

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI ROMA  
FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA  
Scuola di Specializzazione in Diritto Penale e Criminologia

"IRRETROATTIVITA' DELLA LEGGE PENALE"

Candidato

LUIZ VICENTE CERNICCHIARO

Matricola 4120

Relatore

Chiar.mo Prof.

TULLIO DELOGU

Anno Accademico 1976-1977



## ÍNDICE

### "IRRETROATTIVITA' DELLA LEGGE PENALE"

CAPITOLO PRIMO	3
NOTE AL PRIMO CAPITOLO	27
CAPITOLO SECONDO	38
DIRITTO ROMANO	39
2 - DIRITTO CANONICO	46
5 - FRANCIA	54
NOTE AL SECONDO CAPITOLO	80
CAPITOLO TERZO	89
INTERESSI GENERALI	111
NOTE AL III CAPITOLO	137
QUARTO CAPITOLO	143
NOTE AL QUARTO CAPITOLO	155
QUINTO CAPITOLO	157
NOTE AL QUINTO CAPITOLO	198



## CAPITOLO PRIMO



1 - La norma giuridica rappresenta il dovere giuridico del destinatario, sintetizzato nell'obbligazione di fare, o di non fare una determinata azione, conducendo alla distinzione, dal punto di vista della antigiuridicità, tra condotta commissiva ed omissiva, a seconda, rispettivamente che il precetto comandi la effettuazione di una condotta o l'astenersi da essa (1).

La norma giuridica, d'altra parte, rappresenta, come fatto storico, una presa di posizione e dimostra, tra l'altro, un aspetto assiologico. Mentre gli usi e la consuetudine, come emanazioni spontanee del giudizio medio di una società, in un determinato momento storico, rappresentano le norme scritte - in particolare le leggi - ma a scapito della loro elaborazione sono il condizionamento alla politica legislativa, che, al di là della volontà predominante, indicano, a volte, gli interessi della minoranza della comunità. Comunque, il contenuto rivela norma bilaterale, generale ed astratta, per garantire degli interessi comuni, seguito di sanzione organizzata.

2 - La bilateralità - la quale risulta essere il requisito della legge - imperativo-attributiva - indica la particolarità del diritto e lo distingue perfettamente dagli altri ordinamenti di controllo sociale. Essa enuncia che la



norma giuridica stabilisce vincolo fra delle persone (e solo fra persone, inesistendo legame giuridico tra una persona ed una cosa), costituendo il - rapporto giuridico - i cui poli sono il soggetto attivo ed il soggetto passivo, cioè, rispettivamente, la persona che può pretendere un fare, od un non fare da un'altra. Il proprietario può esigere il pagamento dell'affitto perché l' inquilino, mediante il contrarrio si è obbligato al prezzo, però può rivendicare dal proprietario il possesso della cosa affittata. In questo punto, è sottolineata la distinzione fra il diritto e la morale; questa, diversamente, è caratterizzata dalla unilateralità, vale a dire, è semplice indicazione dei doveri, mentre la norma giuridica stabilisce diritto e dovere (per questo, imperativo-attributiva), la morale è limitata ad imporre il dovere, il quale però non è esigibile da nessuno. Questa particolarità, tuttavia, non compromette l'esistenza delle sanzioni morali (2); diversamente dalle sanzioni giuridiche, esse non sono organizzate, nel senso di che la norma giuridica si impone anche contro la volontà di chi è vincolato, avendo sempre la possibilità di protezione giudiziaria contro la resistenza del soggetto passivo del rapporto giuridico, come, ad esempio, il fallimento, in sede di diritto commerciale e la reclusione in diritto penale (3).



3 - La generalità significa che le prescrizioni normative se riferiscono ad una serie di persone non individualmente determinate. Le leggi non si rivolgono ad un singolo agente ma ad una categoria o classe di agenti (4).

Le leggi speciali, il cui ambito d'incidenza è più ristretto, ubbidiscono allo stesso criterio purchè si applichino alle persone tutte che possono violare il precetto. Queste condizioni sono idonee anche per le leggi eccezionali; il Martati spiega che si distinguono dalle leggi speciali per chè non specializzano i principi di legge ma derogano ad essi (5).

Questi casi, comunque, nonostante abbiano una generalità meno ampia, non la rifiutano; invece, riflettono la caratteristica, affinchè sia raggiunta la certezza del diritto.

4 - L'astrattezza della legge dal canto suo, indica che essa si riferisce ad una categoria di azioni, giammai indirizzata a questa o quella azione. Questa particolarità conduce all'eguaglianza giuridica, ostando il favorire una persona a pregiudizio d'altra (6).



5 - La sanzione morale, a sua volta, non è organizzata, inesistendo organo per effettuarla, però, è una realtà che non può rimanere sconosciuta; rivelandosi diffusamente nella società, molte volte con più grande intensità, reciminando gli agenti degli atti che contrastano con i valori vigenti, come sono la critica alla condotta, cessazione convivio, reiezione dell'atto e così via dicendo.

6 - La vita in società avvolge del rapporti giuridici, che si moltiplicano diventando sempre più complessi. Il diritto è necessario affinché sia garantita la stabilità del suddetti rapporti e raggiunta la pace sociale. Non basta, il diritto; c'è bisogno che esso conferisca tranquillità a tutte le persone. Questo traguardo è toccato attraverso il principio di certezza del diritto.

Il Delogu osserva che il soggetto deve coconoscere, prima di agire, la qualificazione che l'ordinamento giuridico attribuisce alle sue azioni e come esse sono inserite nell'ordine sociale. La sicurezza giuridica e la tranquillità conferita dal diritto per evitare delle sorprese o dei pericoli sconosciuti. Il valore giuridico dell'azione è determinato anticipatamente. Inoltre, questo sentimento di sicurezza decorre direttamente dalla certezza del diritto, cioè, dalla nitidezza e



dalla stabilità delle regolamentazioni degli interessi disciplinati dalle regole giuridiche (7).

L'eminente professore nella Università di Roma aggiunge: la necessità che il regolamento dei conflitti di interessi sia sicuro e nitido risulta dall'essenza dell'ordine giuridico e rappresenta un principio di causalità finale che condiziona la sua esistenza (8).

Fra i mezzi per raggiungere la certezza del diritto, i caratteri di generalità e di astrattezza delle norme giuridiche occupano un piano di distacco.

In diritto penale, il problema acquista un'importanza più viva a causa della gravità delle conseguenze dall'infrazione penale.

7 - Interessa particolarmente la - permanenza della norma giuridica - cioè la sua proiezione nel tempo,

Il diritto è fenomeno culturale e, per questo, la norma giuridica esprime una cultura. Questo aspetto assume particolare importanza; ha dato causa alla formazione delle varie dottrine sull'origine del diritto, le cui premesse conducono a conclusioni diverse, finora non concilianti.



L'affermazione che il diritto - è fenomeno culturale - implica una presa di posizione dottrinarica, che legherà innumerevoli conclusioni (9).

L'uomo, dal momento della nascita, è circondato dai fatti, i quali saranno presenti sino alla morte. Inizialmente, egli è posto nel "mondo della natura", comprensivo di tutto quanto esiste, indipendentemente dalla partecipazione umana; quest'ordine dei fatti è governato dal principio della causalità, costituendo il mondo dell'essere, con delle leggi che non ammettono dubbi e che non possono essere alterate dagli uomini. L'ebollizione dell'acqua, la caduta dell'oggetto più pesante, dell'aria, la dilatazione del corpo, presenti le condizioni che presiedono tali fenomeni, accadranno senz'altro. Accanto a ciò, c'è il mondo dei valori, delle decisioni davanti ai fatti, e gli uomini qualificano loro positivamente o negativamente; conferiscono loro dei significati, dimostrando il "senso critico" degli uomini, aderendo a certi fenomeni, allo stesso tempo rifiutando degli altri, cioè, alcuni sono "valorati" e altri sono "devalorati". In un terzo momento, l'uomo sente il mondo della cultura, vale a dire, dall'esistenza di sé stesso, della capacità creativa, del momento culminante della sua dignità pensante, che favorisce l'adattarsi alla natura, superando gli ostacoli e favorendo la convivenza sociale, adattando ed adattandosi alla natura ed agli uomini, egli



integra il "mondo della natura" ed il "mondo dei valori". Questi ancora diventano una unità per servire ai bisogni dell'uomo. Oltre al dominare la natura, per rendere effettivi dei valori, sorgono gli ordinamenti di controllo sociale la cui mancanza sarebbe impossibile una pacifica convivenza sociale; per cui, il diritto assume un ruolo di particolare importanza perchè i doveri, tante volte, non sono e seguiti volentieri.

A cagione della mutabilità dei valori, le norme giuridiche, poichè il diritto è fenomeno culturale, nonostante permanenti, non sono prenni; trasformandosi con lo svolgersi del tempo, quindi esistono a causa dei valori. Evidentemente, per quanto letteralmente si conservino esprimeranno significati diversi nelle società che siano orientate a valori dissimili; per esempio, quando c'è la consacrazione dell'uguaglianza degli uomini, o la predominanza dell'intendimento della disuguaglianza. Questo spiega che un istituto giuridico si presenta con lineamenti differenti nello spazio, disciplinato in maniera diversa negli Stati; il matrimonio monogamico, per influenza religiosa. E' consacrato dai popoli cristiani, diversamente da quello che accade fra i Mussulmani; questi, pure per ascendenza religiosa, cercando altri valori, che permettono non la bigamia, insistendo riprovazione morale e giuridica. Oggidì, i popoli civili sottolineano la



vita come un oggetto giuridico inalienabile, senza distinguere le persone, in virtù di colori, credo o condizione sociale; i romani, però, stabilirono trattamento diverso in conformità al soggetto possedete o meno lo "status civitatis"; in Sparta fu lecito il sacrificio del bambino che nel momento della nascita non rivelasse condizioni fisiche tali da giudicar-lo un futuro buon soldato.

In diritto penale, le scuole dottrinarie costituiscono la risultante di un quadro culturale, spiegato dai loro postulati.

Il codice non esce dalla mente del legislatore ex abrupto, ma si matura lentamente sotto la spinta delle dominanti concezioni filosofiche, delle prementi istanze politiche, del bisogno spirituali ed economici, delle tendenze scientifiche, delle tradizioni e della coscienza morale e giuridica di un popolo, della tecnica o del progresso, come scrive il Bettiol (10), incominciando il capitolo – “Ambiente culturale e Diritto Penale”, esaminando i "presupposti filosofico-politici e principi della scuola-classica"(11) e i presupposti filosofico-politici e principi della scuola positivista (12), Senz'altro la Scuola Classica non può essere messa in analisi senza riferimento al liberalismo, al clima politico di preminenza del diritto di libertà; le radici di questo movimento sono il giusnaturalismo ed il contrattualismo, concezioni filosofiche che hanno premesse



differenti, e che comunque, difendo-no l'uomo contro l'assolutismo, firmando la tesi dell'esistenza dei diritti dell'uomo anteriori alla creazione dello Stato. La definizione della infrazione penale del Carrara (13) è riempita delle idee predominanti in quell'epoca. D'altra parte, la Scuola Positivistica Italiana è vincolata al positivismo del Conte, preoccupata costantemente della ricerca delle cause endogene ed esogene che condizionano la condotta delittuosa, motivando lo svolgimento dell'Antropologia Criminale, col lombroso, della Sociologia Criminale, debuttata dal Ferri e dagli studi del Garofalo.

Il Pettoello Mantovani, preoccupato dalla "concretezza" del diritto penale, verso la cui direzione si sta attuando la scienza penalistica "dopo che i tempi hanno segnato il tramonto del kelsenismo puro o engagé" (14), afferma: "vogliamo dire che l'odierno interesse prestato dalla filosofia del diritto all'oggetto di studio delle scienze giuridiche, crea, per il particolare lavoro che queste attualmente realizzano, terreno oltremodo favorevole ad una contraminazione; non si dimentichi che gli stessi sforzi di rendere in una compiuta visione l'essere del diritto (teoria generale), riservata ormai, per concorde opinione, ai giuristi, forniscono solo in parte l'idea di quel complesso fenomeno che ai giuristi vede impegnati ad un dovere essere operante nel vivo



dell'esperienza storico-culturale in cui, a ben vedere, il dover essere normativo affonda le proprie radici (15).

Cambiando l'ambiente culturale, contenente gli effetti si rispecchiano nell'ordinamento giuridico. Questo spiega la necessità di rivedere formalmente le norme giuridiche emanate dallo Stato, affinché il diritto sia aggiornato alle esigenze del momento storico. Qui, risiede l'importante problema relativo alla struttura della norma giuridica, cioè, tracciare le conseguenze risultanti dalla divergenza fra l'espressione formale della norma ed i valori predominanti; scontrandosi le dottrine naturalistiche e positiviste. La divergenza può raggiungere fino alla disparità - il tratto della materia in piano logico-formale porterebbe alla conclusione della prevalenza della norma in quanto non dichiarata la sua abolizione; il raziocinio, in sede logico-esistenziale, però, porterà l'interprete ad un altro punto, permettendo considerare l'imprescindibilità dalla corrispondenza assiologica, cui l'aspetto è preponderante, conducendo perfino) all'abolizione tacita. Il Delogu stabilisce l'osservazione: Dal 19° secolo si è manifestato un accentuato movimento di rivolta contro i dogmi dello statismo e del legalismo del diritto nella scienza giuridica... Il movimento di opposizione al "feticismo della legge" segnala tre fasi accentuate. Incomincia con l'affermazione



della necessità dell'interpretazione storica o evolutiva, che possa conferire ai testi legislativi un significato coerente al tempo, alle nuove conquiste sociali... Dopo, il movimento della "libera ricerca scientifica", sottolineando il bisogno di render saliente le fonti reali del diritto, accanto alle fonti formali... L'opposizione al legalismo, infine, al massimo della violenza col movimento della "Scuola del diritto libero" (Freirechtsbewegung, Freirechtsschule) mirando la loro manifestazione estrema a sostituire la finzione della legge con la realtà dei giudizi (16).

8 - La permanenza della legge penale riceve trattamento speciale a scapito della consacrazione di due principi - il principio di legalità e il principio della legge piú favorevole.

La nascita, la vigenza e l'abolizione della norma giuridica rappresentano, rispettivamente, l'ingresso di essa nell'ordinamento giuridico, il periodo in cui formalmente è dichiarata esistente e la sua esclusione dello stesso ordinamento. Per quanto dal primo all'ultimo dei momenti, bisogna distinguere il diritto scritto dal diritto consuetudinario; il primo, esigendo atto formale per essere conosciuto dai destinatari - promulgazione e pubblicazione - e l'ultimo



quando espressamente a norma della stessa o di gerarchia superiore lo dichiaro abolito, o quanto incompatibile con la posteriore. è automaticamente escluso dell'ordinamento. Il diritto è un insieme armonico; non ammette delle contraddizioni, nel senso di non avere conflitto fra due norme, vale a dire; se sono inconciliabili fra di loro, la posteriore porta alla scomparsa logica dell'anteriore (17).

La maggioranza degli Stati dopo la rivoluzione francese, per salvaguardare il diritto di libertà conferisce trattamento speciale alla norma penale, adotta la forma scritta con l'intento di rafforzare tale garanzia.

8 - A - Il principio di legalità ha come scopo immediato, e più importante, definire che il cittadino non può essere punito, se prima della sua condotta, non è stata pubblicata leggestabilente il reato, con la rispettiva sanzione.

Le leggi prevedono per l'avvenire affinché i destinatari non siano colpiti dalla sorpresa (18). Conseguentemente, l'uomo ha il diritto di conoscere, con esattezza, il comportamento vietato. In questo punto, sono pertinenti le seguenti parole del Nuvolone: Troppe norme del codice penale, e soprattutto delle



leggi speciali (gli artt. 14 e 15 della legge sulla stampa fanno testo!) sono concepite in termini così vaghi che è arduo stabilire quale sia la condotta vietata.

L'Autore sottolinea che il legislatore viola, con esse, contemporaneamente, il principio di legalità e di uguaglianza; d'altra parte, la certezza del diritto in materia penale esige una formulazione tecnicamente corretta e completa dei precetti penali, aspetto della legalità sostanziale costituzionalmente sancita (19).

In questo particolare, la rivoluzione francese, una volta di più, sottolinea un momento importante perché il suddetto principio fu riconosciuto dalla Assemblea Costituente e proclamato nell'art. 8° della Dichiarazione dei diritti dell'uomo, del 26 agosto 1789. La Costituzione del 24 giugno 1793 adotta lo stesso principio. La Costituzione del 22 agosto 1795 stabilì trattamento generico, consegnato pure nell'art. 2° del Codice Penale del 3° Brumaio, anno 4°, e così passa all'art. 4° del Codice Penale francese del 1810, apparendo prima del progetto della Costituzione Americana (20).

8 - B - Nella linea dello svolgimento storico del diritto penale, parallelamente al principio di legalità, un altro, poco a poco, fu solidificato, cioè



il principio di trattamento più favorevole al reo (21), per cui, se fra la data della infrazione e l'esaurimento del rispettivo rapporto giuridico, formato tra lo Stato ed il delinquente, ci sia alterazione legislativa, sarà applicato il testo più mite.

Il tema suggerisce delle indagini dottrinarie, sia per punteggiare i suoi fondamenti, che per determinare la sua estensione. Ha avuto consacrazione generale, sebbene la maggioranza delle legislazioni a esso sovrappongono il rispetto alla cosa giudicata; questo particolare, negli ultimi anni, trae l'attenzione della dottrina, con tentativi di oltrepassare anche questa barriera.

D'altra parte, finora, non è tranquillo il conceito di - legge penale più favorevole (22) - però predomina il criterio di essere concepita la norma che, relativamente al fatto giudicato, sia meno severa, rifiutato, maggioritariamente, l'amalgama delle parti delle leggi, evitando che il giudice, con frammenti delle leggi, ne costituisca una terza.

Al tema scelta, acquista maggiore importanza l'indagine: l'applicazione della legge penale più favorevole è conseguenza dell'interpretazione logica sistematica, od impone una norma specifica che la preveda?



8 – c - La risposta esige un previo registro. Il diritto - fatto culturale - come è stato puntualizzato, proclama, oggidi, un altro valore - il principio della eguaglianza giuridica - vale a dire, le leggi sono le stesse per tutti gli uomini.

Ne consegue che l'indagine fatta deve essere messa alla stregua di questo principio; tale principio sarà violato se gli Stati, per insistenza della legge vigente alla data del fatto - mantengono duplicità di trattamento; praticamente, ciò signifi cherebbe sottomettere fatti uguali a disciplina diversa. Punire qualcuno con la pena di 20 anni di reclusione, comminata ad un reato, poi che la medesima è stata ridotta a 15 anni, sarà contrastante col principio di eguaglianza, costituzionalmente segnalato e la cui portata non può essere limitata da una legge ordinaria.

La legge non è modificata senza motivo; le loro ragioni sono chiarite attraverso l'interpretazione teleologica che, dal canto suo, lascia intravedere il valore vivificante. Così, non fioriscono gli argomenti contrari a quest'impostazione, portando l'ingiustizia, ad esempio, l'illustrazione del Roubier (23). La norma non persegue interesse individuale, ma si preoccupa, a cagione della generalità, con l'eguaglianza di trattamento.



Se la costituzione non prevede discriminazioni ben precise che le leggi non possono effettuare nei riguardi degli individui, quest'eguaglianza costituzionalmente garantita non può significare null'altro che eguaglianza di fronte alla legge (24). Queste parole, sempre sottintendendo che l'eguaglianza giuridica presuppone eguaglianza delle condizioni del fatto, rafforzano le voci che rifiutano l'applicazione della legge più favorevole, il carattere di eccezione alla regola della irretroattività della legge penale.

8 - D - Il liberalismo a causa del suo contesto politico, mirando sempre alla salvaguardia del diritto di libertà, ci ha lasciato un altro principio giuridico; sebbene dogmaticamente appartenga al diritto di procedura penale, deve essere enunciato, in linea di massima, dato che si lega intimamente all'applicazione della legge penale - il principio del contraddittorio.

L'esclusione della verità meramente formale nel processo penale provocherebbe la necessità, delle regole speciali per giungere alle verità materiali; accanto al principio del libero convincimento del giudice, il contraddittorio è addirittura importante.



Il giudice penale, scrisse il Manzini, dovendo rivolgere la propria attività all'accertamento della verità reale, deve sentire così l'accusa come la difesa (25).

Sostanzialmente, esso significa che l'imputato ha il diritto inalienabile di conoscere tutti i termini dell'accusa e di produrre le prove atte a rifiutare l'imputazione. Infine, rappresenta l'efficacia della pienezza di difesa. D'altra parte, ancora con la preoccupazione che ci sia difesa effettiva, ogni indagine, sempre diretta dal giudice, deve compiersi con la partecipazione del Pubblico Ministero e dell'imputato.

La garanzia ha acquistato livello costituzionale (26) e la coscienza giuridica moderna la sottoscrive.

L'effetto pratico risiede in questa particolarità: nessuno può essere condannato se il giudizio non è preceduto dal contraddittorio; al verificarsi di ciò, il processo sarebbe macchiato da un vizio insanabile. La difesa piena è presupposto di qualsiasi condanna criminale.

Il Conso, dopo aver esaminato il sistema accusatorio, il sistema inquisitorio, i processi di tipo misto, la loro evoluzione storica e requisiti, aggiunge: il nostro legislatore si preoccupa unicamente di una cosa-che l'imputato



sia informato dell'accusa prima che nel processo abbiano a verificarsi taluni fatti, apportatori di eventi ritenuti di particolare pregiudizio per lui. Questi momenti, che mutano a seconda dei tipi di processo, sono stati fissati in modo che la contestazione dell'accusa sia condizione necessaria per il legittimo instaurarsi del dibattimento... sia condizione necessaria per il passaggio in giudicato di qualunque pronuncia di condanna e di quelle sentenze di proscioglimento che siano emesse con formule non considerate piene dal legislatore (27).

9- Il diritto - fatto storico - nasce, vive, invecchia, e muore. La permanenza della norma giuridica - è stato sottolineato - significa la sua proiezione nel tempo. La legge penale - corollario del principio di legalità, nella maggioranza degli Stati moderni, oltre ad essere statale (28) e valorativa (29), è scritta.

La formalità della legge penale implica il fissare del momento della sua presenza nell'ordinamento giuridico; comunque, concettualmente, non si identifica con l'inizio della vigenza.

La legge, prima di diventare obbligatoria, deve colmare die requisiti: la promulgazione (l'Esecutivo proclama la legge e impone la sua



esecuzione) e la pubblicazione (conoscenza del testo ai destinatari, la cui forma ha cambiato nel tempo, riflettendo il progresso dei mezzi di comunicazioni; dalla primitiva lettura orale e dalla esposizione nelle piazze pubbliche è, attualmente, adoperata la stampa).

Dopo la pubblicazione che comporta la presunzione assoluta di esser conosciuta, regola generale, la legge comincia a produrre gli effetti, tuttavia, non può essere dimenticata la - vacatio legis - cioè, il periodo fra la pubblicazione della legge e il giorno in cui cominciano gli effetti.

La pubblicazione, perciò, è momento di gran importanza nel ciclo vitale della legge penale; è l'istante della incorporazione all'ordinamento giuridico, vigendo immediatamente se nel sistema normativo non ha indicazione diversa, o data specifica fissata.

La nuova legge entra nell'ordinamento, la cui validità sarà determinata conformemente ai principi di coordinazione e di subordinazione, enunciati dal Kelsen (30); attraverso il primo si verifica la compatibilità del testo con gli altri esistenti, e il secondo indicherà l'armonia con le norme gerarchicamente superiori. Avendo incompatibilità (aspetto della coordinazione); cioè, la nuova legge disciplina differentemente il rapporto giuridico, prevarrà il



testo nuovo, la cui situazione potrà essere preveduta espressamente, od accadere tacitamente. Inesistendo l'armonia (subordinazione) persisterà la norma superiore anche se più antica perchè il principio che la conduce avvolge e condiziona tutte quanto le siano inferiore; così una legge ordinaria contrastante con il dispositivo costituzionale.

Il tema diventa più delicato quando la nuova legge è incompatibile coi principi penali universalmente accolti, ad esempio ciò che accadde in Germania nazista, adottando l'analogia in malam partem, per intendere che il divieto era espressione del liberalismo, incompatibile con l'orientazione politica dello Stato, però era necessario sentire il "sano sentimento del popolo".

L'Antolisei ricorda un'osservazione: "Contro gli eccessi e le deviazioni del metodo tecnico-giuridico si è delineata negli ultimi decenni una salutare reazione, essendo stata posta in rilievo la necessità che il giurista non limiti la considerazione alle norme giuridiche nella loro corteccia esteriore, ma approfondisca lo sguardo nella realtà sociale che sotto le norme stesse palpita di vitaperenne. Questo orientamento, che è stato detto "indirizzo realistico" (ed anche "teleologico"), afferma che una esatta interpretazione della legge non è assolutamente possibile se non si tiene conto dello scopo della norma, il quale,



perciò, non va considerato come un elemento metagiuridico, e cioè estraneo al diritto" (31).

Ci sono valori che oltrepassano le frontiere di uno Stato per costituire patrimonio della umanità, fra i quali possono essere menzionati esemplificativamente il rispetto della dignità umana, della vita dell'onore, della libertà. Una legge che contrasta tali valori, è chiaro, non può che mettersi in listitesi con lo scopo delle norme gerarchicamente superiori, diventando così anti-giuridica, rifiutata dall'ordinamento. Il Bettiol aggiunge: i valori che il diritto tutela non sono nella realtà sociali disorganizzati tra loro, ma si presentano in ordine che deriva dal significato e dal rilievo loro attribuito dalla dominanti concezioni etico-economico-politiche e dalle loro indubbe affinità sostanziali (32). La materia livellata porta a galla la contesa dottrina fra anti-giuridicità formale ed anti-giuridicità materiale (33).

La legge vigente produce gli effetti fino ad essere abolita formalmente, a meno che non sia eccezionale o teraporanea poichè, allora, mancherà la vigenza, rispettivamente, del quando cessare il fatto straordinario, o finire il periodo stabilito - il termine ad quem era stato fissato per anticipo.



L'abrogazione corrisponde alla perdita della vigenza della norma giuridica perchè un'altra della stessa, o di gerarchia superiore è incompatibile con essa.

La derogazione significa l'abolizione parziale.

"Derogatur legi cum pars detrahitur; abrogatur legi cum prorsus tollitur"

Relativamente, alla legge penale, ognuna delle ipotesi deve risultare nella norma scritta perchè, è ancora affetto dal principio di riserva di legge.

Il periodo di vigenza, quindi, è ben determinato. In Italia, la Costituzione 1° gennaio 1948 stabilisce: le leggi sono pubblicate subito dopo la promulgazione ed entrano in vigore il quindicesimo giorno successivo alla loro pubblicazione, salvo che le leggi stesse stabiliscano un termine diverso: non c'è distinzione fra le leggi dei vari settori dommatici.

Il Siniscaldo, ispirato nel Pugliati e Quadri, giudica conveniente tenere distinti il problema relativo alla vigenza della norma da quello relativo al suo ambito di operatività nel tempo. A questo ultimo è preferibile collegare l'espressione "sfera di validità temporale della norma" per indicare in ultima



analisi a quali comportamenti o a quali situazioni concretamente collocare nel tempo una determinata norma (4).

