

“Overruling del diritto vivente vs ius superveniens nel diritto civile, amministrativo e penale”.¹

La traccia di oggi riguarda l'**overruling del diritto vivente** contrapposto allo **ius superveniens**. Questo “contro” è certamente il portato consegnatoci dalla tradizione, perché il rapporto tra **diritto e tempo** costituisce uno dei problemi più delicati della **teoria generale del diritto**.

È un aspetto che spesso si trascurava durante lo studio, ma la questione è talmente importante da offrire grandissime indicazioni su possibili tracce del concorso in magistratura. Tutte le vicende giuridiche si collocano nello spazio e nel tempo, ma non sempre si esauriscono istantaneamente. Nasce così il problema del cosiddetto **diritto intertemporale**, sintagma con il quale si intende la disciplina da applicare quando le norme mutano nel tempo, quando si susseguono nel tempo più norme in relazione a vicende giuridiche che non si sono ancora esaurite.

La tradizione ha consegnato una sorta di dogma, almeno nei Paesi di civil law: lo **ius superveniens**, cioè il diritto sopravvenuto, normalmente non ha effetto retroattivo. A supporto di questa conclusione vi sono dati di **diritto positivo**, banalmente l'**articolo 11 delle disposizioni preliminari al codice civile** e, per quanto riguarda il diritto penale, addirittura l'**articolo 25 della Costituzione** e l'**articolo 2 del codice penale**.

All'opposto, la tradizione ha consegnato l'assunto secondo il quale il **cambiamento giurisprudenziale**, l'**overruling**, è fisiologicamente retroattivo, almeno nel nostro ordinamento. Ciò perché la tradizione ha consegnato l'idea secondo la quale l'**interpretazione giurisprudenziale** è meramente dichiarativa e serve soltanto a scoprire un significato già insito nella norma, portandolo alla luce: questo è il compito dell'interpretazione secondo la scuola dell'esegesi e il positivismo classico.

Questi assunti oggi non possono dirsi venuti meno, ma devono essere fortemente ridimensionati, nel senso che possono esservi **leggi retroattive** e, allo stesso tempo, possono esservi **cambiamenti giurisprudenziali non retroattivi**. Questo perché, nella materia civile e nel diritto amministrativo, non esiste una norma costituzionale a presidio del divieto di retroattività. Sotto l'altro versante, quanto ai mutamenti giurisprudenziali, le cose stanno decisamente cambiando e si sta andando verso una sorta di ibridazione dei formanti giurisprudenziali dei modelli di civil law e common law. La ragione sta nell'esigenza di tutelare, quando vi è un **mutamento giurisprudenziale repentino**, l'**affidamento** di coloro che hanno orientato le proprie scelte sulla base della giurisprudenza fino ad allora consolidata.

I cittadini e le parti processuali regolano i propri comportamenti e, quando lo fanno, hanno un'aspettativa che quegli orientamenti non comportino sorprese ex post. Sorprese che, secondo il portato della tradizione, sono fisiologicamente retroattive e dovrebbero quindi applicarsi anche alla

¹ Il presente materiale, predisposto come supporto allo studio, è stato elaborato con l'ausilio di strumenti di intelligenza artificiale a partire dai contenuti della lezione e non è stato direttamente redatto dal docente. Nonostante l'attività di revisione, il testo può contenere refusi, errori di trascrizione o imprecisioni; si consiglia pertanto di confrontarlo con i contenuti della lezione.

controversia alla quale partecipa il soggetto che ha orientato le proprie scelte di azione su quei **formanti giurisprudenziali**.

Per venire incontro a questa problematica, si sta attenuando, senza tuttavia giungere a una vera e propria identificazione, la tradizionale contrapposizione da cui prende spunto la traccia tra il regime da applicare allo **ius superveniens** e il regime da applicare all'**overruling giurisprudenziale**. In alcuni casi questi due regimi si identificano, come si vedrà, in contrasto con quanto tramandato dalla tradizione.

Non si tratta di un problema soltanto teorico. In relazione al **mutamento normativo**, nelle tre diverse materie del concorso, la questione può venire in rilievo con riferimento all'**invalidità sopravvenuta del contratto**, all'**invalidità sopravvenuta del provvedimento amministrativo**, all'**illegittimità costituzionale di una norma su cui si fondava il provvedimento adottato** nel diritto amministrativo, nonché al tema dell'**esercizio del potere amministrativo dopo l'annullamento giurisdizionale del potere esercitato in prima fase**.

Nel diritto penale la rilevanza è ancora più immediata: la **successione di norme penali nel tempo**, il grande tema della differenza tra **abrogatio sine abolitione** e **abolitio sine abrogatione**, nonché l'**overruling giurisprudenziale**.

È particolarmente importante comprendere le questioni poste dalla traccia perché, in tutte le principali questioni del diritto, vi sono stati spesso mutamenti radicali della giurisprudenza.

Si pensi, per definizione, all'**anatocismo**. Fino al 1999 era considerato praticabile sulla base di un assunto che poi la stessa giurisprudenza ha eradicato, cioè il riferimento all'esistenza di un **uso normativo**. La giurisprudenza aveva sostenuto questa impostazione per trent'anni e poi l'ha abbandonata a partire dal 1999.

Si pensi alla **rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto**. Per tanti anni è stata declamata soltanto nei manuali, ma non applicata dalla giurisprudenza; poi finalmente sono stati recepiti quegli orientamenti dottrinali che consentivano un più penetrante **potere di intervento del giudice**.

Si pensi all'**assegno di divorzio**. Per tanti anni è stato considerato come avente un'unica matrice solidaristica e, invece, soltanto più di recente ha assunto una diversa funzionalità. Il problema riguarda ciò che accade rispetto a coloro che hanno orientato le proprie scelte d'azione quando imperava la tesi secondo cui, ogniquale volta vi fosse un divorzio, bisognava garantire al coniuge la stessa identica situazione vissuta in costanza di matrimonio.

Questo è stato il dogma che ha imperato per tantissimi anni fino al famoso caso Berlusconi-Lario e poi all'intervento delle **Sezioni Unite**, che hanno radicalmente mutato i tratti della determinazione dell'**assegno di divorzio**.

Si pensi poi al **reato di pedopornografia**. Le **Sezioni Unite**, nel 2018, per la prima volta si sono incaricate di smentire un assunto che le stesse Sezioni Unite avevano consolidato, quello secondo cui il **reato di diffusione di materiale pedopornografico** fosse un **reato di pericolo concreto**. Nel 2018 viene invece affermato che non è così.

In questo modo si amplia l'ambito del penalmente rilevante, perché, se prima occorreva dimostrare un pericolo concreto e poi tale dimostrazione non è più necessaria, si amplia l'area del penalmente

rilevante. Il problema riguarda allora ciò che accade alle persone che hanno orientato le proprie, seppur riprovevoli, scelte d'azione in materia di pedopornografia su quell'orientamento scolpito da una sentenza delle **Sezioni Unite**.

Un'altra questione molto nota in materia penale riguarda l'**accesso abusivo al sistema informatico**. Si pensi anche al **risarcimento degli interessi legittimi**. Fino al 1999, almeno con riferimento agli **interessi legittimi pretensivi**, il risarcimento non era ammesso dalla giurisprudenza.

Tutte queste questioni, se si vogliono analizzare in una prospettiva differenziata, devono essere esaminate anche nella prospettiva dell'**overruling giurisprudenziale** e nella più moderna prospettiva volta a comprendere quando e se sia possibile passare dall'**overruling retroattivo** al **prospective overruling**, cioè all'idea secondo cui, quando vi è un mutamento di giurisprudenza imprevisto e imprevedibile, quel mutamento di giurisprudenza varrà soltanto per il futuro, al pari di quanto si ritiene, in base all'**articolo 11 delle preleggi**, per la legge.

In questi casi si verifica una sorta di unificazione del **formante legislativo** e del **formante giurisprudenziale**.

Questa è la premessa e costituisce il filo conduttore che deve essere seguito durante tutto il percorso argomentativo. Chi legge deve sapere dove si vuole andare. Potrà anche non seguire tutti i passaggi, ma deve sapere qual è la direzione del ragionamento.

È esattamente ciò che deve essere fatto nella prima facciata del tema: bisogna dare alla commissione l'idea che si sappia dove si vuole andare. Questo, da solo, non basta per superare la prova, ma costituisce certamente il biglietto da visita.

Il problema dello **ius superveniens** si pone quando una fattispecie, sorta quando era vigente un determinato quadro normativo, continua a esplicare i propri effetti, quindi non si è esaurita e non è istantanea come vicenda giuridica, fino al momento in cui entra in vigore una nuova norma.

Tale problema chiama in causa il **diritto intertemporale**, espressione che identifica il complesso di regole e principi volto a dirimere i conflitti derivanti dalla **successione di leggi nel tempo**.

Quando entra in vigore una nuova legge, la regola generale è quella della sua **non retroattività**.

Questa regola vale, per quanto riguarda la materia penale, sulla base dell'**articolo 25 della Costituzione** e dell'**articolo 2, comma 1, del codice penale**, secondo cui nessuno può essere punito se non in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso.

In materia civile, invece, questa garanzia è meno robusta, perché non risale a una norma costituzionale, ma all'**articolo 11 delle preleggi al codice civile**, che è una disposizione dotata di un ampio respiro sistematico e va oltre la materia del diritto civile, riguardando tutta la materia non penale.

Si tratta, però, di una **legge ordinaria** e, come tale, suscettibile di essere derogata da una legge di pari rango. In linea di principio, nulla osterebbe, in materia civile e amministrativa, all'emanazione di una **legge retroattiva**.

Affermare questo non significa, però, che il legislatore, nel diritto civile e nel diritto amministrativo, sia libero di fare ciò che vuole. Anche in queste materie la legge retroattiva è sottoposta allo scrutinio

di compatibilità con alcuni **principi dell'ordinamento**. Soltanto all'esito positivo di questo scrutinio la legge potrà restare in vita; altrimenti sarà dichiarata **costituzionalmente illegittima**.

Occorre, anzitutto, chiarire il concetto di **retroattività della legge**, perché questa formulazione può avere due diverse accezioni.

Si ha una **retroattività in senso debole o impropria** quando la nuova norma non incide sulle situazioni sorte prima della sua entrata in vigore, ma disciplina soltanto effetti che non si sono ancora esauriti e che sono quindi ancora in corso quando interviene la nuova legge: situazioni ancora aperte al momento dell'entrata in vigore della nuova legge.

Si ha invece una **retroattività in senso forte o propria**, che costituisce la vera retroattività, quando la legge interviene proprio su effetti già prodotti, attribuendo a questi effetti e agli atti che li producono una diversa qualificazione giuridica.

Questa seconda ipotesi, nella quale la norma interviene con retroattività propria su situazioni già definitivamente consolidate, è costituzionalmente molto problematica.

Oltre a violare il **principio dell'affidamento**, che è presidiato anche dalla regola della non retroattività contenuta nell'**articolo 11 delle preleggi**, vengono in rilievo la **certezza del diritto** e l'affidamento dei consociati sul fatto che il negozio posto in essere, il provvedimento amministrativo adottato o, nel diritto penale, il fatto commesso non siano oggetto di una nuova qualificazione per effetto di una norma sopravvenuta alla conclusione di quel contratto, all'adozione di quel provvedimento o al fatto che soltanto ex post venga identificato come penalmente rilevante.

Quando una legge interviene, con **retroattività propria**, su situazioni consolidate, può violare anche il **principio della res iudicata** o, per quanto riguarda i processi in corso, il **principio della riserva giurisdizionale**, arrivando così a incidere, in ultima analisi, su principi ancora più generali, come quello della **divisione dei poteri**.

Quando interviene una nuova legge, la questione potrebbe essere agevolmente risolta qualora il legislatore si premuri di inserire anche il cosiddetto **diritto transitorio**, cioè un insieme di norme che accompagnano la nuova disciplina e spiegano quale delle norme debba applicarsi alle vicende ancora in corso. Quando ciò non avviene, la questione deve essere risolta attraverso il **diritto intertemporale**.

Storicamente, il **diritto intertemporale** è stato affrontato dalla giurisprudenza sulla scorta di due diverse teorie: la **teoria dei diritti quesiti** e la **teoria del fatto compiuto**.

La **teoria dei diritti quesiti**, che risale a un autore francese, muove dal principio secondo cui il **divieto di retroattività** deve essere rigidamente rispettato ogniqualvolta un diritto sia entrato stabilmente a far parte del patrimonio di un soggetto. Quando ciò avviene, la nuova norma non potrà intervenire su quel diritto.

Il problema fondamentale, e l'obiezione principale che viene mossa a questa prima tesi, consiste nella difficoltà di stabilire quando il diritto sia effettivamente entrato a far parte del patrimonio del soggetto. Inoltre, si tratta di una tesi che funziona bene con riferimento ai **diritti patrimoniali**, mentre risulta già più incerta rispetto ai **diritti non patrimoniali** e diventa difficilmente applicabile al di fuori della materia dei diritti, come avviene, ad esempio, con riferimento agli **interessi legittimi**.

