rinunciabile a fronte di interessi meta-individuali che si dovessero ritenere prevalenti come sicurezza e ordine pubblico.

Una simile posizione, però, ha resistito allo scorrere del tempo. Nel caso *Knüller v DPP*<sup>402</sup>, infatti, il ricorrente era stato condannato per il reato di *conspiracy to corrupt public morals* per aver pubblicato una rivista i cui fascicoli si schieravano, anche, in difesa della omosessualità. Decisive paiono ancora una volta le riflessioni di Lord Reid il quale confermava la propria avversione – già resa palese in *Shaw* – in relazione sia alla legittimità di tale fattispecie, frutto dello sforzo creativo dei Lords, sia alla sufficiente tassatività di un precetto talmente vago da rendere inconoscibile *ex ante* la condotta penalmente rilevante. Tuttavia, il giudice riteneva che il superiore interesse alla certezza del diritto richiedesse ai giudici di confermare la condanna dal momento che non erano emerse ragioni sufficienti a giustificare il superamento del precedente. Del resto, osservava Reid, nei dieci anni che avevano separato le due decisioni il legislatore si era ben guardato dall'intervenire sul punto, dimostrando così il proprio *placet* rispetto al reato giurisprudenziale di offesa alla morale pubblica.

---

<sup>400</sup> D'altro canto, sosteneva il giudice Reid il fatto che il Parlamento non fosse ancora intervenuto a criminalizzare tali tipologie di condotte rappresentava un segnale inequivocabile di tolleranza da parte del legislatore che non poteva essere annientato dall'eccessivo attivismo delle Corti: «[p]arliament is the proper place, and I am firmly of opinion the only proper place, to settle that. When there is sufficient support from public opinion, Parliament does not hesitate to intervene. Where Parliament tears to tread it is not for the courts to rush in».

<sup>401</sup> In questi termini si esprime Lord Simonds la cui posizione - maggioritaria - è stata citata in apertura.

<sup>402</sup> *Knüller v DPP* [1973] AC 435.

### 3.2 *Overruling* del diritto *judge-made* e *overruling* del diritto statutario

Come si è visto in chiusura del paragrafo precedente, il tema del mutamento giurisprudenziale è particolarmente delicato perché involge non solo il rapporto tra il divieto di retroattività della sanzione penale e il bisogno di certezza avvertito in un certo ordinamento ma, pure, perché finisce per segnare i limiti stessi dell'esercizio del potere giurisdizionale con particolare riguardo alla funzione "creativa" del diritto. A tal riguardo, pare utile considerare, in primo luogo, gli effetti dello strumento *dell'overruling* in relazione al divieto di applicazione retroattiva del *novum* giurisprudenziale e, poi, vagliare gli effetti che avrebbe l'utilizzo di decisioni *prospective* sul modello americano.

In relazione alla prima questione, quindi, è necessario distinguere a seconda che *l'overruling* abbia a oggetto un precedente giurisprudenziale o, per contro, l'interpretazione di una norma statutaria. Con riguardo a entrambe le ipotesi si tenterà di mostrare le complessità del caso attingendo alla giurisprudenza di *common law*, allo scopo di saggiarne le conseguenze *in action*.

Pertanto, a fronte del ribaltamento della regola di *common law*, si possono dare circostanze differenti. In particolare, è meno problematico il caso in cui i Lords decidano che, in ragione della modifica normativa di favore, sia opportuno ripetere il procedimento così da valutare la posizione dell'imputato alla luce del nuovo precetto (*retrial*)<sup>403</sup>. Diverso è il caso, invece, in cui *l'overruling* giurisprudenziale abbia effetti negativi di natura sostanziale nel senso che all'esito della modifica diviene penalmente rilevante quel comportamento che, secondo il precedente orientamento, sarebbe stato pienamente legittimo<sup>404</sup>. Al riguardo delle due l'una: o si accetta l'effetto retroattivo del mutamento giurisprudenziale sfavorevole quale componente innata nel diritto *judge-made* o si immaginano strumenti capaci di evitare l'applicazione della regola nel caso *sub iudice* e piuttosto prevederne la vincolatività solo *pro-futuro*. Talvolta, invero, le particolari

---

<sup>403</sup> Questo l'esito del procedimento *DPP for Northern Ireland v Lynch* [1975] AC 653: la modifica della nozione di *duress*, tradizionalmente non applicabile in relazione al reato di omicidio, comportava per l'imputato potenziali conseguenze *in bonam partem* in ragione delle quali i giudici ritennero opportuno ripetere l'intero procedimento di merito. La vicenda riguardava l'omicidio di un poliziotto compiuto da alcuni membri dell'IRA; per raggiungere il luogo prescelto per commettere il reato, i terroristi costrinsero con minacce un conoscente a guidare l'auto su cui viaggiavano già armati, avendo informato l'*extraneus* del loro intento criminale. A fronte della condanna del conducente per aver concorso nell'omicidio, la *House of Lords* estese l'ambito applicativo della *duress* affermando che la condotta che era stata compiuta da quest'ultimo in ragione del pericolo concreto e imminente alla propria incolumità – se non sopravvivenza – fosse da intendere scriminata, anche a fronte della fattispecie di omicidio laddove la condotta finale non fosse stata compiuta dal soggetto in questione.

<sup>404</sup> È il caso, ad esempio, in cui la Camera dei *Lords* ribalta la regola *Lynch*, escludendo in radice l'applicazione della scriminante del costringimento quando si tratti di reati contro la vita: esclusa l'operatività della scriminante la condotta torna a essere penalmente rilevante in termini necessariamente retroattivi: *R. v Howe* [1987] 1 AC 417.

circostanze del caso aiutano ad aggirare il divieto di applicazione retroattiva come i casi in cui la giuria si sia già pronunciata in senso negativo sulla questione controversa rendendo quindi di fatto irrilevante il mutamento giurisprudenziale di segno peggiorativo, almeno con riguardo al singolo imputato che non vede modificare la decisione di condanna<sup>405</sup>. In realtà, anche in tale ipotesi il problema della applicazione retroattiva della regola giurisprudenziale rimane con riferimento agli altri giudizi pendenti su fatti simili compiuti nella vigenza dell'orientamento giurisprudenziale soggetto a *overruling*<sup>406</sup>. In ogni caso, il problema emerge in tutta la sua urgenza nel momento in cui l'*overruling* posto in essere dai Lord ribalti l'esito del giudizio di merito che, invece, poggiava sul precedente orientamento di maggior favore.

Viceversa, quando il mutamento giurisprudenziale coinvolge la interpretazione di una norma statutaria le questioni che si pongono sono, almeno in parte, diverse. Un caso di particolare interesse riguarda la fattispecie del tentativo impossibile. La sezione prima del *Criminal Attempts Act* del 1981, infatti, sancisce la responsabilità di chi volontariamente tenta di commettere il reato ancorché, in base alle peculiari circostanze del caso, l'offesa al bene giuridico protetto dalla fattispecie si riveli impossibile<sup>407</sup>. Al riguardo, l'atteggiamento rigido dei giudici era stato superato nella decisione *Anderton*<sup>408</sup> ove la Corte aveva riconosciuto la inapplicabilità della disposizione in parola allorché fosse possibile dimostrare che il soggetto era "oggettivamente innocente". Sennonché, tale filone più garantista ebbe vita breve dal momento che, solo due anni più tardi, i Lords ritennero che una simile interpretazione vanificasse l'intento del legislatore, abrogando di fatto la fattispecie statutaria<sup>409</sup>.

Ebbene, con riguardo a tale mutamento giurisprudenziale, è interessante notare come il riferimento allo statuto sia stato utilizzato dai giudici per giustificare la retroazione *in malam partem* del precetto sanzionatorio: a fronte di una disposizione tanto cristallina, infatti, nessuno avrebbe potuto realmente fare affidamento sulla non punibilità del tentativo impossibile nell'ordinamento anglosassone. Del resto, il caso in esame è particolarmente intrigante in punto di prevedibilità dell'effetto sfavorevole dal momento che il soggetto compie il fatto con l'intenzione di commettere il reato, che poi non si verifica a causa della inidoneità sul piano oggettivo della condotta di ledere o mettere in pericolo il bene protetto dalla fattispecie che viene in rilievo. Tenuto conto, quindi, dell'intenzione che anima il soggetto agente, non pare possibile lamentare la lesione dell'affidamento individuale circa

---

<sup>405</sup> *R. v Howe, cit.*, ove la giuria aveva escluso nel giudizio di merito l'applicabilità della scriminante agli imputati per il reato di omicidio.

<sup>406</sup> Si veda, sul punto, B. JURATOWITCH, *Retroactivity and the Common Law*, cit., p. 191.

<sup>407</sup> «A person may be guilty of attempting to commit an offence to which this section applies even though the facts are such that the commission of the offence is impossible».

<sup>408</sup> *Anderton v Ryan* [1985] AC 560.

<sup>409</sup> *R v Shivpuri* [1987] 1 AC 1.

la legittimità della condotta. Detto altrimenti, si ritiene che il primo orientamento giurisprudenziale non potesse fondare alcun affidamento rilevante quanto alla rimproverabilità soggettiva, riducendo gli spazi di attrito rispetto al *rule of law*: la doppia negativa secondo cui l'imputato "non poteva non conoscere" si annulla e si risolve, secondo l'opinione dei Lords, in un risultato di segno positivo circa la colpevolezza del reo.

### 3.2.1 *Il caso della responsabilità per joint enterprise*

Con riferimento all'istituto dell'*overruling* giurisprudenziale, sembra interessante soffermarsi su una questione interpretativa che ha destato – e desta tuttora – grande attenzione da parte di dottrina e giurisprudenza per il fatto di riguardare, a un tempo, il rapporto tra interpretazione giudiziaria e norma positiva nonché tra certezza del diritto e necessaria evoluzione del *common law*. Il caso riguarda l'istituto di parte generale che sancisce la responsabilità del concorrente per il più grave reato compiuto da uno dei partecipi laddove tale fattispecie fosse estranea all'originario proposito criminoso (*joint enterprise*<sup>410</sup>). In particolare, invero, la disputa ha a oggetto una ipotesi specifica di concorso, ossia il caso in cui la fattispecie più grave consista nell'omicidio intenzionale (*murder*) commesso in occasione di altro delitto. D'altro canto, a differenza di quanto accade per la maggior parte degli istituti di parte generale, il concorso di persone nel reato è regolato dal diritto positivo o, meglio, dalla previsione secondo cui risponde a titolo di concorso chiunque "aiuta, supporta, concorre a cagionare, agevola" il compimento del delitto<sup>411</sup>. Lo statuto in questione ha cristallizzato le norme antecedenti di creazione in parte parlamentare e in parte giurisprudenziale allo scopo di facilitare l'operato della accusa nel vagliare la posizione del partecipe<sup>412</sup>. Per limitarsi ad alcuni cenni generalissimi, quindi, la responsabilità del partecipe che non abbia compiuto l'atto tipico deve essere esaminata dalla giuria tenendo a mente – utilizzando un lessico più vicino al giurista continentale – il contributo materiale o morale prestato al compimento dell'illecito e la *mens rea* dell'imputato. Ebbene, proprio con riguardo al profilo soggettivo si è sviluppato un complesso dibattito che si tenterà di ricostruire nei paragrafi che seguono.

---

<sup>410</sup> Quanto al problema terminologico derivante dall'impiego della formula *joint enterprise* per riferirsi a fattispecie estranee a tale nozione, intesa in senso tecnico, si veda M. DYSON, *Joint enterprise. Written evidence*, disponibile all'indirizzo [www.data.parliament.uk](http://www.data.parliament.uk) (Giugno 2014).

<sup>411</sup> La norma statutaria, poi variamente modificata, risale all'*Accessories and Abettors Act*, 1861, sezione n. 8, secondo cui «*whosoever shall aid, abet, counsel or procure the commission of any indictable offence, whether the same be an offence at common law or by virtue of any Act passed or to be passed shall be liable to be tried, indicted and punished as a principal offender*».

<sup>412</sup> Si vedano le considerazioni dei giudici *Hughes e Toulson* in *R v Jogee and Ruddock v The Queen* [2016] UKSC 8.

### 3.2.1.1 *Chang Win-Su* e la dottrina del parassita

Il giudizio che apre la questione interpretativa è portato all'attenzione del *Privy Council*, quale ricorso proveniente dalla giurisdizione di merito di *Hong Kong*, e riguarda la rapina compiuta ai danni di *Madame Lam* e del marito<sup>413</sup>. I tre rapinatori entravano con l'inganno nell'appartamento di quest'ultimi, tutti armati di coltello; a fronte del tentativo di difesa del proprietario, due aggressori si accanivano contro di lui togliendogli la vita con numerose pugnalate. Il terzo rapinatore, invece, si limitava ad assistere alla scena, dandosi alla fuga con gli altri non appena l'operazione si era conclusa. Anche *Madame Lam* era rimasta gravemente ferita, non essendo però stato possibile distinguere nel corso del giudizio di merito distinguere quale dei tre aggressori l'avesse colpita alla testa. Ebbene, se con riferimento ai primi due imputati nessun dubbio sussisteva sul fatto che dovessero rispondere, oltre al reato di rapina, della fattispecie *judge-made* di *murder*, ben più complessa era la posizione processuale del terzo: qualora si fosse riconosciuto, infatti, il compimento del delitto in forma concorsuale sarebbe stato possibile condannare anche quest'ultimo a titolo di omicidio volontario, potendosi altrimenti procedere alla meno gravosa condanna per *manslaughter*<sup>414</sup>.

Sul punto, quindi, i giudici anglosassoni consideravano che in base al diritto giurisprudenziale precedente i casi di *joint enterprise* erano da contestare, laddove il fatto tipico non fosse stato compiuto da tutti i correi, in presenza di due condizioni. In primo luogo, in chiave oggettiva, era necessario che la condotta di costoro avesse supportato, promosso o, in ogni caso, contribuito alla commissione dell'illecito<sup>415</sup>. Inoltre, era necessario dimostrare in giudizio l'intervento – espresso o tacito – di una “autorizzazione” da parte di chi non avesse compiuto il più grave illecito: in altri termini, il delitto più grave doveva essere parte della operazione illecita condivisa dai correi affinché fosse possibile applicare a tutti la sanzione più invasiva. In merito, i giudici ricordavano, infatti, il precedente che imponeva ai giurati di distinguere a seconda che l'offesa fosse o meno parte della *joint*

---

<sup>413</sup> *Chang Wing-Siu* [1985] AC 168.

<sup>414</sup> Quanto alla differenza tra *murder* e *manslaughter* entro l'ordinamento anglosassone si rinvia alle riflessioni di *David Ormerod* e *Karl Laird* secondo cui il primo presenta uno stigma di incredibile maggior disvalore, comportando una sorta di marchio a vita sul condannato. Inoltre, anche se in termini astratti anche l'omicidio colposo arriva a giustificare una condanna all'ergastolo (obbligatoria in caso di *murder* con un termine minimo per il *parole* piuttosto elevato), le ricerche empiriche condotte in argomento mostrano che la prassi giurisprudenziale tende ad applicare la pena perpetua solo in casi eccezionali laddove si provi il titolo di imputazione meramente colposo del delitto. Negli altri casi, le sentenze per *manslaughter* contano pene la cui durata è in media un terzo di quella per *murder*: *ID., Jorgee: not the end of a legal saga but the start of one?*, in *Crim. Law Rev.*, 2016, p. 8)

<sup>415</sup> *Chang Wing-Siu v The Queen*, cit., p. 175. In questo senso, si veda la analisi posta in essere dalla *Law Commission, Participating in Crime*, 2007, § 2.2, p. 22 ss.

*venture*, dovendo escludere la responsabilità di chi non avesse agito in prima persona o in assenza di un'autorizzazione esplicita o implicita che fosse<sup>416</sup>.

Nondimeno, la sentenza *Chang Wing-Siu* decideva di distaccarsi da tale lettura tradizionale della fattispecie in questione e superare il precedente vincolante. A sostegno della propria tesi, dunque, i giudici richiamavano – quale argomento persuasivo ancorché non vincolante<sup>417</sup> – la tendenza dimostrata da altre Corti del *Commonwealth* di estendere la responsabilità del correo anche al di là di quanto autorizzato, ancorché solo implicitamente, assottigliando lo standard di verifica giudiziale fino a giungere alla mera possibilità di prevedere la conseguenza più infausta<sup>418</sup>.

In altre parole, ad avviso dei Lords, nel momento in cui il compartecipe, che pur non voglia la commissione del reato più grave, abbia la possibilità di prevedere – in termini probabilistici essendo sufficiente dare prova della *mens rea* secondo il canone del “più probabile che non” – il compimento di detto ulteriore delitto ne risponde al pari degli altri, non potendo “rifuggire dalle conseguenze delle proprie azioni”<sup>419</sup>. Riecheggiano, quindi, toni molto simili *al versari in re illicita*, con la conseguenza che rispondono di *murder* non solo coloro che hanno agito allo scopo di uccidere (o di procurare ad altri grave nocimento come ritiene la dottrina di *common law* rispetto al dolo di omicidio<sup>420</sup>) ma, anche, chi si sia limitato a prevedere la possibilità di un simile accadimento illecito, dovendosi escludere la imputazione più tenue di omicidio colposo. Non stupisce, pertanto, il fatto che la dottrina abbia iniziato a riferirsi alla dottrina *Chang Wing-Siu* come fondamento di una responsabilità concorsuale “parassita” (*parasitic accessory liability*: ‘PAL’)<sup>421</sup> ove il correo subisce la sanzione penale massima pur in mancanza della prova della *mens rea* che una simile condanna

---

<sup>416</sup> Ivi, p. 176. Riportando le parole di *Lord Parker* nella decisione *R. v Anderson* del 1830, infatti, la responsabilità in caso di omicidio compiuto in occasione di un altro reato si risolve come segue: «*if one of the adventurers goes beyond what has been tacitly agreed as part of the common enterprise his co-adventurer is not liable for the consequences of that unauthorized act. Finally, [...] it is for the jury in every case to decide whether what was done was part of the joint enterprise or went beyond it [...]*».

<sup>417</sup> È interessante, richiamare, le riflessioni compiute sulla circolazione del precedente in sede internazionale e sovranazionale, invero rispetto al caso della retroattività favorevole, da C. SOTIS, *Le “regole dell’incoerenza”*, cit., p. 69 ss.

<sup>418</sup> In particolare, i Lords citano la giurisprudenza della Corte Suprema di Nuova Zelanda e Australia (*Johns v. The Queen* (1980) 143 C.L.R. 108) secondo cui la prova dell’elemento soggettivo del correo che giustifica la responsabilità per il reato più grave non commesso si esaurisce nella probabilità di prevedere – secondo il criterio del più probabile che non – la commissione dell’illecito contro la vita.

<sup>419</sup> Ivi, p. 177, ove si legge, infatti, che «*[w]here a man leads himself to a criminal enterprise knowing that potentially murderous weapons are to be carried, and in the event they are in fact used by his partner with an intent sufficient for murder, he should not escape the consequences by reliance upon a nuance of prior assessment, only too likely to have been optimistic*».

<sup>420</sup> Per approfondire in riferimento al dolo di *murder*, si veda W. WILSON, *Criminal Law*, cit., p. 364 ss.

<sup>421</sup> L’espressione è attribuita a *Sir John Smith* e, in particolare, al suo scritto pubblicato nel 1977 su *Law Quarterly Review*, ossia *Criminal liability of accessories: Law and Reforms*. Tale descrizione metaforica ebbe un grande successo dato il numero di contributi dottrinali e giurisprudenziali che, in argomento, semplicemente fanno riferimento alla “dottrina PAL”: si veda, sul punto, E. LAING, *Two Cheers to Judicial Activism*, cit.

richiederebbe<sup>422</sup> dal momento che la sua posizione è interamente dipendente da quella del partecipe che abbia compiuto il reato di maggior disvalore<sup>423</sup>.

### 3.2.1.2 Il caso *Gnango*

Sembra interessante soffermarsi, brevemente, sul caso in questione non solo in ragione della peculiarità della vicenda contingente bensì, anche, delle considerazioni della Corte Suprema in punto di diritto quanto alla interpretazione delle previsioni *judge-made*<sup>424</sup>. Si tratta, del resto, di una pronuncia considerata *leading case* e resa dalla Corte Suprema nella composizione estesa a sette giudici.

In breve, i fatti. Nel corso di uno scontro violento tra due soggetti che agivano al preciso scopo di togliersi la vita l'un l'altro, rimaneva coinvolta una terza persona, del tutto estranea al diverbio, che casualmente si era ritrovata suo malgrado a passare in corrispondenza con la parabola compiuta da uno dei proiettili esplosi da uno dei due, Mr. *Bandanaman* rimasto non identificato<sup>425</sup>. Pertanto, la questione sottoposta all'attenzione della Corte riguardava la possibilità di imputare entrambi per omicidio volontario nonostante la condotta tipica fosse stata compiuta da uno solo dei contendenti e, invece, l'intento dell'unico imputato avesse a oggetto sì il delitto contro la vita ma rispetto a una persona diversa, non la passante bensì il criminale avversario. Un simile interrogativo, tuttavia, assumeva ad avviso dei giudici caratteri grotteschi. Era davvero possibile contestare una fattispecie nelle forme del concorso di persone tra due soggetti che non solo non avevano condiviso alcun piano circa la commissione del fatto di reato ma che si erano, invece, riuniti con l'intento di prendere una la vita dell'altro? Poteva divenire carnefice chi avrebbe dovuto essere la vittima del delitto?

Al riguardo, la Corte si è mostrata divisa.

Seguendo la opinione maggioritaria<sup>426</sup>, quindi, posto il carattere eccezionale del dato fattuale che non trovava esatto riscontro in alcun precedente, si ribadiva l'interpretazione

---

<sup>422</sup> Con riferimento poi alla influenza della '*PAL*' doctrine o, meglio, all'abbassamento degli standard richiesti in relazione alla prova dell'elemento soggettivo nelle ipotesi ordinarie di responsabilità del partecipe in caso di concorso di persone (*accessory liability*) si veda M. DYSON, *Joint enterprise. Written evidence*, cit.

<sup>423</sup> La regola di diritto elaborata in *Chang Wing-Siu* ha trovato conferma nella giurisprudenza successiva in ossequio al principio dello *stare decisis* come dimostra la motivazione, *inter multos*, della decisione *R. v Powell and R. v English* [1999] 1 AC 1, ove la Corte conferma interamente il precedente e afferma, in aggiunta, che la responsabilità per murder può essere esclusa qualora l'arma utilizzata per l'omicidio abbia un potenziale di offesa più alto di quella rispetto a cui i correi avevano trovato l'accordo al fine di commettere il reato meno grave (si pensi, ad esempio, alla morte di un uomo incorsa durante una rapina o a causa del traffico di stupefacenti come nel caso in questione).

<sup>424</sup> *R v Gnango* [2012] 1 AC 827.

<sup>425</sup> I giudici si riferiscono al soggetto che ha esplosa il colpo di pistola che è costato la vita alla vittima come "*Bandanaman*" dal momento che l'unico dettaglio significativo circa la sua identità si riferiva proprio al fatto che portasse una bandana di colore rosso.

<sup>426</sup> Lord Phillips, con l'accordo dei Lord Judge e Wilson.

consolidata nel *common law* della disciplina del concorso di persone come si evince dalla interpretazione del summenzionato *Accessories and Abettors Act* del 1861<sup>427</sup>. La questione diveniva, tuttavia, problematica nel momento in cui si trattava di valutare la *ratio decidendi* delle pronunce di merito ossia l'applicabilità della responsabilità del correo per il reato più grave commesso da altri. In merito, naturalmente, veniva richiamata la "PAL" doctrine e le sue più recenti riproposizioni nella giurisprudenza anglosassone<sup>428</sup>.

In riferimento all'istituto della *joint enterprise*, dunque la Corte ribadiva l'orientamento tradizionale ma – al contempo – si soffermava sul fatto che l'imputato e *Bandanaman* si erano volontariamente incontrati per affrontarsi, senza condividere alcun proposito illecito se non la reciprocità dell'intento omicida<sup>429</sup>. Quanto alla responsabilità del correo che non ha premuto il grilletto, il *punctum dolens* non era invero la terzietà della vittima dato che la normativa di *common law* si ispira al principio della "transferred malice" o "transferred mens rea", ossia del trasferimento dell'elemento soggettivo dalla persona designata a quella realmente offesa<sup>430</sup>.

Il nodo maggiormente problematico era la c.d. *victim rules* in base a cui i soggetti individuati dai correi come persone offese non possono essere imputate a titolo di concorso secondo gli assunti tradizionalmente condivisi dal diritto giurisprudenziale<sup>431</sup>. Ad avviso della Corte Suprema, infatti, l'utilizzo da parte dei giudici di merito della "PAL" doctrine era stato funzionale a evitare la assoluzione che invece sarebbe derivata dal regime tradizionalmente prescelto per le vittime di reato.

Quindi, *Lord Phillips* individuava un'ipotesi di *distinguishing*, ritenendo che i fatti di causa si ponessero al di fuori dell'ambito applicativo del concorso di persone nel reato<sup>432</sup>. Non rimaneva, dunque, che chiedersi se il *common law* ostasse al riconoscimento di responsabilità della vittima designata quanto alla vicenda in esame.

Sul punto, è interessante notare come la insussistenza di una regola generale di matrice giurisprudenziale sia fatta discendere dal fatto che nel 2007 il legislatore avesse ritenuto necessario introdurre una simile previsione<sup>433</sup> con riferimento ai *serious crimes* commessi in

---

<sup>427</sup> *R v Gnango*, cit., Lord Phillips e Lord Judge, § 12 ss.

<sup>428</sup> *R v A* [2010] EWCA Crim 1622.

<sup>429</sup> *R v Gnango*, cit., § 24 s., in ptc. § 43.

<sup>430</sup> Ivi, § 16.

<sup>431</sup> Ivi, § 17, ove la Corte richiama la definizione di *victim rules* elaborata da Glanville Williams secondo cui se un precetto è finalizzato alla protezione di determinate categorie di soggetti un esponente di tale gruppo non può essere imputato a titolo di concorso, e in particolare «[...] where the courts perceive that the legislation is designed for the protection of a class of persons. Such people should not be convicted as accessories to an offence committed in respect of them when they co-operate in it. Nor should they be convicted as conspirators». Tale regola, del resto, trova conferma nella sezione n. 51 del *Serious Crime Act*, 2007, dedicate specificamente alle ipotesi di concorso di persone ove i *serious crimes* appartengano alla categoria delle *protective offences*, ossia quelle fattispecie specificamente designate a tutelare determinate categorie di soggetti.

<sup>432</sup> Ivi, § 49 s.

<sup>433</sup> *Serious Crime Act*, 2007, cit. supra nt. 191.

concorso, e, quindi, di nuovo previsione inapplicabile ai fatti di causa<sup>434</sup>. Per risolvere il nodo interpretativo, la Corte richiamava la decisione secondo cui doveva rispondere di omicidio volontario colui che nell'attentare alla propria vita colpiva e uccideva un terzo estraneo<sup>435</sup>. D'altra parte, estendere la tutela offerta dalla *victim rule* a casi non ricompresi pareva ai giudici una scorciatoia per aggirare la volontà parlamentare di carattere restrittivo.

Quanto, infine, alla questione della imputazione soggettiva del reato, i giudici consideravano sufficiente la prevedibilità in capo a entrambi i soggetti armati che rimanessero ferite altre persone dal momento che avevano sparato i colpi in un luogo pubblico. Con ogni probabilità, in diverse circostanze, non sarebbe neppure stato possibile discernere quale dei due avesse esploso il colpo fatale. Di talché, la Corte Suprema concorda con la soluzione dei giudici di merito quanto alla responsabilità a titolo di omicidio volontario di entrambi i contendenti, escludendo però che si tratti di *joint enterprise*.

Una simile decisione è stata molto criticata: si è, infatti, a più voci sostenuto che la "PAL" doctrine abbia finito per indebolire il giudizio di colpevolezza – in aperto contrasto sia con il *rule of law* sia con i principi CEDU – anche rispetto a fattispecie diverse<sup>436</sup>, accontentandosi i giudici di imputazioni sostanzialmente oggettive o, al più, basate non già sulla prova del dolo ma della mera prevedibilità del reato<sup>437</sup>. Questa, dunque, verrebbe da dire, la goccia che ha fatto traboccare il vaso<sup>438</sup>.

### 3.2.1.3 Il parassita viene eliminato

Come accennato, infatti, la *parasitic accessory liability* è rimasta sostanzialmente invariata per trent'anni, continuando a trovare conferma nelle decisioni del *common law* inglese nonché delle Alte Corti del *Commonwealth*, finché il caso *Jogee* non è giunto alla attenzione della Corte Suprema<sup>439</sup>.

---

<sup>434</sup> Per contro, due giudici parte del collegio sostengono la responsabilità del ricorrente quale *principal* in relazione alla manifestazione concorsuale del fatto di reato.

<sup>435</sup> *R v Hopwood* [1913] 8 Cr App R 143.

<sup>436</sup> All'opposto, Lord Dyson, nella opinione parzialmente dissenziente, afferma che l'imputato deve rispondere a titolo di omicidio intenzionale proprio perché si tratterebbe di una ipotesi di *joint venture* cui i giudici di maggioranza hanno dato un'interpretazione eccessivamente stringente. Ad avviso del giudice, infatti, la fattispecie meno grave cui le parti avrebbero acconsentito sarebbe il reato di rissa e quella più gravosa, invece, l'omicidio: *R v Gnango*, cit., § 97. In senso analogo, del resto, si esprime pure Lord Kerr, ivi, § 114.

<sup>437</sup> S. WAY, *Joint Enterprise: the Need for Reform*, in *J. Crim. Law*, 79, 2015, p. 326, nonché M. DYSON, *More Appealing Joint Enterprise*, in *Cambridge Law J.*, 2010, p. 425, che prevede il moltiplicarsi dei ricorsi avverso condanne pronunciate in applicazione della "PAL" doctrine, percepita come *unjust* dato il contrasto con le garanzie fondamentali riconosciute a protezione del reo.

<sup>438</sup> B. KREBS, *Mens rea in joint enterprise: a role for endorsement?*, in *Cambridge Law J.*, 2015, p. 480, ove l'A. sostiene la necessità di modificare la disciplina di *joint enterprise* senza però coinvolgere il Parlamento: l'istituto è prodotto di *common law* e spetta, quindi, ai giudici correggerne le storture.

<sup>439</sup> Invero, l'attenzione dell'opinione pubblica rispetto alla questione giuridica in esame era piuttosto elevata dal momento che la condanna a titolo di omicidio volontario nei confronti di tutti i correi era a più voci denunciata come soluzione in contrasto con i diritti della persona e con le più basilari garanzie penalistiche. I familiari dei soggetti condannati per *murder* in caso di *joint enterprise* avevano del resto costituito addirittura

I ricorrenti, infatti, si fecero portatori di quel moto di avversione nei confronti della dottrina 'PAL' che considerava tale precedente come anacronistico e in forte antitesi con la tutela dei diritti della persona. In particolare, la tesi difensiva insisteva sul fatto che la decisione precedente avesse errato nella interpretazione del diritto al tempo vincolante, completando una lettura carente delle autorità di riferimento, e che si risolvesse oramai in un'opzione di politica criminale datata e non più condivisibile. In merito, altrettanto interessante è la posizione assunta dall'accusa secondo cui, quand'anche si dovesse concordare rispetto alla necessità di modificare la dottrina in questione, sarebbe compito del Parlamento procedere in tal senso, atteso l'ampio seguito avuto dalla regola di diritto vincolante, per l'appunto, per un intero trentennio.

Quanto alla argomentazione che maggiormente interessa i nostri fini, ossia l'elemento soggettivo, la Corte *in primis* distingue il caso in cui i correi abbiano espresso la propria adesione rispetto a una categoria ampia di illeciti, è il caso dei reati connessi al terrorismo, rispondendo a titolo di dolo alternativo, per adoperare una espressione vicina al giurista continentale, degli illeciti – anche di diversa gravità – commessi quale realizzazione del progetto criminoso condiviso<sup>440</sup>.

In secondo luogo, i Lords considerano l'evoluzione della responsabilità del partecipe per il reato più grave esaminando come nel XVIII e nella prima metà del XIX secolo fosse sufficiente provare che tale reato fosse prevedibile in termini probabilistici dal correo<sup>441</sup> e, invece, come nella giurisprudenza successiva si fosse radicato l'opposto orientamento secondo cui la pubblica accusa dovesse dimostrare che anche il secondo illecito era riconducibile all'accordo comune ai partecipi (è il caso della autorizzazione)<sup>442</sup>. Al riguardo, di particolare interesse è la giurisprudenza sull'uso delle armi: in particolare, il precedente sul punto stabiliva che la consapevolezza da parte di uno dei complici del fatto che qualcun

---

una associazione *no profit* con lo scopo di accelerare la modifica della dottrina 'PAL': la *Joint Enterprise: Not Guilty by Association*.

<sup>440</sup> Il riferimento giurisprudenziale cui fanno richiamo i Lords è *Maxwell*, una decisione per l'appunto in tema di concorso in una pluralità di fattispecie connesse a una organizzazione terroristica (*Director of Public Prosecutors for Northern Ireland v Maxwell* [1978] 1WLR 1350) ove il ricorrente si era limitato a guidare l'auto a mezzo di cui i compagni avevano compiuto diversi attentati incendiari e, tuttavia, era stato condannato al pari di costoro delle più gravi fattispecie poste in essere essendo stata raggiunta in giudizio la prova della intenzione del primo rispetto a qualsivoglia illecito che i compagni avessero compiuto.

<sup>441</sup> In particolare, i giudici citano la ricostruzione di Sir Micheal Foster la cui monografia (*Crown Law*) fu portata alle stampe per la prima volta nel 1762, inerendo al diritto contemporaneo e immediatamente antecedente.

<sup>442</sup> La Corte cita, al riguardo, il caso *R v Collison* [1831] 4 Car&P 565. La vicenda riguarda due soggetti che si accordarono per spingersi a notte fonda nel campo altrui allo scopo di rubare delle mele; dopo essere stati sopresi da uno dei guardiani, uno dei due ladri colpì il vigilante a randellate causandogli serie ferite e lesioni gravi. Sul punto, i giudici affermarono che la fattispecie di lesioni fosse imputabile a entrambi solo qualora si riuscisse a provare in giudizio che il piano comune comprendeva non solo la sottrazione delle mele ma, pure, la resistenza violenta a chiunque si fosse interposto rispetto al raggiungimento del primo obiettivo. Altrimenti, sarebbe stato necessario distinguere le posizioni dei due partecipi. Tanto premesso, i Lords continuano enumerando innumerevoli precedenti che mantengono ferma la medesima linea interpretativa.

altro nella banda portasse armi da fuoco o armi bianche rappresentava uno degli elementi da tenere in considerazione per dimostrare la *mens rea*, non trattandosi in ogni caso di prova decisiva<sup>443</sup>. In altri termini, i soggetti che agivano in gruppo per intimorire la vittima, senza voler compiere ai suoi danni alcuna lesione ma presentandosi armati, dovevano rispondere – in caso di evento fatale cagionato da uno dei correi – al più di *manslaughter* qualora fosse provata la consapevolezza di costoro circa il porto delle armi a scopo intimidatorio ma l'assenza di dolo rispetto al reato di lesioni o omicidio<sup>444</sup>.

Tanto premesso, la Corte passa a considerare lo strappo cagionato da *Chang Wing-Siu* e osserva come al tempo la Camera dei Lords abbia considerato solo tre precedenti attinenti all'esperienza anglosassone e, invece, grande risalto abbia concesso alla regola di gran lunga sfavorevole al reo che si era andata diffondendo in Australia e Nuova Zelanda<sup>445</sup>. Quanto ai precedenti inglesi, poi, i giudici notano come siano stati male interpretati, inferendo da certe conclusioni assunti del tutto inconsistenti da un punto di vista logico prima ancora che giuridico<sup>446</sup>.

Quanto alla questione di politica criminale presa in considerazione in *Chang Wing-Siu*, i giudici considerano errata la presa di posizione per cui ciascuno, nel momento in cui si ponga consciamente in un contesto illecito deve rispondere di ogni circostanza che ne possa derivare, a garanzia della sicurezza collettiva e in prospettiva evidentemente deterrente<sup>447</sup>.

Non vi è dubbio, quindi, ad avviso della Suprema Corte che la regola di diritto elaborata in *Chang* sia “nuova” rispetto ai precedenti, basata sulla lettura distorta di due sentenze particolari, cui viene fatto dire – *a contrario* – ben più di quanto non vi sia scritto collocandole del tutto fuori contesto<sup>448</sup>. Al riguardo, i giudici affermano che la Camera dei Lord aveva

---

<sup>443</sup> In tal senso è richiamata la ricostruzione manualistica del diritto al tempo vincolante compiuta dal Professor GLANVILLE WILLIAM, *Criminal Law, General Part*, 1961, p. 397, nonché diversi casi tra cui *R. v Smith* [1963] 1 WLR 1200, *R. v Betty* [1964] 48 Cr App R 6.

<sup>444</sup> *R. v Reid* [1976] 62 Cr. App. R. 109.

<sup>445</sup> *R v Jogee and Ruddock v The Queen*, cit., § 36 ss.

<sup>446</sup> È il caso di *Davies v DPP* [1954] AC 378. La decisione riguardava una rissa tra bande di ragazzini durante la quale uno dei partecipi aveva brandito un coltello e ferito gravemente un avversario; nessuno degli altri partecipi si era dimostrato consapevole di tale arma bianca e, quindi, nessun altro era stato condannato per lesioni. Al riguardo, i giudici in *Jogee* affermano che la lettura del caso seguita in *Chang Wing-Siu* è stata radicalmente errata non potendosi trarre, *a contrario*, la regola per cui la mera consapevolezza dell'arma sarebbe di per sé stata sufficiente a estendere a tutti i correi la condanna per il reato più grave. Si ricorda, del resto, in merito la giurisprudenza antecedente secondo cui il fatto dell'aver consentito a portare le armi sul luogo del delitto poteva integrare un elemento di prova, ma non certo decisivo, riguardo alla *mens rea* di chi non avesse compiuto l'atto tipico.

<sup>447</sup> *R v Jogee and Ruddock v The Queen*, cit., § 46, ricordando le parole dei Lords secondo cui il correo «*should not escape liability*».

<sup>448</sup> Quanto a *Davies v DPP* si è detto (cfr. supra nota n. 105). Con riferimento, invece, alla seconda decisione presa in esame dai Lords in *Chang Wing-Siu (Anderson and Morris v The Queen)*, i giudici della Suprema Corte osservano che mentre la prima sentenza si era limitata ad affermare che nessuna responsabilità fosse da imputare al correo quanto gli altri partecipi avessero posto in essere una azione del tutto estranea all'accordo criminoso, non se ne potesse invero trarre alcun argomento per sostenere che a contrario la mera prevedibilità

certamente il potere di modificare il diritto vigente all'epoca, pur adottando una soluzione giurisprudenziale sfavorevole per il correo ma che una tale operazione interpretativa avrebbe richiesto una prudenza maggiore (*requires caution*, § 74). Al contrario, la decisione in questione ha mancato di considerare le conseguenze – in termini del resto estremamente ostili al *favor rei* – di una riqualificazione di fatti di *manslaughter* in *murder* né si è preoccupata di prendere in esame gli effetti discriminatori che sarebbero conseguiti a una tale risoluzione, valutando *funditus* l'opportunità di introdurre la dottrina PAL a fronte di una giurisprudenza antecedente compatta nel seguire un orientamento antitetico.

D'altra parte, non è stata raggiunta alcuna prova secondo cui il diritto antecedente a *Chang* avesse mancato l'obiettivo primario di proteggere i consociati, sanzionando in maniera proporzionata le offese a beni certamente meritevoli di tutela quali la vita e l'incolumità personale.

Pertanto, la Corte Suprema prende atto del fatto che il precedente vincolante altro non era se non un esempio di pronuncia *erroneous* la quale, nonostante lo *stare decisis*, doveva essere superata per una pluralità di ragioni diverse.

In merito, i giudici enumerano cinque diversi motivi.

