

Ma è anche vero che gli uomini e la scienza sono collocati nella storia non tanto come spettatori, quanto come attori.

Noi riteniamo, dunque, e si conclude così il breve pensiero che ci premeva esporre in questa occasione, che una ripresa dell'indirizzo speculativo e teleologico negli studi di diritto penale, non scompagnato, certo, da quella finezza e lucidità dell'indagine dogmatica che assicura l'applicazione precisa e uguale delle norme vigenti, sia altamente desiderabile.

Ci auguriamo di veder presto rifiorire, ad opera dei giovani studiosi, quelle ampie ricerche filosofiche, morali, sociologiche che diedero negli anni passati tanta luce e tanto prestigio alla scuola italiana di diritto penale.

PAOLO ROSSI

*Ordinario di diritto penale  
nell'Università di Genova*

## LA PORTATA DEI PRECEDENTI GIUDIZIALI

Questo studio, ospitato in codesta rivista per il cordiale interessamento di un Collega italiano, tratta del precedente giudiziale nei vari campi giuridici e tocca i quesiti relativi a tale istituto, analizzandoli sotto il profilo dei principi, con particolare riguardo ai problemi attinenti al diritto penale.

Esso concerne in massima parte il diritto svizzero e la più recente giurisprudenza del Tribunale federale elvetico; non mancano tuttavia cenni di diritto comparato sugli ordinamenti legali dei paesi dell'Europa continentale e soprattutto sugli ordinamenti inglesi ed americani, nel cui ambito il precedente giudiziale costituisce da secoli l'elemento più importante per la formazione e per l'evoluzione del diritto.

### I

Nel diritto continentale i precedenti giudiziali hanno notoriamente una importanza assai diversa da quella loro attribuita nel diritto anglosassone.

1. Nel *diritto anglosassone* la giurisprudenza dei tribunali superiori è vincolante per tutte le inferiori istanze (1). Tale principio è ammesso tanto in America quanto in Inghilterra (2).

Diversa invece, per gli americani e per gli inglesi, è l'efficacia vincolante dei propri precedenti per uno stesso tribunale. Mentre

(1) Cfr. GRAY, *The nature and sources of the law*, 2<sup>a</sup> ed., p. 221 e 243. In lingua francese si veda a proposito del presente e dei successivi problemi WORTLEY, *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, tomo II, p. 23 s.

(2) POLLOK, *A first book of jurisprudence*, 5<sup>a</sup> ed., p. 319 s. Cfr. anche GRAY, *loc. cit.*



secondo il più recente diritto inglese sia la *House of Lords* (3), quale istanza giudiziale suprema, sia la *Court of Appeal* (4) sono legate in modo assoluto ai loro precedenti, secondo il diritto americano la Corte suprema non è per principio tenuta a tanto (5), anche se in effetti si attiene regolarmente ai suoi anteriori giudizi.

Per contro i precedenti di tribunali di uguale oppure di inferiore istanza non sono vincolanti in nessun ordinamento anglosassone; ciò non di meno essi vengono spesso attentamente considerati nel diritto inglese (6).

Anche nel diritto anglosassone il precedente giudiziale è tuttavia di sussidiaria importanza nei confronti della legge. In caso di differenza tra un precedente giudiziale ed una norma legislativa, nessun tribunale è vincolato al giudizio anteriore (7). I precedenti hanno una importanza grandissima nel « Common law » ed il diritto inglese riconosce la loro validità nella maggior parte dei campi giuridici e nella disciplina di molte questioni fondamentali. Lo « Statute law » regola piuttosto rapporti giuridici specifici che non trovano norme soddisfacenti nel « Common law ».

Negli Stati Uniti lo « Statute law » è più diffuso e più importante che in Inghilterra, senza peraltro raggiungere l'importanza del « Common law » come fonte di diritto.

2. Nei paesi dell'Europa continentale i precedenti giudiziari non sono invece considerati come una fonte di diritto assolutamente vincolante. Nell'applicazione del diritto i giudici possono scostarsi non solo dalla giurisprudenza dei tribunali superiori, ma anche da quella dei tribunali di ultima istanza; naturalmente essi devono motivare le loro decisioni, se vogliono evitare una riforma dei loro giudizi in via di impugnazione (8).

(3) ALLEN, *Law in the making*, 2<sup>a</sup> ed., p. 150 s. Cfr. anche SALMOND, *Jurisprudence*, 10<sup>a</sup> ed., p. 181 s. con cenni critici, e POLLOK, *loc. cit.*, p. 322.

(4) POLLOK, *loc. cit.*, p. 329.

(5) GRAY, *loc. cit.*, 242; POLLOK, *loc. cit.*, p. 320 e 341.

(6) VINOGRADOFF, *Common sense in law*, 8<sup>a</sup> ed., p. 176; POLLOK, *loc. cit.*, p. 319 e 324; WORTLEY, *loc. cit.*, p. 25.

(7) SALMOND, *loc. cit.*, p. 182; ALLEN, *loc. cit.*, p. 176.

(8) Il giudizio di un tribunale superiore vincola le inferiori istanze sotto il profilo formale unicamente nel caso di cassazione con rinvio per nuovo giudizio sulla medesima fattispecie. Secondo il diritto francese, ad esempio, la Corte di cassazione può sancire con decisione presa in seduta plenaria, se chiamata

Gli stessi tribunali supremi non sono vincolati alle loro precedenti sentenze; nella maggior parte dei casi però si registra un cambiamento di giurisprudenza soltanto al ricorrere di particolari motivi (9). Pertanto si può affermare che sul piano pratico il precedente giudiziale ha una importanza assai grande anche nei paesi del continente. In nessuno di questi paesi però esso può assumere il rilievo che gli è proprio nel mondo anglosassone; basta al riguardo considerare come nell'Europa continentale non soltanto si riconosce l'indiscussa preminenza della legge quale fonte di diritto, ma si tende altresì a disciplinare ogni campo giuridico con norme legislative, ancorate in sempre più vaste codificazioni.

Tuttavia nell'ambito di tali codificazioni l'uso di norme formulate in termini piuttosto generici e l'applicazione delle cosiddette « clausole generali » (formulazioni elastiche) rendono sovente necessaria una ricerca del diritto entro i limiti della norma stessa e creano i presupposti per l'attuazione di un diritto giudiziario. D'altro canto, capita spesso che leggi piuttosto vecchie non offrano norme atte a disciplinare convenientemente rapporti sociali nuovi, determinati dalla rapidissima evoluzione dell'economia e della tecnica; anche in simili circostanze è necessaria una autonoma ricerca del diritto, che può costituire la base di importanti precedenti giudiziari.

Specialmente in Francia, dove il diritto civile e il diritto penale sono disciplinati da vecchie codificazioni, la portata delle norme legislative ha subito notevoli modificazioni ad opera dell'attività giurisprudenziale svolta dalla « Cour de cassation » e dalle « Cours d'appel » (10).

due volte ad esprimere il suo giudizio nello stesso caso che la sua sentenza sia vincolante per i tribunali inferiori per quanto concerne l'applicazione del diritto: si veda PERREAU, *Technique de la jurisprudence*, vol. I, p. 50 s. Per il diritto svizzero si veda l'art. 66 della legge federale sull'organizzazione giudiziaria (ricorso per riforma in materia civile) e l'art. 277-ter della legge federale sulla procedura penale (ricorso per cassazione in materia federale). Per il diritto italiano cfr. art. 384 c.p.c. e art. 546 c.p.p.; per il diritto tedesco ZPO § 565 e StrPO § 358.

(9) Per la Corte di cassazione francese, ad esempio, simili cambiamenti di giurisprudenza costituiscono rara eccezione, degna della massima attenzione: cfr. PERREAU, *loc. cit.*, vol. I, p. 55 s.

(10) Sul diritto giurisprudenziale francese si veda MAURY, *Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit*, Mélanges Ripert, 1950, vol. I, p. 28 s.; si veda pure H. DE PAGE, *Le gouvernement des juges*, 1931, p. 177 s. che tratta il diritto francese e belga.



In Germania la giurisprudenza del Tribunale del *Reich* fu da prima sottile. Verso la fine del XIX secolo, subì una forte involuzione e degenerò parzialmente nella nota « Begriffjurisprudenz ». Successivamente, fino all'avvento del nazionalsocialismo che la soffocò per esigenze politiche, essa assurse nuovamente a grande considerazione. Attualmente la neocostituita Corte federale di *Karlsruhe*, ripresa la migliore tradizione del Tribunale del *Reich*, riconosce ai precedenti giudiziari notevole importanza nell'evoluzione del diritto (11).