Durante la vacatio legis, nonostante pubblicata, la legge non è ancora vigente, rimanendo il rapporto giuridico disciplinato dalle norme anteriori; questa conclusione si accosta perfettamente al positivismo giuridico considerando che gli effetti della legge - inclusive dell'inizio della obbligatorietà - decorre dalla volontà dello Stato; altra però la risposta se il valore è considerato integrante del diritto. Se la nuova legge contrasta assiológicamente con l'anteriore, fenomeno comune quando è stata riforma di profondità dell'ordinamento giuridico, l'orientamento piú recente, se piú favorevole al delinquente, deve essere immediatamente applicato perchè bisogna che il diritto corrisponda ai valori predominanti. Se la nuova legge abolisce il reato, questa impostazione di Politica Criminale deve essere eseguita subitamente. La vocatio legis volge a favorire il destinatario della norma, affinchè non sia preso di sorpresa; praticando condotta penalmente illecita (e soltanto lo è da pochi giorni) inclusa fra i reati); non sarebbe logico che un istituto destinato proprio a favorire produca l'effetto opposto, ossia, mantenga la situazione di rigore, quando già abolita o disciplinata in maniera piú mite.



Non è applicazione della legge col c.d. effetto retroattivo, per la cessazione degli effetti della legge, dato che la proclamazione di nuovi orientamenti legislativi rappresenta l'attuale tendenza assiologica, a cui contesto si vincola il diritto tutto. Di questo passo, sono pertinenti tutte le considerazioni ideologiche che giustificano l'immediata applicazione della legge più favorevole. Fra le ipotesi c'è un solo punto divergente: l'inizio della vigenza. E' aspetto semplicemente formale che non deve essere analizzato senza divorziarsi dal fine specifico - favorire il destinatario. Il trattamento più recente deve preferire l'anteriore perchè consentano con l'ordine normativo. Il nuovo testo evidenzia l'invecchiamento della legge che finisce i suoi giorni (35).

D'altra parte, non è pure abolizione di legge, a causa della consuetudine contra legem. In questo caso, occorre conflitto fra la norma emessa dallo Stato e la condotta reiterata in senso contrastante.

Nell'ipotesi della vacatio legis, il conflitto è tra le norme statali, inesistendo l'"opposizione" che caratterizza la materia anteriore.

E c'è di più. Il principio di legalità ideologicamente, significa che la definizione dei reati e delle pene edittate sono descritti soltanto nella legge, cioè, con la partecipazione del potere legislativo, che rappresenta la volontà del



popolo. L'esistenza di un'altra legge, logicamente, è sintomo che il parlamento ha abolito (o canibiato) la norma anteriore, svuotando la legittimità della disciplina anteriore.

La delimitazione del tempo per l'inizio della vigenza (insiste, mira a favorire) non può essere motivo per proseguire il trattamento superato dommaticamente. La legge anteriore, assiologicamente è vuota (36).



## NOTE AL PRIMO CAPITOLO

- (1) - La bibliografia sulla norma giuridica è abbondante; sono opulenti gli studi sistematici, ad es. KEISEN HANS - "Teoria generale del diritto e dello Stato; "Vicenza, 1963, Edizioni di Comunità, 4a ed.; BOBBIO NORBERTO - "Teoria della Norma Giuridica", Torino, 1958, G. Giapichelli Editore.
- (2) - BOBBIO - "Teoria della Norma Giuridica", cit. , Per "Sanzione " s'intende pur sempre una conseguenza spiacevole della violazione, il cui scopo è quello di prevenire la violazione o nel caso che la violazione si sia verificata, di eliminare le conseguenze nocive. L'unica conseguenza spiacevole della violazione di una norma morale è il senso di colpa, uno stato di disagio, di turbamento, talora di angoscia che dicesi nel linguaggio dell'etica "rimorso" o "pentimento".
- (3) - BOBBIO – "Teoria della Norma Giuridica", cit., pagg. 197/201. La sanzione giuridica è esterna e istituzionalizzata. L'autore considera questo tipo di sanzione come un nuovo criterio per contrassegnare le nuove norme giuridiche, nonostante non sia esclusivo. Quando si parla di sanzione



istituzionalizzata si intendono tre cose, anche se non sempre si trovano insieme contemporaneamente:

- 1) per ogni violazione di una regola primaria, viene stabilito quale sia la sanzione relativa;
  - 2) viene stabilita, seppure entro certi termini, la misura della sanzione;
  - 3) vengono stabilite le persone incaricate di ottenere l'esecuzione.
- (4) - BOBBIO NORBERTO - "Studi per una Teoria Generale del Diritto", Torino, 1970, G. Giappicchelli Editore, pag. 12.
- (5) - MORTATI COSTANTINO – "Istituzioni di Diritto Pubblico", Padova, 1975, Cedam, pag. 307
- (6) - Il LOPEZ DE ONATE concepisce l'astrattezza nel senso indicato (vedi DELOGU TULLIO, "la loi pénale et son application", Universités Egyptiennes, 1956-1957, pag. 48); il KELSEN HANS, intende: il termine "regola" implica l'indicazione di qualche cosa di "generale". Una "regola" non si riferisce ad un singolo evento che non si ripete, ma ad un'intera classe di eventi simili (Teoria Generale del Diritto e dello Stato, Vicenza, 1963, Edizioni di Comunità, pag. 37. Un'eccellente analisi critica è stata



fatta dal BOBBIO, "Studi per una Teoria Generale del Diritto", cit. pagg. 11 e segg.

- (7) - DELOGU TULLIO - "La loi pénal et son application", cit., pag. 41.
- (8) - DELOGU TULLIO - "La loi pénal et son application", cit., pag. 41.
- (9) - Il diritto non è semplice ideale, ridotto ad espressione formale; ia sua realtà e il suo contenuto si proiettano nella società, condotta dei valori, che, a loro volta, rispecchiano i desideri degli uomini. La norma giuridica-compromesso storico - mantiene efficacia in quanto loro espresaione.
- (10) - BETTIOL GIUSEPPE - "Diritto Penale", Padova, Cedam, 1976, 9, pag. 13.
- (11) - BETTIOL - "Diritto Penale", cit., pp. 16 e S.
- (12) - BETTIOL - "Diritto Penale", cit., 22 e sgg.
- (13) - CARRARE FRANCESCO - "Programma di Diritto Criminale", Parte Generale, Firenze, Fratelli Cammelli, 1902, ed. 9, 21 : La infrazione della legge dello Stato, promulgata per proteggere ia sicurezza dei cittadini, risultante da un atto esterno dell'uomo, positivo o negativo, moralmente imputabile e politicamente dannoso.
- (14) - PETTOELLO MANTOVANI LUCIANO - "Il valore problematico della



scienza penalistica", Palermo, G. Priulia Editore, 1961, pag. 9

- (15) - PETTOELLO MANTOVANI - "Il valore problematico", cit. pp. 105-106.
- (16) - DELOGU TULLIO - "La loi Pénale et son application", Universitès Egyptiennes, 1956-1957, pp. 4-5.
- (17) - Un'analisi penetrante conduce alla conclusione dei c.d. conflitti delle norme giuridiche nel tempo. Il conflitto è ammissibile appena fra gli ordinamenti perchè in pluralità delle leggi relative al rapporto giuridico che ha la stessa causa, avendo possibilità di pluralità di trattamento giuridico - possibilità di qualificazione diversa, possono essere contrastanti. Il fenomeno, tuttavia, non accade nell'ambito del - diritto penale nel tempo - perchè lo stesso fatto non è, contemporaneamente, disciplinato dalle norme contraddittorie - corollario dal principio che in posteriore abolisce l'antecedente. Tale conflitto presuppone "convivenza" delle norme costituenti ordinamenti diversi. Insomma, rigorosamente, si dovrebbe adoperare soltanto l'espressione - "conflitto di norme" - al diritto penale dello spazio. Non è da confondere pure il c.d. conflitto apparente



delle norme penali, che presuppone pluralità di norme vigenti, però, a causa della unità dell'azione, una sposta l'incidenza dell'altra.

- (18) - Cf. JIMENEZ DE ASUA LUIS - "Tratado de Derecho Penal", Buenos Aires, Editorial Losada S.A., 1950, tomo II, pp. 523 e sgg.
- (19) - NUVOLONE PIETRO - "Corso di Diritto Penale", Parte Generale, Milano, 1966, Cisalpino - Goliarda, pag. 40.
- (20) - Cf. JIMENEZ DE ASUA LUIS - "Tratado de Derecho Penal", Buenos Aires, Editorial Losada S.A., 1950, tomo II, 523 pp. e segg.
- (21) - PANNAIN REMO.- "Manuale di Diritto Penale", Torino, 1967, Unione Tipografico - Editore Torinese, 4<sup>a</sup> ed., vol. I, pag. 113; BETTIOL - "Diritto penale", cit., pag. 144.
- (22) - MAGGIORE GIUSEPPE - "Diritto Penale", P. G., vol. II, tomo primo, 5 ed., Bologna, 1949. Nicola Zanichelli Edit., pp. 151/152;  
PISAPIA GIAN DOMENICO- "Istituzioni di Diritto Penale", Padova, 1975, Cedam, pag. 15.
- (23) - L'impostazione del ROUBIER è originale - sarà analizzata più avanti - sostiene il carattere costitutivo della sentenza di condanna, e la prende come elemento di particolare importanza.



- (24) - KELSEN HANS – “La dottrina pura del diritto”, Torino, Einaudi, 1966, p. 164.
- (25) - MANZINI GIUSEPPE - "Trattato di Diritto Processuale Penale" Italiano”, Torino, Utet, 1967, vol. I, pag. 248.
- (26) - Costituzione della Repubblica Italiana (1948): "La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento" (art. 24, 2).  
Costituzione della Repubblica Federativa del Brasile (1967): "L'istruzione criminale sarà contraddittoria (art. 153 f 16).
- (27) - CONSO GIOVANNI - "Accusa e Sistema Accusatorio, Atti Processuali Penali, Capacità Processuale Penale", Milano, Giuffrè, 1961, pp. 25-26.
- (28) - Il carattere - statale - della legge penale è effetto del principio di legalità; conseguentemente, in sede di fonti del diritto penale, lo Stato è la fonte di produzione e la legge (senso formale), la fonte di cognizione.
- (29) - Il carattere valoritivo - della legge penale significa rappresentare una presa di posizione assiologica. Questa affermazione tocca un tema polemizzato nella filosofia del diritto penale, la cui soluzione è sottolineata dalla giurisprudenza concettuale e dalla giurisprudenza degli interessi veri.



ROCCO ARTURO - "L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale; l'autore propose il metodo tecnico-giuridico, mirando allo studio della norma giuridica nitidamente distinto dall'impostazione filosofica dei classici e della visione naturalistica dei positivisti; l'opinione segnalò momento di rilievo nella letteratura specializzata. Per quanto riguarda il diritto penale come sistema protettore degli interessi, cfr. DELOGU TULLIO - "La loi penale et son application", Universités E'gyptiennes 1956-1957, pp. 32 e segg.; l'illustre professore distingue l'interesse protetto individualmente (diritto soggettivo - il reato è possibile soltanto contro la volontà del titolare: invito domino). La conclusione sarà diversa se l'interesse è protetto oggettivamente (il consenso è irrilevante - l'omicidio, per esempio),

- (30) - KELSEN HANS - "La dottrina pura del diritto", cit., pagg. 251/252: Secondo il carattere dinamico del diritto, una norma è valida per il fatto che, nella misura in cui la si produce in un modo determinato (determinato cioè da un'altra norma), quest'ultima costituisce l'immediato fondamento della validità della prima. Il rapporto fra la norma che regola la produzione di un'altra e la norma prodotta conformemente alla prescrizione si può



rappresentare con l'immagine della sovrordinazione e della subordinazione. Superiore è la norma che regola la produzione, inferiore è la norma prodotta conformemente alla prescrizione. L'ordinamento giuridico non è un sistema di norme poste l'una accanto all'altra in condizioni di parità, bensì una struttura gerarchica (Stufenbau) composta da vari piani di norme giuridiche ).

- (31) - ANTOLISEI FRANCESCO - "Manuale di Diritto Penale", Parte Generale, Milano, Giuffrè, Editore, 1975, 7° pp. 23-24.
- (33) - La divergenza conduce ormai ad effetti pratici. La concezione di essere l'antigiuridicità mera infrazione alla legge (KELSEN) non si preoccupa di coordinare la norma coi valori, ammettendo, di conseguenza, il "diritto ingiusto". Diversamente, la corrente che dichiara antigiuridica solo la condotta contrastante con la legge coerente ai valori direttivi (STAMMLER); secondo questa impostazione, "diritto ingiusto" è contraditio in terminis perchè il diritto porta al giusto. Vedi DELOGU, "La legge penale", cit., pp. 207 e segg.
- (34) - SINISCALCO MARCO - "Irretroattività delle leggi in materia penale", Milano, Giuffrè Editore, 1969, p. 2.



(35) - Fondamentalmente, le correnti filosofiche possono essere divise in tre gruppi. Il diritto naturale: secondo queste correnti del pensiero giuridico, una legge deve essere conforme a giustizia. Una legge non conforme a giustizia non est lex sed corruptio legis. In questo senso, GUSTAV RADBRUCH: Quando una legge nega coscientemente la volontà di giustizia, per esempio, concede arbitrariamente rifiuta i diritti dell'uomo, manca ad essa la validità... anche i giuristi devono trovare il coraggio di rifiutarle il carattere giuridico". Polemica è la determinazione dalla - giustizia - che si riveia nelle divergenze delle conclusioni; ad esempio fra l'ARISTOTELE (era naturale la schiavitù), KANT (era naturale la libertà), LOCKE, CAMPANELLA, ROUSSEAU, HOBBS e MANDEVILLE. Il positivismo giuridico: la legge è giusta se valida; in altre parole, il diritto è la legge. Il BOBBIO fa questo paragone: "Per un giunaturalista, una norma non è valida se non è giusta; per la teoria opposta una norma è giusta solo in quanto è valida. Per gli uni la giustizia è il crisma della validità, per gli altri la validità è il crisma della giustizia. In questo atteggiamento pure il LEVI; il KELSEN. Il realismo giuridico; nel corso della storia del pensiero giuridico ci sono teorici del diritto che



hanno cercato di cogliere il momento costitutivo delle esperienze giuridiche non tanto negli ideali di giustizia a cui gli uomini s'ispirano o dicono d'ispirarsi, ne tanto negli ordinamenti giuridici costituiti, quanto nella realtà sociale, dove il diritto si forma e si trasforma, nelle azioni degli uomini che fanno e disfanno col loro comportamento le regole di condotta che li governano. Queste correnti sono realistiche davanti al giusnaturalismo ed in antitesi al positivismo, sono contenutistiche. Il BOBBIO, ed è sempre egli che parla, il primo momento è rappresentato dalla Scuola Storica del diritto (il Von SAVIGNY il PUCHTA) - il diritto non si deduce da principi razionali, ma è un fenomeno storico e sociale che nasce spontaneamente del popolo: il fondamento del diritto è, per citare un'espressione diventata ormai famosa, non la natura universale, ma lo spirito del popolo (Volksgeist). Il secondo momento è la concezione sociologica del diritto (il KANTOROWICZ, il GENY, l'EHRlich, l'HECK). Il terzo momento è la concezione realistica del diritto che ha avuto fortuna in questi ultimi decenni negli Stati Uniti d'America; avendo prosperato la teoria sociologica (l'HOLMES, il POUND).



Cf. BOBBIO NORBERIO - "Teoria della Norma Giuridica", Torino, 1958, Giappichelli, Editore, pp. 49/70.

- (36) - Quando l'ipotesi è più favorevole al reo, è sbaglio, senza nessuna distinzione, stabilire gerarchia tra la norma scritta e la norma consuetudinaria. Nello stesso senso, rifiutare la inconsuetudine come fattore di svuotamento della efficacia della norma giuridica.

Vedi: GALLO MARCELLO "La legge penale", Appunti, Torino, 1965, Cooperativa Libreria Universitaria, Torinese, p.



## CAPITOLO SECONDO



### DIRITTO ROMANO

1 - La - irretroattività della legge - nel diritto romano era diversa; dei sistemi moderni, testo disciplinò la c.d. retroattività della legge penale più favorevole; non ha notizia che ciò abbia interessato i giureconsulti di quel tempo.

1 - A - Nell'epoca repubblicana, scrisse il Gabbache è la più remota a cui si risalga ed a cui ci si possa rivolgere nel tessere la storia del diritto moderno, gli scrittori non convengono tutti che il principio fosse universalmente sentito e convenientemente applicato. Gli espositori de finiscono in termini generali i limiti della applicazione della legge penale, esistendo d'altra parte, testimonianze e leggi speciali, le quali alludono a principi differenti, ed opposti al suddetto oppure possono essere e sono variamente interpretati. Celebre anzitutto un passo di Cicerone nella seconda Verrina; cap. 42. Era stata emanata nell'anno 585 a.u.c. la legge Vocania, la quale proibiva alle persone iscritte nella prima classe di censo di istituire eredi persone di sesso femminile. Questo divieto era stato esteso dal praetor Verre ai "non censi" ed applicato anche ai testamenti fatti prima del relativo editto heredam fecit fecerit. Contro questa retroattività insorse Cicerone colle seguenti parole: "vocania lex te videlicet delectabat? Imitatus esses ipsùm illum, Vocanium; qui lege sua hereditatem ademit nulli neque virgini



neque mulieri: sonxit in posterum, qui post eos Consore census esset, ne quis hereden virginem neve mulieren faceret. In lege vocania non est fecit, neque in ulia proeteriten tempus reprehenditur, nisi ejus rei, quae sua sponte tara scelerata et nefari est, ut etian si lex non esset, magno opere vitanda fuerit".

Il professore nell'Università di Pisa ne estrasse queste considerazioni: che qualora si applicasse al passato una legge penale, bastava che fosse concepita colle parole fecit-fecerit, delle quali la prima avrebbe indicato ciò che fosse già accaduto prima della emanazione della legge, e la seconda ciò che in seguito sarebbe accaduto, o venisse ad essere riconosciuto per accaduto; 2° - anche in difetto di tali parole, la retroattività della legge penale doveva intendersi quando essa colpiva fatti la cui iniquità fosse evidente, e additata dal senso morale di ognuno; 3° che ove nè l'una nè l'altra delle anzidette circostanze si verificasse, per regola generale la legge penale non si sarebbe dovuta applicare retroattivamente. Tali furono illazioni della maggior parte degli scrittori, e fra gli altri del Birnbaum (ap. Zach, pag. 68) e dello Zacharia (pg. 68-74).

Il suddetto autore focalizza l'intendimento contrario del Seeger, sottolineando i seguenti brani della sua opera. "Ai Romani bastava che un fatto fosse degno di pena perchè venisse effettivamente punito dal popolo, o mediante



le "questiones" istituite da esso; la pena si giudicava giusta anche se al tempo in cui il reato era stato commesso, non fosse stata comminata pena di morte, oppure una pena più mite; l'incondizionata retroattività delle leggi penali era quindi la regola anziché l'eccezione. Secondo il Seeger, dunque... le leggi penali romane dell'epoca repubblicana non erano retroattive, soltanto quando in esse si leggeva la clausola post hanc legem rogatam od altra simigliante (37).

Il Seeger afferma che tutte le leggi romane portavano la locuzione – fecit-fecerit - oppure generalmente la duplice indicazione del fatto punito, sia prima, come dopo la pubblicazione (38). Oltre ciò, aggiunge che la formula fecit-fecerit - non era necessaria alla retroattività della legge romana e che era sufficiente una di quelle parole per produrre lo stesso effetto; valendosi dell'argomento di Cicerone nella famosa orazione pro-Milone. Infine, osserva prima che si pubblicassero leggi con effetto retroattivo, nel sistema giuridico repubblicano si erano veduti più di una volta i magistrati nella pienezza del loro imperium punire senza che esistesse legge speciale da applicarsi nel caso. Così per es. la lex Valeria contro il ristabilimento del re fu posteriore alla punizione della congiura che a tale scopo era stata, fatta, e il S.C. de Bacchanalibus fu posteriore alla punizione che già era stata fatta dagli osceni eccessi che gli avevano dato



occasione. D'altra parte, prosegue, nel periodo repubblicano, predominava l'idea che non si potesse, con una legge, infliggere ad una persona una pena, prima e senza che venisse fatto regoiare giudizio". E infatti, nota il Seeger, la lex Clodia tanto riprovata da Cicerone non prese di mira ia retroattività della legge, ma soltanto il suo contenuto non costituzionale, in virtù del quale la condanna era già decisa, e il processo con le sue forme tuteiari e coi mezzi di prova veniva ad essere anticipatamente escluso"(39).

Il Gabba, in questo dissidio dottrinario, sottoscrisse una postazione intermedia; la maggior parte delle leggi repubblicane furono retroattive. L'autore giustifica il suo intendimento, appoggiandosi ad una particoiarità di indiscutibile significato, cioè, il contenuto morale che ispirava la legge penale; questa per la ragione del processo civile del non confondersi col processo criminale. L'amministrazione della giustizia civile era affidata al magistrato, in quanto la penale spettano al popolo, di modo che ia norma era emessa in ogni giudizio. Così mancava il clima per una presa di coscienza circa l'irretroattività: la concezione di illecito penale e la sanzione ubbidirono al criterio sostanziale, con speciale riguardo alla natura del fatto, prima di esigere, come posteriormente è accaduto, l'esistenza di legge che definisse l'infrazione e comminasse la pena edittale. E'



importante puntualizzare la distinzione fissata dai romani fra i delitti - proba natura turpia - ed i delitti - proba civiliter, ora trascurata, comunque, in quell'epoca, assai significativa. "Che se rispetto ai delitti manifesti ed evidenti ad ognuno, i Romani esclude vano l'ignoranza della legge penale soltanto per questo motivo, c'è da farsi meraviglia se rispetto agli stessi delitti e per lo stesso e solo motivo sembrasse loro giustificata l'applicazione retroattiva di quella legge; o piuttosto l'un principio non armonizza con l'altro, cosicchè l'una l'altro si richiamano e si completano? Nell'un argomento e nell'altro si vede la giustizia penale, dominata esclusivamente da considerazioni di ordine morale, non temperate, come sogliono essere nella scienza odierna, con quelle di civile convivenza e di pratica opportunità' (40). Il Roubier ha preso la medesima conclusione (41).

1 - B – Nell'impero fino a Giustiniano, la situazione si trasformò profondamente; la ragione principale, per così dire, decisivo per analizzare il tema della irretroattività della legge penale nel periodo anteriore - l'amministrazione della giustizia - fu modificata radicalmente; i giudizi, allora, sono attribuzione del magistrato; per questo, il concentramento nello stesso organo delle qualifiche di



legislatore e di giudice - corollario del giudizio popolare, sparisce. Logicamente la definizione del delitto tende ad un criterio più formale, o per lo meno, per legge scritta. Gli esempi delle leggi retroattive scompaiono quasi completamente, nonostante il Codice Teodosiano IV. 18 de pagiar. cost. un ed una Costituzione di Costantino, la quale accentua soltanto i già condannati dalla applicazione di una pena più grave novellamente introdotta (42).

In questo periodo, sono conosciuti per la prima volta, esempi della c.d. retroattività della legge penale più favorevole; il Grabba indica il Codice Teodosiano III, 12 de inc. mept. cost. 3, e nelle Novelle - 12, c. 3 e 129 c. 4 di Giustiniano. Nel primo passo si tolgono retroattivamente le pene stabilite nel cap. I eod. tit., per certi casi dell'incestus juris civilis. Nel secondo, Giustiniano, introdusse nuove e più gravi pene per gli incestuosi. Nel terzo passo Giustiniano dopo avere abolito parecchie incapacità civili dei Samariti attribuisce a queste abolizioni effetto retroattivo. Egli indica pure un passo di S. Ambrogio (De Abraham patriarcha lib. I, c. 4), riferito anche nel Decreto di Graziano (caus. 32, qu. 4, can. 3), pare che nel quinto secolo dell'era cristiana il principio della non retroattività della legge penale fosse entrato nel dominio della pubblica opinione. Poena criminis ex tempore legis est, quae crimen inhiibuit, nec ante lege nulla rei



damnatio est, sed ex lege. Quel principio non potrebbe certamente venire espresso in termini più chiari e più efficaci (43) (44 ).

Nonostante alcuni autori contrari; ad esempio, il Bartolo, appoggiandosi nel libro VIII -"Disputationem" - di Ulpiano, in quest'epoca non sorge nessuna norma, di portata generale, consacrando il principio della irretroattività della legge penale.



## 2 - DIRITTO CANONICO

Il diritto canonico marca un momento di rilievo nella linea di evoluzione del principio di retroattività della legge penale; è il profilo logico delle concezioni cui si appoggia quest'ordinamento giuridico, responsabile, si badi di incontestabili riflessi nel diritto penale.

Il diritto canonico è uno dei mezzi utilizzati dalla chiesa per raggiungere la - salus animarum. E' sufficiente accentuare questa finalità per mettere in evidenza l'intima concessione fra il giuridico ed il morale, cioè tra il mondo esterno ed il mondo interno dell'uomo; costituiscono il diritto ed il verso della stessa medaglia, per questi motivi, avvicinandosi i concetti del reato e del peccato; non soltanto l'animus acquista un'importanza particolare nell'economia dell'illecito penale; il momento della condotta diventa pure assai significativo, rappresentando l'aspetto temporale del soggettivo (45).

Nonostante la natura del diritto canonico, che rifiuta il positivismo giuridico - in quanto concepisce il diritto appena come le norme promulgate dallo Stato - postula la realizzazione di un ideale (46), ci ha dato il testo conosciuto più antico, vietando, in termini generali, qualsiasi reato senza una legge previa. Un rescritto di Gregorio III, del 593 (cap. I. X, de constitut. I. 2°) dichiara in termini



generali che le diminuzioni di diritto, inflitte dalla legge, si possono applicare soltanto a coloro i quali abbiano contravvenuto alla legge. Le pene seguono certamente quel principio vero, e quindi ad essere pure si riferisce il rescritto del Pontefice. Quoties novum quid statuit, ita solet futuris formam imponere ut dispendiis praeterita non commondet; ne detrimentum ante probationem possit ignorantes incurrere, quod eos post modum dignum est sustinere (47). E c'è di più; la solenne proclamazione della non retroattività della legge penale, nel giudizio di Sant.'Ambrogio (De Abraham patriarcha lib. I, c. 4) "riferto anche nel Decreto di Graziano (caus. 32, qu. 4 can. 3) (48).

Oggi, il codice canonico incorpora il principio - nullum crimen, nulla poena sine previa lege penali - nel c. 2195, tuttavia, eccezionalmente, la norma potrà essere apostata "qualora sia stata gravemente vioiata una legge, sebbene non munita di sanzione penale, o dalle violenze sia derivato scandalo; il competente superiore può senz'altro punire la trasgressione "aliqua iusta poena". In caso meno grave, il superiore può far precedere l'ammonizione, minacciare la pena e quindi infliggerla, qualora la violazione si rinnovi. Tranne in questo caso, rimane ferma la regola che il giudice deve "normas iuris servare", informandosi



però, anche nell'applicazione delle norme penali, ai principi dell'equità canonica" (49).

Il Cavaglioli, studiando "fonti ed ausilii del diritto penale canonico" afferma che l'unica fonte oggidi è la legge, che è sempre soggetta all'interpretazione restrittiva e quindi non ammette nè l'analogia legis, nè l'analogia juris; essa non si estende oltre la specie e i casi espressi con 2219 § 3) (50),

L'efficacia della legge penale nel tempo comincia dal giorno dell'entrata in vigore dopo la promulgazione per il principio generale della irretroattività delle leggi (10), che in materia penale è ancor più rigido e si deve appunto al diritto canonico se fu accolto in tutte le legislazioni: si ammette però la cosiddetta retroattività benigna, in grazia della quale non si applica la pena al delitto commesso, se nel frattempo essa sia stata arrogata; o si applica la sanzione più favorevole al reo, se dopo il delitto e prima dell'applicazione di pena sia avvenuto un cambiamento di legge (2226 §§ 2, 3) (51).