Questa tesi, che mirerebbe a cristallizzare e rendere impermeabile rispetto alla nuova disciplina un diritto ormai entrato a far parte del patrimonio del soggetto, come può accadere, ad esempio, in materia di **pensioni** quando muta la relativa normativa, è stata criticata proprio sulla base di questo ordine di obiezioni.

Da queste considerazioni critiche la giurisprudenza prevalente ha tratto spunto per elaborare la **teoria del fatto compiuto**. Questa teoria sposta l'attenzione dal diritto al **fatto giuridico** che lo genera, con il preciso intento di rendere maggiormente oggettivi i criteri del diritto intertemporale. La regola è che, se un fatto si è completamente realizzato ed esaurito durante la vigenza della vecchia legge, esso continuerà a essere disciplinato dalla vecchia legge. La nuova legge interviene, invece, sulle situazioni ancora **in itinere**, pendenti, iniziate sotto la vigenza della vecchia legge ma non ancora esaurite nel momento in cui interviene quella nuova.

Se, ad esempio, un rapporto nasce nel 2025 ma continua a produrre effetti nel 2026, quando entra in vigore una nuova legge non basterà chiedersi quando si sia verificato il fatto, perché quel fatto non ha ancora esaurito i propri effetti. Bisognerà comprendere se vi siano ancora effetti in corso e, qualora vi siano, la nuova legge disciplinerà i nuovi effetti.

Questa è la posizione sulla quale si attesta la giurisprudenza prevalente. Anche questa teoria, tuttavia, enfatizza molto il ruolo della **giurisprudenza** e dell'**interprete**, perché non è sempre facile scindere il fatto generatore dall'effetto e non è sempre agevole comprendere quando un effetto generato dal fatto si sia già esaurito e quando, invece, continui a prodursi nel tempo.

In ogni caso, questa tesi esprime due regole: la nuova legge non dovrebbe mai applicarsi ai **rapporti già esauriti** e dovrebbe invece applicarsi ai fatti e alle **situazioni ancora pendenti**.

Tutto questo vale, però, quando viene emanata una legge che non si autoqualifichi come **retroattiva**. Quando invece una legge, come può avvenire nel diritto civile e amministrativo, si autoqualifica come retroattiva, il discorso cambia, perché essa potrebbe andare a riqualificare proprio il **fatto generatore dell'effetto**, anche quando questo si sia già esaurito.

Il problema è che il legislatore non dispone, in questa materia, di una libertà assoluta. Deve contemperare la possibilità di emanare una **legge retroattiva** con principi potenzialmente antagonisti, quali la **ragionevolezza**, la **tutela dell'affidamento**, la **certezza** e la **coerenza del diritto**, nonché, quando vi sia un processo in corso, il rispetto della **funzione giurisdizionale**.

In questa prospettiva si registra una sorta di convergenza tra la giurisprudenza della **Corte costituzionale** e quella della **Corte europea dei diritti dell'uomo**.

Per quanto riguarda il diritto penale, la **Corte europea dei diritti dell'uomo** muove ormai da una sostanziale equiparazione tra **formante giurisprudenziale** e **formante normativo**, interpretando il concetto di **diritto**, e non di legge, indicato nell'**articolo 7 della Convenzione**. Proprio da questa formulazione prende le mosse la Corte europea dei diritti dell'uomo per affermare che per diritto debba intendersi non soltanto il formante legislativo, ma anche quello giurisprudenziale.

Anche al di fuori della materia penale, la giurisprudenza della **Corte europea dei diritti dell'uomo** ha eretto una sorta di barriera rispetto alle **leggi retroattive**, facendo leva questa volta sull'**articolo**

6 della Convenzione, relativo al **giusto processo**, norma che non riguarda soltanto il diritto penale, ma anche il diritto civile e il diritto amministrativo.

Il legislatore, secondo la Corte, non può intervenire retroattivamente in modo da alterare la **parità delle armi**. Questo è il refrain che si ritrova nelle sentenze a partire dal **caso Maggio**, leading case relativo alle leggi sulle pensioni.

La Corte fa inoltre leva sull'**articolo 1 del Protocollo n. 1**, che tutela la **proprietà** e anche le aspettative patrimoniali, nell'ambito delle quali la Corte europea fa rientrare anche i **crediti**, e non soltanto i diritti reali.

I formanti elaborati dalla **Corte europea dei diritti dell'uomo** non sono estranei al nostro ordinamento. Le norme della CEDU, così come interpretate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, costituiscono **norme interposte nel giudizio di costituzionalità**. Il fondamento per attribuire alla CEDU questa qualificazione, che può definirsi subcostituzionale, è rappresentato dall'**articolo 117 della Costituzione**. Violando la CEDU si viola indirettamente l'articolo 117, che attribuisce rilevanza agli obblighi internazionali.

Questo principio è stato affermato a partire dalle storiche **sentenze gemelle del 2007 della Corte costituzionale**.

Successivamente, tuttavia, la **Corte costituzionale**, nel **caso Varvara**, ha chiarito che non tutte le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo sono uguali. Occorre distinguere le sentenze che vincolano l'interprete e che fanno quindi scattare questo schema: si tratta delle sentenze espressione di un **diritto consolidato** o delle cosiddette **sentenze pilota**, che stigmatizzano un difetto strutturale dell'ordinamento. Vi sono poi sentenze che non producono il medesimo effetto, perché costituiscono pronunce isolate, non ancora consolidate.

La stessa **Corte costituzionale**, nell'ambito di questa convergenza di orientamenti con la Corte europea dei diritti dell'uomo, sottopone a uno scrutinio intenso la cosiddetta **legge retroattiva**, affermando che essa non deve essere arbitraria e deve realizzare un equilibrio proporzionato tra l'interesse pubblico perseguito e i diritti individuali.

Deve inoltre tutelare il **legittimo affidamento**, facendo leva sugli **articoli 2 e 3 della Costituzione** e anche sull'**articolo 97 della Costituzione** per quanto riguarda il diritto amministrativo, oltre che sull'**articolo 117 della Costituzione** con riferimento al diritto internazionale e sull'**articolo 11 della Costituzione** per quanto riguarda il diritto comunitario. Rilevano inoltre il rispetto della **funzione giurisdizionale**, gli **articoli 101 e 104 della Costituzione** e l'**articolo 111 della Costituzione** in materia di **giusto processo**.

Questi principi sono stati sempre più frequentemente utilizzati dalla giurisprudenza costituzionale con riferimento alle cosiddette **leggi di interpretazione autentica**, che presentano una fisiologica propensione alla retroattività.

Le **leggi di interpretazione autentica** sono leggi che mirano a scegliere autoritativamente, direttamente da parte del legislatore, quale sia l'esatta interpretazione da attribuire a una norma precedente. Esse chiariscono quindi, in via legislativa, il significato della disposizione.

Tuttavia, anche le leggi di interpretazione autentica, pur essendo perfettamente ammissibili, sono sottoposte a uno **scrutinio di costituzionalità**.

Il primo problema consiste nello stabilire se si tratti davvero di una **legge di interpretazione autentica** oppure se ci si trovi in presenza di una **frode delle etichette**.

Il legislatore potrebbe infatti qualificare come legge di interpretazione autentica una legge con il principale scopo di renderla retroattiva. In realtà, il suo reale scopo potrebbe non essere quello di interpretare una norma precedente, ma quello di applicare a fatti antecedenti una norma nuova e autonoma.

Per evitare queste **frodi delle etichette**, la giurisprudenza costituzionale verifica l'effettiva realtà della disciplina, sollevando il velo dell'etichetta e andando a verificare due aspetti fondamentali.

Il primo riguarda l'esistenza di un collegamento con una norma precedente. In particolare, la nuova norma deve identificare uno dei significati che potevano essere attribuiti alla norma precedente, inserendosi nel **nucleo di senso semantico** di quella disposizione.

Il secondo riguarda l'esistenza di un **contrasto giurisprudenziale**. Se il legislatore interviene con una legge di interpretazione autentica, il presupposto logico dovrebbe infatti essere l'esistenza di un contrasto interpretativo. Se questo contrasto non esiste, la legge non dovrebbe essere considerata di interpretazione autentica.

Quando poi **leggi retroattive** o **leggi di interpretazione autentica** intervengono rispetto a questioni sottoposte a un giudizio in corso, lo scrutinio diventa ancora più rigoroso. In questo caso non si tratta soltanto di tutelare l'**affidamento**, ma anche i principi processuali, interni e sovranazionali, della **parità delle armi**.

Il legislatore non può quindi utilizzare la legge come strumento per decidere una controversia.

Il leading case è il **caso Maggio**, relativo a una questione pensionistica risolta dalla **Corte europea dei diritti dell'uomo**, cui ha fatto seguito il **caso Agrati**.

Più recentemente si sta verificando una sorta di sinergia tra i formanti giurisprudenziali della **Corte costituzionale** e della **Corte europea dei diritti dell'uomo**, perché la Corte costituzionale ha progressivamente aderito alla tesi secondo cui esistono una serie di **indici sintomatici dello sviamento del potere legislativo**.

Si tratta di indici sintomatici analoghi a quelli utilizzati nel diritto amministrativo per verificare la presenza di un **eccesso di potere** nell'adozione di un provvedimento amministrativo: da determinati sintomi si ricava l'esistenza di un vizio, rappresentato, in questo caso, da una legge costituzionalmente illegittima perché volta a invadere la sfera della giurisdizione, violando anche il **principio di separazione dei poteri**.

Tra questi **indici sintomatici** individuati dalla Corte costituzionale rileva, anzitutto, il fatto che una delle parti in causa sia lo **Stato** o una **pubblica amministrazione**.

Rileva inoltre il fatto che la legge intervenga a notevole distanza di tempo dall'emanazione della norma precedente.

Occorre poi verificare se la norma si definisca di interpretazione autentica ma abbia effettivamente un collegamento con il **nucleo di senso semantico** della disposizione da interpretare, se esistesse

realmente un **contrasto interpretativo** e, soprattutto, se esistesse un **orientamento consolidato** che la nuova norma si incarica di modificare.

Se la risposta è positiva, questo elemento costituisce un segnale di allarme, perché può indicare che il legislatore stia sfruttando una norma di interpretazione autentica per risolvere una singola controversia, nella quale peraltro spesso è coinvolto proprio lo Stato o una pubblica amministrazione.

Quando ciò avviene, la legge viene dichiarata **costituzionalmente illegittima** non soltanto in base ai parametri costituzionali interni, ma, per il tramite dell'**articolo 117 della Costituzione**, anche in relazione ai **parametri interposti della CEDU**.

Nel diritto civile, le questioni di **diritto intertemporale** trovano un primo banco di prova nel molto discusso concetto di **invalidità sopravvenuta** o **nullità sopravvenuta**.

La questione si pone soprattutto con riferimento ai **contratti di durata**, quando un contratto concluso in costanza di un determinato quadro normativo produce effetti destinati a perdurare nel tempo, fino al momento in cui interviene una nuova norma che elimina alcuni dei presupposti normativi in conformità ai quali quel contratto era stato correttamente concluso.

Occorre allora stabilire che cosa accada quando ciò si verifica e quale tipo di patologia debba essere individuato: una **nullità** oppure qualcosa di diverso.

Secondo la concezione tradizionale, il contratto sarebbe da considerare nullo soltanto se il vizio esiste al momento della sua conclusione. Nei manuali si afferma che la **nullità è genetica**. Esisterebbe quindi, secondo questa tradizionale prospettiva, un vero e proprio **principio di contemporaneità tra la conclusione del contratto e la patologia**, almeno per quanto riguarda la nullità. Da ciò deriva la tradizionale diffidenza della dottrina nei confronti del concetto di **nullità sopravvenuta**.

Gli argomenti attraverso i quali si giunge a questa conclusione, accolta dalla stragrande maggioranza dei manuali istituzionali, sono diversi.

In primo luogo, si argomenta dal fatto che manca, nel nostro ordinamento, una disciplina specifica delle **nullità sopravvenute**, diversamente da quanto accade in altri ordinamenti. Se si allarga lo sguardo verso altre esperienze, ad esempio in Francia, si rileva che nel 2016 il legislatore francese, riformando il Code civil, ha introdotto l'istituto della **nullità successiva**. Si potrebbe quindi affermare che, se il legislatore, laddove ha voluto, ha introdotto un regime specifico per la nullità sopravvenuta, vi sarà una ragione.

Gli **articoli 1418 e seguenti del codice civile**, invece, identificano un regime della nullità, si pensi anzitutto alla **retroattività della nullità tra le parti e nei confronti dei terzi**, che non si conforma all'idea di una nullità successiva.

Un ulteriore argomento sul quale fa leva l'impostazione tradizionale è di carattere logico. Se si ammettesse la **nullità sopravvenuta**, si arriverebbe a un paradosso.

Un contratto è valido quando viene concluso, perché conforme alla normativa allora esistente. Successivamente, il contratto viene dichiarato nullo per effetto della normativa sopravvenuta. Tuttavia, il regime della nullità implica la **retroattività**. Si avrebbe quindi una nullità operante **ab**

origine e, di conseguenza, il medesimo contratto sarebbe contemporaneamente considerato valido e invalido.

