

INDICE

	<i>pag.</i>
PREMESSA	XVII
RINGRAZIAMENTI	XXI

PARTE I PRINCIPIO DI LEGALITÀ E “FORMANTE” GIURISPRUDENZIALE: STADI EVOLUTIVI

CAPITOLO I DALL'ILLUMINISMO AL COSTITUZIONALISMO MODERNO

1. Il modello illuministico	3
1.1. Origini del principio di legalità	3
1.2. La formulazione del principio di irretroattività nel giusnaturalismo inglese	5
1.3. La consacrazione della riserva di legge nella Francia rivoluzionaria	6
1.4. Il ruolo della giurisprudenza nel passaggio dall' <i>Ancien Régime</i> all'Illuminismo	7
1.5. La formulazione degli altri corollari: il principio di precisione e di determinatezza ed il divieto di analogia	9
1.6. Eredità dell'Illuminismo tra proclamazioni solenni ed attuazione pratica	10
2. Il modello giuspositivistico	13
2.1. L'utilitarismo di Bentham ed il principio di prevedibilità	13
2.2. La c.d. <i>analytical jurisprudence</i> di Austin e la teoria dell'obbedienza formale	14

	<i>pag.</i>
2.3. Legalità e giurisprudenza nello Statuto Albertino	15
2.4. Legalità nel codice Zanardelli e l'influsso della c.d. Scuola classica	17
2.5. La rivalutazione del ruolo interpretativo dei giudici nel formalismo kelseniano, nel giusliberismo e nel realismo giuridico	19
3. Il modello autoritario	21
3.1. L'avvento dei regimi totalitari	21
3.2. Legalità e giurisprudenza nel codice Rocco	21
4. Il modello costituzionale	23
4.1. La legalità nella Carta costituzionale del 1948	23
4.2. La legalità nelle Carte sovranazionali	26
4.3. Il sistema di giustizia costituzionale	28
4.4. Il ruolo dei giudici e l'interpretazione costituzionalmente conforme	30

CAPITOLO II

IL MODELLO POLICENTRICO

1. La legalità nelle tradizioni comuni	33
1.1. I criteri di integrazione	33
1.2. L'irretroattività	34
1.3. La determinatezza	36
1.4. La relatività della riserva di legge	37
1.5. Il ruolo della giurisprudenza	39
2. La rottura del sistema "chiuso" delle fonti del diritto	41
2.1. La proliferazione delle fonti sovranazionali	41
2.2. Le fonti del diritto dell'Unione europea	41
2.3. Le fonti pattizie e la progressiva incidenza della giurisprudenza della Corte EDU	43
2.4. Il valore giuridico della giurisprudenza di Strasburgo	43
2.5. Il c.d. metodo induttivo ed il sistema di <i>judicial law making</i> della Corte EDU	44
2.6. Prime elaborazioni delle "qualità contenutistiche" della norma penale	45
2.7. Le "asimmetrie" tra legalità europea e legalità interna	48
3. Gli effetti interni sulla legalità	49
3.1. Il pluralismo politico e sociale	49
3.2. La proliferazione delle fonti interne	50
3.3. Il binomio riserva di legge-irretroattività	53

	<i>pag.</i>
3.4. La determinatezza nel modello policentrico	53
3.5. Un'asimmetria irriducibile	55
3.6. Lo scarso grado di giustiziabilità della legalità	56
4. Il ruolo del giudice nella società pluralistica	57
4.1. Il procedimento di sussunzione dalla disposizione alla norma nel modello policentrico	57
4.2. La mediazione interpretativa della giurisprudenza	60
4.3. La proliferazione delle oscillazioni interpretative	62
4.4. Il "prezzo" del dinamismo ermeneutico: la questione della tenuta della legalità	63