Tuttavia passa una capitale differenza tra il foro canonico ed il laicale. In questo il potere punitivo non può svolgersi se non nei termini di una espressa legge penale; onde il succitato principio nullum crimen sine lege



s'integra in un secondo membro: nulla poena sine lege; viceversa nel foro ecclesiastico può in via di eccezione, esplicitarsi il potere punitivo anche quando per la violazione di una legge non sia comminata una sanzione. Nella costituzione organica della Chiesa, la funzione giurisdizionale non è soggetta a quelle assolute separazioni di competenze che si hanno nello Stato moderno (52).

Il Petroncelli dedica la sua tesi alla non retroattività della legge nel diritto canonico ed analizzandone senza preoccupazione ristretta alla legge penale, fornisce una relazione dei testi propri della materia, con citazione dal Graziano, con parole di S. Ambrogio, rispecchiando il senso della disciplina: "Poena criminis tempore legis est, quae crimen intribuit, nec ante legem nulla rei damnatio est, sed. ex lege" (C. 3 1, 32, q. 4)"; l'epistola del Papa Sinicio ad Imerio, vescovo di Tarascona"; in terzo luogo, la lettera del Pontefice Gregorio I a Pietro Subdiacono in Sicilia: "eos antem qui post prohibitionem factam a suis se uxoribus abstinere noluerint, ad sacrum altaris ministerium accedere, nisi cuius castitas ante susceptum ministerium fuerit adprobata" (C. 1, D. 31). "Con la collezione delle decretali gregoriane, il principio che la legge non esercita la sua efficacia se non dal momento posteriore alla sua emanazione, acquista una più giusta rilevanza". Nello stesso senso alcuni testi di Gregorio II, Gregorio IX, la



collezione di Bonifacio VIII, le Clementine. "Clemente V, disponendo - sulla semplificazione della procedura nei giudizi, dichiarava che tali norme processuali dovessero applicarsi non solo "ad futura nogotia", ma anche "ad praesentia et adhunc per appellationem pendentia"; e identicamente in materia di sequestri dichiarava le norme da osservarsi "nedum circa futura, sed etiam circa appellationem pendentia negotia" (53).

3- I glossatori ed i giureconsulti italiani dei XIII al XV secoli diffusero il principio della non retroattività. Il Gabba informa ancora che il tema era trattato dai civilistici e dai canonistici, fra i quali Enrico de Segusio (Summa Decit, tit. X de const. nr. 21, ad. v, in futuris etiam arctati), Innocenzo IV (al cap. 2 e Cap, 2 d Lit.), Belvisio (ad nov. 117; c. cap, I) e Bartolo (Comm. ad D. de I et 1.9 nr. 49-51). Quest'ultimo però limitava quel principio ai soli casi nei quali, al momento della perpretrazione del reato, fosse comminata una pena ordinária e condegna, e non una pena differente, maggiore o minore del giusto per motivi particolari, nel qual caso, invece, egli opinava che si dovesse applicare la legge penale vigente al tempo della sentenza. Tale dottrina ci dice il Seeger è stata predominante nel secolo 15, e in conferma di ciò egli cita Giov. Battista de



Caccialupis (repet. ad omnes populi n° 84), Tudiscus (ad. cap. ult. X de convit. n° 12), Antonio de Butrio (ib, n° 1, 19), Giovanni De Imola (ib. n° 14), Angelo Aretino e Augusto Riminese (tract. de malef; rubr. dictum sempronium n° 5-7).

In questo periodo, non è puré trascurato il principio dell'applicazione della legge penale piú favorevole ai casi commessi prima dell'inizio della sua vigenza; è diventata celebre l'impostazione dal Ricardo Malumbrano, nello storico caso di Padova... "Questo giureconsulto infatti decise in tal senso la questione insorta a Padova, come se si dovesse punire una contravvenzione al divieto del commercio del sale con Venezia, commessa mentre la pena comminata era di 100 lire, che erano poi state ridotte a sole 25 prima del giudizio. Bartolo e prima di lui Giacomo de Belvisio (1. c.), Cino de Pistoia, tect sup. Cod. 1.7 de legg.), e Alberico de Rosicate (ad e ard. cost eod. L.L.) insegnarono pure che le mitigazioni delle pena già inflitte giovano anche ai condannati alle pene medesime prima che tali mitigazioni fosse state introdotte (54).

"Avverte però il Seeger che questa opinione non fu prevalente fra i giureconsulti italiani del secolo 15. Piuttosto prevalse in quest'epoca l'opinione che ogni reato dovrebbe essere punito secondo la legge vigente al tempo in cui



fosse stato commesso, non avendo riguardo a legge posteriore, la quale avesse accresciuto o diminuito la pena. In questo modo il principio della non retroattività della legge penale veniva inteso nel senso che non fosse maggiormente retroattiva la legge penale più mite che la più severa" (55).

Il Roubier da notizie sulla situazione in Francia: Muyart de Vouglans (*Les lois criminelles de France dans leur ordre méthodique*, Paris, 1780, p. 47) per quanto riguarda le pene che il giudice potrebbe applicare secondo il suo potere discrezionale, scrive, che i magistrati dovrebbero stabilire le sanzioni fonformemente al tempo del giudizio. E aggiunge: nello Stato in cui le pene erano arbitrarie, il conflitto di leggi non aveva nessun interesse. Gli scrittori francesi del XVII e XVIII secolo, si può dire, non hanno conosciuto questa materia (56).

4 - Nei secoli decimosesto e decimosettimo, nonostante l'opinione del Donello e del Cujacio, i principi sono solidificati, particolarmente il pensiero del Socino, dal Tosco e dal Farinaccio. Loro, con distacco dall'opera del Farinaccio, introdussero tali principi in Germania. La lezione del Farinaccio è siegata in questo brano "*Lex, constitutio seu statutum novum, quando minuit poenam statuti antiqui tunc in imponendis poenis inspiciatur tempus sententiae.*



Ideo talis novae legis, constitutionis seu statuti, imponetur etiam proelictis praeteritis non punitis",

Quest'orientamento, ed è ancora il Gabba che ci informa fu propugnato da due valenti scrittori tedeschi, i quali allora, trattarono della retroattività della legge penale, cioè dal Rorenz (id, pag. 63-65) nella sua operetta citata nella Bibliografia generale della presente opera, e dal Quistory nella quinta edizione (1794) dei suoi principi di diritto penale (§ 5) - Fu sotto l'impero di queste tradizione che nella Introduzione al Diritto Universale Prussiano venne dichiarata la retroattività della nuova più mite legge penale (57).

Il Roubier, una volta in più, seguendo il Sello italiano, rende conto dalla stessa ripercussione in Francia ed in Olanda, rinviando al Voet (ad Pand., t. 3, n. 17) (58).



## 5 - FRANCIA

La rivoluzione francese costituisce momento significativo nel tema; questo movimento politico, a causa delle sue basi filosofiche, trasformò la struttura degli ordinamenti giuridici del continente. Il giusnaturalismo ed il contrattualismo, partendo da premesse diverse, tendevano allo stesso scopo - la preservazione del diritto di libertà dell'uomo; il primo, ammettendo il diritto naturale, ed il secondo, sostenendo la precedenza dell'individuo sullo Stato; riconoscevano, quindi, dei diritti che non potevano essere soppressi. Nasceva il liberalismo e, per sua conseguenza, l'instaurarsi del principio che è lecito tutto ciò che non molesta il diritto altrui. Il laissez faire ed il laissez passer, nell'ambito economico, rappresenterebbero l'apogeo dei diritti individuali, minimizzando l'attuazione dello Stato.

La preservazione del diritto di libertà è strettamente legata al diritto penale; qui, risiede la ragione di imporsi in quest'epoca, definitivamente, il principio della riserva di legge (59), la più nota espressione del c.d. diritto penale liberale (60). Giuridicamente, rappresenta il diritto per cui nessuno può essere condannato, se il fatto non è previamente definito in legge, e la sanzione non è comminata prima che condotta, sia messa in atto. Politicamente, ciò riflette un



antico desiderio, acquistato piano piano, con perdita di vite e di libertà, per sconfiggere l'arbitrio del sovrano.

L'applicazione della legge penale nel tempo è collegata al principio di legalità, da cui proviene, logicamente, l'irretroattività della legge penale, cioè, queste leggi proiettano i loro effetti per l'avvenire, non operando la c.d. retroattività.

In questo modo, si ricava il nuovo orientamento legislativo; prima con l'inclusione dell'art. 8 nella Dichiarazione dei Diritti dell'uomo (Costituzione, il 3 settembre 1791), in verbis "La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée". La Costituzione, il 24 giugno 1793, fu categorica nell'art. 14: "Nul ne doit être jugé et puni qu'en vertu d'une loi qui punirait des délits commis avant quelle existat serait une tyrannie, l'effet rétroactif donné à cette loi un crime". Dopo, la Costituzione del fructidor anno III, oltre a rafforzare il principio, per la prima volta, lo estende, alle leggi civili. Infine, al codice del delitto e delle pene del 3 brumario anno IV, art. 2°, ed al codice penale del 1810 (art. 4°).



Gli altri codici congeneri seguirono man mano la medesima strada; Prussia, il 14 aprile 1851 ç 2; Belgio, il 9 giugno 1867, art. 2; Spagna, il 17 giugno 1870, art. 22; Ungheria, 1878 ç 1° al. 2; Portogallo, il 16 settembre 1886, art. 5°; Italia, il 30 giugno 1889, artt. 1-2; Bulgaria, il 2 febbraio 1896, art. 2 al. 1; Norvegia, il 22 aprile 1902 ç 3° al. 1 (61).

Fra gli Stati americani, siano menzionati: Messico (art. 14); Cuba (art. 21), Guatemala (art. 49). Venezuela (art. 94) e Brasile (art. 1°).

2 - In Spagna, il codice penale del 1944, vigente, rispecchia il mandamento della costituzione repubblicana allora in vigore, disponendo in verbis: "Solo se castigàrà hechos declarados punibles por ley anterior a su perpetracion" (art. 28). Effettivamente, sottolinea l'Asa, gli articoli 23 e 24 ripetono le norme a contenute nel codice penale del 1932; il primo, relativamente al principio di legalità "al declarar que no será castigato ningùn delito in falta con pena zue no se halle establecida por ley anterior a su perpetracion; e l'art. 24 prescrive (identicamente all'art. 23 del codice del 1870) "que las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo de un delito o falta; aunque al publicarse aquellas hubiere recaido sentencia firme e y condenade estuviere



cumpliendo la condena" (62). Oltre ciò, stabilisce che "los Tribunales y jueces procederàn de oficio a rectificar las sentencias firmes no ejecutadas total o parcialmente dictadas conforme a las disposiciones del código penal de 1932, en las que con arreglo a las normas del nuevo código hubiera correspondido al reo la absoluciòn o una condena màs benefìciosa per la aplicaciòn taxativa de sus preceptos y no por el ejercicio del arbitrio judicial. En caso de tratarse de penas de distinta naturaleza serà oido el reo" (63).

Il Del Rosal, sostiene che la dottrina e le legislazioni penali modificarono l'orientamento delle regole generali sulla successione della legge, scrive che l'evoluzione storica e lo sviluppo legislativo relativi all'efficacia della legge penale nel tempo mettono in luce un intendimento diverso su questo problema nell'orbita della scienza punitiva. E così non è singolare che la regola generalmente ammessa - tempus regit actum - abbia subito delle importanti eccezioni nella legislazione penale, la quale struttura trova le proprie radici nei principi:

- a) la natura formale del diritto penale;
- b) il carattere restrittivo dell'interpretazione penale;
- c) l'aspetto odioso della legge penale;



- d) la gravità delle sanzioni penali;
- e) l'importanza del reo nell'interpretazione e nell'applicazione del precetto penale. Insomma, prevale, in termini generali, il principio dell'eccezione, nel diritto penale; le leggi penali hanno effetto retroattivo quando favoriscono il delinquente (64).

L'autore afferma che l'irretroattività si giustifica a causa della giustizia e della buona politica legislativa; con lui, gran parte della dottrina sostiene che essa ha l'origine giuridica nel principio di legalità del delitti e delle pene.

Il testo spagnolo, attualmente, non definisce la legge penale più mite, tuttavia, la giurisprudenza reiteratamente adotta la tesi per cui la benignità deve essere dedotta dalla pena, mantenendo, con questa, una tradizione nata di più di cento anni fa.

Il Cuello Calon indica che l'irretroattività si trova nelle antiche leggi spagnole - Fuero Juzgo (lib. II, Tit. I, ley 9), Fuero Real (lib. IV, Tit. V, ley 1), Partidas (Part. III, Tit. XIV, ley 15) e nei codici moderni anteriori: 1850 (art. 20), 1870 (art. 22) e 1928 (art. 8°) (65).



3 - In Germania, l'attuale diritto penale riposa sul pensiero razionalistico e sul concetto della prevenzione speciale, conducendo il Mesger ad affermare che il razionalismo è l'epoca del tramonto del diritto penale comune tedesco (66).

Storicamente, il diritto tedesco rivela a due fatti, i quali hanno esercitato innegabile influenza sul sistema normativo della legge penale nel tempo; il primo d'ordine dottrinario, vale a dire le opere del Feuerbach rispetto alla coazione psicologica della pena, che in questa maniera, agisce come prevenzione generale della criminalità. La sanzione penale, a giudizio dell'autore germanico, innanzi tutto, deve costituire una minaccia a tutti i soggetti, affinché non siano stimolati al praticare dei reati; l'esecuzione sarebbe la conseguenza logica dal sistema, salvaguardando così gli interessi sociali.

Il Feuerbach enunciò il principio di legalità, nella massima latina - *nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege* = per giustificare la sua teoria, per cui la pena non potrebbe servire adeguatamente la politica preventiva, se la condotta vietata non fosse specificata, in anticipo, e la conseguenza della trasgressione fissata dunque, due particolarità devono essere conosciute: l'illecito



penale - corrispondente alla condotta vietata - e la sanzione - rappresentata dalla pena giusta, se il precetto sarà disollevato.

Il suddetto secondo principio sull'influenza del diritto penale francese, particolarmente nel codice penale del 1810, abbracciando la regola della irretroattività della norma penale. Non sono accettabili le tesi che rifiutano tale ascendenza, come si può dedurre dalle informazioni del Mezger (67), basate sul Binding, Manuale, I, 46: stanco degli interminabili lavori preparatori, il legislatore prussiano si buttò finalmente e totalmente nelle braccia del diritto francese, ed indicò il principio del nuovo corso francese nella legislazione penale tedesca; ed Von Liszt-Schmidt, 64, affermano che un arresto in questo vigoroso sviluppo (della scienza del diritto penale tedesco) avvenne con la recessione del diritto penale francese mediante la legislazione prussiana del 1851. In senso contrario, il Von Hippel, 324-326; ribatte un'opera originale tedesca, senza, però, l'adesione del Von Bar, Manuale, I, 185-186.

Comunque, il codice penale territoriale (1794), preso dagli Stati prussiani come ordinamento giuridico (1851), costituisce le basi fondamentali del codice penale tedesco del 1870, - Strafgesetzbuch für den Nord-deutschen Bund (codice penale per la Confederazione tedesca settentrionale), in vigore dal 1°



gennaio 1871, modificato dalla Costituzione del Reich germanico del 16 aprile 1871 - Strafgesetzbuch fur das Deutsche Reich (codice penale per l'impero Germanico), al § 2, I° comma, fissa la non retroattività della legge penale ammettendo tuttavia, la forza retroattiva della legge più mite. Delle diverse leggi penali tra il tempo della commissione dell'azione e quello della definizione del giudizio, trova applicazione la legge più mite (§ 2, comma 2), e espressamente prevede il problema della c.d. legge intermedia.

La legge del 26 maggio 1933 ispirata dalla politica nazista introdusse vari cambiamenti nel codice penale, sebbene abbia mantenuto il principio di riserva di legge; comunque, fu introdotta l'analogia ricavata dal sano sentimento del popolo tedesco (1935); d'altra parte, la legge del 22 giugno 1938, già abolita, puniva, con effetto retroattivo, gli sbarramenti stradali per favorire delle rapine.

4 - La legislazione è un riflesso dell'evoluzione e dei mutamenti della storia degli istituti giuridici di uno Stato, alle cui realtà l'Italia non ha fatto eccezione.



Lo Spirito, in un'opera di storia del diritto penale, fu un eccellente cenno sulla legislazione penale in Italia dalla seconda metà del secolo XVIII al codice vigente. Dopo un'informazione sui metodi di procedura in vigore all'epoca del libro di Beccaria, i cui sistemi erano ispirati al principio dello Stato assolutamente trascendente l'individuo ed al principio della pena come forza prevalentemente intimidatrice, sottolinea l'influenza dei "Delitti e delle pene". La prima riforma fu promulgata da Pietro Leopoldo, nella Toscana - "audacia addirittura incredibile" - con l'abolizione delle pene di morte, l'introduzione delle pene mitigate, abolite le pene del marchio, dei tratti di corda e delle mutilazione delle membra. D'altra parte, dalla Francia venne la nuova legislazione, tutta ispirata, naturalmente alle idee illuministiche. I codici napoleonici, penale e di procedura penale, furono il fondamento di tutte le legislazioni italiane posteriori. Al fine del '700 e al principio dell'800 quelle leggi furono introdotte in grandissima parte d'Italia - nel Piemonte, nella Lombardia, nella Venezia, nella Liguria, nella Toscana e nel Regno di Napoli. Finita la dominazione francese, ci fu tentativo di ritorno alla legislazione anteriore, parzialmente vittorioso.



Il Codice penale delle Due Sicilie, traduzione del codice penale dell'Impero Francese, d'ordine del Re Gioacchino Napoleone, stabilità nel'art. 4 il principio di legalità (69).

Il codice penale per il Granducato di Toscana, promulgato dal Leopoldo II, Granduca di Toscana, aderì pure al principio di riserva di legge ( ) e nelle disposizioni generali al principio della legge penale più favorevole (70).

Il codice penale sardo, promulgato da Carlo Alberto, re di Sardegna seguì la medesima strada (71).

Il Vassalli aggiunge: si è già detto che il codice penale per gli Stati di Sua Maestà il Re di Sardegna, promulgato da Vittorio Emanuele II il 13 novembre 1859 e applicato da allora (con o senza modificazioni) in parte del Paese (tanto da essere qualche volta chiamato "codice sardo-italiano") segnava un certo progresso anche rispetto al suo immediato precedente il codice napoleonico del 1810, pur aggiornandolo con disposizioni più liberali e più moderne; specialmente in materia di cause di non imputabilità, di distinzione tra delitto tentato e delitto mancato, di disciplina della complicità, di circostanze attenuanti (72).



Nel 1860, fu precisa la preparazione del primo codice penale unico; prima dell'unificazione; c'erano vari codici che, in virtù delle loro differenze non erano in grado di attendere alla nuova società - il codice sardo ed il codice toscano, che rimasero in vigore, comunque, presentavano innumeri istituti incompatibili fra loro (73).

La menzionata opera legislativa iniziò la sua vigenza del 1° gennaio 1890, conosciuto come "codice Zanardelli", dal nome del Guardasigilli dell'epoca. Egli, nella Relazione al suo progetto del 1883, affermando che la legislazione in vigore aveva il vizio di "non avere curato a sufficienza le idee o le tradizioni italiane", conservando i criteri repressivi del vecchio empirismo e quindi il carattere meramente afflittivo della penalità; vorrebbe svolgere un compito moderno e scientificamente coerente.

Il Contorno riassume, accanto l'affermazione di avere il codice accolto in gran parte i principi e le idee dominanti propugnate dalla Scuola Classica che, all'epoca della sua elaborazione, aveva raggiunto il suo massimo splendore; fu: dunque un codice di ispirazione democratico-liberale, caratterizzato dalla abolizione della pena di morte, e da una generica, tendenziale mitezza di tutte le pene (74).



Evidentemente, sul tema della legge penale nel tempo, non si potrebbero dimenticare le ultime conquiste dottrinarie, poichè la irretroattività aveva già fatto scuola e la retroattività della legge più favorevole acquistava sempre più degli altri seguaci (75).

Il progetto Ferri, sebbene non convertito in legge, dovrebbe esprimere i postulati della Scuola Positiva Italiana, dato che il capo della commissione era Enrico Ferri, che, in materia di retroattività della legge penale non si concordava perfettamente con le idee dei classici. L'interesse sociale deve sovrapporsi agli interessi del delinquente; la legge penale, secondo la concezione positivista, preoccupata della rieducazione del condannato deve essere applicata per quanto più severa, tranne ai rei politici, affinché la vendetta non prenda il posto della giustizia. Nonostante l'impostazione generale, riprodusse il principio di legalità (76).

Il codice Rocco, vigente del 1° luglio 1931, adotta il canone - tempus regit actum - direttivo di tutto il sistema di diritto italiano, sancito dall'art. 11 delle disposizioni preliminari del codice civile: "La legge non dispone che per l'avvenire; essa non ha effetto retroattivo", e ribadita dal successivo art. 4: "le leggi penali non si estendono oltre i tempi in esse espressi."



Relativamente al diritto penale, sono coniugati due principi: il primo della irretroattività, in armonia con la legge generale; il secondo, della c.d. retroattività della legge penale più mite.

L'art. 1 è categorico: "nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato, dalla legge, nè con pene che non siano da essa stabilite".

D'altra parte, accoglie, sulla rubrica - "Sucessione di leggi penali" - l'applicazione della legge posteriore al reato quando le "disposizioni sono più favorevoli al reo" (art. 2 comma 2). La norma non contempla, però, il caso in cui è già stata pronunciata sentenza irrevocabile, secondo i termini dell'art. 576, comma 2 c.p.p. (salvo l'ipotesi di abolitio criminis) e le leggi eccezionali o temporanee.

L'irretroattività, non si dimentichi, è pure precetto costituzionale: "nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso (art. 25. comma 2).

5- La storia del diritto penale brasiliano segue la stessa direzione del mutamenti politici; quando il Brasile era sotto il dominio del Portogallo (dal 1500 fino al 1822.) avevano vigore le "Ordenações portuguesas", cioè



ordinamenti giuridici promulgati dal re Alfonso (dal 1500 al 1521), dal re Manuel (dal 1521 al 1603) e dal re Filipe (dal 1603 al 1830), sebbene dall'indipendenza (1882) la legislazione portoghese fosse stata condizionata alle "Bases da Constituição Política da Monarquia" (Le Basi della Costituzione Política della Monarchia).

Le "Ordenações" rivelavano un contenuto rispetto alle idee del diritto penale del periodo della vendetta pubblica, senza preoccuparsi, perciò di garantire il diritto di libertà.

La prima Costituzione come Stato sovrano (1824) mise a livello prioritario la nuova filosofia penale che si spandeva nell'America ed in Europa. Infatti, stabilì l'art. 179: "Nessuno sarà giudicato se non dall'autorità competente conformemente alla legge anteriore e secondo la forma da essa prescritta".

Il primo codice penale, da parte sua, lasciando intravedere l'influenza della Scuola Classica, accanto alla responsabilità morale (art. 2 1°) ed al libero arbitrio (art. 3°), come presupposti della responsabilità penale, nella linea dell'illuminismo, proclama nell'art. 1°: "Non avrà reato, o delitto (parole sinonime nel codice), senza una legge anteriore che lo qualifichi".



Relativamente alla pena, introdusse il principio della personalità; furono abolite tutte le pene crudeli, però non disciplino espressamente l'applicazione della più favorevole all'imputato.

Proclamata la Repubblica il 15 novembre 1899, poco dopo, era pubblicato il secondo codice penale, ancora d'ispirazione predominante classico, che però accoglieva alcune idee positivistiche.

La prima Costituzione repubblicana mantiene il principio di legalità (art. 72 § 15). Nel medesimo senso, il codice penale (il 11 ottobre 1890) afferma: "Nessuno potrà esser punito di un fatto che non sia stato anteriormente qualificato come reato, nè con pene che non siano previamente stabilite" (art. 1°).

E c'è di più. La c.d. non retroattività fu accolta: "La legge penale non ha effetto retroattivo; tuttavia, il fatto anteriore sarà regolato dalla legge nuova:

- a) se non è considerato passibile di pena;
- b) se è punito con una pena meno severa" (art. 3°, al. a e b). Sia sottolineata la gran portata del paragrafo unico dell'art. 3°:

"Entrambi casi, sebbene abbia avuto condanna, sarà applicata la nuova legge, a richiesta della parte, o del Pubblico Ministero, di ufficio dal



giudice e dal tribunale, che abbia proferito l'ultima sentenza".

Il codice penale vigente (il 7 dicembre 1940 è il risultato degli studi della commissione nominata (Nelson Hugira, Roberto Lyra, Narcelio de Queiroz, Vieira Braga e Costa e Silva) per esaminare il progetto di Alcantare Machado). Strutturalmente, è un testo eclettico; sull'esempio del Codice Rocco, comprende il doppio binario, visto che distingue le conseguenze penali in due categorie: pene e misure di sicurezza; in quanto le prime hanno l'imputabilità come presupposto, le secondo presuppongono no la pericolosità.

Il Bruno affermò: Una legislazione che, accanto alla concezione oggettiva del reato, accoglie la sua concezione sintomatica, porta al dualismo - colpevolezza-pena, pericolosità criminale-misure di sicurezza, e fa sentire un soffio salutare di realismo, col considerare importanti la personalità del delinquente, che non è un'astrattezza, ma una realtà naturale-sociale (77). Senza peraltro dimenticare il principio di legalità che è presente: "Non c'è reato senza legge anteriore che lo definisce. Non c'è pena senza previa comminazione legale" (art. 1).



L'abolitio criminis è contemplata come una ipotesi di applicazione favorevole della legge, in quanto toglie tutti gli effetti penali della condanna (art. 2°).

Si noti vm particolare; il paragrafo unico dell'art. 2°, originariamente, disciplinando i casi della legge più favorevole, stabiliva un limite e cioè, quello del fatto non definitivamente giudicato" (salvo in caso di legge abolitrice), mentre ("nella parte che commina pena meno severa "la legge si applica" pur al fatto giudicato definitivamente".

La Costituzione della Repubblica nel 1946 introdusse una novità: oltre a riaffermare il principio di legalità (art. 141 § 27), consacrò il principio della c.d. retroattività benefica in termini assoluti: "La legge penale disciplinerà l'individualizzazione della pena e retroagirà soltanto per favorire il reo". Con questa norma, sparì la distinzione del codice.

La legislazione penale brasiliana è in fase di transizione. Il decreto-legge n° 1.0004 del 21 ottobre 1969 pubblicò il nuovo codice, cionostante l'inizio della entrata in vigore è stato rinviato più di una volta; attualmente, il Parlamento esamina possibili modifiche, particolarmente nella parte speciale per fare di esso uno strumento addatto ed efficace contro la criminalità.



Il testo costituzionale vigente (1969) comprendente del principio di legalità e rinnova la norma della benignità assoluta, se interviene modifiche legislative fra la data del fatto illecito e l'esaurimento del rapporto giuridico penale tra lo Stato ed il delinquente (78 ).

6 - Il sistema penale sovietico è impiantato sulle basi del sistema socialista e rispecchia i mutamenti imposti dalla rivoluzione russa alla società, sessanta anni or sono. Lo Stato che si ispirò a principi politici, economici e sociali diversi da quelli dei paesi finora parzialmente fermi ai postulati dalla rivoluzione francese, ed evidentemente adotta istituti giuridici specifici.

Nondimeno, la legge penale nel tempo, ad esempio degli altri temi, vive le tappe di evoluzione.