Questa è la ragione per la quale i fautori di questa tradizionale e ancora prevalente concezione distinguono il **contratto inteso come atto** dal **contratto inteso come rapporto giuridico** che nasce dall'atto. Mentre il contratto come atto risponde soltanto ai requisiti normativi esistenti al momento della conclusione, diverso è il discorso relativo ai **contratti di durata**, per quanto riguarda il rapporto: questo può eventualmente essere disciplinato diversamente dal legislatore. La sopravvenienza determinerebbe, quindi, una sorta di **inefficacia successiva**, e non la patologia della nullità.

A questa tesi si è opposta autorevole dottrina. **Carmine Donisi** ha dedicato parte della propria riflessione alla dimostrazione dell'infondatezza della tesi dell'inammissibilità della **nullità sopravvenuta**, valorizzando, in primo luogo, l'argomento secondo cui non esisterebbe alcuna norma che vieti il concetto di nullità sopravvenuta.

Inoltre, si argomenta in tal senso muovendo da una considerazione di carattere storico. Il legislatore prevede un regime della nullità caratterizzato dalla retroattività perché ha avuto fondamentalmente presente il modello del **contratto istantaneo**. È questo il paradigma di fondo che si ritrova nel codice civile.

Esistono anche i **contratti di durata**, ma tutta la questione delle sopravvenienze, anche fattuali, relative a tali contratti pone rilevanti problemi nel nostro ordinamento, perché non esiste una disciplina autosufficiente con riferimento alle patologie che sopravvengono nella fase esecutiva del contratto. Si pensi all'**eccessiva onerosità sopravvenuta** e alla presenza, sostanzialmente, di norme specifiche riferite ad alcuni contratti tipici.

Secondo questa impostazione, la mancata configurazione legislativa della nullità sopravvenuta risentirebbe quindi dell'impostazione di fondo del legislatore, che aveva presente principalmente il contratto istantaneo e non si è posto specificamente il problema.

Non dovrebbe, pertanto, ritenersi inconfigurabile una nullità sopravvenuta quando viene in rilievo un negozio o un contratto che non si esaurisce istantaneamente, ma possiede una forza vitale tale da perdurare nel tempo. Quando ciò accade, quel contratto può essere oggetto di un'ulteriore qualificazione per effetto della norma successiva che entra in vigore.

Viene utilizzata, a questo proposito, la nozione di **negozio vitale**, cioè di un contratto che continua ad avere vita. Il contratto non scompare dopo la stipulazione, ma continua a vivere fino alla completa realizzazione della propria funzione.

Per i fautori di tale indirizzo, tuttavia, anche se la patologia viene qualificata come **nullità sopravvenuta**, il regime applicato è in qualche modo sui generis. La patologia che affligge il contratto sarebbe sì una nullità, ma una nullità che vale soltanto per il futuro, una **nullità ex nunc**.

Sul piano della **teoria generale del diritto**, la questione inizia quindi a diventare più complessa.

Prima di confutare questa tesi sul piano della teoria generale, occorre considerare che questo dibattito non è rimasto confinato alla dottrina. Una riprova storica si è avuta con riferimento alla questione delle **fideiussioni omnibus**.

Nel 1992 il legislatore ha modificato l'**articolo 1938 del codice civile**, stabilendo che le fideiussioni devono prevedere un **importo massimo garantito**. Si pose allora la questione di che cosa sarebbe accaduto alle fideiussioni stipulate prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina, i cui effetti continuavano però a prodursi nel tempo.

La **Corte costituzionale**, con una nota sentenza, pur senza prendere posizione sulla questione di teoria generale relativa alla nullità sopravvenuta o all'inefficacia sopravvenuta, ha fornito indicazioni di grande respiro sistematico. Le **fideiussioni omnibus** stipulate prima del 1992 restavano intangibili per quanto riguardava gli effetti già esauriti. Diverso era il discorso per gli effetti non ancora esauriti, perché non sarebbe stato più possibile ottenere l'escussione di quella fideiussione senza limiti di importo garantito.

Nella giurisprudenza della Cassazione si è invece registrato un **contrasto interpretativo** tra la tesi che ha espressamente preso posizione a favore dell'**inefficacia sopravvenuta** e la tesi favorevole alla **nullità sopravvenuta**.

Quest'ultima viene chiamata nullità sopravvenuta, ma non costituisce una vera nullità sopravvenuta secondo il regime ordinario, perché riguarda soltanto il futuro ed è teoricamente più vicina al concetto di **risoluzione** che a quello di nullità.

Una parte della giurisprudenza ha comunque aderito alla tesi della nullità sopravvenuta. Tale costruzione, quindi, non è rimasta soltanto sul piano dottrinale, ma è stata seguita da una parte della giurisprudenza, la quale, tuttavia, non ha applicato fino in fondo il regime classico della nullità: ha applicato il regime di una nullità con effetti **ex nunc**, quindi soltanto per il futuro.

Un ulteriore banco di prova è stato rappresentato dal caso dell'**usura sopravvenuta**, questione esaminata addirittura dalle **Sezioni Unite**.

Prima del 1996, e quindi prima della riforma del **reato di usura**, l'usura era concepita in una chiave spiccatamente soggettiva. Per effetto della riforma del 1996, oggi nell'**articolo 644 del codice penale** si rinviene una disciplina che individua l'usura sulla base di una soglia da non superare.

Si era quindi posto il problema di stabilire che cosa accadesse qualora il tasso fosse lecito al momento della stipulazione del contratto, ma successivamente superasse il **tasso soglia**, che è un tasso variabile, fissato periodicamente. Occorreva stabilire se, in questo caso, si verificasse una **nullità sopravvenuta** oppure un'**inefficacia sopravvenuta**.

Le **Sezioni Unite** non hanno preso posizione sulla configurabilità della nullità sopravvenuta o dell'inefficacia sopravvenuta, perché hanno escluso in radice il fenomeno dell'**usurarietà sopravvenuta**, sulla base della specifica disciplina dell'usura.

Dopo il 1996, infatti, il legislatore ha introdotto una **legge di interpretazione autentica** con la quale ha chiarito che il tasso usurario deve essere verificato soltanto al momento della stipulazione del contratto e che non rilevano eventuali successive modifiche intervenute nella fase esecutiva. Muovendo da questa legge di interpretazione autentica, le Sezioni Unite non hanno quindi configurato il fenomeno della sopravvenienza.

Sul piano della **teoria generale del diritto**, occorre allora verificare se possa essere confutata la tesi della nullità sopravvenuta.

Nell'esposizione di un tema, dopo aver rappresentato le diverse tesi e averle argomentate, l'ideale sarebbe aggiungere un contributo autonomo, mostrando di possedere una visione che non rimanga circoscritta al tema specifico della nullità sopravvenuta, ma sia capace di allargare l'orizzonte.

L'argomentazione a sostegno della **nullità sopravvenuta**, per quanto autorevole, non appare idonea a sostenere la tesi che intende affermare. In senso contrario appare decisivo proprio il rilievo messo in evidenza dalla dottrina dominante: non esiste un regime della nullità sopravvenuta.

È vero che non esiste un divieto, ma non esiste neppure un regime che si adatti alla nullità sopravvenuta.

Il **regime della nullità** previsto dal legislatore si ricava dagli **articoli 1418, 1419, 1420, 1421 e 1422 del codice civile** e dall'**articolo 2652, n. 6, del codice civile**, relativo alla cosiddetta **trascrizione sanante**. Dal combinato disposto di queste norme si ricava pacificamente l'assunto secondo cui, quando si verifica una nullità, il contratto viene travolto con efficacia **ex tunc**, salva la disciplina dell'articolo 2652, n. 6, sulla trascrizione sanante.

Soprattutto sul piano della **teoria generale del diritto**, appare problematica la concezione di una nullità creata dall'interprete in assenza di un regime normativo espresso.

Le **regole di validità del contratto** sono regole peculiari, perché, implicando sanzioni particolarmente severe, tra le più severe previste dall'ordinamento civile, devono rispondere a uno **statuto normativo rigido**, improntato a esigenze di rigore e di certezza. Si tratta di uno statuto che non può essere plasmato a piacimento dall'interprete.

Delle due l'una: se esiste un regime della nullità che restituisce il dato di una nullità retroattiva tra le parti e rispetto ai terzi, non è possibile ignorarlo elaborando un nuovo regime, non previsto dal legislatore, caratterizzato da una nullità operante soltanto **ex nunc**.

Se, invece, la nullità deve essere retroattiva, ritorna l'obiezione di carattere logico, prima ancora che giuridico, dalla quale muoveva la tesi contraria alla nullità sopravvenuta: si avrebbe un contratto contemporaneamente nullo e valido.

Per evitare questa contraddizione, la dottrina più autorevole, già dalla metà del secolo scorso, muovendo dalla **teoria generale del diritto**, ha distinto la **fattispecie negoziale** dal **rapporto giuridico**.

Per **fattispecie** si intende il fatto, o il complesso di fatti, preso in considerazione dal diritto e qualificato dall'ordinamento. La **fattispecie concreta** viene sussunta nella **fattispecie astratta** prevista dall'ordinamento.

Gli **effetti**, invece, costituiscono la risposta dell'ordinamento a determinate fattispecie dopo che l'ordinamento le ha qualificate.

Lo schema è quindi costituito da una **fattispecie**, da una **valutazione dell'ordinamento** e dagli **effetti** che ne conseguono. A partire dagli studi della pandettistica, tali effetti sono tradizionalmente ricondotti alla **costituzione, modificazione, estinzione** o regolazione di un **rapporto giuridico**.

Traslando questi principi di teoria generale sulla questione specifica, la dottrina più autorevole, a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso, ha distinto il **contratto come fattispecie** dal **contratto**

come rapporto e ha distinto le **norme che incidono sulla fattispecie** dalle **norme che incidono sul regolamento contrattuale**.

Come osservava questa dottrina, un mutamento sopravvenuto a livello di **fattispecie** non è concepibile. Qual è, infatti, l'effetto della fattispecie contrattuale? Quello di produrre il **vincolo contrattuale** di cui parla l'**articolo 1372 del codice civile**, cioè la **forza di legge del contratto tra le parti**. Questo è l'effetto prodotto dalla fattispecie e tale effetto non è più ritrattabile, salvo che le parti non pongano in essere un contratto di segno contrario che risolva volontariamente il precedente contratto.

L'effetto della **forza di legge tra le parti**, previsto dall'**articolo 1372 del codice civile**, si è ormai verificato e non può venire meno per effetto di una norma sopravvenuta di segno diverso.

La sopravvenienza può invece spiegare efficacia quando investe il **contratto come rapporto**, cioè quando la norma attiene al rapporto contrattuale. Il rapporto contrattuale, anche alla luce degli studi sull'**integrazione del contratto**, è infatti il risultato sia dell'apporto dell'**autonomia privata**, sia di **fonti eteronome** che integrano il contenuto del contratto.

Così come le parti possono modificare il contratto in via negoziale, anche la legge può integrare il contratto e gli effetti del contratto in via sopravvenuta.

Il **contratto come fattispecie** è quindi governato dalla legge vigente al tempo in cui è stato concluso, mentre il **contratto come rapporto**, se la norma si riferisce proprio al rapporto, può essere assoggettato a una disciplina sopravvenuta. Quando tale disciplina sopravvenuta incide nel senso dell'inefficacia di quel diritto, come nel caso della **fideiussione omnibus**, renderà quella fideiussione non più escutibile per il futuro, ma non determinerà la nullità del contratto di fideiussione che aveva generato quell'effetto.

La giurisprudenza più recente si orienta esattamente in questo modo. Nel 2026 questi principi sono stati affermati con riferimento al **contratto di conto corrente bancario**, rispetto al quale il legislatore era intervenuto modificando i criteri di determinazione dei **tassi sostitutivi**. Si è parlato espressamente di **inefficacia sopravvenuta**, ridimensionando, se non addirittura espungendo dal sistema, il concetto di **nullità sopravvenuta**.

Lo **ius superveniens** può riguardare anche il **diritto amministrativo**, non soltanto il diritto civile.

Il problema pratico fondamentale che si pone nel diritto amministrativo riguarda la legge applicabile quando la normativa di riferimento cambia durante il **procedimento amministrativo**, quindi durante la sequenza nella quale si snoda l'esercizio del potere che sfocia nell'adozione di un **provvedimento amministrativo**.

Anche qui il problema nasce dalla tensione tra due esigenze opposte.

Da una parte vi sono l'esigenza di **stabilità**, di **prevedibilità** e di **tutela dell'affidamento**. Chi avvia il procedimento fa affidamento sulle regole vigenti al momento dell'avvio e vorrebbe che continuassero ad applicarsi soltanto quelle regole. Anche la **calcolabilità giuridica**, sul piano dell'analisi economica, si fonda sulla possibilità di calcolare il rischio giuridico avendo presente il quadro normativo esistente al momento in cui il procedimento ha inizio.

A questa esigenza si contrappone, nel diritto amministrativo, un'esigenza di segno contrario: quella per cui il **potere amministrativo** deve essere esercitato sempre e comunque per curare al meglio l'**interesse collettivo**. Per farlo, la pubblica amministrazione deve poter operare sulla base della norma attributiva del potere che le consente di tutelare nel modo migliore l'interesse pubblico. Se cambia la norma e la nuova disciplina attribuisce alla pubblica amministrazione un potere più efficace per tutelare l'interesse pubblico, l'amministrazione dovrebbe applicare quella nuova norma. Il punto di equilibrio tra queste due esigenze contrapposte è stato tradizionalmente individuato nel principio del **tempus regit actum**, corollario dello stesso **principio di legalità**, che costituisce fondamento e limite del potere amministrativo.