PARTE II

DINAMICHE ERMENEUTICHE *IN MALAM PARTEM*

CAPITOLO III

PROFILI TIPOLOGICI E STRUTTURALI

1. Delimitazione del campo d'indagine	68
1.1. Le interpretazioni "cripto-normative": definizione ed ambito	68
1.2. Distinzione tra oscillazioni interpretative <i>in bonam</i> e <i>in malam partem</i>	69
1.3. Interpretazioni ad effetti incriminatori e ad effetti aggravanti	70
1.4. Interpretazioni che condizionano la punibilità	72
1.5. Interpretazioni "evolutive" ed "innovative"	72
1.6. Le situazioni di contrasti giurisprudenziali	73
1.6.1. Il ruolo cruciale del "diritto vivente"	74
1.7. Inquadramento generale	76
2. Dinamiche ermeneutiche nella giurisprudenza interna	77
2.1. Le oscillazioni interpretative incidenti su categorie o coefficienti di parte generale	77
2.1.1. L'accertamento del nesso di causalità	78
2.1.2. L'elaborazione in tema di dolo eventuale	82
2.1.3. L'intervento sul campo di applicazione di norme scriminanti: l'esempio dell'art. 53 c.p.	86
2.2. Le oscillazioni interpretative incidenti su di un elemento del fatto tipico	90

	<i>pag.</i>
2.2.1. La corruzione <i>in incertis actis</i>	90
2.2.2. L'effettiva "influenza" sul pubblico funzionario nel millantato credito	94
2.2.3. Il contrasto in tema di false comunicazioni sociali	96
2.2.4. La rilevanza della clandestinità nel reato di omessa esibizione dei documenti	101
2.2.5. La punibilità del tentativo nella rapina impropria	105
2.2.6. Il mutamento innovativo in tema di disastro innominato	108
2.3. Le oscillazioni interpretative incidenti su di una norma <i>extra-penale</i> integrativa	117
2.3.1. La rilevanza penale dell'elusione fiscale	118
2.3.2. Il c.d. "sviamento di potere" nell'abuso d'ufficio	124
2.3.3. L'esperienza applicativa in materia di reati sessuali	128
3. Dinamiche ermeneutiche nella giurisprudenza sovranazionale	134
3.1. Caso S.W e C.R. c. Regno Unito	135
3.2. Caso Pessino c. Francia	137
3.3. Caso Groupe Danone c. Commissione	139
3.4. Caso Soros c. Francia	140
3.5. Caso Ferreira Santos Pardal c. Portogallo	142
3.6. Caso E.K. c. Turchia	143
3.7. Caso Del Rio Prada c. Spagna	145
3.8. Caso Navalnyy c. Russia	148
3.9. Sintesi	150
4. I casi di conflitto tra le Corti	151
4.1. Le oscillazioni interpretative aventi ad oggetto una norma che incide sul trattamento sanzionatorio	153
4.1.1. Il conflitto in tema di confisca urbanistica	153
4.1.2. Il conflitto inerente alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza	157
4.2. Le oscillazioni interpretative aventi ad oggetto una causa di estinzione del reato	159
4.2.1. Il caso della prescrizione	160
4.3. Il conflitto in tema di reati associativi	165
4.3.1. Il contrasto sincronico nella giurisprudenza interna	166
4.3.2. L'intervento delle Sezioni Unite	168
4.3.3. L'intervento della Corte EDU	171
4.3.4. Le reazioni della dottrina interna	174
4.3.5. Le ricadute nella giurisprudenza interna	176
4.3.6. Le ripercussioni sui c.d. "fratelli minori"	181
4.3.7. Bilancio dell'indagine: l'impreparazione culturale della giurisprudenza	184

CAPITOLO IV
PROFILI EZIOLOGICI E FENOMENOLOGICI

1. La “genesi” del <i>novum</i> interpretativo: modalità di emersione e di diffusione	187
1.1. La diffusione “dal basso”: il dinamismo interpretativo della giurisprudenza di merito	188
1.2. La diffusione “intermedia” ad opera delle sezioni semplici della Cassazione	189
1.3. La diffusione “dall’alto”: l’incertezza derivante dai conflitti interni alle Sezioni Unite	191
1.4. Il valore del precedente tra tradizione e innovazione	191
2. Il momento del consolidamento: dall’incertezza dei contrasti giurisprudenziali alla stabilizzazione dell’interpretazione dominante	193
2.1. Il consolidamento da parte delle Sezioni Unite	193
2.2. Il consolidamento da parte della Corte costituzionale	194
2.3. Il consolidamento da parte del legislatore	196
2.4. Il mancato consolidamento	197
3. Le cause delle oscillazioni: provvisorietà e volubilità delle tesi interpretative	198
3.1. L’indeterminatezza della formulazione legislativa	199
3.2. L’inerzia legislativa	200
3.3. L’evoluzione scientifico-tecnologica	201
3.3.1. L’interconnessione di cause	203
3.4. L’evoluzione delle <i>Kulturnormen</i>	203