La restrizione all'analogia nel diritto penale trovo la sua vetta - ed è già stato insistito - nel diritto penale liberale; il sistema socialista, per lo meno nei primi anni, vide l'istituto con diffidenza, considerandolo un serio ostacolo al raggiungere un'effettiva ed efficiente effettuazione della giustizia, poichè una gran quantità delle condotte, negative socialmente; rimangono al di là dell'area di incidenza della sanzione penale. Quest'orientamento si ripercuote sull'argomento



di questa esposizione, dato che la conseguenza immediata della proibizione dell'analogia è la demarcazione nel tempo dell'indagine criminale; avranno sostagno lecito soltanto le azioni posteriori alla vigenza della legge penale.

Gli scrittori sovietici spiegano che le norme penali dai primi anni della rivoluzione dell'ottobre del 1927 sono, sistematicamente, ricompresi in due classi: la prima corrisponde alle norme che esprimono la natura intrinseca del diritto penale sovietico, i suoi principi e le sue caratteristiche, conservando finora il significato iniziale. Le norme del secondo tipo, invece, sono il prodotto del clima storico concreto, specifiche alla lotta contro i nemici attivi della rivoluzione socialista.

Il Piontkovsky ed il Tchikvadze (79) cercano di chiarire i cardini dei "principi direttivi del diritto penale nella Repubblica Sovietica della Russia", del 12 dicembre 1919 e del primo codice penale, pubblicato nel 1922, il cui art. 10 prevede l'analogia, che, però, dovrebbe essere ricavata dalle definizioni degli illeciti e delle regole della parte generale del codice. Il codice penale del 1926, posteriore alla formazione dell'U.R.S.S. mantenne la medesima impostazione, comunque, l'analogia fu soppressa nel 1958, e così avviene anche nel testo vigente del 1961.



Oggidì, il codice penale statuisce: il carattere criminale e la punibilità di un atto sono determinati dalla legge vigente al momento della condotta (art. 6 cpv.). Oltre a ciò, nello stesso articolo, è consacrato il principio della retroattività della legge penale più favorevole, mentre la retroattività è vietata quando pregiudica il colpevole. Gli autori citati sottolineano che il motivo dell'essere inammissibile l'effetto retroattivo è stato scelto poichè prima della pubblicazione la legge non può svolgere il ruolo di avvertimento; per questo, espressamente, la responsabilità penale sorge solo dopo l'entrata in vigore della legge, derogandosi al principio solo quando la retroattività favorisce il reo (80).

7 - La perfetta comprensione del problema nel diritto penale Britannico esige il riferimento al concetto di legal rule.

La storia del diritto inglese, si sà, ha seguito un'evoluzione dal c.d. diritto continentale; fattori politici ed economici particolari sono una sistematizzazione inconfondibile con la formazione della common law (87), attribuendo alla giurisprudenza il punto preminente fra le "fonti di diritto". Nel continente, prima delle decisioni del potere giudiziario, la legge costituisce la fonte più importante per ricavare il diritto a determinare i diversi giuridici ed il



suo volere fu particolare solidificato, poco a poco, dalla vittoria dei principi della rivoluzione francese, e si conserva fino ad oggi. La sfiducia nel sovrano visto come despota crudele e violatore dei diritti del popolo ha portato ad affermare attraverso le lotte la validità assoluta dei principi giuridici fondamentali in omaggio alla certezza dei rapporti giuridici.

Il periodo delle codificazioni rappresentò un ulteriore passo avanti; si moltiplicarono i codici, sempre con la finalità di fermare ed eliminare arbitri dei governanti.

L'Inghilterra non era stata invece colpita dagli stessi conflitti sociali; il popolo inglese continuava a fidare nella monarchia, e non aveva bisogno di riformulare il sistema politico; questo particolare chiarisce l'esistere, finora, di alcuni principi di diritto medioevale, nella moderna società britannica.

Questa diversa situazione, tuttavia, non implica che la legge non abbia un ruolo di rilievo anche nel sistema inglese, soprattutto dopo la seconda Guerra Mondiale, quando lo Stato, specie a scapito del punto di vista economico si è trasformato profondamente. Il David, in questo proposito stabilisce una distinzione fra le leggi che portano modifiche di dettaglio o che mirano a mettere ordine nelle branche tradizionali del diritto inglese, fondati su principi



consuetudinari, e quelle leggi che hanno per scopo di regolamentare il piano economico e sociale della nuova società, costituendo altrettanti corpi tanto estranei al sistema tradizionale, da non esser possibile mantenere per esse i principi d'interpretazione tradizionali in Inghilterra (82).

Conseguentemente, in quel ordinamento, non soltanto la legge, ma parallelamente, anche il precedente giudiziario è un parametro per la regolamentazione del e norme penali nel tempo.

Il Kirpatrick, sulla legge, - statute law chiarisce che essa - incominciò a esercitare un ruolo evidente come fonte di diritto, soltanto dal XIX secolo in poi; oggidi l'attività legislativa è tanto importante quanto nel continente europeo, sebbene continui ad essere considerata in una posizione secondaria, perchè le leggi inglesi suppongono un diritto non scritto che gli è prresente; secondo la formula del Geldart, le leggi rappresentano, addenda ed errata della common law (83).

Evidentemente questa duplicità conduce ad un diverso valore del c.d. - diritto scritto; il diritto inglese è un diritto "aperto" nel senso che i tribunali possono creare nuove norme, e tale possibilità non è vista come sinonimo di arbitri del giudice.



In Inghilterra, eccettuato il reato di tradimento, punito con la pena di morte e l'omicidio, il cui soggetto attivo può essere condannato alla pena capitale, o all'ergastolo, in linea di massima, il diritto non disciplina la pena edittale minima o massima. e la discrezionalità non è limitata nè dagli statutes nè dalla common law. Questo però, osserva l'Ansel, non significa che i giuristi inglese disconoscano la necessità di mantenere la dottrina espressa nella massima - nulla poena sine ne lege. E ricorda illustrativamente, con giudizio del 1801, in cui il magistrato dichiarò: tutti i reati di carattere pubblico, cioè, tutti gli atti e tutti i tentativi che tendano a danneggiare la società sono indictable. Nel 1933 fu deciso il caso di Mrs. Manley, che aveva dichiarato falsamente alla polizia di essere stata vittima di un furto; fu condannato alla stregua della common law per aver molestato il potere pubblico (creating a public mischief), e la Corte d'Appello Criminale confermò la condanna, appoggiandosi su un dictum del 1801. Tuttavia, ed è ancora notizia dell'autore, non esiste una tendenza delle Corti d'Appello, nel XX secolo, a dilatare quest'orientamento originario (84).

L'Ansel, in un'altra opera, parlando del Judicature Acts del 1863 e del 1875 che fecero una penetrante firona delle istituzioni giudiziarie inglesi, al livello di importanza, li identifica coi Consolidation Acts del 1863; questi



disciplinarono legislativamente gran parte degli illeciti della common law. E conclude: la superiorità degli statutes si è affermata definitivamente nel quadro dei fatti punibili; tutti i delitti nuovi devono essere descritti in una norma emanata dal parlamento; e quanto al giudizio del 1933, ha punteggiato che esso era stato sorprendente.

Il Cross, analizzando la teorica del precedente giudizio, chiarisce che è stata meno applicata nel diritto penale che negli altri rami del diritto; e sottolinea l'efermazione citando un giudizio della Corte d'Appello del 1950, che si è distaccato dalle sentenze anteriori.

Il principio - nulla poena sine lege - ai nostri giorni, costituisce una particolare preoccupazione dei giureconsulti britannici, nonostante il potere del giudice di creare nuovi misdemeanours non sia mai stato esplicitamente cancellato (85).

In Inghilterra, contrariamente a ciò che accade negli Stati Uniti, non esiste una legislazione espressa che vieti la retroattività delle leggi penali.

Nel 1891 l'avviso del giudice Demmian giustificava: i reati non si devono creare dando efficacia retroattività alle leggi del Parlamento (86).



D'altra parte, il Chief Justice Erle aveva già detto nel 1861; manifestamente, offende il senso di giustizia d'ognuno, il fatto che un'azione legale nel momento in cui fosse compiuta, sia resa illegale da qualche nuova disposizione legislativa. Il diritto moderno ha eliminato completamente questa macchia dalle leggi (87).

Tuttavia, l'avviso del Barone Platt (88) sostenne: non si potrebbe affermare che dare efficacia ex post facto ad una disposizione legislativa sia "contrario" allo spirito del diritto inglese".

La linea predominante (89) consacra il prevalere della legge vigente all'epoca del reato. Il giudice Willes, nella famosa causa di Phillips contro Eyre, disse: Le leggi retroattive sono, indubbiamente, "prima facie" di natura controvertibile, e contrarie al principio generale che le norme giuridiche, onde va regolata la condotta dell'umanità, dovrebbero mutare il carattere degli anteriori atti compiuti avendo fiducia nella legislazione.

Oltre a ciò, manca nel diritto inglese qualsiasi disposizione per la cessazione della pena quando il fatto per cui il detenuto fu condannato abbia cessato di essere un reato; ipotesi, però, più teorica che pratica perchè la stabilità



legislativa difficilmente impedisce questo fatto, poichè la com-com law promuove i mutamenti piano piano.



## NOTE AL SECONDO CAPITOLO

- (37) - GABBA CARLO FRANCESCO - "Teoria della retroattività della legge",  
Tipografia Nistri, 1869, vol. II, pp. 268-269.
- (38) - GABBA - op. cit., p. 273.
- (39) - GABBA - op. cit., pp. 274-275.
- (40) - GABBA - op. cit., pp. 281-283.
- (41) - ROUBIER PAUL - "Le Droit transitoire", Dalloz et Sirey, 1960, ed. 2A,  
pp. 144-145. Sul fondamento morale, cf. MOMMSEN - "Le droit penal  
romain", Paris, Albert Fontemonig, vol. I, pp. 2-3.
- (42) - GABBA - op. cit., p. 283.
- (43) - GABBA - op. cit., pp. 283-284.
- (44) - Anche su questo punto, il ROUBIER, op. cit., p. 445, argomenta nello  
stesso senso del GABBA.
- (45) - CIPROTTI PIO - "Lezioni di Diritto Canonico, P.G.", Padova, Cedam,  
1943, p. 62: Ben a ragione perciò è stato scritto che nell'ordinamento della  
Chiesa la salus animarum occupa il "posto di uno scopo che, come tale non  
è entro tale ordinamento ma al di là di esso, anzi non è tanto uno scopo,  
quanto lo scopo, l'elemento metagiuridico.



- (46) - FEDELE PIO - voce, "Diritto Canonico" in "Enciclopedia del Diritto", XII, Giuffrè, 1964, p. 890: qui basterà porre l'accento sul fatto che essa costituisce un attentato al principio della certezza del diritto, del quale postula la negazione, poichè ci sembra evidente che non si possa parlare di certezza di diritto in un ordinamento, come quello canonico, in cui il giudice, per soddisfare esigenze insopprimibili insite in esso, ha non solo il potere di sacrificare ma ne ha anche il dovere, applicando i principi dell'acquitas canonica, il diritto scritto e di creare una norma nuova per il caso concreto che è chiamato a decidere".
- (47) - GABBA - op. cit., p. 286.
- (48) - GABBA - op. cit., p. 284.
- (49) - DEL GIUDICE VINCENZO = "Istituzioni di Diritto Canonico", Milano, Giuffrè, 1936, p. 277.
- (50) - CAVIGLIOLI GIOVANNI - "Manuale di Diritto Canonico", Torino, Società Editrice Internazionale, 1939, ed. 2, p. 851.
- (51) - CAVIGLIOLI - op. cit., p. 853; DEL GIUDICE - op. cit., pp. 267-268.
- (52) - CAVIGLIOLI - op. cit., p. 853.



- (53) - PETRONCELLI MARIO - "Il principio della non retroattività delle leggi in Diritto Canonico", Milano, Società Editrice "Vita e Pensiero", 1931, pp. 4-6.
- (54) - GABBA - op. cit., pp. 287-288.
- (55) - GABBA - op. cit., p. 288.
- (56) - ROUBIER - op. cit., p. 446.
- (57) - GABBA - op. cit., p. 291.
- (58) - ROUBIER - op. cit., ip. 448.
- (59) - BECCARIA CESARE - "Dei delitti e delle pene", Milano, Giuffrè, 1964, p. 15. L'autore dopo di esporre le "origini delle pene" ed il "diritto di punire" scrisse: la prima conseguenza di questi principi è che sole le leggi possono decretare le pene sui delitti; e questa autorità non può risiedere che presso il legislatore, che rappresenta tutta la società unita per un contratto sociale.
- (60) - Il principio fu introdotto nella "Magna Charta" - Giovanni Senza Terra; l'art. 39 proibì la pena contro il libero cittadino "nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae". Fu pure ripetuto nella - "Petitions of Rights". In Austria apparve nel 1787 "Giuseppina". Il MEZGER scrisse: il



diritto penale germanico riposa sulla consuetudine la quale, non ostante la stabilizzazione della legge; soprattutto nel periodo dei Franchi, non scompare neanche nel Medioevo. Nel diritto romano, dalla procedura delle "questiones", derivò l'obbligo legale per i "crimina legitima", naturalmente con la possibilità dell'applicazione analogica e con la facoltà della "coercitio" da parte del magistrato; con l'epoca imperiale si inizia un potere autonomo da parte dell'imperatore e dei suoi funzionari. La "Carolina" reca bensì la norma "certa nel diritto, ma lascia però adito all'applicazione analogica, che si diffonde sempre più nel diritto penale comune. L'epoca del razionalismo si volge contro l'arbitrio nell'amministrazione della giustizia penale.

- (61) - ROUBIER - op. cit., pp. 446-447.
- (62) - JIMENEZ DE ASUA - op. cit., p. 531.
- (63) - JIMENEZ DE ASUA - op. cit., pp. 531-532.
- (64) - DEL ROSAL JUAN - "Tratado de Derecho Penal Español" - Parte General, Madrid, Aguirre, 1968, vol. I, p. 301.
- (65) - CUELLO CALON EUGENIO - "Derecho Penal", Barcelona, Bosch 1956, P.G. Tomo I, p. 212 nota 3.



- (66) - MEZGER EDMOMDO - "Diritto Penale" (Strafrecht) Padova, Cedam, 1935, p. 20.
- (67) - MEZGER - op. cit., p. 26, nota.
- (68) - SPIRITO UGO - "Storia del Diritto Penale Italiano" - Da Cesare Beccaria ai giorni nostri - Torino, Fratelli Bocca, 1932, ed. 2, pp. 229-232.
- (69) - Nessuna contravvenzione, nessun delitto, nessun misfatto possono essere puniti con pene che non siano promulgate dalla legge prima di essere commessi".
- (70) - "Sono punibili le sole azioni positive, o negative con le quali è stata violata una legge penale, antecedentemente promulgata" (art. 1). "Ai delitti avvenuti ma non giudicati prima del giorno, dal quale avrà piena esecuzione il Codice penale, saranno applicate le pene prescritte dal medesimo, a meno che non siano più miti di quelle stabilite dalle leggi anteriori" (n° 6).
- (71) - Nessun reato può punirsi con pene, che non siano promulgate dalla legge prima che sia commesso.



Nondimeno, se la pena, che era imposta al tempo del commesso reato, e quella stabilita com una legge posteriore fossero diverse fra loro, sarà sempre applicata la pena più mite" (art. 3).

- (72) - VASSALLI GIULIANO - "La Riforma Penale del 1974, Milanp, Vallardi, 1975, p. 5.
- (73) - Quando rimasero in vigore soltanto il codice sardo ed il codice toscano, furono abrogati il codice per il Regno delle Due Sicilie, del 1813, il codice di Parma del 1820, il regolamento di Papa Gregorio del 1832 ed il codice estense del 1855.
- (74) - CONTENTO GAETANO - "Istituzioni di Diritto Penale", Milano, Giuffrè, pp. 50-51.
- (75) - "Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, nè con pene che non siano da essa stabilite" (art. 1).

“Se la legge al tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori siano diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato” (art. 2, comma 3).



- (76) - "Nessuno può essere condannato per un fatto che non sia espressamente preveduto come delitto dalla legge del tempo in cui fu commesso, nè sottoposto a sanzioni che non siano da essa stabilite". Il progetto prevede l'applicazione della legge più mite, tranne che si trattasse di delinquenti abituali. Tale impostazione fu accolta, si legge sulla Relazione sul progetto preliminare, perchè la "retroattività potrebbe prestarsi a rappresaglie in tema di delitti politici e sarebbe eccessiva per i delinquenti occasionali e meno pericolosi".
- (77) - BRUNO ANIBAL - "Diritto Penal", Rio, Forense, 1959, vol. I, tomo I, pp. 169-170.
- (78) - La dottrina brasiliana affronta l'argomento, rivendicando il principio di legalità e l'applicabilità della norma favorevole, comunque, gli autori adoperano delle impostazioni diverse relativamente alla concezione della legge più mite. Vedi esemplificativamente, le opere generali: MAGALHÃES NORONHA E. - Direito Penal, Sao Paulo, Saraiva, 1963, vol. I, ed. 2, pp. 93-101; HUNGRIA NELSON - "Comentários ao Código Penal Brasileiro", Rio, Forense, 1958, vol. I, tomo I; FRAGOSO HELENO CLÁUDIO - "Direito Penal", Sao Paulo, José Bushatsky, 1977;



GARCIA BASILEU - "Instituições de Direito Penal" Sao Paulo, Saraiva, tomo I, 1958; LYRA FILHO ROBERTO e CERNICCHIARO LUIZ VICENTE - "Compendio de Direito Penal", Parte General, Sao Paulo, José Bushatsky, 1973, pp. 35-48; CERNICCHIARO LUIZ VICENTE - "Dicionário de direito Penal", Sao Paulo, José Bushatsky e ed. Universidade de Brasilia, 1974, voci: Lei Penal no Rempo; Lei Penal Maia Benéfica, Lei Penal Mais Favorável; Irretroatividade da Lei Penal; Retroatividade da Lei Penal.

- (79) - PIONTKOVSKY A.A. e TCHKHIKVADZE V.M. - "Le Systéme Penal Soviétique", Paris, Librairie de Droit et de Jurisprudence, 1975, p. 3.
- (80) - PIONTKOVSSST E TCHKHIKVADZE, op. cit., p.16.
- (81) - Vedi ANGEL MARC - "Introduction au droit criminei de l'Angleterre", Paris, Lés éditions de l'Epa r-gne, 1959, p. 301.
- (82) - DAVID - op. cit., p. 353.
- (83) - KIRKPATRICK ROBERT - "Imitation au droit anglais", Bruxelles, Maison Ferd Larcier S. A., 1964, p. 155. Lautore sottolinea la distinzione fra ratio decidendi e gli obiter dicta (pp. 146-147), la cui comprensione è indispensabile al buon capire i giudizi inglesi.



- (84) - ANGEL - op. cit., pp. 39-40.
- (85) - ANGEL MARC - "Les Codes Pénaux Européens", Paris, Centre Français de droit Comparé, Tomo I, p. XXX.
- (86) - R.v. Griffiths Queen's Bench Cases, III, p. 148; . Vedi "Studi di Diritto Penale Comparato, Roma, 1930, VIII, Edizione dell'Istituto di Studi Legislativi.
- (87) - Midland Ry Co. v. Pye, 10 C; B.N.S. - Common Bench Reports, New Series, p. 191.
- (88) - State Trials New Series, c. 1107
- (89) - Phillips v. Eyre (Law Reports, Queens Bench Cases, VI, p. 23.



## CAPITOLO TERZO



1- Il fenomeno dei limiti temporali della legge penale, ha ricevuto in dottrina rubriche varie: "Limiti di efficacia del diritto penale nel tempo (Grispigni) (90), "limiti d'applicabilità della legge penale" (Manzini) (91) e PANNAIN (92), "limiti estrinseci del diritto penale" (Cavallo) (93) ed "efficacia estrinseca della legge penale" (Florian) (94).

Queste opinioni indicano che il tempo esercita influenza sulla validità della legge penale.

Il Grispigni, trattando dell'efficacia - la identifica con la vigenza. Evidentemente, gli i - stutti non coincidono, per lo meno quando si rifiuta il positivismo giuridico.

L'efficacia del diritto significa che gli uomini si comportano effettivamente come devono comportarsi, secondo le norme giuridiche, che le norme sono effettivamente applicate ed obbedite (95).

La norma giuridica è vigente in quanto valida; la vigenza stabilisce i limiti (a quo ed ad quem) del comando normativo. L'esistenza della norma, tuttavia, non significa che i destinatari rispettino il precetto, essendo note le condotte vietate.



Il Manzini ed il Pannain adoperando l'espressione "applicabilità della legge penale" si avvicinano di più alla espressione esatta; comunque, "applicabilità" significa "possibilità di essere applicata", ed è una conseguenza della vigenza, visto che soltanto la norma in vigore produce effetti giuridici.

La vigenza della norma è il concetto direttamente collegato all'aspetto della norma nel tempo; essa non si confonde con l'applicabilità e ciò perchè prima di preoccuparsi di qualificare la norma idonea alla disciplina di un rapporto giuridico, deve essere puntualizzata la sua permanenza nell'ordinamento. La validità della norma è l'antecedente logico, l'applicabilità conseguente logico.

L'impostazione del Cavallo, per quanto riguarda ai "limiti estrinseci del diritto penale" marca perfettamente la materia, distinguendo la struttura della fattispecie ed il modo esteriore della norma, la quale trova dei limiti nel tempo, nello spazio e a causa della qualifica delle persone. L'unica restrizione - e la stessa è riguardante alla posizione dei Florian - risiede nella particolarità di identificare la vigenza della norma con la sua efficacia.

In breve, la permanenza della norma è fissata dalla vigenza, l'istituto che la proietta nel tempo, perciò "limiti della legge penale nel tempo" è l'espressione che rispecchia il contenuto del tema.



2 - Il Siniscalco fa una distinzione di valore dottrinale: sembra conveniente tenere distinto il problema relativo alla vigenza della norma, da quello relativo al suo ambito di operatività nel tempo. A quest'ultimo è preferibile collegare l'espressione - "sfera di validità temporale della norma" - per indicare in ultima analisi a quali comportamenti o a quali situazioni concretamente collocate nel tempo si applica una determinata norma (96).

Effettivamente, la vigenza della norma è un dato d'ordine cronologico, connesso, ma distinto dal campo d'incidenza, che, secondo le parole dell'autore sarebbe rappresentato dai comportamenti o dalle situazioni concretamente collocate nel tempo.

La legge penale nel tempo non si restringe alla - successione delle leggi - vale a dire, quando una legge espressamente afferma la volontà di togliere la validità ad una legge anteriore (abrogazione esplicita), o quando la legge posteriore è incompatibile con la legge precedente (abrogazione implicita).

La materia è ancora rilevante in rapporto alla legge singola (non è, quindi, soltanto un'ipotesi di pluralità di leggi); si pensi all'esempio delle leggi temporanee ed eccezionali.



La irretroattività e la c.d. retroattività penale favorevole si situano nell'ambito della successione delle leggi; il Bettiol afferma che il problema sorge nell'ipotesi di una successione delle leggi penali (97). Tuttavia, se è un aspetto sulla successione delle leggi, non si esaurisce in questa sede, potendo manifestarsi, e accade frequentemente, oltre tale limite. Perciò, la irretroattività, dogmaticamente risulta dal principio di riserva di legge, non presuppone che una legge sia stata abrogata da un'altra. Una legge che dà inizio all'incriminazione di un fatto produrrà effetti, indipendentemente dall'esistenza di una legge anteriore. La successione si impone soltanto quando si dà il caso d'incidenza della legge penale più mite, la cui ipotesi esige il paragone fra le leggi. Le considerazioni sono valide pure per i casi della c.d. ultrattività della legge penale. I conflitti delle leggi a questo livello costituiscono l'oggetto del - diritto transitorio o diritto intertemporale.

In altri termini, il tema si estende sia alla legge singola, cioè considerata isolatamente, sia alla pluralità di leggi, affinché, comparativamente si possa determinare la legge più favorevole al delinquente.

Le due questioni fondamentali - obbligatoriamente affrontate quando si tratta della successione delle leggi penali:



- a) se la legge abrogata continua a disciplinare i rapporti giuridici costitutivi prima dell'abolizione;
- b) se la legge disciplina i rapporti giuridici costituiti prima della sua vigenza - non esauriscono, quindi, tutti gli aspetti del problema della legge penale nel tempo.

Dal punto di vista della vigenza, le leggi nascono di regola, a tempo indeterminato, perchè il loro periodo di vigenza dura nel tempo sino che a un'altra legge l'abolisce; le leggi a tempo determinato invece, hanno un termine certo, come ad esempio, le leggi temporanee e le leggi eccezionali. In questa seconda ipotesi, la definizione e l'abolizione della criminalità non dipendono da pluralità di leggi.



3 - Lo studio dello sviluppo storico dei principi della irretroattività della legge penale e dell'applicazione della legge penale più mite puntualizza una costante: come si impiantarono poco a poco come opera dei giudici e dei legislatori; all'inizio, specificatamente; dopo, il diritto canonico registrò, per la prima volta, la regola generale; ribadita poi nella proclamazione del diritto individuale di garanzia - nella Costituzione francese del 1791; di lì, si propagano a vari Stati ed oggi giorno sono state riconosciute valide dalle Nazioni Unite.

Evidentemente, queste tappe rivelano dei motivi storicamente portanti. Gli scrittori cercano di dare loro una spiegazione, tuttavia, persistono tuttora dei dubbi.



3 - A - Il Jimenez De Asua ha proposto una classificazione delle diverse impostazioni, sottolineando il criterio predominante di ognuno degli scrittori:

a) Principio di giustizia, cioè, il fondamento del diritto penale. Abegg; Garrara, §§ 748, 749, 756 e 759; Puccioni; “Il codice penale toscano illustrato”, I, p. 8; Pessina, "Elementi", p. 242, Morelli, "La funzione legislativa", Bologna, 1893, pp. 353-356; Manzini, "Trattato", I, pp. 332-333; Haus, "Principes Generaux de Droit Penal Belge", Gante, 1862, nn. 156-157; Vidal, "Cours", p. 1022; Garraud, T., I, pp. 316-317, Lasalle, "System der erworbenen Rechte", I, ed. 2, Leipsig, 1880, pp. 45 e segg. e 292 ssg.; Liszt, Trattato, II, p. 94, Gomez De la Serna, Cervantes, Pacheco, Vizmanos, e Groizard.

b) Principio di garanzia del cittadino, cioè proteggere il soggetto contro l'arbitrarietà dello Stato, Zacharias, Merner, Chaveau et Helie, "Theorie du Code pénal," Tomo, I, n. 42.

c) Principio del diritto acquisito dello Stato, cioè, di applicare la pena, quando esistente una legge che commini con sanzioni determinate, i fatti determinati, e che la condotta sia eseguita dopo la pubblicazione della legge. La



legge più mite rappresente - rebbe la rinuncia dello Stato. Van Der Poll, Civoli, "Manuale", Milano, 1907, pp. 49, "Trattato", Milano, 1912, I, p. 91.

d) Principio della pena necessaria, cioè la pena legittima in quanto indispensabile, perciò deve essere conosciuta al momento in cui deve essere eseguita; conseguentemente, se la derogazione della legge precedente rivela che la pena non è più necessaria, ed è così giustificata la non retroattività della legge penale più severa e la retroattività della più favorevole.

e) Principio della difesa eseguita tramite la pena, cioè, la medesima impostazione anteriore, formulata dal Blondeau.

f) Principio umanitario, cioè, deve essere applicata sempre la legge più benigna, come imposizione del criterio più favorevole al senso di umanità. Merlini (98).