Anche per la Corte di cassazione di Roma il precedente giudiziale non è affatto trascurabile (12). In modo particolare giova rilevare che, per esplicita norma ancorata all'art. 384 c.p.c. italiano, la Cassazione deve correggere pure le sentenze erroneamente motivate in diritto, anche quando il dispositivo è conforme al diritto stesso; il procuratore generale può inoltre proporre ricorso per chiedere che sia cassata una sentenza « nell'interesse della legge » (art. 363 c.p.c.). L'esistenza di tali disposizioni nel codice di procedura civile italiano non sarebbe concepibile se una sentenza disciplinasse unicamente la fattispecie da cui scaturisce e non esplicasse effetto alcuno come precedente giudiziale (13).

3. Si esamina ora la portata dei precedenti giudiziari nel diritto svizzero (14), giacché la giurisprudenza del Tribunale federale offre un ottimo campo di indagine.

Un primo importante problema concerne la questione relativa al valore che il Tribunale federale attribuisce ai propri precedenti giudiziari. Dall'esame delle sentenze degli ultimi decenni risulta che, in genere, il massimo tribunale svizzero non si scosta dai propri

(11) Sul diritto giurisprudenziale tedesco cfr. BOEHMER, *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*, vol. LL, parte 2<sup>a</sup>, p. 72 s.

(12) Cfr. CALAMANDREI, *Cassazione civile*, vol. II, 1920, p. 57 s.; PERGOLESÌ, *Sistema delle fonti normative*, 1949, p. 111 s.; MARZAMO, *L'interpretazione della legge con particolare riguardo ai rapporti tra interpretazione autentica e giurisprudenziale*, 1955; JAEGER, *Nozioni, caratteri ed autorità della giurisdizione consultiva*, in *Riv. trim. di dir. proc. civ.*, 1957; CARNELUTTI, *Trattato del processo civile*, 1958, p. 267.

(13) CALAMANDREI, *loc. cit.*, p. 116 s.; JAEGER, *loc. cit.*, p. 981.

(14) Si veda al proposito la mia pubblicazione sulla RDS (*Rivista di diritto svizzero*, *Revue de droit suisse*, *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, 1949, p. 297 s. e 423 s.

precedenti; i casi che fanno eccezione vengono designati nella Raccolta Ufficiale dei giudizi pubblicati come « cambiamenti di giurisprudenza » (« changements de jurisprudence » in francese).

Di regola il Tribunale federale considera attentamente le sentenze pronunciate anteriormente, sia che ad esse si attenga nel nuovo giudizio, sia che da esse si scosti (15). Sovente esso pone riferimenti a precedenti giudiziari non pubblicati, smentendo così implicitamente che i riferimenti a sentenze pubblicate siano attuati unicamente per spirito di brevità, allo scopo di evitare ripetizioni ed inutili elencazioni di argomenti già noti. Ai sensi dell'art. 16 della legge federale sull'organizzazione giudiziaria, quando una sezione del Tribunale federale voglia derogare alla giurisprudenza seguita da un'altra sezione o da più sezioni riunite o dall'intero Tribunale, essa non può farlo che con il consenso dell'altra sezione ovvero su decisione presa dalle sezioni interessate in seduta comune o dal Tribunale in seduta plenaria (16). Questo particolare precetto sancito dal legislatore ci permette di affermare che il Tribunale federale, pur non essendo vincolato in modo assoluto ai propri precedenti, non può sempre liberamente mutare di giurisprudenza. Il fatto che una singola camera non possa da sola derogare alla giurisprudenza seguita da altra sezione sta a provare la necessità di approfondire al massimo lo studio dei problemi prima di decidere una modifica delle norme di giudizio.

Un secondo importante problema riguarda l'atteggiamento del Tribunale federale di fronte a sentenze di istanze inferiori, pronunciate sulla base di criteri estranei alla sua giurisprudenza. Il Tribunale federale richiama i propri precedenti giudiziari anche se i Tribunali inferiori non ne fanno alcun cenno ed esamina sempre attentamente se le sue anteriori sentenze non offrono sufficiente base

(15) RDS, 1949, p. 302 s., con riferimento a numerose sentenze del Tribunale federale. Questo tribunale pubblica unicamente le sentenze che hanno un particolare rilievo come precedenti o che sono di qualche interesse per l'interpretazione o per il completamento delle norme legislative. Spesso si pubblicano anche soltanto gli estratti.

Le sentenze pubblicate ufficialmente dal Tribunale federale sono qui indicate con la solita sigla STF, seguita dal numero del volume (cui corrisponde ogni singola annata), dal numero della parte del volume (scritto in cifre romane) ed infine dal numero di pagina.

(16) Si veda pure « deutsches Gerichtsverfassungsgesetz », §§ 121 e 136 e: per il diritto italiano, c.p.c. art. 374 cpv. 2° e c.p.p. art. 530 cpv. 2°.



per una soluzione della vertenza sottopostagli. Qualora secondo i Giudici federali non esistano validi motivi per un mutamento di giurisprudenza, la sentenza del Tribunale di inferiore istanza viene debitamente corretta. In alcuni casi l'alto Tribunale ha confermato sentenze pronunciate da istanze inferiori in aperto contrasto con i suoi precedenti, segnando così un indubbio mutamento di prassi; in simili circostanze esso ha sempre ampiamente motivato la sua decisione, anche quando le sue argomentazioni corrispondevano a quelle già poste dal Giudice inferiore a fondamento della sentenza impugnata (17). Il Tribunale federale ha inoltre esplicitamente affermato, in parecchie sue sentenze, che i Tribunali cantonali sono competenti a controllare i suoi precedenti per quanto concerne l'applicazione del diritto (18).

Un terzo quesito riguarda il comportamento dei Tribunali di inferiore istanza di fronte ai precedenti giudiziari sanciti dal Tribunale federale. La maggior parte delle volte i Tribunali di istanza inferiore invocano la giurisprudenza accennata per motivare le loro decisioni, senza peraltro esprimere alcuna considerazione sulle argomentazioni del Tribunale federale. Tuttavia sono noti dei casi in cui consapevolmente si pronunciarono giudizi in chiaro contrasto con i precedenti dell'alto Tribunale e in cui le argomentazioni di quest'ultimo vennero combattute (19). Si ha pure l'esempio di un precedente, più volte confermato nelle sentenze della più alta Corte, che tanto fu criticato nelle decisioni dei Tribunali cantonali da indurre il Tribunale federale ad un mutamento di giurisprudenza (20).

L'importanza attribuita ai precedenti giudiziari dai giuristi svizzeri, siano essi magistrati o liberi professionisti, è dimostrata dalla grande diffusione della Raccolta Ufficiale in cui vengono pubblicate le più importanti sentenze pronunciate dal Tribunale federale. In verità, tale raccolta non manca in nessuna cancelleria di

(17) Cfr. ad es. STF 81 II 481 ss. 74 IV 65 ss. e 76 IV 153 ss.

(18) STF 71 I 225 ss., in modo particolare p. 229; cfr. anche 73 I 188 e 83 I 151.

(19) Ad. es. *Bätter für zürcherische Rechtsprechung*, 1943, p. 354 s. (nei confronti della STF 51 II 116 ss.) e 1945, p. 107 s. (nei confronti della STF 69 IV 168 ss.).

(20) STF 74 IV 65 ss. e 76 IV 153 ss.; si veda pure al proposito RPS (*Rivista penale svizzera, Revue pénale suisse, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*), 1946, p. 3 s.

tribunale, in nessun ufficio di magistrato o studio d'avvocato. Anche la letteratura giuridica è particolarmente attenta nell'esame della giurisprudenza, e nelle riviste di diritto l'informazione sistematica e critica sulla attività delle Corti trova sempre maggiore spazio (21). Accanto a decisioni del Tribunale federale si pubblicano spesso anche sentenze di Tribunali cantonali (22), i quali non raramente contribuiscono in modo valido a risolvere quesiti di diritto sancito dal legislatore federale, ma attribuito, per l'applicazione nelle prime istanze, all'autorità dei singoli Stati. Non si può inoltre dimenticare che in alcuni campi (es. campo processuale, organizzazione giudiziaria, amministrazione), in virtù di un principio federativo i Cantoni sono in gran parte sovrani di statuire norme e di applicarle anche come ultima istanza (23).

Entro tali limiti la giurisprudenza cantonale ha una importanza analoga alla giurisprudenza del Tribunale federale e merita pertanto adeguata attenzione. Nel Canton Ticino, ad esempio, dove già era diffuso il *Repertorio di giurisprudenza patria*, apprezzata rivista che tratta prevalentemente di diritto penale e civile, lo scorso anno venne fondata la *Rivista di diritto fiscale ed amministrativo*, la quale pubblica in massima parte sentenze di autorità cantonali.