In prima battuta, l'esame giurisprudenziale ben più ricco di *Jogee* è idoneo a supportare il mutamento giurisprudenziale; in secondo luogo, la dottrina 'PAL' ha dato cattiva prova di sé generando diverse questioni interpretative nella giurisprudenza successiva e moltiplicando il numero dei ricorsi sul punto; quale terza ragione, poi, deve considerarsi l'importanza della responsabilità a titolo di concorso nel *common law* sia con riguardo alla gravità delle fattispecie coinvolte sia all'incidenza dei procedimenti che richiedono un rapido intervento di modifica del diritto vincolante. Quarto, il livello di imputazione minimo richiesto per il partecipe – mera prevedibilità – rappresenta una cospicua e ingiustificabile eccezione rispetto alla fattispecie monosoggettiva di *murder* rispetto cui già il *common law* ha mostrato nel tempo un atteggiamento di speciale rigidità ammettendo il reato integrato anche in presenza del dolo di lesioni che non mettano a rischio necessariamente la vita della persona offesa. Da ultimo, è altrettanto irragionevole distinguere la responsabilità del soggetto agente e del partecipe in punto di elemento soggettivo, originandosi una irragionevole disparità di trattamento tra i due.

Quanto, poi, all'argomento secondo cui sarebbe compito del Parlamento intervenire per superare la dottrina 'PAL', la Corte conclude molto agevolmente che siccome la pronuncia sbagliata è da imputare al *Privy Council*, è compito della giurisprudenza, nel silenzio della legge, porre fine all'errore. Del resto, il ribaltamento del precedente sarebbe in linea con le ultime modifiche legislative attuate in materia, le quali espressamente escludono, con

---

dell'illecito più grave rispetto al progetto iniziale potesse fondare la responsabilità per *joint enterprise*: *R v Jogee and Ruddock v The Queen*, cit., § 64.

riferimento alla fattispecie tentata, la responsabilità a titolo di dolo di chi si sia limitato a prevedere la possibile verifica dell'illecito<sup>449</sup>.

Pertanto, la Corte conclude per la necessità di procedere all'*overruling* – del resto di segno favorevole per gli imputati – preoccupandosi di precisare l'atteggiarsi della nuova regola di diritto al fine espresso di facilitare la comprensione del diritto per gli operatori del settore e naturalmente i diretti destinatari del precetto. Nel perseguire tale scopo, tuttavia, la Corte non enuncia certo *expressis verbis* la *ratio decidendi* ma, piuttosto, passa in rassegna la casistica principale in punto di *joint liability* mostrando come determinare la responsabilità dei singoli a fronte della necessità di provare l'intenzione del partecipe – se non proprio rispetto all'evento morte – con riferimento, almeno, al supporto e all'agevolazione assicurata da parte del correo al compimento dell'atto fatale<sup>450</sup>.

#### 3.2.1.4 Quali rimedi straordinari?

Il rilievo del caso in esame con riferimento al ruolo del potere giudiziario, ai limiti imposti al processo di evoluzione del *common law*<sup>451</sup> nonché ai rapporti tra giurisdizione e tutela dei diritti fondamentali emerge *ictu oculi* dal fatto che la vicenda giudiziaria che ha coinvolto l'istituto della *joint enterprise* è indicata dal giudice *Laing* quale uno dei tre più rilevanti esempi di *judicial activism*, l'unico che riguardi la materia penale<sup>452</sup>.

Eppure, il caso in questione permette anche di riflettere su quelle che sono le conseguenze del mutamento giurisprudenziale e, in ultima analisi, sulla effettiva possibilità per chi sia stato condannato in via definitiva a titolo di *murder* di vedersi riconoscere la qualificazione maggiormente favorevole di *manslaughter*, con la conseguente ri-calibrazione del trattamento sanzionatorio, in ragione della dottrina *Jogee*.

Al riguardo, è utile premettere che il sistema di *common law* ammette che i soggetti condannati con sentenza definitiva ricorrono fuori termine<sup>453</sup> al giudice della *Court of Appeal*

---

<sup>449</sup> Il riferimento è alla sezione n. 44 del *Serious Crime Act* del 2007 secondo cui «(1) *A person commits an offence if (a) he does an act capable of encouraging or assisting the commission of an offence; and (b) he intends to encourage or assist its commission. (2) But he is not to be taken to have intended to encourage or assist the commission of an offence merely because such encouragement or assistance was a foreseeable consequence of his act*».

<sup>450</sup> *R v Jogee and Ruddock v The Queen*, cit., §§ 88-99.

<sup>451</sup> Quanto all'incidenza quantitativa del fenomeno, è stato osservato che in relazione al biennio 2012-2013 le fattispecie di *joint enterprise* portate avanti dalla pubblica accusa sono state 260, coinvolgendo un totale di 869 imputati. Tra questi, 210 sono stati condannati per *murder* e, invece, 659 per *manslaughter* non potendosi tuttavia distinguere i casi in cui sia stata applicata o meno la regola *Chang Wing-Siu*: D. ORMEROD-K. LAIRD, *Jogee: not the end of a legal saga but the start of one?*, in *Crim. Law Rev.*, 2016, p. 8, riportando i dati del *Crown Prosecution Service* (CPS).

<sup>452</sup> E. LAING, *Two Cheers to Judicial Activism*, cit.

<sup>453</sup> Il termine per ricorrere in appello avverso la sentenza di condanna o, meglio, per domandare l'autorizzazione alla Corte (*leave*) affinché il procedimento prosegua è di 28 giorni secondo quanto previsto dal *Criminal Appeal Act*, 1968, sezione n. 18, § 2.

affinché sia riesaminata la loro posizione qualora intervenga un mutamento nel diritto giurisprudenziale di segno positivo. Tuttavia, un tale rimedio è inteso quale strumento assolutamente eccezionale che la Corte ha la facoltà di concedere solo laddove sia possibile dimostrare che il perpetuarsi della esecuzione della precedente sentenza costituisca una «*substantive injustice*»<sup>454</sup>. In particolare, non costituisce *substantive injustice* la mera condanna in applicazione di un diritto non più in vigore (la ‘PAL’ doctrine), essendo necessario riscontrare elementi ulteriori che giustifichino la riapertura del caso (si pensi alle ipotesi in cui il giudice abbia dato indicazioni errate alla giuria o abbia suggerito ai giurati elementi ulteriori rispetto a quelli prospettati dalla accusa rispetto cui la difesa non avesse avuto, quindi, diritto di obiettare alcunché). Se, dunque, il *leave to appeal* entro il termine di legge può essere concesso in presenza di un verdetto *unsafe* o *unsatisfactory*, che costituisca il frutto di un errore giudiziario, al fine di infrangere la barriera del giudicato – la cui tenuta invero non è di tipo assoluto secondo l’indirizzo che segue la Corte Suprema in *Jogee* – serve un *quid pluris* che si risolva, appunto, nella prova di aver subito una ingiustizia di segno sostanziale<sup>455</sup>.

La formula che indica il requisito per adire la Corte, che pur rappresenta un precedente pacificamente consolidato nel *common law*<sup>456</sup>, appare tuttavia estremamente vaga e suscettibile di svariate manipolazioni da parte dei giudici destinatari della richiesta di *leave*. Secondo il diritto giurisprudenziale vigente, del resto, non rileva l’intervallo temporale tra la condanna e la modifica legislativa, di modo tale che un soggetto ritenuto colpevole immediatamente dopo *Chang Wing-Siu* deve essere considerato alla pari di chi sia stato giudicato per *murder* immediatamente prima di *Jogee*. In merito, peraltro, la Corte Suprema non pare attribuire particolare rilievo al rischio di discriminazioni che derivino da una lettura così ristretta del diritto di riesame delle precedenti decisioni, limitandosi i giudici a sostenere che l’approccio opposto avrebbe effetti dirompenti – e non altrimenti tollerabili – con riferimento alla stabilità del giudicato nonché al numero alluvionale di ricorsi che seguirebbero a ogni *overruling in bonam partem*. Del resto, le precedenti decisioni sono state pronunciate in ossequio al diritto al tempo vigente e, quindi, non rappresentano un risultato

---

<sup>454</sup> In argomento, si rinvia alla motivazione della decisione *R. v Johnson* [2017] 1 Cr. App. R. 12, su cui E. GRIGG, *Joint Enterprise Liability: Recent Developments and Judicial Responses*, in *J. Crim. Law*, 83, 2019, p. 128 ss.

<sup>455</sup> Si veda *R v Jogee and Ruddock v The Queen*, cit., § 100. Manca, ad esempio, una tale ingiustizia nel momento in cui la sentenza di condanna abbia condannato gli imputati raggiungendo un livello di approfondimento probatorio maggiore in punto di elemento soggettivo di quanto sarebbe stato necessario secondo la regola *Jogee*: l’approfondimento istruttorio che rivela la colpevolezza dei soggetti interessati provandone il dolo, infatti, avrebbe portato alle medesime conclusioni anche in seguito al mutamento giurisprudenziale del 2016 non potendosi riscontrare alcuna violazione effettiva da parte di una pronuncia definitiva che si riveli particolarmente dettagliata: *R. v Johnson*, cit., § 85.

<sup>456</sup> *R v Jogee and Ruddock v The Queen*, cit., § 100, ove la Corte fornisce un elenco piuttosto ricco dei precedenti concordi nel limitare il ricorso straordinario alla Corte d’appello a casi del tutto eccezionali.

*contra legem* se parametrare sia al tempo del fatto sia alla loro pubblicazione<sup>457</sup>. A sostegno di tale tesi, poi, i giudici di *common law* contemplano pure l'argomento, scarsamente convincente a parere di chi scrive, secondo cui annullare la condanna definitiva darebbe nuovamente adito a sofferenza per i familiari della vittima per cui la stabilità del giudicato acquista ulteriore valore<sup>458</sup>. Non si vede, nondimeno, come costoro possano trarre sollievo da una sentenza che si riveli – in seguito al mutamento giurisprudenziale – del tutto *contra legem*: non sembra, infatti, in uno Stato di diritto che voglia dirsi tale, che le istanze garantistiche possano cedere alla pressione sociale atteso il bisogno di rigettare, *coute que coute*, qualsivoglia forma di privazione della libertà personale che manchi di una puntuale giustificazione in ragione delle norme vigenti in quel dato ordinamento.

In ogni caso, i giudici di *common law* devono, *in primis*, considerare non tanto i fatti che hanno dato adito alla decisione quanto il verdetto della giuria e i fatti ivi ritenuti rilevanti così da valutare se si tratti di un caso eccezionale che meriti il vaglio di riesame. In aggiunta, è necessario verificare la effettiva possibilità che il diritto elaborato in *Jogee* porti a una modifica drastica della decisione, dovendosi altrimenti rigettare la domanda di ricorso. In tale evenienza, infine, l'autorità giudiziaria deve accertare che la sentenza definitiva possa dirsi *unsafe* in relazione a quanto previsto dal *Criminal Appeal Act*, ammettendo solo in tale residuale ipotesi la riapertura della *res iudicata*<sup>459</sup>. Un simile risultato, nel dettaglio, è stato raggiunto dalla Corte di Appello rispetto al ricorso, fuori termine, del caso *Crilly* in cui la sentenza di condanna a titolo di *murder* era interamente basata sul mero accertamento della prevedibilità del reato più grave, non sussistendo alcun elemento capace di sostenere un'accusa di dolo di omicidio o lesioni alla persona offesa<sup>460</sup>.

Con riferimento a tale orientamento giurisprudenziale, seppure sia possibile intuirne le ragioni connesse alla necessità di promuovere un utilizzo parco della risorsa processuale, sono da condividere le critiche sollevate dalla dottrina con riferimento all'eccessivo margine di discrezionalità riservato alla Corte d'Appello quanto alla individuazione dei casi di *substantive injustice*<sup>461</sup>. Sarebbe, piuttosto, opportuno meglio precisare quali casi rientrino in tale categoria al fine di agevolare l'accesso alla giustizia ed evitare discriminazioni tra soggetti condannati in forza di una regola di diritto ormai superata. Una simile opzione, peraltro, si pone in aperto contrasto con il principio di *fair trial*, negando l'accesso al riesame se non in un numero ridottissimo di casi, e con lo stesso *rule of law* atteso che tale orientamento si risolve, in ultima analisi, nel continuare a privare il singolo della libertà

---

<sup>457</sup> In tal senso, di nuovo, si rinvia a *R. v Johnson*, cit., § 18 ss.

<sup>458</sup> Ivi, § 20.

<sup>459</sup> Ivi, § 22 s., ove i giudici osservano che qualora l'organo giudicante rinvenga un caso di *substantive injustice* è davvero rara l'ipotesi in cui la sentenza sia considerata *safe*.

<sup>460</sup> *R. v Crilly* [2018] EWCA Crim 168 con commento di B. KREBS, *Joint Enterprise, Murder and Substantial Injustice: The First Successful Appeal Post-Jogee: R v Crilly* [2018] EWCA Crim 168, in *J. Crim. Law*, 2018, p. 209 ss.

<sup>461</sup> D. ORMEROD-K. LAIRD, *Jogee: not the end of a legal saga but the start of one?*, cit., p. 8.

personale per aver compiuto fatti ritenuti ormai legittimi, o di minore gravità, dal diritto vivente.

Di questo avviso, del resto, è autorevole dottrina che nel commentare una recente decisione della Corte di appello – che ha annullato la condanna intervenuta in primo grado giacché il giudice aveva fornito alla giuria indicazioni rispetto alla responsabilità del partecipe che ancora presentavano l'alternativa tra il dolo di concorso rispetto al reato più grave e la mera prevedibilità di quest'ultimo<sup>462</sup> – ha lamentato di rischio di discriminazione in relazione a tutti i casi simili per cui, al contrario di quello in commento, fossero decorsi i termini per il riesame della pronuncia di primo grado<sup>463</sup>.

Nel caso, infatti, i ventotto giorni non siano ancora trascorsi, il *common law* ammette che l'appello possa avere ad oggetto la nuova norma più favorevole, agevolando in tal modo la revisione della pronuncia che ancora abbia seguito la '*PAL*' doctrine<sup>464</sup>. Maggiormente contraddittoria, invece, pare la regola secondo cui la valutazione di *substantive injustice* dovrebbe sempre riscontrarsi nel caso in cui due correi siano giudicati in procedimenti diversi di modo tale che mentre per il primo il termine per impugnare non sia ancora decorso per il secondo sia già scaduto. Riconoscere in automatico il diritto all'appello di quest'ultimo pare in contrasto con l'atteggiamento rigoroso dimostrato nei confronti di chi non abbia la sorte di aver commesso il delitto insieme ad altri la cui facoltà di appello sia ancora in termini<sup>465</sup>.

### 3.3 L'incidenza del *prospective overruling*

In relazione alla possibilità di servirsi della tecnica del c.d. *prospective overruling* allo scopo di sanare il *vulnus* rispetto al divieto di retroattività in materia penale, ci si limita in questa sede a richiamare le considerazioni già svolte rispetto alla eventuale conformità di tale istituto al modello di *common law* anglosassone (cfr. *supra* I, Sez. III, § 1.3.2 ss. nonché II, 2, § 1.1.1). Quanto, poi, allo specifico problema del rapporto tra decisioni *pro-futuro* e legalità, preme qui esaminare il problema che si pone nel momento in cui ad avere carattere prospettico sia una sentenza della Corte di Strasburgo o, più probabilmente, del

---

<sup>462</sup> Il test presentato dal giudice di merito a giurati, infatti, prevedeva che il partecipe dovesse essere ritenuto colpevole di omicidio volontario qualora costoro ritenessero provato il dolo di costui rispetto all'atto tipico più grave compiuto dai correi oppure qualora ritenessero sicuro che l'imputato considerasse prevedibile in termini concreti che uno dei compagni commettesse la ulteriore e più grave fattispecie: «*are you sure that, in participating in the joint plan, the defendant either (a) intended that at least one of those then participating in it should assault the victim, intending to kill him or cause him serious injury or (b) realised there was a real possibility that at least one of those then participating in might assault the victim, intending to kill him or cause him really serious injury?*».

<sup>463</sup> K. LARID, *Case Comment. Joint enterprise: R v Dreszer (Kamil)*, in *Crim. Law Rev.*, 7, 2019, p. 624 ss, in relazione alla decisione della *Court of Appeal (Criminal Division)*, 14 marzo 2018 EWCA Crim. 454.

<sup>464</sup> *R. v Johnson*, cit., §§ 25-27.

<sup>465</sup> *Ivi*, § 28.

Lussemburgo<sup>466</sup>. *Quid iuris* del diritto inglese chiamato a conformarsi alle norme sovranazionali? È necessario che il giudice interno riproponga la modulazione di effetti suggerita a livello europeo o, piuttosto, è bene mantenere saldo il divieto in tal senso diffuso nel *common law*<sup>467</sup>?

Al riguardo, particolare interesse riveste la decisione *Goodwin c Regno Unito*<sup>468</sup> cui la Camera dei Lord pare riferirsi come possibile esempio di *prospective overruling* da parte della Grande Camera della Corte di Strasburgo<sup>469</sup>. Tale decisione, in realtà, tutto pare tranne che un caso di modulazione nel futuro degli effetti della sentenza. La Grande Camera, infatti, è stata chiamata per l'ennesima volta a valutare le carenze legislative e ordinamentali del Regno Unito circa l'adozione degli strumenti necessari per evitare discriminazioni ai soggetti transgender sul luogo di lavoro, nella vita affettiva, rispetto ai meccanismi pensionistici e previdenziali.

In argomento, la Corte ha ricordato le diverse passate decisioni in cui la condanna per violazione dell'art. 8 era stata scientemente esclusa in virtù del riconoscimento del margine di apprezzamento nazionale circa i tempi e i rimedi da adottare per sanare tale difetto di tutela. Nondimeno, a fronte della perdurante inerzia delle autorità interne, la Grande Camera modifica il suo precedente orientamento e dichiara la violazione nell'interesse della ricorrente. Il problema intertemporale che si pone riguarda il fatto che le vicende oggetto di ricorso si dispiegavano in gran parte durante gli anni in cui i giudici di Strasburgo avevano ripetutamente respinto gli argomenti in favore della violazione della Convenzione. A ben guardare, tuttavia, la Corte non compie un vero e proprio *revirement*. Piuttosto, dichiara esaurita la tolleranza rispetto alla reticenza delle autorità statali, decidendosi a entrare a gamba tesa in un ambito tanto delicato per evitare che la compressione delle garanzie fondamentali si perpetui ulteriormente nel tempo. Non sembra pertanto ficcante il riferimento a tale decisione quale sentenza prospettica capace di condizionare il *common law* il quale, invece, si mantiene ancora distante dall'utilizzo di un tale strumento interpretativo.

Sul punto, quindi, ci si limita in questa sede solo a ripercorrere brevemente le questioni problematiche di cui si è detto per concludere in punto di mutamento giurisprudenziale prospettico. Per quanto in astratto la soluzione in parola sembri in grado di coniugare l'esigenza insita in ogni ordinamento verso la evoluzione e continuo adeguamento del

---

<sup>466</sup> Si veda, sul punto, LORD ROGER, *A Time for Everything under the Law: Some Reflections on Retrospectivity*, in *Law Quarterly Rev.*, 2005, p. 57 e 76.

<sup>467</sup> Come si è visto, in realtà, la Camera dei Lords ha ammesso, in astratto, la possibilità di configurare decisioni applicabili solo *pro-futuro* anche per il *case law* anglosassone nel momento in cui ciò sia imposto dalla necessità di evitare soluzioni abnormi che comprimerebbero in termini di assoluta gravità i diritti della persona: *In re Spectrum Plus Ltd. v National Westminster Bank* [2005], cit.

<sup>468</sup> Corte Edu, Grande Camera, 11 luglio 2002, *Goodwin c Regno Unito*.

<sup>469</sup> Si veda il riferimento in tal senso in *Spectrum Plus Ltd. v National Westminster Bank* [2005], cit.

diritto *in action* con la tutela dell'affidamento del singolo sulle regole vigenti in un certo frangente spazio-temporale quale garanzia di certezza. Tuttavia, il prezzo da pagare pare troppo alto. Nel momento in cui sia la discrezionalità giudiziale a poter calibrare gli effetti delle proprie decisioni indirizzandoli, in tutto o – ancor peggio – solo in parte al futuro, rimane da chiedersi cosa impedirebbe al giudice di sostituirsi al legislatore nel senso di assumere scelte arbitrarie, inevitabilmente basate su valutazioni di politica criminale che spetterebbero in termini tanto formali quanto sostanziali al Parlamento. Non pare, infatti, che l'ordinamento anglosassone sia al momento dotato di strumenti capaci di arginare un simile potere che del resto sarebbe, secondo alcune tesi più radicali, tale da indurre perfino i giudici a pronunce con effetti generali svincolate dalla singola controversia processuale. Le valutazioni operate dal giudice con riguardo agli effetti retroattivi del *novum* giurisprudenziale costituiscono, peraltro, un argine naturale all'arbitrio del potere giudiziario nel senso che il mutamento sarà posto in essere esclusivamente in seguito ad una approfondita ponderazione e nei casi in cui, in ragione dell'importanza della modifica in questione, si renda adeguato il sacrificio retroattivo di diritti già acquisiti.

Qualora, invece, fosse possibile individuare limiti puntuali dettati da norme sovraordinate ai singoli poteri e capaci di regolarne le attitudini – come avviene in riferimento alla Costituzione americana – ben parrebbe possibile ripensare una simile posizione di chiusura e riconsiderare l'utilizzo di strumenti di un certo interesse.

Particolarmente ficcanti, infine, sono le riflessioni che propongono di distinguere gli effetti del *prospective overruling* a seconda che la fonte di riferimento sia un precedente giurisprudenziale o, piuttosto, uno statuto. In questo secondo caso, infatti, verrebbe meno l'argomento critico di ispirazione costituzionale: il mutamento giurisprudenziale, infatti, troverebbe il proprio fondamento nella legge positiva, rimasta immutata nel corso del tempo<sup>470</sup>. Ne deriva, quindi, il riferimento alla legge scritta, al contempo, quale strumento di legittimazione e limite del potere giudiziario, risultando le aspettative individuali compromesse in proporzioni inferiori laddove sia possibile agganciare la modifica interpretativa a uno specifico testo di legge, indipendentemente dal fatto che tale cambio di rotta sia dovuto a una diversa percezione socio-politica della questione di diritto, alla mutata sensibilità della Corte o, addirittura, dalla esigenza di conferire alla interpretazione peculiare attenzione alle fonti sovranazionali<sup>471</sup>.

---

<sup>470</sup> B. JURATOWITCH, *Retroactivity and the Common Law*, cit., p. 214 s.

<sup>471</sup> Solo si pensi all'obbligo di interpretazione convenzionalmente conforme della legislazione interna che deriva dalla sezione n. 3 dello *Human Rights Act*.

#### 4. *Statutory law* e la presunzione di irretroattività

È diritto consolidato, ormai, che nel Regno Unito le norme statutarie siano da presumere come non retroattive, ritrovandosi così anche nel sistema oltremontano il principio di ultrattività di cui all'art. 11 delle Preleggi. Sennonché, non c'è da stupirsi del fatto che un tale principio non si ritrovi nero su bianco ma, piuttosto, sia da ricavare dalle parole della dottrina e dagli argomenti a sostegno delle decisioni giurisprudenziali.

Ripercorrendo, quindi, le note cadenze dottrinali, la presunzione di non retroattività degli statuti impone al giudice una indicazione puntuale sui criteri interpretativi da utilizzare: la disposizione avrà effetto nel passato solo laddove la volontà del legislatore sia inequivocabile in tal senso. D'altro canto, gli effetti retrospettivi della previsione statutaria sono visti con tanto sfavore da domandare che sia il Parlamento a imporre, in termini espressi, una tale deroga.

Anzi. Si è sostenuto che, addirittura, la applicazione retroattiva di uno statuto sia da evitare a meno che ciò non si renda assolutamente necessario in base a quanto previsto dalla stessa legge<sup>472</sup>: nei casi dubbi, la norma è da applicare esclusivamente in termini prospettici quand'anche si tratti di una disposizione processuale come insegna la nota decisione *Re Athlumney* risalente al 1898<sup>473</sup>. Al riguardo, è interessante osservare che nello stesso anno, da un lato, la Camera dei Lords limitava la propria discrezionalità nel "creare" diritto affermando espressamente di essere vincolata dai propri precedenti<sup>474</sup> e, dall'altro, imponeva una lettura stretta del testo di legge in punto di effetti nel tempo, scongiurando il rischio che la intenzione legislativa – non espressa in termini inequivocabili – fosse forzata verso il passato.

La presunzione di non retroattività degli statuti rappresenta, quindi, una "regola generale" del modello di *common law*<sup>475</sup> capace di vincolare tanto l'interpretazione del giudice quanto la tecnica redazionale, essendo il Parlamento consapevole del fallimento delle conseguenze retroattive nel caso in cui non abbia scelto una formula inequivocabile.

In aggiunta, come si è visto in precedenza (cfr. *supra*, I, Sez. III, § 2 ss.), nello sforzo richiesto al giudice di "costruire" (*construction*) – piuttosto che interpretare – la norma

---

<sup>472</sup> B. JURATOWITCH, *Retroactivity and the Common Law*, cit., p. 69.

<sup>473</sup> *Re Athlumney* [1898] 2 QB ove il giudice Wright scrive «[p]erhaps no rule of construction is more firmly established than this – that a retrospective operation is not to be given to a statute so as to impair an existing right or obligation, otherwise than as regards matter of procedure, unless that effect cannot be avoided without doing violence to the language of the enactment. If the enactment is expressed in language which is fairly capable of either interpretation, it ought to be construed as prospective only».

<sup>474</sup> *London Street Tramways Co Ltd v London County Council* [1898] AC 375, cit.

<sup>475</sup> In questi termini, infatti, si esprime il giudice Dixon: «[t]he general rule of the common law is that a statute changing the law ought not, unless the intention appears with reasonable certainty, to be understood as applying to facts or events that have already occurred in such a way as to confer or impose or otherwise affect rights or liabilities which the law had defined by reference to the past events», *Maxwell v Murphy* [1957] 96 CLR 261.

all'atto applicativo, tra i principi che devono guidare l'interprete compare *in primis* la presunzione di non retroattività, punto di partenza da cui risalire alla *intentio legis*<sup>476</sup>.

Ebbene, per meglio comprendere le statuizioni in questione può essere utile fare riferimento a una vicenda processuale che, per quanto risalente nel tempo, ben rappresenta i termini del problema e la relativa soluzione<sup>477</sup>.

Il caso riguarda la vendita di un prodotto alimentare, in particolare di un preparato per torte, accompagnato dalla etichetta contenente le informazioni nutrizionali richieste, al tempo del primo negozio, dal *Food and Drugs Act* del 1938. Nondimeno, il primo acquirente – a un anno di distanza – cedette nuovamente il preparato questa volta, però, attirando l'attenzione del pubblico ministero dal momento che nel frattempo una modifica legislativa (*Defence [Sale and Food] Act Regulations*, 1943) aveva modificato le regole circa la etichettatura degli alimenti, rendendo la vendita illegittima. Ebbene, l'imprenditore sottoposto a indagini chiedeva che fosse riconosciuta la responsabilità penale del primo rivenditore dal momento che era stato quest'ultimo ad apporre le indicazioni rivelatesi *contra legem*.

All'opposto, i giudici della *King's Bench* furono concordi nell'affermare che la modifica legislativa non comportava alcun effetto retroattivo capace di determinare la incriminazione *ex post factum* del primo rivenditore. Due gli argomenti a sostegno di tale decisione. Innanzitutto, lo statuto nulla diceva circa la necessità di applicare le sue previsioni in chiave retrospettiva, dovendo i giudici attenersi alla presunzione di non retroattività propria delle disposizioni di *common law*. Inoltre, l'effetto retroattivo con esito *in malam partem* per il soggetto coinvolto avrebbe rappresentato un esito "mostruoso"<sup>478</sup>. Dal momento che, al tempo della prima compravendita, il *dante causa* aveva rispettato tutti i requisiti imposti dalla legge allora in vigore e in alcun modo poteva essere chiamato a rispondere – a un anno di distanza – in ragione di una modifica legislativa successiva alla cessione.

In aggiunta, la pronuncia è utile ai nostri fini in quanto indica esplicitamente il significato da dare allo statuto al momento applicativo riferendosi, da un lato, al testo in esame (*due to his act or default*) e, dall'altro, al senso da attribuire a tali parole in relazione al caso di specie (*due to his wrongful act or default*), facendo richiamo in motivazione non già alla *interpretazione* ma alla *costruzione* della norma rilevante per la risoluzione della disputa<sup>479</sup>.

---

<sup>476</sup> Così, infatti, *Black-Clawson International v Papierwerke* [1975] AC 591, cit.

<sup>477</sup> *Noss Farm Products, Limited v Lilico* [1945] vol. 2 All ER 609. Sul punto, si vedano le riflessioni di B. JURATOWITCH, *Retroactivity and the Common Law*, cit., p. 74 ss., analizzando i rapporti tra la presunzione di non retroattività degli statuti e il principio di ragionevolezza.

<sup>478</sup> Ivi, p. 610. Secondo il giudice *Humphreys*, infatti, «*we are asked to say here that the meaning of that provision is, that is a man sells what is perfectly legal and proper according to law, nevertheless a year afterwards – and, it may be said, the law having in the meantime been altered – he is to be brought before a police court and, being a reputable person, is to be charged with a criminal offence. To my mind that is a monstrous proposition*».

<sup>479</sup> Ivi., p. 609, «*the words "due to his act or default" in sect. 83 must be construed as meaning "due to his wrongful act or default" and therefore a manufacturer cannot be made responsible under the section for a sale, which takes place after*

In ogni caso, la presunzione di irretroattività è stata in diverse occasioni superata dalla giurisprudenza: affermato il principio come presupposto della analisi, il giudice non solo può ma deve applicare la norma retroattivamente nel momento in cui sia chiara a riguardo la intenzione legislativa. Quanto invece al tema delle norme di favore, è utile premettere che anche in questo caso si tende a scongiurare conclusioni superficiali: il giudice di *common law* può argomentare in favore della applicazione retroattiva di una certa previsione sia che abbia effetti negativi sia positivi. La differenza sta nella complessità della argomentazione necessaria a sostenere una tale decisione giacché nel primo caso dovrà ricondurre al canone generale del *rule of law* la compressione *ex post* della libertà del singolo; nel secondo caso, invece, trattandosi di un effetto favorevole, la motivazione potrà essere ben più leggera<sup>480</sup>.

In riferimento alla materia penalistica, nondimeno, non si deve tralasciare che il divieto di retroattività è ricondotto dalla Corte di Strasburgo all'art. 7 CEDU, garanzia inderogabile ai sensi dell'art. 15 CEDU. Ne deriva la vincolatività di una tale previsione secondo quanto stabilito dallo *Human Rights Act* del 1988 (cfr. *supra*, I, Sez. III, § 3 ss.).

#### 4.1 Le conseguenze intertemporali dello *Human Rights Act*

In seguito alla entrata in vigore dello *Human Rights Act*, nel 1988, una prima questione che si pose all'attenzione dei *Lords* fu la eventuale applicabilità di tali previsioni e, quindi, in ultima analisi, delle garanzie CEDU, ai giudizi pendenti al tempo dell'entrata in vigore del nuovo statuto. Il dibattito sorto entro le aule giudiziarie ha riguardato, era inevitabile, anche il tema della retroattività delle norme di favore atteso l'esito *in bonam partem* conseguente all'innalzamento della tutela imposto dal diritto sovranazionale.

Ebbene, procedendo con ordine, il primo arresto che merita considerazione con riguardo alla materia penale è il caso *Lambert*<sup>481</sup>. Il caso riguarda un soggetto condannato a sette anni di carcere ai sensi del *Misuse of Drugs Act* del 1971 per essere stato trovato in possesso di un quantitativo illegale di cocaina, all'interno di una busta chiusa, dovendosi da ciò presumere lo scopo di vendita o diffusione (*intent to supply*). Secondo la normativa interna, infatti, il pubblico ministero doveva limitarsi a provare le circostanze in cui era stata rinvenuta la sostanza e l'effettiva capacità drogante, essendo posto sull'indagato l'onere di dimostrare di non conoscere e non aver potuto conoscere né sospettare il carattere illecito del materiale, superando la presunzione di legge cui era connessa la responsabilità penale. Ad avviso del ricorrente, una tale statuizione in punto di *onus probandi* contrastava con il principio del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU, divenuto vincolante in seguito alla

---

*he has parted with the article of food, on the basis that it would be wrong for him, after the alteration of the law, to sell an article which he then is not proposing to sell and does not sell».*

<sup>480</sup> B. JURATOWITCH, *Retroactivity and the Common Law*, cit., p. 116.

<sup>481</sup> *R v Lambert* [2001] UKHL 37, cit.

decisione di condanna grazie all'entrata in vigore dello *Human Rights Act*. Del resto, lo statuto vieta a tutte le autorità nazionali di assumere decisioni che contrastino con la Convenzione<sup>482</sup> e al contempo attribuisce una specifica azione per far valere eventuali violazioni del diritto convenzionale da parte degli organi interni<sup>483</sup>.

Con riguardo alla specifica questione dell'applicazione retroattiva, il giudice *Slynn of Hadley*<sup>484</sup> considera che nonostante sia indubbio il carattere favorevole della previsione in parola, sia sempre necessario partire dalla presunzione di non retroattività delle norme statutarie cercando di cogliere un'eventuale intenzione di segno contrario del legislatore. Sul punto, la sezione 22 permette allo *Human Rights Act* di trovare applicazione ai processi in corso ma esclusivamente nel caso in cui l'iniziativa processuale sia addebitabile alla pubblica autorità, non al privato come nell'ipotesi dell'appello proposto dal ricorrente parte privata. La tesi della difesa, quindi, era da rigettare. Altrimenti, il giudice avrebbe tradito l'intenzione legislativa forzando i limiti della propria funzione e alterando irrimediabilmente l'equilibrio costituzionale dell'ordinamento interno<sup>485</sup>.

Al contrario, sempre a partire dall'esame testuale della sezione n. 6 dello *Human Rights Act*, Lord *Steyn* giungeva a conclusioni opposte: dal momento che la norma in questione era stata predisposta per evitare violazioni della Convenzione da parte dei giudici nazionali, la Corte d'appello, prima, e la Camera dei *Lords*, poi, non potevano che tenere a mente le garanzie sovranazionali non volendo incorrere in una pronuncia che fosse *contra legem*. In altri termini, la previsione statutaria permetteva di superare la presunzione di non retroattività, rendendo applicabili le garanzie fondamentali anche ai giudizi in corso. Ogni altra interpretazione della sezione n. 6, ad avviso del giudice, si sarebbe ridotta in una forzatura inammissibile del testo di legge<sup>486</sup>.

Senonché, tale posizione rimase isolata entro il Collegio concorde nel ritenere che lo *Human Rights Act* non dovesse trovare applicazione retroattiva se non nei limiti di quanto espressamente previsto dalla sezione n. 22, ossia quando la iniziativa processuale fosse stata della autorità pubblica. D'altra parte, argomentando altrimenti, si sarebbe giunti alla soluzione contraddittoria per cui la condanna definitiva, legittima al tempo in cui era stata

---

<sup>482</sup> *Human Rights Act*, 1988, cit., sez. 6, secondo cui (1) *it is unlawful for a public authority to act in a way which is incompatible with a Convention right* [...] (3) *in this section "public authority" includes (a) a court or tribunal, and (b) any person certain of whose functions are functions of a public nature, but does not include either House of Parliament or a person exercising functions in connection with proceedings in Parliament.*

<sup>483</sup> *Ivi*, sez. 7.

<sup>484</sup> Il Giudice era particolarmente esperto nel diritto internazionale ed europeo avendo anche servito quale *Advocate General* innanzi alla Corte del Lussemburgo nel 1981, prima di essere nominato giudice per il Regno Unito meno di dieci anni più tardi.

<sup>485</sup> La sentenza *Lambert*, invero, supera in merito un precedente piuttosto recente della Camera dei Lords (*R v Director of Public Prosecutions, Ex p Kebilene* [2000] 2 AC 326) pronunciato due anni prima da un collegio simile a quello della seconda decisione.

<sup>486</sup> *R v Lambert*, cit., § 28.

pronunciata, sarebbe stata travolta dalla applicazione *ex post* di un atto il cui intento era disporre solo per l'avvenire<sup>487</sup>.

La decisione *Lambert* ha trovato conferma l'anno successivo nella sentenza *Kansal*<sup>488</sup>, ove l'asserita contrarietà alla Convenzione era imputata ad alcune forme di testimonianza "estorta" allo stesso imputato nel corso di procedimenti connessi con quello in cui era stato condannato: in particolare, il collegio rimaneva invariato fatta eccezione per Lord *Clyde* sostituito dal giudice *Llyod* il quale, invero, sostenne l'applicabilità retroattiva dello statuto quale massima tutela delle garanzie individuali.

Tale seconda sentenza è molto interessante dal momento che nonostante tre giudici su cinque sostenevano che *Lambert* fosse sbagliata (*erroneous*), la maggioranza dei giudici rimaneva concorde nel ritenere che l'*overruling* non fosse opportuno tenendo a mente due ordini di ragioni. *In primis*, il ristretto intervallo temporale che divideva le due decisioni avrebbe comportato, in caso di *overruling*, forte incertezza quanto all'applicazione dello *Human Rights Act*. In secondo luogo, gli argomenti sostenuti in *Kansal*, quand'anche avesse dimostrato il fatto che altre diverse soluzioni potevano essere parimenti ragionevoli rispetto alla questione in esame, non erano tali da imporre il superamento della regola *Lambert*, che rimaneva una delle alternative possibili quand'anche non la migliore in termini assoluti (sui limiti del potere di *overruling* si veda *supra* I, Sez. III, § 1.3.2 ss.). Quanto alla violazione dell'articolo 6 CEDU occorre, infine, dar conto del fatto che il caso è giunto innanzi alla Corte di Strasburgo che ha condannato il Regno Unito per la violazione della regola del giusto processo, con particolare riguardo al *nemo tenetur se detegere*, senza però prendere posizione alcuna sulla vicenda interpretativa interna che ha originato la controversia<sup>489</sup>.

Al riguardo, preme da ultimo osservare che le opinioni dei singoli Lords si confrontano tutte con il precedente, raggiungendo un elevatissimo grado di approfondimento e traendo conclusioni che per quanto diverse – e solo parzialmente condivisibili secondo il personalissimo avviso di chi scrive – costituiscono esempio magistrale del *legal reasoning* delle Alte Corti d'oltremarina: non si trovano esempi di contrasti "inconsapevoli" bensì, al contrario, ciascun giudice prende personalmente posizione sulla questione interpretativa rendendo manifeste le tensioni che animano la Corte. L'*overruling*, del resto, è percepito come rimedio di ultima istanza il cui utilizzo è da bilanciare con attenzione rispetto alla tutela della certezza del diritto, della credibilità dell'organo giurisdizionale di vertice e, inevitabilmente, della prevedibilità del divieto in materia penale (cfr. I, Sez. III, § 1.3.2).

---

<sup>487</sup> Si vedano in questi termini le opinioni dei giudici *Clyde*, *Hope* e *Hutton* (in ptc. §§ 169-175).

<sup>488</sup> *Regina v Kansal* [2001] UKHL 62, cit., riguardo una sentenza di condanna per i reati di bancarotta nonché per furto con mezzo fraudolento in violazione della sezione n. 15, *Theft Act* del 1968. La difesa domandava alla Camera dei Lords se non fosse il caso di rivedere la *ratio decidendi* del precedente giudizio *Lambert* oppure se non fosse possibile sostenere un *distinguishing* con riguardo al caso in esame. Entrambe le richieste, però, sono state disattese dal Collegio ancorché in composizione parzialmente diversa.

<sup>489</sup> Corte Edu, sez. IV, 27 aprile 2004, *Kansal c. Regno Unito*.

Stupisce, tuttavia, il fatto che – dopo un intervallo brevissimo di tempo trascorso da *Lambert* – innanzi a un collegio pressoché immutato le dinamiche tra maggioranza e minoranza si siano ribaltate per quanto in termini insufficienti per superare, a sua volta, il precedente. Detto altrimenti, la vicenda processuale mette in ombra l'argomento secondo cui la continuità delle persone fisiche che animano una certa autorità giudicante sarebbe di per sé in grado di assicurare l'omogeneità del diritto *in action*, ritrovandosi a monte – nella scelta di mantenere saldo il collegio – lo strumento meglio capace di preservare l'affidamento dei consociati sulla continuità di un certo orientamento interpretativo. Piuttosto, sembra meglio rinvenire nella scelta di responsabilità dei giudici il mantenimento di una certa continuità nell'applicazione degli *statutes*, nella prospettiva di insistere sulla medesima linea quanto ai procedimenti analoghi pendenti al tempo della decisione di cui il collegio dimostra piena contezza<sup>490</sup>.