3 - B - Le teorie, più precisamente, debbono essere riunite in tre gruppi, con riferimento allo scopo principale:

- a) le teorie della giustizia materiale;
- b) le teorie dell'interesse generale, cioè la legge deve preoccuparsi dell'interesse collettivo, il quale si deve preferire all'interesse privato;
- c) le teorie della certezza del diritto, cioè miranti alla stabilità dei rapporti giuridici.

D'altra parte, conviene distinguere due aspetti: da un lato, la irretroattività della legge, e d'altro lato, la c.d. retroattività della legge penale più favorevole, sul cui ambito si deve mettere anche la c.d. ultrattività della legge penale. L'Altavilla, con semplicità ed esattezza, fornisce il concetto di questi istituti.

- a) irretroattività: inefficacia di una legge in rapporto a fatti avvenuti prima della sua promulgazione;
- b) retroattivitàl efficacia di una legge in rapporti a fatti avvenuti prima della sua promulgazione;
- c) ultrattività: efficacia di una legge, anche dopo la sua abrogazione, per fatti compiuti quando essa era ancora in vigore (99).



Non è possibile fare un elenco meramente nominativo, sottolineando gli autori che hanno preso l'una o l'altra impostazione, nemmeno raggrupparli a seconda delle scuole penali; il Grispigni, un autore positivista, ad esempio, su questo tema, discorda dalla posizione dei Ferri,; perciò, è necessario, indicare, in riassunto, i loro fondamenti.

Dall'inizio, sarà posto in rilievo l'aspetto dell'irretroattività - affrontandosi posteriormente l'applicabilità della legge penale più favorevole.



3 - B - 1 – Dall'indirizzo della giustizia - risalgono moti scrittori.

La dottrina del Gabba allaccia il tema alla natura della finalità della pena; giudica che essa sia rivendicazione e ristabilimento dell'ordine morale, e non ha altra misura fuorchè la stessa entità morale del delitto, in sè medesimo considerato e in relazione al suo autore; ma in pari tempo, e nella stessa misura essa è difesa dall'ordine sociale, prevenzione del delitto e intimidazione dei malvagi, perchè l'ordine morale di relazione non ha altro scopo che il bene e la sicurezza della società, e la necessità morale della espiazione penale non ha senso nè ragione se non come mezzo di sanzionare le leggi morali delle convivenze che sono le stesse esigenze dell'ordine e della legge civile.

Con questa impostazione, l'illustre professore concilia la filosofia della dogmatica penale, ed è coerente quando con ragione: se la pena è anzitutto e sostanzialmente una esigenza dell'ordine morale, ed ha la ragione della sua misura nella quantità morale del delitto, ne consegue che ogni legge penale deve essere applicata a tutti coloro i quali si trovano ad aver commesso un delitto da essa contemplato, e che sia veramente tale di fronte ai principi morali ed al sentimento morale della nazione. Sia pure la nuova legge penale più severa della precedente, sia anche un dato delitto contemplato per la prima volta dalla legge; siccome



l'antecedente mitezza, o l'antecedente silenzio del legislatore non era conforme a giustizia, non può essere neppure giusto che se ne tenga conto dopo che l'ingiustizia è stata conosciuta, ed afferma categoricamente: retroattività della legge penale affatto nuova, o più severa della precedente, retroattività della nuova legge penale più mite, queste sono per noi altrettante conseguenze, e tutte ugualmente sicure, dei principi che professiamo circa le ragioni e lo scopo della pena.

In altri termini, la retroattività della nuova legge penale più mite è il solo degli odierni canoni relativi alla retroattività penale che sembra a noi discendere da principi fondamentali della filosofia penale. Gli altri non ci sembrano potersi dimostrare che con ragioni estranee alla filosofia penale, e contraddicendo ai dettami di questa. L'autore infine afferma che le altre ragioni sono di natura pratica.

In conclusione, dei tre canoni tante volte menzionati, sui quali riposa generalmente ai giorni nostri la dottrina della retroattività penale, soltanto quello della retroattività della legge più mite è per il Gallo basato sui principi fondamentali della filosofia penale; gli altri due; che un delitto nuovamente contemplato dal legislatore non possa imputarsi a chi agì prima di questa legge -



che una nuova legge penale più severa non si possa applicare a chi commise un delitto sotto l'impero della legge penale anteriore, sono principi indimostrabili con quelli sopra esposti, e soltanto dimostrabili con pratici riguardi ai pericoli ed alle necessarie garanzie della libertà civile, ma in questo modo pienamente e incrollabilmente giustificati.

Il Gallo suggerisce, concludendo, la seguente formula: se vi è differenza fra la legge penale anteriore e la nuova, un'azione commessa prima della legge nuova, ma sottoposta a giudizio posteriormente ad essa, deve essere giudicata con quella fra le due leggi penali che è la più mite (100).

L'Abeg, il Van De Poli ed il Meyne afferma no che tutte le teoria penali le quali rappresentano la pena con un mezzo coattivo applicato per raggiungere uno scopo esteriore conducono direttamente alla retroattività del reato sia stato scoperto, e ciò basta perchè si ottenga lo scopo preventivo delle leggi penali, le quali sono sempre soggette a venire abolite o mutate (101).

Il Gabba crede che la retroattività della legge penale più severa è un corollario della teoria della espiazione, e di quella della intimidazione, ma non lo è invece della teoria della coazione psicologica, cosicchè ai fautori delle prime rimane da apprezzare con ragioni e considerazioni estranee alla vera e propria



filosofia penale il canone della non retroattività della legge più severa; ai fattori dell'ultima invece rimane da apprezzare in tal maniera il canone della retroattività della legge più mite (102).

L'Abegg preferisce come punto di partenza il fondamento del diritto che, secondo il suo avviso, è la giustizia. Egli accentua che la pena si riferisce alla colpa, e soltanto per mezzo di questa alla persona del colpevole. Ma la giustizia e la pena sono racchiuse nel tempo e nello spazio, hanno un carattere positivo e storico, e per conseguenza quando una legge ha fissato la pena in relazione alle circostanze dei tempi, ai costumi ec., si deve applicare questa pena e non altre. In altri termini, la non retroattività della legge penale è per l'Abegg una esigenza della giustizia; la non retroattività della legge più severa in particolare non è una eccezione, ma una applicazione della regola. Ma anche la retroattività della legge più mite non è per l'autore una eccezione, bensì una esigenza della giustizia. Non si continui ad applicare una legge riconosciuta come troppo severa e quindi ingiusta, quando sia data per base al diritto penale la giustizia, e nient'altro che questa (103).

Il Van Di Poll non si allontana fundamentalmente dalla teoria dell'Abegg; sostiene che non si debba potere applicare retroattivamente una nuova



legge penale più severa, per il motivo che ne fu cominata una più mite, e sostiene che la legge più mite si deve applicare retroattivamente per non offendere la giustizia che ha condannato l'antecedente legge più severa (104).

Il Seeger parte dalla promessa che il magistrato penale dello Stato deve essere informato da due principi: la giustizia e la legalità, essendo giusto ciò che si conforma ai dettami giuridici razionali: legali, ciò che ha il suo fondamento nell'ordine giuridico stabilito. Distingue l'ufficio del legislatore da quello del giudice. Rispetto al legislatore egli osserva che il bisogno della legalità circoscrive nella applicazione pratica quello della giustizia, e che il legislatore può seguire le esigenze della giustizia penale soltanto a condizione di non applicare mai una data legge penale ad un fatto colpito da un'altra legge anteriore meno severa. Di qui egli deduce facilmente che la legge nuova si debba applicare ai reati anteriori soltanto quando non sia più severa della legge anteriore; che se le due leggi siano di differente severità, si debba applicare la legge più mite, sia questa l'antecedente o la nuova. Egli conferma questa posizione coll'osservare che se non fosse l'ostacolo del principio della legalità, ogni nuova legge penale si dovrebbe applicare a tutti quanti i casi penali che ancor rimanessero a decidersi. Rispetto al giudice, afferma che egli deve, prima di ogni altra cosa, rintracciare nella legge



nuova i limiti che il legislatore abbia inteso assegnare alla applicazione di essa. Per l'applicazione della legge nuova, il magistrato, aggiunge il Seeger A, deve comportarsi come se fosse il legislatore, e cioè attuare la giustizia accompagnata alla legalità. Insomma la legalità è la sola causa della non retroattività della legge penale; che alla legalità si oppone la giustizia, la quale nel caso di legge nuova più mite esige in vece la retroattività, e che la giustizia viene interpretata direttamente dal legislatore, e soltanto indirettamente dal giudice, in quanto questo interpreta direttamente l'intenzione del legislatore (105).

Il Carrara analizza il problema quando focalizza le - modificazioni legislative; ritiene che i mutamenti di legge derivano naturalmente dal progresso umanitario, non dal progresso del diritto; perchè il diritto è assoluto e immutabile, dunque, l'assoluto nel giurista nei principi, non nel modo della loro applicazione, che deve naturalmente variare. E' evidente che tale condizione di presunta giustizia della legge attuale rende necessaria l'indagine relativa agli effetti che le variazioni nelle leggi penali possono esercitare sui fatti consumati sotto la legge modificata. Sulla nuova legge, egli aggiunge, che essa proclama che era ingiusto lo irrogare la pena che l'antica legge incautamente gli conminava. Sotto l'impero



di questa nuova legge il magistrato non può applicare l'antica pena. Sarebbe secundum jus scriptum, ma non secundum justitiam (106).

Il Manzini è intransigente nel concepire che la condotta individuale è legittimamente libera; non può mai essere soggetta a conseguenze non prevedute dalla legge sotto la quale la attività privata si svolge. La condotta individuale penalmente disciplinata non può in alcun caso portare conseguenze più gravi di quelle precisate dalla legge al tempo del reato commesso. D'altra parte, non appena la legge ha sciolto o rallentato un vincolo imposto alla libertà, lo Stato garante di questa, non può richiedere o attuare ciò che esso medesimo ha riconosciuto non più necessario o eccessivo e non conforme a giustizia (107).

Il Roubier afferma: la legge che disciplina differentemente le condizioni di creazione di una situazione giuridica, non può, in linea di massima, senza ingiustizia, rivedere le situazioni già compiute; il giudizio definisce l'infrazione e la pena e costituisce un fatto completo (108).



3B - 2 - Nell'ambito delle teorie dell' - interesse generale - si trovano alcuni scrittori della Scuola Positiva.

Il Ferri aggancia la sua tesi ai postulati della Scuola Positiva Italiana, perciò arriva a conclusione in conflitto alla dottrina predominante.

La regola che i criminalisti ripetono, dai principi generali del diritto, è che la legge non dispone che per l'avvenire, essa non ha effetto retroattivo (art.2 Dispos. Prel. codice civile). Ma poi, a questa regola, fanno subire tante eccezioni che essa si trasforma nell'altro per cui la legge penale è retroattiva quando giova all'imputato.

Ora, se la legge penale, a differenza di ogni altra legge che si occupi dell'attività normale dei cittadini e per ciò, secondo il detto romano - non habet oculos retro - ha il compito della difesa sociale contro i delinquenti, è evidente che la sua applicazione deve avvenire appena sia entrata in vigore.

Il Ferri ammette l'eccezione soltanto quando la nuova legge incrimini un fatto, che nelle leggi precedenti non era punito, cercando di mantenere le garanzie che debbono creare consorzio civile.

In ogni caso il cittadino, che ha commesso un fatto punito dalla legge deve sottostare alle conseguenze, che la nuova legge, per le mutate necessità



sociali, e venuto a disporre. Così essendo, la criminalizzazione, o il trattamento penale più benigno favoriscono il delinquente, ma sempre dipendentemente dalle necessità dalla difesa sociale per cui le disposizioni più favorevoli potranno applicarsi soltanto ai delinquente più pericolosi (occasionalmente e passionali). Per ciò, l'art. 1° del progetto, dopo la norma nullum crimen, nulla poena sine lege, aggiunge che "si applica la legge posteriore, se le sue disposizioni siano più favorevoli all'imputato, tranne che si tratti di delinquenti abituali".

L'autore veementemente si erge contro le voci che sostengono l'applicazione della legge posteriore più favorevole, ossia, ammette la prevalenza della legge del tempo anche se più severa; ed impiega queste parole: dire che tali norme più rigorose non si possono applicare al fatto commesso sotto la legge precedente, perchè la legge non può essere "extrattiva" o "ultrattiva" è una gratuita affermazione, ed un includente verbalismo, che poi non è rispettato quando si accorda ultrattività alla nuova legge per disposizioni favorevoli all'imputato. Al c.d. "diritto acquisito" del reo di essere sottomesso alle sanzioni della legge vigente al tempo del reato, egli contrappone un diritto acquisito della società ad imporre delle sanzioni più rigorose. E' un assurdo giuridico e morale dire che il delitto si possa annoverare fra i mezzi d'acquisto dei diritti. Al delinquente tocca



solo il diritto che è proprio di ogni uomo, di essere trattato secondo la legge. Ed aggiunge: gli argomenti degli scrittori contrari non hanno base solida per resistere alla critica; dire che il delinquente non avrebbe commesso il reato se la pena fosse meno severa, sono solo chiacchiere; il soggetto attivo non consulta il codice penale per essere sicuro della pena capitale; in modo opposto confida nella falibilità del giudice umano, come nell'amnistia, la grazia ed altri istituti giuridici. In secondo luogo, riconosce che i mutamenti legislativi, invece di soddisfare una oggettiva necessità di difesa sociale, potranno essere ispirati ad interessi di persecuzione di natura politica e per ovviare a questo inconveniente, suggerisce una limitazione del principio della legge più favorevole, nel senso che senza, sapassare le proprie ragioni che, si volle applicarsi soltanto ai delinquenti politico-sociali che non commettevano delitti comuni. Per i delinquenti comuni, verso i quali non sono certo da temere leggi di rappresaglia politica, la legge posteriore, che provvede alla difesa sociale; deve essere applicata.

Infine, i problemi sulla retroattività della legge penale in una legislazione ispirata ai criteri positivisti verrebbero a perdere importanza, socialmente nei casi dei veri e propri delitti naturali, perchè per questi la segregazione a tempo indeterminato risolve implicitamente ogni questione di



maggior mitezza o severità delle leggi; perchè in tal caso le leggi prendono di massima la pena fissa, a causa della non riadattabilità sociale del condannato (109).



## INTERESSI GENERALI

Il Florian tratta la materia come una forma di manifestazione della legge penale considerata nella sua efficacia estrinseca (110).

Egli aggiunge, la società deve adattare la sua difesa alla stregua del danno o del pericolo, che da un dato fatto derivano, nel momento stesso in cui essa si difende ed applica il mezzo repressivo. Perciò l'autore crede nella piena giustificazione di un'assoluta retroattività della legge penale nell'orbita dei delitti. In sostanza, la legge vecchia non deve più applicarsi perchè più non corrisponde alla difesa delle mutate condizioni sociali. La repressione deve corrispondere alla valutazione attuale del danno e del pericolo; quanto tale valutazione muti, anche la repressione deve mutare. Riconosce tuttavia la inevitabilità dei temperamenti agli effetti d'applicazione della sua impostazione, considerando che il timore di futuri precetti penali retroattivi renderebbe anche gli onesti per l'avvenire (111).



3 B - 3 - Nell'indirizzo della - certezza del diritto - si colloca la maggioranza dei penalisti.

Il Delogu incentra il problema sul principio della certezza del diritto, e come tutti gli autori che seguono quest'impostazione, perchè sia protetto il diritto di libertà, afferma l'indispensabilità che la legge penale disciplini soltanto i reati commessi dopo la entrata in vigore.

Tale scrittore elenca le regole che discendono dal principio:

- a) nessuna azione potrà essere incriminata, tranne se definita dalle legge come reato, anteriormente alla sua comminazione. Vale a dire: la legge è l'unica fonte dell'incriminazione;
- b) nessuna pena potrà essere applicata senza una legge che preveda la sua specie e la quantità;
- c) l'analogia non è fonte d'incriminazione, nè di introduzione delle pene;
- d) La legge penale non agisce retroattivamente (112).

Per il Vassalli, il dilemma fondamentale è questo: è meglio poter giungere a punire tutto ciò che è meritevole di punizione; attuare cioè su questa terra la giustizia assoluta; oppure lasciare qualche reo impunito ma non rinunciare alla libertà, all'uguaglianza ed ai vantaggi che ad esse sono connessi? (113).



Il professore dell'Università di Roma, in un'altro studio, espressamente consacra la irretroattività della legge, come garanzia della libertà ed un canone di prudenza e di saggezza legislativa (114).

Il Gallo affronta il tema nel capitolo della - validità della norma penale nel tempo, risalendo al principio sancito dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione italiana del 1948, cioè quello della irretroattività della legge penale ("nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso"). Questa norma, aggiunge l'illustre professore nell'Università di Roma, è una esigenza di certezza, la quale, a sua volta, trova la sua ragione nella garanzia del destinatario della norma nei confronti del potere legislativo. Il principio di irretroattività si pone come logico corollario del principio di legalità e del principio di stretta legalità in materia penale (115).

Il Pisapia scrive che la disciplina sull'efficacia della legge penale nel tempo, è orientata dal principio generale che la legge da applicare sia quella vigente nel momento in cui il reato è stato commesso, ma subisce delle deroghe ispirate a considerazioni di equità e di opportunità.

Il professore dell'Università di Milano spiega che il principio della irretroattività della legge penale, consacrato anche nell'art. 25 della Costituzione,



rappresenta una garanzia fondamentale per tutti i cittadini di non vedersi incriminati per fatti che non erano considerati come reato nel momento in cui furono commessi (116).

Il Bettiol, coerente ai suoi principi filosofici, sostiene che in una concezione teleologica del diritto penale che spinge lo sguardo ai valori particolari e generali (e i secondi non sono meno concreti dei primi) non si potrà ammettere efficacia retroattiva alla norma penale incriminatrice. La certezza e la sicurezza giuridica polarizzate verso i valori tutelati vi ostano in modo decisivo (117).

Il Petrocelli ricava dal principio fondamentale sancito nell'art. 2 delle preleggi: "La legge non dispone che per l'avvenire; essa non ha effetto retroattivo" (118).

Il Pannain analizza la materia nel capitolo dei - limiti di applicabilità della legge - e afferma che il principio della - certezza giuridica - è fondamentale e inderogabile più cogente in penale che in civile, perchè in civile oggetto del conflitto è un rapporto patrimoniale, ed in penale si decide dell'uomo e della sua libertà (119).

Il Cavallo tratta il tema nel capitolo - limiti estrinseci del diritto penale (120); sostiene l'irretroattività come esigenza morale, sociale e giuridica



della - certezza del diritto (121).

Il Maggiore analizza i fondamenti dell'irretroattività sotto duplice profilo: quello filosofico-giuridico e quello giuridico stricto sensu.

Dal primo aspetto esso ha un valore assoluto, ossia incondizionatamente vincolante per il legislatore e per l'interprete. Disconoscerlo significherebbe annullare il carattere normativo del diritto.

In quanto la legge (comando o divieto) costituisce una norma di condotta, non può guardare che avanti; mai indietro. Il suo "tu devi" impera sui fatti da compiere, non su quelli già compiuti ed esauriti.

La incriminazione di un fatto passato, e perfettamente lecito, secondo la legge del tempo, in cui è stato commesso, non si giustifica nè con la teoria della retribuzione e della colpa morale (giacchè non esiste colpa da retribuire; ove manchi la violazione di una legge); nè con la dottrina dell'emenda (perchè non c'è nulla da correggere in mancanza di un torto; e la correlazione, in quanto mira a forraare un uomo nuovo, si rivolge al futuro); non in forza del principio di difesa sociale (perchè la società non ha interesse di difendersi dai fatti esauriti e la difesa ha luogo contro il delinquente, mentre non è tale chi non ha offeso la legge in vigore al tempo del fatto imputatogli) (122).



Il Santoro intende che fundamentalmente la materia deve essere messa d'accordo col principio - tempus regit actum - applicato fino al fondo quando si rivolge alle leggi incriminatrici (123).

Il Grispigni affronta l'argomento quale aspetto dei "limiti di efficacia del diritto penale nel tempo", istituto che non deve essere identificato allo studio del tempo come "elemento costitutivo della fattispecie legale oggettiva". La regola fondamentale - tempus regit actum - corollario logico del principio - nullum crimen, nulla poena sine praevia lege, prevale quando una legge elevi a reato un atto che anteriormente non era tale. Al contrario, nessuno saprebbe se per la propria attività attualmente lecita non potrà essere punito un domani; si aprirebbe il campo ad ogni possibilità di abusi e di vendette, specie politiche da parte dei nuovi arrivati al potere, ecc. (124).

L'Ortolan interpreta l'art. 4 del codice penale francese alla stregua dell'art. 2 del codice civile, in verbis: "La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet retroactif". Perciò, relativamente alla legge nel tempo, sottolinea il "diritto acquisito" dell'imputato al giudizio conforme alla legislazione vigente all'epoca del fatto (125).



4 - Prima di esporre la nostra impostazione, conviene assoggettare le opinioni alla critica, in termini generali.

4 A - L'Abegg, il Van Di Poli ed il Meyer sostengono che tutte le teorie che mirano ad uno "scopo esteriore"; logicamente conducono alla affermazione della retroattività della legge penale perchè sia sul piano di retribuzione, o di coazione psicologica, più efficace, la sanzione espressa dalla legge posteriore è da considerare tanto che lo Stato ha promosso la sostituzione. Conseguentemente, l'ultima pena deve essere imposta, tanto per intimidire come per recuperare.

Il Gabba dal canto suo, pensa diversamente, relativamente alla teoria sulla coazione psicologica perchè, spiega, per quanto venga applicata la pena più mite, si riesce a raggiungere l'efficacia preventiva attraverso la coazione sugli animi dei "malvagi in avvenire.

Non si deve identificare il fondamento con il sistema dell'applicazione della legge nel tempo, e cioè l'ordine politico-criminale e la dogmatica penale.



Nel primo caso, si riconosce le ragioni del sistema adottato, mentre nel secondo, si fa l'interpretazione delle norme nel loro insieme. Tuttavia, nonostante la distinzione concettuale, la conoscenza delle norme non può essere staccata dalla loro teleologia e quindi c'è bisogno di unire i due punti di vista. È necessario distinguere il fondamento della pena considerata in assoluto in sé e per sé - dai fondamenti che il sistema giuridico cui appartiene dà alla sanzione. Nella prima ipotesi, la ragione gode di libertà pena, mentre nel secondo caso esiste un complesso di principi che vincola l'interprete.

L'analisi del primo aspetto: alla stregua delle teorie che ritengono la pena come castigo, come prevenzione o come recupero, il ragionamento è sempre lo stesso; al castigo, alla prevenzione ed al recupero deve corrispondere un castigo adatto, una prevenzione adatta od un recupero adatto. Il che porta ad affermare che cambiando l'intensità o la forma di esecuzione della pena, affinché sia più adatta ai suoi scopi, la logica impone che deve essere preferita la nuova sanzione, senza ostacoli di irretroattività, e senza la preoccupazione della retroattività formale al reo.

D'altra parte però, se l'interpretazione è vincolata ad un sistema normativo, innanzi tutto, è inevitabile determinare i principi direttivi



dell'ordinamento. Se questo è preoccupato della certezza del diritto, permettendo qualsiasi restrizione solo se operata secondo il principio di legalità, evidentemente la legge penale, definendo i reati e comminando le sanzioni, potrà prevedere solo per l'avvenire; e ciò perchè la condanna è sempre una restrizione di diritti, particolarmente nell'area della libertà e del patrimonio. La medesima conclusione verrà nei casi della pena-recupero; questo istituto, sebbene ideologicamente distinto dalla pena-castigo, materialmente ad essa si identifica perchè l'applicazione porta, fisicamente, le stesse restrizioni. Questa particolarità fu sentita dai positivisti che raccomandarono dei "temperamenti", come è stato indicato nelle posizioni del Ferri e del Florian.

La regola generale, vincolata alla - certezza del diritto - per raggiungere la stabilità dei rapporti giuridici - è la immutabilità delle norme; conseguentemente, la legge vigente al tempo del reato deve, come principio, incidere fino all'esaurimento del vincolo giuridico. Se le leggi sono cambiate non è per un imperativo della teoria assoluta, o delle dottrine utilitarie, considerate in se stesso; in verità, i cambiamenti scaturiscono dai principi giuridicamente acclamati. Una volta di più si fa il bilanciamento dei valori; nel l'ipotesi, riscontrandosi la certezza del diritto ed il principio di eguaglianza. La certezza del



diritto si propone la preservazione dei diritti (nel diritto penale, particolarmente, la vita, la libertà ed il patrimonio). Il trattamento più benigno, teleologicamente, non offende quello principio. Indiscutibilmente, senza censura, potrà convivere col principio dell'eguaglianza giuridica.

Un altro problema sarebbe quello relativo al trattamento più mite; si tratta di un diritto soggettivo pubblico del delinquente, o solo di una liberalità dello Stato? La nostra risposta sarà data nella conclusione della tesi; comunque, in proposito, sono decisive le parole dell'Ortolan: La scienza giuridica, come ogni altra scienza che intenda studiare i problemi di umanità, deve essere soprattutto sapienza; deve cioè risolversi in un risultato di utilità, di utilità spirituali e sociali (126).

Il tema non può, come pretese l'Ortolan essere risolto in base ai principi di diritto civile. In questo, particolarmente all'epoca della pubblicazione del libro; predominava la tesi che la volontà del soggetto esercitasse una grande influenza sui rapporti giuridici, consacrando l'idea che il contratto è legge tra le parti; accanto a ciò, esisteva la concezione che deve essere lecito ad una persona il fare tutto ciò che vuole, purché non provochi il danno altrui. Conseguentemente,



sorse il concetto di diritto acquisito, punto di riferimento per garantire la stabilità giuridica e l'esercitare una persona il suo diritto.

L'idea di diritto acquisito, anche se senza la rigidità dell'individualismo, predomina ancora in diritto civile moderno, in virtù delle caratteristiche del rapporto privato, che mira a proteggere l'interesse individuale. La proiezione del sistema al diritto penale non porta allo stesso esito. E la differenza fu sentita dal legislatore francese che, oltre la norma generica - che disciplinava i rapporti giuridici fra i cittadini - ne stabilì un'altra - particolare al diritto penale.

Il diritto penale ha presupposti specifici ed una finalità che non si identifica con quelli del diritto civile; logicamente, il tema non può essere trattato alla medesima stregua. L'interesse dello Stato è predominante nel diritto penale e la sanzione, diversamente dal diritto privato; è collegata all'interesse pubblico.

In diritto cile, il concetto di rinuncia al diritto è una conseguenza logica del fatto che il rapporto diventa immutabile con il diritto acquisito; evidentemente, qualsiasi modificazione del vincolo giuridico esige una previa manifestazione di volontà del titolare, che può desistere dal chiedere la protezione giuridica. Perciò, l'autore adoperò l'espressione rinuncia al diritto di punire per



essere applicata la legge più favorevole; lo Stato rinunzierebbe al diritto d'imporre la sanzione, di eseguire la sentenza, o di proseguire il processo. Nell'ambito del diritto penale questo ragionamento non corre; la pena non è applicata, modificata od abolita semplicemente per attendere agli interessi dello Stato; esso è vincolato ai principi che l'orientano e giustificano la propria esistenza particolarmente la concretizzazione dei valori universalmente riconosciuti e l'esecuzione di una buona politica criminale.

Anche il Carrara sostenne il medesimo intendimento, spiegando che l'antica legge ha oramai concesso al delinquente il diritto di non vedere deteriorata la sua sorte per le nuove idee del legislatore (127).