Il precedente giudiziale assume grande rilievo nei confronti delle questioni non disciplinate dal diritto positivo. Secondo l'articolo 1 del Codice civile svizzero (CCS), in simili casi il giudice deve decidere secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore (24). Ciò

(21) Dal 1953, p. es., la RPS dedica una sua intera parte alle sentenze di diritto penale e di diritto processuale penale e riserva loro importanti cenni critici. Anche RDS dedica da qualche anno numerose pagine al commento della giurisprudenza. Si veda pure il *Bulletin de jurisprudence pénale* (titolo tedesco *Rechtsprechung in Strafsachen*) edito dal Prof. CLERC per conto della società svizzera di diritto penale.

(22) Così la SJZ (*Schweizerische Juristenzeitung*), numerose riviste regionali e la RPS.

(23) I Cantoni sono competenti a statuire ed applicare norme come autorità di ultima istanza in alcuni campi in materia di contravvenzione. Si veda l'art. 335 CPS e le annotazioni nella mia edizione del CPS (*Taschenausgabe mit Rechtsprechung u. kurzen Erläuterungen*, 6<sup>a</sup> ed., p. 336 s.).

(24) EGGER, *Commentario CCS*, 2<sup>a</sup> ed., p. 58 s.; MEIER-HAYOZ, *Der Richter als Gesetzgeber*, 1951, p. 75 s. e 163 s.; DU PASQUIER, *Les lacunes de la loi*, 1951. Si veda pure al proposito il mio libro *Methodische Grundfragen*, 1946, p. 104 s. e 111 s. e *Conf. Montpellier* (mie conferenze tenute a Montpellier e pubblicate dalla facoltà di diritto di quella Università), p. 29 s.



significa che il magistrato svizzero, posto di fronte alla impossibilità di applicare una norma di diritto positivo, non può deliberare semplicemente secondo equità, ponendo attenzione soltanto alle peculiarità del caso in esame, ma deve piuttosto prendere da prima una decisione di principio con particolare riguardo agli elementi giuridicamente rilevanti per la sentenza. Evidentemente questa regola è fondata sull'assunto che il criterio generale posto alla base di una concreta decisione debba successivamente servire per il giudizio di analoghe vertenze. In mancanza di norme di diritto positivo direttamente applicabili, il giudice, attraverso un autonomo completamento delle disposizioni legislative, statuisce principi che assumono efficacia pregiudiziale (25). Sebbene tali norme, aventi funzione integrativa, siano passibili di sindacato qualora si proceda alla loro applicazione in casi analoghi (e sotto questo aspetto non sono quindi assolutamente vincolanti), la loro pratica funzione è relevantissima (26). Ciò vale non soltanto per una ricerca del diritto « praeter legem », cioè nell'evenienza di un completamento extralegislativo delle norme, ma anche e piuttosto nei numerosi casi di una ricerca del diritto *intra legem*, cioè nei casi di completamento delle norme sulla base di valori sanciti dalla legge stessa, dove la legge dà, sì, una regola, ma una regola che in sede di applicazione risulta incompleta e pone il quesito di come si debba integrare (27). Nella legislazione svizzera si riscontrano sovente dei concetti normativi, quali ad esempio « buona fede », « buoni costumi » ecc., la cui interpretazione compete al giudice, giacché la legge offre soltanto delle direttive; spesso si trovano anche norme e concetti definiti in modo piuttosto generico, che non possono essere applicati a con-

(25) Un completamento delle norme legislative, nel campo del diritto privato svizzero, fu particolarmente necessario per i cosiddetti contratti innominati, per il diritto commerciale, per il diritto sulla responsabilità civile (cfr. OFTINGER, *Haftpflichtrecht*) e in materia di contratti di assicurazione e di diritto internazionale privato. Anche nel campo del diritto processuale (STF 71 I 105, 74 IV 190) e del diritto di esecuzione e fallimento (STF 30 III 300 ss., 41 III 140 ss., 41 III 165 ss.) l'opera di integrazione normativa in sede giudiziale si è rivelata particolarmente indispensabile.

(26) RDS 1949, p. 424 s.; MEIER-HAYOZ, *loc. cit.*, p. 179.

(27) Sui rapporti che corrono tra il completamento delle norme legislative entro i limiti sanciti dalla legge e la mera interpretazione delle norme stesse alla luce dei principi immanenti statuiti dalla legge medesima, si veda *Methodische Grundfragen*, 1946, p. 7 s. e 111 s.

crete fattispecie senza una loro precisazione: si pensi ad esempio alla figura criminosa della coazione, disciplinata dall'articolo 181 CPS ed al concetto di professionalità nel reato (28). Giova poi osservare che nel campo del diritto penale elvetico il principio *nullum crimen sine lege*, sancito dall'articolo 1 del CPS, non vieta qualsiasi completamento delle norme statuite dal legislatore, ma proibisce soltanto il completamento extralegislativo di tali norme (ovvero la ricerca del diritto « praeter legem ») nei limiti in cui questo completamento è attuato a danno della libertà dei cittadini; un completamento extralegislativo delle norme penali che non porta menomazione, bensì incremento della libertà di una persona penalmente perseguita è per principio lecito: così ad esempio si ammettono cause di giustificazione del reato che non trovano fondamento nella legge, definite dai giuristi di lingua tedesca come « Aussergestzliche Rechtsfertigungsgründe » (29).

(28) Per il reato di coazione cfr. STF 69 IV 172; per il concetto di professionalità nel reato cfr. STF 71 IV 115, 78 IV 154 ss. 79 IV 119 ss. e RDS 1949, p. 311.

Per le maggiori indicazioni sul completamento delle disposizioni legislative entro i limiti della legge in materia penale si veda *Methodische Grundfragen*, p. 131 s.

(29) Al proposito si veda *Methodische Grundfragen*, p. 131 s. e *Commentario (Kommentar zum schweizerischen Strafgesetzbuch)*, 1° fascicolo, p. 161 s.; cfr. inoltre per il diritto svizzero NOLL, *Uebergesetzliche Rechtsfertigungsgründe*, 1955; per il diritto italiano si veda NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, 147, e PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, 1951. Per quanto riguarda il completamento extralegislativo delle norme penali a danno della libertà delle persone perseguite, che molto spesso viene posto entro i limiti troppo ristretti del divieto di analogia, si veda *Commentario*, 1° fascicolo, p. 61 e 63 s. Sul divieto di analogia cfr. invece il mio studio RPS (*Beitrag zur Festschrift Hafter*), vol. 61, p. 119 s. e *Commentario*, 1° fascicolo, p. 61 s.; cfr. pure GRAVEN, *L'interprétation du code pénal suisse selon la jurisprudence*, in *Studi in memoria di Arturo Rocco*, 1952, p. 538 s.; per il diritto italiano cfr. NUVOLONE, *loc. cit.*, p. 33 s.

« Von der Etikette, die man der Argumentation aufklebt (ob Analogie, ob nur extensive Auslegung), hängt die Zulässigkeit nicht ab, sondern nur davon, was sinngemässer Auslegung des Gesetzes entspricht »: così *Commentario*, p. 65. Si veda al proposito la nuova giurisprudenza svizzera STF 70 IV 170 (cfr. cenni critici di L. BURCKHARDT, RPS 1960, p. 86), 85 IV 53 ss.; in quest'ultima sentenza si ha una interpretazione in precedenza non ammessa e definita come « unzulässige Ausfüllung einer Gesetzeslücke durch Analogieschluss » (STF 50 I 331).



## II

Dopo questi cenni sulla portata dei precedenti giudiziari nel diritto continentale in genere e nel diritto svizzero in particolare, è bene cercare di stabilire *motivi e limiti della forza pregiudiziale di una sentenza*. Anche in tale indagine giova prendere le mosse dal diritto anglosassone.

1. Il problema di stabilire fino a che punto sia vincolante un precedente è di grande rilievo negli ordinamenti giuridici *anglosassoni*. Infatti, come già si è più sopra osservato, i precedenti giudiziari sono assolutamente vincolanti per i tribunali di inferiore istanza tanto in America quanto in Inghilterra; nel diritto inglese anzi essi devono essere rispettati anche dai Tribunali supremi, i quali peraltro non possono liberamente scostarsi dalla loro stessa giurisprudenza. Una sentenza svolge efficacia come precedente in virtù della possibilità di applicare ad altre fattispecie i principi di diritto sui quali essa si fonda; tali principi appaiono in genere dai *consideranda*; tuttavia, secondo il diritto anglosassone, non sono questi ultimi che costituiscono l'elemento vincolante per il giudice, bensì la cosiddetta *ratio decidendi* delle anteriori sentenze, ovvero il criterio che ha determinato la concreta decisione del giudice, definito dai giuristi di lingua inglese « the essential ground of decision » (1).