CAPITOLO V
LA PREVEDIBILITÀ
QUALE CRITERIO DI LEGITTIMAZIONE

1. Il canone della prevedibilità: alla ricerca di un “criterio di legittimazione”	205
1.1. La prevedibilità nella giurisprudenza sovranazionale	206
1.1.1. I sotto-principi	206
1.1.2. Le caratteristiche qualitative	208
1.1.3. I parametri di giudizio	209
1.1.4. Le oscillazioni tra prevedibilità “oggettiva” e “soggettiva”	211
1.1.5. I limiti di una concezione sbilanciata sulla prevedibilità	213

	<i>pag.</i>
1.2. La prevedibilità di matrice europea al vaglio della dottrina italiana	214
1.2.1. La tesi dottrinale “progressista”	216
1.2.2. La tesi dottrinale “tradizionalista”	218
1.3. La prevedibilità nella giurisprudenza costituzionale	219
1.4. La prevedibilità nella giurisprudenza di merito e di legittimità	221
2. Il criterio della “ragionevole prevedibilità” delle interpretazioni estensive	222
2.1. Il nesso tra le giustificazioni addotte a sostegno della prevedibilità e le cause delle oscillazioni	222
2.2. La sussistenza di una base legale “indeterminata”: la prevedibilità dell’interpretazione letterale estensiva	223
2.3. La <i>ratio</i> della norma incriminatrice: la prevedibilità dell’interpretazione teleologica	226
2.4. La collocazione sistematica della previsione incriminatrice: la prevedibilità dell’interpretazione logico-sistematica	228
2.5. La conformità al comune sentire sociale: la prevedibilità dell’interpretazione storico-evolutiva	230
2.6. L’elaborazione del criterio della “ragionevole prevedibilità”	232
2.7. Limiti della tesi della ragionevole prevedibilità: verso una tutela apparente?	233

PARTE III PROSPETTIVE

CAPITOLO VI

LA “GESTIONE” DEGLI EFFETTI *IN MALAM PARTEM*: RIFERIMENTI DI DIRITTO COMPARATO

1. L’elaborazione di criteri di “gestione”	237
1.1. L’idea di una legalità “possibile”	238
1.2. Distinzione tipologica di fronte all’eterogeneità delle dinamiche ermeneutiche	239
1.3. <i>L’iter</i> espositivo	240
2. Le soluzioni adottate negli ordinamenti di <i>civil law</i>	240
2.1. La “modulazione” del livello di persuasività del precedente giudiziario	241

	<i>pag.</i>
2.1.1. L'esperienza tedesca	242
2.1.2. Le soluzioni adottate negli altri ordinamenti continentali	244
2.2. Il progressivo riconoscimento della rilevanza dell'errore sul divieto	246
2.2.1. L'esempio tedesco	247
2.2.2. Il confronto con gli altri ordinamenti	249
2.3. La tutela costituzionale diretta: l'istituto del <i>recurso de amparo</i>	252
2.4. La "gestione" intertemporale dei mutamenti interpretativi	255
2.4.1. L'estensione del divieto di retroattività: affinità con il diritto alla rimessione in termini nei contenziosi amministrativi e civili	260
2.5. Linee di tendenza e divergenze delle soluzioni adottate negli ordinamenti continentali	265
3. Le soluzioni adottate negli ordinamenti di <i>common law</i>	266
3.1. La <i>prospective limitation</i> della <i>statute law</i>	267
3.2. La retroattività della <i>common law</i> : il fondamento teorico della c.d. concezione dichiarativa del precedente giudiziario	269
3.3. Gli effetti "stabilizzanti" della dottrina del <i>binding precedent</i> (cenni)	271
3.4. I limiti all'obbligo di <i>stare decisis</i> tra <i>distinguishing</i> e <i>overruling</i>	274
3.5. La tecnica dell' <i>absolute discharge</i> nel sistema inglese	275
3.6. La regola statunitense del <i>prospective overruling</i>	277
3.6.1. Convergenze ed asimmetrie rispetto all'estensione del principio d'irretroattività	281
3.7. Il <i>mistake of law</i> nell'esperienza statunitense	283
3.8. L'irretroattività "mascherata" tra l'esigenza di rispettare la teoria dichiarativa e la necessità di garantire la prevedibilità del diritto	284
4. Margini di adozione dei rimedi ed ispirazioni di <i>cross-fertilization</i>	285