Il principio del **tempus regit actum** significa che ogni atto amministrativo e ogni fase procedimentale sono disciplinati dalla norma vigente nel momento in cui l'atto viene adottato.

Il procedimento amministrativo si articola in fasi, a partire dagli studi di Sandulli degli anni Quaranta del secolo scorso: **fase di iniziativa**, **fase istruttoria** e **fase integrativa dell'efficacia**. Se, in relazione alle diverse fasi, cambia la normativa, la pubblica amministrazione deve applicare la legge di volta in volta vigente rispetto agli atti che non ha ancora adottato. Il procedimento ancora **in itinere** si adegua quindi ai mutamenti normativi.

Questa regola, tuttavia, non vale sempre. I principi seguono una logica che non è quella della prevalenza assoluta di una regola priva di eccezioni, ma quella del **bilanciamento**.

La giurisprudenza del **Consiglio di Stato** ha individuato eccezioni alla regola del **tempus regit actum** con riferimento a determinati procedimenti amministrativi nei quali assume maggiore rilevanza l'esigenza di tutelare l'**affidamento**, la **par condicio** e la stabilità.

È stato così elaborato il principio del **tempus regit actionem**, che si contrappone al **tempus regit actum**.

Secondo il principio del **tempus regit actionem**, il punto di riferimento non è il singolo atto, di volta in volta adottato, ma l'intero procedimento. La disciplina applicabile è quindi quella, e soltanto quella, esistente nel momento in cui il procedimento ha inizio.

Tra i procedimenti amministrativi rispetto ai quali la giurisprudenza, in via pretoria e attraverso il bilanciamento dei contrapposti interessi, ha elaborato questo principio rientrano, innanzitutto, i **concorsi**, le **procedure selettive** e le procedure a **evidenza pubblica**, come una gara d'appalto.

In questi casi emerge un'esigenza particolare di stabilità della disciplina, perché modificare le regole durante la competizione potrebbe ledere il principio della **par condicio**, la certezza e l'affidamento. Sarebbe come se l'arbitro modificasse le regole della partita dopo che questa è già iniziata.

La giurisprudenza non si è fermata a queste tipologie di procedimenti amministrativi, rispetto alle quali è ormai consolidata la massima secondo cui, dopo il bando, non si cambiano le regole, anche se il bando non rappresenta l'ultima fase del procedimento amministrativo.

Applicando rigidamente il principio del **tempus regit actum**, si sarebbe dovuta applicare l'eventuale disciplina sopravvenuta. La giurisprudenza esclude invece questa soluzione perché vi sono esigenze di segno contrario che devono essere contemplate.

Una seconda casistica è stata individuata nei procedimenti che presuppongono **investimenti sofisticati e onerosi** da parte degli istanti. Si pensi alle autorizzazioni per la realizzazione di **medie strutture di vendita**, come i centri commerciali.

In questi casi vengono effettuati investimenti molto rilevanti e la giurisprudenza, ancora una volta in via pretoria, ha ritenuto necessario tutelare l'affidamento di chi, investendo ingenti risorse, non deve essere pregiudicato da un mutamento normativo intervenuto ex post.

Un'altra questione che il **diritto intertemporale** solleva nel diritto amministrativo riguarda il rapporto tra il **giudicato** e le **sopravvenienze normative**.

Il problema consiste nello stabilire quale sia la fonte normativa applicabile nel caso in cui la pubblica amministrazione debba **riesercitare il potere amministrativo** dopo una sentenza del giudice passata in giudicato che abbia annullato il primo provvedimento amministrativo.

Se una sentenza passata in giudicato annulla un provvedimento amministrativo, occorre stabilire se l'amministrazione, nel riesercitare il potere, possa applicare la normativa sopravvenuta al giudicato oppure debba continuare a fare riferimento alla normativa esistente quando il potere era stato esercitato per la prima volta e il relativo provvedimento era stato successivamente annullato dal giudice.

Anche qui emerge una tensione tra due esigenze opposte.

La prima è quella della **stabilità del giudicato**. La **res iudicata** è tradizionalmente portatrice dell'idea secondo cui, una volta formatosi il giudicato, si rompe il rapporto tra legge e provvedimento, tra norma attributiva del potere e provvedimento: la nuova regola è quella stabilita dal giudicato. Non è possibile travolgere l'accertamento contenuto in una sentenza passata in giudicato.

Dall'altro lato vi è, ancora una volta, l'esigenza di **dinamicità del potere amministrativo**, che postulerebbe un adattamento alla normativa sopravvenuta.

Si pensi a un'istanza di **permesso di costruire** presentata quando esisteva un determinato quadro normativo. La pubblica amministrazione non concede il permesso di costruire. Il giudice amministrativo annulla, con una sentenza che passa in giudicato, l'esercizio di quel potere, ritenendolo illegittimo. Il privato potrebbe allora ottenere, in esecuzione del giudicato, il permesso di costruire, un tempo concessione edilizia. Se, a quel punto, il Comune modificasse il piano regolatore in modo da impedire nuovamente il rilascio del permesso di costruire, la controversia potrebbe non avere mai fine, perché l'amministrazione potrebbe di fatto eludere continuamente il giudicato.

Anche rispetto a queste due esigenze la soluzione non si pone integralmente a favore dell'una o dell'altra. La giurisprudenza ha individuato un punto di equilibrio.

Il **giudicato** può incontrare limiti nelle sopravvenienze di fatto o di diritto anteriori alla sentenza divenuta irrevocabile. Quando interviene una sentenza irrevocabile, da quel momento, in linea di principio, non è più possibile modificare il quadro normativo con riferimento a quel procedimento. L'idea di fondo consiste nell'individuare un momento oltre il quale la situazione deve stabilizzarsi in via definitiva. In questo modo, il **giudicato cristallizza anche la situazione normativa**.

Si verifica il fenomeno che **Aldo M. Sandulli** definiva della concessione, oggi permesso di costruire, **“ora per allora”**.

Se vi è una sentenza passata in giudicato che stabilisce che quella concessione spettava, la concessione deve essere rilasciata anche se, successivamente al giudicato, sia stato adottato un nuovo piano regolatore che, alla luce della situazione attuale, non consentirebbe più di concederla. Deve quindi applicarsi il regime esistente nel momento rilevante rispetto all'esercizio originario del potere.

Anche questa regola, tuttavia, non è priva di eccezioni. La logica non è quella dell'**aut-aut**, ma quella dell'**et-et**.

Non ogni giudicato è infatti uguale agli altri. Si distingue tra **giudicato di spettanza** e **giudicato non di spettanza**.

Vi sono giudicati che non risolvono integralmente la controversia e che, utilizzando le espressioni del codice del processo amministrativo, non arrivano a verificare la **fondatezza della pretesa** avanzata in giudizio. Non definiscono quindi definitivamente e non esauriscono tutti gli ulteriori tratti dell'azione amministrativa.

Quando il giudicato non è di spettanza, come normalmente avviene in presenza di un'**attività discrezionale** della pubblica amministrazione, restano non condizionati dal giudicato i cosiddetti **tratti liberi dell'azione amministrativa**, cioè quelli che il giudicato non ha stigmatizzato.

In presenza di un **giudicato di annullamento**, i tratti della discrezionalità rimasti impregiudicati dal giudicato possono essere nuovamente esercitati dalla pubblica amministrazione nella pienezza delle proprie competenze. In relazione a tali profili, l'amministrazione può quindi applicare anche il **diritto sopravvenuto**, persino successivamente al giudicato.

Ciò è possibile perché, in questo caso, il giudicato non è un giudicato di spettanza: non ha riconosciuto una volta per tutte al soggetto il **bene della vita**. Con riferimento agli ulteriori tratti di discrezionalità che l'amministrazione può ancora esercitare, essa potrà quindi fare riferimento a un quadro normativo diverso e sopravvenuto.

Anche con riferimento ad altre situazioni la giurisprudenza ritiene possibile applicare, dopo il giudicato, lo **ius superveniens**, introducendo quindi una deroga al principio generale.

Ciò avviene quando vengono in rilievo **situazioni durevoli**. Il principio è molto simile a quello dell'**inefficacia sopravvenuta** esaminato con riferimento al contratto.

Si pensi alla **concessione amministrativa**, che per definizione instaura un rapporto di durata. Il Consiglio di Stato ha più volte sancito il principio per cui, rispetto a una concessione di durata, trova applicazione il **tempus regit actum**, perché il rapporto, perdurando nel tempo, può essere oggetto di una diversa qualificazione normativa.

Un esempio paradigmatico si è avuto con riferimento alla **concessione ad ASPI** dopo la caduta del ponte di Genova, successivamente modificata. Applicando rigidamente il principio del tempus regit actum, ciò non sarebbe stato possibile.

Anche la questione dell'**illegittimità sopravvenuta del provvedimento amministrativo** si pone in termini simili a quelli esaminati con riferimento alla nullità sopravvenuta.

A partire da una storica ricostruzione di **Santi Romano**, risalente agli anni Trenta del secolo scorso, è stata ipotizzata la figura dell'**invalidità successiva del provvedimento amministrativo**.

Un provvedimento, nel momento in cui viene adottato, può essere completo di tutti i suoi elementi necessari e non presentare alcun vizio rispetto al quadro normativo di riferimento vigente al momento della sua adozione. In un secondo momento, tuttavia, potrebbe essere colpito da un difetto sopravvenuto a seguito del mutamento del quadro normativo.

Al pari di quanto avviene con riferimento alla **nullità successiva**, anche il concetto di **illegittimità sopravvenuta del provvedimento amministrativo** è fortemente controverso.

Una parte della dottrina sostiene addirittura che quello dell'illegittimità successiva del provvedimento amministrativo costituisca un falso problema.

Il provvedimento amministrativo deve infatti essere valutato, in linea di principio, sulla base del **tempus regit actum**, quindi alla luce dello stato di fatto e di diritto esistente al momento della sua adozione. In linea di principio, un mutamento normativo successivo non dovrebbe quindi assumere rilievo.

Se assumesse rilievo, verrebbe meno la stessa idea posta alla base del **tempus regit actum**.

Le cose, tuttavia, non sono così semplici. La giurisprudenza del **Consiglio di Stato**, secondo un orientamento costante, ritiene che possano verificarsi alcuni casi eccezionali di **invalidità sopravvenuta del provvedimento amministrativo**.

Si parla di invalidità sopravvenuta perché, tra coloro che ne ammettono la configurabilità, vi è chi propende per la tesi della **nullità** e chi, invece, per quella dell'**annullabilità del provvedimento**.

I casi eccezionali nei quali la giurisprudenza ammette, in linea di principio, una **illegittimità successiva del provvedimento amministrativo** sono tre.

Il primo ricorre quando la legge successiva è, per espressa previsione legislativa, **retroattiva**. In questo caso, tuttavia, parlare rigorosamente di illegittimità successiva non è del tutto corretto, perché, proprio in quanto retroattiva, la legge finisce per individuare un vizio **ab origine** del provvedimento. Retroagendo, infatti, essa riqualifica, con riferimento al momento in cui il provvedimento è stato adottato, la conformità o meno di quel provvedimento al quadro normativo. Esistono, invece, altre due situazioni nelle quali è più corretto parlare di **illegittimità successiva**.

La prima si verifica quando un provvedimento viene adottato sulla base di una **norma attributiva del potere** che viene successivamente dichiarata **costituzionalmente illegittima**.

La seconda ricorre, mutatis mutandis, quando la norma attributiva del potere è contenuta in un **decreto-legge non convertito**. Il decreto-legge attribuisce alla pubblica amministrazione un determinato potere; sulla base di quella norma viene adottato un provvedimento, ma successivamente la norma viene meno perché il decreto-legge non viene convertito.

In entrambe queste evenienze la giurisprudenza parla di **invalidità successiva del provvedimento**.

A partire da una storica sentenza dell'**Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 1963**, la giurisprudenza non si è limitata a qualificare il fenomeno in termini di invalidità successiva, ma ha escluso che si tratti di una **nullità sopravvenuta**, anche quando la norma dichiarata

costituzionalmente illegittima sia proprio la norma attributiva del potere. In questi casi si avrebbe soltanto un **provvedimento annullabile**.

Questo approdo giurisprudenziale, per lungo tempo fortemente consolidato, è stato recentemente messo in discussione da una pronuncia del Consiglio di Stato.

Una parte della dottrina ha infatti obiettato, e una recente sentenza del Consiglio di Stato ha seguito questa impostazione, che, per effetto della sentenza della Corte costituzionale che dichiara illegittima la norma, non potrebbe parlarsi propriamente di invalidità sopravvenuta.

Le sentenze della **Corte costituzionale** non abrogano tecnicamente le norme, ma le annullano. La differenza rispetto all'**abrogazione** è che abrogare significa, tecnicamente, disporre diversamente: una legge, da un determinato momento, non è più vigente, normalmente perché viene introdotta una disciplina di segno diverso e incompatibile. L'**annullamento**, invece, produce effetti retroattivi. Da ciò si trae l'argomento secondo cui, se l'annullamento conseguente alla dichiarazione di illegittimità costituzionale è retroattivo, non dovrebbe parlarsi di invalidità sopravvenuta del provvedimento, ma di **invalidità originaria**, analogamente a quanto osservato con riferimento alla legge retroattiva.