Nelle motivazioni delle sentenze si riscontrano sovente rilievi e considerazioni che non sono elementi della « *ratio decidendi* ». Questi nella giurisprudenza anglosassone sono definiti « *dicta* » e vengono nettamente distinti dalle argomentazioni di diritto che determinano le sentenze e che sono assolutamente indispensabili per motivare la stessa (2).

Sebbene non siano vincolanti, essi sono spesso attentamente considerati, specialmente se pronunciati da Giudice autorevole, e menzionati in successive decisioni. La vera « *ratio decidendi* » trova fre-

(1) Si veda in proposito GOODHART, *Essays in Jurisprudence*, p. 2 s., con numerosi esempi di giurisprudenza inglese (p. 6 s. e 75 s.). Cfr. pure ALLEN, *loc. cit.*, p. 172 s.; SALMOND, *loc. cit.*, p. 180 e 191 s.; SIMON, *The limits of precedent*, p. 3.

(2) ALLEN, *loc. cit.*, Viscont SIMON, nella conferenza « *The limits of precedent* » si è così espresso: « If the proposition, however emphatically laid down, was not necessary to decide the issue, then it constitutes no binding authority ».

quentemente espressione nel cosiddetto « *principle* », che è il criterio giuridico sintetico, sul quale l'autorità giudicante fonda la propria decisione (3). Eventuali motivazioni del « *principle* » sono considerati « *dicta* » (4).

Ma anche il criterio giuridico che sintetizza un giudizio (il « *principle* » anglosassone) non vincola i tribunali in modo assoluto; la sua stessa formulazione (« *enunciation* » o « *statement of the law* ») può essere più ampia o più restrittiva della vera « *ratio decidendi* », a seconda dei termini usati (5); per identificare quest'ultima si devono pertanto esaminare anche i fatti che costituiscono il fondamento del precedente (6). Come tali devono essere attentamente considerati non soltanto i fatti ritenuti espressamente rilevanti nella sentenza (« *material* ») ma anche le circostanze giuridicamente importanti che risultano implicite nella medesima fattispecie (« *impliedly material facts* »). Se in un caso manca una di queste premesse materiali (un « *material fact* ») oppure si applica un « *principle* » formulato con criteri troppo ampi, il precedente giudiziale viene a svolgere effetti impensati, disciplinando vertenze in modo inadeguato (7). Quando ricorrono simili circostanze la giurisprudenza anglosassone fa appello al metodo del « *distinguishing* » (8): se il « *principle* » è formulato in modo da offrire, a rigore di termini, una soluzione per il caso sottoposto a giudizio, ma la sua applica-

(3) SALMOND, *loc. cit.*, p. 190 distingue tra i casi risolti sulla base di tali « *principles* » e tra le altre fattispecie. Egli considera obbligo del giudice « *if possible to decide upon principles* » (*loc. cit.*, p. 191).

(4) Nonostante il completo accordo sul dispositivo di una sentenza, nell'ambito di un collegio giudiziale le opinioni che concernono il « *principle* » possono essere diverse: cfr. GOODHART, *loc. cit.*, p. 8 e VINOGRADOFF, *loc. cit.*, p. 179 s.; per il diritto americano: LLEWELLYN, I, p. 19.

(5) GOODHART, *loc. cit.*, p. 5. Come esempio di formulazione troppo ampia questo autore richiama la sentenza del caso R. v. Fenton, rilevatasi tale nel successivo giudizio R. v. Franklin (p. 6 s.). Si veda al proposito KENNY, *Outlines of criminal law*, New edition by J. W. CECIL TURNER, 1952, p. 143.

(6) GOODHART, *loc. cit.*, p. 10: « *to determine the principle of a case the first and most essential step is, therefore, to determine what were the material facts on which the judge has based his conclusion* ».

(7) Sui pericoli di una formulazione troppo ampia dei « *principles* » e sul loro carattere non vincolante cfr. GOODHART, *loc. cit.*, p. 5 s., SALMOND, *loc. cit.*, p. 192; SIMON, *loc. cit.*, p. 4; per il diritto americano cfr. CARDOZO, *The growth of the law*, 4<sup>a</sup> ed., p. 138; LLEWELLYN, *loc. cit.*, I, 13/15 e II, 48 s.

(8) ALLEN, *loc. cit.*, p. 117. Indicativo per il diritto americano è l'esempio citato da LLEWELLYN P.c. I, 16 s.



nel diritto anglosassone, ma anche nei casi di vincolo non formale, noti al diritto dell'Europa continentale (16). Con la « sicurezza giuridica », si tende ad attuare la possibilità di prevedere il tenore di future sentenze (17). In fondo essa si riallaccia, sotto tale aspetto, alla « consistency », il cui concetto è reso in italiano dai termini « continuità » e « stabilità ». Come si vedrà avanti, la ragione più importante e decisiva, per il riconoscimento di una efficacia giuridica dei precedenti è però costituita dalla « uniformity », ovvero dalla « uguaglianza giuridica », che assume particolare importanza di fronte a qualsiasi specie di discriminazione e che da tutti è spontaneamente considerata come un fondamentale diritto dell'uomo.

In generale si ritiene che i vantaggi dell'efficacia dei precedenti giudiziari sono l'eguaglianza e la sicurezza giuridica. Tuttavia sembra possibile fare al proposito qualche considerazione. Se la portata di un anteriore giudizio scaturisce dalla « ratio decidendi » e non da un semplice « obiter dictum », essa può trovare giustificazione unicamente nella necessità di difendere l'eguaglianza giuridica, perchè nel suo ambito prendono rilievo soltanto quegli elementi del precedente che hanno svolto pratici effetti nei confronti delle parti in causa (18). Dal profilo della sicurezza giuridica per contro non si avverte alcun motivo per differenziare tra « dicta » e « ratio decidendi »; le « dicta » però costituiscono un indice della possibile futura giurisprudenza e dei criteri atti a determinare, secondo i Tribunali, l'interpretazione e la integrazione delle norme nelle successive sentenze (19). Il giudice responsabile di una decisione si preoccupa certo più di evitare una diversità di trattamento tra le persone, che di esimersi dal correggere una argomentazione di diritto, che non ha svolto pratici effetti. Questa medesima ragione induce i Tribunali a non rispettare ciecamente il principio in cui trova espressione la *ratio decidendi* (ovvero la *enunciation* del di-

(16) Sul significato della sicurezza giuridica cfr. *Methodische Grundfragen*, p. 54 s. sulla equivocità del termine si veda p. 59: si tratta qui non della sicurezza sulla validità del diritto, ma della sicurezza sul suo contenuto e sulla sua univocità di significato (*loc. cit.*, nota 6).

(17) *Methodische Grundfragen*, p. 58; RDS 1949 p. 318 e 445 s., in modo speciale p. 448 e 450.

(18) Così RDS 1949, p. 448 e *Commentario*, p. 75. Nello stesso senso STF 57 II 360 s., dove si pone il quesito secondo la riserva della legge federale sull'organizzazione giudiziaria per i cambiamenti di giurisprudenza (*supra*, parte I, cifra 3).

(19) RDS 1949, p. 301 s. 450 s.

ritto anglosassone), ma ad operare modifiche del principio stesso, almeno nei limiti concessi dalla eguaglianza giuridica; ciò spiega oltre tutto il fondamento del « distinguishing ». Nell'interesse della sola sicurezza giuridica, intesa come risultato della possibilità di prevedere le decisioni giudiziali, tali correzioni dovrebbero essere impedito, e si dovrebbe applicare il « principle » nella sua formulazione originale; un controllo del principio di diritto in funzione dei fatti ritenuti esplicitamente o implicitamente rilevanti nell'anteriore sentenza può intaccare la portata di un precedente finchè non vi sia violazione della uguaglianza giuridica. Anche l'attenzione posta alle sentenze di tribunali di uguale istanza da parte dei giudici anglosassoni costituisce espressione del principio dell'eguaglianza giuridica. Infine occorre ricordare che il Tribunale federale svizzero prende sovente in considerazione precedenti che non furono oggetto di pubblicazione (20): ciò non avviene certamente per motivi di sicurezza giuridica e trova spiegazione quasi essenziale in ragioni di eguaglianza (21).