CAPITOLO VII

LA QUESTIONE DELL'IMPLEMENTAZIONE DELLE GARANZIE TRA "ANTIDOTI" DI SISTEMA E SOLUZIONI PREVENTIVE

1. Una ricognizione "bifasica"	290
1.1. La distinzione tra le soluzioni <i>de iure condito</i> e quelle <i>de iure condendo</i>	290

	<i>pag.</i>
1.2. Soluzioni di tipo “preventivo” e rimedi <i>ex post</i>	291
2. I rimedi <i>de iure condito</i>	292
2.1. Il richiamo al principio di determinatezza come “antidoto” preventivo ai mutamenti interpretativi	293
2.1.1. Il limite della “giustiziabilità”	294
2.1.2. <i>L’interstitial legislation</i> della giurisprudenza di fronte alla polisemia della legge	294
2.2. Il <i>self-restraint</i> della giurisprudenza e la c.d. interpretazione “tassativizzante”	295
2.2.1. I vincoli interpretativi del giudice nella ricerca della soluzione interpretativa più determinata	296
2.2.2. L’idea dell’interpretazione tassativizzante al vaglio della prevedibilità europea	297
2.2.3. Le oggettive difficoltà di contenere la discrezionalità giudiziaria	298
2.3. L’incremento del ruolo nomofilattico della Cassazione tra regole metodologiche e contenutistiche	300
2.3.1. L’elevato numero dei ricorsi e l’effetto della c.d. inflazione dei precedenti	302
2.4. Il controllo della Corte costituzionale in ordine alla determinatezza delle soluzioni ermeneutiche	303
2.4.1. Il problema della pluralità delle soluzioni interpretative compatibili e la “prudenza costituzionale”	304
2.5. La disciplina dell’ <i>error iuris</i> quale strumento di stabilizzazione	307
2.5.1. Il rigore dei criteri per giudicare l’inevitabilità e la differenza con la soluzione adottata nell’ordinamento tedesco	311
2.5.2. I limiti di un rimedio “tampone” tra l’ipocrisia della scusante e la discrezionalità applicativa	314
2.6. Il rimedio-sanzione dell’illegittimità convenzionale per violazione dell’art. 7 CEDU	316
3. I rimedi <i>de iure condendo</i>	318
3.1. L’introduzione del precedente vincolante “in verticale”	318
3.1.1. Punti di forza della soluzione in esame	320
3.1.2. Profili di criticità. L’ineludibile confronto con il vincolo di soggezione alla legge	321
3.1.3. Le critiche di immobilismo interpretativo e di impermeabilità all’evoluzione	323
3.1.4. L’eccentricità interpretativa ed il rischio della c.d. polverizzazione giurisprudenziale del tipo criminoso legale	324

	<i>pag.</i>
3.1.5. Il contrasto con il fondamento democratico della pretesa punitiva	325
3.2. La previsione di un vincolo "attenuato"	327
3.2.1. La c.d. riforma Orlando	328
3.2.2. La compatibilità del vincolo attenuato con la prevedibilità europea	331
3.2.3. I vantaggi insiti nella tendenziale "stabilizzazione" in assenza di vincoli in positivo	332
3.2.3.1. La diffusione dei mutamenti "dal basso"	333
3.2.3.2. Le ipotesi dei c.d. "falsi <i>distinguishing</i> " ad opera delle sezioni semplici	334
3.2.3.3. I mutamenti interpretativi "dall'alto"	335
4. Il carattere non risolutivo delle soluzioni dottrinali	337
4.1. L'ambivalenza dell'instabilità interpretativa tra casi fisiologici e casi patologici	338

