

# 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 |