### III

Una parte del presente lavoro deve essere dedicata al problema di sapere in quali circostanze sia legittimo uno *scostamento* dai precedenti giudiziari. Questo problema si pone unicamente se le anteriori sentenze non rappresentano un vincolo formale per il Giudice, come in genere avviene per gli ordinamenti giuridici dei paesi dell'Europa continentale.

1. Tale particolare indagine è fondata sui cambiamenti di giurisprudenza attuati dal Tribunale federale svizzero, il quale, sebbene in genere si attenga al rispetto dei propri precedenti, non esita a volte a decidere in tutta consapevolezza mutamenti di prassi (1) (2) (3).

(20) Cfr. ad esempio STF 57 II 471, 65 I 70, 68 IV 19, 74 I 24, 75 IV 178.

(21) L'eguaglianza giuridica è tanto importante da essere ancorata alla costituzione di diversi paesi. Cfr. « *Déclaration des droits de l'homme* » art. 1; Costituzione federale svizzera art. 4; Costituzione italiana 1947, art. 3; Costituzione della Germania federale (*Bonner Grundgesetz*) 1949, art. 3.

(1) Al proposito di casi simili nella giurisprudenza penale italiana cfr. ad esempio *Giust. pen.*, 1957, III, c. 498 e *questa Rivista*, 1958, p. 219, cfr. anche stessa *Rivista*, 1958, p. 623 e *Riv. it. dir. pen.*, 1957, p. 808.

(2) Sollecitare un'analogia ampia indagine nell'ambito della giurisprudenza italiana potrebbe essere scopo ambito del presente studio.

(3) Cfr. RDS 1949, p. 320 s.; Dubs, *Praxisänderungen* (*Basler Studien*



Innanzitutto è utile richiamare la distinzione, posta alla base dell'attività giurisprudenziale, tra la vera e propria interpretazione della legge e il completamento delle norme « intra legem » o « prae-ter legem », i precedenti svolgono una funzione particolarmente importante e costituiscono una garanzia per la tutela dell'eguaglianza e della sicurezza giuridica (*supra*, parte I, no. in fine) (4).

2. Qualora non sia possibile rilevare dal diritto positivo, o dalla sua interpretazione, sufficienti elementi per un disciplinamento della fattispecie il giudice è tenuto, per disposizione sancita dall'articolo 1 del CCS, a decidere « secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore ». Secondo la giurisprudenza svizzera questo sistema non si applica soltanto nell'ambito del giure civile, bensì anche in altri campi, a meno che non esista un divieto specifico per la difesa delle persone, quale, ad esempio, nel diritto penale il « *nulum crimen sine lege* » (5). Poiché con tale complemento normativo il giudice assume a legislatore, sembra lecito presumere che le circostanze atte a provocare la modificazione o l'abrogazione di una legge possano determinare la deroga dai precedenti. Dall'analisi delle sentenze del Tribunale federale risulta quanto segue:

In una decisione del 1923, nella quale si afferma il diritto della donna all'esercizio dell'avvocatura in netto contrasto con una sentenza del 1887, si adduce a giustificazione del cambiamento di giurisprudenza l'esistenza di nuovi rapporti economici (6). In un giudizio del 1937 concernente il diritto dei brevetti di invenzione, si

*zur Rechtswissenschaft*). Al ricorrere di cambiamenti di giurisprudenza il Tribunale federale svizzero esamina a fondo i precedenti giudiziari (si veda sopra, parte I, n. 3 e RDS 1949, p. 426 con numerosi esempi).

(4) Un completamento extralegislativo delle norme — come risulta chiaramente dall'art. 1 CCS — non presuppone soltanto l'esistenza di una lacuna nel testo della legge in senso formale, ma richiede la presenza di un vuoto normativo che non può essere colmato nemmeno ponendo attenzione al senso della legge stessa. Si deve consentire con il Tribunale federale quando afferma nelle sue recenti sentenze che sussiste un vuoto legislativo soltanto qualora è certo che dalla legge non scaturisce neppure implicitamente, una norma applicabile cfr. STF 74 II 109, 76 II 62 e 78 I 462 s.

(5) Si veda l'ampia esposizione del problema in *Methodische Grundfragen*, p. 62 s. e 120 s.; *Commentario*, p. 61 s.

(6) STF 49 I 14 ss.

considera allo stesso fine il progresso tecnico (7). Il fondamentale mutamento della situazione internazionale ha giustificato infine la nuova giurisprudenza del Tribunale federale (STF 78, 1, 39 ss e 53) tendente a negare l'extradizione di piloti jugoslavi rifugiatisi in territorio svizzero con le loro famiglie. In questi ed in altri casi sono dunque oggetto di considerazione nuovi criteri sociologici, del tutto extragiuridici (8).

Inoltre recenti sentenze del Tribunale federale ammettono le analisi del sangue come prova nelle azioni di ricerca di paternità, contrariamente all'antecedente prassi, in virtù del progresso scientifico (9).

Altre decisioni che segnano un cambiamento di giurisprudenza risultano fondate su « considerazioni di natura pratica » (10) le quali non sono che il risultato di un esame più preciso delle conseguenze di fatto (11).

Evidentemente qualsiasi mutamento di prassi comporta determinati svantaggi per l'eguaglianza e la sicurezza giuridica. È pertanto comprensibile che i cambiamenti della giurisprudenza attinenti ad un completamento extralegislativo delle norme non si ammettono al solo scopo di tutelare interessi di lieve entità. Tali interessi devono perlomeno compensare gli inconvenienti accennati (12).

3. La deroga dai precedenti giudiziari assume un aspetto diverso nell'ambito della sola interpretazione delle norme di legge. Tutte le disposizioni vigenti nell'ordinamento giuridico possono concorrere a determinare il criterio normativo necessario per la decisione del giudice e non solo la norma che pare immediatamente applicabile. L'attività interpretativa deve innanzitutto tendere a stabilire il senso della disposizione legale, come avverte il testo italiano dell'articolo

(7) STF 63 II 271 ss.

(8) Cfr. EUGEN HUBER, *Recht und Rechtsverwirklichung*, p. 281 s.

(9) STF 60 II 84 ss, 61 II 72 ss.

(10) STF 46 II 5. Analogamente STF 61 II 69 ss. Al proposito si veda pure la STF 40 I 19 ss.

(11) Cfr. ad esempio STF 62 II 268 ss, 63 II 275, come pure 46 II 6, 48 II 6 ss, 55 III 17, 58 II 279 ss, 61 II 148 ss, 64 II 427, 65 II, 25, 69 IV 32, 72 III 83 ss, 77 III 52 ss, 85 I 4 ss.

(12) RDS, 1949, p. 326 con esempi in cui si valuta assai la forza del precedente. Cfr. anche STF 60 I 341.



1 del CCS. Nel diritto federale il fondamento di questa attività è costituito dalla legge nelle sue tre formulazioni ufficiali, in lingua tedesca, francese ed italiana. Nessuna rilevanza particolare bisogna attribuire al fatto che il progetto e la discussione della legge in sede parlamentare siano stati eseguiti soltanto in una delle tre lingue ufficiali riconosciute dall'articolo 116 della Costituzione (13). Se si presentano divergenze filologiche tutti e tre i testi di legge devono essere consultati per stabilire il vero senso della norma; ciò vale oggi anche per il diritto penale: contrariamente alla tesi affermata in passato dal Tribunale federale, secondo la quale in simili circostanze doveva trovare applicazione il testo più favorevole per l'accusato si segue oggi anche il testo più rigido, se esso è più aderente al senso della legge (14). Persino quando una legge sia stata discussa ed accettata in Parlamento nella sua formulazione tedesca e francese, non si può sottovalutare l'importanza della redazione italiana (15).

Il risultato che si ottiene con la più adeguata interpretazione della legge è di per se stesso sufficiente a provocare un cambiamento di giurisprudenza, perchè i precetti sanciti dal legislatore hanno di regola precedenza assoluta sul diritto giudiziario. Secondo la dottrina e la giurisprudenza svizzera lo scopo e i valori immanenti della legge sono determinanti per definirne il senso. I lavori svolti dal legislatore offrono talvolta preziose indicazioni sulle sue intenzioni e costituiscono spesso in Svizzera ed in altri paesi dell'Europa continentale base di interpretazione, contrariamente a quanto avviene nel diritto inglese (16); è tuttavia opinione comune che le indicazioni di ordine

(13) STF 69 IV 180. Commentario p. 51: AUG. BOLLA, *Il testo italiano nella interpretazione della legge svizzera*, in *Festgabe der Berner Fakultät für den Schweizer Juristentag.*, 1955, p. 56 s.

