



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE



DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE

CICLO XXXII

COORDINATORE Prof. Alessandro Simoni

FONDAMENTO E LIMITI DEL DIVIETO DI RETROATTIVITÀ DEI MUTAMENTI GIURISPRUDENZIALI SFAVOREVOLI NEL DIRITTO PENALE

Settore Scientifico Disciplinare IUS/17

Dottorando

Dott. Galante Andrea

Tutori

Ch.mo Prof. Fornasari Gabriele

Ch.mo Prof. Burchard Christoph

Coordinatore

Ch.mo Prof. Simoni Alessandro

Anni 2016/2019



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE



DOTTORATO DI RICERCA IN
SCIENZE GIURIDICHE

CICLO XXXII

COORDINATORE Prof. Alessandro Simoni

**FONDAMENTO E LIMITI DEL DIVIETO DI
RETROATTIVITÀ DEI MUTAMENTI
GIURISPRUDENZIALI SFAVOREVOLI
NEL DIRITTO PENALE**

Settore Scientifico Disciplinare IUS/17

Dottorando

Dott. Galante Andrea

Tutori

Ch.mo Prof. Fornasari Gabriele

Ch.mo Prof. Burchard Christoph

Coordinatore

Ch.mo Prof. Simoni Alessandro

Anni 2016/2019

Valutatori esterni

Ch.ma Prof.ssa Anna Maria Maugeri – Università degli Studi di Catania

Prof. Giuseppe Amarelli – Università degli Studi di Napoli Federico II

Commissione esaminatrice

Ch.mo Prof. Michele Papa – Università degli Studi di Firenze

Ch.mo Prof. Roberto Guerrini – Università degli Studi di Siena

Ch.mo Prof. Christoph Burchard – Goethe-Universität Frankfurt am Main

Ch.mo Prof. Matthias Jahn – Goethe-Universität Frankfurt am Main

Data della discussione della tesi – 21 aprile 2020

Alla mia famiglia,
Alice, Maria Cristina e Sandro.

INDICE

ABBREVIAZIONI	IX
---------------	----

CAPITOLO INTRODUTTIVO

1. Oggetto dell'indagine	1
2. La prospettiva privilegiata per l'indagine	4
3. Delimitazione dell'indagine, nonché una breve precisazione sull'uso del concetto di «paradigma»	6

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

1. La riserva di legge come garanzia di natura principalmente democratico-procedurale	13
2. La legalità-determinatezza come precisione letterale della disposizione legislativa	19
3. Il divieto di analogia <i>in malam partem</i> come limite linguistico-testuale	24
4. Il divieto di retroattività sfavorevole riferito alla sola legge	28

CAPITOLO II

LA CONCEZIONE COGNITIVA DELL'INTERPRETAZIONE E LA FORZA (SOLO) PERSUASIVA DEL "PRECEDENTE"

1. La concezione "legalitaria" dell'interpretazione come garanzia della sua democraticità	37
2. La garanzia della particolare fedeltà del giudice penale alla legge tra divieto di interpretazione e modello sussuntivo	39
3. Il modello ermeneutico-istituzionale della « <i>one right answer</i> ». Il ruolo	

IV *Fondamento e limiti del divieto di retroattività dei mutamenti giurisprudenziali*

del giudice sul piano delle fonti del diritto	43
4. Segue. Il ruolo del giudice sul piano istituzionale: la nomofilachia c.d. oggettiva	47
5. La forza (solo) persuasiva del principio di diritto affermato della Corte di cassazione	49

CAPITOLO III

CONTRASTI GIURISPRUDENZIALI PRODUTTIVI DI EFFETTI SFAVOREVOLI E CONCEZIONE LEGALISTA DELLA LEGALITÀ

1. Premessa terminologica: «contrastisti» e non «mutamenti» giurisprudenziali	55
---	----

SEZIONE I

LA RILEVANZA DEI CONTRASTI GIURISPRUDENZIALI SFAVOREVOLI SUL PIANO DELLE GARANZIE POLITICO-ISTITUZIONALI

2.1. Il mutamento interpretativo sfavorevole come violazione del divieto di analogia <i>in malam partem</i>	59
2.2. Il mutamento interpretativo come conseguenza di una congenita indeterminatezza della fattispecie	63
2.3. Il prodursi di mutamenti interpretativi come conseguenza della “patologica” ipertrofia del diritto penale: brevi cenni sul “diritto penale minimo” come (non) soluzione del problema	65
2.4. Ulteriori obiezioni rispetto ad una tutela temporale dagli effetti retroattivi del mutamento di interpretazione giurisprudenziale	67

SEZIONE II

LA RILEVANZA DEI CONTRASTI GIURISPRUDENZIALI SUL PIANO DELLA COLPEVOLEZZA

3.1. I limiti della soluzione oggettiva e il tentativo di recuperare margini di garanzia per il cittadino sul piano soggettivo	73
3.2. Il principio del <i>Vertrauensschutz</i> come protezione della continuità del diritto nei termini della certezza giuridica soggettiva	74
3.3. Riconoscibilità e rimproverabilità come due chiavi di lettura di Corte cost. n. 364 del 1988	80
3.4. La declinazione in chiave soggettiva anche dei criteri oggettivi di inevitabilità dell'ignoranza	85
3.5. L'ignoranza deve essere degna di essere protetta: la coscienza	

dell'illiceità generale come oggetto sufficiente dell'ignoranza evitabile e l'attribuzione a carico del cittadino del rischio derivante dal dubbio	89
3.6. Bilancio sull'efficacia del "nuovo" art. 5 c.p. nella giurisprudenza con specifico riferimento ai cambi di interpretazione giurisprudenziale produttivi di conseguenze sfavorevoli	93
3.7. L'errore sul divieto in virtù del § 17 StGB con specifico riferimento ai mutamenti giurisprudenziali	100

PARTE II

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

CAPITOLO I

LA LEGALITÀ PENALE COME PRINCIPIO COSTITUZIONALE

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>	118
3. La (maggiore) determinatezza come risultato della legge e della giurisprudenza	122
3.1. I limiti della teoria del diritto vivente sviluppata dalla Corte costituzionale	125
3.2. Gli strumenti per garantire la determinatezza sotto forma di calcolabilità. La <i>Wesentlichkeitslehre</i> come metodo	131
3.3. Segue. Il <i>Präziserungsgebot</i>	134
4. Il divieto di retroattività come garanzia dell'accessibilità della norma penale: fondamento e rinvio	139

CAPITOLO II

LA NATURA (ANCHE) COSTITUTIVA DELL'INTERPRETAZIONE GIURISPRUDENZIALE E IL VALORE VERTICALMENTE VINCOLANTE DI ALCUNI PRECEDENTI

1. L'interpretazione giurisprudenziale ha natura anche costitutiva	144
2. La natura eterogenea del testo della legge e del fatto: il ruolo del contesto	146

3. L'esistenza di una pluralità di interpretazioni possibili	150
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	154
5. Comparazione con la <i>Vorlagepflicht</i> tedesca	159
6. Critiche mosse al nuovo meccanismo ex art. 618, co. 1 bis, c.p.p. e suoi probabili effetti	163

CAPITOLO III

QUALI GARANZIE TEMPORALI PER I MUTAMENTI GIURISPRUDENZIALI SFAVOREVOLI?

1. Premessa: concetto di «mutamento giurisprudenziale» e fisiologia dei mutamenti giurisprudenziali (diacronici)	169
--	-----

SEZIONE I

LA RAGIONEVOLE PREVEDIBILITÀ EX ART. 7 CEDU E L'ERRORE SUL PRECETTO EX ART. 5 C.P.

2.1. La «legalità penale convenzionale»: tratti fondamentali e rapporti con la legalità costituzionale	177
2.2. La ragionevole prevedibilità <i>ratione materiae</i> e <i>ratione personae</i>	185
2.3. Le "fonti" della ragionevole prevedibilità	190
2.4. Vantaggi e limiti di una soluzione del problema dei mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli sul piano della legalità(-colpevolezza) convenzionale	194

SEZIONE II

L'ESTENSIONE DEL DIVIETO DI RETROATTIVITÀ AI MUTAMENTI GIURISPRUDENZIALI SFAVOREVOLI SUL PIANO DELLE GARANZIE

3.1. I fondamenti politico-costituzionali dell'estensione del divieto di retroattività ai mutamenti giurisprudenziali <i>in malam partem</i> nel rapporto tra individuo e autorità pubblica	200
3.2. Il <i>Vertrauensschutzprinzip</i> declinato in chiave oggettiva	203
3.3. <i>Due Process Clause</i> e <i>fair warning</i> : tra prevedibilità della prima applicazione e divieto di retroattività del mutamento giurisprudenziale	207

3.4. Le tecniche per garantire il <i>fair warning</i> in caso di mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli. Il <i>prospective overruling</i>	212
3.5. Segue. Il <i>mistake of law</i> in chiave oggettiva	216
3.6. Il divieto di retroattività della legge così come interpretata dalle Sezioni unite	219
3.7. Il valore istituzionale del divieto di retroattività e la questione del limite di efficacia	223
RIFLESSIONI CONCLUSIVE	227
SUMMARY	233
BIBLIOGRAFIA	271
INDICE DELLA GIURISPRUDENZA	313

ABBREVIAZIONI

Alb. L. J. Sci. & Tech.	Albany Law Journal of Science and Technology
Am. J. Comp. L.	The American Journal of Comparative Law
Am. J. Crim. L.	American Journal of Criminal Law
Am. J. Juris.	American Journal of Jurisprudence
Am. U. Int'l L. Rev.	American University International Law Review
Anglo-Amer. L. Rev.	Anglo-American Law Review
Arch. pen.	Archivio Penale
B. U. L. Rev.	Boston University Law Review
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
Cal. L. Rev.	California Law Review
Cardozo L. Rev.	Cardozo Law Review
Cass. pen.	Cassazione Penale
CEDU	Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali
Conn. L. Rev.	Connecticut Law Review
Creighton L. Rev.	Creighton Law Review
Crim. Law and Philos.	Criminal Law and Philosophy
Criminalia	Criminalia. Annuario di scienze penalistiche
Crit. dir.	Critica del diritto
CtEDU o Corte EDU	Corte Europea dei Diritti dell'Uomo
D&Q	Diritto&questioni pubbliche
d.P.R.	Decreto del Presidente della Repubblica
Dig. disc. pen.	Digesto delle discipline penalistiche
Dig. disc. priv. civ.	Digesto delle discipline civilistiche – Sezione civile
Dir. fam. pers.	Diritto di famiglia e delle persone
Dir. pen. cont.	Diritto penale contemporaneo
Dir. pen. proc.	Diritto penale e processo
Dir. pen. XXI sec.	Diritto penale XXI secolo
Dir. pubbl.	Diritto pubblico

DRiZ	Deutsche Richterzeitung
Duke L. J.	Duke Law Journal
DV	Die Verwaltung. Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaften
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
EHRLR	European Human Rights Law Review
Enc. dir.	Enciclopedia del diritto
Enc. giur. Treccani	Enciclopedia giuridica Treccani
Foro it.	Foro italiano
Forum cost.	Forum di Quaderni Costituzionali
GA	Goltdammer's Archiv für Strafsachen
GC	Grande Camera
Geo. J.L. & Pub. Pol'y	Georgetown Journal of Law & Public Policy
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland 1949
Giur. comm.	Giurisprudenza commerciale
Giur. cost.	Giurisprudenza costituzionale
Giur. it.	Giurisprudenza italiana
Giust. pen.	Giustizia penale
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hastings L. J.	Hastings Law Journal
Ind. pen.	Indice penale
InDret	InDret. Revista para el Análisis del Derecho
J. Marshall L. Rev.	The John Marshall Law Review
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
Jus	Jus. Rivista di Scienze giuridiche
JZ	JuristenZeitung
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
Law Quarterly Rev.	The Law Quarterly Review
Leg. pen.	Legislazione penale
Liberty U. L. Rev.	Liberty University Law Review
Melb. U. L. Rev.	Melbourne University Law Review

Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
Modern L. Rev.	Modern Law Review
N. C. L. Rev.	North Carolina Law Review
N.Y.U. L. Rev.	New York University Law Review
N.Z. L. Rev.	New Zealand Law Review
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Noviss. dig. it.	Novissimo Digesto Italiano
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
Nuovo dig. it.	Nuovo Digesto Italiano
Nw. U. L. Rev.	Northwestern University Law Review
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
Pol. dir.	Politica del diritto
Proc. pen. giust.	Procedura penale e giustizia
Quad. fior.	Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno
Quaderni cost.	Quaderni costituzionali
Questione crim.	Questione criminale
Questione giust.	Questione giustizia
Rev. pénit. droit pén.	Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal
Riv. dir. cost.	Rivista di diritto costituzionale
Riv. dir. proc. civ.	Rivista italiana di procedura civile
Riv. it. dir. pen.	Rivista italiana di diritto penale
Riv. it. dir. proc. pen.	Rivista italiana di diritto e procedura penale
Riv. it. scien. giur.	Rivista italiana di scienze giuridiche
Riv. pen.	Rivista penale
Riv. trim. dir. pen. cont.	Rivista trimestrale di diritto penale contemporaneo
Riv. trim. dir. pen. econ.	Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia
Riv. trim. dir. proc. civ.	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
Roger Williams U. L. Rev.	Roger Williams University Law Review
RTDCiv.	Revue trimestrielle de droit civil
South. Cal. L. R.	Southern California Law Review
Stan. L. & Pol'y Rev.	Stanford Law & Policy Review
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
StGB	Strafgesetzbuch (Deutschland)
StraFo	Strafverteidiger Forum

XII *Fondamento e limiti del divieto di retroattività dei mutamenti giurisprudenziali*

StV	Strafverteidiger
Sup. Ct. Rev.	Supreme Court Review
Syracuse L. Rev.	Syracuse Law Review
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U. Cincinnati L. Rev.	University of Cincinnati Law Review
U. Penn. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
Va. J. Soc. Pol'y & L.	Virginia Journal of Social Policy and the Law
Va. L. Rev.	Virginia Law Review
Wayne L. Rev.	Wayne Law Review
Wisconsin L. Rev.	Wisconsin Law Review
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
Yale L. J.	Yale Law Journal
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZWH	Zeitschrift für Wirtschaftsstrafrecht und Haftung im Unternehmen

CAPITOLO INTRODUTTIVO

SOMMARIO: 1. Oggetto dell'indagine. – 2. La prospettiva privilegiata per l'indagine. – 3. Delimitazione dell'indagine, nonché una breve precisazione sull'uso del concetto di «paradigma».

1. *Oggetto dell'indagine*

Se il legislatore volesse incriminare nuove condotte o aggravare il trattamento sanzionatorio per tipologie di condotte già penalmente rilevanti, lo potrebbe fare solo con efficacia per il futuro.

Il divieto costituzionale di retroattività impedisce, da un lato, che un comportamento penalmente irrilevante possa essere soggetto a sanzione penale dopo la sua commissione e, dall'altro lato, che una condotta già penalmente rilevante possa essere oggetto di un incremento del trattamento sanzionatorio rispetto a quello previsto al momento del fatto.

Questa garanzia prevista dall'art. 25, co. 2, della Costituzione italiana, nonché dall'art. 103, co. 2, *Grundgesetz*, rappresenta la quintessenza del diritto penale moderno.

Qualora un comportamento penalmente irrilevante al momento della sua commissione diventi, al contrario, penalmente rilevante a seguito del verificarsi di un cambio di interpretazione giurisprudenziale oppure finisca per essere sanzionato (in astratto) con pene più sfavorevoli, quali garanzie sono riconosciute al cittadino?

Fino a pochi anni fa, nessuna.

Certo, la Corte costituzionale nel 1988 aveva dichiarato la parziale illegittimità costituzionale della disciplina dell'*ignorantia legis*, consacrando il principio secondo cui l'ignoranza inevitabile della legge penale scusa il soggetto. Principio che però non ha impedito in tutti questi anni alla giurisprudenza (di legittimità, anche nella sua massima istanza) di riconoscere ai mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli efficacia retroattiva, quindi rispetto a fatti già verificatisi.

Più recentemente si è diffusa, su impulso della Corte di Strasburgo, l'idea secondo cui i mutamenti giurisprudenziali peggiorativi non possono retroagire solo laddove imprevedibili. Detto al contrario, in tutti i casi in cui siano ragionevolmente prevedibili la retroattività dei medesimi è consentita.

Secondo l'opinione tuttora maggioritaria, il divieto di retroattività non potrebbe o non dovrebbe svolgere alcun ruolo di garanzia in questi casi. Argomentare diversamente determinerebbe una redistribuzione del potere legislativo tra Parlamento e potere giudiziario. Meglio, sempre secondo l'opinione maggioritaria, il riconoscimento del divieto di retroattività anche rispetto ai mutamenti giurisprudenziali *in malam partem* determinerebbe l'equiparazione del "diritto giurisprudenziale" alla legge sul piano delle fonti del diritto penale, equiparazione evidentemente insostenibile sulla base del nostro modello costituzionale di separazione dei poteri.

È davvero così?

Da una prospettiva significativamente più ampia, tre sono i rapporti di tensioni che costituiscono il sostrato problematico del tema dell'efficacia retroattiva dei mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli. A ben vedere, si tratta di rapporti di tensione tra loro (talvolta inestricabilmente) intrecciati.

Innanzitutto, in termini generali, viene in rilievo quello tra universalismo e particolarismo giuridico¹. Si tratta di due prospettive significativamente diverse di guardare al diritto (penale), prospettive che – in definitiva – rispecchiano due valori al tempo stesso necessariamente compresenti, ma in costante contrasto².

Semplificando concezioni ben più articolate, da un lato l'universalismo giuridico si fonda sull'idea che il giudice non debba fare altro che applicare regole generali e che, quindi, la sua decisione sia giustificata in quanto sussunzione di un caso particolare in una regola generale destinata ad applicarsi in tutti i casi uguali o simili.

¹ Si v. F. PALAZZO, *Il diritto penale tra universalismo e particolarismo*, Napoli, 2011, *passim*; P. GROSSI, *Universalismo e particolarismo nel diritto*, Napoli, 2011, *passim*; R. SACCO, *Il diritto tra uniformazione e particolarismo*, Napoli, 2011, *passim*.

² Cfr. J. BELL, *The Institutional Constraints on Particularism*, in Z. BANKOWSKY, J. MACLEAN (a cura di), *The Universal and Particular in Legal Reasoning*, London, 2007, 41 in particolare; nonché F. PALAZZO, *Il diritto penale tra universalismo e particolarismo*, cit., 8 ss.

Dall'altro lato, il particolarismo giuridico muove dall'idea che la decisione del giudice è il risultato non tanto dell'applicazione meccanica di regole generali, quanto del riferimento ai fatti particolari del caso specifico su cui verte la decisione³.

I valori di fondo sono quelli della giustizia formale universalista e della giustizia sostanziale particolarista. È evidente la circostanza che nessuno dei due poli può soccombere a totale vantaggio dell'altro perché è inaccettabile l'assolutezza di entrambi.

In secondo luogo, viene in rilievo il rapporto tra principio democratico e principi di garanzia. Anche l'idea della legalità penale riflette a ben vedere queste due anime: quella democratica, da un lato, espressa in primo luogo dalla riserva di legge parlamentare; quella universale, dall'altro lato, che si concretizza innanzitutto nel divieto di retroattività. Il divieto di analogia e il principio di determinatezza rispecchiano entrambi i fondamenti della legalità penale.

La declinazione del rapporto tra legge e giudice o, per meglio dire, la distribuzione della garanzia tra legge e giudice riflette le condizioni storiche, politiche e sociali contingenti in una comunità. Al tempo stesso, «la tensione tra il potere di emanare le leggi e quello di applicarle genera l'equilibrio di forze che sostiene lo stato di diritto»⁴. Si tratta, anche in questo caso, di individuare il corretto equilibrio tra i due – per così dire – piatti della bilancia della garanzia.

Infine, ma solo dal punto di vista espositivo, il terzo campo di tensione all'interno del quale si colloca il tema dell'efficacia temporale dei mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli è quello politico-criminale. Diritto penale e politica criminale entrano così a stretto contatto. La celebrazione della legalità, dei suoi fondamenti e delle singole garanzie, deve tenere in considerazione l'esigenza di controllare i soggetti e di evitare in massima parte la realizzazione di fatti socialmente riprovevoli.

È profondamente vero che l'«esigenza della certezza del diritto limita inesorabilmente la soddisfazione del bisogno di giustizia»⁵.

³ Si v. M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009, 200 ss.

⁴ Si v. R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva "quantistica"*, Milano, 2014, 107.

⁵ Così F. CARNELUTTI, *L'equità nel diritto penale*, in Riv. dir. proc. civ., 1935, 114, seppur a sostegno dell'abolizione del divieto di analogia.

In uno stato (costituzionale) di diritto è giusto che sia così. Con le parole di un celebre penalista, «è meglio poter giungere a punire tutto ciò che è meritevole di punizione, attuare cioè su questa terra la giustizia tutta intera [...] oppure non rinunciare alla libertà, all'uguaglianza e ai tanti altri vantaggi che sono loro connessi?»⁶.

Al tempo stesso, anche una prevedibilità assoluta determinerebbe costi sociali insopportabili⁷.

In definitiva, in uno stato di diritto, certezza del diritto e giustizia sostanziale, garanzie ed efficienza sono alla costante ricerca di un temporaneo equilibrio. Il continuo affinamento del principio di legalità penale è il risultato della tensione verso questo equilibrio.

2. *La prospettiva privilegiata per l'indagine*

Il tema dei mutamenti giurisprudenziali e degli eventuali limiti temporali agli effetti sfavorevoli da questi prodotti si intreccia con almeno tre ordini di questioni che costituiscono snodi centrali del diritto (non solo) penale.

In primo luogo, con gli sviluppi della scienza ermeneutica, sviluppi che determinano in parte una rielaborazione dei tradizionali modelli penalistici. Adottando questa prospettiva si potrebbe quindi sostenere che, una volta accertata l'esistenza di uno "spazio creativo" più o meno ampio per il giudice nel momento in cui trasforma la disposizione in norma per quel singolo fatto, sarebbe necessario individuare degli strumenti per controllare come questo "spazio creativo" viene in concreto utilizzato.

In secondo luogo, muovendo da una prospettiva politico-criminale si potrebbe accertare, tra le altre cose, quali sono le conseguenze dell'accettazione della retroattività dei mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli o, al contrario, della loro limitazione temporale solo *pro futuro*. Così, ad esempio, ci si potrebbe chiedere se l'efficacia retroattiva sia da preservare perché magari produce positivi effetti

⁶ Cfr. G. VASSALLI, voce *Nullum crimen sine lege*, in Nuovo dig. it., Torino, VIII, 1939, 1177.

⁷ Per tutti, cfr. F. PALAZZO, *Sistema delle fonti e legalità penale*, in Cass. pen., 2005, 141.

deterrenti⁸. Detto in altre parole, poiché nella gran parte dei casi i mutamenti giurisprudenziali in materia penale producono come risultato quello di trasformare comportamenti fino a quel momento solo socialmente non approvati in comportamenti penalmente rilevanti, l'effetto retroattivo dei cambi di giurisprudenza favorisce una riduzione di questi comportamenti a (almeno parziale) beneficio della società? E se così fosse, sarebbe accettabile questa situazione dal punto di vista costituzionale e delle finalità della pena?

In terzo luogo, in una prospettiva costituzionale in senso stretto vengono in rilievo due piani distinti. Da un lato, quello politico-istituzionale relativo all'evoluzione dei rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario. Dall'altro lato, quello delle garanzie che devono essere apprestate al cittadino a fronte della più recente declinazione dei rapporti tra legge e giudice.

A ben vedere, tuttavia, si tratta di tre prospettive al tempo stesso astrattamente distinguibili ma anche indissolubilmente intrecciate tra loro.

Gli sviluppi dell'ermeneutica sollecitano una riflessione sull'attualità della tradizionale concezione della separazione dei poteri. Parimenti, gli obiettivi di politica criminale devono orientare la ricerca delle nuove soluzioni per evitare che queste si dimostrino in seguito insostenibili nella concretezza della realtà sociale. A tal proposito, per fare solo un esempio, riconoscere l'irretroattività del mutamento di interpretazione in termini peggiorativi promosso da un qualsiasi giudice determinerebbe conseguenze ordinamentali tutt'altro che auspicabili.

Trattandosi di un tema vastissimo, si sono dovute fare alcune scelte relative, in primo luogo, alla prospettiva da privilegiare e, in secondo luogo, a come concretamente impostare quest'ultima.