CAPITOLO VIII

VERSO UNA DUPLICE SOLUZIONE DEL PROBLEMA DELL'IMPREVEDIBILITÀ

SEZIONE I

CONTRASTI E MUTAMENTI INTERPRETATIVI

1. Fisiologia e patologia delle dinamiche interpretative	342
1.1. I criteri distintivi: ragionevolezza e conformità al precedente	343
1.2. Le dinamiche interpretative fisiologiche	345
1.3. Le dinamiche interpretative patologiche	347
1.3.1. Tipologie e forme di imprevedibilità	347
2. I contrasti interpretativi	348
2.1. Le singole ipotesi	348
2.1.1. I contrasti sincronici	349
2.1.2. Le ipotesi di c.d. dubbio invincibile	351
2.2. Profili comuni: la condizione di soggettiva inesigibilità e la violazione del principio di colpevolezza	354
3. I mutamenti interpretativi	354
3.1. Le singole ipotesi	355
3.1.1. L'analogia "mascherata"	355
3.1.1.1. L'eventuale "interferenza" con il controllo della Corte costituzionale	357

	<i>pag.</i>
3.1.2. I mutamenti “evolativi”	358
3.1.3. I mutamenti “innovativi”	360
3.2. Profili comuni: la situazione di obbiettiva incertezza della base normativa e la violazione della certezza giuridica	361
4. La necessità di soluzioni disciplinari distinte	361
SEZIONE II	
UNA TUTELA BINARIA	
5. Le dinamiche ermeneutiche tra principio di colpevolezza e certezza giuridica	363
6. L'eventuale scusabilità dell'errore interpretativo	364
6.1. Le modalità di attuazione	364
6.2. I parametri di giudizio	366
6.3. La questione della giustiziabilità	367
6.4. La scusante nel contesto del vincolo “attenuato” del precedente a seguito della legge Orlando (<i>ex art. 618, co. 1-bis, c.p.p.</i>)	368
7. L'estensione dell'irretroattività ai mutamenti interpretativi	369
7.1. L'ambito applicativo	370
7.1.1. I mutamenti ad effetti incriminatori e quelli che determinano l'inquadramento sotto un diverso titolo di reato	371
7.1.2. I mutamenti ad effetti aggravanti	372
7.1.3. I mutamenti interpretativi in ordine alle cause che condizionano la punibilità	376
7.1.4. Le interpretazioni di norme processuali	378
7.1.5. Sintesi	380
7.2. Scenari attuativi: la modifica dell'art. 2 c.p.	380
7.2.1. L'ipotesi di una riforma legislativa <i>ad hoc</i>	380
7.2.2. Il ricorso all'interpretazione adeguatrice dei giudici: la lettura conforme dell'art. 2 c.p. e gli insegnamenti della sentenza Beschi	381
7.2.3. L'intervento della Corte costituzionale: una soluzione costituzionalmente obbligata?	383
7.2.4. Il ruolo della Corte EDU: l'interventismo sovranazionale come fattore (indiretto) di accelerazione	386
7.3. La questione della giustiziabilità	387
7.3.1. Una prognosi dell'applicazione della giurisprudenza: il rischio di un “circolo vizioso”	388

pag.

7.3.2. Debolezze di un sistema incentrato sul monopolio interpretativo della Corte di Cassazione e suggestioni di una “competenza ripartita” con la Corte costituzionale: l’ipotesi di una tutela costituzionale diretta sul modello del <i>recurso de amparo</i>	389
7.3.3. I possibili rimedi in caso d’inosservanza	390
7.4. Profili di compatibilità costituzionale	390
7.4.1. Il vincolo di soggezione del giudice alla legge	391
7.4.2. L’equiparazione del formante legislativo al formante giurisprudenziale: la questione della conformità alla riserva di legge	392
7.4.3. Il <i>vulnus</i> al principio di uguaglianza	394
7.4.5. La compatibilità con la legalità europea	394
BIBLIOGRAFIA	397