(14) STF 69 IV 178 ss., 70 IV 30 ss. e 81 s., 71 IV 38 ss., 72 IV 182 ss., 76 IV 24 ss., 77 IV 78 s., 78 IV 65 s., 81 IV 30 ss.

(15) Così ha deciso il Tribunale federale in una sentenza relativa a trascuranza dei doveri dell'assistenza familiare giusta l'articolo 217 CPS, facendo riferimento al testo italiano sebbene questo fosse più rigido di quelli tedesco e francese (STF 69 IV 179 ss., cfr. pure 71 IV 39 ss. e 72 IV 182). Non si può neppure dare la precedenza al testo di legge nella lingua materna dell'accusato: cfr. STF 69 IV 183 e 73 IV 42. Un simile modo di procedere sarebbe di gran pregiudizio all'unità del diritto e all'eguaglianza giuridica: tuttavia questa circostanza può assumere rilevanza dal profilo soggettivo ai fini della colpa e può essere tenuta in considerazione giusta l'art. 30 CPS (errore di diritto): STF 69 IV 180: cfr. *Commentario*, p. 59 s.

(16) Cfr. WORTLEY, in *Recueil Gény*, II, p. 22.

storico non sono formalmente vincolanti per il Giudice, ma costituiscono semplicemente un mezzo ausiliario per la sua attività interpretativa (17). Se così non fosse si avverirebbero indubbiamente delle contraddizioni tra leggi, che pur essendo contemporaneamente in vigore, furono emanate in epoche diverse (18). Il giudice deve fondare la sua decisione sulla legge e sui valori immanenti che da essa scaturiscono: i punti di vista delle persone chiamate a comporre le commissioni legislative sono sovente utilissimi, ma devono essere esaminate nei confronti del testo e della « ratio » della legge promulgata (19). Sebbene per questi motivi i lavori preliminari non abbiano valore determinante, sovente, essi possono ottimamente mettere in risalto il contenuto teleologico delle norme. Una analisi approfondita della legge può permettere di stabilire quali intenzioni del legislatore abbiano trovata concreta realizzazione e se queste non siano in contrasto, anche soltanto indirettamente, con disposizioni legislative più recenti. Per il giudice è vincolante solo quanto, tramite la legge, è assunto a diritto vigente ed è scevro da contraddizioni.

Dopo questo *excursus* sui fondamenti e sui metodi di interpretazione nel diritto svizzero, anche le ragioni che possono causare un cambiamento di giurisprudenza in questo particolare ambito diventano comprensibili. Di regola, un mutamento di prassi è giustificato quando il senso della legge esige una nuova interpretazione. Così il Tribunale federale ha abbandonato piuttosto sovente il solco della sua anteriore giurisprudenza, per il solo motivo che l'interpretazione posta a fondamento dei precedenti non era conforme alla « ratio legis » (20); non sono rari i casi in cui esso fa esplicito riferimento al criterio informatore della legge e alla sua « ratio », oppure giusti-

(17) Cfr. in particolare *Conf. Montpellier*, p. 6-8, e 17.

(18) Cfr. il mio libro *Grundlagen der Rechtswissenschaft*, p. 32 s. e *Conf. Montpellier*, p. 14 s.

(19) Cfr. *Methodische Grundfragen*, p. 16 s., 115 s., *Grundlagen der Rechtswissenschaft*, p. 29 s., *Commentario*, p. 52 s.; si veda pure *Conf. Montpellier*, p. 6 s., dove si tratta in modo esauriente il problema dell'interpretazione storica e si pone riferimento a recenti sentenze del Tribunale federale svizzero.

(20) Cfr. in RDS 1949, p. 322 la giurisprudenza del Tribunale federale da me citata: da allora nel campo del diritto penale vennero promulgate le seguenti sentenze degne di particolare attenzione: STF 76 IV 125 s., 153 s., 80 IV 125 ss., 81 IV 9 ss. e 209 ss., 82 IV 90, 97, 156 ss. e 179 s., 83 IV 66 s. e 163 s., 84 IV 128, 85 IV 8 ss. e 53 s.



fica la correzione sostenendo che le sentenze anteriori, basate su di una interpretazione formale, non rientrano nel senso vero della legge (21) (22).

Un cambiamento di giurisprudenza può anche essere dovuto al fatto che, direttamente o indirettamente, la promulgazione di nuove disposizioni di legge toglie il fondamento al precedente giudiziale. Già si è verificato che una riforma legislativa in un determinato campo giuridico ha provocato un mutamento di interpretazione per delle norme sancite in altre leggi (23).

Le preoccupazioni attinenti alla sicurezza e alla eguaglianza giuridica non raggiungono, nel caso ora preso in esame, l'intensità che si registra per un cambiamento di giurisprudenza relativo a un completamento delle norme. La legge in virtù dei suoi elementi formali, può garantire maggiormente la sicurezza e la eguaglianza giuridica di quanto non lo possa il diritto giudiziario. Pertanto il giudice è tenuto a riconoscerle assoluta precedenza, anche nel caso in cui essa sia stata scorrettamente interpretata nei precedenti giudiziari.

Affermare la validità dei precedenti giudiziari nonostante la imprecisione dell'interpretazione della legge significherebbe misconoscere la funzione della legge come garanzia di sicurezza e di eguaglianza giuridica. Eventuali svantaggi che potrebbero derivare da questa volontà di applicare la legge non sono per nulla ignorati (24); essi possono tutt'al più costituire motivo di una riforma legislativa.

Tuttavia in alcuni casi del tutto particolari, il Tribunale federale svizzero ha negato un cambiamento di giurisprudenza sebbene fosse chiaro che i precedenti non erano fondati su un'esatta interpretazione dei precetti legislativi, nell'esclusivo intento di evitare i gravi inconvenienti per la sicurezza giuridica (25). Si trattava però di casi relativi alla fissazione di termini sanciti dalla legge (26). Il

(21) Cfr. STF 66 II 4 ss., 70 II 70 ss., 72 III 44 ss., 74 II 183 ss., 81 IV 210 ss.

(22) Cfr. ad esempio 65 II 133 ss. e 69 III 10 ss.

(23) Ad esempio STF 48 II 6 ss., 55 II 306, 65 II 6, 72 II 392 ss., 73 II 65 s. e 110 ss.: il cambiamento del fondamento giuridico deve però apparire chiaramente da una corrispondente norma di legge: cfr. STF 80 II 213.

(24) Cfr. ad esempio STF 43 II 138, 10 II 74.

(25) STF 49 I 293 ss., 56 I 440 ss.

(26) *Methodische Grundfragen*, p. 55.

Tribunale è rimasto fedele a questa prassi, perchè uno scostamento dall'interpretazione fino allora ammessa avrebbe provocato, per il mancato rispetto dei termini, una perenzione del diritto (27).

Per il diritto penale si pone il particolare quesito di sapere se in virtù del *nullum crimen sine lege*, si debba escludere a priori la possibilità di un cambiamento di giurisprudenza a danno dell'accusato. Secondo la dottrina e la prassi svizzere una nuova giurisprudenza che risulta essere più rigida della giurisprudenza anteriore nei confronti di una privata persona non viola quel principio più di una interpretazione estensiva, cioè di un'interpretazione non strettamente legata alla lettera della legge, ma corrispondente al suo senso (28).

Dalla prassi non risulta che il Tribunale federale abbia formulato delle riserve su questa particolare questione: il tentato aborto su donna non incinta, perpetrato da terza persona, giudicato da prima atto non punibile, venne dichiarato tale dopo profonda confutazione delle argomentazioni poste alla base della prassi iniziale (29) (30). Si può quindi ritenere che nel diritto penale per i cambiamenti di giurisprudenza determinati da una nuova interpretazione della legge non esistono particolari limitazioni (31).

(27) STF 56 I 441 e 442. Della stessa opinione WALTER BURCKARDT, in *Zeitschrift des Bern. Juristenvereins*, 1931, p. 354. Cfr. inoltre RDS, 1949, p. 328 s. dove sono elencati esempi relativi a problemi di competenza (nota 51 e 52).

(28) Cfr. *Commentario*, p. 58 s. e la letteratura svizzera ivi citata, divenuta recentemente molto chiara al proposito.

(29) STF 74 IV 65 ss.; per il tentato aborto commesso dalla stessa donna che ritiene di essere incinta si veda 76 IV 153 ss.; cfr. inoltre 81 IV 155 ss., 85 IV 53 ss. (casi di interpretazione lata della fattispecie del reato), 84 IV 125, 81 IV 9 ss., e 83 IV 163 ss. In realtà il Tribunale federale non si è nemmeno posto il problema qui preso in esame. Si veda pure RDS, 1949, p. 330 s. e BUBS, *op. cit.*, p. 169 s.; non si può escludere l'impunità di una fattispecie non ritenuta reato dai precedenti giudiziari, in virtù dell'articolo 20 CPS, che tratta dell'errore di diritto (cfr. ad esempio STF 83 IV 166).