Così, la prima scelta è stata quella di dare maggior rilievo alla prospettiva costituzionale in senso stretto, pur nella consapevolezza che anche le altre prospettive

⁸ Volendo, in tal senso argomenta E. TIKHONRAVOV, *Nulla Poena Sine Lege in Continental Criminal Law: Historical and Theoretical Analysis*, in *Crim. Law and Philosophy*, 2019, 215 ss. sostenendo, sulla base di una ricostruzione storica del principio di legalità peraltro estremamente succinta, che una condotta non penalmente rilevante al momento della sua commissione possa ciononostante essere punita ogniqualvolta gli effetti deterrenti prodotti da questa punizione superino le conseguenze sfavorevoli provocate dalla violazione del principio di legalità (p. 223).

di ricerca devono essere tenute in adeguata considerazione. In definitiva, alla base di tutto pare esservi l'evoluzione dell'idea stessa della legalità penale costituzionale.

La seconda scelta è stata quella di prendere come modello di confronto, in primo luogo, l'ordinamento tedesco. Il tema dei mutamenti giurisprudenziali e dei loro effetti nel tempo è discusso nella dottrina penalistica tedesca almeno dalla fine degli anni sessanta del secolo scorso⁹. Inoltre, la più recente giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* mostra una speciale attenzione al tema e ha elaborato metodi e argomenti di significativo interesse. In secondo luogo, la lente è rivolta anche verso gli ordinamenti tradizionalmente definiti come di *common law* e, tra questi, in particolare quello statunitense. Da anni si parla – e non solo nella dottrina civilistica e penalistica italiana – del recepimento di istituti sviluppati oltre oceano: a tal proposito, la tecnica del *prospective overruling* è solo uno dei possibili esempi.

Infine, la terza scelta (di cui si darà conto dettagliatamente al paragrafo seguente) è stata quella di non tentare un complessivo studio dell'intera macro-tematica riconducibile alla locuzione mutamenti giurisprudenziali intesa in senso lato.

3. *Delimitazione dell'indagine, nonché una breve precisazione sull'uso del concetto di «paradigma»*

Con la locuzione mutamenti giurisprudenziali intesa in senso lato si è soliti fare riferimento a due fenomeni non solo – per così dire – strutturalmente diversi, ma anche che sollevano questioni problematiche di differente natura.

Si tratta, da un lato, dei contrasti giurisprudenziali sincronici e, dall'altro lato, dei contrasti o mutamenti giurisprudenziali diacronici. Mentre i primi presuppongono la coesistenza in un dato frangente temporale di maggiore o minore durata di due o più

⁹ Basti per ora il richiamo ai lavori, allora pioneristici, di N. GROSS, *Rückwirkungsverbot und richterliche Tatbestandauslegung im Strafrecht*, Freiburg, 1969; W. GRUNSKY, *Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung*, Karlsruhe, 1970; H.W. ARNDT, *Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung. Dargestellt anhand der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, des Bundesfinanzhofes, des Bundesarbeitsgerichts und des Bundesverfassungsgerichts*, Frankfurt a.M., 1974; RÜBERG B., *Vertrauensschutz gegenüber rückwirkender Rechtsprechungsänderung*, Hamburg, 1977.

decisioni differenti sulla medesima questione di diritto, con le seconde espressioni si fa riferimento alla sostituzione di una giurisprudenza fino a quel momento in massima parte condivisa con una nuova soluzione di diritto da parte di una nuova pronuncia successivamente destinata ad affermarsi come nuovo orientamento giurisprudenziale¹⁰.

A ben vedere, i contrasti giurisprudenziali sincronici pongono problemi sia sul piano della certezza del diritto che su quello dell'uguaglianza di trattamento. Certezza del diritto perché in un dato momento lo stesso comportamento potrebbe essere qualificato – nell'ipotesi più semplice – come penalmente irrilevante da un giudice e, al contrario, come penalmente rilevante da un altro giudice. In definitiva, il soggetto, tenendo quel comportamento, affronta il rischio di non sapere quali saranno le eventuali conseguenze penali della sua condotta. Uguaglianza di trattamento perché, evidentemente, si tratta di tipologie di condotte coincidenti o simili che ricevono una diversa qualificazione giuridico-penale.

Anche i contrasti o mutamenti giurisprudenziali diacronici sollevano problemi di incertezza del diritto, ma si tratta di un'incertezza almeno in parte diversa rispetto a quella prodotta dai contrasti sincronici. Nei contrasti diacronici si tratta di un'incertezza – per così dire – di previsione. In altre parole, al momento del fatto la soluzione accolta dalla giurisprudenza è sufficientemente univoca e il soggetto affronta il rischio che questa venga in futuro modificata. Incertezza previsionale, quindi, nel senso che il medesimo soggetto non sarà sempre in grado di conoscere e di correttamente valutare i mutamenti sociali che, in futuro, potrebbero dar luogo al cambio di giurisprudenza.

Invece, i contrasti diacronici non pongono, almeno in linea teorica, problemi di eguaglianza. A prima vista è senz'altro vero che due situazioni uguali o simili ricevono a distanza di tempo due soluzioni diverse. Ma ciò che caratterizza i contrasti o mutamenti diacronici è la modifica, ad esempio, delle condizioni sociali, politiche o economiche di riferimento. Se effettivamente il cambio di interpretazione rispecchia questa evoluzione, allora i due fatti sono solo apparentemente uguali. Così, la prima

¹⁰ Per maggiori specificazioni, si v. *infra* Pt. I, Cap. III, para. 1 e Pt. II, Cap. III, para. 1.

limitazione consiste nell'esclusione di una completa trattazione del fenomeno dei contrasti giurisprudenziali sincronici.

Inoltre, il tema potrebbe essere studiato anche rispetto a specifici settori di materia. Così, solo per fare qualche esempio, i reati informatici risentono in misura più significativa dell'evoluzione tecnologica e della costante necessità dell'adeguamento – in alcuni casi necessariamente giurisprudenziale e non legislativo – alle innovazioni nel frattempo sopraggiunte.

Anche il contrasto alla criminalità organizzata, in particolare mafiosa, potrebbe essere considerato un settore a parte. Non che questo evidentemente legittimi una violazione della legalità penale in questo ambito, ma è innegabile che le circostanze delle singole vicende finiscono per essere fortemente influenzate dal clima, nel tempo più o meno sentito, di lotta al fenomeno mafioso¹¹.

Peraltro, gli esempi potrebbero essere molti altri: dalla responsabilità medica fino al contrasto della corruzione, dalla sicurezza sul luogo di lavoro fino ad alcuni settori del diritto penale economico¹².

Per concludere sul punto, è stato escluso l'approfondimento del tema dei mutamenti giurisprudenziali rispetto a specifici settori di materia, nonostante

¹¹ Tra i tanti studi anche specificamente dedicati all'evoluzione della giurisprudenza in questo settore, si v. i contributi di A. Cavaliere, C. Visconti, V. Maiello e F. Viganò in L. PICOTTI, G. FORNASARI, F. VIGANÒ, A. MELCHIONDA (a cura di), *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente*, Padova, 2005, rispettivamente alle pp. 117 ss., 143 ss., 159 ss. e 279 ss.; A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 2003, in particolare 43 ss. e 248 ss.; i contributi raccolti in V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, Torino, 2014; i contributi di G. Insolera, A. Cavaliere, V. Maiello e G. Fiandaca in G. FIANDACA, C. VISCONTI (a cura di), *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, Torino, 2010, rispettivamente alle pp. 123 ss., 128 ss., 146 ss. e 203 ss. Infine, da ultimo, anche G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa. Profili politico-criminali, dommatici ed applicativi*, Roma, 2017, 227 ss.

¹² Per tutti, R. BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, 2010; G. CASAROLI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, A. MELCHIONDA (a cura di), *La tutela penale della sicurezza del lavoro. Luci e ombre del diritto vivente*, Pisa, 2015; M. JAHN, E. KEMPF, K. LÜDERSSEN, K. VOLK, C. PRITTWITZ, R.H. SCHMIDT (a cura di), *Unbestimmtes Wirtschaftsstrafrecht und gesamtwirtschaftliche Perspektiven*, Berlin, 2017, *passim* e soprattutto i contributi da pp. 126 ss.

(inevitabilmente) i singoli settori più problematici finiscano per costituire una sorta di sottofondo dell'intera indagine.

Un'ultima notazione introduttiva.

Il lavoro si articola in due parti, rispettivamente intitolate, la prima, «il paradigma legalista della legalità e il diritto giurisprudenziale come “deformante” della legalità» e, la seconda, «il paradigma effettuale della legalità e il diritto giurisprudenziale come “formante” della legalità». Il termine «paradigma» è qui utilizzato nel significato di modello di confronto. Da un lato, questo consente di affrontare una tematica ampia come quella della legalità penale. Dall'altro lato, ciò non esclude che vi possano essere posizioni anche solo parzialmente differenti rispetto a ciascuno dei due modelli di confronto. Nei casi in cui le ulteriori distinzioni diventano rilevanti al fine del tema affrontato, se ne è dato conto – se non altro – nelle note al testo.

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

SOMMARIO: 1. La riserva di legge come garanzia di natura principalmente democratico-procedurale. – 2. La legalità-determinatezza come precisione letterale della disposizione legislativa. – 3. Il divieto di analogia *in malam partem* come limite di natura linguistico-testuale. – 4. Il divieto di retroattività sfavorevole riferito alla sola legge.

1. La riserva di legge come garanzia di natura principalmente democratico-procedurale

Sul finire del secolo XVIII, il superamento del modello sociale dei ceti, dei corpi e delle gerarchie a favore di un ordine di soggetti giuridicamente eguali, la graduale affermazione di una nuova idea di sovranità statale ove si sviluppa un'organizzazione burocratica e gerarchica della funzione giurisdizionale in opposizione alla giustizia negoziata e comunitaria dei secoli precedenti, nonché l'ascesa politica di una nuova classe sociale che domandava con forza rappresentanza e tutela dell'autonomia personale ed economica dell'individuo, determinano profonde conseguenze sul piano delle fonti del diritto, in particolare di quello penale¹³.

¹³ In argomento, rispetto ai fattori storici, sociali e costituzionali qui brevemente richiamati che hanno portato all'affermazione della concezione illuminista della legalità, v. in particolare P. COSTA, *I "padroni della legge". Legge, interpretazione, libertà nell'illuminismo giuridico*, in Riv. dir. cost., 2001, 14 ss.; ID., *Pagina introduttiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)*, in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, vol. 36, I, 2007, 5 ss.; M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in Enc. dir., Annali, VI, Milano, 2013, 382 ss.; M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, 2002, 509 ss. e, prima e più diffusamente, ID., *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, 1974, *passim*.

Il principio della rappresentanza politica diventa la nuova fonte di legittimazione del potere normativo statale e, quindi, anche del potere punitivo¹⁴. Al tempo stesso, il trionfo della sovranità statale pone l'esigenza di un contenimento del dispiegarsi di tale potere e in definitiva di una distribuzione della potestà normativa tra i diversi organi¹⁵.

La teorizzazione da parte del pensiero politologico illuminista¹⁶ e la successiva concretizzazione storica del principio della separazione dei poteri rende possibile la selezione delle fonti di produzione del diritto. Se la rappresentanza politica – nuova fonte di legittimazione del potere anche punitivo – si inverte nelle forme delle assemblee parlamentari, ne deriva che la legge (parlamentare) diventa lo strumento capace di assicurare la democraticità delle scelte politiche.

Il predominio assoluto del potere legislativo in materia penale, per come promosso almeno da alcuni esponenti del pensiero illuminista, fonda le sue radici non solo in un'esigenza di certezza, ma soprattutto in una profonda esigenza di garanzia: la provenienza della legge dall'organo dotato di legittimazione democratica e, quindi, la natura intrinsecamente democratica del prodotto normativo del parlamento è anche garanzia dell'intrinseca bontà dei suoi contenuti¹⁷.

¹⁴ Cfr., soprattutto, F. PALAZZO, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 36, I, 2007, 1291.

¹⁵ Così, M. FIORAVANTI, *Il diritto penale nell'età dello Stato costituzionale*, in L. STORTONI, G. INSOLERA (a cura di), *Gli ottant'anni del codice Rocco*, Bologna, 2012, 192 ss.; fondamentale anche la ricostruzione delle differenti concezioni politico-costituzionali affermatesi nel tempo in M. FIORAVANTI, *Stato e Costituzione*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, 2007, 31 ss.

¹⁶ MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, a cura di S. Cotta, XII, 1, Torino, 1952, *passim*.

