

Sommario

Prefazione	13
Abbreviazioni	17
Introduzione	21
1. Oggetto dell'indagine	21
2. La prospettiva privilegiata per l'indagine	23
3. Delimitazione dell'indagine, nonché una breve precisazione sull'uso del concetto di «paradigma»	25
PARTE I	
IL PARADIGMA LEGALISTA DELLA LEGALITÀ E IL DIRITTO GIURISPRUDENZIALE COME «DEFORMANTE» DELLA LEGALITÀ	
Capitolo I	
La legalità penale come principio e i suoi corollari	31
1. La riserva di legge come garanzia di natura principalmente democratico-procedurale	31
2. La legalità-determinatezza come precisione letterale della disposizione legislativa	36
3. Il divieto di analogia <i>in malam partem</i> come limite di natura linguistico-testuale	40
4. Il divieto di retroattività sfavorevole riferito alla sola legge	44

Capitolo II

La concezione cognitiva dell'interpretazione e la forza (solo) persuasiva del "precedente"	51
1. La concezione "legalitaria" dell'interpretazione come garanzia della sua democraticità	51
2. La garanzia della particolare fedeltà del giudice penale alla legge tra divieto di interpretazione e modello sussuntivo	53
3. Il modello ermeneutico-istituzionale della «one right answer». Il ruolo del giudice sul piano delle fonti del diritto	56
4. Segue. Il ruolo del giudice sul piano istituzionale: la nomofilachia c.d. oggettiva	60
5. La forza (solo) persuasiva del principio di diritto affermato dalla Corte di cassazione	62

Capitolo III

Contrasti giurisprudenziali produttivi di effetti sfavorevoli e concezione legalista della legalità	67
1. Breve premessa terminologica: «contrasti» e non «mutamenti» giurisprudenziali	67
2. Sezione I. La rilevanza dei contrasti giurisprudenziali sfavorevoli sul piano delle garanzie politico-istituzionali	68
2.1. Premessa	68
2.2. Il mutamento interpretativo sfavorevole come violazione del divieto di analogia in <i>malam partem</i>	69
2.3. Il mutamento interpretativo come conseguenza di una congenita indeterminatezza (costituzionalmente illegittima) della fattispecie incriminatrice	72
2.4. Il prodursi di mutamenti interpretativi come conseguenza della "patologica" ipertrofia del diritto penale: brevi cenni sul "diritto penale minimo" come (non) soluzione del problema	75
2.5. Ulteriori obiezioni rispetto ad una tutela individuale dagli effetti retroattivi in <i>malam partem</i> del cambio di interpretazione giurisprudenziale	76
3. Sezione II. La rilevanza dei contrasti giurisprudenziali sfavorevoli sul piano della colpevolezza	80
3.1. I limiti della soluzione oggettiva e il tentativo di recuperare margini di garanzia per il soggetto sul piano soggettivo	80
3.2. Il principio del <i>Vertrauensschutz</i> come protezione della continuità del diritto nei termini della certezza giuridica soggettiva	80
3.3. Riconoscibilità e rimproverabilità come due chiavi di lettura di Corte costituzionale n. 364 del 1988	86
3.4. La declinazione in chiave soggettiva anche dei criteri oggettivi di inevitabilità dell'ignoranza	90

3.5. L'ignoranza deve essere degna di essere protetta: la coscienza dell'illiceità generale come oggetto sufficiente dell'ignoranza evitabile e l'attribuzione del rischio derivante dal dubbio a carico del cittadino	93
3.6. Bilancio sull'efficacia del "nuovo" art. 5 c.p. nella giurisprudenza con specifico riferimento ai cambi di orientamento giurisprudenziale produttivi di conseguenze sfavorevoli	97
3.7. L'errore sul divieto in virtù del § 17 StGB con specifico riferimento ai mutamenti giurisprudenziali	103