(30) Anche nella giurisprudenza penale italiana si riscontrano casi analoghi. La 2ª sez. della Corte di Cassazione, per esempio, ha ammesso la punibilità del terzo che intrattiene rapporti intimi con un coniuge, malgrado la non punibilità di quest'ultimo per reato di adulterio in una sentenza del 30 ottobre 1957 (*Giust. pen.*, 1958, II, c. 246), mentre in un giudizio del 14 novembre 1955 la stessa sez. sosteneva che i motivi di non punibilità del coniuge adultero dovevano per analogia mandare esente da pena anche il terzo (*Giust. pen.*, 1956, II, c. 547).

(31) In effetti ciò vale anche per il diritto francese: cfr. *Code pénal an-*



IV.

In tutti i paesi dell'Europa continentale, fino a poco tempo fa il precedente giudiziale non era riconosciuto come fonte autonoma di diritto. Specialmente nella dottrina germanica esso veniva considerato semplicemente come elemento atto a contribuire alla formazione del *diritto consuetudinario*: degno di attenzione era l'uso forense, reputato come semplice embrionale manifestazione del diritto consuetudinario, dal quale si differenziava sostanzialmente per la mancanza di *opinio necessitatis* (1). Secondo questa teoria, accettata pure dalla dottrina svizzera, rilevante non era il singolo precedente giudiziale, ma soltanto una costante giurisprudenza (2).

In effetti il Tribunale federale, le magistrature inferiori, gli avvocati e i consulenti giuridici attribuiscono una efficacia pregiudiziale anche ad una sola sentenza. Il Tribunale federale, al ricorrere di casi analoghi, si rifà ai propri precedenti anche se questi non sono stati pubblicati (3): ciò mostra chiaramente che i riferimenti ai precedenti non costituiscono soltanto un richiamo di argomentazioni già esposte, bensì un riconoscimento di una rilevanza giuridica degli anteriori giudizi.

Esistono poi casi in cui l'incertezza dell'autorità giudicante nella formulazione delle argomentazioni di diritto è rivelata dalla mancata pubblicazione della sentenza stessa; e così pure casi in cui le istanze inferiori applicano con riluttanza o solo in parte le massime di un precedente giudiziale o ne negano addirittura l'applicazione, oppure decidono altrimenti seguendo suggestioni o critiche della dot-

---

*noté Garçon*, nella nuova edizione di ROUSSELET, PATIN et ANCEL, I, p. 10, n. 89 ad art. 1, con riferimento a sentenza della corte di Cassazione; per il diritto anglosassone cfr. SALMOND, *loc. cit.*, p. 189 e HALL, *General principles of criminal law* 29, dove si afferma la liceità del cambiamento di giurisprudenza nel senso qui considerato per il diritto degli U.S.A.: cfr. pure LLEWELLYN, *loc. cit.*, p. 118.

(1) Sull'*usus fori* nel diritto italiano cfr. BIGIAMI, *Appunti sul diritto giudiziario*, in *Studi Urbinati*, 1933, p. 26 s.

(2) Analogamente nella giurisprudenza italiana le cosiddette « massime consolidate »: cfr. ANDRIOLI, in *Riv. dir. proc.*, 1948, II, p. 249: contro una incondizionata applicazione di tale massima cfr. CARNELUTTI, *Riv. dir. proc.*, 1949, p. 41.

(3) Cfr. le numerose sentenze del TF citate in RDS, 1949, p. 303, ed inoltre STF 75 IV 257 e IV 178, 76 I 2 e IV 38, 77 IV 109, 78 IV 75 e 233, 83 II 280 e 289, 84 IV 148.

trina: in questi casi, che investono anche precedenti del Tribunale supremo e che si caratterizzano sovente per una formulazione prudente e non senza riserve, si può parlare tutt'al più di « futura fonte di diritto » (4). Tuttavia generalmente le parti in causa accettano come determinante già il primo precedente giudiziale.

Il numero e la frequenza con la quale un precedente viene pronunciato non sono rilevanti per la sua autorità. La prassi del Tribunale federale dimostra chiaramente che uguali circostanze possono determinare deroghe sia da un precedente divenuto giurisprudenza costante ed affermata, sia da un'unica sentenza. Quando il Tribunale federale nega l'efficacia ad un precedente da lungo tempo osservato, la massima che si legge nella nuova sentenza acquista di regola immediatamente un notevole valore pregiudiziale (5).

Più importanti del numero dei precedenti sono le circostanze nelle quali l'emanazione di una sentenza ha carattere vincolante. Quando si tratta di una decisione del Tribunale federale, profondamente ed esaurientemente motivata e relativa ad una controversia che la dottrina ha già chiarito, non vi è alcun dubbio sul suo valore di precedente giudiziale. Per contro, la questione sottoposta al giudizio della Corte superiore era in precedenza assolutamente sconosciuta, bisogna senz'altro ammettere la possibilità che non tutti i termini del problema siano stati esattamente valutati in sede di primo giudizio: in tale caso la decisione giudiziale può essere considerata solo un tentativo, più o meno riuscito, di ricerca del diritto. Sovente anche le sentenze pronunciate da collegi sulla base di una maggioranza assai ristretta godono di una autorità molto limitata. Inoltre i cambiamenti di giurisprudenza che intervengono molto tempo dopo l'emanazione dell'ultimo precedente, incontrano, sul piano psicologico, scarsa opposizione, in virtù del fatto che sempre nuove persone sono chiamate a sedere nei collegi giudicanti e che anche i rapporti materiali, tanto di natura sociale quanto di natura economica, sono in continua evoluzione. Tali cambiamenti determinano indubbiamente delle differenze che, sul piano giuridico, non possono

---

(4) Cfr. il *Commentario Egger* al CCS Articolo 1, n. 41. Cfr. inoltre ad es. STF 74 I 391. Sulla giurisprudenza francese cfr. PERREAU, *op. cit.*, I, p. 57 s., e su quella anglosassone: LLEWELLYN, *op. cit.*, I, p. 4 e 118.

(5) Così ad esempio STF IV 65 ss. e 76 IV 153 ss., subito seguite da tutti i tribunali. Sulle critiche della dottrina a sentenza e sul rifiuto delle istanze inferiori di accettare la giurisprudenza anteriore cfr. RPS, p. 3 s.



essere trascurate (6), sebbene per la loro valutazione si debbano adottare dei criteri completamente diversi da quelli vigenti per il diritto consuetudinario.

In generale si può affermare che una sola sentenza, debitamente motivata, può assumere nel diritto svizzero una importanza maggiore di quella propria ad un *usus fori*. Anche il *Common law* anglosassone, fondato originariamente sul diritto consuetudinario, fu successivamente riassunto e svolto nell'ambito dell'istituto dei precedenti giudiziari; mentre nelle prime decisioni dei giudici inglesi si trovano espressioni come « it has been long held » oppure « it has already been decided », nelle sentenze della seconda parte del Medioevo già si riscontrano riferimenti a determinati precedenti giudiziari; e, all'« immemorial custom » o all'« immemorial usage », è attribuito solo una funzione sussidiaria (7).

Purtroppo l'uso di una terminologia antiquata, dalla quale ci si libera assai lentamente, crea pericolose confusioni: ancora sovente, ad esempio, si usa il termine di « diritto consuetudinario » in una accezione tanto ampia da indicare con esso tutto il diritto extralegislativo o tutto il « diritto non scritto ».

Nella nuova dottrina giuridica svizzera si avverte tuttavia una tendenza a distinzioni chiare, almeno sotto il profilo materiale: in relazione alla giurisprudenza del Tribunale federale si ammette che un singolo precedente possa essere fonte autonoma di diritto anche se particolari gravi motivi possono sempre provocare dei cambiamenti di prassi: ciò è possibile anche nei casi di giurisprudenza costante (8), la quale merita attenta considerazione, ma non vincola

(6) Cfr. al proposito RDS p. 434. Ciò si ammette anche per il diritto anglosassone: cfr. ad esempio SALMOND, *loc. cit.*, p. 184 s. Per il diritto svizzero: SPIRO, *Über den Gerichtsgebrauch zum Allgemeinen Teil des rev. OR*, p. 297 s.; DUBS, *loc. cit.*, p. 174 s.