¹⁷ Cfr. F. PALAZZO, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, cit., 1291 il quale usa la metafora della legge come cinghia di trasmissione della democrazia. Nel senso che il fondamento della riserva di legge sarebbe da rinvenire nell'esigenza di certezza del diritto, v. dal punto di vista costituzionalistico G. AMATO, *Rapporti tra norme primarie e secondarie. Aspetti problematici*, Milano, 1962, 136 ss.

Come è stato rilevato, il modello illuminista di sottoposizione del giudice alla legge si fondava su un'idea sostanziale e razionalistica della legge, intesa quest'ultima già come (sufficiente e, al tempo stesso, massimo) presidio di libertà¹⁸.

In altre parole, la garanzia che si vuole che la riserva di legge appresti rispetto al potere punitivo statale opera non solo e non tanto sul piano della possibilità che viene data al cittadino di regolare il proprio comportamento sulla base di una previa regola generale e astratta, ma molto di più sul piano della democraticità dei contenuti della legge, dove questi ultimi sono il prodotto del miglior sistema possibile delle decisioni politiche¹⁹.

Nella concezione originaria, la garanzia recata dalla legge in virtù della sua democraticità era, quindi, già di per sé considerata una garanzia di carattere contenutistico e non solo procedurale²⁰.

Superata l'idea dell'intrinseca bontà della legge in quanto prodotto dell'organo democraticamente legittimato, la garanzia apprestata dal principio della riserva di legge si attesta sul piano procedurale²¹. Inizia la progressiva trasformazione del principio democratico vero e proprio in principio maggioritario.

La garanzia di procedimento opera, in estrema sintesi, essenzialmente sotto i profili della pubblicità dei lavori parlamentari e della partecipazione delle opposizioni alle varie fasi di elaborazione e approvazione della legge²². Così, sotto il primo profilo, la pubblicità dei lavori parlamentari, anche se garantita in gradi diversi a seconda delle procedure adottate, assicura il controllo da parte dell'opinione

¹⁸ Si v. F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova, 1979, 163.

¹⁹ Più in generale, sulla funzione politica della riserva di legge v. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2010, 132 ss.; F. PALAZZO, *Sistema delle fonti e legalità penale*, in *Cass. pen.*, 2005, 141.

²⁰ Si v. M. FIORAVANTI, *Fine o metamorfosi?*, in P. ROSSI (a cura di), *Fine del diritto?*, Bologna, 2009, 55 ss.; F. PALAZZO, *Sistema delle fonti e legalità penale*, cit., 141.

²¹ Cfr. A. BARBERA, *La rappresentanza politica: un mito in declino?*, in *Quad. cost.*, 2008, 887; F. PALAZZO, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, cit., 1294.

²² In particolare, sul punto v. S. FOIS, *La "riserva di legge". Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1963, 295 ss.

pubblica. Sotto il secondo profilo, il ruolo delle opposizioni, come rappresentativo delle minoranze, è duplice: si sostanzia non solo nel controllo esercitato sulla formazione del prodotto legislativo²³, ma anche nell'attivo concorso alla fase di elaborazione dei contenuti delle scelte di criminalizzazione²⁴.

Nell'originaria idea illuminista della legalità, il principio della riserva di legge era legato a doppio filo con una concezione più radicale del principio della separazione dei poteri. La credibilità sociale acquisita dall'organo parlamentare in virtù della sua legittimazione democratica, il forte ruolo politico che gli proveniva dal rappresentare la dominante classe borghese e il rifiuto del diritto giurisprudenziale perché intimamente collegato alla logica oligarchica dei ceti privilegiati conducono, negli stati continentali europei, alla concentrazione della produzione normativa penale nelle mani delle assemblee parlamentari.

È noto che, sia con riferimento al rapporto legislativo-esecutivo sia con riferimento a quello legislativo-giudiziario, il primo termine di entrambe le relazioni doveva assorbire l'intero potere normativo penale. In particolare, rispetto alla seconda relazione (legislativo-giudiziario), che è quella che qui più interessa, si assiste quindi ad una prevalenza del profilo della sottoposizione del giudice alla legge a scapito di quello dell'indipendenza del giudice stesso²⁵.

A costo di qualche necessaria forzatura e approssimazione, visto che comunque il movimento illuminista non era così omogeneo come potrebbe apparire a prima vista, si può ragionevolmente sostenere che l'attività interpretativa del giudice doveva essere «annullata» perché corruttrice della volontà parlamentare democratica e

²³ Per tutti si vedano L. CARLASSARRE, voce *Legge (riserva di)*, in Enc. giur. Treccani, XVIII, Roma, 1990, 2; G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, vol. 36, I, 2007, 1257; F. PALAZZO, voce *Legge penale*, in Digesto disc. pen., VII, Torino, 1993, 344; M. DONINI, G. INSOLERA, *Considerazioni introduttive*, in G. INSOLERA (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005, 19.

²⁴ In questo senso G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, cit., 1253. Sull'importanza della *lex parlamentaria* come prodotto del confronto tra maggioranza e opposizione, v. anche ID., *Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democrazia*, in Foro it., 2011, V, 3.

²⁵ Cfr. già F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 147.

perché, soprattutto in Francia, aveva rappresentato il mezzo attraverso cui per secoli si erano compiuti gli abusi della «casta giudiziaria»²⁶.

In una concezione più moderna ed equilibrata della separazione dei poteri, in cui si è attenuata l'originaria supervalutazione del ruolo di garanzia svolto dall'organo legislativo, l'aspetto dell'indipendenza del giudice rispetto agli altri centri di espressione del potere politico comincia a prevalere, determinando un'evoluzione del ruolo di quest'ultimo dalla posizione di sostanziale annullamento a quella della separazione vera e propria rispetto al potere legislativo²⁷. La maggiore indipendenza della magistratura imposta anche dalla necessità di assicurare l'imparzialità del giudice si pone, tuttavia, in progressiva tensione con l'istanza democratica sottesa alla riserva di legge parlamentare²⁸.

Emerge da questo sintetico quadro un carattere fondamentale della legalità come garanzia relativa alle fonti del diritto penale: l'efficacia sul piano garantistico della distribuzione della potestà normativa tra i diversi organi costituzionali è una variabile dipendente dalle condizioni storico-politiche dell'assetto istituzionale²⁹.

Il carattere storico della garanzia della legalità penale sotto il profilo della riserva di legge è confermato da quanto avvenuto oltre Manica. La tradizione giuridica di *common law*, imperniata sul protagonismo del giudice e caratterizzata dall'identificazione della legge con il diritto obiettivo, non conduce all'instaurazione

²⁶ Si v. F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 148. Nota è l'invettiva pronunciata da Robespierre all'Assemblée nationale il 17 novembre 1790: «Ce mot de "jurisprudence" doit être effacé de notre langue». Famose sono anche le parole utilizzate da C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G.D. Pisapia, Milano, 1973, 19: «un codice fisso di leggi, che si debbono osservare alla lettera, non lascia al giudice altra incombenza che di esaminare le azioni de' cittadini, e giudicarle conformi o difformi alla legge scritta», nonché a p. 17 s., dove si domandava retoricamente: «Chi sarà dunque il legittimo interprete della legge? Il sovrano, cioè il depositario delle attuali volontà di tutti, o il giudice, il di cui ufficio è solo l'esaminare se il tal uomo abbia fatto o no un'azione contraria alle leggi?».

²⁷ In questo senso, v. soprattutto le considerazioni di F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 145.

²⁸ Cfr. C. GUARNIERI, P. PEDERZOLI, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, 2002, 164 ss.

²⁹ In proposito, tra i tanti, cfr. F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 147 ss.; P. COSTA, *Pagina introduttiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)*, cit., 21.

di uno stato dispotico – riprendendo i tre noti modelli di stato identificati da Montesquieu – o al prodursi di diffuse vicende di esercizio arbitrario del potere da parte dell'organo giudiziario. Anzi, l'obiettivo che si cercava di raggiungere sul continente europeo con l'accentramento del potere normativo penale nell'organo parlamentare e con il progetto di sistemazione del diritto (non solo) penale nei codici, venne garantito in Inghilterra, da un lato, attraverso la sensibilità garantista e l'elevata credibilità politico-culturale della classe dei giudici e, dall'altro lato, da una più marcata tradizione conservatrice della società inglese³⁰.

Concludendo sul punto, nonostante i totalitarismi del secolo XX abbiano contribuito all'ulteriore erosione dell'idea della legge come garanzia in sé³¹, la *ratio* democratico-procedurale della riserva di legge e quindi il carattere democratico della nascita della fattispecie astratta rimane ciononostante un fondamentale presidio di garanzia della libertà di ciascun cittadino rispetto all'esercizio del potere punitivo da parte dello stato, ora nella sostanza rappresentativo della contingente maggioranza politica³².

Pertanto, la soggezione del giudice alla legge, già in questa (seconda e più moderna) prospettiva, non va concepita come subordinazione qualitativa del giudice

³⁰ Cfr. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, 1976, 393 ss. Per un'ampia elencazione delle condizioni storico-istituzionali che hanno influenzato lo sviluppo del diritto (penale) inglese moderno F. PALAZZO, M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2013, 211 s.; nonché S. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato. I principi*, Padova, 2002, *passim*.

³¹ Si richiama brevissimamente solo l'esperienza tedesca, ove la presa del potere nel 1932 da parte del Partito Nazionalsocialista dei Lavoratori Tedeschi avvenne attraverso elezioni democratiche, seppur nell'ambito di un contesto politico già caratterizzato da ripetuti episodi di violenza e intimidazione alle opposizioni.

³² Per tutti, F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Questione criminale*, 1980, in particolare 184, 189 e 200 s.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2017, 41 ss.; F. PALAZZO, voce *Legge penale*, cit., 344 ss. e da ultimo in ID., *Corso di diritto penale. Parte generale*, 7ª ed., Torino, 2018, 100 in particolare; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, 3ª ed., Milano, 2004, 31; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 7ª ed., Bologna, 2014, 51 s.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, 6ª ed., Milano, 2017, nello specifico 41 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2017, 87 ss.; M. TRAPANI, voce *Legge penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, 3 ss.; L. CARLASSARE, voce *Legge (riserva di)*, cit., 2 ss.

al legislatore, ma come divieto per il primo di formulare regole di diritto *contra o praeter legem*³³.

2. La legalità-determinatezza come precisione letterale della disposizione legislativa

Il principio di determinatezza della legge penale si pone al centro, nel punto davvero nevralgico, del rapporto tra concreto (fatto) e astratto (fattispecie) e impone, in un sistema codificato, al legislatore di formulare la disposizione penale nel modo più preciso possibile in primo luogo per garantire la libertà di autodeterminazione dell'individuo, ma anche per rendere possibile il controllo rispetto all'applicazione della legge penale, assicurare l'eguaglianza di trattamento nonché preservare il fondamentale carattere frammentario dell'illecito penale³⁴.

La determinatezza delle fattispecie penali svolge, inoltre, un ruolo significativo sul piano delle funzioni della pena, concorrendo ad assicurare la funzione di prevenzione generale positiva e negativa della norma penale³⁵.

A ciò si aggiunge, inoltre, la considerazione che se la fattispecie incriminatrice fosse formulata dal legislatore in modo indeterminato gli altri sotto-principi della legalità e in primo luogo proprio quello di irretroattività della legge penale sfavorevole verrebbero svuotati della loro efficacia garantista³⁶. In definitiva, una fattispecie indeterminata non svolge alcun ruolo di tutela del cittadino, rispetto al sempre incombente rischio di uno straripamento del potere punitivo, proprio perché manca un afferrabile limite a tale potere³⁷.

³³ Cfr. F. PALAZZO, *Sistema delle fonti e legalità penale*, cit., 141; più diffusamente, in prospettiva costituzionale, anche F.G. PIZZETTI, *Il giudice nell'ordinamento complesso*, Milano, 2003, *passim*.

³⁴ Fondamentalmente, cfr. F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 50 ss. e F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25 commi 2° e 3° della Costituzione italiana alla fine degli anni '70*, cit., 209 ss.

³⁵ Sul punto, in particolare, vedere le considerazioni di S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, 14 ss.

³⁶ Per tutti, F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., in particolare 33.

³⁷ Cfr. C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I, München, 2006, 172.

Il legislatore, oltre che essere il destinatario dell'obbligo di determinatezza, ne è anche uno dei beneficiari. Infatti, solo fattispecie formulate in modo preciso riusciranno a trasferire sul piano applicativo la volontà dell'organo parlamentare, mentre quest'ultimo difficilmente riuscirà a padroneggiare l'efficace applicazione di disposizioni penali incerte³⁸.