Questa tesi si spinge oltre. Se l'invalidità è originaria e riguarda proprio la **norma attributiva del potere**, quando quest'ultima viene dichiarata costituzionalmente illegittima si verificherebbe quanto previsto dall'**articolo 21-septies della legge sul procedimento amministrativo**, cioè una **nullità per difetto assoluto di attribuzione**.

Secondo questa impostazione, dunque, non si avrebbe una mera annullabilità, ma una vera e propria nullità del provvedimento.

Questa tesi, pur essendo stata seguita da una recente sentenza del Consiglio di Stato, non appare condivisibile. Per comprenderne le ragioni occorre ancora una volta attingere ai principi di **teoria generale del diritto**.

Lo schema basilare dell'azione amministrativa è **norma-fatto-potere-effetto**.

A differenza di quanto accade nel diritto civile e, in generale, nella materia dei **diritti soggettivi**, nella quale il legislatore, quando riconosce la meritevolezza di tutela di una situazione, compie esso stesso il bilanciamento degli interessi e cristallizza l'esito di quel bilanciamento in una norma che riconosce un diritto soggettivo, nel diritto amministrativo questo non accade.

Il **diritto soggettivo**, quando esiste, non può fisiologicamente restare insoddisfatto: o viene soddisfatto in forma specifica oppure, nei casi previsti, per equivalente attraverso il risarcimento.

Il diritto amministrativo presenta invece una peculiarità. Il legislatore, quando emana la norma, non definisce integralmente il conflitto di interessi, ma ne demanda la definizione alla pubblica amministrazione attraverso l'intermediazione del **potere amministrativo**, normalmente discrezionale.

La legge incanala il potere. La **norma attributiva del potere** opera come i binari di un treno: la pubblica amministrazione non può uscire da quei binari. All'interno di questi limiti, tuttavia, il conflitto di interessi non è risolto una volta per tutte dal legislatore, ma costituisce il risultato di una

valutazione comparativa e di una **ponderazione dei diversi interessi** effettuata dalla pubblica amministrazione nell'esercizio del proprio potere.

Questo si traduce nello schema **norma-fatto-potere-effetto**. Tra la norma e l'effetto si interpone quindi l'esercizio del potere.

Questo fenomeno viene indicato come **autonomia del momento amministrativo**, cioè autonomia del momento dell'esercizio del potere amministrativo.

Di conseguenza, quando viene eliminata la norma, come accade quando la Corte costituzionale la dichiara costituzionalmente illegittima, non viene automaticamente eliminata anche quella parte costituita dall'esercizio del potere, fino al punto da poter identificare un'assenza originaria di potere e, dunque, una nullità del provvedimento.

È questa la ragione per la quale, sin dal 1963, l'**Adunanza Plenaria** ha parlato di **annullabilità**.

Non è corretto neppure affermare che, per effetto della sentenza della Corte costituzionale, l'invalidità sia necessariamente originaria anziché sopravvenuta. Fino al momento in cui la Corte costituzionale elimina la norma, infatti, l'atto produce i propri effetti.

La conferma sta nel fatto che, prima della sentenza della Corte costituzionale, l'amministrazione non potrebbe procedere all'**annullamento d'ufficio** di quel provvedimento per il solo fatto che la norma sulla quale esso si fonda sarà successivamente dichiarata costituzionalmente illegittima.

L'idea secondo cui un potere esercitato sulla base di una norma successivamente dichiarata incostituzionale sarebbe in realtà già originariamente illegittimo, perché l'illegittimità della norma esisteva già ed è stata soltanto scoperta in un momento successivo, non è quindi corretta.

Fino al momento in cui la norma non viene dichiarata costituzionalmente illegittima, gli effetti prodotti sono legittimi, tanto che non possono essere rimessi in discussione neppure dall'amministrazione attraverso un **annullamento d'ufficio**. Il provvedimento di annullamento d'ufficio in autotutela presuppone infatti l'**illegittimità del provvedimento**, che fino alla dichiarazione di incostituzionalità non sussiste.

Nel **diritto penale**, la questione dello **ius superveniens** è maggiormente semplificata dalla disciplina normativa, pur trattandosi di principi di ampio respiro sistematico che conducono a importanti ricostruzioni dogmatiche e giurisprudenziali.

In linea di principio, vengono in rilievo l'**articolo 25 della Costituzione** e l'**articolo 2 del codice penale**.

Per la **nuova incriminazione** opera il principio di irretroattività. L'**articolo 2, comma 2, del codice penale**, invece, disciplina l'ipotesi nella quale viene meno l'incriminazione, con una sorta di **iper-retroattività**, perché vengono meno anche gli effetti della sentenza definitiva di condanna.

Vi è poi la **successione modificativa**, disciplinata dall'**articolo 2, comma 4, del codice penale**, nell'ambito della quale la disciplina più favorevole opera retroattivamente, ma incontra il limite del giudicato.

Il principio di **irretroattività** e quello della **retroattività favorevole** hanno basi costituzionali differenti: il primo trova fondamento nell'**articolo 25 della Costituzione**; il secondo nell'**articolo 3**

della Costituzione e nell'articolo 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, a partire dal caso **Scoppola**.

Ciò che nel diritto penale solleva maggiori problemi è comprendere quando si verifichi il fenomeno della cosiddetta **abrogatio sine abolitione**.

Il legislatore può abrogare formalmente una norma senza che ciò implichi necessariamente il venir meno della rilevanza penale del fatto. Nonostante l'abrogazione formale, possono infatti esservi casi nei quali l'incriminazione permane.

Ciò può avvenire quando, a seguito dell'abrogazione, si riespande la portata di una **norma generale** già esistente nel sistema: ad esempio, venendo meno una fattispecie speciale, può riespandersi quella generale.

Può inoltre accadere quando, contestualmente all'abrogazione, venga riformulata una norma preesistente in modo da includere anche i fatti precedentemente previsti dalla norma abrogata.

Un'ulteriore ipotesi ricorre quando, contestualmente all'abrogazione, venga introdotta una nuova fattispecie criminosa avente il medesimo contenuto della norma abrogata. Una questione di questo genere si è posta, almeno in parte, con riferimento alla disciplina della distrazione in occasione dell'abrogazione dell'**abuso d'ufficio**.

Terminata la trattazione dello **ius superveniens**, vengono in rilievo le questioni sollevate dall'**overruling** e dal **prospective overruling**.

Il problema centrale consiste nello stabilire che cosa accada quando cambia la giurisprudenza.

Anche in questo caso emerge un conflitto fondamentale tra due esigenze.

Da una parte deve essere riconosciuta la **libertà interpretativa del giudice**. Nel nostro ordinamento non esiste, almeno formalmente, il principio dello **stare decisis**: il precedente giudiziario non è formalmente vincolante, anche se sotto questo profilo si sono registrati alcuni cambiamenti.

Dall'altra parte vi è l'esigenza di **tutela dell'affidamento**. Una parte può infatti aver regolato i propri rapporti sulla base dell'interpretazione fino a quel momento consolidata.

Nel modello di **civil law**, quale è il nostro, il precedente giudiziario non è vincolante e una nuova interpretazione non crea formalmente una nuova norma. Non si verifica il fenomeno proprio di altri ordinamenti, come quello statunitense, nel quale assume rilievo la produzione giudiziale del diritto.

Quando cambia l'interpretazione giurisprudenziale, la nuova interpretazione, in linea di principio e secondo l'impostazione tradizionalmente seguita, vale anche per il passato. Essa serve quindi a risolvere anche la controversia iniziata quando era consolidato un orientamento di segno contrario.

L'**overruling** consiste nel mutamento di un precedente orientamento giurisprudenziale consolidato.

Il **prospective overruling** è invece una tecnica attraverso la quale il giudice introduce un nuovo orientamento, diametralmente contrario a quello fino ad allora consolidato, ma stabilisce che esso varrà soltanto per il futuro. Il caso concreto sottoposto al giudizio viene quindi ancora risolto sulla base del precedente formante giurisprudenziale, mentre soltanto per il futuro troverà applicazione il nuovo orientamento.

Questa tecnica nasce dalla tensione tra due diverse esigenze: da una parte, garantire l'**evoluzione del diritto** attraverso un diverso modo di interpretarlo; dall'altra, tutelare l'**affidamento dei soggetti**.

La questione assume rilievo anche nella prospettiva dell'**analisi economica del diritto**, perché il prospective overruling preserva la **prevedibilità della decisione giudiziaria** e la **calcolabilità del diritto**.

La calcolabilità del diritto, secondo la riflessione di **Natalino Irti**, che riprende quella precedente di **Max Weber**, costituisce un elemento essenziale della civiltà giuridica e della modernità giuridica.

Chi investe il proprio denaro ha necessità di conoscere il quadro regolatorio nel quale il proprio investimento si inserirà. Nel quadro regolatorio rientra anche il **diritto vivente**. Se non viene garantita certezza sotto questo profilo, soprattutto con riferimento al diritto amministrativo e al diritto civile, si rischia di perdere investimenti.

Sono quindi anche logiche proprie dell'analisi economica del diritto a imporre il superamento di una concezione del fenomeno interpretativo legata alle categorie della Rivoluzione francese e della **Scuola dell'esegesi**, secondo cui il giudice, quale mera "bocca della legge", si limiterebbe a dichiarare un significato già contenuto nella legge.

Secondo quella concezione, il giudice scoprirebbe il diritto senza inventarlo e, una volta scoperto che fino a quel momento l'interpretazione era errata, il nuovo significato dovrebbe necessariamente valere anche per il passato e non soltanto per il futuro.

Si tratta di una visione ingenua e antistorica dell'**interpretazione**.

Il punto di partenza è la distinzione, risalente a **Veio Crisafulli**, tra **disposizione** e **norma**.

La **disposizione** è l'enunciato legislativo. La **norma** è il significato che a quell'enunciato legislativo attribuisce l'interprete, e in particolare il giudice, all'esito del percorso interpretativo e dell'utilizzazione dei relativi canoni.

Disposizione e norma sono quindi due realtà differenti. Lo iato esistente tra le due viene colmato dal **diritto vivente**, cioè dalle decisioni dei giudici.

Il problema diventa allora stabilire se l'attività interpretativa sia **ars inveniendi** oppure **ars combinatoria**.

L'ars inveniendi è l'attività di chi scopre qualcosa; l'ars combinatoria è l'attività di chi, attraverso la combinazione degli elementi, costruisce qualcosa.

Sul piano della **teoria generale dell'interpretazione**, anche in prospettiva comparata, esiste una netta contrapposizione tra due grandi filoni: da una parte la **teoria cognitiva**, dall'altra la **teoria costitutiva**.

La teoria cognitiva classica considera l'interpretazione un'**attività conoscitiva**. Il giudice scopre il significato che è già presente nella disposizione, lo porta alla luce e, proprio perché quel significato non viene creato ma soltanto riconosciuto, esso è destinato ad applicarsi anche retroattivamente.

Questa tesi presenta tuttavia un limite, perché sottovaluta l'**ambiguità** e la **trama aperta del linguaggio**. Le parole della legge non possiedono sempre un significato univoco.

Viene così meno l'ingenua logica del **sillogismo giudiziale**, secondo la quale sarebbe sufficiente sussumere la fattispecie concreta nella fattispecie astratta per giungere a una soluzione univoca. È sufficiente considerare i diversi orientamenti giurisprudenziali sulle medesime questioni per comprendere questo assunto.

All'estremo opposto, nell'ambito della **teoria costitutiva**, si colloca la **teoria scettica**, o addirittura **giusrealista**, che ha avuto in **Jerome Frank**, componente della Corte Suprema americana, uno dei suoi principali esponenti e che ha avuto particolare diffusione nell'ordinamento statunitense.

Secondo questa impostazione, la norma non esiste prima dell'interpretazione, ma costituisce il risultato di una vera e propria decisione dell'interprete. Il diritto viene quindi creato dall'interprete. Portata all'estremo, tuttavia, neppure questa tesi è sostenibile, perché rischia di trasformare l'interpretazione in **arbitrio**. Non offre criteri attraverso i quali correggere e verificare interpretazioni del giudice che possano essere anche palesemente assurde.

Essa finisce inoltre per compromettere il **principio di calcolabilità del diritto**: se il giudice può attribuire qualsiasi significato a qualsiasi disposizione, la calcolabilità del diritto viene radicalmente meno.

Da qui nasce la ricerca, da parte delle teorie più moderne, di **posizioni intermedie**.

La contrapposizione più recente può essere ricondotta a una **tesi dichiarativa** e a una **tesi costitutiva**. Entrambe, tuttavia, muovono ormai dalla consapevolezza dell'esistenza di una certa **discrezionalità giudiziale nell'interpretazione**, cercando però di individuare limiti a tale discrezionalità.