#### 4.2 La presunzione di non retroattività e i diritti fondamentali

Quanto alla questione in esame, è interessante, infine, dar conto di una posizione dottrinale avversa alla soluzione prospettata dalla Camera dei Lords e, invece, basata sul convincimento secondo cui la presunzione di non retroattività dovrebbe contemplare una generalissima eccezione per tutti i casi in cui le previsioni statutarie riguardino diritti fondamentali.

*Breviter*. L'argomentazione posta a fondamento del caso *Kansal*<sup>491</sup> secondo cui, per quanto erronee possono essere le conclusioni di *Lambert* non si debba procedere a *overruling* (tre giudici contro due), sarebbe in radice contraria alla protezione dei diritti umani cui il Regno Unito ha aderito, entrando a far parte della Convenzione.

Sussistono, infatti, ragioni politiche, filosofiche e strettamente giuridiche<sup>492</sup> che impongono l'applicazione anche retroattiva delle garanzie convenzionali, risolvendosi in norme di favore per i soggetti interessati. Ferma, infatti, la necessità di riconoscere la presunzione di non retroattività delle norme di legge quale componente inscindibile del *rule of law*, e fermo a maggior ragione il divieto di retroattività con effetti *in malam partem* secondo quanto previsto espressamente dall'art. 7 CEDU, sembra utile chiarire alcuni punti. Innanzitutto, si può sostenere che la "costruzione" realizzata in *Lambert* abbia forzato il testo dello *Human Rights Act* tanto da costringere numerosi giudici di merito a optare per il

---

<sup>490</sup> *Regina v Kansal*, cit., § 19.

<sup>491</sup> Di analogo tenore, del resto, la decisione *R. v Benjafield* [2002] UKHL 2, § 6, che conferma l'orientamento seguito dai Lord in *Kansal*, escludendo il superamento della regola *Lambert* nonostante la conferma delle criticità riscontrate su più fronti.

<sup>492</sup> In particolare, il riferimento è alla sezione n. 3 dello *Human Rights Act* secondo cui il diritto nazionale deve necessariamente trovare una interpretazione convenzionalmente orientata e alla sezione n. 6 che, invece, impone alle autorità pubbliche interne di non assumere alcuna decisione che contrasti con le CEDU.

*distinguishing*: invertire questa tendenza attraverso *l'overruling* – per quanto vicino nel tempo – avrebbe potuto assicurare un miglior rispetto del *rule of law* nel senso di garantire una lettura dello statuto più vicina alla intenzione del legislatore, evitando strappi rispetto alle giurisdizioni inferiori che certamente contraddicono le esigenze di certezza<sup>493</sup>.

Il bisogno di decisioni retroattive, quale strumento per riparare gli errori del passato<sup>494</sup>, del resto, non contraddistingue solo alcune risoluzioni legislative che espressamente derogano la presunzione, bensì, pure, le Corti nel momento in cui applichino al caso di specie il diritto “nuovo” giacché o risolve una disputa interpretativa o supera il precedente tramite *overruling*<sup>495</sup>. Qualora tali casi riguardino la materia penale, sussiste il cospicuo rischio che l'imputato si veda condannare in ragione del mutamento giurisprudenziale, pur avendo egli agito *secundum legem*, o meglio secondo quanto previsto dalla regola giurisprudenziale precedente, al tempo del fatto<sup>496</sup>.

Ebbene, nel caso in cui gli effetti retroattivi di una determinata legge siano funzionali ad accrescere il riconoscimento dei diritti fondamentali, avvantaggiando il reo, si è sostenuto che non interverrebbe alcuna violazione del *nullum crimen* né sarebbe possibile riscontrare alcun contrasto rispetto alla funzione propriamente legislativa da intendere quale strumento di indirizzo dell'azione individuale. A differenza delle ipotesi prima menzionate che, pur apparendo necessarie, comportano inevitabili torsioni in punto di *rule of law*, l'applicazione retroattiva delle norme concernenti i diritti fondamentali sarebbe quindi sempre da ammettere<sup>497</sup>. Una tale posizione, invero, sembra giungere a conclusioni piuttosto affrettate dal momento che manca di considerare il bilanciamento in cui si risolve – nella maggior parte dei casi – l'applicazione dei diritti fondamentali: lo stesso principio di retroattività della *lex mitior*, infatti, lascia spazio a diverse eccezioni la cui configurabilità poggia su interessi di pari rango assiologicamente contrapposti, primo tra tutti la stabilità del giudicato che non a caso deroga il principio *de quo* sia a livello nazionale che sovranazionale.

---

<sup>493</sup> D. BEYLEVED-R. KIRKHAM-D. TOWNEND, *Which Presumption? A Critique of the House of Lords' reasoning on retrospectivity and the Human Rights Act*, in *Legal Studies*, 2, 2002, p. 205.

<sup>494</sup> L. L. FULLER, *The Morality of Law*, cit., p. 53, secondo cui «[i]t is when things go wrong that the retroactive statute often becomes indispensable as a curative measure», richiamando l'esempio di scuola della apposizione *ex post* del sigillo dimenticato, evitando la caducazione del contratto di matrimonio.

<sup>495</sup> L. L. FULLER, *The Morality of Law*, cit., p. 57.

<sup>496</sup> Ivi, p. 58, ove l'A. propone di assolvere il reo qualora la norma al tempo del fatto – tenendo conto della interpretazione giurisprudenziale – fosse così ambigua da poter essere dichiarata invalida a causa di detta eccessiva incertezza: «so unclear that [...] it would have been held void for uncertainty».

<sup>497</sup> D. BEYLEVED-R. KIRKHAM-D. TOWNEND, *Which Presumption? A Critique of the House of Lords' reasoning on retrospectivity and the Human Rights Act*, cit., p. 190 s.

## 5. Retroattività e *sentencing*

In riferimento al percorso di evoluzione del modello di *common law*, il processo di *sentencing* ha da sempre rivestito un peculiare rilievo per quanto riguarda tanto le regole seguite dai giudici nel calibrare la sanzione adatta al caso in esame quanto la necessità di bandire discriminazioni e, al contrario, favorire la prevedibilità *ex ante* dell'ultimo passaggio del processo volto a individuare il trattamento sanzionatorio più adeguato. Per quanto maggiormente interessa in questa sede, però, il dibattito sul *sentencing* è da vagliare, pure, in relazione al divieto di retroattività da intendere quale applicazione di una norma più severa rispetto a quella vigente al tempo del fatto che sia divenuta vincolante – sia rispetto al formante legislativo che giurisprudenziale – nelle more del processo.

Orbene, sul punto, non vi è dubbio che operi la presunzione di non retroattività della norma di sfavore, in ossequio a quanto finora esposto sul punto. Nondimeno, si pongono complessi problemi interpretativi nel momento in cui il principio *de quo* si relazioni con il *nullum crimen* di cui all'art. 7 CEDU: per l'ennesima volta, la giurisprudenza inglese mostra una certa ritrosia nel conformarsi alle garanzie sovranazionali, sforzandosi di reinterpretarle "in salsa nazionale".

### 5.1 Condanne *sine die*: la giurisprudenza in tema di *parole*

Emblematico in tal senso è il caso che ha coinvolto *Mr. Uttley*, occasione di intenso dibattito prima a livello nazionale e, in un secondo momento, convenzionale.

In breve. *Uttley* fu condannato nel 1995 a 12 anni di carcere per aver commesso diversi reati a sfondo sessuale, inclusi tre episodi di violenza compiuti fino al 1983. In base al diritto vigente tanto al tempo del fatto quanto della sentenza, il massimo di pena applicabile per i reati in parola era l'ergastolo; nondimeno, la disciplina del trattamento penitenziario prevedeva, nel 1983, che il soggetto condannato potesse beneficiare – dopo aver espiato almeno i 2/3 della sanzione – di una forma di liberazione anticipata qualora avesse dimostrato il proprio ravvedimento attraverso la condotta carceraria. Sennonché nel 1991<sup>498</sup>, quattro anni prima dell'intervento della condanna definitiva, tale disciplina fu modificata così che, scontati i due terzi della pena, la libertà potesse essere sì concessa per buona condotta ma solo a condizione di sottostare a ulteriori stringenti prescrizioni, inclusa la supervisione delle forze dell'ordine, la cui violazione avrebbe comportato la ricostituzione dello *status* detentivo.

Dunque, l'interrogativo posto ai giudici nazionali fu se l'applicazione a *Uttley* della nuova disciplina esecutiva, diversa e deteriore rispetto a quella vigente al tempo del fatto, avrebbe comportato o meno la violazione del divieto di retroattività con particolare riferimento, espressamente menzionato da parte della difesa del ricorrente, all'art. 7 CEDU<sup>499</sup>. Al riguardo, secondo la opinione maggioritaria della Corte, il primo punto decisivo era stabilire se le disposizioni concernenti l'esecuzione della sanzione potessero costituire parte della materia penale: non vi era alcun dubbio, infatti, circa gli effetti

---

<sup>498</sup> *Criminal Justice Act*, 1991.

<sup>499</sup> *Uttley v Secretary of State for the Home Department* [2004] 1WLR 2278.

peggiorativi per il detenuto introdotti nel 1991, più difficile invece era stabilire se una tale modifica legislativa dovesse essere assoggettata o meno alle garanzie convenzionali<sup>500</sup>. In merito, infatti, è innanzitutto interessante osservare come la posizione assunta dai giudici di primo grado, contrari all'applicabilità dell'art. 7 CEDU dal momento che la pena commisurata dal giudice sarebbe rimasta invariata tanto prima quanto dopo la riforma<sup>501</sup>, era stata, invece, ribaltata in appello in ossequio alla nozione sostanziale di norma penale<sup>502</sup>.

Ebbene, *Lord Worth Matraver* osservava che in relazione all'art. 7 CEDU la questione centrale riguardava il riferimento letterale compiuto dalla Convenzione al diritto "applicabile" (*applicable*) al tempo del fatto, non già al diritto "applicato" in concreto. Pertanto, il giudice nazionale doveva preoccuparsi di verificare due ordini di questioni. In primo luogo, che al tempo del fatto fosse in vigore una norma che lo rendesse penalmente rilevante. In secondo luogo, che la sanzione imposta in concreto non abbia ecceduto i limiti imposti dalle previsioni vigenti al tempo del fatto<sup>503</sup>.

A fronte di una regola simile, quindi, la Camera dei Lord intendeva verificare che la pena applicata in seguito alla riforma penitenziaria, in astratto indubbiamente più gravosa nei confronti dei soggetti condannati, fosse in concreto pertinente con i limiti del trattamento sanzionatorio applicabili al tempo del fatto. Seguendo tale ragionamento, i giudici osservavano che il massimo di pena per i reati in questione era, già nel 1983, l'ergastolo, dovendosi escludere che il regime deteriore introdotto con la riforma risultasse esorbitante rispetto alla sanzione allora *applicable*<sup>504</sup>.

D'altra parte, vero è che nella celebre decisione *Welch c. Regno Unito*, la Corte di Strasburgo ha qualificato come pena ai sensi dell'art. 7 CEDU la confisca per equivalente. Tuttavia, gli argomenti della Corte avevano ad oggetto la natura intrinsecamente sanzionatoria di quella specifica misura, di per sé considerata, senza da ciò doversi necessariamente dedurre il rilievo sostanziale di tutte le previsioni accessorie alla sentenza di condanna<sup>505</sup>.

## 5.2 *Uttley c Regno Unito*

Avverso la decisione della Camera dei Lord, il ricorrente domandava alla Corte di Strasburgo di accertare la violazione del divieto di retroattività *in malam partem* di cui all'art. 7 CEDU, compiuta attraverso la applicazione retroattiva del regime penitenziario più severo

---

<sup>500</sup> Ivi. Si veda sul punto la *opinion* di *Worth Matraver*, § 7 ss.

<sup>501</sup> [2003] EWHC 950 Admin, giudice *Moses*.

<sup>502</sup> [2003] 1 WLR 2590, ove il giudice *Longmore* scrive che «[a]ny prisoner would regard the penalty of 12 years as harsher after 1992 than before. So, in my view, would the ordinary informed observer».

<sup>503</sup> Secondo quanto espressamente indicato dalla Corte di Strasburgo, infatti, «[t]he Court must therefore verify that at the time when an accused person performed the act which led to his being prosecuted and convicted there was in force a legal provision which made that punishable, and that the punishment imposed did not exceed the limits fixed by that provision»: Corte Edu, sez. II, 22 giugno 2000, *Coeme et al. c. Belgio*, § 145.

<sup>504</sup> *Uttley v Secretary of State for the Home Department*, cit., § 22.

<sup>505</sup> Ivi, §§ 23-29. Interessante, sul punto, la *concurring opinio* della baronessa *Hale* la quale esclude la violazione dell'art. 7 CEDU mettendo però a raffronto le sanzioni previste in astratto dalle due norme e riscontrando la sostanziale indifferenza della riforma quanto al potenziale offensivo della condanna ossia la inadeguatezza a incidere in senso peggiorativo sulla durata della pena inflitta al condannato (§§ 44-49).

introdotto in seguito ai fatti contestati. Sennonché i giudici sovranazionali dichiaravano all'unanimità il ricorso inammissibile dal momento che era da escludere la applicabilità delle garanzie convenzionali alla vicenda in questione<sup>506</sup>. A differenza del caso *Welch*, infatti, in cui la confisca per equivalente era stata concepita come una ulteriore sanzione aggiunta alla pena vera e propria, la riforma intervenuta nel 1991 non aveva riguardato una misura a carattere afflittivo bensì l'insieme di previsioni atte a regolare il momento esecutivo, il cui scopo non era certo quello di sanzionare ulteriormente il condannato ma, al contrario, permettergli di uscire dal carcere secondo un processo agevolato rispetto al *quantum* di pena comminato dal giudice in via definitiva<sup>507</sup>.

Ne derivava la impossibilità di ammettere il ricorso non tanto perché la nuova norma dovesse intendersi di eguale o minore disvalore rispetto alla precedente, affermazione che avrebbe avallato la lettura prospettata dai giudici nazionali quanto al raffronto tra la sanzione inflitta e quella che avrebbe potuto essere inflitta al tempo del fatto (*applicable*)<sup>508</sup>. Piuttosto, il rilievo delle garanzie convenzionali è stato escluso a monte a partire dallo scopo della normativa in questione relativa non alla afflizione del soggetto interessato ma a favorirne la rieducazione.

Una simile soluzione, del resto, è in linea – ad avviso della Corte – con i propri precedenti. In particolare, i giudici menzionano un secondo caso alquanto risalente deciso a favore del Regno Unito in cui un soggetto condannato all'ergastolo per l'omicidio di un gioielliere durante una rapina lamentava altresì la violazione del principio di legalità<sup>509</sup>. Il ricorrente, infatti, dopo aver scontato ampia parte della sanzione, era stato trasferito da un istituto detentivo “*closed*” a un istituto “*open*”, passaggio di regola inteso come preparatorio rispetto a una valutazione di cessata pericolosità del reo e, quindi, di una sua possibile liberazione in via anticipata. Sebbene la sua condotta fosse rimasta encomiabile, improvvisamente fu di nuovo trasferito in una struttura carceraria del primo tipo seguendo le dichiarazioni del Segretario del Ministro degli Interni riguardo la volontà politica di assicurare la completa espiazione delle pene detentive e di irrigidire il trattamento penitenziario<sup>510</sup>. Quanto all'irrigidimento della disciplina applicabile nella fase esecutiva,

---

<sup>506</sup> Corte Edu, dec. 29 novembre 2005, *Uttley c. Regno Unito*.

<sup>507</sup> *Ibid.*

<sup>508</sup> In senso critico, si veda, *inter multis*, B. JURATOWITCH, *Retroactivity and the Common Law*, cit., p. 104 ss., secondo cui varie sono le carenze dell'orientamento in parola a partire dal fatto che non sarebbe in grado di mettere in luce le differenze tra i casi “estremi”. In prospettiva astratta, infatti, qualora la modifica legislativa comporti che per un certo fatto sia applicata una sanzione deteriore (10 anni) a quella comminata in base alla disciplina vigente al tempo del fatto (5 anni), nessuna violazione sarebbe da riscontrare rispetto all'art. 7 CEDU laddove la seconda sanzione corrispondesse al massimo edittale previsto in passato (da 3 a 10 anni nel nostro esempio), rimanendo i giudici del tutto non curanti della prassi che evita di comminare il massimo di pena se non in casi del tutto eccezionali.

<sup>509</sup> Comm. Edu, 3 marzo 1986, *Hogben c. Regno Unito*.

<sup>510</sup> La Corte di Strasburgo, in tal modo, si pone in linea con quanto affermato dai giudici di merito secondo cui «[t]he question, therefore, is simply did the new policy constitute a refusal to consider the cases of prisoners within the specified classes? The answer is clearly “no”. Consideration of a case is not excluded by a policy which provides that exceptional circumstances or compelling reasons must be shown because of the weight to be attached to the nature of the offence, the length of the sentence and the factors of deterrence, retribution, public confidence, all of which it was the duty of the Secretary of State to consider. And the Secretary of State accepted the invitation of the board to continue to refer to the board all cases of eligible prisoners notwithstanding the adoption of the new policy».

dunque, la Corte sottolineava la differenza ontologica di tali istituti rispetto alla pena in ragione della funzione cui ambivano, estranea alla punizione. Ancorché in termini generali la modifica delle politiche penitenziarie potesse andare a svantaggio del reo, dette previsioni erano da considerare estranee alla *matière pénale* e, quindi, al di fuori dell'ambito di applicazione proprio della Convenzione<sup>511</sup>.

## 6. Il problema delle misure *lato sensu* punitive: il caso della confisca prevista dalla sezione 75 PoCA.

Avendo menzionato nel paragrafo che precede il caso della confisca per equivalente sembra utile passare in rassegna, piuttosto velocemente e solo in riferimento alla questione che qui ci occupa, il processo interpretativo che si è sviluppato intorno alla sezione n. 75 del *Proceeds of Crime Act*<sup>512</sup>.

Procedendo con ordine, fino all'inizio degli anni '70, il potere dei giudici di confiscare i proventi del reato era piuttosto contenuto: nella decisione *Cuthbertson*<sup>513</sup>, infatti, la *House of Lords* rovesciava la pronuncia della Corte di seconda istanza riguardo alla possibilità di confiscare qualsiasi vantaggio ricollegabile ai reati connessi al traffico di stupefacenti<sup>514</sup>, ancorché si trattasse di profitti reinvestiti all'estero. Al riguardo, la Camera dei Lords riteneva che fosse piuttosto possibile confiscare solo i beni di diretta derivazione dal reato quali la stessa sostanza stupefacente o il denaro materialmente impiegato nel corso delle transazioni illecite. Un simile orientamento, tuttavia, ha avuto vita breve dal momento che il diritto giurisprudenziale ha gradualmente virato verso una accezione punitiva della confisca<sup>515</sup> condizionando non poco le scelte di politica criminale successive, sfociate del resto nel *Proceeds of Crime Act* del 2002. Tale riforma, infatti, valorizzava lo scopo deterrente della confisca e si poneva come obiettivo quello di annientare i patrimoni illeciti affinché "*crime will not pay*" e il mercato potesse dirsi immune da indebite alterazioni della concorrenza<sup>516</sup>.

---

<sup>511</sup> Un simile risultato, del resto, era stato ottenuto in una precedente pronuncia nei confronti dell'Italia, non a caso menzionata dalla Corte di Strasburgo nella decisione *Uttley: Grava c. Italia*, 10 luglio 2003, § 51.

<sup>512</sup> L'intervento del 2002 modifica la precedente legislazione del 1995 la quale, a sua volta, era stata introdotta per superare i limiti delle originarie previsioni di cui al *Criminal Justice Act* del 1988.

<sup>513</sup> *Cuthbertson* [1981] A.C. 470. Si veda, in argomento, A. NICOL, *Confiscation of the profit of crime*, in *J. Criminal Law*, 1988.

<sup>514</sup> *Misuse of Drugs Act* 1971, sezione n. 27(1).

<sup>515</sup> *R. v Benjafield* [2001] 3 W. L. R. 206, ove la Camera dei Lords riconosce la confiscabilità di due proprietà - che il ricorrente asserisce siano state acquistate dal padre e, quindi, siano estranee all'illecito - in ragione della impossibilità di provare la provenienza lecita del denaro impiegato per completare l'acquisto e della probabile afferenza dello stesso ai delitti *sub iudice*.

<sup>516</sup> In senso critico sulla capacità deterrente della confisca *Lord Walker* e *Sir Anthony Hughes* i quali affermavano che nella maggior parte dei casi i criminali non compivano una preventiva analisi costi-benefici per valutare se realizzare o meno una azione illecita, determinandosi a delinquere per ragioni diverse dal mero arricchimento, con la conseguenza che la misura ablatoria avrebbe solo in rari casi scoraggiato il compimento della violazione: *R. v Waya* [2012] UKSC 51. I giudici negano espressamente rilievo a qualsivoglia pertinenzialità tra il bene confiscato e il reato in questione: «*it can be accepted that the scheme of the Act, and of previous confiscation legislation, is to focus on the value of the defendant's obtained proceeds of crime, whether retained*

Sennonché, nel 2016, il *Public Accounts Committee* ha denunciato un buco di 1.9 bilioni di *pound* a causa di ordini di *confiscation* rimasti non eseguiti. Un risultato così fallimentare trovava tra le varie cause l'erronea e irragionevole modalità di computo del *quantum* confiscabile che, in numerosi procedimenti, era stato superiore non solo ai proventi effettivamente tratti dall'illecito bensì all'intero patrimonio del proposto, con la conseguenza di divenire materialmente inesigibile<sup>517</sup>.

Ebbene, è proprio in relazione all'ammontare eccessivo dei proventi confiscabili che viene in rilievo la previsione di legge che consente l'ablazione delle ricchezze imputabili alla c.d. *criminal lifestyle*<sup>518</sup>. Tale norma stabilisce che, per quanto riguarda Inghilterra e Galles, in caso di condanna per uno dei reati espressamente elencati nell'allegato 2, tra cui compaiono le fattispecie di riciclaggio, traffico di stupefacenti e di armi, il giudice deve verificare se – perpetuandosi il fatto illecito per almeno 6 mesi – sia derivato al reo un generale vantaggio capace di incidere sulla sua qualità di vita: tutti i beni acquisiti o trasferiti da quest'ultimo nei 6 mesi che hanno anticipato l'inizio del processo, infatti, nonché quanto posseduto alla data della sentenza di condanna, è da considerare quale beneficio computabile per determinare il *quantum* da confiscare. Una simile norma non fa che contribuire alla evanescenza della definizione del provento illecito giacché ogni acquisizione può formare oggetto di confisca nei termini suddetti a meno che l'imputato non sia in grado di provarne la provenienza lecita. Di qui, l'evidente carattere punitivo della confisca in questione<sup>519</sup>. A fronte del calcolo del valore confiscabile compiuto dalla pubblica accusa, quindi, è l'imputato a dover dimostrare l'origine legittima dei beni erroneamente considerati quale vantaggio tratto dal reato *lato sensu inteso*<sup>520</sup>.

---

*or not. It is an important part of the scheme that even if the proceeds have been spent, a confiscation order up to the value of the proceeds will follow against legitimately acquired assets to the extent that they are available for realisation».*

<sup>517</sup> J. FISHER-J. BONG KWAN, *Confiscation: deprivatory and not punitive – back to the way we were*, in *Criminal Law Rev.*, 2018, p. 192 ss. Peraltro, quanto all'ammontare esorbitante dei proventi confiscabili, un ulteriore contributo è stato offerto dall'orientamento della Corte Suprema secondo cui in caso di concorso di persone nel reato ciascuno doveva essere chiamato a rispondere dell'intero provento illecito indipendentemente dall'effettivo vantaggio conseguito: *R v May* [2008] UKHL 28, ove si legge che «*where a benefit is obtained jointly, each of the joint beneficiaries has obtained the whole of the benefit and may properly be ordered to pay a sum equivalent to the whole of it*». Tale orientamento, del resto, continuerà a essere seguito dalla *Supreme Court* come dimostra la decisione di caso successivo in cui era stato impossibile stabilire con esattezza quale dei correi avesse beneficiato, e in quale proporzione, del profitto dell'illecito: *R. v Ahmad* [2014] UKSC 36, ove la Corte accosta alla comunione di intenti dei correi (*unity of interest*) la comproprietà dei beni provenienti dall'illecito (*unity of possession*).

<sup>518</sup> Sezione n. 75, PoCA.

<sup>519</sup> *R. v May*, cit. In questi termini, si veda J. FISHER-J. BONG KWAN, *Confiscation: deprivatory and not punitive – back to the way we were*, cit., p. 198: nel momento in cui, infatti, il *criminal benefit* ecceda il profitto ricavato dal reato (c.d. *net profit*) emerge l'assenza di alcun vincolo di pertinenzialità rispetto alla fattispecie delittuosa e, quindi, il carattere punitivo di una simile ablazione volta a sanzionare il tipo di autore piuttosto che il fatto illecito.

<sup>520</sup> Addirittura, in *Barnham* si afferma che il pubblico ministero neppure deve provare che uno specifico bene esista effettivamente nel patrimonio del reo dal momento che sia possibile ricondurre tale arricchimento alla condotta illecita: è ancora una volta il proposto a dover provare di non essere titolare del bene; in mancanza di riferimenti contabili o di altri documenti comprovanti la provenienza del bene, l'imputato non può che «*offer his word to the court*»: *Barnham* [2005] EWCA Crim 1049.

Infine, in caso di discrepanza tra il patrimonio del reo e i beni che ad avviso dell'accusa sono di provenienza illecita si origina il c.d. "*hidden assets*", ossia opera la presunzione secondo cui il soggetto colpevole avrebbe sottratto determinati profitti conseguiti dal reato agli accertamenti della autorità pubblica. Di talché, è ben possibile che l'ammontare indicato nell'ordine di confisca superi il patrimonio del proposto, rimanendo nella sostanza impossibile riscuotere il valore di beni di cui nemmeno è certa l'esistenza. A fronte della evidente ineffettività di una simile misura sanzionatoria, la dottrina ha, pure, messo in guardia rispetto al rischio che – minacciata una confisca talmente sproporzionata e invasiva – non solo non si realizzi lo scopo di deterrenza ma, al contrario, il reo sia incoraggiato a disperdere il prima possibile quanto ricavato dal reato alimentando il mercato nero<sup>521</sup>.

Una certa giurisprudenza, tuttavia, ha tentato di correggere il vizio di manifesta sproporzione causato dagli "*hidden assets*". Nella decisione *Briggs-Price*<sup>522</sup>, infatti, la House of Lords ha preteso che le allegazioni del pubblico ministero rispetto ai proventi di reato non si arrestino al piano formale ma, piuttosto, dimostrino utilizzando lo standard probatorio penalistico il fatto che "oltre ogni ragionevole dubbio" la proprietà del bene derivi dalla condotta illecita. Ancora, in *Whittington*<sup>523</sup>, la Corte ha affermato che oltre alla prova di derivazione illecita del bene è necessario dimostrare che il bene in questione esista nel patrimonio del proposto, seguendo lo standard probabilistico. Entrambe le decisioni citano i precedenti giurisprudenziali di segno restrittivo e propongono la lettura differente delle norme statutarie quale applicazione delle garanzie convenzionali e, in particolare, del diritto al giusto processo di cui all'art. 6 CEDU. Detto altrimenti, lo statuto che regola la confisca in caso di reati connessi al traffico di stupefacenti deve essere interpretato, in ossequio alla sezione n. 3 dello *Human Rights Act*, in maniera convenzionalmente orientata, giustificandosi in tal senso l'innalzamento dello standard probatorio nei confronti della pubblica accusa.

Sennonché, quanto deciso in *Briggs*, è stato contraddetto dalla decisione *Gale v SOCA* in cui i giudici si sono accontentati dello standard di prova più tenue proprio del giudizio civile<sup>524</sup>, accettando così il rischio che sia computato un valore di beni che in realtà non esistono nel patrimonio del proposto. Per raggiungere un tale risultato e, al contempo, rispettare l'imperativo dello *stare decisis* la maggioranza del collegio – la decisione è resa quattro voti contro tre – ha messo in luce le differenze che intercorrono tra la vicenda del primo giudizio e quella *sub iudice*. La Corte Suprema, in altri termini, ha compiuto una raffinata opera di *distinguishing*<sup>525</sup>, resa ancora più convincente dal fatto che tra i sostenitori di maggioranza sedeva uno dei giudici fautori della regola *Briggs*, che ha offerto quindi una sorta di "interpretazione autentica" del precedente<sup>526</sup>. Una tale combinazione rafforzava altresì la autorevolezza della decisione: come ribattere in termini sufficientemente credibili

---

<sup>521</sup> J. FISHER-J. BONG KWAN, *Confiscation: deprivatory and not punitive – back to the way we were*, cit., p. 200.

<sup>522</sup> *R. v Briggs-Price* [2009] UKHL 19, in ptc. § 77 «*standard of proof, according to our law, is beyond reasonable doubt*».

<sup>523</sup> *R. v Whittington* [2009] EWCA Crim 1641.

<sup>524</sup> *Gale v Serious Organised Crime Agency* [2011] UKSC 49, il giudizio è reso in composizione allargata contando il collegio 7 giudici.

<sup>525</sup> Ivi, § 54.

<sup>526</sup> Si tratta di *Lord Phillips* che è, d'altra parte, estensore della *opinio* di maggioranza della decisione *Gale*.

alla interpretazione del precedente offerta proprio da quel giudice che ha contribuito a redigere la decisione da mantenere distinto rispetto al caso sottoposto a giudizio<sup>527</sup>?

La Corte, quindi, non ha eluso il confronto con la decisione antitetica bensì lo ha affrontato di petto proponendo una soluzione conciliativa che, da un lato, dia ragione della deliberazione di segno opposto e, dall'altro, renda comprensibili le ragioni di un tale risultato.

Ebbene, al di là della condivisibilità nel merito di un livellamento dello standard probatorio sui canoni civilistici, occorre riflettere sul metodo argomentativo seguito dalla Corte che sfugge, in base alla distinzione tra i fatti rilevanti, all'applicazione del precedente. Al riguardo, invero, si è sostenuto che al di là dell'artificio retorico, l'operazione in questione nasconda finalità proprie di una precisa scelta di politica criminale e sia foriera di incertezza tanto per i destinatari delle previsioni in parola quanto per gli operatori del settore chiamati, quanto meno, a decidere a monte se in relazione all'accadimento fattuale la singola vicenda sia da ricondurre alla prima o alla seconda decisione o, piuttosto, meriti una terza soluzione in punto di *onus probandi* con buona pace della prevedibilità delle garanzie procedurali riconosciute al soggetto interessato<sup>528</sup>. Eppure, agli occhi del giurista di *civil law* una simile giurisprudenza rimane da apprezzare non foss'altro che per lo sforzo compiuto dal collegio di spiegare in termini espressi le ragioni del *distinguishing*: il confronto diretto con il precedente, infatti, agevola l'operatore che si trovi a dover applicare la regola di diritto quanto meno palesando i termini del problema. Insomma, le oscillazioni interpretative "consapevoli" paiono in ogni caso da preferire ai mutamenti interpretativi che, come si avrà modo di vedere nel capitolo che segue, neppure si preoccupino di citare la giurisprudenza di segno opposto, aggravando di molto lo stato di incertezza del diritto vivente.

---

<sup>527</sup> Lord Phillips pare decisamente consapevole di tale dinamica nel momento in cui ricorda più volte nel corso della motivazione il fatto che fosse parte del collegio in *Briggs*: si veda, per esempio, *Gale v Serious Organised Crime Agency*, cit., § 47.

<sup>528</sup> J. FISHER-J. BONG KWAN, *Confiscation: deprivatory and not punitive – back to the way we were*, cit.

### 3. Il principio di legalità “continentale” alla prova del tempo

#### 1. “Lo strappo nel cielo di carta”

A fronte della “crisi” del principio di legalità (cfr. *supra* II, 1, § 1 ss.), la dottrina ha abbandonato il “mito” illuminista del giudice “bocca della legge” e cominciato a prestare attenzione al ruolo attivo esercitato dalla giurisprudenza nel con-formare il precetto penale. D’altro canto, almeno a partire dal 2010, le stesse Sezioni Unite dimostrano piena consapevolezza del problema interpretativo che si snoda a partire da disposizioni ambigue o inaccurate (cfr. *infra* II, 3, § 1.4.4.1)<sup>529</sup>. Anzi, a ben guardare, è riscontrabile un peculiare impegno da parte delle decisioni di legittimità<sup>530</sup> proprio in relazione al tema – considerato *expressis verbis* – della prevedibilità del mutamento giurisprudenziale che abbia effetti *in malam partem* (cfr. *infra* II, 3, § 1.4.4.2).

Un simile problema, è indubbio, può essere affrontato da svariate prospettive. Per quanto riguarda il presente lavoro si ritiene che lo spirito comparativo che guida l’analisi suggerisca di selezionare alcuni tra i principali aspetti nel rapporto tra legislatore e giudice nazionale, così da inquadrare lo studio entro la cornice dei principi costituzionali e convenzionali di riferimento.

In primo luogo, occorre vagliare le carenze del legislatore entro la fase edittale, capaci in certe occasioni di tradursi in una vera e propria rinuncia ad assumere le scelte di politica criminale, demandando il compito – *expressis verbis* – all’interprete<sup>531</sup>. Più di frequente, invece, le disposizioni mancano della chiarezza necessaria, indugiando in plurimi rinvii alle fonti secondarie che cagionano un intreccio di rimandi difficile da districare. Ne discende che l’attivismo interpretativo, se talvolta può costituire l’inopportuno sovvertimento degli equilibri tra poteri a causa della scarsa prudenza dei tribunali, talaltra è indotto dalla stessa incuria parlamentare che non lascia alternative al ruolo di supplenza della giurisdizione. Il secondo scenario, invece, attiene al caso di fattispecie fisiologicamente polisenso cui segua, però, un contrasto interpretativo sincronico presso la Corte di legittimità, il quale impedisce di fatto ai cittadini di prevedere in termini ragionevoli la rilevanza penale della propria condotta<sup>532</sup>. In terzo luogo, pare opportuno considerare autonomamente il caso in cui il contrasto interpretativo si sviluppi in senso diacronico, procedendo la giurisprudenza a un

---

<sup>529</sup> Sul punto, si intende richiamare la decisione della Suprema Corte, resa a Sezioni Unite il 21 gennaio 2010 (dep. 13/05/2010), n. 18288.

<sup>530</sup> Si veda, in particolare la decisione della Corte di Cassazione, Sez. Un., 19 aprile 2012 (dep. 12/09/2012), n. 34952, § 5.

<sup>531</sup> È il caso, per esempio, della riforma intervenuta nel 2015 in tema di reati societari che non ha preso posizione sul problema del falso valutativo, lasciando che la sua rilevanza penale fosse decisa in sede di interpretazione e applicazione del diritto: D. PULITANÒ, *Ermeneutiche alla prova. La questione del falso valutativo*, cit., p. 210.

<sup>532</sup> Si pensi, al riguardo, al contrasto sincronico che ha anticipato le Sezioni Unite *Demitry* con riguardo alla stessa configurabilità del reato di concorso esterno in mafia. Con riferimento al ruolo finanche creativo della giurisprudenza, si veda di recente A. MANNA, *Il lato oscuro del diritto penale*, Pisa, Pacini, 2017, p. 48.

*revirement* dell'orientamento precedente rimanendo immutato il precetto di riferimento. Sul punto, sarà necessario distinguere a seconda che l'esito del mutamento interpretativo sia favorevole o sfavorevole al reo, secondo le dinamiche proprie del "volto costituzionale" del diritto penale.

Infine, non può che farsi cenno al caso limite in cui la interpretazione giurisprudenziale non si limita a chiarire la natura giuridica delle componenti della fattispecie<sup>533</sup> bensì sfugge alle reti del testo di legge, prospettando soluzioni talmente innovative da richiedere un successivo adeguamento della disposizione che cristallizzi il diritto vivente<sup>534</sup>. In simili ipotesi, infatti, la distanza rispetto alle indicazioni costituzionali pare particolarmente rilevante dal momento che si inverte il rapporto tra norma e disposizione, quasi che fossero gli stessi tribunali a proporre o, meglio, rendere improcrastinabile la modifica legislativa<sup>535</sup>.

I paragrafi che seguono si propongono, quindi, di studiare l'ordinamento interno allo scopo di valorizzare questi diversi profili su cui si concentrerà la fase conclusiva del lavoro.

### 1.1 L'influenza della giurisprudenza sovranazionale

È fuori discussione che la riforma avviata dalla legge n. 103 del 2017 innesti un meccanismo inedito per l'ordinamento penalistico il quale si allontana, in maniera significativa, dall'impianto originario "legicentrico". Nel sondare le ragioni di un simile capovolgimento (anche)<sup>536</sup> della sfera penale, occorre prendere le mosse dalla influenza del diritto sovranazionale o, meglio, della giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Secondo autorevole dottrina, infatti, proprio il conferimento di carattere vincolante alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in seguito alle sentenze gemelle del 2007, avrebbe contribuito alla crisi della legalità quale graduale emancipazione del giudice dalla *lex scripta*. Il sillogismo è chiaro: dal momento che l'autorità giurisdizionale è da intendere soggetta solo alla legge *ex art. 101 Costituzione* e, tuttavia, la stessa Consulta ammette che il formante giurisprudenziale sovranazionale possa condizionare l'esercizio del potere

---

<sup>533</sup> In occasione dell'approvazione delle norme di adeguamento della legislazione nazionale al Regolamento UE/2016/679 in materia di protezione dei dati personali, per esempio, il governo, seguendo la delega legislativa, ha modificato la disposizione di cui all'art. 167 dell'antecedente "Codice privacy", cristallizzando la interpretazione consolidata in giurisprudenza secondo cui il trattamento illecito dei dati costituiva un reato di evento e non una fattispecie integrata al verificarsi di una condizione intrinseca di punibilità, con rilevanti (inevitabili) conseguenze in punto di oggetto del dolo e nesso causale: V. MANES-F. MAZZACUVA, *GDPR e nuove disposizioni penali del codice privacy*, in *Dir. pen. proc.*, 2, 2019, p. 171 ss.

<sup>534</sup> Con riferimento ai problemi che si innervano sulla nozione di "tipicità postuma", si veda F. SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, Il Mulino, 2019, p. 45 ss.

<sup>535</sup> È il caso dell'intervento di modifica posto in essere dalla c.d. Legge Severino – 6 novembre 2012, n. 190 – rispetto alla fattispecie di *corruzione per l'esercizio della funzione* di cui all'art. 318 c.p.

<sup>536</sup> Il sistema penale è stato, infatti, equiparato a quello civile e amministrativo come, del resto, si è già accennato (cfr. *supra* II, 1, § 1.1).

giurisdizionale<sup>537</sup>, ne deriva un inevitabile fraintendimento<sup>538</sup>. Si indebolisce quindi il legame tra giudice e legge, interpolato dal diritto casistico di matrice europea: l'organo giudicante non guarda più al solo referente legislativo ma cerca nella giurisprudenza europea conferma circa il principio applicabile, trattandosi di parametro costituzionale interposto e quindi prevalente sulla legge primaria. L'imposizione al giudice di tale obbligo cagiona un secondo ordine di conseguenze. Laddove si riconosca un simile rilievo alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, infatti, viene meno la regola generale secondo cui componente vincolante della pronuncia giurisdizionale è il solo dispositivo «che, infatti, è un comando, e non [la] motivazione che è un esercizio di ragione»<sup>539</sup>. Il principio di diritto sovranazionale è, infatti, enunciato nella motivazione della decisione così che acquisisce efficacia vincolante un'argomentazione piuttosto ampia, espressa attraverso parole che – da una sentenza all'altra – possono mutare considerevolmente, mancando la cristallizzazione del testo che viceversa si compie nelle fonti positive.