È pertanto evidente come il principio di determinatezza si collochi al centro del delicato problema dei rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario e, anzi, il suo contenuto effettivo è condizionato da come questi rapporti vengono storicamente e politicamente a configurarsi³⁹.

Più precisamente, il principio di determinatezza, nella sua massima espressione di stampo illuministico, ha come effetto quello di sottomettere con particolare forza il giudice al dato testuale della legge, escludendo in principio ogni contributo del c.d. diritto giurisprudenziale, fino al punto della tendenziale nullificazione del potere giudiziario⁴⁰.

Al tempo stesso e quasi all'opposto, il pensiero illuminista esigeva che le fattispecie fossero formulate utilizzando il linguaggio comune del cittadino in modo da poter

³⁸ Il punto è messo ben in evidenza da W. HASSEMER, W. KARGL, § 1 *Keine Strafe ohne Gesetz*, in U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN, H.-U. PAEFFGEN, *Strafgesetzbuch*, 2017, Rn. 14. Si veda anche M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 42. Sulla "doppia funzione" del principio di determinatezza, da ultimo, confermando una giurisprudenza consolidata, cfr. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 21. September 2016, 2 BvL 1/15, Rn. 38 ss. Cfr. anche R.-P. CALLIESS, *Der strafrechtliche Nötigungstatbestand und das verfassungsrechtliche Gebot der Tatbestandsbestimmtheit*, in NJW, 1985, 1512.

³⁹ Un approfondito studio, svolto anche in prospettiva storica, su questo rapporto politico-istituzionale è quello di H.-L. SCHREIBER, *Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege*, Frankfurt a.M., 1976, 217. Si veda anche F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 255. Sul rapporto di inversa proporzionalità tra osservanza del principio di determinatezza da parte della magistratura e importanza del ruolo socio-politico assunto da quest'ultima nel quadro istituzionale già A. Gamberini, G. Insolera, N. Mazzacuva, L. Stortoni, M. Zanotti, *Il dibattito sul ruolo della magistratura. Prospettive di ricerca nel settore penale*, in Foro it., 1987, IV, 433 ss.

⁴⁰ Recentemente, tra gli altri, S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'*, cit., 18 s.; W. KARGL, *Gesetzesrecht oder Richterrecht? - eine Existenzfrage für den Tatbestand der Rechtsbeugung*, in U. NEUMANN, F. HERZOG (a cura di), *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg, 2010, 849; già prima, F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 139 ss.; G. GRÜNWARD, *Bedeutung und Begründung des Satzes nulla poena sine lege*, in ZStW, 1964, 13 ss.

essere facilmente comprensibili dai soggetti tenuti a conformarvi il proprio comportamento⁴¹. Quasi all'opposto perché, mentre il linguaggio tecnico-giuridico è normalmente dotato di maggiore precisione, ovvero definisce in modo più ristretto il campo dei possibili significati di un termine, le espressioni del linguaggio comune esprimono sempre un significato linguistico il cui grado di specificità della classe di oggetti denotata sarà tuttavia variabile e comunque presuntivamente minore rispetto a quello ottenibile con l'impiego di espressioni tecniche⁴².

Nel raggiungimento del corretto equilibrio tra i due poli del linguaggio comune e di quello tecnico si gioca il rapporto tra il piano garantistico della maggiore precisione e quello effettuale della comprensibilità del precetto, quest'ultima da intendere nel senso di assicurare una più immediata comunicazione tra legislatore-produttore e cittadini-destinatari.

La determinatezza è così riferita alla norma come formulata dal legislatore nel testo scritto e il criterio per valutarla ha natura essenzialmente linguistica.

L'attenzione è rivolta verso la singola espressione in sé considerata. L'esigenza di determinatezza è soddisfatta quando il singolo termine esprime un unico significato o, più ragionevolmente, un numero di significati decisamente ristretto. Solo in questi casi sarebbe possibile esigere dal giudice un'interpretazione fedele al testo della legge e conseguentemente il raggiungimento dell'obiettivo politico-costituzionale di una riduzione, se non addirittura annientamento, dello spazio di manovra del potere giudiziario a favore dell'organo titolare del potere di produrre le norme penali.

In questa prospettiva, i significati normativi della disposizione legislativa a cui si perviene a seguito dell'opera interpretativa dei giudici si pongono, nel procedimento

⁴¹ Cfr. anche A. PAGLIARO, *Testo e interpretazione nel diritto penale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2000, 434 ss. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., 21: «Se l'interpretazione delle leggi è un male, egli è evidentemente esserne un altro l'oscurità che trascina seco necessariamente l'interpretazione, e lo sarà grandissimo se le leggi si e no scritte in una lingua straniera al popolo, che lo ponga nella dipendenza di alcuni pochi, non potendo giudicar se stesso quale sarebbe l'esito della sua libertà, o dei suoi membri, in una lingua che formi di un libro solenne e pubblico un quasi privato e domestico».

⁴² Tra i tanti, in particolare F. PALAZZO, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, cit., 1315.

di valutazione della sufficiente determinatezza linguistica della fattispecie penale, in secondo piano rispetto al dato testuale.

È chiaro, infatti, che più la disposizione legislativa è precisa, più sarà garantito il monopolio dell'organo legislativo nell'attingere alle fonti sostanziali e, quindi, il suo ruolo di soggetto politico intermediario tra i valori sociali ipoteticamente meritevoli di tutela penale e la definitiva formulazione della *regula iuris* da parte del giudice⁴³.

In questa prospettiva, è naturale quindi che il *focus* sulla dimensione esclusivamente linguistica del problema della determinatezza della disposizione penale porti ad una «categorizzazione del materiale linguistico» impiegabile dal legislatore nella costruzione della fattispecie – in particolare tra elementi quantitativi, descrittivi e normativi⁴⁴ –, nonché all'idea che l'impiego di un tipo di materiale linguistico rispetto ad un altro sia sicura garanzia di una maggiore precisione della fattispecie, stilando così in definitiva una sorta di graduatoria della determinatezza dei singoli elementi⁴⁵.

Così, mentre l'impiego dei primi (elementi quantitativi, in misura particolare se numerici) assicura una quasi assoluta determinatezza, quest'ultima varia in modo più significativo rispetto agli elementi descrittivi e soprattutto rispetto a quelli normativi, fino al punto che potrebbero risultare totalmente indeterminati⁴⁶. Ciò che manca, tuttavia, è il criterio in base al quale misurare la (sufficiente) determinatezza.

⁴³ Su questo aspetto rimangono sempre attuali le pagine di F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, 207 ss.

⁴⁴ Sul punto, per tutti, in particolare F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, 159 ss., 167 ss., 180; M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979, 177 ss.; F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 429; H.-P. LEMMEL, *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen im Besonderen Teil des Strafrechts und der Grundsatz nullum crimen sine lege*, Berlin, 1970, 183 ss. Per ulteriori e anche differenti distinzioni e classificazioni, v. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 65 ss.

⁴⁵ Particolarmente chiara e schematica in F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 65 ss.

⁴⁶ Un esempio per tutti: la «condotta contraria all'ordine e alla morale delle famiglie» ex art. 570 c.p.

Pertanto, se da un lato la determinatezza in fase di formulazione della fattispecie incriminatrice deve essere perseguita dal legislatore con ogni mezzo⁴⁷, dall'altro lato il principio della formulazione determinata della legge penale presenta, per così dire, un *deficit* di controllabilità.

Laddove ci si fermi al piano astratto della determinatezza e quindi al criterio puramente linguistico, emerge con tutta evidenza quello che è stato denominato come il paradosso dell'«indeterminatezza della determinatezza»⁴⁸, ovvero la natura inevitabilmente quantitativa del giudizio di determinatezza.

L'opinabilità dei risultati dovuta all'impiego di un controllo della determinatezza della legge che attiene alla sua forma espressiva contribuisce, infine, a spiegare l'estrema cautela osservata in sede di giudizio di legittimità costituzionale per indeterminatezza delle fattispecie penali dal giudice costituzionale, non solo italiano⁴⁹.

⁴⁷ Si v. BVerfGE 105, 135 (152 s.) ove si richiede al legislatore «die Voraussetzungen der Strafbarkeit so genau zu umschreiben, daß Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände für den Normadressaten schon aus dem Gesetz selbst zu erkennen sind». In parte diversamente, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 42 s. il quale, ritenendo che «l'esigenza [di determinatezza] non [possa] peraltro essere esasperata» nel senso che «l'esigenza di determinatezza è tanto più da accogliere quanto più il fatto è grave e più rigorose sono le sanzioni», accoglie la tesi, sviluppata in altre sentenze dal Tribunale costituzionale federale tedesco, di una «determinatezza ponderata». La tesi della «variabilità dello standard di determinatezza» è stata adoperata anche dalla Corte costituzionale italiana nella sentenza del 27 gennaio 1995, n. 31 in tema di rivolta militare e in quella del 6 febbraio 1995, n. 34 in tema di espulsione dello straniero extracomunitario. Contro l'impiego di questo criterio, v. per tutti le osservazioni di C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, cit., 174. Sempre attuali, sul punto, i criteri di tecnica legislativa sviluppati al fine di dare maggiore concretezza al requisito della determinatezza delle fattispecie incriminatrici nella nota Circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri del 5 febbraio 1986 contenente, tra le altre cose, i «criteri orientativi per la formulazione delle fattispecie penali».

⁴⁸ Su cui in particolare F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della fattispecie penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 64 s.

⁴⁹ Rispetto alla giurisprudenza costituzionale italiana, v. F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della fattispecie penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, cit., 57, nonché F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, cit., 218 ss., entrambi anche con riferimento alle altre ragioni che stanno alla base del prudente atteggiamento della Corte; rispetto alla giurisprudenza costituzionale tedesca, recentemente, C. ROXIN, *Der Grundsatz der Gesetzesbestimmtheit im deutschen Strafrecht*, in E.

Si può, anzi, affermare che ad oggi non risultano sentenze che abbiano dichiarato l'indeterminatezza di una fattispecie penale facendo esclusivo o prevalente impiego del criterio della determinatezza linguistica.

3. *Il divieto di analogia in malam partem come limite di natura linguistico-testuale*

Si è detto che la legalità penale alimenta, sul piano politico-istituzionale, la pretesa di una speciale fedeltà del giudice alla legge. La delimitazione del margine di discrezionalità di cui usufruisce il giudice nel momento dell'interpretazione della legge è ulteriormente ottenuta con la previsione del divieto di analogia⁵⁰, ricavato implicitamente dall'art. 25, co. 2, Cost., desumibile anche dall'avverbio «espressamente» impiegato all'art. 1 c.p. e stabilito in maniera più esplicita dall'art. 14 delle disposizioni preliminari al cod. civ.⁵¹.

Il divieto di analogia assicura che il principio di determinatezza, nel suo profilo relativo alla formulazione precisa della legge penale da parte del legislatore, venga

HILGENDORF, G. LIANG (a cura di), *Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht. Ein deutsch-chinesischer Vergleich*, Tübingen, 2013, 133 s.; L. KUHLEN, *Das Gesetzlichkeitsprinzip in der deutschen Praxis*, in *ivi*, 55 ss.; R. D. HERZBERG, *Wann ist die Strafbarkeit "gesetzlich bestimmt" (Art. 103 Abs. 2 GG)?*, in R. HEFENDEHL (a cura di), *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus. Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag*, Köln-Berlin-München, 2005, 31 ss.; per una recente rassegna della giurisprudenza costituzionale LK Dannecker § 1 Rn. 73, nonché prima e più diffusamente cfr. M. KRAHL, *Die Rechtsprechung des BVerfG und des BGH zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht (Art. 103 Abs. 2 GG)*, Frankfurt a.M., 1986, *passim* e soprattutto 341 ss.. Per una comparazione, v. E.R. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle Corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005, 136 ss., 169 ss. e 304 ss.

⁵⁰ Sul punto, rimangono importanti i lavori di G. VASSALLI, voce *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino, 1987, 158 ss. e di E. MORSELLI, *Analogia e fattispecie penale*, in *Indice pen.*, 1990, 505 ss. Cfr. anche M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, cit., 47.