(7) Nell'ordigno diritto inglese i precedenti giudiziari hanno una netta prevalenza sul diritto consuetudinario che non viene applicato dal giudice se si trova in contrasto con i principi ancorati in precedenti.

Cfr. WORTLEY, in *Recueil Gény*, II, p. 26.

(8) RDS 1949 p. 424. Mentre un tempo la dottrina non riconosceva una importanza autonoma al precedente, ma soltanto alla giurisprudenza costante, negli ultimi decenni l'autorità pregiudiziale delle singole sentenze è cresciuta costantemente: cfr. W. BURKHARDT, *L'Etat et le droit*, 1931, p. 170 s.; SIMONIUS, *Lex facit regem*, 1933, p. 47 s.; PANCHAUD, *Journal des Tribunaux*, 1946, p. 585; SPIRO, *loc. cit.*, p. 302 s.; MEIER-HAYEZ, *loc. cit.*, p. 179. Chiaro al

(mai il giudice più di quanto lo possa un unico precedente (9).

Il diritto consuetudinario ed il precedente giudiziale costituiscono due fonti di diritto nettamente distinte sotto il profilo dommatico. Mentre il vero diritto consuetudinario trae la propria autorità dalla tradizione e dall'esercizio, ovvero dal costante suo riconoscimento sul piano pratico, il precedente giudiziale fonda la sua efficacia sugli assunti della sua oggettività e della volontà degli organi dello Stato di risolvere in modo uguale casi uguali (10). Determinanti al proposito sono i giudizi dei tribunali supremi.

Il precedente giudiziale è molto simile alla *legge* (11). La validità è fondata sull'autorità degli organi statali (12) ed inoltre esso rappresenta un'espressione di creazione cosciente del diritto da parte di organi competenti e responsabili. Le conseguenze svolte nel campo della sicurezza giuridica sono pure molto simili a quelle prodotte da norme sancite dal legislatore (13). Non ci si può quindi meravigliare del fatto che tanta importanza sia attribuita al diritto giudiziario, specialmente nei paesi anglosassoni, dove lo Statute Law è assai poco diffuso. Ciò vale anche nei paesi dell'Europa continentale nei quali la tecnica legislativa applicata non ammette una dettagliata casistica (14); là infatti il giudice non può limitarsi ad un completa-

proposito era già il mio studio *Rechtfertigung des Rechtes*, 1919, p. 28 s. Cfr. pure *Methodische Grundfragen*, p. 58 s. (*Imperative und autonome Rechtsauffassung*) e RDS 1949 *loc. cit.*

(9) A volte tuttavia la « costante giurisprudenza » è richiamata dallo stesso tribunale federale; cfr. ad esempio STF 51 I 104, 56 I 441.

(10) RDS 1949 p. 433. La circostanza per cui l'efficacia del precedente trova sostegno nella autorità degli organi statali che lo hanno pronunciato, anche quando esso è contrario alla dottrina (la cui efficacia si riallaccia unicamente alla oggettività ed alla acutezza delle argomentazioni) fu troppo sovente ignorata: cfr. RDS 1949 p. 437 s.

(11) RDS 1949 p. 433.

(12) Cfr. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, 2<sup>a</sup> ed., 1951, p. 10 dove in relazione al « caractère hiérarchique de l'organisation judiciaire » si parla della « autorité des arrêts de la Cour de Cassation » e dove le « règles jurisprudentielles » sono poste accanto alle « règles législatives » nella loro qualità di « règles formelles » atte a garantire una maggiore sicurezza giuridica di quanto non possono il diritto consuetudinario e altre fonti senza carattere formale.

(13) ROUBIER, *loc. cit.*, p. 11. Al proposito assume rilevanza una accurata e completa pubblicazione delle sentenze, come ad esempio avviene per le sentenze del Tribunale federale più recenti. Cfr. WORTLEY, *loc. cit.*, p. 26, per quanto concerne il diritto inglese.

(14) *Methodische Grundfragen*, p. 140 s. *Grundlagen der Rechtswissenschaft*, p. 113 s. Cfr. *Montpellier*, p. 20 s.



mento extralegislativo delle norme, ma deve sovente affrontare anche una integrazione normativa *intra legem*, che pure si cristallizza e trova espressione nei precedenti (15).

Rimane indiscusso che la legge prevale sul diritto giudiziale. Tuttavia si sono verificati alcuni casi in cui il Tribunale federale svizzero ha riconosciuto efficacia pregiudiziale a precedenti fondati su di una interpretazione della legge non del tutto ineccepibile, in virtù della preoccupazione di salvaguardare la sicurezza giuridica, ritenuta l'estremo bene giuridico tutelato dalle disposizioni legislative in questione (disposizioni relative a termini) e minacciata dagli eventuali cambiamenti di giurisprudenza per la fiducia riposta dai soggetti di diritto nella primitiva prassi (16).

Ciò dimostra che, sia pure soltanto eccezionalmente, il precedente può assumere una importanza più grande di quella della legge sebbene, di regola, stia con la stessa, al massimo, in mero rapporto di sussidiarietà (17).

O. A. GERMANN

*Professore ordinario di diritto penale  
nella Università di Basilea*

(15) Cfr. *Methodische Grundfragen*, p. 111 s.: sul carattere di fonte di diritto autonoma cfr. RDS 1949, p. 435.

(16) STF 49 I 293 ss. e 56 I 540. Cfr. *supra*, parte III, n. 3.

(17) Nell'ambito del divieto di doppia imposta il Tribunale federale, avvertita la mancanza di una legge federale, ha sanzionato, giusta l'art. 46 cpv. 2 della Costituzione, che la propria giurisprudenza prevale sulle disposizioni legali dei singoli Cantoni: 48 I 262, specialmente 267. Una situazione analoga si è creata per la giurisprudenza dello stesso Tribunale in materia di taluni diritti costituzionali (*Freiheitsrechte*): H. HUBER, *loc. cit.*, p. 150.

## TEMPUS COMMISSI DELICTI, RI E SUCCESSIONE DI LEGGI

SOMMARIO: 1. Impostazione dell'indagine. — 2. Il reato » ex art. 2 c.p. L'art. 6 c.p. — 3. Principio generale. — 4. Necessità della ricorrenza permanente. La consumazione e la condotta permanente e l'art. 158 c.p. — 5. L'azione tipica. Conclusioni in tema di recessione di leggi penali. I risultati in relazione ai delitti commessi. — 6. Le leggi eccezionali e l'amnistia. — 7. Conclusioni. — 8. Le leggi eccezionali e l'amnistia. — 9. Conclusioni. — 10. Le leggi eccezionali e l'amnistia. — 11. Conclusioni.

1. Alcune recenti sentenze relative al reato commesso in un'altra legge pongono, sotto un angolo visuale nuovo, il problema di esaminare affrontando i problemi di successione di leggi penali (1).

La trattazione concernente la successione di leggi penali, dalla dogmatica penalistica sulla base del principio di successione di leggi penali, è stata finora, in modo unico: attraverso l'analisi dell'art.

(1) Le decisioni concernono la detenzione a tempo indeterminato. Cass. 4 ottobre 1960, in *Foro it.*, 1960, II c. 81 ss.; Cass. 4 ottobre 1960, in *Foro it.*, 1960, II c. 81 ss.; Cass. 14 marzo 1957, in *Riv. pen.*, 1957, I, p. 32 s.; Cass. 14 marzo 1957, in *Riv. pen.*, 1957, I, p. 32 s.; Cass. 14 marzo 1957, in *Riv. pen.*, 1957, I, p. 32 s.; Cass. 14 marzo 1957, in *Riv. pen.*, 1957, I, p. 32 s.; Cass. 2 febbraio 1955, in *Riv. pen.*, 1955, I, p. 467 s.; Cass. 2 febbraio 1955, in *Riv. pen.*, 1955, I, p. 467 s.; Cass. 24 ottobre 1954, in *Arch. pen.*, 1955, II, p. 346 s.; App. Roma 1957, in *Arch. pen.*, 1957, II, p. 346 s.; App. Roma 1957, in *Arch. pen.*, 1957, II, p. 346 s.; Pret. Biella 6 maggio 1955, in *Arch. pen.*, 1955, p. 640 s.; Pret. Biella 6 maggio 1955, in *Arch. pen.*, 1955, p. 640 s.

Le sentenze indicate giudicano di comportamenti che si sono verificati anni addietro, per lo più nel periodo della guerra e protrattisi nel tempo. La legislazione ha subito modificazioni: come vedremo particolareggiatamente, ad esempio, il codice penale (art. 697) e configurante una figura del reato, decedute, dal marzo 1945, leggi diverse che hanno