4B - I postulati della Scuola Positiva italiana si ripercossero su tutti gli istituti giuridico-penali. La concezione del determinismo, contraria al libero arbitrio, l'idea della responsabilità sociale, il fiuto della responsabilità morale, accanto al punto di vista del reato, come fatto umano e sociale, si rifletterono sul giudizio della sanzione penale, stimolando la sua soppressione e l'introduzione dei c.d. sostitutivi penali.

Se il delinquente fosse condotto alla azione illecita sotto l'influenza da un complesso di fattori interni ed esterni che condizionassero la sua condotta, la conseguenza giuridica non potrebbe essere la vendetta, la punizione. Questa idea è risultante dal presupposto che gli uomini sono liberi, cioè agiscono, o omettono, senza l'interferenza dei fenomeni superiori alla sua volontà.

Le idee delle teorie preventive della pena, affermarono ancora i positivisti, non erano in grado di resistere ad un'analisi scientifica perchè la comminazione della pena (prevenzione generale) e la sua applicazione (prevenzione speciale) presuppongono la libertà della condotta, vale a dire, che l'uomo possa fissare liberamente il senso della sua azione. Sarebbe un controsenso, proseguono, punire una persona se essa non può fare la scelta fra il



permesso ed il vietato, e sarebbe anche inutile se l'uomo non ha la possibilità di cambiare il comportamento.

I positivisti, perciò, rifiutando la concezione del castigo, suggerirono - i sostitutivi penali per combattere la criminalità. Prima di tutto, si deve pensare alla difesa sociale, e lo Stato deve creare gli istituti idonei a raggiungere tale fine. I sostitutivi penali costituirebbero lo strumento per eliminare i fattori che conducono gli uomini a commettere le infrazioni penali; nacquero, così le misure di sicurezza - la più importante conquista della Scuola, ancora presente nel diritto penale moderno. Queste misure sarebbero esenti da qualsiasi stigma di punizione, superate tutte le caratteristiche del castigo; l'aspetto vendicativo cederebbe il posto alla necessità di imporre un trattamento pedagogico, o rieducativo. Lo Stato lascerebbe la posizione di mero esecutore di castigo per diventare il conduttore della difesa sociale, insegnando e favorendo la desiderata buona convivenza di tutti.

Essendo le suddette misure pedagogiche, prive di scopo retributivo, e però efficaci contro la criminalità, quando esse vengono sostituite da altre ritenute più efficaci, queste ultime debbono essere proferite e messe in atto immediatamente, in quanto raccomandate dal progresso scientifico. Perciò la



irretroattività della legge penale non si giustifica davanti ai principi positivistic; per questo il Ferri affermò che in un codice ispirato alla Scuola Positiva Italiana il tema è vuoto d'interesse, ed il Florian propugnò la retroattività assoluta come espressione di aggiornamento dei mezzi contro la condotta anti-sociale.

Queste conclusioni, secondo le premesse positivistiche, è certo, hanno l'appoggio del raziocinio logico, però, il discorso deve prendere un'altra strada.

Non si può dimenticare un particolare: i sostitutivi penali interferiscono pure essi sulla sfera di libertà del soggetto, Ed è necessario porre in rilievo questo loro aspetto, perchè l'applicazione di quelle misure potrebbe onde rappresentare una opportunità di sfogare l'odio e la vendetta; in oltre può darsi che siano anche inefficaci, tradendo la loro portata teorica.

Il diritto penale, disciplinando le conseguenze giuridiche del reato pondera anche il diritto di libertà - valore protetto universalmente. Si badi, i positivisti sentirono l'importanza di questa particolarità; il Florian, espressamente, suggerì - temperamenti - ed il Ferri, sostenne l'irretroattività nei casi della criminalità politico-sociale a causa della differenza del trattamento giuridico



perchè la personalità del delinquente politico non è uguale a quella del criminale comune; accanto a ciò, sono da temere le possibilità di rappresaglia politica.

Le conclusioni positivistiche non meritano l'appoggio; rappresentano un vero pericolo al diritto di libertà. Da una parte, il concetto di delinquente politico non è ancora definitivamente consacrato; al contrario, finora cambia secondo gli intendimenti legislativi, a volte, inconciliabili fra di loro, comprendendo pure la criminalità comune. Posti davanti al problema della difesa del diritto di libertà le tesi positivistiche devono essere rifiutate.



4 - C - La certezza del diritto - nella espressione del Cavallo, e come anteriormente aveva scritto il Delogu, è una conseguenza che deriva dal principio di riserva di legge; e questa tendenza si manifesta tanto negli Stati di diritto scritto, come in quelli che preferiscono la common law. In Inghilterra, è stato puntualizzato, la giurisprudenza, nonostante l'assenza di una norma espressa, da tanto, cerca di attuare il principio nullum crimen nulla poena sine praevia lege, spostandolo ai precedenti giudiziari che siano modello per incriminare le condotte. E la spiegazione dei giuristi inglesi coincide con i fondamenti esposti dai cultori di dottrina dello stato di orientamento continentale, che invocano la certezza del diritto come pilastro della tutela del diritto di libertà.

Il Manzini è molto deciso nel comprendere la materia come espressione di protezione dei diritto di esigenza di liberte. Quest'aspetto è comune a tutti gli autori che focalizzano l'istituto e rappresenta il motivo che ispira le legislazioni; ma anche gli scrittori positivisti in fondo sottolinearono questo aspetto particolare, il che è stato segnalato, esemplificativamente nelle opere del Ferri, del Florian, del Grispigni e del Santoro.

La esigenza di certezza del diritto spiega la affermazione del principio di riserva di legge. Con ciò; si impedisce allo Stato di sorprendere il



soggetto, qualificando una condotta come reato dopo che sia stata eseguita o improvvisamente applicando una pena, prima inesistente.

Senza dubbio, il principio di legalità favorisce la stabilità giuridica, distinguendo la condotta lecita e la condotta illecita, nel quadro del diritto penale.

La irretroattività, da parte sua, è un importante aspetto per raggiungere la certezza del diritto, fissando nitidamente il sistema di definizione del permesso e del proibito in diritto penale. L'istituto porta la garanzia che la legge provvede solo per l'avvenire, non colpendo le azioni anteriormente eseguite, e rafforza anche il principio - tempus regit actum.

Questa spiegazione offre il fondamento politico del principio e la sua inevitabile conseguenza; il diritto come fatto storico, oggi, puntualizza la libertà come valore da essere protetto; essa, comunque, potrebbe essere violata se allo Stato fosse permesso stabilire le sanzioni penali per punire condotte eseguite quando nessuna norma lo vietava.



5 - Per quanto riguarda alla legge penale più favorevole al reo (abolitrice o modificativa), posteriore al reato, gli scrittori giustificano la loro impostazione; il Gabba: "basata sui principi della penale filosofia" (129), l'Abeg "una esigenza della giustizia" (129); il Van De Poll: "non offende la giustizia" (130); il Grispigni: "sarebbe incongruo applicarsi la legge anteriore alla coscienza giuridica non considera più un fatto come reato" (131); l'Alimena: "sarebbe contraddittorio e lo Stato continuasse a punire dopo la legge abolitrice (132): il Pessina: un'eccezione al principio della irretroattività (133); il Bettiol: un'esigenza della coscienza etico-politico-sociale, assoluta quando la legge è abolitrice e che trova il limite nell'irrefragabilità del giudicato quando la legge è meramente modificativa (134); il Pisapia: una questione di equità ed opportunità (135); il Maggiore: un motivo di equità e di giustizia (13f); il De Marsico: con la legge più mite, il plus di severità ha perduto il suo fondamento politico e la sua legittimità (137); il Petrocelli: un'esigenza della coscienza sociale e morale (138); il Carrara: una ragione di umanità, di politica e precetto di stretta giustizia (139); il Manzini: non si tratta di favorire il reo; è una questione di giustizia connessa alla protezione giuridica della libertà (140); il Pannain: la non applicazione della legge



più; favorevole sarebbe immorale e ripugnerebbe la coscienza comune (141); il Santoro: una soluzione equa (142); il Ranieri: una ragione di opportunità (143).



6 - La spiegazione sull'incidenza della legge più benigna, indipendentemente dalla data della sua pubblicazione, e quindi anche se vigente fra il giorno del reato ed il tempo di produzione degli effetti, è oggetto di polemica nella dottrina.

Due aspetti devono essere ponderati:

- a) il modo d'incidenza della legge più favorevole;
- b) i fondamenti della applicazione della legge più favorevole.

Le difficoltà di spiegazione del principio della legge più mite, a nostro avviso, risulta dall'impostazione imperfetta della materia.

Sono vari gli argomenti, basati sull'ordine politico od in sede filosofica, tuttavia, nessuna delle teorie ha messo a galla, in termini tecnico-giuridici la spiegazione esatta.

La difficoltà incomincia dal punto di partenza, cioè dall'affermazione che la norma giuridica si vincola al fatto delittuoso (il Pannain ed il Santoro); per questo, adducono gli scrittori, se la legge posteriore al reato di qualsiasi genere favorisce il delinquente, nonostante non ci sia vigenza alla data del fatto, merita la preferenza, attuando retroattivamente, e ultrattivamente, se applicata dopo concluso il periodo di vigenza.



La perfetta spiegazione si pone in altri termini: la legge qualifica il fatto, però quando esso è eseguito, scaturisce il rapporto giuridico tra lo Stato e l'agente del reato.

Il reato è soltanto la causa del rapporto giuridico perchè come fatto giuridico, provoca il vincolo fra soggetti forniti di diritti e di doveri contrapposti. Quest'impostazione è l'unica che riesce ad affrontare in modo perfetto l'analisi del tema, mettendola a punto.

Il Roubier (torneremo sul discorso nel quinto capitolo) ha intravisto la prospettiva corretta, però, essendosi fondato sulle norme del diritto processuale si è sviato dal giusto cammino.

Nella letteratura italiana il Manzini ed il Maggiore, fanno menzione del rapporto giuridico, ma non hanno dato la necessaria importanza e traggono le stesse conclusioni degli autori che ragionano solo con il fatto.

Relativamente ai fondamenti, deve essere sottolineato, che la coscienza etico-giuridica, l'appello al sentimento di giustizia, o alle ragioni di opportunità conducono il pensiero oltre il campo dell'attuazione intrinseca delle norme giuridiche. Lo stesso sia detto della preoccupazione di effettuare l'eguaglianza e l'equità nell'amministrazione della giustizia.



Il trattamento uguale per tutti, l'applicazione delle sanzioni giuste, la scomparsa delle sanzioni inadeguate, o il trattamento uguale alle situazioni uguali, fondamentalmente rappresentano delle rivendicazioni alle norme storicamente raccomandate, cioè conforme ai valori predominanti.

Una critica in profondità sulle varie teorie condurrebbe il dibattito nell'ambito filosofico, dove diverse indirizzi si disputano il primato. Mentre evidentemente, non c'è interesse nell'affrontare l'assunto in tutti i dettagli, comunque dobbiamo rendere nota la nostra opinione, che si collega alle conclusioni finali.

Il diritto come l'espressione culturale cerca di realizzare dei valori, cioè, delle aspirazioni che governano la società e che si proiettano sui beni ed interessi.

Il valore costituisce il punto di convergenza delle norme; l'emergere del valore scatena un insieme di norme scritte o meno, e d'altra parte, correlato alle norme, è un sintomo della sua presenza. Il valore e la norma si interlegano e qualificano il fatto; questo, perciò, è classificato conformemente al diritto, o contrario al diritto.



Le ragioni ventilate non sono peculiari del diritto penale, però rappresentano dei parametri d'interpretazione della norma giuridica perchè il diritto è il processo per la realizzazione della giustizia.

L'applicazione della legge penale più mite è corollario del principio di eguaglianza; lo Stato deve punire le persone che commettono lo stesso reato, respinta qualsiasi distinzione, presenti le medesime condizioni.

Quest'impostazione raccomanda un trattamento uguale, e quindi compreso anche il più favorevole, anche quando la sentenza sia divenuta irrevocabile, rifiutando, nella ipotesi, la prevalenza della cosa giudicata.

I valori, in conformità alla loro importanza per la società, formano una scala gerarchica, costituendo la regola assiologica, L'eventuale conflitto fra di essi implica il sacrificio del valore meno significativo. E' certo, la res iudicata è una conquista storica e politica indispensabile alla certezza del diritto e conseguentemente alla stabilità dell'ordine giuridico. Ma tale è puré il diritto di eguaglianza, e così dovrebbe essere sacrificata l'immutabilità della sentenza quando ciò è richiesto a favore della libertà del condannato.



7 - Gran parte degli autori e delle legislazioni stabiliscono una restrizione dell'applicazione della legge penale più favorevole, cioè, quella che la norma benigna non sia posteriore alla sentenza irrevocabile.

Il De Marsico giustifica questo pensiero mettendo in rilievo il principio della irrefragabilità del giudicato. E' interessante osservare però, come l'eminente scrittore finisce per fondare l'incidenza della legge più mite quando da ipotesi dell'abolitio criminis affermando che in questo caso non si può che far cessare la pena e gli effetti penali di essa, in omaggio alle mutate esigenze della coscienza sociale.

Queste parole rendono infatti evidente la contraddizione quando invece rifiuta lo stesso trattamento se la legge posteriore è semplicemente modificativa, restando integro il reato. Sono i mutamenti della coscienza sociale che impongono la disciplina meno severa; e perciò lo Stato deve stabilire il medesimo rigore penale per tutti gli individui; e non conta che la sentenza sia avvenuta irrevocabile prima del mutamento legislativo. Se il giudizio definitivo deve cedere alla legge abolitrice, nessun forte motivo giustifica una politica diversa relativamente alla legge modificativa. In ultima analisi, non è rispettato il



principio di eguaglianza se due persone subiscono sanzioni differenti in circostanze uguali, soltanto perchè l'una è stata giudicata prima dell'altra.

Anche se la necessità della cosa giudicata è universalmente ammessa eccezionalmente, è ammessa anche la revisione criminale.

Dunque l'invocare la coscienza sociale impone una conclusione generale, suggerendo sempre lo stesso trattamento; se la coscienza sociale rifiuta la legge più severa, non è ragionevole che essa impedisca un'istituto favorevole; la sua finalità, di portata vasta, è incompatibile con la distinzione fra la legge abolitrice e legge modificativa, nemmeno nel caso del giudizio definitivo.

Il confronto del principio dell'isonomia col principio dell'irrefragabilità della cosa giudicata mette in luce la coesistenza di questi istituti. Il diritto, come sistema, presuppone l'armonia delle norme e, logicamente, le più importanti prevalgono sulle altre.



## NOTE AL III CAPITOLO

- (90) - GRISPIGNI FILIPPO – “Diritto Penale Italiano”, Milano, 1953, Giuffrè, vol.I, pag. 351.
- (91) - MANZINI VINCENZO - "Trattato di Diritto Penale Italiano", Torino, Editrice Torinese, 1961, vol. I, p. 343.
- (92) - PANNAIN REMO - “Manuale di Diritto Penale”, Torino, 1967, Unione Tipografico, Editrice Torinese, 4 ed., vol. I, p. 145.
- (93) - CAVALLO VINCENZO - "Diritto Penale”, Parte Generale, Napoli, Jovene, 1962, 2 ed., vol. I, p. 417.
- (94) - FLORIAN EUGENIO - “Trattato di Diritto Penale”, Milano, Francesco Vallardi, vol. I, p. 56.
- (95) - KELSEN HANS - “Teoria Generale dei diritto e dello Stato”, Vicenza, 1963, Edizioni di Comunità, 4 ed., pp. 39-40: validità del diritto significa che le norme giuridiche sono vincolanti, che gli uomini devono comportarsi secondo quanto prescrivono le norme giuridiche, che essi devono obbedire ad applicare le norme giuridiche. Efficacia del diritto significa invece che gli uomini si comportano effettivamente come devono comportarsi, secondo le norme giuridiche, che le norme sono



effettivamente applicate ed obbedite. La validità è una qualità del diritto; la cosiddetta efficacia è una qualità del comportamento effettivo degli uomini e non come l'uso linguistico sembrerebbe suggerire, del diritto stesso.

- (96) - SINISCALCO MARCO - "Irretroattività delle leggi in materia penale", Milano, 1969, Giuffrè, p. 2.
- (97) - BETTIOL - op. cit., p. 139.
- (98) - JIMENEZ DE ASUA, "Trattato", cit. pp. 535-537.
- (99) - ALTAVILLA ENRICO - "Manuale di Diritto Penale" Parte Generale, Napoli, Morao Editore, 1943, pp. 18-21.
- (100) - GABBA – op. cit., pp. 310-316.
- (101) - GABBA – op. cit., pp. 298.
- (102) - GABBA - op. cit., pp. 43-44.
- (103) - GABBA – op. cit., pp, 43-44.
- (104) - GABBA – op. cit., pp. 44.
- (105) - GABBA – op. cit., pp. 45-47.
- (106) - CARRARA FRANCESCO - "Programma di Diritto Criminale", Parte Generale, Firenze, 1902, Fratelli Cammelli, 9 ed., §§ 744-758.



- (107) - MANZINI – op. cit., pp 343-370.
- (108) - ROUBIER – op. cit., pp. 183-184.
- (109) - FERRI ENRICO – “Principi di Diritto Criminale”, Torino, UTET, 1928, pp.141-151.
- (110) - FLORIAN - op. cit., pp. 56-57: L'autore spiega che la legge penale può considerarsi dal lato della sua efficacia intrinseca come da quello della sua manifestazione esteriore e, quindi, della sua applicazione estensiva. Dal primo punto di vista, se ne studiano gli effetti, che le sono propri, il contenuto, i caratteri peculiari. Ne derivano i seguenti quattro principi generali ed essenziali di applicazione: l'Incriminabilità legislativa dell'azione; la pena deve essere comminata dalla legge; la legge penale non può applicarsi, che la giustizia non può essere amministrata se non mercè gli organi ed i magistrati a ciò delegati; il diritto penale materiale non può attuarsi se non per via del diritto penale formale; cosicchè nessuno può esser punito se non mediante regolare e legale giudizio.
- (111) - FLORIAN - op. cit., pp. 55-65.
- (112) - DELOGU – “La loi penal”, cit. pp.
- (113) - VASSALLI GIULIANO - "Nullum Crimen, Sine Lege", Torino, 1939,



UTET, p. 114.

- (114) - VASSALLI GIULIANO – “La Collaborazione col tedesco invasore nella giurisprudenza della Cassazione”, Roma, 1947, Edizione "La Giustizia Penale", p. 13.
- (115) - GALLO MARCELLO – “La legge penale”, Torino, 1965, Cooperativa Libreria Universitaria Torinese, pp. 14 - 18.
- (116) - PISAPIA GIAN DOMENICO - "Istituzioni di Diritto Penale"; Padova, 1976, Cedam, 3 ed., p.15.
- (117) - BETTIOL – op. cit., pp. 137-140.
- (118) - PETROCELLI BIAGIO - “Principi di Diritto Penale”, Padova, 1943, Cedam, vol. I, pp. 159-162.
- (119) - PANNAIN - op. cit., pp. 145-159.
- (120) - CAVALLO - op. cit., pp. 194-195. L'autore stabilisce la seguente distinzione fra i limiti intrinseci ed i limiti estrinseci: i primi si riferiscono al limite di comprensione della materia che essa organizza; i secondi riguardano l'efficacia nel mondo: esteriore del diritto, ch'è il suo oggetto.
- (121) - CAVALLO – op. cit., pp. 417-422.
- (122) - MAGGIORE GIUSEPPE - "Diritto Penale", Parte Generale, Bologna,



- 1949, Nicola Zanichelli Editore, 5 ed., vol. I, pp. 142-151.
- (123) - SANTORO ARTURO - "Manuale di Diritto Penale", Torino, UTET, 1958, vol. I, pp. 115-119.
- (124) - GRISPIGNI - op; cit., pp. 351-355.
- (125) - ORTOLAN. "Eléments de Droit Penal", Paris, E. Plon et Cie', Editeurs Marescq Ainé, Editeur, 1875, vol. II, pp. 248, 249.
- (126) - ONDEI EMILIO - "Studi sulla imputazione penale", Milano, 1963, Giuffrè, p. 8.
- (127) - CARRARA - op. cit', § 758.
- (128) - GABBA - op. cit., pp. 41-42.
- (129) - GABBA - op. cit., pp. 44-47.
- (130) - GABBA - op. cit., pp. 44-47.
- (131) - GRISPIGNI – op. cit., p. 353.
- (132) - ALIMENA BERNARDINO - "Principi di Diritto Penale", Napoli, 1910, Luigi Pierro, Editore, vol.I, pp. 222-223.
- (133) - PESSINA ENRICO - "Elementi di Diritto Penale", Parte Generale, Napoli, 1872, 3 ed., Stamperia della Regia Università, p. 74.
- (134) - BETTIOL - op. cit., p. 140.



- (135) - PISAPIA - op. cit., p. 15.
- (136) - MAGGIORE - op. cit., pp. 142-151.
- (137) - DE MARSICO ALFREDO - "Diritto Penale", Parte Generale, Napoli, Hovene, 1969, pp.. 40-44.
- (138) - PETROCELLI - op. cit., pp. 159-162.
- (139) - CARRARA - op. cit., § 756.
- (140) - MANZINI - op, cit., pp, 343-370.
- (141) - PANNAIN - op, cit., pp. 145-159.
- (142) - SANTORO - op. cit., pp. 115-119.
- (143) - RANIERI SILVIO - "Manuale di Diritto Penale", Padova, 1968, Cedam, 4 ed., vol. I, pp. 64-66.



## QUARTO CAPITOLO



1- I principi che disciplinano la legge penale nel tempo si applicano anche alla legge processuale penale?

L'analisi esige il fissare previamente la distinzione fra le due norme per sboccare nell'area delle caratteristiche del diritto penale e del diritto di procedura penale.

La natura dell'oggetto giuridico porta al diversificare qualitativamente e quantitativamente le sanzioni giuridiche. Da ciò la non coincidenza delle sanzioni del diritto civile e del diritto penale; le prime, meno rigorose perchè preservano l'interesse privato; le altre preoccupate dell'interesse pubblico, più severe, compresa la pena di morte, vigente ancora in vari Stati. Inoltre, la multa, materialmente, è sempre la stessa, però inconfondibile dal punto di vista del diritto penale, ponderate le conseguenze ed il procedimento osservato. Accanto a ciò, la causa del rapporto penale non è la medesima dei rapporti civile, amministrativo o costituzionale.

Formalmente gli illeciti rappresentano condotte contrarie al precetto, comunque, le sanzioni sono diverse, e questa particolarità li distingue.

L'illiceità, è il contrasto della condotta con i valori giuridicamente affermati. Dal punto di vista logico, come struttura non c'è un illecito civile



diverso dall'illecito penale, od un illecito processuale differente dall'illecito amministrativo. Un'altra conclusione significherebbe la contraddizione del diritto il che è impossibile. La condotta vietata in un settore dell'ordinamento non può essere permessa in altra area giuridica - significherebbe dire che un'azione è illecita e lecita al contempo.

Ciononostante, una sede dogmatica potrà conferire una rilevanza alla condotta che altre non facciano, sebbene il concetto di illiceità sia unico; le sanzioni, giuridicamente, proiettano dei colori diversi, a causa dei loro effetti normativi; tante volte, la medesima azione scatena delle conseguenze differenti, in conformità con la branca giuridica analizzata. L'incidente stradale, per esempio, per quanto possa essere indifferente penalmente, può determinare delle sanzioni civili. Il peculato è un'illustrazione più accentuata; al di là della pena criminale, sorgono le sanzioni amministrative e sono ammissibili ancora quelle di natura civile.

La distinzione fra gli illeciti è insita nel tipo di sanzione comminata.

Il Delogu studiando l'"autonomia normativa" della procedura penale, sostiene che un determinato settore d'ordinamento viene individuato dal



particolare tipo di sanzione che lo integra, e afferma che il diritto processuale può essere definito, da un punto di vista oggettivo, come l'insieme di norme sanzionate direttamente o indirettamente da sanzioni di natura processuale (144).

Sempre a livello formale, secondo i requisiti d'applicabilità delle sanzioni, è opportuno sottolineare:

a) la sanzione amministrativa è applicata dallo Stato, in sede amministrativa, senza eccessiva formalità, mirando alla preservazione della disciplina e svolgimento della pubblica amministrazione;

b) la sanzione civile è applicata anche dallo Stato, in sede giudiziaria, però è permessa la composizione amichevole e definitiva. Il patrimonio è il valore protetto;

c) la sanzione penale è applicata solo dallo Stato, sempre in sede giudiziaria ed è vietata, quindi, la composizione amichevole. Oltre a ciò, essa è fissata attraverso il processo specifico ed è garantita la pienezza della difesa (principio del contraddittorio).

La sanzione è sempre una risposta dell'ordinamento ad una condotta, ma dal punto di vista sostanziale le condotte non hanno natura identica (145); è sempre più intensa la tendenza verso la responsabilità soggettiva nel



diritto penale, mentre il diritto civile propende per la responsabilità oggettiva, il che scaturisce dai requisiti dell'azione dell'illecito penale e dalla condotta vietata in diritto civile, questa meno esigente dell'antecedente.



2 - Oggi, si consacra la tesi dell'autonomia del diritto processuale penale; il collegamento con le norme del diritto penale non impedisce una chiara distinzione fra di esse.

Accanto a ciò, la dottrina registra anche il carattere strumentale del diritto processuale. Questa posizione, seguita dal Leone, che la radicalizza secondo l'aspetto logico (146), sistematico (147), strettamente giuridico (148), sociale (149) e di psicologia individuale (150), presenta due caratteri particolari: I - la strumentabilità del processo penale è connaturata al vigente ordinamento penale, nel senso che - in ossequio al principio nulla poena sine iudicio - non è possibile in niun caso l'applicazione della pena, senza il processo; questa possibilità è, infatti sottratta sia allo Stato (titolare del potere punitivo), sia al privato che volesse spontaneamente sottoporsi alla sanzione penale.

Il canone nulla poena sine iudicio si pone non solo come autolimita della funzione punitiva dello Stato, ma anche come limite alla volontà del privato, al quale è negata ogni facoltà di assoggettarsi senza processo alla pena; e dà luogo a quel nesso di condizionalità tra processo ed applicazione della sanzione penale che non trova corrispondenza in alcun altro ramo dell'ordinamento giuridico. Mentre, infatti, il comando o divieto costituente il nucleo precettivo della norma



penale può operare solo per osservanza volontaria dei consociati, la sanzione si attua solo mediante il processo. II - la strumentalizzabilità del processo penale riguarda solo l'applicazione della sanzione. Poichè nei confronti della norma penale il destinatario è posto dinanzi ad un'alternativa: adempimento o violazione del precetto; è evidente che solo nel secondo caso interviene il processo ed interviene all'unico scopo di consentire l'applicazione della sanzione, e non pure, come può accadere in altri settori dell'ordinamento giuridico, allo scopo di consentire l'adempimento del precetto per opera del potere giurisdizionale in sostituzione del destinatario della norma (esecuzione in forma specifica) (151). Il Conso rafforza questa linea dottrina (152).

Il Cordero - analizzando l'oggetto del processo - distingue il potere di punire e il dovere di esercitarlo in un certo modo. Il primo esiste indipendentemente dal reato, essendo di fatto possibile la punizione senza che un reato sia stato commesso. Il "diritto di libertà" infine: un modo enfatico di dire che le norme costituzionali e legislative limitano l'azione degli organi dello Stato e, in particolare, vietano tassativamente delle leggi penali. Il giudice non deve condannare nessuno nei cui confronti non sia stata accertata una responsabilità penale, secondo il procedimento prescritto dal diritto (153).