⁵¹ Per limitarsi ad alcuni dei manuali più diffusi, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 118 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 70 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 136 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., 76 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 37. V. anche M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. I, Torino, 2014, 70 s. Per una posizione solo in parte diversa soprattutto con riferimento alla possibilità di ricavare il divieto di analogia *ex art. 14* delle disposizioni preliminari al cod. civ., G. LICCI, *Criteri ermeneutici nel diritto penale. Il conflitto fra Stato di diritto e Stato di giurisdizione nell'ordinamento italiano*, Napoli, 2016, 77 ss., 81 e 86 ss.

rispettato dal giudice, vincolandone l'attività interpretativa e applicativa per rendere calcolabili e dotate di legittimazione democratica le sue decisioni.

Infatti, con il ragionamento analogico si rischierebbe di far rientrare nel sistema penale l'arbitrio giudiziario eliminato con la forte affermazione del principio di legalità. L'obiettivo di garantire la calcolabilità e la legittimazione democratica delle decisioni del giudice è perseguito, sotto questo profilo, garantendo che la fattispecie penale, da un lato, e l'applicazione della stessa da parte del giudice, dall'altro lato, nella sostanza coincidano.

È chiaro, quindi, che i due profili del principio di determinatezza hanno diversi destinatari – il legislatore per quanto attiene alla formulazione determinata della disposizione penale, il giudice per quanto riguarda il divieto di estensione analogica –, ma che al tempo stesso sono legati da un nesso inscindibile⁵².

Solo in un sistema in cui le leggi penali sono formulate in modo preciso l'affermazione del divieto di analogia ha significato. Al contrario, se manca in origine la precisa individuazione dei casi a cui una determinata fattispecie deve applicarsi, mancheranno fin dal principio quelle lacune di tutela che potrebbero essere colmate dal giudice con il procedimento di estensione analogica della disposizione penale. Una formulazione onnicomprensiva e indeterminata della fattispecie penale è già di per sé idonea a consentire di – per così dire – colmare tutte le possibili lacune.

Nella concezione tradizionale della legalità, così come la determinatezza viene riferita solo alla legge astratta formulata dal legislatore, anche il criterio per valutare il rispetto del divieto di analogia ha natura puramente linguistico-testuale.

Sintetizzando, la possibilità di ricorrere al procedimento analogico presuppone, in primo luogo, che vi sia un determinato fatto che non è previsto come reato da una

⁵² Cfr. T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 30, con estrema chiarezza: la determinatezza «si proietta all'interno della fattispecie, vincolandone il modo di formulazione legislativa», mentre la tassatività «costituisce [...] lo sbarramento esterno della fattispecie stessa, impedendo che essa possa essere riferita ad ipotesi non ricomprese nella sua dimensione normativa astratta». Sottolinea con più forza l'autonomia dei due principi, che avrebbero in comune il sovraordinato concetto di tipicità, G. VASSALLI, voce *Tipicità (diritto penale)*, in Enc. dir., XLIV, Milano, 1992, 540 e ID., voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, cit., 307 s. Cfr. l'esaustivo studio di V. KREY, *Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht*, Berlin, 1977, soprattutto 113 ss. Infine, si v. anche F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 135 e

norma penale (c.d. lacuna) e, in secondo luogo, che questo fatto non previsto abbia in realtà una medesima esigenza di disciplina (c.d. *eadem ratio*) di un'altra fattispecie normativamente riconosciuta⁵³. La somiglianza tra i due fatti consentirebbe e teoricamente giustificerebbe l'estensione analogica.

Se non che, in diritto penale, quest'ultima è vietata perché nei risultati pratici si sostanzierebbe in un'operazione identica a quella che compie il legislatore nel momento in cui valuta se procedere alla criminalizzazione di determinati fatti.

L'estensione analogica in penale avrebbe come diretta conseguenza quella di produrre tre effetti parimenti non desiderabili. Innanzitutto, il legislatore sarebbe affiancato dal giudice nell'esercizio del potere normativo penale, con la conseguenza che il principio democratico che sta alla base della legalità verrebbe inevitabilmente indebolito. Ma, a ben vedere, sarebbe la stessa legittimazione del diritto penale, legittimazione fondata proprio sulla natura democratica delle decisioni di criminalizzazione, a risentire delle conseguenze negative dell'attribuzione di un ruolo realmente legislativo al giudice⁵⁴. Chi vorrebbe lasciare le scelte di criminalizzazione alla decisione di un organo privo di legittimazione e, quindi, al tempo stesso, di responsabilità democratica?

In secondo luogo, l'incertezza dovuta alla natura intimamente valutativa del procedimento analogico avrebbe come diretta conseguenza la limitazione della libertà individuale, in quanto il cittadino, nel momento in cui si trova a decidere se compiere (o omettere) un'azione, si troverà nella situazione di dover prognosticare il possibile esito della valutazione di somiglianza che sarà svolta – successivamente al fatto – dal giudice.

⁵³ Cfr., per tutti, L. CAIANI, voce *Analogia (teoria generale)*, in Enc. dir., II, Milano, 1958, 348 ss.; G. VASSALLI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, cit., 307 in particolare, nonché ID., voce *Analogia nel diritto penale*, in Dig. disc. pen., I, Torino, 1987, 159 ss.; M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, cit., 95 ss.; S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'*, cit., 28 ss.; N. BOBBIO, voce *Analogia*, in Noviss. dig. it., I, 1, Torino, 1957, 601; K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, 238 ss.

⁵⁴ Con particolare efficacia F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, 2008, 264 s.

Un'ulteriore fondamentale ragione che sta alla base del divieto di analogia è, infine, la tutela del carattere frammentario del diritto penale⁵⁵. Il principio di frammentarietà è finalizzato a circoscrivere la tutela penale a ben specifiche tipologie di aggressione al bene giuridico, mentre l'assimilazione analogica, al contrario, completerebbe tutte le "lacune", con l'effetto ultimo di determinare una tutela integrale del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice⁵⁶.

Evitando la pretesa e il rischio di un'analisi integrale del divieto di analogia e dei suoi stretti legami con l'interpretazione e, quindi, con la concezione del diritto alla base, si può qui affermare che la matrice teorica del divieto di analogia è costituita dall'idea che il significato linguistico delle parole utilizzate dal legislatore sia un dato preconstituito, un significato che il giudice si trova solo a dover conoscere⁵⁷.

Il divieto di analogia pone un limite esterno all'attività interpretativa del giudice, un limite costituito proprio dal significato linguistico delle parole impiegate dal legislatore⁵⁸. Il possibile significato letterale marca il limite più esterno dell'interpretazione giurisprudenziale ammessa: così, secondo la nota formula, l'interpretazione estensiva è consentita, mentre quella analogica è vietata⁵⁹.

⁵⁵ Ancora, cfr. F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, cit., 270 s.

⁵⁶ Si v. F. PALAZZO, *Regole e prassi nell'interpretazione penalistica nell'attuale momento storico*, in *Diritto privato 2001-2002*, VII-VIII, *L'interpretazione e il giurista*, Padova, 2003, 518 s.

⁵⁷ Si rinvia per l'approfondimento della questione anche a quanto osservato successivamente al Cap. II, §§ 1 ss.

⁵⁸ In particolare, si v. G. GRÜNWARD, *Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Gesetzlichkeitprinzip*, in F. HAFT (a cura di), *Strafgerichtsbarkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1993, 440 s., secondo cui il divieto di analogia potrebbe essere sostituito con il divieto di superamento del significato linguistico. Cfr. anche V. KREY, *Gesetzestreue und Strafrecht. Schranken richterlicher Rechtsfortbildung*, in *ZStW*, 1989, 842 ss. e B. SCHÜNEMANN, *Die Gesetzesinterpretation im Schnittpunkt von Sprachphilosophie, Staatsverfassung und juristischer Methodenlehre*, in G. KOHLMANN (a cura di), *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*, vol. I, Köln, 1983, 176 ss.

⁵⁹ Oltre ai lavori di G. Vassalli poco sopra citati, si v. M. BOSCARRELLI, *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Palermo, 1955, 69 ss. Sul tema, più recentemente e per tutti, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 119 ss.; G. LICCI, *Criteri ermeneutici nel diritto penale*, cit., 71 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 37. Più in generale, lo studio di M. FRACANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano, 2003, *passim*, nonché V. VELLUZZI, *La distinzione tra analogia giuridica e interpretazione estensiva*, in M. MANZIN, P. SOMMAGGIO (a cura di), *Interpretazione giuridica e retorica forense. Il problema della vaghezza del*

Come noto, l'interpretazione estensiva sarebbe, infatti, pur sempre collegata al significato delle parole impiegate dal legislatore nel descrivere la fattispecie, mentre con l'analogia si farebbe rientrare nel campo di applicazione della fattispecie penale un'ipotesi che non è in alcun modo riconducibile all'ambito semantico della disposizione.

Nella concezione tradizionale, il significato letterale non è solo il criterio centrale, ma anche l'unico per valutare il rispetto del divieto di analogia. L'interpretazione letterale è, quindi, l'unico criterio interpretativo impiegabile dal giudice. Al tempo stesso, il significato letterale è inteso prevalentemente come il significato linguistico della singola parola. Conseguentemente, la struttura stessa del divieto di analogia è così ridotta ad una valutazione di natura esclusivamente semantica⁶⁰.

In definitiva e concludendo sul punto, il postulato dell'applicazione letterale della legge si inserisce in una prospettiva esegetica di natura formale che esalta la fonte e quindi l'organo che detiene il potere legislativo, mentre lascia in secondo piano il giudice, che nelle impostazioni teoriche più radicali è davvero ridotto a «bocca della legge», a *Subsumptionsautomat*.

4. Il divieto di retroattività sfavorevole riferito alla sola legge

Il nucleo più risalente e stabile della legalità penale è costituito dall'ultimo sottoprincipio, ovvero quello di irretroattività della legge penale sfavorevole⁶¹: un fatto

linguaggio nella ricerca della verità processuale, Milano, 2006, in particolare 136 ss.; per un'analisi giurisprudenziale, v. R. RINALDI, *L'analogia e l'interpretazione estensiva nell'applicazione della legge penale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1993, 195. In questo senso, da ultimo, confermando una giurisprudenza consolidata, BVerfG 1.9.2008 – BvR 2238/07, in NJW, 2008, 3627: «Der mögliche Wortsinn des Gesetzes markiert die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation».

⁶⁰ Cfr. U. NEUMANN, *Rechtsanwendung, Methodik und Rechtstheorie*, in M. SENN, B. FRITSCHI (a cura di), *Rechtswissenschaft und Hermeneutik*, Stuttgart, 2009, 117.

⁶¹ Per un'approfondita indagine storica sulla nascita e sull'evoluzione del principio di irretroattività v. G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, Tübingen, 1993, 32 ss. Si vedano anche le ricostruzioni storiche più contenute di V. KREY, *Keine Strafe ohne Gesetz*, cit., 48 ss. e 108 ss. e di B. SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*, Berlin-New York, 1978, 24 ss. Per la storia del principio precedente alla rivoluzione illuminista, G. SCHÖCKEL, *Die entwicklung des*

che, al momento della sua realizzazione, non era previsto come reato, non può essere punito o essere punito più gravemente in virtù di una disposizione legislativa entrata in vigore dopo la commissione del fatto stesso⁶².

A fronte dell'apparente semplicità della regola dell'irretroattività sfavorevole vi sono state, tuttavia, idee profondamente diverse con riferimento al suo fondamento.

Da un lato, il principio di irretroattività della legge *ex art. 11* delle disposizioni preliminari al cod. civ. costituisce un principio generale dell'intero ordinamento. Sotto questo profilo, l'aver sancito a livello di legge ordinaria che questa «non dispone che per l'avvenire» è espressione di un'esigenza di sicurezza e stabilità dei rapporti giuridici. A ben vedere, la stessa funzione ordinante del diritto sarebbe contraddetta o comunque significativamente pregiudicata dall'instabilità del quadro normativo determinata dall'applicazione retroattiva di una nuova disciplina⁶³.

strafrechtlichen Rückwirkungsverbots bis zur französischen Revolution, Göttingen, 1968, *passim*. Nella dottrina italiana, G. VASSALLI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, cit., 286 ss. e A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, vol. I, Milano, 1979, 603 ss.