La prima tesi, che può essere definita **costitutiva moderata**, è quella della **nuova ermeneutica giuridica**, che risale a **Gadamer**. Si tratta di una tesi importante perché è quella accolta dalla **Corte europea dei diritti dell'uomo** con riferimento al diritto penale e sulla cui base la Corte giunge a parificare, come già visto, il **diritto giurisprudenziale** al **diritto di fonte legislativa**.

L'idea fondamentale è che l'interpretazione nasce dal **caso concreto**: è il caso che determina l'interpretazione. Il testo non viene interpretato nel vuoto, ma in relazione a un problema che richiede una soluzione.

Inoltre, secondo questa tesi, l'interpretazione del giudice è condizionata da una serie di fattori. Viene in rilievo, in particolare, la **precomprensione**: quando il giudice interpreta una legge non è mai neutrale, perché possiede conoscenze, aspettative e riferimenti culturali che ne condizionano l'attività. L'interprete, quindi, quando interpreta, opera sempre sulla base di una rappresentazione anticipata della soluzione, condizionata dai propri fattori culturali.

Viene così in rilievo il cosiddetto **circolo ermeneutico**. Norma e fatto si illuminano vicendevolmente: si va dalla norma al fatto e dal fatto alla norma.

La logica è quella della **domanda e della risposta**. Il caso pone al testo una domanda, cioè un problema da risolvere, e la risposta ricavata dal testo modifica, a sua volta, la comprensione del problema. L'interpretazione assume quindi un andamento circolare.

Viene così superata la concezione meramente logicistica e si ammette una **creatività parziale dell'interprete**: si riconosce che il diritto è, almeno in parte, creato anche dal giudice attraverso giudizi di valore.

Il limite a questa creatività viene individuato nel fatto che il giudice non opera isolatamente, ma all'interno di una **comunità di interpreti**, connotata da valori condivisi. Inoltre, la discrezionalità dell'interprete viene controllata attraverso l'**obbligo di giustificare le proprie soluzioni**, cioè mediante l'**argomentazione** e la necessità di motivare tutti gli assunti.

Anche questi correttivi, tuttavia, non sono realmente in grado di scongiurare il cosiddetto **creazionismo giudiziale** e tutto ciò che ne consegue in termini di non calcolabilità del diritto.

L'idea che esistano valori realmente condivisi nella società attuale appare infatti smentita già sul piano fattuale, prima ancora che sul piano giuridico.

Per questa ragione, nel nostro ordinamento raccoglie maggiori consensi la teoria che va sotto il nome di **neopositivismo critico**, elaborata da **Hart** e accolta anche dalla **Corte costituzionale italiana** in almeno due pronunce che costituiscono dei leading cases: una sentenza del 2012, che ha espressamente chiarito che il **diritto giurisprudenziale** non può essere qualificato come diritto di fonte normativa, e la giurisprudenza che ha chiuso il **caso Taricco**, la quale ha affermato il principio secondo cui l'interpretazione del giudice è un *posterius* chiamato a operare nelle zone d'ombra della disposizione, ma non è possibile sostituire alla legge un'interpretazione, anche la più tassativa.

Anche questa tesi riconosce che l'attività dell'interprete non è un'attività asettica e che il giudice non è semplicemente la **bocca della legge**. Si tratta di un assunto che ormai non è più condiviso.

Il problema consiste, piuttosto, nell'individuare i **limiti alla discrezionalità giudiziaria**.

Come insegna anche **Aharon Barak**, tali limiti devono essere rinvenuti, nel nostro ordinamento, innanzitutto nell'**articolo 101, secondo comma, della Costituzione**, secondo cui «i giudici sono soggetti soltanto alla legge».

Occorre soffermarsi sull'avverbio "**soltanto**", che può assumere due significati.

Da un lato, esso garantisce l'**indipendenza del giudice dagli altri poteri**: il giudice non è soggetto al Governo o al Parlamento, ma soltanto alla legge.

Dall'altro lato, secondo i fautori di questo indirizzo, l'avverbio indica anche che la **legge e le parole della legge costituiscono un vincolo per il giudice** nella sua attività interpretativa.

Il vincolo è rappresentato dalle parole della legge, che costituiscono dei cancelli, un recinto, una cornice dalla quale l'interprete non può uscire. Se il giudice non condivide la legge, può sollevare una **questione di legittimità costituzionale**, ma non può sostituire al bilanciamento di interessi compiuto dal legislatore un diverso bilanciamento effettuato direttamente dal giudice.

Se non condivide la soluzione legislativa, deve sollevare la questione di costituzionalità.

L'avverbio "**soltanto**" esprime, quindi, in ultima analisi, la **priorità gerarchica della legge** e la prevalenza del **sistema delle fonti** rispetto all'attività interpretativa. Ciò presidia, in ultima analisi, il **principio di separazione dei poteri**.

Il principio opera anche nella direzione inversa: l'avverbio "**soltanto**" non serve esclusivamente a garantire che i giudici non siano condizionati dal Governo e dal Parlamento, ma anche a garantire questi ultimi rispetto al rischio che il giudice, attraverso la propria attività, finisca per condizionare gli altri poteri dello Stato.

La priorità gerarchica della legge non significa, tuttavia, che rilevino soltanto le **lettere della legge**.

Nell'ambito del nucleo di senso delle parole, che non è sempre univoco, soccorre la classica distinzione di **Hart** tra **core**, cioè il nucleo semantico relativamente certo di ogni disposizione, relativo ai casi facili, e **penumbra**, cioè la zona di incertezza che ogni disposizione può presentare. Quando ci si trova in questa zona di incertezza, ma sempre all'interno della cornice delimitata dalle parole, il giudice può e deve utilizzare gli altri **canoni dell'interpretazione** previsti dall'**articolo 12 delle preleggi**.

Possono quindi essere utilizzate l'**interpretazione sistematica**, l'**interpretazione teleologica**, l'**interpretazione storica**, l'**interpretazione comparatistica** e anche un'interpretazione condotta nella prospettiva dell'**analisi economica del diritto**, purché il risultato interpretativo derivante dal concorso di questi diversi canoni sia comunque riconducibile al **nucleo di senso delle parole**.

Quando ciò non è possibile, l'unica strada è sollevare la **questione di legittimità costituzionale**.

La sentenza redatta dal giudice **Lattanzi**, che chiude il caso Taricco, afferma chiaramente questo principio.

A partire dal 2011, tuttavia, proprio in considerazione della necessità di temperare anche la **calcolabilità delle scelte giuridiche** e la **tutela dell'affidamento**, la Cassazione civile, il Consiglio di Stato e, secondo molti, anche la Cassazione penale hanno ritenuto, a determinate condizioni e senza giungere a equiparare il **formante normativo** e il **formante giurisprudenziale**, che l'**overruling** possa ledere valori così importanti da rendere necessario applicare il mutato orientamento giurisprudenziale soltanto per il futuro.

Viene quindi importata la tecnica nata negli Stati Uniti per effetto della grande elaborazione del giudice **Benjamin Cardozo**, che ha introdotto la tecnica del **prospective overruling** in un ordinamento, quello statunitense, nel quale prevale la teoria costitutiva propria del **giusrealismo**, secondo cui il giudice crea diritto.

La grande dicotomia tra **teorie dichiarative** e **teorie costitutive** non coincide, tuttavia, semplicemente con la distinzione tra le due grandi aree del diritto comparato.

Lo dimostra il caso dell'Inghilterra, dove esistono il common law e lo **stare decisis**, ma non, nella medesima accezione statunitense, il **judge-made law**. Nonostante spesso, nelle ricostruzioni di diritto comparato, vengano accomunati ordinamenti appartenenti alla stessa area, Inghilterra e Stati Uniti presentano sotto questo profilo differenze significative.

In Inghilterra prevale la **teoria dichiarativa**, che risale a **Blackstone**: il giudice non crea il diritto, ma dichiara quale sia il diritto già esistente.

Proprio per questa ragione, in Inghilterra non trova spazio il **prospective overruling**. L'affidamento viene tutelato attraverso un'altra tecnica, quella del **distinguishing**.

La ragione della contrarietà al prospective overruling è legata anche alla **separazione dei poteri**. Con il prospective overruling il giudice finirebbe per farsi legislatore, facendo esattamente ciò che dispone l'**articolo 11 delle preleggi**, dal quale ha preso le mosse l'intera questione.

La contrapposizione iniziale tra **ius superveniens** e **overruling** non è, quindi, più così netta. Gli ordinamenti che ammettono il prospective overruling finiscono, in una certa misura, per parificare

l'orientamento giurisprudenziale che muta radicalmente alla norma legislativa, facendolo valere soltanto per il futuro.

Diversi autori britannici criticano questa impostazione proprio perché la considerano eversiva rispetto alla separazione dei poteri: il giudice si farebbe legislatore, attraversando il **Rubicone tra potere giudiziario e potere legislativo**.

L'affidamento viene invece tutelato attraverso il **distinguishing**. Il giudice non elimina il precedente, ma afferma che esso non è applicabile al caso specifico, perché quest'ultimo presenta una peculiarità tale da poter essere governato da una regola diversa.

Nel nostro ordinamento, a partire dal 2011, la **Cassazione a Sezioni Unite** applica il **prospective overruling**, ma soltanto con riferimento alle **norme processuali** e non anche alle **norme sostanziali**. Un esempio significativo, sul versante delle norme sostanziali, è costituito dalla vicenda dell'**anatocismo bancario**.

Per circa trent'anni la giurisprudenza aveva affermato che l'anatocismo bancario fosse ammissibile sulla base dell'esistenza di un **uso normativo**, cui rinvia l'**articolo 1283 del codice civile**.

Nel 1999 la giurisprudenza cambia radicalmente orientamento e tale soluzione viene poi confermata da una sentenza delle **Sezioni Unite del 2004**, secondo cui quello che per lungo tempo era stato qualificato come uso normativo era, in realtà, un **uso negoziale** e, come tale, non poteva consentire, in contrasto con una norma imperativa, l'anatocismo bancario.

Le banche agirono quindi dinanzi alla Corte di cassazione sostenendo che il nuovo principio potesse anche essere condiviso, ma dovesse valere soltanto per il futuro e non potesse applicarsi ai rapporti di conto corrente iniziati anteriormente al mutamento giurisprudenziale.

L'argomento era che, anche ammettendo che l'uso non fosse normativo ma negoziale, per trent'anni era stata la stessa giurisprudenza ad affermare che si trattava di un uso normativo. In questa prospettiva, quindi, quell'uso normativo sarebbe stato, in qualche modo, creato dalla stessa interpretazione giurisprudenziale consolidata.

La Cassazione ha tuttavia escluso questa ricostruzione muovendo dalla **concezione dichiarativa della giurisprudenza**: la giurisprudenza non crea il diritto, ma lo dichiara. Se l'interpretazione precedente era sbagliata, era sempre stata sbagliata; il fatto che l'errore venga riconosciuto soltanto successivamente non impedisce alla nuova interpretazione di operare anche retroattivamente e, quindi, di applicarsi ai rapporti ancora in corso.

La Cassazione ha aggiunto un ulteriore argomento. Il **prospective overruling** è volto a presidiare la **tutela dell'affidamento**, ma le banche, in quella vicenda, non avrebbero avuto un affidamento meritevole di tutela. L'esistenza dell'uso normativo era stata infatti sostenuta proprio dalle norme bancarie uniformi adottate dalle associazioni rappresentative delle banche. Non vi sarebbe stato, quindi, un affidamento meritevole di tutela, perché l'affidamento assume rilievo quando il soggetto è estraneo alla situazione che ha contribuito a determinare.

Diversamente, a partire dal 2011, le **Sezioni Unite**, e analogamente il **Consiglio di Stato**, hanno ritenuto che la situazione cambi quando il mutamento giurisprudenziale riguarda una **norma processuale**.

In una pronuncia delle Sezioni Unite relativa al **decreto ingiuntivo**, il mutamento giurisprudenziale aveva inciso sul termine per proporre opposizione. In tale caso si è ritenuto che la nuova interpretazione dovesse applicarsi soltanto per il futuro.

Il ragionamento muove dalla peculiarità delle norme processuali. Quando si verifica un mutamento interpretativo, imprevisto e imprevedibile, relativo a una norma processuale, può determinarsi una **preclusione definitiva**.

Se, ad esempio, per effetto del nuovo orientamento viene ridotto il termine per proporre opposizione, la parte può trovarsi definitivamente impossibilitata a proporla. Emerge allora, nella logica del bilanciamento, un'esigenza particolarmente intensa di tutela dell'**affidamento**.

Un ragionamento analogo è stato sviluppato nel **diritto amministrativo**.

Una sentenza dell'**Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 2017** aveva trasposto questi principi anche in materia di **diritto sostanziale amministrativo**, in particolare con riferimento agli **strumenti paesaggistici**.

La giurisprudenza successiva ha tuttavia smentito questo precedente della stessa Adunanza Plenaria, tornando a muovere dalla **concezione dichiarativa dell'interpretazione**: il giudice scopre il diritto e il diritto giurisprudenziale non può essere parificato al diritto di fonte normativa.

Il problema dell'**overruling** assume, tuttavia, tratti ancora più delicati nel **diritto penale**, perché viene direttamente in gioco la **libertà della persona**.

La questione diventa quindi stabilire che cosa accada, nel diritto penale, quando la giurisprudenza cambia orientamento in senso **sfavorevole al reo**.