Anche il Corsonello sottoscrive l'idea del carattere - strumentale - della legge processuale penale; afferma che la norma processuale è il mezzo, col quale si attua quindi, la norma penale e trae le seguenti considerazioni: a) che la norma processuale deriva, direttamente dalla norma penale, di cui rappresenta il necessario complemento, senza il quale la norma penale non avrebbe alcun valore di precetto imperativo erga omnes, ma si potrebbe solo profilare e riconoscere come una direttiva di condotta raccomandata dalla società giuridica ordinata ai consociati, ma che in caso di sua violazione non potrebbe essere reintegrato e così il diritto penale, l'insieme delle sue norme sarebbe un sistema di precetti privi di sanzione; b) che il carattere "strumentale" della norma processuale penale, di mezzo atto a raggiungere lo scopo di attribuire validità alla norma penale, è naturale, cogente e insopprimibile. Ed ancora, nello stesso senso, prosegue la norma processuale presuppone la già avvenuta infrazione della norma penale (155). E vi è di più: norme che riguardano pertanto la sola attuazione della norma penale (156), perchè sono da essa derivanti, tendono all'attuazione del precetto e della sanzione (157).

L'impostazione dottrinale messa in rilievo, oltre l'affermazione del carattere strumentale della norma di procedura penale, sostiene la sua dipendenza



dalla norma penale; conclusione, si badi, espressamente esposta. La seconda parte, tuttavia, nella letteratura moderna non trova il plauso dalla maggioranza, ed è rifiutata, d'altronde, con una ricchezza di argomenti.



3 - La perfetta interpretazione deriva dal concetto di rapporto giuridico, cioè, dall'insieme di diritti e doveri opposti.

Il rapporto penale non si identifica con il rapporto processuale-penale. Le norme giuridiche creano e regolamentano i rapporti giuridici; considerando che i vari settori dell'ordinamento si distinguono secondo le rispettive sanzioni, ed avranno tante categorie di rapporti giuridici quante siano le categorie di sanzioni. Perciò il rapporto penale è diverso dal rapporto civile ed il rapporto processuale si mette su di un altro piano. Riconoscendo queste peculiarità, nell'ipotesi di peculato, a causa delle sanzioni penali o amministrative e civili che lo colpiscono si proietta il rapporto penale, il rapporto amministrativo ed il rapporto civile, tra lo Stato ed il pubblico impiegato.

Fra i diritti compresi nel rapporto giuridico-penale, i è quello dello Stato di applicare la sanzione comminata, ed il reo ha il dovere di scontare la pena; comunque, l'ordinamento impone allo Stato il dovere di individuare il reato imputato e di determinare qualitativamente e quantitativamente la sanzione attraverso il processo penale, imperativo categorico affinché non manchi la difesa, costituzionalmente consacrata.



In breve, il rapporto giuridico penale non si svolge nella sua pienezza senza l'esaurirsi del rapporto processuale-penale; ma entrambi mantengono la loro individualità. Conseguentemente, i principi del diritto penale non incidono necessariamente nel diritto di procedura penale. Ciascuna di queste aree ha i suoi principi direttivi.

La irretroattività della legge penale, l'applicazione della legge penale più mite scaturiscono dai principi specifici del diritto penale e non vincolano il diritto processuale.

Il Leone sostiene che il principio regolatore della successione di leggi processuali penali è quello dell'immediata applicabilità, che si deduce dagli artt. 10 e 11 delle preleggi.

Da tali regole discendono due applicazioni:

a) non retroattività della nuova legge processuale: gli atti compiuti sotto una legge conservano vigore anche successivamente sotto l'impero di altra legge;

h) immediatezza della nuova legge processuale penale: gli atti da compiere, ancorchè siano collegati ad atti precedentemente compiuti, sono disciplinati dalla nuova legge.



Vige, in pieno, in sostanza, il principio tempus regit actum. (158).



## NOTE AL QUARTO CAPITOLO

- (144) - DELOGU TULLIO - "La loi pénale et son application", p. 169
- (145) - CERNICCHIARO LUIZ VINCCENTE - "Responsabilidade Penal", in "Noticia do Direito Brasileiro", Brasilia, 1976, Senado Federal, pp. 139-150.
- (146) - LEQUE GIOVANNI - "Trattato di Diritto Processuale Penale", Napoli, 1961, Jovene, vol. 1, p.4: il diritto processuale è predisposto, anche secondo una ricostruzione storica, non come fine a se stesso, bensì come mezzo, strumento per conseguire un fine che preesiste ad esso e lo trascende, cioè l'attuazione del diritto sostantivo.
- (147) - LEONE - op. cit., pp. 4-5: solo mantenendo il carattere strumentale del processo si può evitare quello sconvolgimento di rapporti tra diritto sostantivo e processuale che conduce fatalmente ad una concezione anarchica del diritto.
- (148) - LEONE - op. cit., p. 5: solo la concezione del carattere strumentale del processo spiega quella distinzione tra ammissibilità della domanda e fondatezza della domanda e indagine sul merito.



- (149) - LEONE - op. cit., p. 5: l'ordinamento processuale è un mezzo e non un fine, lo strumento per realizzare un bene.
- (150) - LEONE - op. cit., p. 6: chi ricorre al processo lo fa per l'attuazione del diritto sostanziale.
- (151) - LEONE - op. cit., p. 6-8.
- (152) - CONSO GIOVANNI - "Istituzioni di Diritto e Procedura Penale", Milano, 1964, Giuffrè, p. 4: Dato l'innegabile carattere strumentale che il processo sia penale o civile o amministrativo o altro ancora, riveste in ordine al ramo di diritto sostanziale alla cui applicazione più spiccato nel settore penale, in quanto l'accertamento dei reati e l'applicazione delle pene non possono aver luogo che per il tramite del processo penale, essendo escluse sia le possibilità di un adempimento spontaneo di tali sanzioni, sia la possibilità di una loro irrogazione immediata.



## QUINTO CAPITOLO



- (153) - CORDERO FRANCO - "Procedura Penale", Milano, 1974, ed. 3, p.11-12.
- (154) - CORSONELLO CARLO - "La norma e l'atto processuale penale", Padova, 1958, pp. 7-8.
- (155) - CORSONELLO - op. cit., p. 11.
- (156) - CORSONELLO - op. cit., p. 12.
- (157) - CORSONELLO - op. cit., p. 14.
- (158) - LEONE - op. cit., p. 86. Ancora COSTA SERGIO - voce "Legge processuale" in "Novissimo Digesto Italiano", Utet, 1957.



1 - La perfetta disposizione del tema risale dalla esatta distinzione fra il fatto naturale ed il fatto giuridico, concettualmente ben definiti e per questo inconfondibili.

Il fatto naturale corrisponde ad un fenomeno visto nelle sue caratteristiche fisiche, indipendentemente da ogni valore o significato culturale - ad esempio, una esplosione in quanto apostamento violento dell'aria è un fatto naturale ed i danni personali e patrimoniali da essa prodotti sono considerati solo come conseguenze fisiche, governate dalla legge di causalità. Insomma, il fatto è l'accadere nel mondo della natura. L'uomo quando lo giudica fa su di esso soltanto - un giudizio di esistenza.

Il fatto giuridico, invece, è visto su di un altro piano, dato che sono focalizzati i valori ed il senso culturale del fenomeno. L'esplosione è analizzata come lesione di interessi che rappresentano danni personali e patrimoniali, e la vita, l'integrità fisica e beni economicamente o moralmente significativi sono presi, non più come entità fisiche, ma in quanto valori e cioè significativi per i rapporti intersubiettivi. La persona ed il patrimonio costituiscono beni giuridici - sono valori e per questo non si confondono, sebbene con esso integrati, con l'aspetto meramente materiale del fenomeno. Oltre a ciò, il danno ed il pericolo



sono valutati negativamente, formando alcuni "disvalori". Ora esiste la necessità di esaminare il fenomeno al di là del piano del rapporto di causalità materiale; l'uomo non svolge un ruolo di semplice spettatore nel mondo della natura, fermo, passivo, privo di qualsiasi iniziativa; egli guarda il fatto, lo approva e lo riprova, secondo i fili eletti in un momento storico; se lo classifica, negativamente rispetto ai rapporti intersubiettivi, lo qualifica come disvalore e per ciò, stabilisce le sanzioni giuridiche - delle conseguenze comminate, che debbono essere subite da chi il fatto ha compiuto. In questo momento, esamina il fenomeno nel piano del - dover essere - proiettandolo nel mondo del valore e nel mondo della cultura; qui, l'uomo fa un giudizio di valore.

L'omicidio è - fatto naturale - in quanto morte di una persona, ed è innalzato a - fatto giuridico - in quanto offende il bene - persona - nell'aspetto particolare - vita. Così diventa un "disvalore".

Il diritto, in ultimai analisi, è una scelta di condotte, perchè così si possano proteggere i beni di rilievo giuridico e nel frattempo, come fenomeno culturale, un mezzo per raggiungere determinati fini.



Il diritto, qualificando le condotte, le distingue in due categorie: le condotte lecite (giuridicamente permesse) e le condotte illecite (giuridicamente vietate).

Mentre il fatto naturale è caratterizzato fisicamente, il fatto giuridico è delineato dagli effetti conferiti dal diritto. Questi effetti, tanto i negativi quanto i positivi, fanno sì che entrambi i fatti siano fatti giuridici, benchè disciplinati diversamente.

Fra il fatto naturale ed il fatto giuridico c'è il medesimo vincolo che esiste tra il mondo della natura, il mondo dei valori ed il mondo della cultura.

Le caratteristiche sottolineate spiegano perchè lo stesso fatto (fisicamente considerato) può scatenare conseguenze giuridiche diverse; l'esplosione, se sono osservate le cautele tecniche, è lecita; diverso sarà se eseguita imprudentemente, provocando, allora, la riprovazione della condotta.

Evidentemente, quello che più conta è il - fatto giuridico, particolarità importante per evitare un ragionamento sbagliato.



2- Il fatto naturale giammai è cancellato; se accade, diventa irreversibile. Il crollo di una casa, nonostante la sua ricostruzione, come fenomeno, rimarrà sempre, dato che il fatto è caratterizzato da un processo di causa ad effetto.

Il fatto giuridico, invece differisce; la catena causale può non essere fondamentale; la modificazione nel mondo fisico può essere rilevante, ma non è tutto; fondamentale è invece il significato che esso ha per i rapporti intersubiettivi; a volte è trascurato il nesso causale, e si introducono finzioni giuridiche. Il codice penale italiano, ad esempio, stabilisce che la passione e l'emozione non influiscono sull'imputabilità (art. 90); quest'orientamento a livello di causalità può non rispecchiare la realtà, tuttavia, per gli effetti giuridici a ragione della presunzione assoluta, non si mette in discussione che quegli stati soggettivi non escludono nè diminuiscono la capacità di intendere e di volere.

D'altra parte, ancora per definizione normativa, non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, non aveva compiuto i 14 anni (art. 97 c.p.). Perciò, un fatto commesso da un minore di 14 anni per quanto esistente fisicamente non può produrre gli effetti normalmente previsti dalle norme giuridiche. L'omicidio, la calunnia o il furto, al di là della loro struttura materiale



sono giuridicamente significativi, causando conseguentemente le rispettive sanzioni ai soggetti attivi. Questi fenomeni, dunque, non hanno tali conseguenze se commessi da una persona prima di compiere i 14 anni, a causa della presunzione juris et de jure di inimputabilità.

Questi esempi sottolineano che il fatto giuridico, prima di tutto, è un insieme di conseguenze, ed esso può essere modificato od estinto, a seconda che siano modificato o cancellate le sue conseguenze. L'autore di un reato, definitivamente condannato, se ne commettesse un altro, sarebbe recidivo, risultante una serie di conseguenze che si ripercuoterebbero sulla pena in concreto, la sospensione condizionale della pena, la misura di sicurezza e via dicendo. Tuttavia, se egli è beneficiario di amnistia, e essendo quest'istituto il cancellamento di tutti gli effetti penale del reato - esso è diventato giuridicamente inesistente - malgrado il secondo illecito, il soggetto sarà tecnicamente primario, non operandosi conseguenze che sarebbero venute ad essere prima del favor rei.

Insomma, la qualificazione giuridica non è immutabile, cambiando nello spazio e nel tempo e riflettono sulla validità della legge penale.



3- Il fatto giuridico dà origine alla nascita del - rapporto giuridico - come regolamento di un conflitto di interessi.

Il rapporto giuridico, oltre i soggetti - attivo, che pretende, e passivo, che è debitore della prestazione, implica, quindi, la prestazione (dovere giuridico), che è il suo oggetto; la causa (fatto giuridico); la reciprocità di situazioni soggettive (diritti ed obblighi) e la garanzia (riconoscimento ad opera di una norma giuridica).

L'analisi del rapporto giuridico è imprescindibile per lo studio sulla irretroattività e la c.d. retroattività della legge penale.

Il rapporto giuridico coinvolge sempre dei soggetti; esso fissa la reciprocità di situazioni soggettive, attribuendo la facoltà di esigere la prestazione ed impone l'obbligo di eseguire il dovere. Questi soggetti sono situati in poli opposti - perciò, soggetto attivo e soggetto passivo.

Se così è, relativamente ai termini del rapporto giuridico, è chiamato oggetto il dovere giuridico che il soggetto passivo è obbligato ad adempiere ed è rappresentato da una condotta di dare, di fare, o di non fare. In sede di diritto penale, il delinquente non osserva l'obbligo quando sprezza il precetto della norma giuridica-penale, che gli impone non fare (non uccidere, non



derubare, non calunniare), o il dovere di agire (prestare l'assistenza); particolare che classifica i reati commissivi ed omissivi, a seconda che siano dei comportamenti di non fare, o di fare. Oggidì, la tecnica legislativa si limita a descrivere la condotta vietata e sanzionata (159); ed il precetto è implicito, rappresentando l'ipotesi contraria all'azione proibita.

Il rapporto giuridico non si costituisce, non si modifica, nè si estingue senza un fatto giuridico, che è la causa della costituzione, della modificazione o dell'estinzione. Il matrimonio costituisce il rapporto fra - marito e moglie, e la morte dell'uno o dell'altro estingue questo vincolo. Il vedovo non è piú - marito - sebbene possono rimanere altri aspetti (diritti e doveri) del rapporto (il diritto della vedova all'uso del cognome del morto, i diritti successori) fino all'esaurimento in quanto esclude la sua causa.



4- Il fatto - reato - stabilisce un rapporto giuridico fra lo Stato ed il delinquente (160); per primo nasce il potere di applicare la pena comminata e per il secondo, il dovere di scontare la sanzione, nel periodo fra la data dell'illecito e l'esaurimento degli effetti giuridici scaturenti dalle norme che disciplinano il vincolo intersubiettivo. Tuttavia, l'insieme di diritti e doveri può essere estinto o modificato come succede, esemplificativamente, nei casi di abolitio criminis, di grazia, di indulto e di modificazione della sanzione.

Il rapporto giuridico-penale in concreto sorge nel momento in cui la persona realizza l'atto giuridico - reato - dato che solo allora lo Stato, che ha il monopolio dell'applicazione delle sanzioni, potrà agire affinché siano effettuate. Da questo punto di vista, è senza interesse, il dibattito dottrinario sulla natura giuridica della pena e della misura di sicurezza, per determinare se la seconda è compresa nell'elenco delle sanzioni penali. E' sufficiente sottolineare che il rapporto penale sorge soltanto con il reato perchè ne è l'unica causa, e la misura di sicurezza discende da un altro presupposto (la pericolosità del soggetto).

Sono pure irrilevanti le distinzioni fra la consumazione ed il tentativo, la desistenza volontaria ed il pentimento operoso, il reato di danno ed il reato di pericolo; tutti istituti che influiscono nella caratterizzazione penale del



fatto e, logicamente, sulle conseguenze, ma che indistintamente, originano il nascere nello Stato dal potere di imporre la sanzione, e nel soggetto del dovere di scontarla.

Se la costituzione del rapporto giuridico penale è contemporanea unicamente al fatto-reato, la sua estinzione presenta maggiore difficoltà perchè le possibili cause sono molteplici; e così si esige una speciale attenzione per evitare conclusioni affrettate o sbagliate.

A prima vista il rapporto penale si estingue solo con l'adempimento della pena; il riscatto della sanzione non è un fatto di sè e per sè sufficiente per sciogliere il legame giuridico. Le conseguenze penali non cessano tutte in questo momento; tante volte, vanno al di là e perdurano fino alla morte del condannato. Se l'esecuzione della pena conferisce al delinquente il diritto di recuperare la libertà, costituendo una costrizione illegale la proroga della reclusione, è sicuro che altri effetti persistono - dei diritti e dei doveri mutui fra lo Stato ed il condannato - portando a galla la persistenza del rapporto. Esemplicativamente si può ricavare la recidiva; il reato della prima condanna, nonostante sia stata eseguita la pena, come fatto giuridico continua a vivere ed i suoi effetti si protraggono nel tempo ed agiscono sul successivo reato. Del reato



anteriore si deve tener conto per la determinazione della pena, ex art. 133 c.p. considerando gli antecedenti del reo. Il rapporto giuridico-penale si costituisce con la commissione del fatto tipico che contenga tutti i requisiti per la configurazione dell'illecito.

Ma fra la costituzione e l'estinzione del rapporto giuridico è possibile la modificazione delle norme che regolano il rapporto, avendosi così un mutamento del rapporto giuridico, che è estinto, soltanto quando finisce il suo ultimo effetto.

Questa analisi conclusiva conduce ad una deduzione finale che deve essere punteggiata per la perfetta inquadratura del tema, non sentita dal Roubier (162), il che l'ha spinto ad una impostazione non confacente alla realtà. Sostanzialmente il rapporto giurico-penale coinvolge tutti gli effetti scaturanti dalla esistenza del reato. Dogmaticamente, basati alla classica divisione delle aree del diritto, che giorno dopo giorno perde la sua importanza in quanto le norme giuridiche compongono un sistema e perciò inscettibile di separazione sostanziale, si distingue il rapporto di diritto materiale (insieme delle norme sostanziali) dal rapporto di diritto processuale (insieme delle norme strumentali). In questo senso, il reato proietta il rapporto giuridico-penale in concreto, e l'azione penale, il



rapporto giuridico-processuale-penale, a causa del principio del contraddittorio. Lo Stato, si ripeta, ha il diritto di applicare le sanzioni; comunque, è sottomesso al processo criminale (162).



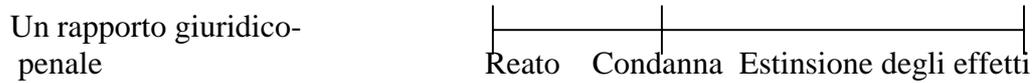
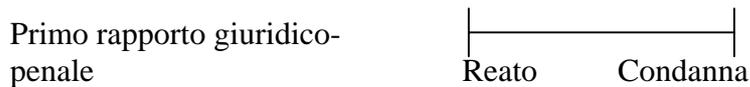
5 - Il rapporto giuridico-penale presenta tre momenti peculiari; quando il reato è commesso (la costituzione), quando è esaurito (l'estinzione) ed il momento intermediario (quando avviene il giudizio).

La condanna emessa nel processo penale, influisce sul rapporto giuridico-penale perchè i rispettivi diritti e doveri dipendono da essa.

Così essendo, non è idoneo distinguere, come ha fatto il Roubier, un rapporto (preferisce denominare - situazione giuridica) dal momento del reato alla condanna, ed un altro, dalla condanna all'esaurimento.

La condanna rappresenta il dovere penale del soggetto attivo del reato; logicamente, l'esecuzione significa l'adempimento di questo dovere. È evidente, quindi, l'unione, la sequenza logica fra il fatto - reato ed lo scontare la pena. La sentenza è soltanto un'esigenza di un momento storico. Conseguentemente, non si può scindere la catena di effetti giuridici, come ha immaginato il noto professore francese. Il presupposto di un diritto (utto ciò che è compreso in un rapporto giuridico) con il fatto che sia la causa di un rapporto giuridico. Schematicamente, le due ipotesi sarebbero rappresentate dalla seguente forma:



Prima ipotesiSeconda ipotesi

La seconda ipotesi rompe la logica, distinguendo come distinti i fenomeni che formano una unità.

La prima ipotesi, oltre a rappresentare con fedeltà il rapporto giuridico-penale è l'unica in grado di spiegare convenientemente l'irretroattività della legge penale e dimostrare l'essere un'improprietà tecnica adoperare l'espressione - retroattività della legge penale.

La conclusione del Roubier conseguenza delle premesse fissate per svolgere il suo pensiero. La divisione di due "situazioni giuridiche", d'altra parte,



è risultante, come osservano anche altri scrittori che trascurano il ruolo del rapporto giuridico.



6 - La legge penale qualifica il fatto delittuoso (e così il fatto naturale diventa giuridico) e si stabilisce un rapporto giuridico-penale in astratto fra lo Stato ed i sudditi, a causa della semplice prescrizione legale; quando il reato è commesso, si forma il rapporto giuridico-penale in concreto tra lo Stato ed il delinquente. Accanto a questi, è costituita il rapporto giuridico-processuale-penale.

Gli elementi di questi rapporti sono:

Rapporto giuridico-penale “in astratto”.

Termini: soggetto attivo: lo Stato

soggetto passivo: il suddito

Causa: la legge penale

Oggetto: l’astensione dal commettere il reato

Reciprocità di situazione oggettiva: potere non commissione del reato

obbligo: non commettere il reato

Rapporto giuridico-penale “in concreto”.

Termini: soggetto attiva: lo Stato ed il titolare del

bene giuridico offeso

soggetto passivo: il delinquente



Causa: il reato

Oggetto: applicare la sanzione

Reciprocità di situazione soggettiva: potere: applicare la sanzione

obbligo: scontare la sanzione

Rapporto giuridico-processuale-penale

Termini: soggetto attivo: lo Stato

soggetto passivo: l'imputato.

Causa: l'azione penale

Oggetto: il rapporto giuridico-penale in concreto

Reciprocità di situazioni soggettive:

pretesa: applicare la sanzione

obbligo: scontare la sanzione

Il rapporto giuridico-processuale-penale, quindi, ha come suo oggetto il rapporto giuridico-penale in concreto (163), affinché siano individuati i diritti e gli obblighi contrapposti dello Stato e dell'imputato (164). L'imputazione è posta come punto centrale, vale a dire, il reato (la causa del rapporto penale in concreto), qualificato dall'azione penale; perciò, la sentenza deve indicare, fra gli



altri requisiti "l'enunciazione del fatto e delle circostanze che formano l'oggetto dell'imputazione" (art. 474, 3° c.p.p.).

La descrizione e la ricerca dell'imputazione sono necessarie, a pena di nullità (art. 475, 2°, c.p.p.). I motivi dell'esigenza legale sono sentiti facilmente: sarà impossibile il fissare la "reciprocità di posizioni", nucleo del rapporto giuridico-penal, senza la determinazione della sua causa, cioè, il reato.

Effettivamente, l'esame dell'imputazione è il punto di partenza per stabilire i doveri del reo, in caso di condanna. Prima di tutto, si badi l'art. 27,2 della Costituzione italiana del 1948: "L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva".

L'imputazione, in termini dogmatici, consiste nell'esporre succintamente il fatto con tutte le circostanze che possono interessare il procedimento penale, conforme l'art. 2, ultimo comma c.p.p. (165). Senza l'imputazione, non c'è possibilità del contraddittorio (166), e logicamente non si riesce ad appurare i diritti ed i doveri mutui fra lo Stato ed il delinquente. L'imputazione è la "causa" che si suppone nel rapporto giuridico-penale in concreto (meramente imputata) la cui caratterizzazione sarà il profilo della "reciprocità di interessi".



Il comprovare l'inesistenza del fatto imputato, o della negatività dell'azione rende impossibile l'applicazione di qualsiasi azione penale; allora è dimostrata l'inesistenza del rapporto giuridico-penale in concreto, che non si costituisce quando manca la sua causa.

Nello stesso senso, rivelati il fatto ed il soggetto attivo, dimostrando però una causa di giustificazione o di esclusione di colpevolezza (cioè inesistendo il reato) non si completa il rapporto giuridico-penale (167).

In terzo luogo, configurato il reato, gli obblighi penali si rendono dipendenti alle particolarità del fatto, riflettendosi; esemplificativamente, sulla pena, la sospensione condizionale, l'abitualità, la professionalità o delinquenza per tendenza.

Senza dubbio, il rapporto giuridico-penale non si identifica con il rapporto giuridico processuale-penale - essi sono autonomi, nonostante siano collegati (168), non prosperando la tesi del noto professore francese.

Ci sono principi giuridici comuni a tutti i rapporti giuridici: la libertà personale è inviolabile (Cost., art. 13 cpv.); nessuno può essere privato, per motivi politici, della capacità giuridica, della cittadinanza, del nome (Cost., art. 22); nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in



base alla legge (Cost., art. 23). Altre norme si estendono ad un'insieme di rapporti giuridici: la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento (Cost., art. 24,1); la legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari (Cost., art. 24,3). Parallelamente a ciò, ci sono delle norme specifiche ad un rapporto giuridico; il rapporto penale in concreto, la cui causa sia l'omicidio, trae delle norme indifferenti allo stesso rapporto, se la causa fosse il furto.

Conseguentemente, le norme specifiche al rapporto giuridico-processuale-penale, in parte, coincidono con le norme relative al rapporto giuridico-processuale-penale (le norme costituzionali che stabiliscono i diritti e doveri dei cittadini), tuttavia, ci sono altre che non hanno la medesima destinazione (le norme che esprimono i principi del diritto penale, e del diritto processuale penale; perciò la costituzione del rapporto giuridico penale non dipende dal giudizio.



7 - Definendo i reati e cominando le sanzioni, la legge penale distingue le condotte e punisce il soggetto. La rapina è fatto giuridico perchè è stata qualificata dal diritto, e come fatto, si proietta nel tempo in cui nasce il rapporto giuridico-penale. Le norme penali esistenti dalla costituzione all'esaurimento del rapporto si riferiscono a questo vincolo, e non alla rapina, semplice causa del rapporto. Quest'impostazione condurrà la conclusione in termini diversi dalle teorie predominanti.

Se si prende il fatto delittuoso come riferimento (dato statico), logicamente, arriveremo alla retroattività ed all'ultrattività della legge, comunque, se il punto centrale è il rapporto giuridico-penale (dato dinamico), l'illazione sarà un'altra, rifiutandosi quegli istituti giuridici.

Il Siniscalco scrisse: i comportamenti o, più in generale, le situazioni rilevanti non hanno solitamente carattere istantaneo: prolungandosi esse nel tempo, occorre sapere quali delle leggi che si sono succedute devono venire applicate (169).

L'affermazione che i comportamenti e le situazioni rilevanti (relativamente ai reati sono soltanto i comportamenti a causa della natura del



reato) nel caso si prolunghino nel tempo, significano indicare il rapporto giuridico (non il fatto), il che è compatibile esclusivamente con l'irretroattività della legge.

La legge nasce, vive e muore; essa incidendo sul rapporto, nel cui periodo può essere cambiata, è applicata sul fatto presente, cionostante il medesimo rapporto abbia anteriormente espletato parzialmente i suoi effetti. Conseguentemente, prevede sempre per l'avvenire. Questa conclusione è coerente al reato come fatto giuridico, facendosi la perfetta distinzione di esso al fatto naturale; questo non cambia, l'altro, invece, è modificabile ed estinguibile.