Il problema pare, invero, da ridimensionare se si guarda al diritto *in action*. La Corte, infatti, mostra una giurisprudenza estremamente attenta – soprattutto quando si tratta della Grande Camera – a riportare i propri precedenti in termini letterali, creando così una sorta di liturgia che si ripete identica nel flusso interpretativo della Convenzione, agevolando la conoscibilità e prevedibilità del diritto giurisprudenziale europeo.

Sempre sul punto, si è affermato che il vincolo derivante dal diritto sovranazionale sarebbe diverso da quello imposto dallo *stare decisis* giacché l'obbligo riguarda non la *ratio decidendi* bensì l'intera interpretazione della Convenzione offerta dai giudici di Strasburgo, sottraendo in tal modo al giudice nazionale la possibilità di operare un vero e proprio *distinguishing*<sup>540</sup>. In realtà, in numerosi casi i giudici interni hanno escluso il vincolo derivante dal diritto sovranazionale proprio argomentando in punto di peculiarità della vicenda contingente, sottratta al principio di diritto elaborato in sede europea. Un esempio piuttosto calzante di tale tendenza pare la decisione delle Corti di legittimità che ha di recente escluso la applicabilità della c.d. dottrina Contrada al caso di Marcello Dell'Utri come si avrà modo di precisare nel paragrafo che segue.

Del resto, la stessa Corte costituzionale sembra consapevole delle criticità sopra indicate nel momento in cui afferma che «[i]l giudice nazionale non può spogliarsi della funzione che gli è assegnata dall'art. 101, secondo comma, Cost., con il quale si “esprime l'esigenza che il giudice non riceva se non dalla legge l'indicazione delle regole da applicare nel giudizio, e che nessun'altra autorità possa quindi dare al giudice ordini o suggerimenti circa il modo di giudicare in concreto”<sup>541</sup> [...] vale anche per le norme della CEDU, che hanno

---

<sup>537</sup> Si pensi, per iniziare, all'obbligo di interpretazione convenzionalmente conforme cui il singolo giudice è tenuto, dovendo preferire tra le diverse interpretazioni possibili della disposizione quella che più si confà al diritto sovranazionale.

<sup>538</sup> P. FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, cit., p. 1272.

<sup>539</sup> Ibid. L'A. afferma, infatti, che «[c]ome tale, la motivazione non possiede alcuna forza vincolante: gli argomenti e le ragioni non costituiscono comandi, valgono solo in forza della loro persuasività».

<sup>540</sup> Ibid.

<sup>541</sup> La Corte richiama, sul punto, le decisioni n. 40 del 1964 e 234 del 1976.

ricevuto ingresso nell'ordinamento giuridico interno grazie a una legge ordinaria di adattamento»<sup>542</sup>.

Una simile enunciazione parrebbe *prima facie* escludere la vincolatività della interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo delle norme convenzionali. Sennonché, la Corte continua riconoscendo la vincolatività di tali principi in relazione al procedimento che ha dato origine al ricorso. Né in verità avrebbe potuto essere altrimenti atteso l'obbligo imposto *ex art. 46 CEDU* di rendere efficaci le pronunce europee<sup>543</sup>. I giudici costituzionali riconoscono altresì la vincolatività del "diritto consolidato" al fine di assicurare una interpretazione quanto più possibile uniforme dei diritti fondamentali, fermo l'argine dei "controlimiti allargati".

Di qui la critica, invero piuttosto condivisa in dottrina, che rimarca l'ulteriore confusione generata dalla decisione in questione: non è per nulla agevole, del resto, identificare cosa debba intendersi per "diritto consolidato". Eppure, si tratta di un passaggio decisivo dal momento che ne deriva la stessa vincolatività della pronuncia convenzionale al di fuori dei limiti del singolo giudicato<sup>544</sup>.

Ebbene, la stessa Corte costituzionale tenta di predisporre un catalogo di casi in cui sia possibile rinvenire tale condizione nominando le sentenze pronunciate dalla Grande Camera, le decisioni pilota nonché, negli altri casi, la necessità di tener conto della innovatività di un certo principio rispetto alla giurisprudenza antecedente e la maggioranza con cui una certa decisione è stata accolta in seno alla Corte, vale a dire la consistenza e il tenore delle *dissenting opinion*<sup>545</sup>. Con riferimento agli indici individuati dai giudici costituzionali, al di là della evidente eterogeneità delle indicazioni fornite alle Corti interne e del diverso grado di certezza offerto dai singoli criteri<sup>546</sup>, molto è stato scritto. In particolare, paiono particolarmente incisive le osservazioni secondo cui il riferimento alle sentenze pilota mal si comprende nel contesto di riferimento dal momento che quest'ultime non hanno un peculiare carattere vincolante bensì si limitano a denunciare una violazione strutturale della Convenzione: si domanda allo Stato condannato interventi di ampia portata, sospendendo per un certo lasso temporale la trattazione di ricorsi analoghi che moltiplicherebbero esponenzialmente la responsabilità di quello specifico ordinamento<sup>547</sup>.

---

<sup>542</sup> Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49. La presente decisione estremamente rilevante in materia di confisca urbanistica è stata di importanza essenziale per lo stesso ordine costituzionale e i rapporti con la giurisdizione convenzionale, essendo quindi oggetto di numerosi commenti; in questa sede si richiamano, *inter multis*, V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Riv. AIC*, 2, 2015; D. PULITANÒ, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2, 2015, p. 318 ss.; A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, in *Dir. comp.*, 7 aprile 2015; V. MANES-V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, cit., p. 28 ss.

<sup>543</sup> Quanto alla possibilità di guardare alla giurisprudenza CEDU quale precedente cui conformarsi, si veda A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., p. 195.

<sup>544</sup> P. FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, cit., p. 1272.

<sup>545</sup> Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, cit., punto 7, considerando in diritto.

<sup>546</sup> V. MANES-V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, cit., p. 28, in ptc. nt. n. 105.

<sup>547</sup> V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, cit., p. 6.

L'espressione *jurisprudence bien établie*, di cui all'art. 28, para 1, lett. b), della Convenzione che la Corte prende a prestito è altresì fuori contesto: la norma convenzionale ha natura prettamente processuale e mira a escludere il ricorso alla Grande Camera assicurando natura definitiva alla sentenza pronunciata dal Comitato di tre giudici in caso di ricorsi ripetitivi, ossia che vertano su questioni già esaminate<sup>548</sup>. Nulla a che vedere, insomma, con la determinazione dei rapporti tra livello convenzionale e interno in punto di diritti fondamentali.

La complessità del tema emerge, in tutta evidenza, attraverso le varie fasi di cui si compone la vicenda processuale dei c.d. «fratelli minori di Contrada». Rinviando ad altre ben più approfondite riflessioni<sup>549</sup>, ci si sofferma in questa sede sull'ultimo capitolo della saga, cioè a dire sul riconoscimento da parte delle Sezioni Unite<sup>550</sup> della estraneità del caso Contrada dalle ipotesi di «diritto consolidato»<sup>551</sup>, negando la possibilità che i principi ivi enunciati possano trovare applicazione al di là della vicenda processuale del ricorrente. In attesa delle motivazioni di una decisione dalla portata tanto significativa, preme fin d'ora considerare i riflessi di una simile pronuncia sul piano delle fonti. Vero è che la letteratura aveva messo ampiamente in guardia rispetto al seguito dirompente della decisione n. 49 del 2015. Nondimeno, che lo strumento del «diritto consolidato» potesse essere utilizzato come cavallo di Troia per espugnare la cittadina della tutela multilivello era più difficile da prevedere. La sentenza Contrada, infatti, per quanto rilevante in prospettiva nazionale non rappresenta un passaggio epocale nella giurisprudenza di Strasburgo, in particolare rispetto alla definizione dei requisiti qualitativi della legalità penale nel rapporto tra *lex scripta* e giurisprudenza. La Corte si limita ad applicare al caso italiano principi ormai ampiamente consolidati con riguardo alla prevedibilità “oggettiva” della norma incriminatrice, ribadendo la necessità che la fattispecie sia, usando il lessico del giurista continentale, tipica e tassativa. Che simili conclusioni in tema di diritti fondamentali possano dirsi non consolidate stenta a convincere.

## 1.2 *Cedant leges togae*: la (inesistente) risposta del legislatore

*Cedant leges togae*. Con questa espressione si suole far riferimento al ribaltamento del rapporto che lega legislatore e giudice: mentre l'idea tradizionale<sup>552</sup> di legalità vorrebbe che l'interprete, artefice del diritto vivente, segua la traccia segnata dal diritto scritto,

---

<sup>548</sup> Ibid.

<sup>549</sup> Con specifico riferimento, poi, alla ordinanza di remissione alle Sezioni Unite nel caso Genco: S. BERNARDI, *Troppe incertezze in tema di "fratelli minori": rimessa alle Sezioni Unite la questione dell'estensibilità erga omnes della sentenza Contrada c. Italia*, in *Dir. pen. cont.*, 13 giugno 2019.

<sup>550</sup> Ordinanza di remissione Cass., Sez. VI, ord. 22 marzo 2019 (dep. 17 maggio 2019), n. 21767, ric. Genco.

<sup>551</sup> È al momento in cui si scrive disponibile solo la informazione provvisoria delle Sezioni Unite, n. 22, rilasciata il 25 ottobre 2019, in riferimento al caso 1168/19, ric. Genco, udienza pubblica del 24 ottobre 2019.

<sup>552</sup> Il riferimento è al modello elaborato nello Stato moderno nel XVIII secolo. A bene guardare, infatti, il diritto antecedente segue il c.d. “paradigma giurisprudenziale premoderno” che include tanto il diritto romano quanto il *ius commune* fino, appunto, al periodo delle codificazioni: L. FERRAJOLI, *Lo stato costituzionale, la sua crisi e il suo futuro*, in F. Viola (a cura di), *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, cit., p. 311.

mantenendo un ruolo subordinato alla disposizione, ossia al diritto vigente, in ossequio al principio di cui all'art. 101, Costituzione, l'assetto attuale pare in un certo senso ribaltato.

Non è certo una novità che le norme incriminatrici si compongano di termini generici, se non addirittura indeterminati. Del resto, in una certa misura, il riferimento a concetti ampi è finanche auspicabile atteso che alcune nozioni – si pensi in particolare agli istituti di parte generale come la nozione di dolo eventuale rispetto alla cui individuazione decisivo è stato il contributo offerto dalla giurisprudenza<sup>553</sup> – è opportuno che siano rielaborati dalla giurisprudenza e sistematizzati dalla dottrina, la cui precipua preparazione tecnica contribuisce ad assicurare un ordine razionale di quegli elementi che per definizione trovano applicazione in senso trasversale alle diverse fattispecie di parte speciale<sup>554</sup>. Al pari, i riferimenti elastici e poliseno della fattispecie svolgono una funzione indispensabile costituendo il “polmone” attraverso cui il sistema penalistico respira, adattandosi ai mutamenti della società di riferimento<sup>555</sup>. Altrettanto “elastica”, è evidente, deve essere la cornice edittale così da evitare di soffocare il destinatario attraverso pene fisse<sup>556</sup>, estranee alla logica di individualizzazione e flessibilità della sanzione penale che anima l'impianto costituzionale, secondo quanto di recente riconosciuto dalla stessa Consulta<sup>557</sup>.

---

<sup>553</sup> Cass., Sez. Un., 24 aprile 2014 (dep. 18.9.2014), n. 38343, Pres. Santacroce, Rel. Blaiotta, ric. Espenhahn et al.

<sup>554</sup> F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 58, ove l'A. chiarisce che sono talvolta proprio gli interventi del legislatore volti a regolamentare più nel dettaglio istituti di parte generale a incrementare incertezza e difficoltà nell'inquadramento sistematico.

<sup>555</sup> La compatibilità tra tali strumenti e il principio di cui all'art. 25, 2 co, Costituzione, è stata peraltro espressamente riconosciuta dalla Corte costituzionale nella decisione 13 gennaio 2004, n. 5, ove i giudici verificando la legittimità della previsione che sanziona lo straniero che «senza giustificato motivo» si trattiene nel territorio dello Stato disobbedendo all'ordine di allontanamento, scrivono «il criterio, reiteratamente affermato da questa Corte, per cui la verifica del rispetto del principio di determinatezza va condotta non già valutando isolatamente il singolo elemento descrittivo dell'illecito, ma raccordandolo con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e con la disciplina in cui questa si inserisce. L'inclusione nella formula descrittiva dell'illecito penale di espressioni sommarie, di vocaboli polisemi, ovvero – come nella specie – di clausole generali o concetti “elastici”, non comporta un vulnus del parametro costituzionale evocato, quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice – avuto riguardo alle finalità perseguite dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca – di stabilire il significato di tale elemento, mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato: quando cioè quella descrizione consenta di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile; e, correlativamente, permetta al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo». Quanto al rischio, nondimeno, che la introduzione di elementi elastici che manchino di riferimenti univoci si tramuti in forme di analogia “anticipata”, si veda F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 46.

<sup>556</sup> Si ricorda, al riguardo, la recente decisione 5 dicembre 2018, n. 222, che ha dichiarato incostituzionale la pena accessoria fissa stabilita per i delitti di bancarotta fraudolenta di cui all'art. 216, ult. co, l. fall.

<sup>557</sup> Corte cost., 11 luglio 2018, n. 149, su cui si vedano, *inter multas*, i commenti di A. PUGIOTTO, *Il “blocco di costituzionalità” nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all'inequivocabile sentenza n. 149/2018)*, in *Giur. cost.*, 4, 2018, p. 1646 ss.; F. FIORENTIN, *La Consulta svela le contraddizioni del “doppio binario penitenziario” e delle preclusioni incompatibili con il principio di rieducazione del condannato*, *ivi*, p. 1657 ss.; M. PELISSERO, *Ergastolo e*

Tanto premesso, la critica che gli osservatori contemporanei muovono al potere legislativo non riguarda tanto l'utilizzo nelle fattispecie di termini polisenso, giacché è proprio l'attività dell'interprete a dover costruire un ponte tra la disposizione e il caso *sub iudice*, escludendo rilievo alle tesi nichiliste poste invero in minoranza anche nel contesto accademico. Piuttosto, a lasciare insoddisfatti è la "scelta di non scegliere", cioè a dire la valutazione sempre più frequente operata dai parlamentari che non prendono posizione su questioni critiche, soprattutto in termini di consenso elettorale, lasciando che sia la magistratura a "sporcarsi le mani". Peraltro, altrettanto manifesta è la tendenziale indolenza del legislatore a intervenire qualora sussistano dubbi interpretativi che abbiano dato adito a significativi contrasti presso la giurisdizione di legittimità o rispetto cui la giurisprudenza costituzionale abbia preferito posticipare la decisione definitiva attraverso lo strumento delle decisioni monito. Del resto, eclatante è il caso in cui il contrasto interpretativo trovi origine proprio dal *novum* legislativo la cui *ratio* – quanto meno annunciata – avrebbe dovuto assicurare maggiore certezza a beneficio degli operatori e dei professionisti impegnati quotidianamente in un'attività a "rischio tollerato", precisando la portata delle norme incriminatrici rilevanti nel settore di riferimento<sup>558</sup>.

Al contrario, l'intervento parlamentare sarebbe indispensabile per non indebolire ulteriormente il *nullum crimen*. Sul punto, non vi è dubbio che il diritto penale di impronta costituzionale non possa rinunciare alla fattispecie: il diritto, infatti, è in grado di sistematizzare gli eventi – fatti altrimenti «muti» – trasformandoli in *casus* la cui costante applicazione nel tempo assicura un grado ragionevole di certezza e, al contempo, fonda il legittimo affidamento del destinatario sulla portata di una certa disposizione<sup>559</sup>. La fattispecie come regola continuativa permette la generalizzazione necessaria a perpetrare il sistema nel tempo, assicurando l'ordine fintanto che la norma non si limita a regolare l'oggi, bensì l'avvenire<sup>560</sup>.

Senonché – rimanendo inerte il legislatore e non potendo il giudice rifiutarsi di decidere – la giurisprudenza è sempre più spesso costretta a farsi carico di un ruolo di vera e propria supplenza. Nondimeno, la soluzione giurisprudenziale, valida per il singolo caso concreto, non è in grado di assicurare un ordine che duri nel tempo, e quindi la coerenza e la stabilità di un diritto fondato su fattispecie ripetute e ripetibili<sup>561</sup>, a meno che – verrebbe

---

*preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3, 2018, p. 1359 ss.

<sup>558</sup> È il caso della riforma Gelli-Bianco di cui si è detto in precedenza (*supra* II, 3, § 3).

<sup>559</sup> A difesa della fattispecie come costruito minimo che sorregge l'impianto del modello penale costituzionale, si rinvia alla recente riflessione in N. IRTI, *La necessità logica della fattispecie (intorno a una definizione leibniziana)*, in *Ars interpretandi*, 1, 2019, p. 148.

<sup>560</sup> *Ibid*: «[s]enza fattispecie non c'è "futuro" della norma, né regolarità, né costanza di relazione giuridica. Né può esservi ordine. E neppure caso, poiché caso è il "caso" di una regolarità ordinata e ordinante, e non il solitario e disperso fatto della natura o della vita umana». È in questi termini, allora, che la legge diviene capace di «arginare la minaccia del divenire» (p. 152).

<sup>561</sup> *Ivi*, p. 149, ove l'A. mette in relazione il giudizio con effetti *inter partes* e l'«occhio della legge», il quale «non si consuma in un solo sguardo, ma guarda nel futuro e illumina i fatti a venire».

da dire – non si trovi il modo di generalizzare la portata della singola decisione seguendo l'impostazione di *common law*. La dottrina dello *stare decisis*, infatti, ha rappresentato il rimedio più efficace individuato dal paradigma anglosassone per contenere la discrezionalità del potere giudiziario assicurando una certa stabilità all'ordinamento. La sua applicazione, tuttavia, è condizionata al rispetto di determinati requisiti di forma e sostanza; i paragrafi che seguono tenteranno di sondare se e in quali termini sia possibile darne applicazione entro il modello italiano. Inoltre, preme sottolinearlo fin da subito, per quanto la dottrina dello *stare decisis* abbia svolto nel tempo un ruolo decisivo, il suo rilievo oggi è fortemente ridimensionato dalle innumerevoli iniziative parlamentari volte a riacquistare il controllo del *ius puniendi*.

In aggiunta, come accennato, non sono rari oramai i casi in cui il legislatore si limiti a positivizzare l'orientamento giurisprudenziale, facendo proprio l'*acquis* del diritto vivente. Tale atteggiamento del Parlamento, che pur in una certa misura permette al legislatore di riconquistare parte del vigore e della autorevolezza perduti, rappresenta un *unicum* della storia repubblicana e segna un netto cambio di passo nel delicato equilibrio tra quest'ultimo e il giudice, quasi che a monte la disposizione fosse costretta a esercitare una funzione non precettiva bensì solamente programmatica rispetto al successivo intervento del giudice<sup>562</sup>. A valle, poi, non resta che positivizzare le scelte compiute dal formante giurisprudenziale. In un tale contesto, sembra, dunque, quanto mai attuale l'interrogativo su «dove passa il confine»<sup>563</sup>, dove insiste il limite tra principio di legalità e iniziativa *judge-made*.

### 1.3 Il ruolo del potere giudiziario

#### 1.3.1 La distinzione tra giurisdizione di merito e di legittimità

Un tema assai dibattuto riguarda la possibilità di distinguere regole e funzione della giurisdizione a seconda che si tratti del giudizio di merito o di legittimità. Per quanto maggiormente ci interessa, infatti, ben prima del dibattito sull'introduzione di un vincolo "relativo"<sup>564</sup> rispetto alle decisioni della Corte di cassazione, erano contrapposte – volendo semplificare – le tesi di coloro che, ponendo l'accento sulla indipendenza del magistrato *ex art. 107 Costituzione*, ritenevano che il giudice di merito fosse avulso da qualsiasi obbligo

---

<sup>562</sup> In questo senso, si veda P. FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, cit., p. 1269, ove l'A. così giustifica la sempre più incalzante attenzione da parte degli operatori del settore alla giurisprudenza, quasi il legislatore fosse relegato a rivestire un ruolo meramente «programmatico». Riconosce il mutamento della funzione esercitata dal Parlamento che «non è mai stato del tutto prescrittivo, ma che oggi è molto meno prescrittivo di un tempo. Quel linguaggio è divenuto sempre più descrittivo e programmatico»: G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont.*, 6 febbraio 2017, p. 4, nonché in *Dir. pubb.*, 1, 2017.

<sup>563</sup> M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, cit.

<sup>564</sup> Quanto alla impossibilità di configurare un vincolo assoluto se non a patto di modificare la necessaria soggezione del giudice alla legge nonché il diritto di difesa, si veda D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit.

conformativo nei confronti delle giurisdizioni superiori, a eccezione dell'istituto del rinvio e chi, invece, affermava che sussiste in capo al giudice di merito un vincolo ben maggiore rispetto a quello "psicologico" generato dalle pronunce superiori il quale consente alla funzione nomofilattica di penetrare fino al basamento degli uffici giudiziari<sup>565</sup>.

Al riguardo, non v'è dubbio che la giurisdizione di merito svolga un compito centrale rappresentando il momento che sancisce o meno il successo della "cultura del precedente", in termini di prevedibilità della qualificazione giuridica di un determinato fatto. Il principio di diritto enunciato dalla Corte di vertice modella la interpretazione di una certa disposizione solo nella misura in cui trovi seguito presso le giurisdizioni disseminate sul territorio. Nondimeno, pare altrettanto vero che la libertà con cui è stata esercitata la funzione giurisdizionale ha, in diverse occasioni, assicurato un imprescindibile strumento di progressione del diritto, impegnandosi i giudici quotidianamente nel delicatissimo compito di costruire un ponte tra fatto e *species facti*. In tale prospettiva, quindi, si ritiene che la presenza di opinioni discordanti da parte dei giudici di merito sia da accogliere con favore quasi esercitassero una funzione propulsiva verso il miglioramento della interpretazione della norma incriminatrice, nei limiti – ben inteso – del rispetto dello standard minimo inderogabile imposto dal *nullum crimen*, che promuove il mutamento interpretativo purché compatibili con la *ratio* della offesa e, quindi, ragionevolmente prevedibile.

In aggiunta, non v'è dubbio che il giudice di merito sia l'autorità capace di mantenere un migliore e costante collegamento con il fatto<sup>566</sup>, superando «quella fumosità tipica delle nostre decisioni giudiziarie che [...] dà luogo alle tanto criticate massime»<sup>567</sup>. Ne deriva, un ulteriore argomento a sostegno della opportunità di lasciare che la giurisdizione di merito contribuisca al diritto vivente nel senso di alimentare il dibattito<sup>568</sup>, produrre soluzioni interpretative – anche contrastanti – capaci di sollecitare la riflessione del giudice di ultima istanza rispetto alle ipotesi che meritino di essere "riconsiderate" dalle Sezioni Unite. In questi termini, confinare i contrasti – quand'anche sincronici – entro la giurisdizione di merito parrebbe uno stratagemma, da un lato, per evitare l'appiattimento della attività interpretativa sulla riproposizione meccanica di quanto già deciso e, dall'altro, per evitare che la incertezza si propaghi fino all'organo titolare della funzione nomofilattica<sup>569</sup>.

---

<sup>565</sup> Ricostruisce il dibattito A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., p. 208.

<sup>566</sup> Quanto alla necessità di porre al centro dell'attenzione non solo la *quaestio iuris* bensì, pure, la *quaestio facti*: M. TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, pp. 11 ss.

<sup>567</sup> A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., p. 294.

<sup>568</sup> Con riguardo alla complessità del rapporto tra la giurisdizione di merito e di legittimità, si veda D. PULITANÒ, *Personalità della responsabilità: problemi e prospettive*, cit., p. 1231 ss., ove l'A. mostra la reticenza dei tribunali nel recepire i principi enunciati nella celebre decisione Cozzini (Cass. pen., sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786, imp. Cozzini et al.). Del resto, anche nel modello di *common law* si è messa in luce la utilità delle sentenze provenienti dalle Corti inferiori quale precedente solo persuasivo rispetto alle Alte Corti, capace di alimentarne la riflessione e l'eventuale mutamento giurisprudenziale: M. POLLERA, *Precedente giudiziale e modelli decisionali*, cit., p. 3986 ss.

<sup>569</sup> Partendo da premesse simili, giunge a una soluzione diversa A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., p. 308, che suggerisce per i tribunali di merito l'alternativa di conformarsi al precedente o rimettere

Certo è indubbio che sia molto complesso mantenere l'equilibrio tra un atteggiamento di leale collaborazione tra tribunali di merito e Corte di legittimità<sup>570</sup> e assicurarsi, al contempo, il rischio che i principi di diritto di quest'ultima non rimangano lettera morta. Pare, tuttavia, ragionevole confidare nel senso di responsabilità dei giudici rispetto all'arduo compito che viene loro affidato; del resto, qualsivoglia interpretazione da parte del giudice di merito (come di legittimità) sconta il limite del rispetto della *littera legis*<sup>571</sup> e, quindi, del principio di legalità la cui verifica previene "a monte" risultati aberranti da parte del diritto vivente<sup>572</sup>.

Per raggiungere un simile risultato, quindi, diviene inevitabile arginare – come prevede il legislatore nel 2017 – l'obbligo di rimessione all'organo superiore entro la Corte di legittimità non certo nel senso di una subordinazione della giurisdizione di merito rispetto alla prima bensì di una diversificazione dei ruoli e di una reciproca cooperazione. D'altra parte, si è osservato che la originalità interpretativa – anche nel senso di divario rispetto al testo di legge – è oggi diffusa presso le singole sezioni della Corte di legittimità piuttosto che presso la giurisdizione di merito<sup>573</sup>.

In ogni caso, sembra radicalmente da scoraggiare la possibilità di perpetrare – anche da parte dei giudici di merito – contrasti inconsapevoli: crolla il castello di carta, infatti, nel momento in cui il giudice di legittimità si trovi a sindacare pronunce di merito che proponano una interpretazione diversa ma avulsa dal contesto interpretativo di riferimento, la cui motivazione non permetta di cogliere a pieno le ragioni del contrasto o dell'auspicato mutamento. In tal senso, pare che la dottrina possa svolgere un ruolo centrale:

---

(obbligatoriamente) la questione alla Corte di legittimità, anticipando di fatto il meccanismo oggi operativo entro la giurisdizione di merito.

<sup>570</sup> Con riguardo alla caratteristica principale della dottrina dello *stare decisis* quale omogeneità entro il ceto dei giuristi, uniformità di vedute e rispetto reciproco, facile da riscontrare negli *Inn's* inglesi e più problematica nell'ordinamento italiano: R. BIN, *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, cit.

<sup>571</sup> Quanto ai dubbi sollevati circa il fatto che la lettera della disposizione possa offrire un argine sufficiente per contenere le innovazioni giurisprudenziali, si pensi al menzionato caso del falso valutativo "reintrodotta" dalla soluzione interpretativa prescelta rispetto alla fattispecie di false comunicazioni sociali: Cass., Sez. Un., 31 marzo 2016 (dep. 27/07/2016), n. 22474, ric. Passarelli. Sul punto, D. PULITANO, *Ermeneutiche alla prova. La questione del falso valutativo*, cit., p. 207, mette in evidenza come da parte della giurisprudenza «buone intenzioni di tutela rischiano di alterare equilibri di sistema e di forzare limiti garantisti in direzione autoritaria». Con riferimento, invece, al richiamo al testo di legge per giustificare letture giurisprudenziali con effetti *in malam partem*, O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, cit., p. 15, ove l'A. si sofferma sulla giurisprudenza in tema di responsabilità amministrativa da reato ex d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, nonché sulla discussa decisione che ha riconosciuto la confiscabilità diretta del profitto in capo all'ente nonostante si trattasse di reato tributario, estraneo al novero dei reati presupposto, compiuto dall'amministratore della società (Cass., Sez. Un., 30 gennaio 2014 (dep. 05/03/2014), n. 10561, imp. Gubert).

<sup>572</sup> In particolare, infatti, «l'opera di precisazione del contenuto precettivo della disposizione legislativa compiuta dalla giurisprudenza nell'interpretazione e applicazione della disposizione medesima dovrà [...] sempre potersi legittimare al metro della sua compatibilità con le scelte sovrane del legislatore»: F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso*, cit., p. 11.

<sup>573</sup> P. GAETA, *L'illusione della monade chiusa: primato del caso e crisi della tipicità penale*, cit., p. 131, che riscontra nel giudice di Cassazione il tentativo di "surrogarsi" ai Tribunali di merito.

continuando ad annotare non solo le decisioni delle Corti di vertice ma, pure, le sentenze di merito ne agevola la conoscenza, l'inquadramento sistematico del problema interpretativo e, quindi, la argomentazione – anche di segno contrario – da parte di altri uffici giudiziari che con la letteratura penalistica abbiano la pazienza di confrontarsi.

### 1.3.2 *Contrasti sincronici e contrasti diacronici*

L'avvocato generale presso la Corte di cassazione Piero Gaeta descrive come un vero e proprio paradosso il fatto che il diritto penale, branca che più delle altre dovrebbe conservare la fattispecie<sup>574</sup>, diviene «il luogo in cui se ne registrano le crisi più acute, le torsioni più estreme, le smagliature più diffuse»<sup>575</sup>. D'altro canto, è a partire dalla «sovrapposizione della legalità costituzionale alla legalità penale»<sup>576</sup> che il penalista è stato costretto ad abbandonare la torre d'avorio in cui la legge rappresentava l'unico indicatore da seguire, con il conseguente formarsi di una «gerarchia fluida» che concorre alla formazione della norma incriminatrice<sup>577</sup>.

Del resto, non si può negare che il contrasto interpretativo a fronte della medesima disposizione non solo è fisiologico bensì auspicabile nella misura in cui sia funzionale allo sviluppo del diritto in funzione dei rinnovati bisogni sociali<sup>578</sup>. Lo stesso mutamento giurisprudenziale con esito *in malam partem*, infatti, è tollerato anche a livello europeo purché rispondente alla sostanza dell'offesa e, quindi, ragionevolmente prevedibile. Il punto critico diviene allora distinguere le diverse tipologie di contrasto.

Un conto, infatti, è che soluzioni interpretative differenti siano prospettate durante il giudizio di merito, tutt'altro è che il conflitto insista nel ventre dell'organo titolare del potere nomofilattico (cfr. paragrafo antecedente). Non solo. Un conto è che l'antinomia si sviluppi nel corso di un consistente arco temporale<sup>579</sup>, magari attraverso il succedersi di pronunce che a distanza di anni compiano un *revirement* interpretativo. Tutt'altro è la contrapposizione sincronica – cioè a dire contestuale – tra singole sezioni della Corte di legittimità.

Nel momento in cui, infatti, il contrasto sincronico si protragga nel tempo<sup>580</sup>, è giocoforza in atto una «sostanziale violazione della certezza del diritto» capace di dar corso

---

<sup>574</sup> N. IRTI, *La necessità logica della fattispecie (intorno a una definizione leibniziana)*, cit., p. 150.

<sup>575</sup> P. GAETA, *L'illusione della monade chiusa: primato del caso e crisi della tipicità penale*, in *Ars interpretandi*, 1, 2019, p. 112.

<sup>576</sup> G. FIANDACA, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *Cass. pen.*, 1, 2017, p. 13 ss.

<sup>577</sup> P. GAETA, *L'illusione della monade chiusa: primato del caso e crisi della tipicità penale*, cit., p. 116.

<sup>578</sup> Sottolinea, invece, i costi che aggravano il procedimento in termini materiali e umani ove sia necessario soffermarsi a risolvere il contrasto: S. VINCIGUERRA, *Sull'intralcio all'amministrazione della giustizia delle interpretazioni discordanti e il suggerimento di qualche rimedio*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 1, 2014, p. 196.

<sup>579</sup> D'altronde, «la fiducia nella legge è attesa di rigorosa applicazione, di stabilità nel tempo, di continuità interpretativa»: N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, cit., p. 22.

<sup>580</sup> Si pensi al contrasto tra gli orientamenti antitetici seguiti dalle Sezioni semplici circa la stessa configurabilità del concorso esterno in mafia per ben sette anni, dal 1987 – anno della prima pronuncia in argomento – alle Sezioni Unite *Demirly* del 1994 che sanciscono in termini definitivi la configurabilità del reato in questione

finanche alla «permanente decadenza della tassatività della legge»<sup>581</sup>. Laddove si discuta a lungo della stessa rilevanza penale di un dato comportamento, ancorché si possa sostenere in astratto la prevedibilità del rischio di incorrere nella sanzione penale, la dottrina si interroga sulla stessa utilità di una simile previsione<sup>582</sup> qualora l'ordinamento rinunci a risolvere il conflitto e assolvere, quindi, al dovere di predisporre norme incriminatrici chiare e puntuali a garanzia della libertà dei propri cittadini.

Anzi, a ben guardare, i conflitti sincronici e diacronici acquiscono la propria gravità nel momento in cui abbiano ad oggetto la interpretazione non della fattispecie, nel suo complesso considerata, bensì di alcune sotto-fattispecie che alla prima sono da riferire<sup>583</sup>. In queste ipotesi, infatti, il precetto rimane pressoché silente: atteso che è il diritto vivente a conformare la norma incriminatrice<sup>584</sup>, lo smarrimento del soggetto interessato sarà finanche maggiore laddove il giudizio di legittimità si scomponga in tanti rivoli interpretativi<sup>585</sup>.

Al fine di colmare questa lacuna sistematica, quindi, si può vedere la integrazione dell'art. 618 c.p.p. quale isolato tentativo di far fronte al problema, verticalizzando il giudizio di legittimità così da attribuire alle Sezioni Unite l'ultima parola in punto di uniformità interpretativa e, in ultima analisi, di funzione nomofilattica<sup>586</sup>. Anzi, la riforma in questione è quanto meno in astratto in grado di prevenire il consolidarsi del conflitto sincronico nel tempo: intervenuto il pronunciamento del Supremo consesso, il rispetto della regola di rito preclude in radice decisioni contrarie che non siano il risultato di una nuova valutazione di quest'ultimo (cfr. *infra* II, 3, § 2.2).

Diverso sembra il caso, invece, in cui il contrasto interpretativo si sviluppi in senso diacronico, ossia qualora un mutamento interpretativo si verifichi in seguito a un considerevole intervallo di tempo<sup>587</sup>. In tale opposto scenario, infatti, il succedersi di pronunce di segno diverso è fenomeno più agevolmente inquadrabile entro il processo di fisiologica evoluzione del diritto, anche giurisprudenziale<sup>588</sup>. Il problema del contrasto con il *nullum crimen*, in questi casi, si acutizza nei confronti di colui il quale si trovi imputato nel

---

allorché la associazione versi in uno «stato di fibrillazione»: per approfondire, V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti*, Torino, Giappichelli, 2014.

<sup>581</sup> M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, cit., p. 365.

<sup>582</sup> Ibid, ove l'A. analizza giustappunto le ricadute dell'"illecito interpretativo".

<sup>583</sup> Quanto alla distinzione tra norma, sotto-norma e precetto concreto nonché tra fattispecie, sotto-fattispecie e caso, si veda A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., p. 169 s.

<sup>584</sup> Quanto all'innegabile margine di «discrezionalità libera» attribuita inevitabilmente alla giurisdizione, si richiamano le pagine senza tempo di P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, Cedam, 1982, p. 62 s.

<sup>585</sup> A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., p. 170.

<sup>586</sup> Quanto al rischio che la "verticalizzazione" delle funzioni si tramuti in una gerarchizzazione del potere giudiziario incompatibile con il principio di indipendenza di cui all'art. 107, Costituzione, si veda, *inter multis*, A. MANNA, *Introduzione alle problematiche relative all'interpretazione nella giustizia penale*, in Id. (a cura di), *Il problema dell'interpretazione nella giustizia penale*, Pisa, Pisa University Press, 2016, p. 45.

<sup>587</sup> La dottrina, del resto, ha osservato in diverse occasioni come il problema sorga non tanto in ragione del mutamento in sé bensì quando sia eccessivamente frequente, arbitrario se non addirittura casuale: M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit., p. 720. In tal senso, già, G. GORLA, *Precedente giudiziale*, cit., p. 4 e 6 ss.

<sup>588</sup> In senso contrario, D. PERRONE, *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, cit., p. 353, ove l'A. mette in luce la peculiare gravità del contrasto che abbia come protagoniste le stesse Sezioni Unite della Corte di legittimità.

procedimento che dà origine all'*overruling*, qualora - ben inteso - si tratti di mutamento con effetti *in malam partem*. Quest'ultimo potrebbe servirsi proprio della stabilità del precedente orientamento giurisprudenziale per sostenere la non prevedibilità *ex ante* del mutamento interpretativo. D'altra parte, anche nel modello anglosassone è stato superato il vincolo del precedente c.d. orizzontale, cioè a dire l'"autovincolo" imposto alla Corte di vertice<sup>589</sup> a partire dal *Practice Statement* del 1966. La insostenibilità di una simile rigidità strutturale, che condannava il diritto vivente all'anacronismo nonché a insistere nella applicazione di *ratio decidendi* erronee può essere utile per giustificare maggiori aperture in tale direzione rispetto all'art. 618, c.p.p.<sup>590</sup>, confidando nella responsabilità del Supremo Collegio che valuti - al di là del merito della questione - l'opportunità del mutamento giurisprudenziale rispetto al legittimo affidamento riposto dai consociati su quella specifica regola di diritto.

### 1.3.3 *Contrasti consapevoli e contrasti inconsapevoli*

Rispetto all'esigenza di consolidare l'interpretazione giurisprudenziale<sup>591</sup>, suona l'allarme provocato dai c.d. contrasti inconsapevoli. È proprio il contrasto inconsapevole, infatti, che sembra in grado di ingenerare quel «caos giurisprudenziale»<sup>592</sup> capace di produrre effetti liberticidi. A maggior ragione se il difetto di consapevolezza è perpetrata dalla Corte di legittimità.

Laddove il giudizio si chiuda, infatti, con una sentenza di Cassazione che risolve il nodo interpretativo in maniera antitetica rispetto ad altre pronunce di segno opposto la motivazione dà di regola conto del contrasto ed enuncia le ragioni a sostegno di una conclusione diversa (contrasto consapevole). All'opposto, si sono verificati casi in cui la decisione che propendeva per una diversa soluzione interpretativa, nemmeno menzionava l'orientamento contrapposto, limitandosi a risolvere la questione "in punto di diritto"<sup>593</sup>. Ebbene, le conseguenze rispetto al principio di prevedibilità che derivano dal secondo meccanismo paiono particolarmente gravi<sup>594</sup>. Da un lato, il soggetto interessato dal

---

<sup>589</sup> A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., p. 172.

<sup>590</sup> Si considerino, a titolo di esempio, le critiche sollevate nei confronti della summezionata sentenza Gubert: la dottrina ha sottolineato espressamente come l'autorevolezza del collegio abbia ingenerato un principio di diritto destinato a condizionare i giudizi successivi ancorché erroneo, auspicandone la modifica - diremmo oggi - attraverso un intervento di segno opposto da parte delle Sezioni Unite: C. E. PALIERO-F. MUCCIARELLI, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 4, 2015, p. 258.

<sup>591</sup> M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., p. 410: «[l]a condivisibile ambizione al consolidamento degli indirizzi giurisprudenziali, in funzione di garanzia di certezza e di eguaglianza, particolarmente forte nel diritto processuale e in quello penale, ma avvertibile ovunque e fatta fermamente valere dalla stessa Corte di Strasburgo, non ha nulla a che vedere con l'apertura alla creazione giudiziale della norma».

<sup>592</sup> In questi termini, M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit., p. 714 e 725.

<sup>593</sup> Quanto alla distinzione manichea tra "autorità" e "ragione" nella alternativa tra i due modelli estremi che vedono, da un lato, il pieno conformarsi all'*ipse dixit* e, dall'altro, la decisione fondata esclusivamente sulla ragione dell'ufficio giudiziario di riferimento: G. GORLA, voce *Giurisprudenza*, cit., p. 496.