⁶² La formulazione testuale dell'art. 103, co. 2, Legge fondamentale tedesca coincide sostanzialmente con quella dell'art. 25, co. 2, Cost.: «Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde», ovvero «[u]n'azione è punibile solo qualora la punibilità sia stata stabilita per legge prima che l'azione fosse commessa». Nella letteratura di lingua italiana, hanno dedicato una particolare cura all'analisi del principio M. SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale*, Milano, 1969, *passim*; C. ESPOSITO, *Irretroattività e legalità delle pene nella nuova Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 91 ss.; G. MARINUCCI, *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte costituzionale*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., 77 ss.; A. CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, in G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Torino, 2012, soprattutto 246 ss. e 253 ss. Volendo, sul principio anche G. VASSALLI, *Abolito criminis e principi costituzionali*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1983, 377 ss. e A. PAGLIARO, *La legge penale tra irretroattività e retroattività*, in Giust. pen., 1991, II, c. 1 ss. Più in generale, v. S. CAMAIONI, *Successione di leggi penali*, Padova, 2003, *passim*; S. DEL CORSO, voce *Successione di leggi penali*, in Dig. disc. pen., vol. XIV, Torino, 1999, 82 ss.

⁶³ Sul principio di irretroattività in una prospettiva non penalistica, si v. le recenti riflessioni di A. PUGIOTTO, *Il principio di irretroattività preso sul serio*, in Quad. cost., 2017, 449 ss. Prima, cfr. anche G. AZZARITI, *Il principio della irretroattività della legge e i suoi riflessi di carattere costituzionale*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1955, 622 ss.

Dall'altro lato, com'è noto, il principio di irretroattività in materia penale ha valore costituzionale proprio perché espressivo di esigenze peculiari della materia.

Tra i fondamenti del principio si possono distinguere quelli funzionali alle esigenze interne di funzionamento della sanzione penale da quelli più propriamente garantistici.

In primo luogo, l'adesione alla logica della norma come comando, idea che sta alla base delle disposizioni penali incriminatrici, mette in primo piano la necessità logica che il precetto esista prima della condotta illecita⁶⁴. Nella dimensione del comando il precetto penale si rivolge direttamente e imperativamente alla volontà dei destinatari per ottenere comportamenti conformi agli interessi tutelati dal legislatore⁶⁵. In questa prospettiva delle norme-comando, il precetto può operare, può svolgere la sua funzione solo in quanto la sua formulazione previa rispetto al fatto sia tale da consentire al comando di raggiungere la volontà del singolo cittadino.

Strettamente connessa a questo primo fondamento endopenalistico dell'irretroattività è l'opinione, sostenuta prevalentemente in ambito tedesco e ora in massima parte superata, che ricostruiva tale divieto come corollario del principio di colpevolezza⁶⁶. La tutela della dignità umana, dichiarata intangibile dall'art. 1 dell'allora Costituzione di Bonn, impone che l'irrogazione della pena possa avvenire solo sul presupposto della colpevolezza del soggetto. In poche parole, la sanzione

⁶⁴ Sul punto, cfr. soprattutto M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966, 35-40.

⁶⁵ Cfr., per tutti, P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Padova, 1972, 53 s.; anche F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 291 ss.

⁶⁶ Così, W. SAX, *Grundsätze der Strafrechtspflege*, in K.A. BETTERMANN, H.C. NIPPERDEY, U. SCHEUNER (a cura di), *Die Grundrechte*, vol. III, 2, *Rechtspflege und Grundrechtsschutz*, Berlin, 1959, 909, 992 ss. e 1001 in particolare; Dürig, Art. 103 Abs. II, in Maunz, Dürig, *Grundgesetz*, 1990, Rn. 104; G. KIELWEIN, *Grundgesetz und Strafrechtspflege*, in *Annales Universitatis Saraviensis, Rechts- und Wirtschaftswissenschaften*, vol. VIII, fasc. 1/2, 1960, 135. Al contrario, manifestano serie perplessità rispetto alla possibilità di fondare il divieto di irretroattività sul principio di colpevolezza già H.-L. SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, cit., 209 ss.; G. GRÜNWALD, *Bedeutung und Begründung des Satzes „nulla poena sine lege“*, in *ZStW*, 1964, 1 e 14 ss.; B. SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, cit., 15; G. JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin-New York, 1991, 65; H. JUNG, *Rückwirkungsverbot und Maßregel*, in C. BRODA (a cura di), *Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag*, Neuwied-Darmstadt, 1985, 875, 883 s.

penale esprime un rimprovero nei confronti del cittadino e questo rimprovero è legittimo solo nei limiti in cui si fonda su un suo atteggiamento colpevole.

Ne deriva che in virtù di una legge inesistente al momento del fatto ed entrata in vigore solo successivamente mancherebbe la colpevolezza dell'autore. In definitiva, il cittadino non può essere rimproverato perché la legge successiva non poteva naturalmente essere conosciuta al momento del fatto.

A ben vedere, tuttavia, la tesi mostra il fianco ad un'obiezione particolarmente pertinente anche rispetto al tema dei mutamenti giurisprudenziali produttivi di effetti sfavorevoli retroattivamente. Invertendo il ragionamento, in tutti quei casi in cui il contenuto antigiusuridico del fatto sia chiaro e certo, poiché il comportamento tenuto offende una norma giuridica (non penale) già esistente, si dovrebbe ammettere l'applicazione retroattiva della legge penale produttiva di conseguenze sfavorevoli. In ultima analisi, la colpevolezza si sostituirebbe alla tipicità e potrebbe sussistere anche in assenza di una previa norma incriminatrice⁶⁷.

A ciò si aggiunge un ulteriore punto di debolezza della tesi. Tutte le volte in cui il legislatore volesse aumentare la pena con effetto retroattivo il principio di irretroattività inteso come corollario di quello di colpevolezza non potrebbe porre un significativo argine. Infatti, il giudizio di colpevolezza si basa sulla coscienza dell'illiceità e, rispetto all'esistenza di quest'ultima, la conoscenza della misura della pena è del tutto irrilevante.

Pertanto, ritenere sufficiente la sola conoscenza o conoscibilità del disvalore giuridico del fatto ai fini dell'applicazione retroattiva di una legge penale svuoterebbe il divieto di retroattività di gran parte del suo contenuto garantistico sia con riferimento alla criminalizzazione retroattiva di un comportamento già socialmente dotato di disvalore sia con riferimento all'incremento della pena per un fatto già previsto come reato.

Un terzo fondamento di natura endopenalistica del divieto di retroattività sfavorevole è costituito dalla funzione di prevenzione generale della pena⁶⁸. Alla

⁶⁷ Cfr. F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 95.

⁶⁸ In particolare, si v. B. SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*, cit., 14.

coazione fisica esercitata con l'impiego della forza pubblica, lo stato deve affiancare anche la «coazione psicologica» della pena come strumento per una migliore difesa della libertà dei cittadini e dei loro diritti⁶⁹. In questa prospettiva, la pena funziona come mezzo di coazione psicologica in virtù del suo effetto intimidatorio. La minaccia della pena deve annullare l'impulso del soggetto alla commissione del reato: si tratta della notissima contro-spinta psicologica al piacere che il potenziale autore del reato potrebbe ottenere con la realizzazione del fatto. Correttamente si osserva quindi che la legge non potrà svolgere alcuna funzione di intimidazione se i presupposti della pena e le conseguenze penali del fatto non sono stati fissati precedentemente alla sua commissione.

Ciononostante, far dipendere il principio di irretroattività dalla funzione di prevenzione generale della pena presenta criticità almeno sotto tre profili.

In primo luogo, l'efficacia di prevenzione della criminalità attribuita alla pena intesa come sola intimidazione è realistica solo con riferimento a determinate categorie di criminali e a specifiche tipologie di reati⁷⁰.

In secondo luogo, la funzione di prevenzione generale della pena deve essere oggi almeno temperata con il finalismo rieducativo della stessa sancito dalla Costituzione⁷¹.

Infine, ed è il profilo che qui più interessa, si potrebbe anche sostenere che la difesa dei diritti e delle libertà dei cittadini potenziali vittime di reato, difesa rispetto alla quale la funzione intimidativa della pena è funzionale, potrebbe essere meglio garantita con l'applicazione retroattiva di leggi che criminalizzano comportamenti

⁶⁹ Sulla funzione di prevenzione generale della pena come teorizzata da Feuerbach si veda, per tutti, M.A. CATTANEO, *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Milano, 1970, 379 ss. e, più recentemente, l'ampio studio di L. GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht*. *Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, Berlin, 2009, 34 ss. e 49 ss. in particolare. Più sinteticamente e con prevalente riferimento al principio di determinatezza e tassatività, anche S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'*, cit., 14 ss. Per la teoria della «spinta e controspinta criminosa» di Romagnosi si v. P. NUVOLONE, *Delitto e pena nel pensiero di G. D. Romagnosi*, in ID., *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Padova, 1969, 350 ss.

⁷⁰ Si v., per tutti, W. J. CHAMBLISS, *Types of Behavior and the effectiveness of Legal Sanctions*, in *Wisconsin Law Rev.*, 1967, 708 ss.

⁷¹ Sulla c.d. concezione polifunzionale della pena, ormai patrimonio della giurisprudenza costituzionale, v. in particolare Corte cost., sentenza 21 novembre 1974, n. 264.

già percepiti come dotati di disvalore sociale. L'apertura alla possibilità di un'incriminazione con effetto retroattivo determinerebbe, almeno in alcuni casi, un effetto sovra-deterrente rispetto a tutti quei comportamenti che si collocano nella "zona grigia", assicurando quindi una migliore tutela della società dai comportamenti socialmente riprovevoli⁷².

Queste ultime considerazioni consentono di percepire con estrema chiarezza il profondo fondamento garantistico del principio di irretroattività. La natura originariamente soprattutto eliminativa della sanzione penale ha fatto sì che per lungo tempo il principio abbia funzionato come argine rispetto all'impiego della medesima sanzione penale come strumento di lotta politica. L'avversario politico sconfitto veniva eliminato dalla società attraverso la criminalizzazione retroattiva di comportamenti precedentemente considerati penalmente leciti⁷³.

In una prospettiva più recente, il divieto di retroattività si pone come fondamentale garanzia del cittadino nei suoi rapporti con il potere punitivo dello stato, in una dimensione non tanto e non solo di certezza⁷⁴, ma soprattutto ideologico-politica⁷⁵.

In quest'ultima dimensione del divieto di retroattività ispirata ad un rapporto stato-individuo orientato sul secondo polo, solo la punizione in base ad una legge preesistente al fatto eviterebbe una strumentalizzazione della persona umana a fini

⁷² Sul punto, interessanti considerazioni rispetto all'effetto talvolta sotto-deterrente e talaltra sovra-deterrente determinato dalla situazione di incertezza del quadro giuridico in J.E. CALFEE, R. CRASWELL, *Some Effects of Uncertainty on Compliance with Legal Standards*, in Va. L. Rev., 1984, 994 ss. e *passim*.

⁷³ Ancora, fondamentale M. SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, cit., 29 s. e *passim*.

⁷⁴ Cfr. F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 254 s.; M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, cit., 35 ss.; K. TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts*, Tübingen, 1969, 195. Sul concetto di sicurezza giuridica, con un'indagine anche in dimensione storica, F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, a cura di G. Astuti, Milano, 1968, 54 ss. Cfr. anche L. GIANFORMAGGIO, voce *Certezza del diritto*, in Dig. disc. priv. civ., II, Torino, 1988, 275 ss.

⁷⁵ Così, F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 27, 34 ss.; M. SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale. Disposizioni sostanziali e disposizioni processuali nella disciplina della successione di leggi*, Milano, 1987, 83 ss.

di politica criminale⁷⁶. Alla base del fondamento garantista dell'irretroattività sta l'idea della libertà di autodeterminazione individuale e della sua posizione prioritaria rispetto allo stato: il cittadino deve avere la possibilità di decidere se assoggettarsi alle conseguenze previste dalla legge e questo è possibile solo se «lo stato assicura i cittadini che non li punirà senza previamente informarli su ciò che è vietato o comandato [...]»⁷⁷.

Come è stato icasticamente scritto, «l'irretroattività della norma incriminatrice è il riconoscimento della libertà di autodeterminazione individuale all'interno dell'obbligatorietà della legge penale»⁷⁸.

A questo punto vengono in primo piano due caratteristiche del principio: da un lato, sembra porsi su un piano diverso rispetto agli altri corollari della legalità penale; dall'altro lato, il suo modo contingente di apparire è profondamente influenzato da come è intesa la legalità nella sua anima di principio concernente le fonti legittimate alla produzione del diritto penale⁷⁹.

Sotto quest'ultimo profilo, è chiaro che se il potere giudiziario e quello esecutivo sono concepiti come poteri "nulli", soggetti ad un predominio assoluto del potere legislativo, il principio di irretroattività finirà per svolgere una funzione di garanzia solamente con riferimento all'organo legislativo-parlamentare.