PARTE II

IL PARADIGMA EFFETTUALE DELLA LEGALITÀ E IL DIRITTO GIURISPRUDENZIALE COME «FORMANTE» DELLA LEGALITÀ

Capitolo I

La legalità penale come principio costituzionale	113
1. La riserva di legge come riserva anche di contenuto democratico	113
2. La trasformazione del divieto di analogia e la sua perdurante natura di <i>lex imperfecta</i>	117
3. La (maggiore) determinatezza come risultato della legge e della giurisprudenza	121
3.1. I limiti della teoria del diritto vivente sviluppata dalla Corte costituzionale	124
3.2. Gli strumenti per garantire la determinatezza sotto forma di calcolabilità. La <i>Wesentlichkeitslehre</i> come metodo	129
3.3. Segue. Il <i>Präziserungsgebot</i>	132
4. Il divieto di retroattività come garanzia dell'accessibilità della norma penale: fondamento e rinvio	136

Capitolo II

La natura (anche) costitutiva dell'interpretazione giurisprudenziale e il valore verticalmente vincolante di alcuni precedenti	139
1. L'interpretazione giurisprudenziale ha natura anche costitutiva	139
2. La natura eterogenea del testo della legge e del fatto: il ruolo del contesto	142
3. L'esistenza di una pluralità di interpretazioni possibili	145
4. Il meccanismo della rimessione obbligatoria in caso di dissenso come equivalente funzionale dell'attribuzione di un valore verticalmente vincolante al precedente delle Sezioni unite	149
5. Comparazione con la <i>Vorlagepflicht</i> tedesca	153
6. Critiche mosse al nuovo meccanismo <i>ex art. 618, co. 1 bis, c.p.p.</i> e suoi probabili effetti	156

Capitolo III

Quali garanzie temporali per i mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli?	161
1. Premessa: concetto di «mutamento giurisprudenziale» e fisiologia dei mutamenti giurisprudenziali (diacronici)	161
2. Sezione I. La ragionevole prevedibilità <i>ex art. 7 CEDU</i> e l'errore sul precetto <i>ex art. 5 c.p.</i>	164
2.1. La «legalità penale convenzionale»: tratti fondamentali e rapporti con la legalità penale costituzionale	166
2.2. La ragionevole prevedibilità <i>ratione materiae</i> e <i>ratione personae</i>	173
2.3. Le “fonti” della ragionevole prevedibilità	177
2.4. Vantaggi e limiti di una soluzione del problema dei mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli sul piano della legalità(-colpevolezza) convenzionale	180
3. Sezione II. L'estensione del divieto di retroattività ai mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli sul piano delle garanzie costituzionali	185
3.1. I fondamenti politico-costituzionali dell'estensione del divieto di retroattività ai mutamenti giurisprudenziali in <i>malam partem</i> nel rapporto tra individuo e autorità pubblica	185
3.2. Il <i>Vertrauensschutzprinzip</i> declinato in chiave oggettiva	188
3.3. <i>Due Process Clause</i> e <i>fair warning</i> : tra prevedibilità della prima applicazione e divieto di retroattività del mutamento giurisprudenziale	191
3.4. Le tecniche per garantire il <i>fair warning</i> in caso di mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli. Il <i>prospective overruling</i>	195
3.5. Segue. Il <i>mistake of law</i> in chiave oggettiva	198
3.6. Il divieto di retroattività della legge così come interpretata dalle Sezioni unite	201
3.7. Il valore istituzionale del divieto di retroattività dei mutamenti giurisprudenziali e la questione del limite di efficacia	204
Riflessioni conclusive	207

SUMMARY

Introduction	
Two cases in point	215
Part I	
The “legalist” paradigm of the legality in criminal law and the judge-made law as a legality’s flaw	217
1. The legality principle in criminal law as an unconditioned principle	217
2. The declaratory theory of interpretation and the so-called persuasive authority of “precedents”	220

3. Inconsistent case law leading to unfavorable consequences and the legalistic understanding of the legality principle	222
3.1. Changes of courts' interpretations as outcomes of breaches of the legality principle	222
3.2. Mistake of law as a remedy to the deficiencies of the legality principle?	225
Part II	
The "effectual" paradigm of the legality in criminal law and the judge-made law as a legality's improvement	227
1. The legality principle in criminal law as a constitutional principle	227
2. The constitutive nature of judges' statutory interpretation and the binding authority of some precedents	230
3. The overruling of a prior statute's judicial interpretation and the ability to rely on the law	232
3.1. The notion of reasonable foreseeability under Art. 7 ECHR and the 'thin ice' principle	236
3.2. A limited prohibition of retroactivity in criminal adjudication	242
Bibliografia	247