<sup>594</sup> Come scrive efficacemente Giovanni Cocco, il contrasto inconsapevole è «pericoloso anche per la *forza gravitazionale* del precedente che comporta la genesi di ulteriori decisioni che si allineano ad esso

provvedimento assiste a un mutamento che causa inevitabilmente una disparità di trattamento, difficile da comprendere giacché non è posto in relazione con la giurisprudenza precedente. Dall'altro, i giudici di merito interessati dalla medesima questione si ritrovano innanzi a un bivio sprovvisti degli strumenti argomentativi per orientarsi circa la direzione da prendere. È ben possibile, poi, paventare il rischio che un simile atteggiamento posto in essere da parte del giudice di ultima istanza funga da modello negativo, ossia deresponsabilizzi i colleghi e al contempo legittimi – anche solo implicitamente – la pronuncia di sentenze di merito avulse dal rendere conto del percorso interpretativo entro cui si colloca la singola decisione.

Insomma, se il giudice indica in motivazione il riferimento giurisprudenziale antecedente che pure sia giunto a conclusioni opposte – seguendo così la scia del *legal reasoning* d'oltremarica – permette di meglio seguire «l'itinerario logico che il giudice ha percorso per arrivare alla sua conclusione» così che «se la decisione è sbagliata, si può facilmente rintracciare, attraverso la motivazione, in quale tappa del suo cammino il giudice ha smarrito l'orientamento»<sup>595</sup>. Altrimenti, alimentata la incertezza attraverso tali contrasti inconsapevoli, non è fuor di ragione immaginare il radicamento di quel sentimento di sfiducia che già caratterizza l'atteggiamento del popolo italiano nei confronti del potere giurisdizionale<sup>596</sup>.

In tale prospettiva, non si vuol certo negare che il sistema penale stia attraversando un periodo di transizione: il monolite positivista è gradualmente sostituito da un «incessante processo di positivizzazione»<sup>597</sup>, in cui legislatore e giudice sono chiamati a una leale collaborazione. Questo, nondimeno, non permette di accettare forme di esercizio arbitrario del potere interpretativo in cui il giudice operi quasi fosse un'isola, senza considerare il contesto giuridico in cui una specifica soluzione interpretativa si colloca<sup>598</sup>.

#### 1.3.4 *Tergiversare è un lusso che non ci si può più permettere:*

L'urgenza dettata dal problema in esame, acuitizzato dal rapporto tra le fonti interne ed europee, emerge non solo dal rilievo della iniziativa di riforma legislativa, bensì dallo stesso atteggiamento delle Sezioni Unite, da anni impegnate nello sforzo di enucleare il rapporto tra la legalità nazionale e sovranazionale, prospettando diverse possibili soluzioni. In tal

---

tralaticamente in una sorta di gioco al ribasso della legalità che determina la diseguaglianza di trattamento dei cittadini davanti alla legge penale, per di più, priva di alcuna giustificazione»: id., *Le fonti*, cit., p. 113 s.

<sup>595</sup> Così, nel commentare l'importanza della motivazione nella pronuncia giudiziale P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Milano, 2015, p. 170.

<sup>596</sup> F. COPPOLA, *Il difficile ruolo del giudice penale contemporaneo verso la prevedibile interpretazione delle fattispecie*, in *Dir. pen. e proc.*, 12, 2018, p. 1637 ss., ove l'A. riporta due interessanti studi: l'uno posto in essere dal Consiglio d'Europa nel 2013 secondo cui solo il 14% dei cittadini italiani è pienamente soddisfatto della comprensibilità delle pronunce giurisdizionali a fronte di una media del 46% negli altri paesi europei; l'altro su iniziativa dalla Commissione Europea nel 2017 da cui emerge che più del 50% del popolo italiano dubita di indipendenza e terzietà dei giudici.

<sup>597</sup> P. GAETA, *L'illusione della monade chiusa: primato del caso e crisi della tipicità penale*, cit., p. 121.

<sup>598</sup> Del resto, «[l]a nomofilachia è uno strumento essenziale del diritto giurisprudenziale postmoderno. La natura dialogica del circuito nomofilattico sventa il pericolo del solipsismo giudiziario, mettendo i giudici in rete nella elaborazione del precedente e nella verifica della sua congruità»: G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, cit., p. 171.

senso, pare possibile individuare una vera e propria *escalation* nella sensibilità al tema da parte della giurisprudenza di legittimità da riassumere in tre passaggi centrali cui si farà cenno, rapidamente, nei paragrafi che seguono.

#### 1.3.4.1 Cass., Sez. Un., 21 gennaio 2010, n. 18288

Nella decisione della Suprema Corte, resa a Sezioni Unite il 21 gennaio 2010<sup>599</sup> si affermava, per l'appunto, che «[l]a Corte europea ha saputo “distillare dalla disposizione dell’art. 7 il condensato dei più importanti principi espressivi della civiltà giuridica europea”, conciliando, all’interno di una realistica visione del principio di legalità, aspetti peculiari di ordinamenti giuridici diversi. In considerazione delle differenze che intercorrono, sul piano del sistema delle fonti del diritto, tra gli ordinamenti di *common law* e quelli di *civil law*, il principio convenzionale di legalità è stato inteso, per così dire, in senso “allargato”». Quindi, «[i]l giudice riveste un ruolo fondamentale nella precisazione della esatta portata della norma, che, nella sua dinamica operativa, vive attraverso l’interpretazione che ne viene data. La struttura necessariamente generica della norma è integrata e riempita di contenuti dalla attività “concretizzatrice” della giurisprudenza». Una simile pronuncia rappresenta inevitabilmente la presa d’atto del mutamento entro gli equilibri costituzionali e istituzionali, promanazione di una diversa concezione della legalità penale. Anzi, secondo alcuni si tratterebbe già di «un significativo e concreto riconoscimento di “valore” al precedente, in una prospettiva sempre più distante da una efficacia solo “persuasiva” e “vincolante”, al più, per il solo giudice del rinvio»<sup>600</sup>. In tale prospettiva, la sentenza anticipa il diffondersi non già della dottrina ma della cultura del precedente, da intendere quale maggiore sensibilità circa il ruolo della interpretazione giurisprudenziale nella conformazione della norma incriminatrice e, di conseguenza, nel preservarne nel tempo una ragionevole stabilità. Nondimeno, simili affermazioni da parte dell’organo di vertice della Cassazione sono parse di per sé il segnale di una eccessiva torsione del *nullum crimen* tanto da potervi individuare «[u]n passaggio importante sulla via del superamento del principio di legalità penale come affermato dalla costituzione vigente»<sup>601</sup>.

#### 1.3.4.2 Cass., Sez. Un., 19 aprile 2012, n. 34952

Nel riconoscere la configurabilità della tentata rapina impropria, poi, le Sezioni Unite hanno precisato che la soluzione ermeneutica prescelta nel caso di specie non contrastava con il principio di cui all’art. 7 CEDU atteso l’ampio consolidarsi di tale orientamento nelle pronunce antecedenti<sup>602</sup>. Ebbene, senza entrare nel merito della vicenda, è indubbio che una tale puntuale attenzione mostri quanto meno il diffondersi di una certa consapevolezza del problema connesso al consolidarsi di un orientamento interpretativo sfavorevole al reo e

---

<sup>599</sup> Cass., Sez. Un., 21 gennaio 2010, (dep. 13/05/2010), n. 18288; il caso riguarda la possibilità di riproporre con successo la richiesta di indulto innanzi al giudice dell’esecuzione a fronte di un mutamento giurisprudenziale intervenuto a Sezioni Unite.

<sup>600</sup> V. MANES, *Dalla “fattispecie” al “precedente”*: appunti di “deontologia ermeneutica”, cit., p. 29.

<sup>601</sup> G. INSOLERA, *Oltre il giardino*, cit., in pct. nota n. 5.

<sup>602</sup> Cass., Sez. Un., 19 aprile 2012 (dep. 12/09/2012), n. 34952.

delle conseguenze che ne possono derivare sul piano dei diritti. In particolare, i giudici di legittimità ribadivano che «[n]ella giurisprudenza della Corte EDU al suddetto principio [di legalità] si collegano i valori della accessibilità (*accessibility*) della norma violata e della prevedibilità (*foreseeability*) della sanzione, accessibilità e prevedibilità che si riferiscono non alla semplice astratta previsione della legge, ma alla norma 'vivente' quale risulta dall'applicazione e dalla interpretazione dei giudici; pertanto, la giurisprudenza viene ad assumere un ruolo decisivo nella precisazione del contenuto e dell'ambito applicativo del precetto penale. Il dato decisivo da cui dedurre il rispetto del principio di legalità, sempre secondo la Corte EDU, è, dunque, la prevedibilità del risultato interpretativo cui perviene l'elaborazione giurisprudenziale, tenendo conto del contenuto della struttura normativa, prevedibilità che si articola nei due sotto-principi di precisione e di stretta interpretazione»<sup>603</sup>. In base a tali premesse, i giudici arrivavano a sostenere che «[n]on vi è dubbio che nel caso in esame la prevedibilità del risultato interpretativo con riferimento al "diritto vivente" è piuttosto rappresentata da una giurisprudenza, non proprio maggioritaria, ma addirittura granitica, per molti decenni, fino alla pronuncia di alcune sentenze difformi. Si discute, pertanto, della modifica di un risultato interpretativo "normalmente" prevedibile, in quanto assistito da una consistente e pluridecennale giurisprudenza, e ciò può avvenire solo nel caso in cui tale risultato contrasti, in modo chiaro ed evidente, con i principi di precisione e di stretta interpretazione. In verità, si tratta di una questione sulla quale si è manifestata in modo evidente la differenza tra gli orientamenti assunti dalla quasi totalità della giurisprudenza di legittimità e gli approdi ermeneutici cui è pervenuta la maggior parte della dottrina. Gli argomenti a favore della tesi giurisprudenziale minoritaria si traggono, quindi, soprattutto dalla dottrina [...]»<sup>604</sup>.

#### 1.3.4.3 Cass., Sez. Un., sent. 27 aprile 2017, n. 40076

La pronuncia in questione si fa carico di chiarire gli effetti della sentenza *de Tommaso c. Italia*<sup>605</sup> rispetto al sistema interno delle misure di prevenzione, attraverso una decisione «dalle intonazioni costituzionali»<sup>606</sup>. Le Sezioni Unite, infatti, hanno scelto di "abrogare" in via interpretativa la fattispecie di cui all'art. 75, comma 2, d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159, nella parte in cui sanzionava la violazione del comando quanto mai indeterminato di "vivere onestamente" e "rispettare le leggi"<sup>607</sup>, trovando subito un certo seguito nella giurisprudenza di legittimità e di merito<sup>608</sup>. Nel dettaglio, la Corte non si esime dal compiere

<sup>603</sup> Ivi, § 5, *Considerato in diritto*.

<sup>604</sup> Sul punto, si rinvia a G. L. GATTA, *Sulla configurabilità del tentativo di rapina impropria in ipotesi di mancata sottrazione della res*, in *Dir. pen. cont.*, 16 settembre 2012.

<sup>605</sup> Corte Edu, Grande Camera, 27 febbraio 2017, *de Tommaso c. Italia*, cit.

<sup>606</sup> V. MAIELLO, *La violazione degli obblighi di "vivere onestamente" e "rispettare le leggi" tra abolitio giurisprudenziale e giustizia costituzionale: la vicenda Paternò*, in *Dir. pen. e proc.*, 6, 2018, p. 778, corsivo dell'A.

<sup>607</sup> Disposizioni invero in precedenza salvate dalla Corte costituzionale in ragione della lettura teleologica e sistematica offerta alle previsioni *de quo* (da ultimo, sent. 23 luglio 2010, n. 282), ma in parte ridimensionate nel portato applicativo dalle Sezioni Unite Sinigaglia, n. 32923 del 2014.

<sup>608</sup> F. BASILE, *Quale futuro per le misure di prevenzione dopo le sentenze De Tommaso e Paternò?*, in *Giur. it.*, 2018, p. 458.

una interpretazione che rafforzi il canone di legalità penale inteso sia a livello nazionale che sovranazionale: solo la lettura «tassativizzante e tipizzante» del reato in questione permette di rispettare i principi costituzionali<sup>609</sup>, evitando l'eccessivo proliferare della discrezionalità giudiziaria<sup>610</sup>. In questa direzione, quindi, si apprezza la portata rivoluzionaria della decisione delle Sezioni Unite le quali, dialogando direttamente con il diritto sovranazionale<sup>611</sup>, arrivano a incidere sulla fattispecie escludendo, in via interpretativa, il rilievo penale di quelle condotte che non siano sufficientemente determinate<sup>612</sup>. Tale soluzione, del resto, permette alla disposizione di guidare in termini sufficientemente precisi l'agire dei propri destinatari, essendo possibile ritagliarne la portata in via interpretativa senza dover ricorrere, di necessità, all'intervento chirurgico della Corte costituzionale.

Pertanto, sebbene il testo di legge rimanga invariato, l'intervento delle Sezioni Unite ne modifica apertamente la portata *in action*, individuando nella funzione nomofilattica della Corte la possibilità di riparametrare le norme incriminatrici che appaiano viziate in punto di tipicità o tassatività del comando. Una simile soluzione, è evidente, impone una nuova visione della Corte di vertice entro gli equilibri costituzionali, rendendo ancora più urgente la gestione sistematica dei rapporti istaurati tra interprete e legislatore nell'età pos-moderna.

## 2. La "cultura del precedente"

### 2.1 Questioni di lessico e di formanti

In base a quanto emerso dalla ricerca comparata con l'ordinamento di *common law*, è utile ribadire che non si intende certo – né ciò pare possibile – identificare in termini di perfetta sovrapposizione il modello di *common law* e *civil law*. Anzi, lo stesso utilizzo entro il sistema continentale di espressioni come "vincolo del precedente"<sup>613</sup>, "*overruling*", "*distinguishing*" è da accettare solo se inteso in senso atecnico. Detto altrimenti, in assenza di una gerarchizzazione ordinata del potere giudiziario, della distinzione strutturale tra *ratio decidendi* e *obiter dictum* in ciascuna sentenza, della attenzione preliminare al fatto che porti il giudice a decidere *case by case* attraverso il metodo analogico, l'ordinamento italiano per quanto possa aver subito una virata nella direzione della "*common law-isation*"<sup>614</sup> è ben

---

<sup>609</sup> Sulla necessità che la interpretazione in materia penale proceda per stadi perseguendo il fine non solo anti-analogico ma tassativizzante, V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, cit.

<sup>610</sup> V. MAIELLO, *La violazione degli obblighi di "vivere onestamente" e "rispettare le leggi" tra abolitio giurisprudenziale e giustizia costituzionale: la vicenda Paternò*, cit., p. 780 s., ove l'A. descrive la sentenza come «paracostituzionale».

<sup>611</sup> Per approfondire, si veda F. MAZZACUVA, *La prevenzione sostenibile*, in *Cass. pen.*, 3, 2018, p. 1017 ss.

<sup>612</sup> Quanto all'utilizzo del principio di determinatezza quale "canone ermeneutico": F. VIGANÒ, *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato*, in *Dir. pen. cont.*, 9, 2017, p. 149.

<sup>613</sup> Si riferisce espressamente al "vincolo del precedente", pur in forma attenuata perché non assoluto e interno alla Corte di legittimità: G. FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e principio di diritto*, cit., p. 7.

<sup>614</sup> V. MANES, *Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, cit., p. 969.

lontano dall'aver recepito la dottrina del precedente. Ci si interroga, quindi, sulla opportunità di protrarre l'uso tanto in sede accademica quanto nelle stesse sentenze di termini il cui significato, se inteso in senso rigoroso, pare antitetico rispetto alla impostazione stessa del nostro sistema. Certamente si comprende la contingenza secondo cui l'uso di certi significanti si diffonde per convenzione presso una data comunità, forte dei riferimenti culturali comuni. Nondimeno, le ambiguità terminologiche che potrebbero suggerire all'occhio inesperto una completa sovrapposizione tra i due paradigmi, potrebbero essere facilmente evitate nel momento in cui – altrettanto, per convenzione – si scegliesse di rispettare l'accezione tecnica del lemma, evitando di adattarlo a contesti poco consoni.

Tanto premesso, congelando il ragionamento comparato con riguardo alle questioni terminologiche, si rischia di rimanere a fissare la punta del dito mentre questo, invece, indica la luna. Ferma la consapevolezza circa le distinzioni tra i due modelli, infatti, pare innegabile che negli ultimi anni vada a emergere con sempre maggior vigore quel tratto condiviso che riposa sull'idea di una tradizione giuridica comune, il cui sviluppo nel corso dei secoli porta oggi a scorgere innumerevoli assonanze tra *common law* e *civil law*.

Pertanto, tenendo conto delle necessarie puntualizzazioni di lessico e mantenendo dritta la barra in riferimento alle distinzioni concettuali sottese all'intervento di formanti differenti, si apre lo spazio per la comparazione tra i due modelli, intesa nel senso della possibilità di "importare" al di qua della Manica rimedi e soluzioni maturati nelle riflessioni del giurista anglosassone allo scopo di bilanciare l'esigenza di certezza e affidamento nella stabilità del diritto con la garanzia di adeguamento costante a una realtà che corre a rapidi balzi verso il futuro.

Posta, quindi, una prima analisi delle criticità che sono seguite alla riforma dell'art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p., si tenterà di individuare quegli strumenti la cui introduzione, o il cui rafforzamento, aiuterebbe – se non a risolvere – quanto meno a meglio controllare la fase di transizione in cui muoviamo.

## 2.2 Riforma Orlando: profili (e problemi) applicativi.

«L'orientamento espresso dalla decisione delle Sezioni unite "aspira" indubbiamente ad acquisire stabilità e generale seguito: ma [...] si tratta di connotati solo "tendenziali", in quanto basati su una efficacia non cogente, ma di tipo essenzialmente "persuasivo"<sup>615</sup>. Con la conseguenza che, a differenza della legge abrogativa e della declaratoria di illegittimità costituzionale, la nuova decisione dell'organo della nomofilachia resta potenzialmente suscettibile di essere disattesa in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l'onere di adeguata motivazione»<sup>616</sup>.

---

<sup>615</sup> Quanto alla tendenza di ogni giudizio di attenersi al "precedente", si veda A. GOODHART, *Precedent in English and Continental Law*, in *Law Quarterly Rev.*, 1934, p. 40 ss.: l'A. osserva, sul punto, che «it is a natural practice of the human mind, whether legal or non-legal, to accept the same pattern in similar or analogous cases» (ivi, p. 41).

<sup>616</sup> Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230, § 9, *Considerato in diritto*.

Neppure in seguito alla riforma Orlando pare necessario rivedere una simile posizione giacché il vincolo imposto alla sezione semplice si riduce nell'obbligo di una motivazione rafforzata in sede di rimessione della questione alle Sezioni Unite (vincolo c.d. relativo o indiretto). Nondimeno, il rischio che una erronea applicazione della novità normativa possa alterare la stessa separazione tra poteri, tramutando la nomofilachia in diritto *judge-made* è tutt'altro che remoto.

Quanto ai profili sostanziali della riforma, ci si potrebbe interrogare rispetto alla vincolatività del principio di diritto laddove la singola sezione intenda offrire una diversa lettura in *favor rei*. Al riguardo, sembra da condividere la riflessione secondo cui una simile deroga non solo indebolirebbe la regola generale, aprendo la strada a incontrollabili ipotesi eccezionali, ma sarebbe anche causa di trattamenti discriminatori<sup>617</sup>. La rimessione al supremo collegio, anche in caso, di mutamenti *in bonam partem* permetterebbe (se del caso) l'efficacia *erga omnes* del *novum* e il rispetto del principio di eguaglianza. D'altro canto, il legislatore se avesse voluto prevedere un simile limite lo avrebbe con tutta probabilità esplicitato, attesa la intensità del dibattito che si è sviluppato su questi temi negli anni antecedenti la riforma.

Un ulteriore problema attiene ai confini del "principio di diritto" di cui al comma 1-bis: è chiaro che più è ampio tale confine maggiore sarà il limite imposto alla sezione semplice, con conseguente erosione della discrezionalità del collegio<sup>618</sup>. D'altro canto, la soluzione della questione è tutt'altro che agevole. Al riguardo, vero è che l'art. 173 disp. att., c.p.p.<sup>619</sup>, già richiede che il supremo collegio enunci il principio di diritto in relazione al solo giudice del rinvio (comma 2) oppure in ossequio all'adempimento della stessa funzione nomofilattica (comma 3). Nondimeno, non bisogna tralasciare le difficoltà che spesso emergono nel trasporre l'essenza della sentenza entro la raccolta curata dall'ufficio del massimario<sup>620</sup>. In aggiunta, intervenuta la rimessione, le Sezioni Unite sono tenute a decidere sull'intero *thema decidendum*, non essendo possibile nel procedimento penale selezionare l'oggetto della rimessione<sup>621</sup>. Sarebbe, quindi, opportuno che le stesse Sezioni

---

<sup>617</sup> A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., p. 311.

<sup>618</sup> Quanto alla necessità di specificare tale nozione allo scopo di evitare che il rimedio si tramuti in un "accanimento terapeutico": A. LANZI, *Il caos punitivo e la nomofilachia: una medicina o un inutile accanimento terapeutico?*, cit., p. 295 s. Sul punto, si veda pure F. R. DINACCI, *Il difficile rapporto giudice-legge nel giudizio di Cassazione tra accentuata nomofilachia e poteri di merito*, cit., ove l'A. considera la eventualità di includere o meno le questioni pregiudiziali e le questioni preliminari entro la nozione in esame.

<sup>619</sup> Secondo alcuni tale previsione è da ritenere avvinta al 618, comma 1-bis, c.p.p., dalla relazione di genere a specie così da ammettere una deroga da parte della previsione speciale neo-introdotta rispetto alla regola generale di cui all'art. 173: F. R. DINACCI, *Il difficile rapporto giudice-legge nel giudizio di Cassazione tra accentuata nomofilachia e poteri di merito*, cit.

<sup>620</sup> Sui contrasti che è possibile riscontrare tra la massima della decisione e il principio di diritto, già A. PIZZORUSSO, *Stare decisis e Corte costituzionale*, in G. Treves (a cura di), *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, Unione tipografica, 1971, p. 43.

<sup>621</sup> Suggestisce di estendere al procedimento penale la regola di cui all'art. 142, disp. att., c.p.c., e, quindi, ammettere ricorsi parziali alle Sezioni Unite: G. FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e principio di diritto*, cit., 17.

Unite indicassero il principio di diritto decisivo per la risoluzione della controversia e, quindi, “vincolante” ex art. 618 c.p.p.<sup>622</sup>. D’altra parte, numerosissime critiche si appuntano rispetto alla regola di *common law* che impone al secondo giudice e non al primo di individuare la *ratio decidendi* del giudizio, derivandone il rischio di ulteriori fraintendimenti e ambiguità interpretative.

Quanto al vincolo orizzontale nei confronti delle stesse Sezioni Unite, è indubbio che la lezione impartita dal *Practice Statement* del 1966 sia da condividere così da enfatizzare il ruolo della giurisprudenza nell’adeguare la interpretazione al mutare delle esigenze contingenti<sup>623</sup>. In tal modo, infatti, si preserva la capacità offerta dal diritto vivente di preservare la adeguatezza dell’impianto normativo rispetto al dato reale, conservando in ogni caso il Parlamento il potere di intervenire sulle singole questioni in piena discrezionalità. Sul punto, nondimeno, pare opportuno riproporre l’atteggiamento dei Pari così come della *Supreme Court* secondo cui il mutamento interpretativo è strumento da utilizzare come risorsa scarsa, da impiegare solo ove sussistano congrue ragioni in grado di compensare il *vulnus* alla certezza del diritto che inevitabilmente ne consegue. In altri termini, non basta il mutare della opinione soggettiva dei componenti del collegio per giustificare il *revirement*, che rimane da posticipare nel tempo qualora i giudici ravvisino il rischio di una sproporzionata lesione dell’affidamento su quel dato orientamento. Si auspica, quindi, che anche le Sezioni Unite avranno cura di motivare approfonditamente circa le ragioni che giustificano il cambio di rotta, agevolando la possibilità di conoscere e, pure, controllare l’operato della Corte da parte dell’opinione pubblica.

In aggiunta, preme considerare che in relazione alla progressiva crisi della nozione tradizionale di legalità, la riforma in questione è stata descritta come intervento «in palmare contrasto con il principio di stretta legalità»<sup>624</sup>. La *ratio* della riforma, infatti, controbilancia la debolezza parlamentare attraverso la attribuzione al potere giurisdizionale di nuovo vigore quanto alla funzione nomofilattica. Ne deriverebbe, in primo luogo, l’indesiderabile irrigidimento degli orientamenti giurisprudenziali con il conseguente frapporsi di nuovi ostacoli per l’avvocato al fine di ottenere un mutamento della regola di diritto favorevole all’assistito. Inoltre, le Sezioni Unite finirebbero per costituire vera e propria “fonte” in materia penalistica<sup>625</sup>. Sul punto, è, anzitutto, opportuna l’osservazione secondo cui la nuova disposizione non esclude il “dialogo” all’interno della Corte di legittimità bensì ne muta i protagonisti: non più le sentenze delle singole sezioni tra loro bensì quest’ultime direttamente con le Sezioni Unite attraverso l’ordinanza di rimessione<sup>626</sup>. Sul punto, nemmeno convince la tesi per cui un simile strumento costruisce entro il potere giurisdizionale un ordine gerarchico contrario ai principi di indipendenza e autonomia

---

<sup>622</sup> Ivi, p. 10, ove l’A. propone di utilizzare la procedura di lettura e approvazione della motivazione di cui all’art. 617, comma 3, c.p.p.

<sup>623</sup> A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., p. 315.

<sup>624</sup> In tal senso, S. MOCCIA, *Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo stato sociale di diritto. relazione di sintesi*, cit.

<sup>625</sup> Ibid.

<sup>626</sup> G. FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e principio di diritto*, cit., p. 7.

interna alla magistratura. Vero è che la funzione nomofilattica acquista un nuovo slancio verticale sotto la guida del Supremo Collegio. Ciò nondimeno, è altrettanto innegabile che si tratti di un limite solo relativo, superabile attraverso la rimessione allo stesso organo di vertice e, in ogni caso, non sanzionato. Del tutto diversa, del resto, la impostazione del sistema anglosassone in cui il precedente della *Supreme Court* vincola secondo un rigido schema gerarchico tutte le Corti inferiori; le decisioni della *Court of Appeal* a loro volta limitano il potere della *High Court* e così procedendo verso il basso, secondo un ritmo evidentemente estraneo all'ordinamento continentale.

Da ultimo, sembra utile soffermarsi sul profilo appena accennato della assenza di qualsivoglia sanzione processuale<sup>627</sup> o disciplinare<sup>628</sup> nei confronti della sezione semplice che venga meno all'obbligo di rimessione in caso di disaccordo con il Supremo Collegio. In merito, diversi sono stati i suggerimenti dottrinali circa la opportunità di attribuire rilievo al mancato conformarsi al *decisum* delle Sezioni Unite<sup>629</sup> attraverso lo strumento dei ricorsi straordinari<sup>630</sup>. Sennonché, convince la posizione di coloro che sostengono la inaccettabilità di sanzioni di qualsiasi tipo: trattandosi della Corte di vertice dell'ordinamento, è la cultura giuridica condivisa tra i giudici, il riconoscimento della superiore autorevolezza delle Sezioni Unite<sup>631</sup> e della importanza del loro ruolo rispetto alla uniformazione del diritto *in action* a dover spingere i vari collegi, non certo la minaccia della sanzione<sup>632</sup>. Altrimenti, si potrebbe insinuare il dubbio che sussista da parte del legislatore una totale sfiducia nel corpo giudiziario e nella responsabilità e serietà dei suoi componenti, la cui posizione e il cui impegno non può che essere teso al dover essere, al miglioramento dell'assetto ordinamentale.

---

<sup>627</sup> Invero, a fronte dell'obbligo di cui all'art. 618, co 1-bis, c.p.p., si è affermato che la decisione della sezione semplice resa in contrasto con il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite sarebbe abnorme giacché in carenza di potere: C. IASEVOLI, *Le nuove prospettive della Cassazione penale: verso l'autonomia dalla Costituzione?*, in *Giur. it.*, 10, 2017, p. 2301.

<sup>628</sup> R. APRATI, *Le Sezioni Unite fra l'esatta applicazione della legge e l'uniforme interpretazione della legge (commi 66-69 l. n. 103/2017)*, in A. Marandola-T. Bene (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario (L. 103/2017)*, Varese, Giuffrè, 2017, p. 278, ove l'A. mette in evidenza come neppure può trattarsi di una causa di invalidità giacché, anche volendo intendere tale previsione come regola di riparto dei procedimenti tra le sezioni della Corte, sembra tuttavia incapace di incidere sulla garanzia di cui all'art. 25, 1 comma, Costituzione.

<sup>629</sup> Sul punto, F. R. DINACCI, *Il difficile rapporto giudice-legge nel giudizio di Cassazione tra accentuata nomofilachia e poteri di merito*, cit., sonda la possibilità di tacciare di inesistenza la sentenza della sezione semplice ovvero, meglio, di individuare un caso di invalidità *sub specie* di incompetenza funzionale qualora sia violata la regola di cui all'art. 618, comma 1-bis, c.p.p.

<sup>630</sup> Ibid., secondo cui si darebbe la possibilità di un procedimento di revisione "europea" laddove la sentenza di legittimità abbia violato il canone sovranazionale di "prevedibilità e accessibilità" discostandosi dalle Sezioni Unite.

<sup>631</sup> Quanto agli effetti che di fatto può generare l'autorevolezza della decisione, si rinvia a L. L. VALLAURI, voce *Giurisprudenza (I)*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, Treccani, p. 3.

<sup>632</sup> G. FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e principio di diritto*, cit., p. 7.

## 2.3 Simmetrie e asimmetrie con il modello di *common law*

### 2.3.1 Quali i possibili rimedi?

Allo scopo di evitare che «la dimensione giudiziale del diritto comporti un intollerabile saldo negativo»<sup>633</sup> e, al contempo, onorare i progressi che si devono alla giurisprudenza di Strasburgo – grazie alla quale non è più possibile eludere il *nullum crimen* attraverso soluzioni giurisprudenziali che producano effetti retroattivi *in malam partem* – sembra necessario considerare diversi profili. È in questa direzione, infatti, che si apprezza maggiormente la comparazione con il modello di *common law*, facendo tesoro della esperienza altrui per proporre soluzioni ai vari problemi prospettati e prospettabili sul tema.

Si pone, quindi, il tema di regolare ed eventualmente controllare gli effetti del mutamento giurisprudenziale<sup>634</sup>. Al riguardo si danno due strade: una prima alternativa sarebbe quella di equiparare quanto al rispetto delle garanzie fondamentali il formante legislativo e giurisprudenziale. Senonché, questa soluzione scardina alla radice le fondamenta su cui è costruita la legalità penale ossia il riparto tra poteri e la soggezione del giudice alla legge. Del resto, una simile opzione è stata drasticamente esclusa dai giudici costituzionali a partire dalla celebre sentenza n. 230 del 2012, le cui cadenze paiono confermate dalla ordinanza *Taricco* in tema di rapporti tra diritto interno e giurisprudenza europea<sup>635</sup>.

Di talché, pare preferibile seguire la via di una regolazione *ad hoc* rispetto all'esercizio della funzione nomofilattica. In tal senso, la riforma Orlando potrebbe dare l'avvio a una nuova stagione della nomofilachia, capace di assicurare soluzioni tangibili ai problemi in discussione.

In merito, allora, occorre distinguere a seconda che si tratti previsioni legislative il cui significato appaia “a monte” impossibile da comprendere<sup>636</sup> dalle ipotesi in cui si diano diverse interpretazioni plausibili e spetti al giudice scegliere la soluzione più opportuna.

---

<sup>633</sup> V. MANES, *Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, cit., p. 970. Sul punto, si veda, già, G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, cit., p. 1272.

<sup>634</sup> Quanto alla distinzione tra irretroattività *in the books* e *in action*, si rimanda a A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., p. 266.

<sup>635</sup> Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24, ove la Corte afferma che «il principio che l'attività del giudice chiamato ad applicarla deve dipendere da disposizioni legali sufficientemente determinate. In questo principio si coglie un tratto costitutivo degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri di civil law. Essi non affidano al giudice il potere di creare un regime legale penale, in luogo di quello realizzato dalla legge approvata dal Parlamento, e in ogni caso ripudiano l'idea che i tribunali penali siano incaricati di raggiungere uno scopo, pur legalmente predefinito, senza che la legge specifichi con quali mezzi e in quali limiti ciò possa avvenire» (§ 9, Considerato in diritto). A maggior ragione, si consideri la successiva sentenza 10 aprile 2018, n. 115, che chiude la “saga” *Taricco*.

<sup>636</sup> Emblematico, al riguardo, è il caso della fattispecie di lottizzazione abusiva di cui all'art. 44, d. p. r. 6 giugno 2001, n. 380, esaminata dalla Corte di Strasburgo nella menzionata decisione *Sud Fondi c. Italia*: il procedimento nazionale, infatti, si era risolto in una assoluzione da parte della Corte di legittimità giacché «la legge regionale applicabile, unita alla legge nazionale, era “oscura e mal formulata”» (§ 112, in diritto). Ancora, si potrebbe citare l'esempio della fattispecie di disastro innominato. Il reato di cui all'art. 434 c.p. è stato salvato dalla Corte costituzionale nella celebre decisione del 30 luglio 2008, n. 327, ove la Corte si è premurata di ammonire il legislatore nel senso che sarebbe stato «tuttavia auspicabile che talune delle fattispecie attualmente ricondotte,

Quanto al primo caso, sembra che il problema possa risolversi sul piano della determinatezza della fattispecie: la impossibilità di individuare in termini sufficientemente chiari il significato della disposizione<sup>637</sup>, in ipotesi riconoscendo che «il precetto diventa inattuabile per un avvicinarsi e affollarsi di fonti che continuamente rinviano ad altre fonti»<sup>638</sup>, giustificerebbe una declaratoria di incostituzionalità della stessa fattispecie per vizio di determinatezza. In tutti questi casi, infatti, sembra ragionevole attribuire al giudizio di costituzionalità maggiore coraggio. Non volendo certo negare l'estrema complessità del problema che impinge il riparto tra poteri che viene in rilievo nel rapporto tra Parlamento e Corte costituzionale, neppure può dirsi soddisfacente l'atteggiamento oltremodo prudente di quest'ultima che pare aver sostanzialmente rinunciato alla verifica di determinatezza della disposizione penale. D'altro canto, la timidezza del giudice interno non trova corrispondenza nell'atteggiamento dei colleghi che siedono nei tribunali sovranazionali, con il rischio che la disposizione "illeggibile" causi la condanna dello Stato per violazione del *nullum crimen* in ambito europeo<sup>639</sup>, con i conseguenti problemi derivanti dal raccordo tra i diversi livelli di giurisdizione<sup>640</sup>.

Per quanto riguarda, invece, le tecniche di *drafting*, non sembra possibile – né auspicabile – adattare il modello italiano al metodo seguito dal Parlamento inglese. L'*horror vacui* che genera precetti estremamente lunghi e contorti i quali procedono alla sostanziale enumerazione delle condotte sanzionate, nelle forme di veri e propri elenchi, non pare in alcun modo soddisfacente. Gli stessi tribunali di *common law*, del resto, hanno mostrato il fallimento della descrizione analitica del precetto giacché sono continuamente chiamati a risolvere questioni ermeneutiche rispetto alle offese statutarie con il rischio finanche di compromettere il canone della *strict interpretation* (cfr. *supra* I, Sez. III, § 2.2). Al contrario, mirando a migliorare la qualità della fase di redazione delle disposizioni, sarebbe da valorizzare l'ipotesi di introdurre un organo indipendente, composto da esperti del mondo accademico e da rappresentanti delle diverse categorie professionali coinvolte, che svolga un compito analogo a quello affidato alla *Law Commission* e, quindi, si avvalga della cooperazione tra accademia e operatori del settore per razionalizzare il corpo normativo e

---

con soluzioni interpretative non sempre scevre da profili problematici, al paradigma punitivo del disastro innominato - e tra esse, segnatamente, l'ipotesi del cosiddetto disastro ambientale, che viene in discussione nei giudizi a *quibus* – form[assero] oggetto di autonoma considerazione da parte del legislatore penale». Sul punto, si veda, di recente, T. PADOVANI, *Prefazione*, in F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, cit., p. 12.

<sup>637</sup> Solo si pensi alla nuova fattispecie di autoriciclaggio che ha introdotto una «causa di non punibilità letteralmente inestricabile»: A. LANZI, *Il caos punitivo e la nomofilachia: una medicina o un inutile accanimento terapeutico?*, cit., p. 293.

<sup>638</sup> F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, cit., p. 1194.

<sup>639</sup> Descrive i diversi piani su cui muove la tutela dei diritti come un «gioco delle tre Corti», R. BIN, *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, cit., immaginando il ricorrente che tenta una dopo l'altra tutte le possibili alternative fino a ottenere ragione.

<sup>640</sup> Con riferimento ai vantaggi di un «sistema a rete» in cui la pluralità di Corti permetta un controllo (reciproco) sulla attività giurisdizionale di vertice, C. SOTIS, *La "mossa del cavallo". La gestione dell'incoerenza nel sistema penale europeo*, cit., p. 464 ss.

consigliare il Parlamento in relazione alle opzioni legislative di particolare complessità tecnico-scientifica.

In secondo luogo, neppure sembra possibile sacrificare sull'altare della determinatezza della fattispecie l'utilizzo di elementi normativi il cui contributo, rispetto al potenziale evolutivo della disposizione, rimane imprescindibile.

Ne deriva l'impossibilità di risolvere la totalità dei casi che postulano un vizio di riconoscibilità del precetto attraverso il miglioramento della tecnica di redazione delle leggi oppure, *ex post*, attraverso il vaglio della Corte costituzionale. Piuttosto, a fronte del grado inevitabile di indeterminazione della disposizione penale, occorre lavorare sul piano della interpretazione<sup>641</sup> e, in particolare, sul momento in cui tale operazione si rende trasparente ossia durante la motivazione del provvedimento giurisdizionale<sup>642</sup>.

Con riguardo, quindi, alla seconda ipotesi, ossia al caso in cui il testo di legge si presti a una pluralità di interpretazioni la cui selezione, suscettibile di mutare nel tempo, è demandata all'interprete<sup>643</sup>, si è già avuto modo di riflettere rispetto alla opportunità di mantenere distinto il ruolo affidato al giudice di merito e alle singole sezioni della Corte di legittimità in punto di nomofilachia. Rimangono, invece, da indagare gli effetti del *revirement* compiuto da parte della Corte di ultima istanza e, a maggior ragione, dalle stesse Sezioni Unite.

Procedendo con ordine.

Nel caso di mutamento *in bonam partem*, nessun problema evidentemente insiste rispetto al soggetto coinvolto dal procedimento. Per contro, con riferimento al tema della discriminazione nei confronti di chi abbia compiuto una condotta analoga in precedenza e, per tali fatti, abbia subito una condanna definitiva, l'ostacolo posto dalla sentenza 230 del 2012 pare insormontabile<sup>644</sup> nel negare la azionabilità di strumenti straordinari come la revoca *ex art. 673 c.p.p.*, in omaggio alla necessaria stabilità del giudicato. Il problema, d'altra parte, si ridimensiona considerando la natura relativa del principio di retroattività *in mitius ex art. 3 Costituzione e art. 2, comma 4, c.p.*, la quale è invero tendenzialmente condivisa dalla stessa Corte di Strasburgo come insegna il caso *Scoppola c. Italia*. Residua, in ogni caso, la possibilità di portare la vicenda innanzi alla Corte sovranazionale, qualora sia ancora in corso il termine (piuttosto breve) di cui all'art. 32 CEDU.

---

<sup>641</sup> Quanto alla «controllabilità razionale» della interpretazione, E. MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 71 s.

<sup>642</sup> Con particolare riferimento al ruolo che riveste la motivazione del provvedimento in relazione alla autorità dello stesso, si veda G. GORLA, voce *Giurisprudenza*, cit., p. 497.

<sup>643</sup> Quanto alla possibilità di riconoscere nell'interprete un «volano per l'implementazione delle finalità politico criminali del legislatore»: G. AMARELLI, *Il giudice ed il rispetto della legge penale in sede interpretativa. Obsolescenza apparente e attualità permanente del pensiero di Beccaria*, in *Osservatorio cost.*, 2015, p. 25 s.