Si verifica quello che tecnicamente viene definito **overruling in malam partem**, espressione con la quale si intende un mutamento dell'interpretazione giurisprudenziale che amplia l'**ambito del penalmente rilevante**.

Anche in questo caso, secondo la concezione tradizionale, il fenomeno non porrebbe particolari problemi. La **teoria dichiarativa dell'interpretazione** conduce infatti ad affermare che il significato corretto della legge esiste già nel testo e che il giudice ha soltanto il compito di individuarlo attraverso l'utilizzazione dei criteri interpretativi.

Se la giurisprudenza cambia orientamento, ciò significherebbe semplicemente che la precedente interpretazione era sbagliata e quella nuova è corretta. Seguendo questa impostazione, l'**overruling** non costituirebbe propriamente una modificazione del diritto e, conseguentemente, dovrebbe fisiologicamente applicarsi anche al passato.

In tal senso si può argomentare anche sulla base dell'**articolo 65 dell'ordinamento giudiziario**, secondo cui la Corte di cassazione deve garantire l'**esatta osservanza della legge**. Lo stesso utilizzo dell'aggettivo "esatta" presuppone l'idea, tipicamente positivista, che esista un significato esatto della legge.

La difficoltà emerge quando le stesse Sezioni Unite, a distanza di tempo, modificano il proprio orientamento sul medesimo argomento, a maggior ragione considerando quanto avviene nelle sezioni semplici.

La **Corte costituzionale**, ancora nel 2012, ha tuttavia ribadito questo principio, rifiutando l'equiparazione tra **mutamento legislativo** e **mutamento giurisprudenziale**. Sul medesimo assunto è poi tornata la Corte costituzionale con la sentenza che ha chiuso il **caso Taricco**.

Su questa impostazione ha però inciso il **diritto sovranazionale** e, in particolare, la giurisprudenza della **Corte europea dei diritti dell'uomo**.

La Corte europea, in adesione alla teoria della **nuova ermeneutica**, ritiene che il mutamento giurisprudenziale sfavorevole, quando sia imprevisto e imprevedibile, debba essere equiparato al mutamento normativo, con la conseguenza che non dovrebbe poter retroagire.

Questa conclusione muove dalla formulazione dell'**articolo 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo**.

Se si confronta l'articolo 7 della Convenzione con l'**articolo 2 del codice penale** o con l'**articolo 25 della Costituzione**, emerge una differenza terminologica: da una parte si fa riferimento al **diritto**, dall'altra alla **legge**.

L'esplicito riferimento al diritto, e non soltanto alla legge, contenuto nell'articolo 7 ha condotto la giurisprudenza europea ad affermare in maniera consolidata che il **principio di legalità penale** possiede una dimensione sostanziale, tale da ricomprendere non soltanto la legge, ma anche il **diritto giurisprudenziale**.

Ne consegue che anche l'interpretazione della legge deve presentare i caratteri dell'**accessibilità** e della **prevedibilità**.

Questi sono i criteri utilizzati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e ripresi anche nella vicenda **Del Río Prada** e, successivamente, nel noto **caso Contrada**.

Nel caso Contrada, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che il **concorso esterno in associazione mafiosa** fosse il risultato di un'evoluzione giurisprudenziale consolidatasi soltanto nel 1994, a partire dalla prima sentenza delle **Sezioni Unite**, la nota **sentenza Demitry**.

Il punto fondamentale della sentenza non consiste tanto nell'affermazione secondo cui si tratterebbe di un reato di creazione giurisprudenziale. Per la Corte europea dei diritti dell'uomo, infatti, è perfettamente ammissibile che una fattispecie penale risulti dalla elaborazione giurisprudenziale, purché essa non venga applicata retroattivamente in violazione delle esigenze di prevedibilità.

La Corte rileva invece che, nel momento in cui erano stati commessi i fatti contestati al funzionario di polizia Contrada, il reato in questione non era ancora sufficientemente prevedibile, anche con riferimento alle conseguenze penali alle quali esposeva il soggetto.

È importante sottolineare che la Corte europea utilizza un concetto di **prevedibilità oggettiva**, non soggettiva.

Anche se viene utilizzata l'espressione secondo cui la conseguenza "non era da lui prevedibile", la valutazione viene compiuta facendo leva sull'interpretazione del concorso esterno fornita, in quel determinato momento storico, dalla giurisprudenza.

Se si accedesse a una nozione strettamente soggettiva di prevedibilità, proprio Contrada, in quanto funzionario di polizia, sarebbe stato tra i soggetti maggiormente in grado di conoscere la disciplina e le sue possibili conseguenze.

Il punto assume particolare importanza perché consente di individuare un formante giurisprudenziale ormai consolidato nella giurisprudenza della **Corte europea dei diritti dell'uomo**: quando, per effetto di una nuova interpretazione giurisprudenziale, viene ampliata l'area del penalmente rilevante, deve operare il **principio di irretroattività**.

Nel nostro ordinamento la questione è più complessa.

Anzitutto, non si muove dalla medesima concezione di teoria generale dell'interpretazione accolta dalla Corte europea, essendo il nostro ordinamento maggiormente vicino al **neopositivismo critico**.

Inoltre, l'**articolo 2 del codice penale** fa espresso riferimento alla legge e non anche all'interpretazione dei giudici, senza utilizzare una formulazione ambigua.

Per questa ragione, come la Corte costituzionale ha affermato in più occasioni, non è possibile procedere a una piena equiparazione dei **formanti**.

In linea di principio, le soluzioni prospettabili nel nostro ordinamento per governare l'**overruling in malam partem** sarebbero due, cui si aggiunge una terza posizione estrema.

Secondo una prima tesi, di carattere essenzialmente dottrinale, in **criminalibus** non sarebbero ammissibili interpretazioni volte ad ampliare in malam partem l'area del penalmente rilevante.

Si tratta di una posizione estrema perché finirebbe per impedire l'evoluzione della giurisprudenza: l'interpretazione potrebbe mutare soltanto **in mitius**, e non anche in senso sfavorevole. Una simile soluzione non appare sostenibile, perché cristallizzerebbe definitivamente l'evoluzione giurisprudenziale.

Si pensi proprio alla questione della **pedopornografia**.

Una seconda impostazione ritiene invece che, anche nel nostro ordinamento, l'overruling in malam partem dovrebbe essere governato attraverso l'**articolo 2 del codice penale**, estendendo il concetto di legge fino a comprendervi anche il **diritto giurisprudenziale**.

Questa tesi si espone, tuttavia, a un triplice ordine di obiezioni.

La prima attiene alla stessa lettera dell'**articolo 2 del codice penale**, che parla di legge, così come fa l'**articolo 25 della Costituzione**.

Esistono inoltre differenze fondamentali tra **mutamento legislativo** e **mutamento giurisprudenziale**.

La prima riguarda l'oggetto. Quando interviene il legislatore, interviene sul **testo della legge**, cioè sulla **disposizione** o sull'enunciato legislativo, modificandolo o eliminandolo. Quando cambia un orientamento giurisprudenziale, invece, il mutamento incide sulla **norma**, cioè sul significato attribuito al testo all'esito dell'interpretazione. Assume quindi rilievo la distinzione tra **disposizione e norma**.

La seconda differenza riguarda il piano temporale. Il mutamento legislativo è puntuale e facilmente identificabile: esiste una legge che entra in vigore in un momento determinato e vi è anche uno spazio temporale destinato a consentirne la conoscenza.

I mutamenti giurisprudenziali, invece, sono spesso difficili da collocare precisamente nel tempo. La giurisprudenza può modificare il proprio orientamento anche più volte nell'arco di un periodo relativamente breve. Ciò è avvenuto, ad esempio, in materia di **accesso abusivo a un sistema**

informatico, rispetto al quale la giurisprudenza, nel giro di poco tempo, ha radicalmente modificato la propria posizione.

La terza differenza riguarda la stabilità. Il mutamento normativo tende a essere stabile, mentre il **mutamento giurisprudenziale** è sempre suscettibile di essere nuovamente modificato, proprio perché nel nostro ordinamento non opera il principio dello **stare decisis** in senso vincolante.

La modifica legislativa proviene quindi da un soggetto esattamente individuato e acquista efficacia in un momento preciso e facilmente determinabile. Queste caratteristiche non appartengono, invece, all'interpretazione giurisprudenziale.

Per queste ragioni, oggi si ritiene che la strada da percorrere debba essere diversa.

Prima di giungere a questa soluzione, tuttavia, per un certo periodo la giurisprudenza ha affrontato il problema in maniera indiretta, verificando concretamente se, nel caso sottoposto al suo giudizio, ricorressero effettivamente gli estremi di un overruling in malam partem.

Il caso più emblematico è stato proprio quello relativo alla **diffusione di materiale pedopornografico**.

La giurisprudenza, pur di non ammettere che una pronuncia delle Sezioni Unite avesse determinato un radicale overruling rispetto al precedente orientamento, anch'esso espresso dalle Sezioni Unite, secondo cui si trattava di un **reato di pericolo concreto**, ha utilizzato argomenti che risultano problematici se esaminati nella prospettiva della tutela dell'**affidamento** e delle libere scelte d'azione compiute sulla base di un determinato orientamento giurisprudenziale.

È stata negata l'esistenza di un overruling in malam partem facendo leva sul fatto che erano nel frattempo intervenute normative che avevano ampliato la tutela contro la pedopornografia e che si era verificato un mutamento sociale e tecnologico.

In particolare, si è ritenuto che l'evoluzione e la diffusione di Internet avessero modificato il contesto al punto che, una volta immesso materiale pedopornografico in rete, il pericolo fosse per definizione presente, senza necessità di accertarne concretamente l'esistenza.

Questo ragionamento può spiegare la nuova interpretazione, ma non risolve il problema relativo a chi abbia orientato le proprie libere scelte d'azione sulla base di un precedente e consolidato **formante giurisprudenziale**, peraltro cristallizzato in una sentenza delle **Sezioni Unite**, che aveva affermato esattamente il contrario.

Il problema non è stato affrontato fino in fondo dalla Cassazione neppure quando si è occupata dei riflessi della **sentenza Contrada** nel nostro ordinamento e, in particolare, dei cosiddetti "**fratelli minori di Contrada**", cioè dei soggetti che si trovavano nella medesima situazione del funzionario Contrada ma non avevano proposto ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

La questione è stata superata affermando che il principio enunciato nel leading case Contrada derivava da una sentenza non espressiva di un orientamento consolidato e che, proprio per questa ragione, non poteva produrre effetti vincolanti generalizzati.

Da ultimo, la questione si è posta con particolare evidenza in materia di **accesso abusivo a un sistema informatico**.

Il problema interpretativo riguardava il significato da attribuire al concetto di **accesso abusivo**.

Nel tempo si sono contrapposte, semplificando, due differenti concezioni.

Secondo una prima impostazione, che può essere definita **oggettiva**, rileva la violazione oggettiva dei limiti posti dal titolare del sistema, cioè dal soggetto titolare dello **ius excludendi alios**. Chi è autorizzato ad accedere mediante determinate credenziali non commette il reato per il solo fatto di utilizzare le informazioni acquisite per finalità diverse, anche personali o volte a favorire altri soggetti.

Secondo una diversa **concezione soggettiva**, invece, può essere abusivo anche un accesso formalmente autorizzato quando il soggetto utilizzi l'autorizzazione ricevuta per finalità estranee a quelle per le quali essa era stata concessa.

L'adesione all'una o all'altra delle due concezioni non è priva di riflessi, perché, aderendo alla seconda accezione di **accesso abusivo**, si amplia l'area del **penalmente rilevante**.

Il caso ha riguardato una cancelliera di tribunale che disponeva delle credenziali per accedere al sistema delle notizie di reato. L'accesso era avvenuto senza violare alcun ostacolo di carattere escludente, ma le informazioni acquisite erano state successivamente utilizzate per favorire un avvocato amico.

Le **Sezioni Unite**, nel 2011, con la sentenza **Casani**, secondo l'interpretazione che trova maggiori consensi in dottrina e giurisprudenza, avevano aderito a una **concezione oggettiva dell'accesso abusivo**. Le finalità perseguite dal soggetto erano state considerate irrilevanti: occorreva soltanto verificare la violazione delle prescrizioni poste dal titolare del sistema, che nel caso di specie non si era verificata.

Nel 2017 interviene, invece, la sentenza **Savarese**, che, secondo l'interpretazione preferibile, valorizza un approccio soggettivo al concetto di accesso abusivo. Integra il reato anche la condotta di chi, pur essendo formalmente autorizzato ad accedere, utilizza tale autorizzazione per finalità radicalmente estranee a quelle istituzionali.

Nel 2024 una importante sentenza ritiene che, tra il 2011 e il 2017, la Cassazione a Sezioni Unite si sia radicalmente contraddetta e che il mutamento interpretativo operato nel 2017 non fosse "nell'aria", espressione utilizzata dalla stessa Cassazione, e non fosse quindi prevedibile dal soggetto.

La conclusione è l'assoluzione, ma non sulla base del **principio di irretroattività** e, quindi, senza parificare l'interpretazione giurisprudenziale alla legge. Il problema viene risolto sul terreno della **colpevolezza**, più precisamente della **colpevolezza normativa**, attraverso la categoria dell'**errore inevitabile sul precetto**, di cui all'**articolo 5 del codice penale**, così come reinterpretedo dalla nota **sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale**.