Il rapporto giuridico pertanto si protrae nel tempo (170) perciò, come unità giuridica si proietta la sua causa anche (la distinzione fra essi è concettuale, però non possono essere acissi. Non si deve confondere l'applicazione della legge con il rapporto giuridico, la cui particolarità non scompare nonostante la causa sia contemporanea ad essa. Immaginiamo un rapporto giuridico-penale fra lo Stato ed il delinquente, risultante da un reato di alterazione di monete; il fatto delittuoso accade nel 1970; nel 1975, prima della res judicata, il reo è beneficiario di una legge abolitrice la quale inciderà immediatamente. Per quanto il fatto-reato fu commesso nel 1970 (data della causa, e conseguente formazione del rapporto giuridico-penale), la legge che



cancella l'incriminazione è applicata sul detto rapporto e produce gli effetti dal 1975, cioè, da questo momento in poi, il fatto perde la caratteristica di illecito penale e diventa criminalmente indifferente. Si badi, nel 1975, aveva ancora la causa, che sparisce al momento della nuova legge. E, logicamente, soppressa la causa, cessa l'effetto. Essendo così, la legge non retroagisce al 1970, però, abbatte, nel 1975, la causa del rapporto giuridico-penale esistente.

Se fosse il caso di una legge modificativa, il ragionamento sarebbe lo stesso, però, con una distinzione: persistendo la causa, rimane il rapporto giuridico, portando le modifiche secondo il nuovo testo legislativo, che devono essere sempre favorevoli al delinquente.

In diritto penale, questa particolarità esercita una grande importanza; essa è un aspetto concatenato al principio della certezza giuridica. Il principio di legalità rappresenta l'esigenza politica di proteggere il diritto di libertà e garantire la stabilità giuridica.

I reati e le pene sono espressamente preveduti dalla legge affinché anche il rapporto giuridico-penale sia previamente (relativamente alla condotta delittuosa) preveduto. Il reato e la sanzione, pertanto, sono definiti per portare a



conoscenza il complesso di diritti e doveri contrapposti fra lo Stato ed il delinquente. In altre parole, è un mezzo atto a perseguire un fine.

Conseguentemente, il rapporto giuridico-penale è l'oggetto di una legge incriminatrice, modificativa o abolitrice della criminalità, come d'altronde in tutte le leggi, è sempre un rapporto giuridico.

Questa prospettiva è indispensabile alla perfetta posizione della materia in sede di teoria generale del diritto con immediati riflessi sulla dogmatica penale.

Logicamente, come il rapporto giuridico-penale si protrae nel tempo, fino ad esaurirsi, cioè mentre produce l'ultimo effetto giuridico, qualsiasi alterazione nell'ordinamento si riferisce ad un oggetto attuale.

Essendo così, la legge non retroagisce; essa produce l'effetto dalla vigenza in poi, a causa della struttura di quel rapporto, anche la sua causa, si protrae nel tempo (l'unità potrà essere divisa soltanto concettualmente).

La condanna perde gli effetti quando una legge abolisce la criminalità del fatto deciso nella sentenza; tuttavia, ciò avviene dal giorno in cui incomincia la sua vigenza; di conseguenza, tra il giorno del reato e dell'abolitio criminis, era incensurabile la condotta dello Stato, nel promuovere l'azione penale



e l'applicare gli effetti del reato riconosciuto giudizialmente. Lo stesso succede con la legge meramente modificativa e più favorevole al delinquente, comunque, deve essere sottolineato:

- a) nel caso della legge abolitrice (essa elimina la causa) finisce il rapporto giuridico-penale, dunque, non persiste nessuno effetto risultante dal reato coiamesso. Giuridicamente è come se il rapporto giuridico-penale non fosse mai esistito.
- b) nella ipotesi della legge modificativa più mite (essa non elimina la causa) permane il rapporto giuridico-penale, però, secondo la disciplina della legge nuova.

Quest'impostazione, oltre a rendere nota l'esatta natura degli istituti, è l'unica spiegazione logica per porre le basi all'impossibilità di chiedere in area civile, l'indennizzo a favore del condannato che sia beneficiario di una legge abolitrice. Lo stesso ragionamento è valido agli effetti amministrativi. Se il funzionario è stato destituito a causa di un reato, nonostante ritorni al servizio pubblico dopo la legge che cancella l'illecito, nessuna pretesa potrà avanzare allo Stato relativamente al periodo anteriore alla seconda legge, il che evidenzia, l'inesistenza della c.d. retroattività della legge penale. Le modifiche



dell'ordinamento rappresentano delle manifestazioni della Politica Criminale, ed il nuovo profilo legislativo come tutte le leggi, prevedono per l'avvenire.



8 - In diritto penale, è stato sottolineato, il principio della certezza del diritto ha la sua matrice legislativa e l'espressione più significativa nel principio di riserva di legge (171).

Dogmaticamente, il principio di legalità è la colonna principale sull'irretroattività della legge penale, perciò essa non può provvedere se non per l'avvenire. Una volta che tale principio è consacrato in omaggio alla stabilità dei rapporti giuridici, sarebbe un controsenso concludere che le condotte eseguite prima della pubblicazione della legge possano dopo, essere prese dalla legge posteriore.

D'altra parte, non si può prescindere della sicurezza giuridica che non si completerebbe senza la - preservazione dei diritti - vale a dire, l'immutabilità dei rapporti giuridici; se la sua disciplina fosse arbitrariamente modificata dallo Stato la stabilità non esisterebbe più.

I due aspetti oggi orientano la maggioranza delle legislazioni, come è stato accennato nel secondo capitolo.

Nelle letterature è ancora viva una divergenza dottrinale per escludere un problema risultante dal principio di legalità, e due correnti si sono formate:



La prima sostiene la - irretroattività come la regola generale - garantendo al delinquente il diritto di essere trattato a seconda della legislazione vigente alla data del reato. Il Florian fa un elenco di autori che sottoscrivano questa tesi: il Carrara, il Tolomei, il Pessina, il Morelli, il Vidal, Berner, il Liszt ed il Lassalle (172). Ancora nel medesimo senso: il Grispigni, il Maggiore, il Petrocelli, il Del Rosal, il Cuello Calon, il Magalhaes Noronha, l'Hungria ed il Bruno. In questo quadro, la retroattività della legge più mite occupata il posto di eccezione.

La seconda corrente si rivolge ad una impostazione opposta, cioè, la retroattività della legge è la regola, e conta a suo favore il prestigio del Gabba, dell'Olivi, del Cogliolo e del Seeger (173); e la ribadiscono anche l'Abegg, l'Alimera ed il Luchini.



9 - L'irretroattività (come un'espressione della stabilità dei rapporti giuridici) risale da un principio più ampio in cui è compresa - la certezza del diritto. Questa significa la fissazione previa delle norme riguardanti gli istituti giuridici, in diritto penale, ed in modo particolare la definizione dei reati e la comminazione delle pene. E' evidente che la preoccupazione maggiore è quella di chiarire i diritti ed i doveri dei soggetti ad un rapporto giuridico, e perciò si tende alla staticità affinché siano eliminati i dubbi. In questo quadro, come corollario, è opportuno punteggiare il traguardo degli ordinamenti moderni - l'immutabilità come la regola fondamentale dei rapporti giuridici.

Nel contesto di questi termini, l'irretroattività è una conseguenza logica; non è centrato porre la retroattività come l'istituto derivante dalla certezza del diritto perché la possibilità di mutamenti porta ad una strada inversa. Le preoccupazioni sono eliminate soltanto se le norme sono prestabilite ed immutabili dalla formazione all'esaurimento del rapporto giuridico-penale.



10- D'altra parte, l'applicazione della legge penale più favorevole al delinquente è una realtà legislativa (174). Essa sarebbe, come sostengono gli autori sopramensionati - l'eccezione.

La risposta merita delle riflessioni. Innanzitutto, è importante registrare la qualifica - più favorevole - mettendo in rilievo la finalità stretta di beneficio del criminale; fuori questi limiti, persiste la irretroattività.

Accanto a ciò, è pertinente ricercare la natura giuridica dell'applicazione della legge più mite. Sarebbe una liberalità dello Stato, o un diritto soggettivo pubblico dell'imputato?

L'analisi ci conduce alla struttura del diritto come un fatto culturale, perciò, rispecchia i valori prevalenti in un momento storico. Il diritto dunque, è un'insieme di norme che rappresentano una realtà sociale, e per questo, è il prodotto di un contesto tanto forte come le cause che proiettano i valori.

La c.d. - liberalità dello Stato - non esiste. Le caratteristiche della norma - la generalità e l'astrattezza - costituiscono, a nostro avviso, un'argomento decisivo per respingere la tesi. Quando lo Stato introduce dei mutamenti legislativi - orientandosi verso il bene comune - non è guidato dall'interesse del



delinquente; qualsiasi mutamento norma incriminatrice, modificativa o abolitrice della criminalità cerca l'interesse collettivo, il suo punto di arrivo primordiale.

Oggigiorno, questi mutamenti, ad esempio, la depenalizzazione e la descriminalizzazione, hanno una base criminologica e riflettono la preoccupazione che la legislazione sia adatta alla lotta contro la criminalità (175). E' una tendenza moderna della clementia principis essere utilizzata alla stegua dei mezzi penali per raggiungere la perfetta individualizzazione della pena, particolarmente nella fase esecutiva.

Che l'applicazione della legge più benigna sia un diritto soggettivo pubblico non c'è dubbio. Quando la legge si inserisce nell'ordinamento giuridico si forma il rapporto giuridico-penale in astratto o si riflette sul rapporto giuridico-penale in concreto; conseguentemente, nascono ed espletano i diritti ed i doveri fra lo Stato ed i cittadini (o gli imputati); è logico, i nuovi diritti (fra cui il diritto al trattamento più mite) possono essere postulati perchè il dovere dello Stato, e si dice diritto soggettivo pubblico (176).

Quest'impostazione permette la conclusione che l'instituto è un'eccezione. Si badi, a costo di infrangere il principio dell'immutabilità delle norme giuridiche, affinchè abbia la stabilità del rapporto giuridico - penale,



sicuramente esso costituisce un'eccezione, dato che sfugge dalla regola generale. E c'è di più: non è proprio, dire che l'ipotesi caratterizzerebbe la regola generale, e l'irretroattività l'eccezione; la conclusione contrasterebbe la premessa maggiore protesa verso l'immutabilità, in linea di massima, delle norme giuridico-penali.



11 - La res giudicata è un altro aspetto di gran significato per la certezza del diritto. Le liti si riprodurrebbero indefinitamente se i litigi giudiziari non fossero chiusi da una sentenza immutabile.

Il codice penale italiano, come accade dalla più grande parte delle legislazioni, stabilisce: "Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali" (art. 2, secondo comma) e "Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile" (art. 2, terzo comma).

In altre parole, il terzo comma mette una barriera all'applicabilità della legge più favorevole al delinquente. L'argomento principale degli autori per giustificare l'orientamento è l'intangibilità della cosa giudicata.

Indiscutibilmente, quest'istituto è una conquista a livello di stabilità dei rapporti giuridici, indispensabile a tutte le branche del diritto. Mentre la definizione previa del reato è una garanzia dell'uomo, come componente della società, la res giudicata è una garanzia dell'uomo individualmente considerato.



Il tema, comunque, non può essere semplicisticamente diviso tra due momenti del rapporto giuridico-penale, cioè, prima e dopo la sentenza irrevocabile affinché la legge più mite incida sulla prima e sia inconciliabile con la seconda.

Il diritto, è stato insistito, è un complesso normativo, la sua unità impedisce che una legge sia interpretata isolatamente; c'è bisogno di un'analisi sistematica, attenta ai valori, disposti gerarchicamente. I principi più significativi spostano quelli che siano meno rilevanti.

Gi sono due principi che spuntano immediatamente: il principio dell'irrefragabilità della cosa giudicata ed il principio di eguaglianza. Entrambi hanno una finalità parallela; il primo, è stato sottolineato di recente, mentre il secondo ha cristallizzato un desiderio conquistato faticosamente, nel senso che non esiste distinzione giuridica fra le persone, e rappresenta un momento di grande importanza nella storia politica dell'umanità.

Eguaglianza significa stesso trattamento giuridico; per questa conquista la legge è diventata generale ed astratta. In diritto penale, l'uguaglianza si concretizza, fundamentalmente, nello stesso trattamento ai soggetti che hanno commesso il medesimo reato, essendo presenti gli stessi elementi essenziali ed



accidentali oltre tutti gli altri dati che influiscono nell'applicazione delle conseguenze giuridiche, vale a dire, sull'individualizzazione della pena (lo stesso ragionamento vale per le misure di sicurezza), secondo lo stesso criterio, adoperandosi gli stessi parametri.

Evidentemente, questo risultato sarà possibile perchè la fattispecie in astratto sottomette tutti i soggetti alla medesima stregua. Il punto di riferimento, quindi, è il reato, nell'insieme degli elementi di fatto e di diritto presenti nel fenomeno; altrimenti la metà sarà meramente teorica o un'illusione.

L'eguaglianza respinge un trattamento diverso soltanto perchè è intervenuto il giudizio definitivo. Come è stato spiegato, le modifiche legislative risalgono alla mutazione dei valori dominanti in una società; se questo aspetto non affretta gli essentialia delicti non portando ad una legge abolitrice, a volte, può darsi che influiscano direttamente sulla accidentalia delicti.

Gli autori che giustificano l'incidenza dell'abolitio criminis incondizionata, senza l'ostacolo della cosa giudicata fanno riferimento alla "giustizia", alla "buona politica legislativa" ai "sentimenti di unanità", al "controsenso" di insistere nella punibilità di un fatto che ha perso la stigma della



riprovazione penale ed all' "inutilità" di infliggere la pena dato che la condotta è diventata permessa.

Oltre tutto, ecco l'aspetto di eguaglianza giuridica: non è conforme a questo principio l'esistenza di due trattamenti in concreto quando il trattamento in astratto è uno. A questa contraddizione saremmo arrivati se persistessero gli effetti della condanna definitiva. Caio, perchè non era ancora giudicato, sarebbe libero e non sconterebbe nessuna pena, però Tizio, giudicato prima della legge abolitrice, continuerebbe legato alle obbligazioni penali. La disuguaglianza, perciò la giustizia, sarebbero evidenti. Le stesse considerazioni sono valide per quanto riguarda le ipotesi sulla legge modificativa, avendo distinzione soltanto dal punto di vista normativo.

L'unica differenza fra loro risiede nella data del giudicato, cioè ad una particolarità d'ordine processuale, senza nessun vincolo con il reato in sé o con la personalità del soggetto che hanno tratto la censura giuridica.

La pena dev'essere misurata mirando all'individualizzazione e deve persistere in quanto lo esige l'interesse pubblico. Fuori da questi limiti diventa inidonea tecnicamente e disadatta teleologicamente.



Tutte le modifiche introdotte nell'ordinamento penale, oltre ad esprimere un interesse pubblico, si ripercuotono sulla pena; se esse sono favorevoli al delinquente, sono pertinenti tutte le considerazioni che appoggiano la cancellazione della condanna nonostante il giudicato irreversibile; è un'esigenza dell'interesse collettivo.

Una semplice distinzione temporale non è bastate per condurre a quella disparità di trattamento. L'anamalia dà rilievo se due soggetti commettono reati uguali, alla stessa epoca, tuttavia, saranno trattati diversamente a causa, esclusivamente, della data della res giudicata. Non sarebbe soltanto un indirizzo contro la "giustizia", alla "buona politica legislativa" ed ai "sentimenti di unanità". Innanzi tutto contrasta con il principio di eguaglianza giuridica, il quale rifiuta la duplicità del trattamento, evidentemente opposto al senso di "eguaglianza sostanziale", superata la mera "eguaglianza formale".

Il De Rosal scrisse che il "Fuero degli spagnoli determinò che le leggi penali hanno effetto retroattivo in quanto favoriscono il reo, per quanto alla data della pubblicazione ci sia la sentenza definitiva ed il condannato stia scontando la pena. Accanto a ciò, prosegue, affinché sia eseguito, questo principio umanitario e liberale che favorisce il reo, è stato stabilito dall'articolo 4 del



decreto che promulgò il codice. L'autore rifiuta la tecnica francese di mantere il principio della "santità della cosa giudicata", e sottolinea che la legislazione spagnola ha reso saliente l'elemento umano, percorrendo una strada degna di elogio. Quest'impostazione influisce sulla demarcazione della retroattività, ricordando la massima: quello che favorisce si amplia, quello che pregiudica si restringe (177).

In Brasile, il codice penale del 1940 adottò l'orientamento predominante, il quale è rappresentato nel testo italiano. La Costituzione del 1946, più liberale, favorì il delinquente, consacrando l'incondizionalità dell'applicazione della legge più benigna, perciò fu abolito l'ostacolo della res giudicata. La Costituzione del 1967 mantiene il medesimo indirizzo, confermato dall'emendamento costituzionale n° 1, del 1969, in verbis: "L'istruzione criminale si svolgerà in contraddittorio, secondo la legge anteriore, relativamente al reato ed alla pena, tranne se aggravante la situazione del reo" (Da diritti e garanzie individuali, art. 153, § 16). Il codice penale del 1969, a causa di proroghe ripetute, finora in vocatio legis, stabilisce che l'abolitio criminis cancella la sentenza di condanna (art. 2) e categoricamente, aggiunge: "La legge posteriore



che in qualsiasi altro modo, favorisce il soggetto, è applicata retroattivamente, ancorchè si abbia la sentenza definitiva di condanna”.

La posizione legislativa brasiliana e spagnola, scavalcando la res giudicata, raggiungono un trattamento giuridico coerente, dato che non si giustifica il disciplinare duplicemente il rapporto giuridico-penale, elevando un istituto che riguarda il condannato ad un ostacolo a che il delinquente possa essere beneficiario di una situazione più favorevole; oltre ciò, è un'imposizione del principio di eguaglianza giuridica. D'altra parte, assoggettata la concezione della retroattività della legge più mite, e nessa in rilievo la sua natura giuridica, non può rimanere la tesi predominante finora. L'eguaglianza giuridica è proclamata quando il rapporto giuridico-penale in astratto coinvolge le persone alla medesima stregua, comunque, essa è soltanto raggiunta quando il rapporto giuridico-penale in concreto rispecchia quel desiderio, nel momento della sua costituzione e in quanto non è esaurito.

Il Delogu afferma: già Aristotile aveva osservato che sarebbe ingiusto applicare la stessa pena ai reati materialmente uguali, però commessi con l'intenzione e in circostanze diverse. Secondo la giustizia, la pena deve essere



direttamente proporzionale all'importanza del pericolo o del danno, alle modalità dell'azione ed al grado di colpevolezza (178).



## NOTE AL QUINTO CAPITOLO

(159) - Le legislazioni moderne indicano espressamente le condotte vietate, perciò il precetto è implicito, differentemente dalle legislazioni antiche, eseplificativamente, il codice Hammurabi e la Bibbia.

Vedi CERNICCHIARO LUIZ VICENTE – “Estrutura do Direito Penal”, Sao Paulo, 1976, José Bushatsky, pp. 107-108.

(160) - Vedi LYRA FILHO ROBERTO – “Compendio de Direito Penal”, cit., pp. 245-256.

(161) - Il ROUBIER, autore della più apprezzata opera sulla legge penale nel tempo, in lingua francese, svolge il suo pensiero, sottolineando che tutte le leggi considerano un certo numero di situazioni giuridiche; egli preferisce l’espressione - situazione giuridica - perchè, a suo avviso, più adatta al tema rifiutando il c.d. - diritto acquisito - ed ugualmente il rapporto giuridico (Rectverhâltrias) - che implica rapporto diretto fra due persone, in quanto la situazione giuridica può essere unilaterale ed opponibile a tutte le persone.

Il ciclo di svolgimento di una situazione giuridica comprende tre momenti: il momento della sua costituzione, il momento dei suoi effetti,



ed il momento della sua estinzione.

Il periodo della costituzione (od estinzione) di una situazione giuridica è variabile. In primo luogo, ci sono quelle che si costituiscono (o si estinguono) in un istante, come accade con l'incidente stradale. In secondo luogo, le situazioni la cui costituzione (o estinzione) dipende dallo svolgimento di un certo tempo; e si distinguono in due categorie: quello che esigono un certo stato di fatto continuo (avere la prescrizione acquisitiva); e le situazioni che si formano con elementi successivi, che si manifestano in momenti differenti (la successione testamentaria: la redazione di un testamento valido e la morte del testatore).

Il Roubier dedicò il capitolo sesto al - conflitto delle leggi penali - ed applicando le sue conclusioni, afferma che la situazione penale è originata dalla riunione di due elementi:

- a) il reato;
- b) Il giudizio.

Per questo, se una nuova legge interviene dopo il delitto, però prima del giudizio, incide sulla situazione in corso di costituzione, ed i principi applicabili sono quelli propri alle situazioni non definitive, perchè il



giudizio è elemento necessario all'esistenza delle situazioni giuridico-penali.

Egli fa questo quadro :

a) Se una legge nuova abolisca un reato, o commini una sanzione minore, questa legge sarà applicata immediatamente a tutti i feati anteriormente commessi, e ancora non giudicati. Il giudizio non è dichiarativo, ma costitutivo della situazione giuridica: c'è semplicemente una situazione in corso, e tutte le leggi nuove hanno effetto immediato in questa ipotesi.

b) Se una legge nuova crea un reato, o commini una sanzione più severa, questa legge non sarà applicata retroattivamente ai fatti anteriori, nel giudizio posteriore. Effettivamente, al tempo della legge anteriore, il fatto non era punito, o lo era con pena minore; la legge nuova disciplinare una situazione in corso, ma non ha effetto relativamente alla parte decorsa, portando a delle conseguenze non previste, o che siano più gravi.

Insomma, la legge applicabile, nella successione di norme incriminatrici o di penalità, sarà la più mite; in altre parole, la legge nuova è, in



principio, competente (principio dell'effetto immediato) tranne che la legge sia più severa, e quindi rimarrà in vigore per quel fatto la legge anteriore (principio della non retroattività). Se le due leggi fossero ugualmente rigorose, sarebbe applicabile la legge del giorno del giudizio, momento della costituzione della situazione giuridica.

Il ROUBIER traccia una distinzione anche fra le leggi anteriori al giudizio e le leggi posteriori al giudizio.

Nel primo caso, accade la preferenza alla legge della data della decisione giudiziaria; la sentenza non è una mera fotografia del fatto tipico, in quanto coinvolge pure altri elementi, come il comportamento post delictum del soggetto attivo, i suoi antecedenti, indispensabili alla fissazione della pena.

Nel secondo caso, v'è bisogno di distinguere: se la sentenza è irrevocabile, o se essa non è definitiva. La prima ipotesi è risolta secondo i termini già esposti. La seconda invece, offre difficoltà maggiori. Lo scrittore ragiona sulla base della situazione giuridica nata dal giudizio definitivo e permanente sino a quanto il condannato sconta la pena. Se in questo periodo sorge una legge più mite, la legge che



disciplina differentemente le condizioni di creazione di una situazione giuridica, non può, in linea di massima, senza ingiustizia, rivedere le situazioni già compiute; il giudizio defini l'infrazione e la pena costituisce un fatto compiuto. Ed il suo pensiero: due persone condannate per lo stesso reato, una a 20 anni e l'altra a 10 anni di reclusione; dopo il nono anno di esecuzione, una legge diminuisce la sanzione entro i limiti da 5 a 10 anni; un anno dopo i due recuperano la libertà - il secondo, per aver scontato totalmente la pena ed il primo avendone scontato soltanto la metà. Siccome non senza ragioni il giudizio aveva fissato le pene differentemente; il fatto che la legge nuova sopprima tutte le proporzioni, porta a dire che è priva di giustizia questa retroattività.

- (162) - SABATINI GIUSEPPE - "Principi Costituzionali del Processo Penale", Napoli, 1976, JOVENE, p. 26: Il rapporto sostanziale di diritto penale non può altrimenti trovare l'attuazione se non attraverso il processo; l'attuazione di questo rapporto di diritto sostanziale, avente carattere di processualità, è sottratta alla sfera giuridica privata e viene assunta dallo Stato.



(163) - CORDERO – op. cit., p. 12: la definizione più rigorosa, e anche la più semplice, dell' oggetto del processo discende quindi dal rapporto legge penale-decisione: sentenziare è un'azione riflessiva, in quanto il giudice verifica l'esistenza o meno di un suo dovere d'esercitare il potere di punire. Ancora il CORDERO, "Le Situazioni Soggettive nel Processo Penale", p. 149; diritto sostanziale - i fatti idonei a costituire l'oggetto di un accertamento giudiziale munitè dell'efficacia di cosa giudicata intorno al dovere di punire: diritto processuale = i fatti idonei a costituire il tema di un accertamento giudiziale del dovere punitivo. Il LEONE, op. cit., p. 273:... più brevemente si potrà dire che oggetto specifico del processo penale è l'imputazione. Data venia, l'imputazione è analizzata come la causa del rapporto giuridico-penale. GRISPIGNI, op. cit., p. 271: la pretesa punitiva dello Stato è conseguentemente la nascita, modificazione estinzione del rapporto giuridico-penale; è l'oggetto delle norme di diritto sostanziale, mentre l'oggetto delle norme processuali sarebbe l'attività degli organi statali diretta all'accertamento della fondatezza di detta pretesa punitiva.



- (164) - CAVALLO - op. cit., p. 299: I fatti umani che cadono sotto la valutazione della norma e sono da essa qualificati antigiuridici e reati costituiscono perciò l'oggetto della norma penale. E conseguentemente ne sono oggetto anche tutti i rapporti giuridici tra i soggetti, che dal tal fatto derivano.
- (165) - Vedi CORDERO, op. cit., pp. 238-237.
- (166) - Vedi Cordero, op. cit., pp. 5, 390 e 394.
- (167) - Vedi CONSO - op. cit., pp. 4-6.
- (168) - Il rapporto giraridico-penale non è presupposto del rapporto giuridico processuale-penale. Questo si forma senza il primo; perciò la sentenza potrà concludere sottolineando che l'imputato non è l'agente del reato o che il fatto imputato non è stato commesso, senza che non esista il vincolo processuale. Oltre ciò, il fatto imputato potrà non essere definito come reato, nonostante la costituzione del rapporto processuale-penale.
- (169) - SINISCALCO – op. cit., 3
- (170) - Vedi MORTATI, op. cit., p. 18<sup>^</sup>
- (171) - Vedi VASSALI "Nullum crimen sinè lege", cit.
- (172) - FLORIAN – op. cif, p. 62.



- (173) - FLORIAN - op. cit., p. 62.
- (174) - Norvegia (1902), art. 3, comma 3; Olanda (1881), art. 1, comma 2; Portogallo (1886), art. 3; Danimarca (1930), art. 3, comma 2; Grecia, (1950), art. 2; Ungheria (1950), art. 2, comma 2, a; Groelandia (1954), art. 3.
- (175) DELOGU TULLIO - Prefazione al libro DISCHAFER, Sthephen "Teoria in Criminologia", Roma, Bulzoni Editore, 1976, p. 9: L'aspetto forse più saliente di questo libro è il suo "taglio" giuridico, che porta il lettore alla chiara visione dell'esistenza di un rapporto di complementarità fra la criminologia e il diritto penale. L'A. è molto esplicito in questo. senso: "i fattori del delitto non possono essere compresi senza un'intima conoscenza del diritto, e, analogamente, il diritto penale non può essere completamente compreso senza una conoscenza dalla eziologia del delitto. Senza questa duplice comprensione della responsabilità, il delitto può rimanere sconosciuto.
- (176) - Vedi MORTATI, op. cit., p. 71 ss.
- (177) - DEL ROSAL - "Tratado de Derecho Penal Espanol", cit., p. 309.
- (178) - DELOGU, "La loi pénal et son application", cit., p. 49.