<sup>644</sup> Con riguardo, invece alla possibilità di rivedere un simile orientamento della Corte costituzionale, tenendo conto della riforma dell'art. 618 c.p.p. nonché del portato delle decisioni Gatto ed Erolano: G. AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3, 2018, p. 1440 ss.

Tutt'altra questione, invece, concerne il mutamento di segno sfavorevole. Sul punto, infatti, si è proposto di introdurre il rimedio del *prospective overruling*<sup>645</sup>. Sennonché, una tale soluzione non convince. Per quanto riguarda, infatti, il caso di un mutamento *selectively prespective* – ossia applicabile al caso *sub iudice* e *pro-futuro* – evidente è la discriminazione nei confronti del singolo imputato che si veda applicare la regola sfavorevole. Vagliando, quindi, l'ipotesi di un giudizio puramente *prospective*, è indubbio il vantaggio di evitare l'applicazione “a sorpresa” al reo della regola più gravosa, salvando formalmente la qualità della norma penale<sup>646</sup>. Tuttavia, un simile rimedio attribuisce al giudice, *in primis*, la facoltà discrezionale di definire i casi in cui il *decisum* sia da applicare esclusivamente *ex nunc*. Ebbene, il potere di modulare nel tempo gli effetti della propria decisione è – perfino nel modello di *common law* – considerato un tratto caratteristico ed esclusivo del legislatore, il quale forte della legittimazione democratica e della responsabilità politica nei confronti degli elettori può controllare gli effetti nel tempo delle proprie scelte.

D'altro canto, nell'unica decisione della Camera dei Lords in cui si ravvisi un'apertura nei confronti del rimedio *de quo*, la ragione della configurabilità in astratto del *prospective overruling* poggiava proprio sulla improrogabile necessità di mutare il diritto applicabile<sup>647</sup>. Una simile esigenza, tuttavia, è fronteggiata nell'ordinamento di *civil law* dalle scelte di politica criminale riservate al legislatore e non certo al giudice, non sembrando quindi opportuno trasmigrare tale pallida apertura in astratto nell'ordinamento continentale. Con maggior impegno esplicativo, ove non si voglia rinunciare alla distinzione tra formante legislativo e giurisprudenziale in ossequio agli artt. 25, comma 2, e 101 Costituzione, sembra contraddittorio introdurre uno strumento che perfino nel modello di *common law* è guardato con sospetto in ragione del rischio di confondere la funzione legislativa e giudiziaria. In aggiunta, pare alquanto convincente, l'argomento del piano inclinato: nel momento in cui si permetta al giudice di compiere un *prospective overruling*, si legittima un primo scollamento tra la sentenza e la questione controversa dal momento che la decisione giurisprudenziale non troverà paradossalmente applicazione proprio al giudizio da cui è originata. Di talché, si potrebbe arrivare a sostenere che il giudice possa assumere decisioni sostanzialmente indipendenti dalla vicenda sottoposta alla sua attenzione, e, perché no, ammettere addirittura provvedimenti assunti in piena discrezionalità, senza che il Tribunale più si preoccupi di calare il principio di diritto entro le contingenze del caso concreto. Una simile opzione, è evidente, altererebbe in radice il ruolo del potere giurisdizionale e l'equilibrio con il potere legislativo ed esecutivo, vanificando nei fatti le distinzioni circa le rispettive attribuzioni.

Piuttosto, allora, convince la possibilità di “giocare la partita” sul campo della colpevolezza, servendosi della valutazione di ignoranza inevitabile di cui all'art. 5 c.p.

---

<sup>645</sup> Considera la questione già CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., p. 319 ss.

<sup>646</sup> In riferimento alla possibilità di conciliare antiformalismo e diritti fondamentali a fronte del mutamento giurisprudenziale di segno negativo, si veda O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, cit., p. 18 ss.

<sup>647</sup> *In re Spectrum Plus Ltd. V National Westminster Bank* [2005] UKHL 41, cit.

Del resto, la stessa Corte costituzionale ha affermato che la scusabilità dell'errore di diritto non è da saggiare in riferimento a criteri «soggettivi puri», ossia da riferire esclusivamente alle caratteristiche del soggetto, ma piuttosto secondo canoni «oggettivi puri», riferibili a ogni consociato quali «l'assoluta oscurità del testo legislativo»<sup>648</sup> o, per quanto ora di interesse, il difetto di riconoscibilità dovuto a «un gravemente caotico [...] atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari»<sup>649</sup>.

Il vaglio oggettivo di riconoscibilità – o forse in base alla ricostruzione che precede sarebbe meglio dire di prevedibilità – è da integrare con la verifica ulteriore che quello specifico soggetto, portatore di conoscenze e caratteristiche peculiari, sia incappato nell'errore inevitabile o, piuttosto, avrebbe ragionevolmente potuto riconoscere l'incombere del mutamento<sup>650</sup>. Il giudice, poi, è chiamato a tener conto di ulteriori criteri «misti» quali, per esempio, l'intervento di provvedimenti amministrativi o giudiziari di segno favorevole, nonché eventuali assicurazioni da parte di soggetti istituzionali e via dicendo<sup>651</sup>.

Pertanto, qualora siano le Sezioni Unite a riscontrare la inevitabilità dell'errore in base a criteri oggettivi puri o misti, sembra risolto *ex art. 618, comma 1-bis, c.p.p.*, il problema della disparità di trattamento dovuto agli effetti *inter partes* di cui all'art. 5 c.p.

Il potere nomofilattico della Cassazione, che si riflette nelle decisioni (supponiamo conformi) dei singoli collegi, ingiunge, di fatto, una interpretazione *abrogans* della norma incriminatrice. Più nel dettaglio, laddove le Sezioni Unite ravvisino la impossibilità di conoscere una certa fattispecie sulla base di tali criteri oggettivi, ne deriverebbe il riconoscimento di una sorta di esimente "*erga omnes*". Sennonché, una simile soluzione valorizza il piano individuale, scusando il soggetto, senza tuttavia attribuire il giusto peso alle carenze dell'ordinamento, cioè a dire al mancato adempimento del dovere costituzionale imposto allo Stato di dotarsi di norme incriminatrici ragionevolmente conoscibili *ex ante*.

Rimane da chiedersi, quindi, se – giunti a questo punto – non sia meglio immaginare l'operare di una efficiente sinergia con il legislatore che, a fronte di simili decisioni, assuma la responsabilità di un tempestivo intervento al fine di sollevare il potere giudiziario dall'onere della suddetta interpretazione *abrogans* della fattispecie. In questi termini, le

---

<sup>648</sup> Opzione che meglio si confà al primo caso esaminato, ossia al difetto di prevedibilità imputabile alla determinatezza del precetto.

<sup>649</sup> Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, cit., § 27.

<sup>650</sup> Ibid., ove la Corte afferma che «La spersonalizzazione che un giudizio formulato alla stregua di criteri oggettivi puri necessariamente comportava, tuttavia, compensata, secondo quanto innanzi avvertito, dall'esame di eventuali, particolari conoscenze ed <abilità> possedute dal singolo agente: queste ultime, consentendo all'autore del reato di cogliere i contenuti ed il significato determinativo della legge penale escludono che l'ignoranza della legge penale vada qualificata come inevitabile». Del resto, «[i]l fondamento costituzionale della <scusa> dell'inevitabile ignoranza della legge penale vale soprattutto per chi versa in condizioni soggettive d'inferiorità e non può certo esser strumentalizzata per coprire omissioni di controllo, indifferenze, ecc., di soggetti dai quali, per la loro elevata condizione sociale e tecnica, sono esigibili particolari comportamenti realizzativi degli obblighi strumentali di diligenza nel conoscere le leggi penali».

<sup>651</sup> Ibid.

Sezioni Unite fornirebbero l'impulso a una operazione più complessa capace di coinvolgere il Parlamento in ossequio al *nullum crimen* e al riparto costituzionale tra i poteri. Nondimeno, si è consapevoli della distanza tra una simile ricostruzione e il dato reale; non sembra, d'altronde, possibile incentivare un simile meccanismo se non attraverso il richiamo alla serietà istituzionale, alla fiducia reciproca e alla leale collaborazione tra le istituzioni il cui operato sinergico rimane lo strumento indispensabile per il raggiungimento del bene comune.

Più arduo pare, invece, generalizzare le soluzioni interpretative basate su criteri squisitamente soggettivi dal momento che saranno i giudici successivi al pronunciamento a Sezioni Unite a dover valutare, *case by case*, la sussistenza dei medesimi requisiti di riconoscibilità rispetto alla personalità del reo, alle sue specifiche conoscenze personali o professionali, o, al contrario, procedere all'opportuno *distinguishing*.

In questi termini, quindi, si ritiene che il principio di colpevolezza possa agevolare il rispetto della prevedibilità dell'intervento punitivo per quanto attiene alla qualificazione giuridica del fatto, attribuendo rilievo anche al contributo offerto dal formante giurisprudenziale. Si colma, così, il vuoto di tutela che la osservazione formale del diritto *in the books* cagionerebbe in chiave di stretta legalità.

## Conclusioni

George Orwell descrive l'Inghilterra come la nazione più classista che si possa trovare sotto il sole: è una terra di pregiudizi e sentimenti elitari, governata in gran parte da anziani e sciocchi<sup>652</sup>. È possibile, allora, che venga presa a modello? La risposta di segno positivo trova giustificazione nelle stesse parole dell'autore che continua riconoscendo l'unità emotiva del popolo inglese, la tendenza di quasi tutti i suoi abitanti ad agire insieme nei momenti di massima crisi<sup>653</sup>.

Il fatto che il sistema penale italiano stia attraversando una fase di crisi, in parte connaturata alla transizione dell'epoca pos-moderna, è ormai indubbio. Il graduale indebolimento della legalità penale così come immaginata dal mito illuminista impone, infatti, al giurista di *civil law* di ripensare le categorie tradizionali allo scopo di salvaguardare la «cittadella penale»<sup>654</sup> dagli attacchi esterni e interni che minano la tenuta delle sue stesse fondamenta.

La necessità di proteggere tale costruzione è fuori discussione dal momento che essa rappresenta la sintesi degli equilibri faticosamente trovati dai padri costituenti rispetto al dispiegarsi del potere punitivo quale cura e veleno della società. Tuttavia, neppure è possibile indugiare in una visione ingenua del reale che manchi di prendere atto dei mutamenti ormai ampiamente consolidati tra i poteri dello Stato<sup>655</sup>. A fronte della inerzia o, talvolta, incuria del Parlamento, sempre più restio ad assumere le proprie responsabilità in relazione alle scelte di politica criminale, il potere giudiziario è stato costretto ad assumere un ruolo di vera e propria supplenza, spingendosi in certi casi al di là di quanto il *nullum crimen* consentirebbe. In aggiunta, la rivoluzione posta in essere dalla costruzione multilivello delle fonti penalistiche ha ancor più incrinato l'asse costituzionale, mettendo a rischio la effettiva possibilità di salvaguardare le garanzie individuali.

In un simile contesto, il graduale offuscarsi dei tradizionali punti di riferimento assicurati dalla riserva di legge e dalla supremazia del Parlamento *ex art.* 101, Costituzione, hanno spinto la dottrina e la giurisprudenza, prima, e lo stesso legislatore, poi, a cercare rimedi capaci di conciliare volontà e ragione, pluralismo e certezza del diritto. A fronte della sostanziale impossibilità di conoscere *ex ante*, anche solo in termini potenziali, i comportamenti penalmente rilevanti se non considerando gli arresti del diritto vivente, è divenuto prioritario regolare il dispiegarsi nel tempo dei contrasti interpretativi, scongiurando il rischio di conflitti inconsapevoli ed elidendo il più possibile le ipotesi di antinomie sincroniche. Altrimenti, si dovrebbe rinunciare – *in action* – a uno dei capisaldi

---

<sup>652</sup> G. ORWELL, *The Lion and the Unicorn. Socialism and the English Genius*, Milton Keynes, Penguin ed., 2018, p. 19: «England is the most class-ridden country under the sun. It is a land of snobbery and privilege, ruled largely by the old and silly», traduzione a cura di chi scrive.

<sup>653</sup> Ibid: «one has got to take into account its emotional unity, the tendency of nearly all its inhabitants to feel alike and act together in moments of supreme crisis».

<sup>654</sup> L'espressione è di M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine?*, cit., p. 135.

<sup>655</sup> G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, ES, 2008, p. 8 ss.

delle moderne democrazie, ossia al diritto del singolo di autodeterminarsi, compiendo «libere scelte di azione». Ricostruendo il principio in termini generali, infatti, si può affermare che la sanzione penale non deve comprimere “a sorpresa” la libertà, e quindi la dignità, della persona né è da applicare retroattivamente<sup>656</sup>. Al contrario, lo Stato è tenuto a mettere a disposizione un coerente sistema di regole che permettano al cittadino di informarsi<sup>657</sup>, prevedere le conseguenze della propria condotta, quanto meno con riferimento alla qualificazione giuridica del fatto e alle pene che ne conseguono, assicurando l’esercizio del potere punitivo solo in presenza di comportamenti rimproverabili secondo il canone della colpevolezza.

Un simile obiettivo, quindi, ha di recente giustificato la introduzione nell’ordinamento italiano di uno strumento che è possibile ricondurre alla c.d. cultura del precedente. In particolare, la riforma Orlando ha imposto *ex art. 618, comma 1-bis, c.p.p.*, alle sezioni semplici della Corte di cassazione di conformarsi al principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite oppure, in caso di dissenso, di rimettere a quest’ultime il giudizio motivando adeguatamente allo scopo di suggerire un *revirement* orizzontale.

Non sfugge, del resto, che la introduzione nel Regno Unito della dottrina del precedente si giustificava proprio quale tentativo di domare il diritto giurisprudenziale, limitando il potere “creativo” dei giudici allo scopo di agevolare la conoscibilità da parte dei destinatari e degli operatori del diritto delle singole norme incriminatrici<sup>658</sup>. La operatività dello *stare decisis* è stata assicurata attraverso la ri-organizzazione del potere giudiziario in un sistema ordinato gerarchicamente, lasciando alla sola autorità di vertice il compito di procedere all’*overruling* vincolante, anche orizzontale a partire dal *Practice Statement* del 1966, a tutto vantaggio della certezza del diritto vivente.

È in questa prospettiva, perciò, che si discute della eventuale *common law-isation* del diritto penale continentale, vagliando “luci e ombre” di un tale scenario<sup>659</sup>.

Il raffronto con il modello di *common law*, del resto, rappresenta una delle soluzioni da tempo prospettate dalla dottrina al fine di coniugare il nuovo modello di legalità con l’esigenza di certezza del diritto e prevedibilità del trattamento punitivo<sup>660</sup>. Nondimeno, l’opportunità di insistere nella comparazione emerge con particolare urgenza a fronte del

---

<sup>656</sup> Altrimenti, si rischia che «il cittadino [sia] sospettato a priori e trattato come suddito»: F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, cit. p. 70.

<sup>657</sup> S. MOCCIA, *Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo stato sociale di diritto. relazione di sintesi*, cit., p. 1720 ss., ove l’A. afferma che caratteristica principale del sistema penale deve essere la coerenza: «[n]on può trattarsi, dunque, di un casuale aggregato di norme, ma di un complesso organico da cui sia possibile agevolmente individuare e classificare gli istituti secondo prospettive assiologiche armoniche: un sistema teleologicamente coerente come un insieme di proposizioni normative non contraddittorie. Questa della coerenza è forse la caratteristica più significativa del sistema, ma non tanto nel senso che le norme siano reciprocamente in un rapporto logico di implicazione, quanto nel senso che esse non possano essere incompatibili».

<sup>658</sup> A. CADOPPI, *Common law e principio di legalità*, cit., p. 1199.

<sup>659</sup> V. MANES, *Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, cit., p. 970.

<sup>660</sup> A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., p. 161 ss.

nuovo volto della funzione nomofilattica affidata alla Corte di cassazione giacché – seppur compiendo una sostanziale equiparazione con la funzione da quest’ultima esercitata nella materia civile nonché dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in ambito amministrativo – le peculiarità del *ius puniendi* impongono una diversa ponderazione delle conseguenze di una simile manovra<sup>661</sup>.

Ragionando della possibilità di un tale studio comparato, quindi, pare opportuno, innanzitutto, individuare il piano del raffronto scorgendo i principali elementi che danno forma alla tradizione giuridica occidentale e permettono, quindi, di strutturare uno scambio efficace tra il modello di *common law* e di *civil law*. In questa direzione, emergono in prospettiva storica diversi punti di convergenza tra i due paradigmi: a partire dalle origini del diritto anglosassone per mano dei conquistatori normanni, passando per il ruolo esercitato oltremarica dal *ius commune* fino a individuare le influenze del pensiero giusnaturalista e, quindi, il tentativo di ordinare il diritto giurisprudenziale in un sistema concluso seguendo la spinta delle università di eccellenza, e, in particolare, della cattedra di *Oxford* di *Sir William Blackstone*. D’altro canto, non mancano gli studi sul fronte continentale rispetto alla importanza del diritto giurisprudenziale nel periodo storico antecedente l’illuminismo e, ancor più, l’età delle codificazioni, individuando in quest’ultimo preciso momento il punto di avvio della divergenza strutturale tra i due modelli. Sennonché, la più recente evoluzione del diritto inglese mostra un netto incentivo dei reati statutari, spesso introdotti su suggerimento degli esperti che compongono la *Law Commission*, proprio allo scopo di colmare attraverso il meccanismo della *strict interpretation* la carenza di tassatività che, invece, contraddistingue la gran parte degli illeciti di matrice giurisprudenziale<sup>662</sup>. Ormai da tempo, invero, la stessa giurisprudenza limita – quanto meno in linea di principio – il proprio potere di *decision-making*, riconoscendo la legittimazione democratica del solo Parlamento rispetto alla introduzione di sanzioni capaci di incidere sulla libertà personale. Non si deve dimenticare, al riguardo, che la piena indipendenza tra il legislatore e l’organo giurisdizionale di vertice, l’unico capace di condizionare in via definitiva lo *stare decisis*, si è perfezionata solo a partire 2005 attraverso la creazione di una *Supreme Court* autonoma dalla *House of Lords*, a rimarcare la indipendenza dei due poteri rispetto alle funzioni esercitate e le responsabilità costituzionali loro attribuite.

Non solo. In linea con questa tendenza, pare pure lo sviluppo della più recente giurisprudenza penalistica anglosassone che valorizza il principio di *responsibility* non solo quale garanzia individuale bensì, pure, come strumento di legittimazione del potere punitivo<sup>663</sup> le cui asperità sono tollerabili, in un ordinamento democratico, purché si rivolgano a un soggetto che sia stato messo nelle condizioni di conoscere il carattere illecito

---

<sup>661</sup> Con riguardo alla necessità di equilibrare il rapporto tra la funzione di Corte Suprema e di Corte di terza istanza in materia penale, G. FIDELBO, *Sezioni semplici e Sezioni unite fra legge e precedente*, in A. Cadoppi (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, cit., p. 134.

<sup>662</sup> Rifletteva sulla opportunità di conservare la stessa dottrina dello *stare decisis*, già all’indomani del *Practice Statement*, N. MACCORMICK, *Can Stare Decisis be Abolished?*, cit., p. 197 ss.

<sup>663</sup> N. LACEY, *Analytical Jurisprudence vs Descriptive Sociology Revisited*, cit., p. 972.

di una data condotta, apprezzarne le conseguenze, e quindi compiere l'atto indebito volontariamente o per mera disattenzione. In altri termini, la funzione esercitata dalla garanzia del vincolo di imputazione soggettiva tra fatto e autore si spinge al di là del piano individuale, divenendo uno dei pilastri che sorreggono un ordinamento ispirato al canone della separazione tra poteri nonché al rispetto delle libertà della persona.

In ragione di tali premesse, quindi, sembra opportuno condurre l'analisi su due piani distinti ma intimamente connessi: da un lato, occorre valorizzare il profilo istituzionale con riferimento all'apparato di regole che permettono l'estrinsecarsi del potere punitivo nel rapporto tra legislatore, esecutivo e giudici. Dall'altro, è utile esaminare le conseguenze che tale costruito istituzionale è in grado di proiettare sul piano dei diritti, valutando le ricadute sostanziali delle operazioni poste in essere a livello istituzionale rispetto al riparto tra poteri e all'esercizio delle relative funzioni. Detto altrimenti, la scelta di attribuire al legislatore piuttosto che al giudice il potere di "creare" norme incriminatrici non riveste in alcun caso un profilo neutro bensì costituisce un tratto rivelatore di una determinata concezione politico-istituzionale che si riflette, appunto, sul piano dei diritti contrassegnando l'identità del modello di riferimento e individuando i termini di legittimazione del potere punitivo.

Ne deriva, quindi, la opportunità di soffermarsi sui principali arresti di *jurisprudence* circa il fondamento del paradigma di *common law* da apprezzare secondo la ricostruzione di *Austin* nella delega al giudice di potere sovrano. Considerando le moderne democrazie, nondimeno, paiono più convincenti le indagini che mirano alla giustificazione interna del modello attraverso il riparto hartiano tra regole primarie e secondarie o, al contrario, individuando nel sistema dei principi fondamentali lo strumento in grado di enfatizzare il carattere "contro-maggioritario" delle Corti di vertice<sup>664</sup>.

Il quadro fin qui delineato è, tuttavia, incompleto. Non è possibile, infatti, strutturare un'analisi del principio di prevedibilità nel rapporto tra formante giudiziario e legislativo senza esaminare il diritto sovranazionale e, in particolare, le influenze esercitate dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo sugli ordinamenti degli Stati firmatari. Il modello di *common law*, è noto, conserva un atteggiamento tendenzialmente restio a recepire le innovazioni indotte *ab externo*, come dimostra la vicenda Brexit, tutt'ora in corso, la quale con ogni probabilità imporrà nei prossimi mesi di ripensare le conclusioni del presente studio. Nondimeno, la letteratura penalistica anglosassone ha notato una tendenza particolarmente significativa nella giurisprudenza recente, negli argomenti prospettati dalle difese, nelle ultime riflessioni dottrinali, rispetto all'uso dei principi fondamentali riconosciuti dalla Convenzione come catalogo scritto cui riferirsi per estendere le garanzie penalistiche a livello interno<sup>665</sup>. Attraverso la intermediazione dello *Human Rights Act*, infatti, è implementata la sinergia tra giudice e legislatore nell'interpretare, da un lato, il diritto interno in prospettiva conforme alla Convenzione e intervenire, dall'altro, per

---

<sup>664</sup> R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., p. 184 ss.

<sup>665</sup> A. ASHWORTH, *Ignorance of Criminal Law, and Duties to Avoid it*, cit., p. 81 ss.; N. LACEY, *In Search of the Responsible Subject: History, Philosophy and Social Sciences in Criminal Law Theory*, cit., p. 361 ss.

modificare le ipotesi di assoluta incompatibilità evidenziate dalla Corte di vertice (*declaratory power*).

D'altra parte, volgendo lo sguardo all'ordinamento italiano, l'influenza del diritto europeo pare finanche più pervasiva.

In prima battuta, infatti, occorre considerare la nozione sostanziale di legalità che impone una verifica dei requisiti qualitativi della fattispecie che non si arresti al testo di legge e, piuttosto, si spinga a saggiare accessibilità e prevedibilità della interpretazione offerta dalle Corti interne. In tale prospettiva, il mutamento interpretativo rappresenta componente fisiologica di ogni Stato di diritto purché le modifiche che interessano la sfera penale rimangano in linea con la *sostanza dell'offesa* e siano, quindi, ragionevolmente prevedibili<sup>666</sup>. Per contro, in caso di conflitti interpretativi significativi e persistenti nel tempo, la Convenzione richiede a ciascuno Stato di dotarsi di strumenti in astratto capaci di risolvere il contrasto, di dar loro effettiva applicazione, raggiungendo risultati convincenti all'atto pratico<sup>667</sup>. Il diritto giurisprudenziale, così, acquista il ruolo di vero e proprio co-protagonista nel dibattito europeo, con la conseguenza di generare evidenti torsioni rispetto alla funzione allo stesso attribuita, almeno sulla carta, dal riparto costituzionale tra poteri.

In secondo luogo, è opportuno considerare il graduale venir meno dell'atteggiamento di prudenza da parte dei giudici di Strasburgo nel valutare la prevedibilità delle norme incriminatrici e condannare, quindi, gli Stati firmatari per aver violato il *nullum crimen*. Ne deriva, infatti, la impossibilità di tergiversare con riguardo al ruolo esercitato dalla giurisprudenza nel conformare il comando penale giacché, quand'anche si pretenda che questo rimanga irrilevante per il diritto interno, l'eventuale indecifrabilità della fattispecie espone al rischio di una condanna per violazione della Convenzione, con tutto ciò che ne consegue in relazione agli effetti – talvolta dirompenti – delle decisioni della Corte di Strasburgo rispetto all'ordinamento nazionale.

Inoltre, riveste particolare rilievo la possibilità di individuare un duplice versante su cui opera il principio di prevedibilità. Talvolta, infatti, la violazione della Convenzione è da riscontrare in punto di carenza di tipicità-tassatività della fattispecie, arrivando la Corte a sanzionare in termini oggettivi la possibilità di riconoscere il comportamento penalmente illecito. Talaltra, invece, la prevedibilità del reato è da ricondurre a peculiari caratteristiche soggettive del ricorrente che dimostri una particolare preparazione tecnica nel settore di riferimento tale da permettergli di presagire l'intervento punitivo. Ne discende la possibilità di ordinare i due giudizi sul piano logico così da domandare una duplice verifica a carattere sussidiario: solo ove si accerti la conformità della fattispecie interna alla Convenzione secondo il profilo oggettivo, è necessario esaminare la conoscibilità della stessa da parte del soggetto interessato così da individualizzare il giudizio di responsabilità penale evitando che l'individuo diventi non più il fine bensì il mezzo del potere punitivo.

---

<sup>666</sup> Si veda, sul punto, la ricostruzione in punto di diritto realizzata da Corte Edu, Grande Camera, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, cit. e Corte Edu, Grande Camera, 20 ottobre 2015, *Vasiliauskas c. Lituania*, cit.

<sup>667</sup> F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., p. 216 ss.

È possibile, del resto, scorgere una cadenza simile nella motivazione della storica sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988, ove i giudici, nel dichiarare la incostituzionalità dell'art. 5 c.p. nella parte in cui non prevede come esimente l'errore di diritto inevitabile, precisano i parametri per vagliare la riconoscibilità del precetto entro il modello di *civil law*. In particolare, i giudici costituzionali affermano il rilievo dei c.d. criteri «oggettivi puri», riferibili a ogni consociato quali «l'assoluta oscurità del testo legislativo» oppure la presenza di «un gravemente caotico [...] atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari»<sup>668</sup>. Inoltre, a tale verifica oggettiva deve seguire l'ulteriore esame circa la effettiva possibilità per quello specifico soggetto di avere contezza, al tempo del fatto, della norma incriminatrice, tenendo in debita considerazione le caratteristiche personali che lo contraddistinguono<sup>669</sup>.

Il giudizio di colpevolezza, quindi, quale «giudizio non arbitrario sulla realtà»<sup>670</sup>, consente di dare risalto anche nell'ordinamento interno alla difficoltà di accedere al contenuto delle norme incriminatrici – già sul piano oggettivo – nell'ipotesi di un diritto giurisprudenziale «gravemente caotico». Del resto, numerose sono ormai le voci in dottrina che mettono in risalto il carattere contiguo del *nullum crimen* e del principio di personalità con riferimento alla prevedibilità della qualificazione giuridica del fatto di reato<sup>671</sup>.

In ragione di quanto finora esposto, sembra possibile esaminare con maggiore consapevolezza le conseguenze e i limiti dell'approccio seguito dal legislatore italiano per rispondere al bisogno di certezza del diritto vivente<sup>672</sup>.

Sul punto, in particolare, deve osservarsi a malincuore la scelta compiuta dalla riforma Orlando di attribuire al solo potere giudiziario la responsabilità di un significativo cambio di passo. Il vincolo “attenuato” rispetto al principio di diritto pronunciato dalle Sezioni Unite, infatti, si rivolge per l'ennesima volta al giudice, evitando al contrario di chiamare in causa il Parlamento<sup>673</sup>. Eppure, non si comprende la scelta di rinunciare a responsabilizzare il legislatore rispetto al dovere, da un lato, di farsi carico, quale soggetto politicamente responsabile, delle scelte di politica criminale e, dall'altro, di adempiere al dovere sancito dalla stessa Costituzione di offrire ai cittadini un sistema penale coerente, ordinato e quindi conoscibile *ex ante*, quanto meno in termini di ragionevolezza. La alternativa di investire i giudici della potenziale soluzione di una situazione di stallo, ormai decennale, testimonia una complessiva sfiducia nelle capacità di reazione dell'organo legislativo, in aperta contraddizione però con il riparto costituzionale dei poteri.

Vero è che al momento attuale il fondamento preponderante della legalità penale sembra essere quello garantistico-individuale, piuttosto che l'anima “politica” del principio,

---

<sup>668</sup> Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, cit., § 27.

<sup>669</sup> Ibid.

<sup>670</sup> D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, cit., p. 74.

<sup>671</sup> F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, cit., p. 73 s.; F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., p. 220.

<sup>672</sup> M. DONINI, *Europeismo giudiziario*, cit., p. 53 ss.

<sup>673</sup> P. FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore*, cit., p. 1273.

volta ad assicurare che sia l'organo massimamente rappresentativo a occuparsi delle sanzioni penali<sup>674</sup>. Nondimeno, il progetto di riforma avrebbe potuto affiancare alla modifica del rito previsioni volte ad accrescere il ruolo della legge parlamentare, quale connubio degli interessi di maggioranza e opposizione<sup>675</sup>. D'altra parte, lo stesso modello anglosassone, in cui lo *stare decisis* è principio ben collaudato e ampiamente sperimentato, tende ad affidare, proprio in ragione dell'argomento democratico, al Parlamento e non al giudice l'esercizio di potere punitivo, individuando nella fattispecie scritta il presidio più efficace avverso forme arbitrarie di esercizio del *ius puniendi*<sup>676</sup>.

Dunque, è proprio seguendo questa chiave di lettura, che si è ritenuto opportuno distinguere alcuni principali scenari, in relazione alla pluralità di possibili interazioni tra potere legislativo e giudiziario, così da vagliare i diversi strumenti che è possibile opporre al "deficit" di legalità penale all'indomani della riforma Orlando.

Innanzitutto, occorre considerare il *vulnus* di determinatezza che talvolta colpisce disposizioni la cui formulazione ostacola l'interprete nella individuazione di un significato sufficientemente chiaro. È ben possibile, infatti, riscontrare casi in cui il plurimo rinvio agli atti delegati<sup>677</sup> se non, addirittura, a fonti secondarie o *extra*-penali ostacola la possibilità di riconoscere il contenuto effettivo del precetto, che sfugge non solo al neofita del diritto bensì perfino al giurista esperto che si trovi a dover inseguire una infinita catena di rimandi, divenendo «il precetto [...] inattuabile per un avvicinarsi e affollarsi di fonti che continuamente rinviando ad altre fonti»<sup>678</sup>. Ancora. Si sono verificati di recente casi in cui il Parlamento ha espressamente rinunciato all'esercizio della funzione legislativa, demandando al giudice l'assunzione di scelte non solo articolate da un punto di vista tecnico ma, pure, problematiche in punto di consenso elettorale<sup>679</sup>.

Pertanto, qualora il problema si innervi sulla indeterminatezza della formulazione testuale<sup>680</sup>, sembra opportuno che la Corte costituzionale dimostri maggiore coraggio nel

---

<sup>674</sup> G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, p. 1275; O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, cit., p. 2270.

<sup>675</sup> Muove, d'altronde, in tale direzione, il principio della riserva di codice, il cui recepimento è stato da ultimo promosso grazie ai lavori della Commissione Marasca: il principio è stato incluso – non a caso – proprio nella legge delega n. 103 del 2017, art. 1, comma 85, lett. q), e definitivamente riconosciuto dal d. lgs. 1 marzo 2018, n. 21. Si pensi, inoltre, alla proposta da molti condivisa di introdurre maggioranze qualificate in materia penale: G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, cit., p. 1269 s.

<sup>676</sup> Del resto, si è puntualmente affermato che «[l]a contrapposizione netta tra i due modelli, di *civil law* e *common law*, è superata da tempo, grazie anche alla fonte comunitaria, al diffondersi della fonte normativa scritta, all'apprezzamento della fonte giurisprudenziale»: G. ALPA, *Giudici e legislatore*, cit., p. 32.

<sup>677</sup> E. MUSCO, *L'illusione penalistica*, cit., p. 172 s.

<sup>678</sup> F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, cit., p. 1194.

<sup>679</sup> È il caso, per esempio, della riforma intervenuta nel 2015 rispetto alla fattispecie di false comunicazioni sociali ove la soluzione del problema circa il falso valutativo è stata letteralmente attribuita ai giudici; si veda, sul punto, D. PULITANÒ, *Ermeneutiche alla prova. La questione del falso valutativo*, cit., p. 210.

<sup>680</sup> P. GAETA, *L'illusione della monade chiusa: primato del caso e crisi della tipicità penale*, cit., p. 121; nonché L. STORTONI, *Il difficile equilibrio tra supremazia della legge e prevedibilità della giurisprudenza*, in A. Cadoppi (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, cit., p. 124, ove l'A. rileva il dissolversi della tipicità nelle fattispecie in cui il

ravvisare la contrarietà di tali fattispecie rispetto all'art. 25, comma 2, Costituzione<sup>681</sup>. Posta la complessità di decisioni che inevitabilmente rischiano di sconfinare nella discrezionalità riservata al legislatore, né l'*horror vacui* né le accuse di eccessivo interventismo giustificano la soppressione di un simile vaglio da parte dei giudici costituzionali. D'altro canto, la prudenza della Corte ha sollecitato nuove forme di interpretazione in sede di legittimità. Il processo di costante evoluzione della giurisprudenza di Cassazione, infatti, è giunto fino a proporre letture «tassativizzanti e tipizzanti» delle disposizioni indeterminate, ancorché in precedenza fatte salve dalla stessa Corte costituzionale. In tal modo, è stata perfezionata, in via interpretativa, la selezione delle sotto-fattispecie penalmente rilevanti in quanto sufficientemente puntuali<sup>682</sup>.

Rispetto al *vulnus* di determinatezza della disposizione, inoltre, sarebbe utile introdurre nell'ordinamento interno un organo, dotato di eccezionali competenze tecniche, che affianchi i lavori parlamentari in caso di bisogno<sup>683</sup>. Al riguardo, insomma, sembrerebbe utile prendere spunto dal lavoro di razionalizzazione e semplificazione dell'apparato normativo compiuto oltremarica dalla *Law Commission*. I pareri formulati da quest'ultima, infatti, non solo approfondiscono, in concerto con il sapere accademico, la opportunità dell'intervento legislativo ma considerano anche gli effetti del *novum* rispetto ai dubbi interpretativi sollevati dal ceto dei giuristi così da presentare proposte di segno migliorativo rispetto alla qualità della legislazione. Qui, tuttavia, deve arrestarsi il confronto, dal momento che non pare assolutamente possibile acquisire il metodo di *drafting* degli statuti i quali si risolvono, per la maggior parte dei casi, in lunghe elencazioni di dettaglio, volte a indurre forme automatiche di recepimento del diritto positivo (*strict interpretation*) ben lontane dalle regole della interpretazione proprie del modello di *civil law*.

Uno scenario opposto, invece, attiene all'insieme di pronunce che propongono una lettura del diritto vigente tanto distante dal dato testuale da richiedere, anche a distanza di anni, un secondo intervento del legislatore che renda la disposizione conforme alle conclusioni *judge-made*<sup>684</sup>. Una simile eventualità, a ben guardare, arriva addirittura a invertire il rapporto tra *lex scripta* e interpretazione quasi che la prima rivesta carattere meramente programmatico e non precettivo. Al riguardo, seppur si comprendono le ragioni

---

legislatore si riferisce non all'evento naturalistico bensì all'evento giuridico come di recente accaduto in materia di reati ambientali.

<sup>681</sup> È possibile, invero, riscontrare un primo importante passo in questa direzione nella decisione della Corte costituzionale n. 115 del 2018, cit., che chiude il caso Taricco. Sul punto, si è osservato che tale pronuncia «dovrà attendere ulteriori, auspicabili conferme per essere ascritta ad un vero e proprio *overruling* rispetto alla proverbiale deferenza nei confronti del legislatore domestico [...]»: V. MANES, *Taricco, finale di partita*, in C. Amalfitano (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione Europea e controlimiti alla prova della saga "Taricco"*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 415.

<sup>682</sup> Cass., Sez. Un., 27 aprile 2017, n. 40076, cit.

<sup>683</sup> Sul punto, già PALAZZO F., *Legalità penale*, cit., p. 1324, ove l'A. proponeva di accrescere il coinvolgimento della commissione affari costituzionali e giustizia nel procedimento legislativo di formazione delle leggi penali.

<sup>684</sup> Si pensi, a titolo di esempio, al caso delle modifiche compiute dal legislatore rispetto alla fattispecie di *corruzione per l'esercizio della funzione* di cui all'art. 318 c.p.

che inducono le Corti a esercitare un ruolo di sostanziale supplenza rispetto a un Parlamento la cui voce rimane il più delle volte assente, è innegabile che un simile atteggiamento metta a rischio la stessa tenuta degli equilibri costituzionali rispetto all'esercizio del potere punitivo. Piuttosto, il *self-restraint* degli organi giudicanti, e la conseguente fase di "paralisi" nella risposta agli emergenti bisogni sociali, potrebbe – quanto meno nel medio periodo – incoraggiare l'intervento del legislatore ove non si voglia giungere all'*impasse* del sistema<sup>685</sup>.

Un diverso profilo di indagine, invece, attiene ai casi in cui il *punctum dolens* non insista sulla disposizione bensì sul momento di interpretazione e applicazione del reato. Ferma la necessità di includere elementi normativi ed elastici nel testo di legge "fisiologicamente" polisenso, non stupisce la riconducibilità alla disposizione di una pluralità di interpretazioni diverse ma parimenti legittime<sup>686</sup>. Tuttavia, in punto di certezza, è evidente il *vulnus* che consegue al contrasto giurisprudenziale sincronico, in particolare ove sia coinvolta la Corte di ultima istanza<sup>687</sup>.

In merito, sembra utile distinguere a seconda che la disputa interpretativa si sviluppi entro la giurisdizione di merito dai casi di conflitto tra le sentenze della stessa Corte di cassazione. In particolare, il ruolo dei singoli tribunali acquista rilevanza decisiva nel momento in cui si accetti l'idea per cui i giudici, che si trovano in diretto contatto con il fatto di reato, possano scegliere tra le diverse opzioni interpretative quella più opportuna – alla luce dei principi che guidano la attività interpretativa e fermo ovviamente il limite imposto dalla *littera legis*. Un simile proliferare di interpretazioni anche discordanti, infatti, può costituire importante incentivo verso il ripensamento di antecedenti erronei, formulati dalle Corti superiori, o, viceversa, agevolare l'emergere delle alternative configurabili rispetto a un dato precetto. In tal modo, diventa possibile evitare l'appiattimento del ruolo del giudice sull'automatico riproporsi del precedente e, al contempo, garantire la indipendenza interna alla magistratura, valorizzando la assenza di un ordine gerarchico equiparabile al modello anglosassone<sup>688</sup>.

Alla vivacità della giurisdizione di merito, tuttavia, dovrebbe fare da contraltare l'opposto atteggiamento del giudice di legittimità, incline a modificare l'interpretazione

---

<sup>685</sup> G. PINO, *Legalità penale e rule of law*, in G. Pino-V. Villa (a cura di), *Rule of law. L'ideale della legalità*, cit., p. 229 ss., con specifico riguardo invero al rapporto tra Parlamento e giudici costituzionali. Con riguardo, poi, ai limiti dell'attività interpretativa si richiama, al riguardo, M. DONINI, *Fattispecie o case law*, cit., p. 28.

<sup>686</sup> Con riguardo al c.d. "scetticismo-moderato" secondo cui è possibile ricondurre a un testo di legge una pluralità di significati legittimi, si veda, *inter multis*, G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, cit., p. 16.