Lo schema è il seguente: un soggetto pone in essere una condotta in un periodo nel quale, secondo un orientamento consolidato, espresso anche dalle Sezioni Unite, quella condotta non costituiva reato. Anni dopo, la Cassazione modifica radicalmente l'interpretazione e riconduce quella stessa condotta alla fattispecie penale. Secondo la Cassazione del 2024, tale mutamento non era prevedibile né evitabile.

Al tempo della commissione dei fatti vigeva il precedente orientamento. La condotta dell'imputato non vi rientrava, perché l'imputato aveva il potere di accedere alla banca dati, le operazioni compiute rientravano tra quelle per le quali era stato abilitato e non erano stati violati i limiti oggettivi che consentivano l'accesso. Sulla base della giurisprudenza allora vigente, il fatto non era considerato reato.

Non è possibile affermare successivamente la rilevanza penale della medesima condotta soltanto per effetto di una sentenza delle Sezioni Unite del 2017 intervenuta dopo il fatto.

La Cassazione giunge a questa conclusione senza applicare il **principio di irretroattività**, muovendo ancora una volta dal rilievo che l'**articolo 25 della Costituzione** e l'**articolo 2 del codice penale** fanno riferimento alla legge e non anche all'interpretazione giurisprudenziale.

La sentenza ritiene, tuttavia, che "qualcosa vada comunque fatto". Non può essere applicato l'articolo 2 del codice penale, come suggerirebbe l'impostazione della **Corte europea dei diritti dell'uomo**, perché i sistemi sono differenti. Viene quindi individuata una soluzione equilibrata, che non scardina il sistema istituzionale del nostro ordinamento, attraverso l'**articolo 5 del codice penale**.

La sentenza chiarisce anche quando questa soluzione possa operare.

Anzitutto, deve trattarsi di un **mutamento diacronico** e non sincronico. L'overruling giurisprudenziale deve intervenire dopo che per lungo tempo si era consolidata un'interpretazione di segno contrario. Deve quindi esistere una **diacronia degli orientamenti giurisprudenziali**.

Diverso sarebbe il caso di un **contrasto sincronico**. Se contemporaneamente esistono diversi orientamenti, il possibile mutamento è maggiormente prevedibile. Se nessun indirizzo si è ancora consolidato, il soggetto, prima di agire, deve comportarsi prudentemente e può prevedere che, tra i diversi orientamenti in conflitto, finisca per prevalere quello per lui sfavorevole.

Diversa è l'ipotesi in cui, per un lungo periodo, si sia consolidato un orientamento più favorevole.

La sentenza distingue inoltre tra **mutamenti evolutivi** e **mutamenti innovativi**. Su questo crinale si gioca la differenza con la successiva pronuncia della **Sesta Sezione del 2025**.

Il **mutamento evolutivo** rappresenta un semplice adattamento prevedibile della norma, una sua specificazione. Non costituisce quindi una vera rottura e rimane prevedibile.

Diverso è il **mutamento innovativo**, che determina una vera cesura rispetto al precedente orientamento e presenta un contenuto che il soggetto non avrebbe potuto prevedere.

Nell'economia argomentativa della sentenza assume un peso rilevante anche la riforma dell'**articolo 618, comma 1-bis, del codice di procedura penale**. La disposizione stabilisce che, quando una sezione della Cassazione non condivide il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, deve rimettere a queste ultime la decisione.

Esistono meccanismi corrispondenti anche nell'ordinamento civile e amministrativo.

Questa norma introduce nel nostro ordinamento una sorta di **vincolo relativo del precedente**. Non si tratta di un vincolo assoluto, perché il giudice resta soggetto soltanto alla legge e non anche alle sentenze, comprese quelle delle Sezioni Unite. Tuttavia, se la sezione intende dissentire dal precedente delle Sezioni Unite, deve rimettere nuovamente la questione alle Sezioni Unite.

Il vincolo del precedente è quindi relativo, ma assume comunque importanza perché rende le sentenze delle Sezioni Unite più difficilmente modificabili, più stabili e, di conseguenza, maggiormente idonee a orientare le libere scelte d'azione dei soggetti. L'**affidamento** generato da tali pronunce risulta quindi più forte.

Un aspetto della sentenza del 2024 è stato, tuttavia, criticato quasi unanimemente dalla dottrina: l'approccio soggettivo al problema.

La sentenza afferma che l'overruling in malam partem non deve essere prevedibile dal soggetto, utilizzando sostanzialmente lo schema dell'**homo eiusdem condicionis et professionis**: occorre verificare se un soggetto posto nelle medesime condizioni di quello che ha agito avrebbe potuto prevedere quella interpretazione.

Per il resto, la sentenza è stata accolta con particolare favore dalla dottrina più autorevole, perché considerata una soluzione equilibrata: tutela l'affidamento senza scardinare il sistema e giunge a un risultato analogo a quello dell'irretroattività senza ricorrere all'articolo 2 del codice penale.

Tuttavia, a ben vedere, il risultato non è esattamente il medesimo.

Dal 1988 esiste un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'**articolo 5 del codice penale**, ma questa disposizione è rimasta in larga misura confinata nei libri, essendo rari i casi nei quali trova concreta applicazione nelle aule di giustizia.

Come rilevato da **Fiandaca**, nulla lasciava presagire che le cose sarebbero cambiate soltanto perché l'articolo 5 veniva ora utilizzato anche con riferimento all'overruling. In effetti, nel 2025 la Cassazione ha radicalmente modificato la propria impostazione nel caso concreto.

La critica principale riguarda, però, il fatto che il problema non dovrebbe essere incentrato sulla capacità del singolo soggetto di prevedere il mutamento.

Il problema è creato dall'**orientamento giurisprudenziale** e dovrebbe quindi riguardare soprattutto la qualità dell'orientamento medesimo. Il parametro non dovrebbe essere quello dell'**agente modello**, ma quello dell'**interprete modello**.

Occorrerebbe verificare se un soggetto dotato dei medesimi strumenti interpretativi normalmente utilizzati dai giuristi in un determinato momento storico avrebbe potuto prevedere quel mutamento interpretativo.

È lo stesso modello che la Cassazione utilizza, peraltro, in materia di **responsabilità professionale degli avvocati**, quando deve stabilire se l'avvocato sia responsabile per non avere conosciuto un determinato orientamento giurisprudenziale.

Il problema, dunque, non dovrebbe essere se il singolo imputato potesse conoscere il mutamento, ma se, al momento del fatto, esistesse una regola sufficientemente riconoscibile e prevedibile sul piano oggettivo. È, nella sostanza, lo stesso modello utilizzato dalla **Corte europea dei diritti dell'uomo**.

Nel 2025, tuttavia, la **Sesta Sezione** modifica l'applicazione concreta di questi principi, ritenendo che tra il precedente orientamento e la sentenza Savarese non sussistesse un mutamento realmente innovativo, ma soltanto un mutamento evolutivo.

La sentenza giunge a tale conclusione valorizzando l'espressione "**operazioni ontologicamente diverse**" utilizzata nel precedente orientamento e sostenendo che, nell'ambito di tale formula, potessero essere ricomprese anche operazioni compiute per finalità meramente egoistiche o private. La pronuncia del 2025 ribadisce quindi i principi di fondo della sentenza del 2024 quanto agli strumenti da utilizzare per governare l'overruling.

Ribadisce che deve essere applicato l'**articolo 5 del codice penale** e non l'articolo 2; che il problema deve essere risolto sul terreno della **colpevolezza** e non della retroattività; che occorre distinguere tra **mutamento innovativo ed evolutivo** e tra **mutamento diacronico e sincronico**; e che deve essere valorizzato l'**articolo 618, comma 1-bis, del codice di procedura penale**.

Tutti questi principi vengono confermati. Viene però negato proprio il presupposto più importante: secondo la Sesta Sezione, nel caso concreto non vi era stato un vero overruling.

Una soluzione di questo tipo pone però un problema evidente. Al netto della fisiologica diversità di vedute, non è possibile assolvere un imputato e condannarne un altro che si trovi esattamente nelle medesime condizioni.

Il caso del 2025 riguardava, infatti, un funzionario di polizia che aveva posto in essere una condotta sostanzialmente analoga a quella della cancelliera oggetto della precedente vicenda.

L'**overruling giurisprudenziale in malam partem nel diritto penale** può quindi produrre conseguenze particolarmente gravi: casi sostanzialmente identici possono essere risolti in maniera diametralmente opposta.

Più recentemente, alcune sentenze delle **Sezioni Unite**, e in particolare quella che ha ammesso per la prima volta la configurabilità dell'**epidemia colposa mediante condotta omissiva**, hanno negato che si fosse in presenza di un overruling giurisprudenziale.

La conclusione appare problematica.

Sul piano dottrinale, l'interpretazione era divisa tra chi riteneva possibile integrare il reato di epidemia colposa anche attraverso una condotta omissiva e chi, invece, lo escludeva ritenendo che si trattasse di un **reato a condotta vincolata**, come tale non suscettibile di realizzazione attraverso una condotta omissiva.

Anche ammettendo la prima impostazione, rimane però il fatto che la giurisprudenza espressasi fino a quel momento aveva escluso la possibilità di realizzare il reato in forma omissiva. Vi era, quindi, un precedente orientamento giurisprudenziale di segno contrario.

Le Sezioni Unite hanno tuttavia escluso la presenza di un overruling affermando, per la prima volta, un ulteriore requisito: per potersi parlare di **overruling** sarebbe necessaria una precedente sentenza delle **Sezioni Unite** di segno contrario.

Questo requisito non era stato affermato dalla sentenza della Cassazione del 2024, la quale aveva sostenuto qualcosa di diverso: quando esiste una sentenza delle Sezioni Unite occorre procedere con ancora maggiore cautela proprio in ragione dell'**articolo 618, comma 1-bis, del codice di procedura penale**.

La giurisprudenza successiva sposta quindi la linea ancora più avanti, ritenendo necessaria una precedente pronuncia delle Sezioni Unite per poter configurare l'overruling.

Il medesimo principio viene riproposto, a distanza di pochi mesi, da un'altra sentenza delle **Sezioni Unite** relativa alla questione della **rapina impropria aggravata dal nesso consequenziale**. Anche in quel caso viene escluso un overruling in malam partem perché non esisteva una precedente pronuncia delle Sezioni Unite che avesse affermato il contrario.

In questo modo, tuttavia, la categoria dell'overruling rischia di trasformarsi in una sorta di etichetta destinata a trovare pochissime applicazioni pratiche. Ciò conferma quanto la materia sia ancora particolarmente **magmatica**.

Il confronto tra **ius superveniens** e **overruling giurisprudenziale** rivela, in conclusione, una trasformazione più generale dell'ordinamento contemporaneo, anche italiano.

Il modello tradizionale era costruito su una contrapposizione dialettica netta: da una parte la **legge**, che crea il diritto e opera, di regola, per il futuro; dall'altra il **giudice**, che si limita a dichiarare il diritto e la cui interpretazione fisiologicamente retroagisce.

Questa distinzione non è scomparsa. Sarebbe errato affermare che non vi sia più alcuna differenza tra legge e **formante giurisprudenziale**.

La contrapposizione si è però fortemente ridimensionata in presenza di determinati presupposti.

Nel diritto civile e amministrativo, quando il mutamento giurisprudenziale riguarda **questioni processuali**, la nuova interpretazione può essere applicata soltanto per il futuro e a chi abbia fatto affidamento sul precedente orientamento consolidato può essere riconosciuto uno strumento, come la **rimessione in termini**, volto a evitare la soccombenza nel singolo processo.

Nel diritto penale, almeno in linea di principio, si utilizza invece l'**articolo 5 del codice penale** e la **colpevolezza normativa** per assolvere l'imputato che abbia fatto affidamento su un precedente e consolidato orientamento giurisprudenziale, pur permanendo significative oscillazioni della Cassazione nei casi concreti.

Non si giunge, tuttavia, a una piena equiparazione tra legge e precedente giurisprudenziale. I due formanti conservano una diversa collocazione nel **sistema delle fonti**.

Ciò che si registra è, piuttosto, una progressiva **convergenza tra mutamenti normativi e mutamenti giurisprudenziali sul piano delle garanzie e della tutela dell'affidamento**.

Quanto più intensa è l'esigenza di tutelare l'affidamento, tanto più questa convergenza diventa evidente.

Nel diritto processuale civile e amministrativo ciò accade perché l'errore determinato da un mutamento giurisprudenziale può essere irreversibile: se una parte fa affidamento su un determinato termine processuale e quel termine viene successivamente modificato per effetto di una nuova interpretazione giurisprudenziale, la causa può essere definitivamente perduta.

Nel diritto penale viene invece direttamente in rilievo la **libertà personale**.

È proprio su questo terreno che le due categorie dello **ius superveniens** e dell'**overruling**, inizialmente poste in contrapposizione, finiscono progressivamente per convergere: attraverso percorsi argomentativi e strumenti differenti, entrambe vengono governate alla luce dell'esigenza di garantire la **tutela dell'affidamento**.