<sup>687</sup> Solo si pensi al contrasto giurisprudenziale rispetto alla stessa possibilità di configurare la fattispecie di concorso esterno in mafia *ex artt. 416-bis e 110 c.p.*

<sup>688</sup> Si veda, sul punto quanto affermato da *Lord Nicholls* nella decisione *Re Spectrum Plus (in liquidation)* [2005] 2 AC 680.

della disposizione solo in ipotesi di *extrema ratio*<sup>689</sup>. L'ultimo grado di giudizio, quindi, sarebbe da identificare quale garanzia, da un lato, per il soggetto coinvolto dal procedimento e, dall'altro, per la stabilità del diritto *in action*, in ossequio alla funzione che gli è attribuita dalla legge sull'ordinamento giudiziario. Affinché una simile dinamica possa funzionare nel modello di *civil law*, occorre, anzitutto, l'impegno da parte di tutti i soggetti istituzionali coinvolti allo scopo di incanalare la libertà interpretativa in un'ottica di miglioramento del diritto vivente, ponendo l'interesse generale al riparo da protagonismi contingenti. Di talché, occorre ricordare l'ammonimento rispetto alle scarse possibilità di successo della cultura del precedente in assenza di quella uniformità di vedute e unità di pensiero che caratterizza il ceto forense anglosassone, la cui formazione, coltivata al riparo degli *Inn's*, mira a una forte condivisione delle esperienze personali e professionali inevitabilmente tesa a rafforzare la fiducia e il rispetto reciproco tra i professionisti del settore<sup>690</sup>.

Del tutto diverso, invece, sembra il ragionamento da condurre ove il contrasto si dia tra le pronunce di legittimità. In tal caso, infatti, pare tradito lo stesso obiettivo di assicurare «l'uniforme interpretazione della legge [e] l'unità del diritto oggettivo nazionale». Seguendo le direttrici suggerite dalla riforma Orlando, infatti, pare opportuno che le singole sezioni intensifichino anche la rimessione *ex art. 618, comma 1, c.p.p.*<sup>691</sup>, nelle ipotesi in cui, grazie all'esperienza della giurisdizione di merito, si ravvisi in termini potenziali l'eventuale conflitto interpretativo così da massimizzare il vantaggio dell'efficacia *erga omnes* che ora si propaga dalle decisioni rese a Sezioni Unite. Anche a voler escludere l'impatto devastante dei contrasti inconsapevoli, infatti, il protrarsi nel tempo di antinomie sincroniche, per quanto dichiarate, incrina la tassatività del precetto<sup>692</sup>, con inevitabile compromissione del *nullum crimen* a danno non solo del soggetto coinvolto dal procedimento penale bensì della stessa fiducia riposta in un sistema privo di coerenza.

In terzo luogo, pare opportuno considerare autonomamente il caso in cui il contrasto interpretativo si sviluppi in senso diacronico, procedendo la giurisprudenza a un *revirement* dell'orientamento precedente dopo un considerevole intervallo temporale. Un simile intervento di modifica, infatti, è maggiormente affine alle istanze di adeguamento del diritto vivente che la stessa Corte di Strasburgo affida al momento interpretativo qualora si conservi in linea con la *ratio* dell'offesa.

---

<sup>689</sup> Del tutto antitetico, invece, l'atteggiamento della Corte di legittimità nel fornire "disorientamenti" sincronici quanto alla nozione di "atti sessuali": G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, cit., p. 20 ss.

<sup>690</sup> R. BIN, *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, cit.

<sup>691</sup> Richiamando alcune vicende processuali in cui non si è dato seguito a tale possibilità di anticipare la pronuncia a Sezioni Unite rispetto al contrasto giurisprudenziale: G. FIDELBO, *Sezioni semplici e Sezioni unite fra legge e precedente*, cit., p. 137.

<sup>692</sup> Tanto che si rischia di incorrere nella «permanente decadenza della tassatività della legge»: M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, cit., p. 365.

Sul punto, sarà necessario distinguere a seconda che l'esito del mutamento interpretativo sia favorevole o sfavorevole al reo, secondo le dinamiche proprie del "volto costituzionale" del diritto penale. Nel caso di modifica *in bonam partem*, la questione attiene, al più, alla disparità di trattamento nei confronti di chi abbia subito una condanna definitiva a causa della norma antecedente. Al riguardo, tuttavia, un primo limite insuperabile è dettato dal netto rifiuto compiuto in tal senso dalla Corte costituzionale nel 2012, non potendosi ammettere una equiparazione tra legge e giurisprudenza a meno di non voler superare tale arresto da parte dei giudici costituzionali. In ogni caso, occorre bilanciare il principio di retroattività *in mitius* con la opposta esigenza di stabilità rispetto a decisioni divenute incontrovertibili, in piena conformità con quanto previsto in relazione allo stesso formante legislativo dall'art. 3 Costituzione e 2, comma 4, c.p.

Tutt'altro discorso, invece, è da condurre se la modifica interpretativa è di segno sfavorevole. Al riguardo, preme innanzitutto chiarire che non convincono le ipotesi di *prospective decision-making*: allorché si voglia escludere l'approccio selettivo che travolge la posizione del singolo imputato, le sentenze *purely prospective* sono, infatti, guardate con sospetto dagli stessi commentatori di *common law*<sup>693</sup>. Il sistema anglosassone, è noto, ha finora mostrato solo timide aperture – in astratto<sup>694</sup> – verso tale strumento giacché si ritiene che il potere di modulare nel tempo gli effetti della propria decisione sia tratto caratteristico del solo Parlamento, legittimato in tal senso dal controllo elettorale<sup>695</sup>. Il rischio è altresì quello di aprire a forme di giudizio via via maggiormente svincolate dalla risoluzione della singola controversia, fino a paventare il paradosso di provvedimenti giudiziari indipendenti dal caso concreto che ambiscano ad affermare nuovi principi di diritto.

Piuttosto, sembra da condividere la tesi secondo cui è il principio di colpevolezza a poter colmare lo spazio che intercorre tra la interpretazione giurisprudenziale e il *nullum crimen*<sup>696</sup>. Ne deriva, quindi, la opportunità di valorizzare il giudizio circa la inevitabilità dell'errore *ex art. 5 c.p.*<sup>697</sup> in caso di «un gravemente caotico [...] atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari»<sup>698</sup> così come di mutamento interpretativo sfavorevole irriconoscibile *ex ante*.

La verifica riguardo alla riconoscibilità della fattispecie, infatti, impone il confronto sia con i criteri "oggettivi puri", che guardano al testo di legge e alla interpretazione che ne viene data, sia con i parametri propriamente soggettivi che, invece, mirano a individualizzare l'analisi in relazione alle peculiarità del caso concreto. Il limite di questo giudizio, finora, è stato individuato nella incapacità di fornire soluzioni strutturali in caso

---

<sup>693</sup> *Kleinwort Benson v Lincoln City Council* [1999], cit., ove il giudice Goff scrive che tale rimedio «has no place in our legal system».

<sup>694</sup> *In re Spectrum Plus Ltd. V National Westminster Bank*, cit.

<sup>695</sup> S. J. HAMMER, *Retroactivity and Restraint: An Anglo-American Comparison*, cit., p. 413.

<sup>696</sup> F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., p. 225.

<sup>697</sup> Si veda, sul punto, M. DONINI, *Fattispecie o case law*, cit., p. 26, ove l'A. mette in luce il rischio che polarizzare il giudizio sull'art. 5 c.p. si traduca nella indebita "assoluzione" dello Stato rispetto all'inadempimento degli obblighi che gli sono propri in materia penale.

<sup>698</sup> Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, cit., § 27.

di vizio di tassatività della norma incriminatrice, ossia in ragione dei confini imposti dal singolo procedimento penale. Senonché, qualora siano le Sezioni Unite a sondare la prevedibilità del precetto rispetto al canone di cui all'art. 5 c.p., una simile pronuncia potrebbe avere *ex art. 618 c.p.p.* un potenziale effetto *erga omnes*, da intendere come vincolo nomofilattico imposto alle sezioni semplici e, indirettamente, ai tribunali di merito. In tale prospettiva, allora, si può paventare l'intervento di una interpretazione sostanzialmente abrogatrice della fattispecie che non sia ragionevolmente prevedibile secondo la Corte di ultima istanza. Pertanto, la soluzione ottimale – al momento alquanto utopica a voler considerare il dato reale – imporrebbe in tali ipotesi l'intervento tempestivo del legislatore, allorché sia possibile risolvere “a monte” il contrasto interpretativo o reagire rispetto al mutamento del diritto vivente, coadiuvando il sistema giudiziario nel tentativo di assicurare la coerenza interna al sistema.

In ogni caso, non è da tralasciare il dualismo tracciato dalla migliore dottrina tra l'«impossibilità di conoscere» e la «ignoranza effettiva» della norma incriminatrice<sup>699</sup>: il primo caso, infatti, riguarda un dato oggettivamente riferibile a una certa comunità, a una categoria di individui in un preciso momento storico ed è, quindi, più facilmente generalizzabile ancorché in via interpretativa. La seconda ipotesi, invece, riguarda una valutazione soggettiva incentrata sulle peculiarità del singolo, essendo perciò il giudice del caso concreto tenuto a ripetere il vaglio *case by case* al fine di valutare la opportunità di seguire la decisione antecedente in ragione delle peculiarità della vicenda contingente.

Una simile articolazione del giudizio di riconoscibilità della norma incriminatrice, quindi, impone di porre l'accento sul ruolo esercitato dalla motivazione della sentenza<sup>700</sup>, non a caso enfatizzato dagli ordinamenti avvinti dalla dottrina del precedente<sup>701</sup>. In particolare, secondo il *legal reasoning* delle Corti di vertice di *common law*, ciascuna opinione<sup>702</sup> inquadra il problema di diritto ricostruendo i fatti materiali rilevanti, gli statuti eventualmente coinvolti, l'orientamento giurisprudenziale nonché le principali posizioni dottrinali sul punto. Attraverso la esposizione di un simile ragionamento in motivazione, perciò, è implementata la trasparenza dell'attività giurisdizionale e, al contempo, agevolata la comprensione e condivisione della soluzione finale da parte degli operatori del settore.

In via esemplificativa, si può richiamare il lento progredire della disciplina della responsabilità per *joint enterprise*: tanto in occasione del primo *overruling* di segno negativo<sup>703</sup> quanto rispetto al secondo ribaltamento giurisprudenziale<sup>704</sup>, infatti, la Camera dei Pari, prima, e la Corte Suprema, poi, hanno lungamente indugiato sulla opportunità della modifica interpretativa, rendendo evidente il bilanciamento condotto dai giudici tra la esigenza di incidere su un determinato principio di diritto e la opposta necessità di

---

<sup>699</sup> F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 56.

<sup>700</sup> In argomento, G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, cit., p. 26.

<sup>701</sup> A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., p. 305.

<sup>702</sup> Quanto alla identificazione della autorità giurisdizionale con la persona del singolo giudice nel modello di *common law* e, invece, con l'ufficio giudiziario nel paradigma di *civil law*: O. KAHN-FREUND, *Common Law and Civil Law – imaginary and real obstacles to assimilation*, cit., p. 154.

<sup>703</sup> *Chang Wing-Siu* [1985] AC 168, cit.

<sup>704</sup> *R v Jogee and Ruddock v The Queen* [2016] UKSC 8.

proteggere l'affidamento del singolo in relazione alla stabilità del diritto vivente. Come si è avuto modo di accennare, quindi, forse il più importante insegnamento che deriva dalla comparazione con il modello anglosassone riguarda la struttura del *legal reasoning* che riflette la consapevolezza diffusa oltremarica per cui ciascuna sentenza non rappresenta un arresto isolato bensì si colloca entro un percorso interpretativo che dà forma al diritto e costituisce, *in action*, la garanzia ultima del *rule of law*<sup>705</sup>. Tuttavia, un simile impegno da parte dei giudici italiani sembra, ad oggi, a dir poco irrealistico, tenuto conto del numero esorbitante di ricorsi che sono chiamati a decidere ogni anno<sup>706</sup>. Di qui, l'auspicio che l'intervento sulla funzione nomofilattica avanzato dalla riforma Orlando rappresenti solo l'inizio di una operazione di ampio respiro tesa a ridurre il numero dei ricorsi sottoposti al vaglio di legittimità, ottimizzando tempi e risorse della giurisdizione di ultima istanza. Un minor numero di decisioni consentirebbe altresì di agevolare la riconoscibilità del principio di diritto, semplificando il compito degli operatori giuridici nonché degli stessi soggetti interessati a conoscere le norme incriminatrici vigenti nel settore di riferimento<sup>707</sup>. Un suggerimento interessante, inoltre, rimane quello di modificare la tecnica di massimizzazione delle decisioni di legittimità<sup>708</sup>: qualora si lasciasse uno spazio più significativo al fatto<sup>709</sup> piuttosto che ad «astratte prese di posizione ermeneutiche», ne conseguirebbe una certa semplificazione nella individuazione della decisione antecedente di riferimento<sup>710</sup>, nonché nella comprensione dell'orientamento interpretativo da seguire<sup>711</sup>. D'altra parte, tale cambiamento incoraggerebbe ulteriormente le affinità con il metodo argomentativo di *common law*, avvicinando il "vincolo del precedente" – ancorché attenuato – all'alveo originario.

Da ultimo, è la stessa conformazione della Corte di cassazione a generare dubbi sulla efficacia di un sistema così delineato<sup>712</sup>: guardando alla Corte Suprema, infatti, è evidente

---

<sup>705</sup> R. DIAS, *Jurisprudence*, London, 1976, p. 181.

<sup>706</sup> L'esigenza di una drastica riduzione del numero dei ricorsi era segnalata, con riferimento al procedimento civile di Cassazione, da M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit., p. 724.

<sup>707</sup> Le sentenze delle Sezioni Unite, d'altra parte, sono «instabili, provvisorie, limitate e tuttavia rappresentano tutto l'ordine che si può creare nel diritto caotico»: così, scrive del precedente giurisprudenziale M. TARUFFO, *Aspetti del precedente giudiziale*, cit., p. 57.

<sup>708</sup> In relazione al ruolo "tradizionale" delle massime di decisione «il cui valore precettivo non va al di là del caso concretamente regolato»: V. COLESANTI, voce *Giurisprudenza*, in *Novissimo dig. it.*, VII, 1981, Torino, p. 1102.

<sup>709</sup> Quanto alla capacità del riferimento puntuale agli *issues of facts* di agevolare la individuazione della *ratio decidendi* vincolante in base allo *stare decisis* già G. GORLA, *La struttura della decisione giudiziale in diritto italiano e nella common law: riflessi di tale struttura sull'interpretazione della sentenza, sui "Reports" e sul "dissenting"*, in *Giur. it.*, I, 1965, p. 1250.

<sup>710</sup> In senso contrario, F. R. DINACCI, *Il difficile rapporto giudice-legge nel giudizio di Cassazione tra accentuata nomofilachia e poteri di merito*, cit., secondo cui è necessario «evitare che la massima in diritto risulti subordinata alla giustizia del caso concreto».

<sup>711</sup> A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., p. 219, nonché p. 298 quanto all'importanza di rafforzare il collegamento al fatto anche da parte del giudice di *civil law*.

<sup>712</sup> Scrive in chiave provocatoria il Professor Bin che per introdurre la dottrina del precedente «bisogna prima affrontare una riforma, decimiamo la Cassazione, stabiliamo che i giudici che la compongono sono dodici, per

non solo l'impegno minore in termini di quantità di lavoro ma anche il numero più esiguo di giudici che la compongono<sup>713</sup>. Sembra allora che la attribuzione alle Sezioni Unite dell'ultima parola in punto di interpretazione, voglia rendere questa particolare composizione del collegio la vera e propria Corte di vertice dell'ordinamento italiano, distinguendone nettamente la funzione rispetto alle sezioni semplici. Quasi che in mancanza di una vera e propria Corte Suprema, l'ordinamento attribuisca tale funzione alle sole Sezioni Unite. Ebbene, è quanto meno dubbio che una simile operazione possa compiersi attraverso l'inserimento di una norma che secondo alcuni avrebbe – addirittura solo – carattere tabellare. Di qui, dunque, un ulteriore incentivo a procedere sulla strada delle riforme per assicurare in termini effettivi il miglioramento della legalità *in action*.

Proprio a questo riguardo non si può trascurare l'importanza del contributo che la scienza penalistica e processual-penalistica possono offrire per completare l'opera, avviata nel 2017. Detto altrimenti, spetta alla dottrina<sup>714</sup> – ad avviso di chi scrive – raccogliere le istanze che provengono tanto dalla avvocatura quanto dalla magistratura e continuare a insistere sulla necessità di modifiche strutturali che pongano fine all'assedio cui è sottoposta da anni la Corte di legittimità.

In conclusione, rimane da chiedersi se «[i]l procedimento legislativo pur con le sue inevitabili imperfezioni e lentezze [sia] nell'attuale momento politico costituzionale il mezzo più idoneo a garantire»<sup>715</sup> la protezione dei valori di rango costituzionale dagli arbitri del potere punitivo. La risposta non può che essere positiva qualora si intenda salvaguardare il fondamento democratico che legittima l'esercizio del potere punitivo secondo il paradigma di *civil law* e, verrebbe da dire, anche secondo il modello di *common law*. Eppure, al contempo, non pare possibile prescindere dalla cooperazione tra i diversi poteri dello Stato affinché diventi ragionevolmente riconoscibile la norma incriminatrice: il diffondersi di alcuni strumenti propri della cultura del precedente, quindi, rappresenta un primo passo verso la costruzione di un modello "intermedio" capace di adeguare alcuni dei rimedi elaborati dal diritto *judge-made* alle peculiarità del *nullum crimen* continentale. Un nuovo paradigma che, quale «laboratorio straordinario, in cui la cooperazione (talvolta il conflitto) tra giudice e legislatore appare essenziale»<sup>716</sup>, potrebbe magari costituire utile riferimento per altri ordinamenti europei impegnati a fronteggiare analoghe tensioni tra il potere legislativo e giudiziario. Per poter raggiungere un simile risultato, tuttavia, occorre

---

esempio, come nel Regno Unito. Dodici giudici possono far germogliare, con qualche anno di pratica, una cultura del precedente, anche se al prezzo di una cultura del taglio radicale dei ricorsi, del non accesso al terzo grado di giudizio, di un filtro di ammissibilità che non perdona: come negli USA»: Id., *Il diritto alla sicurezza giuridica*, cit.

<sup>713</sup> Quanto alla relazione inversamente proporzionale tra articolazioni, numero di giudici, complessità organizzativa della Corte di vertice e autorevolezza delle relative decisioni, si veda V. VARANO-V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, cit., p. 179 s.

<sup>714</sup> Quanto al ruolo della dottrina entro il contesto attuale, caratterizzato dal coesistere di una pluralità di figure che collaborano all'attività di interpretazione del diritto, si rinvia alle riflessioni di M. DONINI, *Europeismo giudiziario*, cit., p. 50, 61 ss.

<sup>715</sup> F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 39.

<sup>716</sup> G. ALPA, *Giudici e legislatore*, cit., p. 35.

che l'obiettivo sia avvertito come prioritario dai tutti i protagonisti che animano la scena e sia condiviso su larga scala: non sembra possibile addivenire a un sistema penale coerente se non attraverso la cooperazione non solo di Parlamento e giudici, bensì pure di avvocati, notai e accademici il cui impegno verso una comunione – quanto meno – di intenti possa avvicinarsi a quello spirito di unità che costituisce non a caso la forza del paradigma d'oltremanica.

## BIBLIOGRAFIA

ALLAN T.R., *The rule of law as the rule of reason: consent and constitutionalism*, in *Law Quarterly Rev.*, 115, 1999, p. 221 ss.;

ALPA G., *Giudici e legislatore*, in *Dir. pubb.*, 1, 2017, p. 29 ss.;

ALPA G., *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, ESI, 2006;

ALSCHULER A. W., *Rediscovering Blackstone*, in *Univ. Pennsylvania. L. Rev.*, 37, 1996, p. 145 ss.;

AMALFITANO C., *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, 29 gennaio 2017, *Eurojus.it*;

AMARELLI G., *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3, 2018, p. 1406 ss.;

AMARELLI G., *Il giudice ed il rispetto della legge penale in sede interpretativa. Obsolescenza apparente e attualità permanente del pensiero di Beccaria*, in *Osservatorio cost.*, 2015, p. 1 ss.;

AMOS M., *The Value of the European Court of Human Rights to the United Kingdom*, in *Eur. J. Int. Law*, 2017, p. 763 ss.;

APRATI R., *Le Sezioni Unite fra l'esatta applicazione della legge e l'uniforme interpretazione della legge (commi 66-69 l. n. 103/2017)*, in A. Marandola-T. Bene (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario (L. 103/2017)*, Varese, Giuffrè, 2017, p. 275 ss.;

ARNULL A., voce *The UK Supreme Court and References to the CJEU*, in *Yearbook of European Law*, 36, 2017, p. 314 ss.;

ASHWORTH A., *Sentencing and Criminal Justice*, Padstow, Cambridge University Press, 2015;

ASHWORTH A., *Positive Obligations in Criminal Law*, Hart Publishing, 2013, p. 81;

ASHWORTH A., *Ignorance of the Criminal Law and Duties to avoid it*, in *Modern Law Rev.*, 1, 2011, p. 1 ss.;

ASHWORTH A., *Should Strict Criminal Liability be Removed from all Imprisonable Offences?*, in *Irish jurist*, 45, 2010, p. 1 ss.;

ASHWORTH A., *Principles of criminal law*, sesta ed., Oxford, Oxford University Press, 2009;

AUSTIN J., *The Province of Jurisprudence Determined and the uses of the study of jurisprudence*, Londra, Weidenfeld and Nicolson, 1954;

BALLINGER C., *The House of Lords 1911-2011. A century of non-reform*, Oxford, Hart Publishing, 2012;

- BANKOWSKI Z.-MACCORMICK D. N., *Statutory Interpretation in the United Kingdom*, in D. N. MacCormick-R. S. Summers (a cura di), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Aldershot, Dartmouth Publishing, 1991;
- BARTOLE S.-DE SENA P.-ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012;
- BARTOLI R., *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica*, in *Dir. pen. cont.*, 5, 2018, p. 233 ss.;
- BASILE F., *Quale futuro per le misure di prevenzione dopo le sentenze De Tommaso e Paternò?*, in *Giur. it.*, 2018, p. 452 ss.;
- BEATSON J., *The role of statute in the development of common law doctrine*, in *Law Quarterly Rev.*, 117, 2001, p. 247 ss.;
- BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, 1764, in F. Venturi (a cura di), Torino, Einaudi, 1981;
- BERMAN H. J.-REID JR C. J., *The transformation of English Legal science: from Hale to Blackstone*, in *Emory Law J.*, 1996, 45, p. 437 ss.;
- BERNARDI A.-CUPELLI C. (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, Napoli, Jovene, 2017;
- BERNARDI A., *Dogmatica penale, "giuridismo", fonti sovranazionali*, in A. Cadoppi (a cura di), *Cassazione e Legalità penale*, Roma, Dike, 2017, p. 145 ss.;
- BERNARDI A., *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quad. cost.*, 2009, p. 37 ss.;
- BERNARDI A., *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2002, p. 673 ss.;
- BERNARDI A., voce *Art. 7*, in S. Bartole, B. Conforti e G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 263 ss.;
- BERNARDI S., *Troppe incertezze in tema di "fratelli minori": rimessa alle Sezioni Unite la questione dell'estensibilità erga omnes della sentenza Contrada c. Italia*, in *Dir. pen. cont.*, 13 giugno 2019;
- BERNARDI S., *Una nuova pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di imprevedibilità della condanna penale: il caso Navalnyye c. Russia*, in *Dir. pen. cont.*, 16 gennaio 2018, p. 1 ss.;
- BERNARDI S., *I "fratelli minori" di Bruno Contrada davanti alla Corte di cassazione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2, 2017, p. 257 ss.;
- BEYLEVED D.-KIRKHAM R.-TOWNEND D., *Which Presumption? A Critique of the House of Lords' reasoning on retrospectivity and the Human Rights Act*, in *Legal Studies*, 2, 2002;
- BIN R., *Taricco Tango. Quale sarà il prossimo passo?*, in *Dir. pen. cont.*, 5 aprile 2018, p. 1 ss.;

BIN R., *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, in *forumcostituzionale.it*, 8 settembre 2018;

BIONDI F., voce *Art. 101*, in V. Crisafulli-L. Paladin-S. Bartole-R. Bin (eds), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 2008, p. 914;

BLACKSTONE W., *Commentaries on the Laws of England. Public Wrongs*, IV, Clarendon Press, Oxford, 1765-69;

BLOOM COPER L.-DICKSON B., *The first year of the UK's Supreme Court*, in *N. Ir. Legal Q.*, 61, 4, 2010, p. 295 ss.;

BLOM COOPER L.-DICKSON B.-DREWRY G. (eds), *The Judicial House of Lords 1876-2009*, Oxford, Oxford University Press, 2009;

BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Novissimo dig. it.*, XIX, Torino, Utet, 1973, p. 7 ss.;

BURROWS A., *Thinking about Statutes. Interpretation, interaction, improvement*, The Hamlyn Lectures, Paperback, 2018;

CADOPPI A., voce *Giurisprudenza e diritto penale*, in A. Gaito-B. Romano-M. Ronco-G. Spangher (eds), in *Dig. disc. Pen., Agg.*, Torino, Utet, 2017, p. 407 ss.;

CADOPPI A. (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Roma, Dike, 2017;

CADOPPI A., *Perché il cittadino possa "...esattamente calcolare gl'inconvenienti d'un misfatto". Attualità e limiti del pensiero di Beccaria in tema di legalità*, in *Ind. pen.*, 2, 2015, p. 569 ss.;

CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, Giappichelli, 2014;

CADOPPI A., *Common law e principio di legalità*, in *Quad. fiorentini*, 2007, p. 1161 ss.;

CALETTI G. M.-MATTHEUDAKIS M., *La fisionomia dell'art. 590-sexies c.p. dopo le Sezioni Unite tra "nuovi" spazi di graduazione dell'imperizia e "antiche" incertezze*, in *Dir. pen. cont.*, 4, 2018, p. 25 ss.;

CALETTI G. M.-MATTHEUDAKIS M., *Una prima lettura della legge 'Gelli-Bianco' nella prospettiva del diritto penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 11, 2017, p. 84 ss.;

CANESTRARI S., *Commento all'art. 42 c.p. (Responsabilità per dolo o per colpa o per delitto preterintenzionale. Responsabilità obiettiva)*, in A. Cadoppi-S. Canestrari-P. Veneziani, *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, 2018, p. 254 ss.;

CANESTRARI S., *Il presupposto minimo della responsabilità colpevole: la colpa e la sua doppia misura*, in A. Zanotti (a cura di), *Il principio giuridico di responsabilità*, Bologna, 2014, p. 79 ss.;

CANESTRARI S., *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova, 1989;

- CANZIO G., *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Dir. pubb.*, 1, 2017, p. 21 ss;
- CANZIO G., *Corte di cassazione e principio di legalità*, in *Dir. pen. e proc.*, 4, 2016, p. 425 ss.;
- CAPPELLETTI M. (ed.), *New Perspectives for a common law of Europe*, Firenze, Badia Fiesolana, 1978;
- CARLEO A. (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2017;
- CERESA-GASTALDO M., voce *Appello (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Ann. III, 2010;
- CHIAVARIO M., *La garanzia della ricorribilità e i suoi costi. Riscrivere la norma costituzionale?*, in *Cass. pen.*, 9, 2013;
- CLARCK C. E., *History, Systems and Functions of Pleading*, in *Virg. Law Rev.*, 11, 7, 1925;
- COCCO G.-AMBROSETTI E. M. (a cura di), *La legge penale*, Milano, Cedam, 2016;
- COING H., *European Common Law: Historical Foundations*, in M. Cappelletti (ed.), *New Perspectives for a common law of Europe*, Firenze, Badia Fiesolana, 1978;
- COLESANTI V., voce *Giurisprudenza*, in *Novissimo dig. it.*, VII, 1981, Torino, p. 1101 ss.;
- COPPOLA F., *Il difficile ruolo del giudice penale contemporaneo verso la prevedibile interpretazione delle fattispecie*, in *Dir. pen. e proc.*, 12, 2018, p. 1637 ss.;
- COSTA P.-ZOLO D. (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli ed. 2002;
- COTTERRELL R., *The Politics of Jurisprudence*, New York, Oxford University Press, 2003;
- CRAIG P., *Constitutional and Non-constitutional Review*, in *Current legal problems*, 1, 2001;
- CRISAFULLI V., *Stato popolo governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1985;
- CRISCUOLI G.- SERIO M., *Nuova introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, Milano, Giuffrè, 2016;
- CROSS R., *The House of Lords and the Rules of Precedent*, in P. M. S. Hacker-J. Raz (ed.), *Law, morality and society. Essays in honour of H.L.A. Hart*, Oxford, Oxford University Press, 1977, p. 145 ss.;
- CRUFT R.-KRAMER M.H.-REIFF M.R., *Crime, punishment, and responsibility: the jurisprudence of Antony Duff*, Oxford, Oxford University Press, 2011;
- CUPELLI C., *Cronaca di un contrasto annunciato: la legge Gelli-Bianco alle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2017, p. 244 ss.;
- CUPELLI C., *La legge Gelli-Bianco nell'interpretazione delle Sezioni Unite: torna la gradazione della colpa e si riaffaccia l'art. 2236 c.c.*, in *Dir. pen. cont.*, 12, 2017, p. 135 ss.;

- CURZIO P., *Il giudice e il precedente*, in *Questione giustizia*, 4, 2018, p. 37 ss.;
- D'ATENA A., *La libertà interpretativa del giudice e l'intangibilità del «punto di diritto» enucleato dalla Cassazione*, in *Giur. cost.*, I, 1970, p. 563 ss.;
- DAVID R.-JAUFFRET SPINOSI C., *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, Cedam, 1994;
- DE BLASIS S., *Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell'esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.* n. 4/2017, p. 128 ss.;
- DE BÚRCA G.-GARDNER S., *Codification of the Common Law*, in *Oxford J. Legal Studies*, 10, 4, 1990, p. 559 ss.;
- DE GROOT R., *European Private Law between Utopia and Early Reality*, in *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, 4(1), 1997;
- DE WITTE B.-FORDED C.(ed.), *The Common law of Europe and the future of legal education. Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique*, Deventer, 1992;
- DE SANCTIS S., *La nozione materiale del reato e la concezione di «legalità sostanziale» nel sistema penale dei paesi socialisti. Aspetti problematici e rilievi critici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 1986, p. 866 ss.;
- DELMAS-MARTY M., *Lectio magistralis: umanità, specie umana e diritto penale*, in Stile A. M.-Manacorda S.-Mongillo V. (a cura di), *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, Napoli, ESI, 2015, p. 69 ss.;
- DELMAS-MARTY M., *The juge d'instruction: do the English really need him?*, in S. Markesinis (ed.), *The Gradual Convergence. Foreign Ideas, Foreign Influences and English Law on the Eve of the 21st Century*, Oxford, Clarendon Press, 1994;
- DELVIN P., *The Judge*, Oxford, Oxford University Press, 1979;
- DI GIOVINE O., «Salti mentali» (analogie e interpretazione nel diritto penale), in *Questione giustizia*, 4, 2018, p. 56 ss.;
- DI GIOVINE O., *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2, 2015, p. 11 ss.;
- DI GIOVINE O., *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, Jovene, 2011, p. 2197 ss.;
- DI MARTINO A., *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in *Criminalia*, 2014, p. 91 ss.;
- DI PORTO A., *Calcolo giuridico secondo la legge nell'età della giurisdizione. Il ritorno del testo normativo*, in A. Carleo (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2017;

DI SALVO E., sub Art. 5, in G. Lattanzi-E. Lupo, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Milano, 2015, p. 154 ss.;

DIAS R., *Jurisprudence*, London, 1976;

DICKSON B., *Human rights and the United Kingdom Supreme Court*, Oxford, Oxford University Press, 2013;

DICKSON B., *The processing of appeals in the House of Lords*, in *Law Quarterly Rev.*, 10, 2007;

DINACCI F. R., *Il difficile rapporto giudice-legge nel giudizio di Cassazione tra accentuata nomofilachia e poteri di merito*, in *Cass. pen.*, 1, 2019, p. 874 ss.;

DONINI M., *Fattispecie o case law? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Questione giustizia*, 4, 2018, p. 79 ss.;

DONINI M., *Le sentenze Taricco come giurisdizione di lotta*, in *Dir. pen. cont.*, 3 aprile 2018, p. 1 ss.;

DONINI M., *An impossible exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1, 2017, p. 14 ss.;

DONINI M., *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1, 2016, p. 346 ss.;

DONINI M., *Il diritto giurisprudenziale penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3, 2016, p. 13 ss.;

DONINI M., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, Giuffrè, 2011;

DONINI M., *Teoria del reato. Una Introduzione*, Padova, Cedam, 1996;

DOOLITTLE I. G., *Sir William Blackstone and his Commentaries on the Laws of England (1765-69): A Biographical Approach*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 3, 1981;

DOREY P.-KELSO A., *House of Lords Reform since 1911. Must the Lords Go?*, New York, Palgrave Macmillan, 2011;

DRIEDGER E. A., *Statutes: Retroactive Retrospective Reflections*, in *Canadian Bar Review*, 1978;

DUFF R. A., *Answering for crime*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, 2006;

DUFF R. A., *Choice, Character and Criminal Liability*, in *Law and Philosophy*, 1993;

DUXBURY N., *Lord Wright and Innovative Traditionalism*, in *University of Toronto Law J.*, 3, 2009, p. 265 ss.;

DUXBURY N., *The nature and Authority of Precedent*, 2008, Cambridge, Cambridge University Press;

- DWORKIN G., *The Theory and Practise of Autonomy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989;
- DWORKIN R., *Giustizia per i ricci*, V. Ottonelli trad., Milano, Feltrinelli, 2013;
- DWORKIN R., *Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy*, in *Oxford J. Legal Stud.*, 2004;
- DWORKIN R., *Taking Rights Seriously*, Londra, Duckworth, 1977;
- DYSON M., *More Appealing Joint Enterprise*, in *Cambridge Law J.*, 2010;
- EDLIN D. E. (a cura di), *Common Law Theory*, New York, Cambridge University Press, 2007;
- ELLIOTT M., *Embracing "Constitutional" Legislation: towards fundamental law?*, in *N. Ir. Legal Q.*, 25, 2003;
- EUSEBI L., *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione Europea può erigere il giudice a legislatore. Note in merito alla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2, 2015, p. 40 ss.;
- EWING K.D., *The futility of the Human Rights Act*, in *Pub. Law*, 2004;
- EWING K.D.-THAM J., *The continuing futility of the Human Rights Act*, in *Pub. Law*, 12 2008;
- FERRAJOLI L., *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Urbino, Laterza, 2016;
- FERRAJOLI L., *Lo stato costituzionale, la sua crisi e il suo futuro*, in F. Viola (a cura di), *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 309 ss.;
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria dal garantismo penale*, Bari, Laterza, 1989;
- FERRUA P., *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, in *Dir. pen. proc.*, 10, 2017, p. 1265 ss.;
- FIANDACA G., *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *Cass. pen.*, 1, 2017, p. 13 ss.;
- FIANDACA G., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, p. 79 ss.;
- FIANDACA G., *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, ES, 2008;
- FIANDACA G., *Legalità penale e democrazia*, in *Quad. fiorentini*, 2007, p. 1247 ss.;
- FIANDACA G., *Principio di colpevolezza e ignoranza scusabile della legge penale: «prima lettura» della sentenza n. 364/88*, in *Foro it.*, I, 1988, p. 1390 ss.;
- FIDELBO G., *Il precedente nel rapporto tra Sezioni unite e Sezioni semplici: l'esperienza della Cassazione penale*, in *Questione giustizia*, 4, 2018, p. 137 ss.;
- FIDELBO G., *Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e principio di diritto*, in *Dir. pen. cont.*, 29 gennaio, 2018, p. 1 ss.;

- FIDELBO G., *Sezioni semplici e Sezioni unite fra legge e precedente*, in A. Cadoppi (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Roma, Dike, 2017, p. 133 ss.;
- FINNIS J. M., *The Fairy Tale's Moral*, in *Law Quarterly Rev.*, 115, 1999;
- FISCH J. E., *Vanishing Precedent: Eduardo Meets Vacatur*, in *Notre Dame Law Rev.*, 1994, p. 325 ss.;
- FLETCHER G. P., *Rethinking Criminal Law*, New York, Oxford University Press, 2000;
- FOIS S., *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, 1973, Milano, Giuffrè;
- FULLER L. L., *The Morality of Law*, II ed., New Haven-London, Yale University Press, 1969;
- GALLO M., *Le fonti rivisitate. Appunti di diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2017;
- GALLO M., *La regola e il giudizio. Tra due ipotesi e il diritto penale vigente*, Torino, Giappichelli, 2016;
- GAMBERINI A., *La riserva di legge tra ordinamento nazionale e sovranazionale*, in G. Insolera-N. Mazzacupa-M. Pavarini-M. Zanotti (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, I, Torino, Giappichelli, 2012, p. 133 ss.;
- GAMBARO A.-SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, IV ed., Milano, Utet, 2018;
- GATTA G. L., *Sulla configurabilità del tentativo di rapina impropria in ipotesi di mancata sottrazione della res*, in *Dir. pen. cont.*, 16 settembre 2012;
- GIALUZ M.-CABIALE A.-DELLA TORRE J., *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3, 2017, p. 173 ss.;
- GLENN H. P., *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, poi tradotto in italiano da S. Ferlito, Bologna, Il Mulino, 2011;
- GOODHART A., *The Ratio Decidendi of a Case*, in *Modern Law Rev.*, 2, 1959, p. 117 ss.;
- GOODHART A., *Precedent in English and Continental Law*, in *Law Quarterly Rev.*, 1934, p. 40 ss.;
- GOODHART A., *Determining the Ratio Decidendi of a Case*, in *Yale Law J.*, 40, 1930, p. 161 ss.;
- GORLA G., voce *Giurisprudenza*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1998, p. 489 ss.;
- GORLA G., voce *Precedente Giudiziale*, in *Enc. Giur.*, XXIII, Roma, Treccani, 1990, p. 1 ss.;
- GORLA G., *La «Communis Opinio totius Orbis» et la reception jurisprudentielle du droit au cours des XVI, XVII et XVIII siècles dans la «civil law» et la «common law»*, in M. Cappelletti (ed.), *New Perspectives for a common law of Europe*, Firenze, Badia Fiesolana, 1978;

- GORLA G., *La struttura della decisione giudiziale in diritto italiano e nella common law: riflessi di tale struttura sull'interpretazione della sentenza, sui "Reports" e sul "dissenting"*, in *Giur. it.*, I, 1965, p. 1239 ss.;
- GORLA G.-MOCCIA L., *A 'revisiting' of the comparison between 'Continental Law' and 'English Law' (16<sup>th</sup>-19<sup>th</sup> Century)*, in *Journal of Legal History*, 1981;
- GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, Giuffrè, 2010;
- GRASSO G., *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione europea*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, Jovene, 2011, p. 2307 ss.;
- GREY S., *The World Wide Web: Life Blood for the Public or Poison for the Jury?*, in *Journal of Media Law*, 3, 2011;
- GRIFFITH J. A. G., *The Common Law and the Political Constitution*, in *Law Quart. Rev.*, 2001;
- GRIGG E., *Joint Enterprise Liability: Recent Developments and Judicial Responses*, in *J. Crim. Law*, 83, 2019;
- GROSS H., *A Theory of Criminal Justice*, New York, Oxford University Press, 1979;
- GROSSI P., *Storicità versus prevedibilità: sui caratteri di un diritto pos-moderno*, in *Questione Giustizia*, 4, 2018, p. 17 ss.;
- GROSSI P., *Ritorno al diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2015;
- GROSSO C. F., *Principio di colpevolezza e personalità della responsabilità penale*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, ESI, 2006, p. 23 ss.;
- GUASTINI R., *Ancora sull'interpretazione costituzionale*, in *Dir. pubb.*, 2, 2005, p. 457;
- GUASTINI R., *Legalità (principio di)*, *Dig. disc. priv.*, X, Torino, Utet, 1993, p. 497 ss.;
- HACKER P. M. S.-RAZ J. (ed.), *Law, morality and society. Essays in honour of H.L.A. Hart*, Oxford, Oxford University Press, 1977;
- HARNON E., *Civil and Criminal Contempt of Court*, in *Modern Law Review*, 25, 1962, p. 179 ss.;
- HART H. L. A., *Punishment and Responsibility*, Oxford, Clarendon Press, 2008, 2 ed.;
- HART H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, II ed., 1994;
- HART H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983;
- HATHAWAY O. A., *Do Human Rights Treaties Make a Difference?*, in *Yale Law J.*, 8, 2002;
- HAYEK F. A., *The Road to Serfdom*, I ed. 1944, Institute of Economic Affairs, Londra, 2005;
- HAZELL R.-MELTON J., *Magna Charta and its Modern Legacy*, New York, Cambridge University Press, 2015;

- HELMHOLZ R. H., *Magna Carta and the Ius commune*, in *Univ. Chicago L. Rev.*, 1999;
- HERRING J., *Criminal Law. Text, cases and material*, Oxford, Oxford University Press, 2014;
- HOPE D., *Law Lords in Parliament*, in L. Blom Cooper-B. Dickson-G. Drewry (eds), *The Judicial House of Lords 1876-2009*, Oxford, Oxford University Press, 2009;
- HORDER J., *Criminal Attempt, the Rule of Law and Accountability in Criminal Law*, in L. Zedner-J. V Roberts (eds), *Principles and values in criminal law and criminal justice*, Oxford, Oxford University Press, 2012;
- HUNGERFORD-WELCH P., *Criminal Procedure and Sentencing*, Londra, Routledge, 2014;
- HUSAK D., *The Philosophy of Criminal Law. Selected Essays*, New York, 2010;
- HUSAK D., *Overcriminalisation. The limits of criminal law*, New York, 2007;
- HUSAK D., *The Criminal Law as Last Resort*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 24, 2004, p. 211;
- HUTCHINSON A. C., *Evolution and the Common Law*, New York, Cambridge University Press, 2005;
- IASEVOLI C., *Le nuove prospettive della Cassazione penale: verso l'autonomia dalla Costituzione?*, in *Giur. it.*, 10, 2017, p. 2297 ss.;
- INSOLERA G., *Oltre il giardino*, in *Ind. Pen.*, 1, 2018, p. 1 ss.;
- INSOLERA G., *Dall'imprevedibilità del diritto all'imprevedibilità del giudizio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4, 2016, p. 1999 ss.;
- INSOLERA G., *Luci e ombre del diritto penale vivente tra legge e diritto delle Corti*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, Jovene, 2011, p. 2351 ss.;
- INSOLERA P., *Da Scalia a Gorsuch: giudici "originalisti" e limiti costituzionali al punire nell'interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense*, in *Riv. dir. comp.*, 3, 2017, p. 132 ss.;
- IRTI N., *La necessità logica della fattispecie (intorno a una definizione leibniziana)*, in *Ars interpretandi*, 1, 2019, p. 147 ss.;
- IRTI N., *Sulla relazione logica di con-formità (precedente e susseguente)*, in *Riv. dir. proc.*, 6, 2017, p. 1540;
- IRTI N., *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in A. Carleo (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2017;
- IRTI N., *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016;
- IRTI N., *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 36 ss.;

- JURATOWITCH B., *Retroactivity and the Common Law*, Portland, Hart Publishing, 2008;
- KAHAN D. M., *Ignorance of Law is an Excuse only for the Virtuous?*, in *Michigan Law Rev.*, 7, 1998;
- KAHAN D. M., *Ignorance of Law is an Excuse – but only for the Virtuous*, in *Michigan Law Rev.*, 1997;
- KAHN-FREUND O., *Common Law and Civil Law – imaginary and real obstacles to assimilation*, in M. Cappelletti (ed.), *New Perspectives for a common law of Europe*, Firenze, Badia Fiesolana, 1978;
- KEEDY E. R., *Ignorance and Mistake in the Criminal Law*, in *Harv. Law Rev.*, 1908;
- KENNEDY D., *The Structure of Balckstone's Commentaries*, in *Buffalo Law Review*, 28, 1979;
- KREBS B., *Joint Enterprise, Murder and Substantial Injustice: The First Successful Appeal Post-Jogee: R v Crilly [2018] EWCA Crim 168*, in *J. Crim. Law*, 2018;
- KREBS B., *Mens rea in joint enterprise: a role for endorsement?*, in *Cambridge Law J.*, 2015;
- LACEY N., *Analytical Jurisprudence vs Descriptive Sociology Revisited*, in *Texas Law Rev.*, 84, 2006;
- LACEY N., *In Search of the Responsible Subject: History, Philosophy and Social Sciences in Criminal Law Theory*, in *Modern Law Rev.*, 64, 2001;
- LAMOND G., *Analogical Reasoning in the Common Law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 3, 2014, p. 567;
- LANGBEIN J. H.-LETTOW LERNER R.-SMITH B. P., *History of the Common Law. The Development of Anglo-American Legal Institution*, New York, Aspen Publisher, 2009;
- LANZI A., *Il caos punitivo e la nomofilachia: una medicina o un inutile accanimento terapeutico?*, in *Ind. pen.*, 2, 2018, p. 291 ss.;
- LARID K., *Case Comment. Joint enterprise: R v Dreszer (Kamil)*, in *Crim. Law Rev.*, 7, 2019;
- LAWS SIR J., *Constitutional Guarantees*, in *Stat. Law Rev.*, 2008;
- LE SUEUR A., *From Appellate Committee to Supreme Court: A Narrative*, in L. Blom Cooper-B. Dickson-G. Drewry (eds), *The Judicial House of Lords 1876-2009*, Oxford, Oxford University Press, 2009;
- LEGRAND P., *European Legislative Systems are not Converging*, in *Int. & Comp. L. Quart.*, 45, 1996;
- LEGRAND P., *How to compare now*, in *Legal Stud.*, 16, 1996;
- LLEWELLYN K., *The Common Law Tradition*, Boston, 1960;

LORD ROGER, *A Time for Everything under the Law: Some Reflections on Retrospectivity*, in *L. Quarterly Rev.*, 2005;

LUCIANI M., voce *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir.*, Ann. IX, Milano, Giuffrè, 2016, p. 391 ss.;

LUPO E., *La Corte assediata*, in AA. VV., *La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 9 ss.;

MACCORMICK N., *Rhetoric and the Rule of Law. A theory of Legal Reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 2005;

MACCORMICK N., *Can Stare Decisis be Abolished?*, in *Juridical Rev.*, 1966, p. 197 ss.;

MACCORMICK N.-SUMMERS R. S. (a cura di), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Aldershot, Dartmouth Publishing, 1991;

MAHONEY P. G., *The Common Law and the Economic Growth: Hayek might be right*, in *Journal Legal Studies*, XXX, 2001, 503;

MAIELLO V., *La violazione degli obblighi di “vivere onestamente” e “rispettare le leggi” tra abolitio giurisprudenziale e giustizia costituzionale: la vicenda Paternò*, in *Dir. pen. e proc.*, 6, 2018, p. 777 ss.;

MAIELLO V., *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti*, Torino, Giappichelli, 2014;

MALLESON K., *Appointments to the House of Lords: Who Goes Upstairs*, in L. Blom Cooper-B. Dickson-G. Drewry (eds), *The Judicial House of Lords 1876-2009*, Oxford, Oxford University Press, 2009;

MANACORDA S., *Le garanzie penalistiche nei rapporti con il diritto dell'unione e il problematico ricorso al rinvio pregiudiziale: una lettura contestualizzata del caso Taricco*, in *Cass. pen.*, 9, 2016, p. 3488B ss.;

MANACORDA S., «Dovere di punire?» *Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, in Stile A. M.-Manacorda S.-Mongillo V. (a cura di), *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, Napoli, ESI, 2015, p. 107 ss.;

MANACORDA S., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e la CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, in V. Manes-V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 147 ss.;

MANES V., *Taricco, finale di partita*, in C. Amalfitano (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione Europea e controlimiti alla prova della saga “Taricco”*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 407 ss.;

MANES V., *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Cass. pen.*, 6, 2018, p. 2222 ss., nonché già in *Dir. pen. cont.*, 17 gennaio 2018, p. 1 ss.;

MANES V., *Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 3, 2017, p. 955 ss.;

MANES V., *Il diritto penale nel prisma del "dialogo tra le corti"*, in C. E. Paliero, S. Moccia, G. A. De Francesco, G. Insolera, M. Pelissero, R. Rampioni and L. Risicato (ed.), *La crisi della legalità. Il 'sistema vivente delle fonti penali'*, Napoli, ESI, 2016, p. 201 ss.;

MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, Dike, 2012;

MANES V., voce *Art. 7*, in S. Bartole -P. de Sena -V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2012, p. 258 ss.;

MANES V.-MAZZACUVA F., *GDPR e nuove disposizioni penali del codice privacy*, in *Dir. pen. proc.*, 2, 2019, p. 171 ss.;

MANES V.-NAPOLEONI V., *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Giappichelli, 2019;

MANES V.-ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffrè, 2011;

MANNA A., *Il lato oscuro del diritto penale*, Pisa, Pacini, 2017,

MANNA A., *La sentenza Contrada ed i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?*, in *Dir. pen. cont.*, 4 ottobre 2016;

MANNA A., *Introduzione alle problematiche relative all'interpretazione nella giustizia penale*, in Id. (a cura di), *Il problema dell'interpretazione nella giustizia penale*, Pisa, Pisa University Press, 2016;

MARINI G., voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978, p. 950 ss.;

MARKESINIS B. S., *Learning from Europe*, in Id. (ed.), *The Gradual Convergence. Foreign Ideas, Foreign Influences and English Law on the Eve of the 21st Century*, Oxford, Clarendon Press, 1994;

MATTEI U., *Common Law: il diritto angloamericano*, Torino, Utet, 1992;

MATTEI U.-ARIANO E., *Il modello di common law*, Torino, Giappichelli, 2018;

MAZZACUVA F., *La prevenzione sostenibile*, in *Cass. pen.*, 3, 2018, p. 1017 ss.;

MAZZACUVA F., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, Giappichelli, 2017;

- MAZZACUVA F., voce *Art. 7*, in G. Ubertis - F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016, p. 236 ss.;
- MELCHIONDA A., *La labile "certezza interpretativa" della legittimità costituzionale del reato di bancarotta*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4, 2016, p. 62 ss.;
- MERRYMAN J. H., *On the Convergence (and Divergence) of the civil law and the common law*, in M. Cappelletti (ed.), *New Perspectives for a common law of Europe*, Firenze, Badia Fiesolana, 1978, p. 194 ss.;
- MILL J. S., *Utilitarianism. Liberty. Representative Government*, Londra, Everyman's Library, 1964;
- MILSOM S. F. C., *Historical Foundations of the Common Law*, Londra, Butterworths, 1981;
- MILSOM S. F. C., *The Nature of Blackstone's Achievement*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1, 1981;
- MITSILEGAS V., *European Criminal Law After Brexit*, in *Criminal Law Forum*, 28, 2017;
- MITSILEGAS V., sub *Art 49. Principles of Legality and Proportionality of Criminal offences and Penalties*, in S. Peers-T. Hervey-J. Kenner-A. Ward (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford and Portland, 2014, p. 1351 ss.;
- MOCCIA L., voce *Common Law*, in *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, III, Torino, Utet, 1988, p. 17 ss.;
- MOCCIA L., *English Law attitudes to the 'Civil Law'*, in *Journal of Legal History*, 1981;
- MOCCIA L., *Sull'uso del termine civil law*, in *Foro it.*, V, 1980, p. 254 ss.;
- MOCCIA S., *Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo stato sociale di diritto. relazione di sintesi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3, 2018, p. 1720 ss.;
- MURPHY W. T., *The Oldest Social Science? The Epistemic Properties of the Common Law Tradition*, in *Modern Law Review*, 1991;
- MUSCO E., *L'illusione penalistica*, Milano, Giuffrè, 2004;
- NEVILLE BROWN L., *General Principles of Law and the English Legal System*, in M. Cappelletti (ed.), *New Perspectives for a common law of Europe*, Firenze, Badia Fiesolana, 1978;
- NICOL A., *Confiscation of the profit of crime*, in *J. Criminal Law*, 1988;
- NISTICÒ M., *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato*, Torino, Giappichelli, 2015;
- NORTON P., *Reform of the House of Lords*, Manchester, Manchester University Press, 2017;
- NUVOLONE P., *Il sistema del diritto penale*, Padova, Cedam, 1982;

- OLDFATHER C. M.-O'HEAR M. M., *Criminal Appeals: Past, Present, and Future*, in *Marq. Law Rev.*, 2, 93, 2009;
- ORLANDI R., *Rinascita della nomofilachia: sguardo comparato alla funzione "politica" delle Corti di legittimità*, in *Cass. pen.*, 7-8, 2017, p. 2596;
- ORMEROD D., *Smith and Hogan, Criminal Law*, New York, 2011;
- ORMEROD D.-LAIRD K., *Jorgee: not the end of a legal saga but the start of one?*, in *Crim. Law Rev.*, 2016;
- ORWELL G., *The Lion and the Unicorn. Socialism and the English Genius*, Milton Keynes, Penguin ed., 2018;
- OSBORNE C., *Does the end justify the means? Retrospectivity. Art. 7 and the Material Rape Exception*, in *European human rights law review*, 1996, p. 406 ss.;
- PADOVANI T., *Delitti e contravvenzioni*, in *Dig. disc. pen.*, 1989;
- PALAZZO F., *La Consulta risponde alla 'Taricco': punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, in *Dir. pen. e proc.*, 3, 2017, p. 285 ss.;
- PALAZZO F., *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 3, 2016, p. 4 ss.;
- PALAZZO F., *La sentenza «Contrada» e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. e proc.*, 9, 2015, p. 1061 ss.;
- PALAZZO F., *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quad. fiorentini*, 2007, p. 1279 ss.;
- PALAZZO F., *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, ESI, 2006;
- PALAZZO F., voce *Legalità (dir. pen.)*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 3373 ss.;
- PALAZZO F., voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, Utet, 1993, p. 338 ss.;
- PALAZZO F., *Ignorantia legis: vecchi limiti e orizzonti nuovi della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 3, p. 920 ss.;
- PALAZZO F.-VIGANÒ F., *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, Il Mulino, 2018;
- PALIERO C. E.-MOCCIA S.-DE FRANCESCO G.-INSOLERA G.-PELISSERO M.-RAMPIONI R.-RISICATO L. (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente delle fonti penali"*, Napoli, ESI, 2016;
- PALIERO C. E.-MUCCIARELLI F., *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4, 2015, p. 246 ss.;

- PALIERO C. E.-VIGANÒ F. (a cura di), *Europa e diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2013;
- PECORELLA G., *La successione di leggi che regolano il ricorso in Cassazione del P.M. in caso di doppia conforme assolutoria*, in *Dir. pen. e proc.*, 10, 2017, pag. 1330 e ss;
- PELLIZZONE I. (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Milano, Giuffrè, 2017;
- PERKINS W. B., *The English Judicature Act of 1873*, in *Mich. Law Rev.*, 12, 4, 1917;
- PERRONE D., *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Torino, Giappichelli, 2019;
- PINELLI C. et al., *Giudici e legislatori*, in *Dir. pubb.*, 2, 2016, p. 483 ss.;
- PINO G.-VILLA V. (a cura di), *Rule of law. L'ideale della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2016;
- PIRAS P., *Un distillato di nomofilachia: l'imperizia lieve intrinseca quale causa di non punibilità del medico*, in *Dir. pen. cont.*, 20 aprile 2018;
- PIZZORUSSO A., *Stare decisis e Corte costituzionale*, in G. Treves (a cura di), *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, Unione tipografica, 1971, p. 31 ss.;
- POLLERA M., *Precedente giudiziale e modelli decisionali*, in *Cass. pen.*, 11, 2018, p. 3986 ss.;
- POLLOCK F.-MAITLAND F. W., *The History of English Law Before the Time of Edward I*, Cambridge, 2010;
- POSNER R. A., *Blackstone and Bentham*, in *The Journal of Law and Economics*, 19, 1976;
- POSTEMA G. J., *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford, Clarendon Press, 1986;
- POUND R., *The Spirit of the Common Law*, Francetown, Marshall Jones Company, 1931;
- PULITANÒ D., *Diritto penale e tecniche interpretative: l'interpretazione conforme a costituzione e il ruolo 'creativo' del giudice*, in I. Pellizzone (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Milano, Giuffrè, 2017;
- PULITANÒ D., *Ermeneutiche alla prova. La questione del falso valutativo*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 4, 2016, p. 204 ss.;
- PULITANÒ D., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1, 2015, p. 29 ss.;
- PULITANÒ D., *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2, 2015, p. 318 ss.;
- PULITANÒ D., *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2, 2015, p. 46 ss.;

- PULITANÒ D., *Personalità della responsabilità: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4, 2012, p. 1231 ss.;
- PULITANÒ D., *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, Giuffrè, 1976;
- RADIN M., *Case Law and Stare decisis: concerning prajudizienrecht in Amerika*, in *Columbia Law Rev.*, 2, 1933;
- RAZ J., *The Rule of Law and its Virtue*, in *Law Quarterly Rev.*, 1977, p. 195 ss., nonché Id., *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979;
- RECCHIA N., *La Corte di cassazione alle prese con gli effetti nel nostro ordinamento della decisione Contrada della Corte Edu*, in *Giur. it.*, 2017, p. 1205 ss.;
- RESCIGNO G. U., *Comunicare, comprendere, interpretare nel diritto*, in *Dir. pubb.*, 3, 2009, p. 697 ss.;
- ROMANO M., sub Art. 5, in ID., *Commentario sistematico del diritto penale*, Milano, 2004;
- ROMANO S., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1983;
- RONCO M., *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, Giappichelli, 1996;
- RONCO M., *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, Triccerri ed., 1979;
- RORDORF R., *Il precedente nella giurisprudenza*, in *Foro it.*, V, 2017, p. 277 ss.;
- RORDORF R., *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, V, 2006, p. 279 ss.;
- RUGGERI A., *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, in *Dir. comp.*, 7 aprile 2015;
- RUGGERI A.-SPADARO A., *Lineamenti di giustizia Costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2014;
- SAMMUT I., *Interpreting the law in a mixed jurisdiction: the professor vs. the judge - peers or rivals?*, in *Loyola L. Rev.*, 3, 2016;
- SAMPFORD C., *Retrosepectivity and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006;
- SAMUEL G., *The Foundations of Legal Reasoning*, Antwerp, Blackstone, 1994;
- SANTORO E., *Rule of law e "libertà degli inglesi". L'interpretazione di Albert Venn Dicey*, in P. Costa-D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli ed. 2002;
- SCOLETTA M. M., *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in C.E. Paliero-F. Viganò (a cura di), *Europa e diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 226 ss.;

- SEARLE HOLDSWORTH W., *The history of English Law*, Londra, Methuen, 1903-1972;
- SEDLEY S., *The Common Law and the Political Constitution: a reply*, in *Law Quart. Rev.*, 2001;
- SGUBBI F., *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, Il Mulino, 2019;
- SGUBBI F., *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, II, 2001, p. 1193 ss.;
- SGUBBI F., *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, Il Mulino, 1990;
- SICURELLA R.-PANZAVOLTA M., voce *Art. 49*, in R. Mastroianni-O. Pollicino-S. Allegrezza-F. Pappalardo-O. Razzolini (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 972 ss.;
- SIMPSON A. W. B., *Legal Theory and Legal History*, London, The Hambledon Press, 1987;
- SIRACUSA L., *La trasfigurazione del principio di legalità penale statale nel prisma del diritto europeo*, in F. Viola (a cura di), *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 111 ss.;
- SMITH A. T. H., *Codification of the Criminal Code: the Case for a Code*, in *Crim. Law. Rev.*, 1986, p. 289 ss.;
- SOTIS C., «Ragionevoli prevedibilità» e giurisprudenza della Corte Edu, in *Questione giustizia*, 4, 2018, p. 68 ss.;
- SOTIS C., *Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco, con una postilla sulla ordinanza 24 del 2017 della Corte Costituzionale "tra Antigone e Creonte io sto con Porzia"*, in I. Pellizzone (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Milano, Giuffrè, 2017;
- SOTIS C., *Le "regole dell'incoerenza". Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, Aracne, 2015;
- SOTIS C., *La "mossa del cavallo". La gestione dell'incoerenza nel sistema penale europeo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2, 2012, p. 464 ss.;
- SOTIS C., *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, Giuffrè, 2007;
- SPANGHER G., *Nomofilachia "rafforzata": serve trasparenza*, in *Dir. pen. proc.*, 8, 2018, p. 985;
- SPANGHER G., *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1, 2016, p. 88 ss.;

SPENCER J. R., *Criminal Law*, in L. Blom Cooper-B. Dickson-G. Drewry (eds), *The Judicial House of Lords 1876-2009*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 594 ss.;

SPENCER J. R., *Does our present criminal appeal system make sense?*, in *Crim. Law Rev.*, 2006;

SPENCER J. R., *French and English Criminal Procedure*, in S. Markesinis (ed.), *The Gradual Convergence. Foreign Ideas, Foreign Influences and English Law on the Eve of the 21st Century*, Oxford, Calrendon Press, 1994, p. 36 ss.;

SPENCER J. R., *Public Nuisance – A Critical Examination*, in *Crim. Law J.*, 1989;

STONE J., *1966 And All That! Loosing the Chains of Precedent*, in *Columbia Law Rev.*, 69, 1969, p. 1162;

STILE A. M.-MANACORDA S.-MONGILLO V. (a cura di), *Civil law e common law: quale grammatica per il diritto penale?*, Napoli, ESI, 2018;

STILE A. M.-MANACORDA S.-MONGILLO V. (a cura di), *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, Napoli, ESI, 2015;

STONE J., *Ratio of the Ratio decidendi*, in *Modern Law Review*, 1959, 6, p. 597 ss.;

STONER JR J. R., *Natural Law, Common Law, and the Constitution*, in D. E. Edlin (a cura di), *Common Law Theory*, New York, Cambridge University Press, 2007;

STORTONI L., *Il difficile equilibrio tra supremazia della legge e prevedibilità della giurisprudenza*, in A. Cadoppi (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Roma, Dike, 2017, p. 123 ss.;

STORTONI L., *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, II, 1988, p. 1313 ss.;

SUMMER R. S.-TARUFFO M., *Interpretation and Comparative Analysis*, in D. N. MacCormick-R. S. Summers (a cura di), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Aldershot, Dartmouth Publishing, 1991, p. 487 ss.;

STUNTZ W., *The Patological Politics of Criminal Law*, in *Michigan Law Review*, 2001, p. 512;

TAMANAH B. Z., *On the rule of law: history, politics, theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004;

TARUFFO M., voce *Giurisprudenza*, in *Enc. giur.*, Treccani, formato digitale;

TARUFFO M., *Note sparse sul precedente giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 2018, p. 111 ss.;

TARUFFO M., *Aspetti del precedente giudiziale*, in *Criminalia*, 2014, p. 37 ss.;

TARUFFO M., *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2007, p. 709 ss.;

TARUFFO M., *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 11 ss.;

- THOMAS J., *The Criminal Procedure Rules: 10 years on*, in *Crim. Law Rev.*, 6, 2015;
- ULLMANN W., *Law and Politics in the Middle Ages*, Cambridge, Cambridge University Press, II ed., 2008;
- V. DICEY A.-MICHENER R., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Liberty Fund, 1982;
- VAN CAENEGEM R. C., *I sistemi giuridici europei*, trad. E. Bertucci, Bologna, Il Mulino, 2003;
- VAN CAENEGEM R. C., *European Law in the Past and the Future: Unity and Diversity over Two Millennia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001;
- VALLAURI L. L., voce *Giurisprudenza* (I), in *Enc. giur.*, XV, Roma, Treccani, p. 1 ss.;
- VARANO V.-BARSOTTI V., *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Torino, Giappichelli, 2018;
- VARANO V., *Contempt of Court*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III, Torino, 1989, p. 107 e ss.;
- VASSALLI G. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, ESI, 2006;
- VASSALLI G., voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, Utet, 1994, p. 278 ss.;
- VIGANÒ F., *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, in *Dir. pen. cont.*, 5 aprile 2017, p. 1 ss.;
- VIGANÒ F., *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato*, in *Dir. pen. cont.*, 9, 2017, p. 146 ss.;
- VIGANÒ F., *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2017, p. 370 ss.;
- VIGANÒ F., *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte Edu*, in *Dir. pen. cont.*, 26 aprile 2016, p. 1 ss.;
- VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2016, p. 1 ss., nonché in C. E. Paliero-S. Moccia-G. De Francesco-G. Insolera-M. Pelissero-R. Rampioni-L. Risicato (a cura di): *La crisi della legalità. Il "sistema vivente delle fonti penali"* (Napoli, ESI), p. 213 ss.;
- VINCIGUERRA S., *Sull'intralcio all'amministrazione della giustizia delle interpretazioni discordanti e il suggerimento di qualche rimedio*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 1, 2014, p. 195 ss.;

- VIOLA F., *Debolezza della volontà e incertezza della ragione*, in Id. (a cura di), *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, Bologna, Il Mulino, 2012;
- VOGLIOTTI M., *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2011;
- VOGLIOTTI M., voce *Legalità*, in *Enc. dir.*, Ann. VI, Milano, Giuffrè, p. 371 ss.;
- WALDRON J., *Retroactive Law: How Dodgy was Duynhoven*, in *Otago L. Rev.*, 2004;
- WAY S., *Joint Enterprise: the Need for Reform*, in *J. Crim. Law*, 2015, 79;
- WILLIAMS G., *Criminal Law: the General Part*, Londra, Stevens & Sons, 1953;
- WILLIAMS G., *The Correlation of Allegiance and Protection*, in *Cambridge Law J.*, 10, 1948;
- WILSON W., *Criminal Law*, Edimburgh, Pearson Education, 2017;
- YOUNG W., *Summing up to juries in criminal cases: what jury research says about current rules and practise*, in *Crim. Law Rev.*, 2003, p. 665 ss;
- ZAGREBELSKY V., *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Riv. AIC*, 2, 2015;
- ZEDNER L.-ROBERTS J. V (eds), *Principles and values in criminal law and criminal justice*, Oxford University Press, 2012;
- ZIMMERMANN R., *In Roman Law, Contemporary Law, European Law: The Civilian Tradition Today*, Oxford, Oxford University Press, 2001;
- ZORA M., *The Real Social Network: How Jurors' Use of Social Media and Smart Phones Affects a Defendant's Sixth Amendment Rights*, in *University of Illinois Law Rev.*, 2012, p. 585 s.

## Indice della giurisprudenza per Tribunale di competenza

- Comm. Edu, 3 marzo 1986, *Hogben c. Regno Unito*;
- Corte Edu, 30 marzo 1989, *Chappel c. Regno Unito*;
- Corte Edu, 28 marzo 1990, *Groppera Radio AG et al. c. Svizzera*;
- Corte Edu, 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*;
- Corte Edu, 13 luglio 1995, *Tolstoy Miloslavsky c. Regno Unito*;
- Corte Edu, 22 novembre 1995, *S. W. c. Regno Unito*;
- Corte Edu, 22 novembre 1995, *C. R. c. Regno Unito*;
- Corte Edu, 11 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*;
- Corte Edu, 25 febbraio 1997, *Findlay c. Regno Unito*;
- Corte Edu, 8 febbraio 2000, *McGonnell c. Regno Unito*;
- Corte Edu, sez. II, 22 giugno 2000, *Coeme et al. c. Belgio*;
- Corte Edu, 22 marzo 2001, *K.-H.W. c. Germania*;
- Corte Edu, 22 marzo 2001, *Streletz, Kessler e Krenz c. Germania*;
- Corte Edu, Grande Camera, 11 luglio 2002, *Goodwin c. Regno Unito*;
- Corte Edu, sez. II, 30 marzo 2004, *Radio France et al. c. Francia*;
- Corte Edu, sez. IV, 27 aprile 2004, *Kansal c. Regno Unito*;
- Corte Edu, 29 giugno 2004, *Chauvy et al. c. Francia*;
- Corte Edu, dec. 29 novembre 2005, *Uttley c. Regno Unito*;
- Corte Edu, 10 ottobre 2006, *Pessino c. Francia*;
- Corte Edu, 3 maggio 2007, *Custers, Deveaux and Turk c. Danimarca*;
- Corte Edu, 24 maggio 2007, *Dragotoniu e Militaru-Pidhorni c. Romania*;
- Corte Edu, Sez. II, 20 gennaio 2009 (def. 20 aprile 2009), *Sud Fondi c. Italia*;
- Corte Edu, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*;
- Corte Edu, 17 maggio 2010, *Kononov c. Lituania*;

Corte Edu, 6 ottobre 2011, *Soros c. Francia*;

Corte Edu, Grande Camera 20 ottobre 2011, *Nejdet Şahin e Perihan Şahin c. Turchia*;

Corte Edu, Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter et al c. Regno Unito*;

Corte Edu, Grande Camera, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*;

Corte Edu, Sez. II, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*;

Corte Edu, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*;

Corte Edu, Grande Camera, 20 ottobre 2015, *Vasiliauskas c. Lituania*;

Corte Edu, 22 dicembre 2015, *Stanković and Trajković v. Serbia*;

Corte Edu, Sez. I, 11 febbraio 2016, *Dallas c. Regno Unito*;

Corte Edu, Grande Camera, 26 aprile 2016, *Murray c. Paesi Bassi*;

Corte Edu, 4 ottobre 2016, *Zaja c. Croazia*;

Corte Edu, Grande Camera, 17 gennaio 2017, *Hutchinson c. Regno Unito*;

Corte Edu, Grande Camera, 27 febbraio 2017, *de Tommaso c. Italia*;

Corte Edu, 17 ottobre 2017, *Navalnyye c. Russia*;

Corte Edu, Grande Camera, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. et al. c. Italia*.

\*\*\*

Corte giust., 13 febbraio 1979, *Hoffman La Roche c. Commissione*, C-85/76;

Corte giust., 18 marzo 1980, *Valsabbia c. Commissione*, C-154/78;

Corte giust., 29 febbraio 1984, *Estel c. Commissione*, C-270/82;

Corte giust., 10 luglio 1990, *Hanses*, C-326/88;

Corte giust., 25 novembre 1998, *Manfredi c. Regione Puglia*, C-308/97;

Corte giust., Grande Sezione, 21 dicembre 2011, cause riunite C-411/10 e C-493/10;

Corte giust., Grande Sezione, 7 maggio 2013, *Åkerberg Fransson*.

\*\*\*

Corte cost., 11 dicembre 1974, n. 276;

Corte cost., 6 dicembre 1976, n. 234;  
Corte cost., 30 luglio 1997, n. 288;  
Corte cost., 16 dicembre 1980, n. 177;  
Corte cost., 8 giugno 1981, n. 96;  
Corte cost., 13 dicembre 1988, n. 1085;  
Corte cost. 24 marzo 1988, n. 364;  
Corte cost., ord. 17 novembre 2000, n. 501;  
Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 5;  
Corte cost., 16 marzo 2007, n. 78;  
Corte cost., 11 luglio 2007, n. 322;  
Corte cost., 30 luglio 2008, n. 327;  
Corte cost., 23 luglio 2010, n. 282;  
Corte cost., 5 aprile 2012, n. 78;  
Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230;  
Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49;  
Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24;  
Corte cost., 10 aprile 2018, n. 115;  
Corte cost., 11 luglio 2018, n. 149;  
Corte cost., 5 dicembre 2018, n. 222.

\*\*\*

Cass., Sez. Un., 22 gennaio 2009, n. 22676 (dep. 29/05/2009), imp. Ronci;  
Cass., Sez. Un., 21 gennaio 2010 (dep. 13/05/2010), n. 18288;  
Cass., sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786 (dep. 23/12/2010), imp. Cozzini et al.;  
Cass., Sez. Un., 19 aprile 2012 (dep. 12/09/2012), n. 34952;  
Cass., sez. V, 24 settembre 2012 (dep. 6/12/2012), n. 47502, imp. Corvetta et al.;  
Cass., Sez. Un., 30 gennaio 2014 (dep. 05/03/2014), n. 10561, imp. Gubert;  
Cass., Sez. Un., 24 aprile 2014 (dep. 18.9.2014), n. 38343, ric. Espenhahn et al.;

Cass., Sez. Un., 31 marzo 2016 (dep. 27/07/2016), n. 22474, ric. Passarelli;  
Cass., sez. IV, 20 aprile 2017 (dep. 07/06/2017), n. 28187, ric. Tarabori;  
Cass., Sez. Un., 27 aprile 2017 (dep. 05/09/2017), n. 40076, imp. Paternò;  
Cass., sez. IV, 19 ottobre 2017 (dep. 31/10/2017), n. 50078, ric. Cavazza;  
Cass., Sez. Un., 21 dicembre 2017 (dep. 22/02/2018), n. 8770, ric. Mariotti;  
Cass., Sez. VI, ord. 22 marzo 2019 (dep. 17 maggio 2019), n. 21767, ric. Genco.

\*\*\*

*Calder v. Bull* [1798] US 386;  
*River Wear Commissioners v Adamson* [1887] 2 App Cas 743;  
*London Street Tramways Co Ltd v London County Council* [1898] AC 375;  
*Re Athlumney* [1898] 2 QB;  
*R. v Kidman* [1915] 20 CLR 425;  
*Noss Farm Products, Limited v Lilico* [1945] vol. 2 All ER 609;  
*R. v Clarke* [1949] 2 All ER 448;  
*Maxwell v Murphy* [1957] 96 CLR 261;  
*Black-Clawson International v Papierwerke* [1975] AC 591;  
*DPP for Northern Ireland v Lynch* [1975] AC 653;  
*Shaw v DPP* [1962] AC 220;  
*Myers v DPP* [1965] AC 1022;  
*Warner v MPC* [1969] 2 AC 256;  
*Sweet v. Parsley* [1969] 1 All ER 347;  
*Broom v Cassell & Co Ltd* [1971] 2 QB 354;  
*Jones v Secretary of State for Social Services* [1972] 1 AC 966;  
*Ealing L.B.C. v Race Relations Board* [1972] AC 342;  
*Knüller v DPP* [1973] AC 435;  
*Mitchell v WT Grant Co* [1974] 416 US 600;  
*Miliangos v George Frank* [1975] QB 487;  
*Steadman v Steadman* [1976] AC 542;

*R. v. Steele* [1976] 65 Crim AR 22;  
*Duport Steel Ltd v Sirs* [1980] 1 All ER 529;  
*R. v Cuthbertson* [1981] AC 470;  
*R v Secretary of State for the Home Department, exp Khawuja* [1984] AC 74;  
*Streames v Copping* [1985] QB 920;  
*Council of Service Unions v Minister for the Civil Service* [1985] AC 374;  
*Chang Wing-Siu v The Queen* [1985] AC 168;  
*R. v Howe* [1987] 1 AC 417;  
*Loade v DPP* [1990] 1 QB 1052;  
*R v Secretary of State for Transport ex parte Factortame Ltd. (No 2)* [1991] 1 AC 603;  
*James M. Beam Distilling Co. v. Georgia*, 501 U.S. [1991] 529;  
*R. v R.* [1991] 1 All ER, 747;  
*Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v Casey* [1992] 505 US 833;  
*R v Manchester Crown Court, Ex Parte DPP* [1993] 1 WLR 1524;  
*Harper v. Virginia Department of Taxation*, 509 U.S. [1993] 86;  
*Pepper v Hart* [1993] AC 593;  
*R v Secretary of /State for the Home Department ex parte Leech* [1994] QB 198;  
*R v Lord Chancellor ex parte Witham* [1998] QB 575;  
*R. v DPP ex parte Kebeline* [1999] UKHL 43;  
*R. v Powell and R. v English* [1999] 1 AC 1;  
*R. v Neath and Port Talbot Justice ex p DPP* [2000] 1 WLR 1376;  
*B v DPP* [2000] 2 AC 428;  
*R. v Benjafield* [2001] 3 W. L. R. 206;  
*R. v Lambert* [2001] UKHL 37;  
*Regina v Kansal* [2001] UKHL 62;  
*Thoburn v Sunderland City Council* [2002] EWHC Admin 195;

*R (ProLife Alliance) v BBC* [2003] UKHL 23;  
*R (Ullah) v Special Adjudicator* [2004] UKHL;  
*Re Spectrum Plus (in liquidation)* [2005] 2 AC 680;  
*Essen v DPP* [2005] EWHC 1077;  
*Barnham* [2005] EWCA Crim 1049;  
*Watkins v Secretary of State for the Home Department* [2006] UKHL 17;  
*R (SB) v Governonrs of Denbigh High School* [2006] UKHL 15;  
*R v Rimmington* [2006] 1 AC 459;  
*Seal v Chief Constable of South Wales* [2007] UKHL 31;  
*R (Al-Skeini) v Secretary of State for Defence* [2007] UKHL 26;  
*A v HM Treasury* [2008] UKHL 61;  
*R v May* [2008] UKHL 28;  
*In re G (adoption unmarried couple)* [2008] UKHL 38;  
*R. v Briggs-Price* [2009] UKHL 19;  
*R. v Whittington* [2009] EWCA Crim 1641;  
*Austin v Mayor and Burgesses of the London Borough of Southwark* [2010] UKSC 28;  
*Gale v Serious Organised Crime Agency* [2011] UKSC 49;  
*Santos v Stratford Magistrates' Court* [2012] EWHC 752 (Admin.);  
*R v Gnango* [2012] 1 AC 827;  
*R. v Waya* [2012] UKSC 51;  
*R. v Ahmad* [2014] UKSC 36;  
*R. v Jogee and Ruddock v The Queen* [2016] UKSC 8;  
*R. v Johnson* [2017] 1 Cr. App. R. 12;  
*Farhia Ali v Crown Court at Kingston* [2017] EWHC 2706;  
*R. v Crilly* [2018] EWCA Crim 168.

## Indice delle altre fonti citate

J. E. FISCH, *Retroactivity and Legal Change: an Equilibrium Approach*, 1997, *Faculty Scholarship*, p. 1056 ss., disponibile all'indirizzo [www.scholarship.law.upenn.edu](http://www.scholarship.law.upenn.edu);

*House of Lords, Practice Statement (Judicial Precedent)* [1966] 1 W.L.R. 1234;

*House of Lords Reform, White Paper*, presentato in Parlamento dal Leader della Camera dei Comuni e da *Lord Privy Seal* su ordine della Regina, Febbraio 2007, disponibile all'indirizzo [www.service.gov.uk](http://www.service.gov.uk);

*Law Commission, Contempt of Court, Juror Misconduct and Internet Publications*, report n. 340, 9 dicembre 2013;

*Law Commission, Contempt of Court. A Consultation Paper, consultation paper no. 209*, 29 novembre 2012;

*Law Commission, The High Court's Jurisdiction in relation to Criminal Proceedings*, report n. 324, 26 luglio 2010;

*Law Commission, Participating in Crime*, report n. 305, maggio 2007;

*Law Commission, Rape within Marriage*, paper n. 116, 17 settembre 1990;

*Law Commission, Criminal Code. A Criminal Code for England and Wales*, report n. 177, 17 aprile 1989;

*Law Commission- and the Scottish Law Commission, The Interpretation of Statutes*, report n. 21, 9 giugno 1969, ristampa 1974;

E. LAING, *Two Cheers to Judicial Activism, Judicial Activism Project*, Professor P. Craig., 2016-2017;

LORD JUSTICE AULD, *Report on the Review of Criminal Justice System of England and Wales*, 2001;

*Relazione sull'amministrazione della giustizia per l'anno 2018*, Primo Presidente della Corte di Cassazione, dott. G. Mammone, 25 gennaio 2019, Roma, disponibile all'indirizzo [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it);

*Select Committee on Liaison, Minutes of Evidence*, 8 luglio 2003, Q276 e Q277;

*Practice Statement (Judicial Precedent)*, 1966, 1WLR 1234;

M. DYSON, *Joint enterprise. Written evidence*, disponibile all'indirizzo [www.data.parliament.uk](http://www.data.parliament.uk).