Andando ancora più a fondo, pare possibile distinguere sotto questo profilo tra un'efficacia – per così dire – congenita del principio e un'efficacia storicamente determinata. La prima attiene al nucleo fondante dell'irretroattività come suprema garanzia del cittadino, ovvero come garanzia della sua libertà di autodeterminazione individuale rispetto al potere punitivo statale. L'irretroattività esclude che un comportamento, anche se sentito come profondamente antisociale, possa essere

⁷⁶ Sul punto, particolarmente chiaro F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, cit., 292 s.; si vedano anche alcuni passaggi fondamentali di Corte cost., sentenza 23 marzo 1988, n. 364, §§ 14 e 25.

⁷⁷ Corte cost., sentenza 23 marzo 1988, n. 364, § 16.

⁷⁸ Così, F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, cit., 293.

⁷⁹ Sull'anima universale e su quella storica della legalità v. F. PALAZZO, *Ancora sulla legalità in materia penale (Storicità ed universalità di un principio)*, in Quaderni dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, Seminario 1994, Torino, 1995, 77 s. e 80, nonché in lavori successivi.

punito retroattivamente e, in definitiva, determina un profondo sacrificio delle fonti sostanziali, rappresentative dei valori e degli orientamenti sociali che stanno alla base del diritto stesso, a favore di quelle formali⁸⁰. La giustizia sostanziale, che per essere pienamente soddisfatta richiederebbe che un comportamento antisociale venisse punito anche qualora non previamente sancito come reato, è sotto questo aspetto interamente sacrificata a favore delle esigenze garantistiche sottese al principio in esame.

Tuttavia, laddove si concepisca il potere legislativo come unico potere dello stato, il principio di irretroattività opererà solamente nei suoi confronti. In altre parole, se il potere punitivo statale, rispetto al quale il principio di irretroattività si pone come argine, è nella realtà dell'ordinamento interamente incarnato dal legislativo, non si avrà alcuno sfasamento tra efficacia congenito-potenziale ed efficacia storico-contingente del principio.

Concludendo sul punto, nella prospettiva più legalista della legalità il divieto di retroattività è necessariamente limitato, dal punto di vista logico e costituzionale, nella sua portata applicativa alla sola legge parlamentare. Per inciso, già la sua estensione agli atti aventi forza di legge è sintomo e conseguenza di un'incrinatura del monopolio normativo penale parlamentare.

⁸⁰ Si v., per tutti, F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, cit., 220 s.

CAPITOLO II

LA CONCEZIONE COGNITIVA DELL'INTERPRETAZIONE E LA FORZA (SOLO) PERSUASIVA DEL "PRECEDENTE"

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

1. La concezione "legalitaria" dell'interpretazione come garanzia della sua democraticità

Il principio di legalità come espressione di un potere democratico assume un significato particolare non solo con riferimento alla selezione delle fonti normative che possono intervenire in materia penale, ma anche rispetto all'interpretazione degli atti normativi⁸¹.

In questa prospettiva la legge è intesa come un enunciato normativo generale e astratto approvato dall'organo rappresentativo della sovranità popolare e, quindi, come un prodotto della democrazia politica.

⁸¹ Per un vigoroso richiamo alla necessità di contenere il potere interpretativo del giudice muovendo dal principio costituzionale di legalità e da una concezione fortemente linguistica delle disposizioni penali v., per tutti, E. MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004, 71 ss. Al contrario, per una sintesi critica dell'orientamento interpretativo volto a ridurre al massimo lo spazio interpretativo del giudice richiamandosi alla lettera della legge e alla dimensione linguistica del diritto positivo, O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, 6 ss.

L'interpretazione della legge si pone, innanzitutto, come un problema di conoscenza delle norme dell'ordinamento giuridico: il giudice, in particolare, svolge un'operazione di individuazione di significati normativi⁸². Dovrebbe, secondo un modello ideale di interprete, procedere in modo distaccato alla conoscenza delle norme. In definitiva, sarebbe un interprete imparziale che indaga a fondo i possibili significati della norma fino ad arrivare ad individuare quello obiettivo e, dunque, l'interpretazione corretta⁸³.

In questo modo, l'essenza democratica della legge parlamentare sarebbe perfettamente trasferita sul piano applicativo e il risultato dell'interpretazione giudiziaria sarebbe interamente congruente con la volontà dell'ordinamento giuridico⁸⁴.

Ma il giudice, nel momento in cui dovrebbe procedere alla conoscenza distaccata delle norme, trova davanti a sé il conflitto che si è aperto tra la società e il reo con la commissione del reato da parte di quest'ultimo. Da un lato, il reo ha aggredito il bene sociale, mentre, dall'altro lato, il giudice si percepisce come il difensore ultimo di questo bene sociale minacciato dalla criminalità⁸⁵.

Questo significa che in molti casi il giudice opterà per la soluzione interpretativa più repressiva⁸⁶, ma non tanto – salvo alcuni casi patologici – perché la magistratura mira al perseguimento di una lotta politico-partitica che si risolve in strumentali

⁸² Cfr. D. PULITANÒ, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano, 2006, 658 s.

⁸³ Sul «modello ideale di interprete» e su quello reale «spiazzato della forte presenza (o prevalenza) di discorsi strategici orientati alla persuasione» si v. D. PULITANÒ, *Principio di legalità ed interpretazione della legge penale*, in G. COCCO (a cura di), *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, Padova, 2005, 29, ma anche, in termini sostanzialmente equivalenti, nello scritto citato alla nota precedente, p. 659.

⁸⁴ Ancora, *ivi*, 27 s.

⁸⁵ Sulle modalità con cui le esigenze di tutela dalla società si riflettono sul giudice e sulle sue decisioni, v. le osservazioni di G. CONTENUTO, *Interpretazione estensiva e analogia*, in A.M. STILE (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, 3; ID., *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in G. SPAGNOLO (a cura di), *Scritti 1964-2000*, Roma-Bari, 2002, 230.

⁸⁶ Sul punto, v. in particolare F. PALAZZO, *Regole e prassi dell'interpretazione penalistica nell'attuale momento storico*, cit., 514.

forzature e violazioni della legge penale⁸⁷, quanto perché è in un certo senso naturale che il giudice tenda a privilegiare, nel dubbio tra più soluzioni interpretative, quella che garantisce nell'esito una più efficace tutela del bene sociale.

Il problema della congruenza tra il dato normativo e le interpretazioni giurisprudenziali dello stesso, problema che a ben vedere si inserisce sia nel rapporto tra certezza e giustizia sia in quello tra democrazia e garanzia⁸⁸, viene risolto, in una prospettiva che privilegia il primo termine di entrambe le relazioni, declinando l'attività interpretativa secondo una concezione formale e legalitaria del diritto⁸⁹.

2. La garanzia della particolare fedeltà del giudice penale alla legge tra divieto di interpretazione e modello sussuntivo

La concezione formale e legalitaria dell'attività interpretativa esalta la fonte e la dimensione legale del diritto con il risultato che si giunge alla concorde accettazione del postulato dell'applicazione letterale della legge. Il privilegio della dimensione linguistica del prodotto normativo è giustificato dall'idea che solo l'esegesi possa assicurare la "democraticità della sentenza", in quanto automaticamente derivata dalla legge⁹⁰.

⁸⁷ Sulla distinzione tra expansionismo giurisprudenziale patologico e fisiologico, v. F. PALAZZO, *La scienza giuridica di fronte alla giurisprudenza (Diritto penale)*, in Riv. it. scien. giur., 2013, 4, 145

⁸⁸ Cfr. F. PALAZZO, *Regole e prassi dell'interpretazione penalistica nell'attuale momento storico*, cit., 511.

⁸⁹ Cfr. anche la ricostruzione di questo orientamento in F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, 175 e 300 ss.; si richiama agli orientamenti interpretativi esegetico-formali di origine illuminista L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, 368 ss.

⁹⁰ Per una ricostruzione storica del ruolo del giudice v., oltre a V. KREY, *Keine Strafe ohne Gesetz*, cit., 70 ss., anche W. KÜPER, *Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen*, Berlin, 1967, 34 ss. e, rispetto all'illuminismo francese e italiano, soprattutto 44 ss.

La soggezione del giudice «soltanto alla legge» ex art. 101, co. 2, Cost. è, insieme all'obbligo di motivazione⁹¹, la principale fonte di legittimazione del suo potere giurisdizionale⁹².

Tuttavia, la pretesa di una particolare fedeltà del giudice penale alla lettera della legge può portare, nelle posizioni più spinte e caratterizzate da un'estrema diffidenza – in parte storicamente giustificata⁹³ – nutrita nei confronti di chi è dotato del potere giurisdizionale, da un lato alla mitizzazione della legge e dall'altro lato all'affermazione di un vero e proprio divieto in capo ai giudici di interpretare la legge penale⁹⁴.

Note sono sia l'affermazione secondo cui «[...] né meno l'autorità d'interpretare le leggi penali può risiedere presso i giudici criminali per la stessa ragione che non sono

⁹¹ Cfr., per tutti, F. GIUNTA, *La legittimazione del giudice penale tra vincolo di soggezione alla legge e obbligo di motivazione*, in Giust. pen., 2011, I, c. 259 ss.

⁹² Da ultimo, per tutti, L. FERRAJOLI, *La giurisdizione, le sue fonti di legittimazione e il suo futuro*, in G. CHIODI, D. PULITANÒ (a cura di), *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, Milano, 2013, 21 s.

⁹³ Sulla figura del giudice come “capro espiatorio” e unico colpevole dei mali dell'*Ancien régime*, cfr. le considerazioni storiche di G. TARELLO, *Orientamenti della magistratura, del giurista-interprete e della dottrina sulla funzione politica*, in *Politica del diritto*, 1972, 461.

⁹⁴ Sulla teoria dell'interpretazione promossa da Beccaria, ma nella sostanza anche da altri esponenti dell'illuminismo giuridico, v. le considerazioni di M. DONINI, *Interpretazione delle leggi (Dei delitti e delle pene, § IV)*, in *Diritto penale XXI sec.*, 2014, 246 ss.; A. CADOPPI, *Giurisprudenza e diritto penale*, in E.M. AMBROSETTI (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, 36 s., nonché in A. CADOPPI, *'La legge è uguale per tutti'. Ripensare Beccaria oggi in tema di legalità, tra favor libertatis e diritti fondamentali*, in G. COCCO (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, Padova, 2016, 133 ss. Sull'idea di una “mitizzazione della legge”, v. P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, *passim* e successivamente ID., *Introduzione al novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012, 3 ss., nonché ID., *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, *passim* e ID., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2018, 21 ss. Rispetto a quest'ultimo lavoro, si veda l'invito alla ponderazione delle affermazioni rispetto alla materia penale di F. PALAZZO, *Sistema delle fonti e legalità penale*, in Cass. pen., 2005, 277 s. Sull'idea illuminista del potere giudiziario come «'apparato di trasmissione' che assume carattere servente e natura essenzialmente dichiarativa», v. anche T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Indice pen.*, 1999, 529. Anche lo statuto organizzativo del potere giudiziario si conforma al paradigma, con la magistratura che finisce per essere considerata sostanzialmente come un ramo della pubblica amministrazione: cfr. R. ROMBOLI, *Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordinamento giudiziario*, in *Quaderni dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Seminario 2005, Torino, 2006, 66.

legislatori»⁹⁵ sia la domanda retorica che Beccaria pone al lettore: «Chi sarà dunque il legittimo interprete della legge? Il sovrano [...] o il giudice [...]?»⁹⁶.

Più in generale, la teoria giuspositivistica dell'interpretazione del diritto si pone essenzialmente su un piano prescrittivo⁹⁷ e costituisce in definitiva lo strumento attraverso cui perseguire una precisa politica riformatrice⁹⁸.

Questa idea può essere esasperata fino al punto, raggiunto per la verità solo in alcuni momenti della storia del positivismo giuridico⁹⁹, di intendere l'interpretazione giudiziale come un supino accertamento della volontà legislativa che si manifesta in modo auto-evidente nell'astratto comando legislativo¹⁰⁰.

La concezione dell'interpretazione come atto ideologicamente neutro, l'idea che le disposizioni normative abbiano un unico significato corretto univocamente determinabile, il privilegio del dato testuale come (unico) strumento interpretativo e l'identificazione del diritto (penale) con il testo legislativo supportano e legittimano una concezione meramente sussuntiva del procedimento di applicazione della legge penale.

⁹⁵ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., 17.

⁹⁶ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., 17 s.

⁹⁷ Si v., da ultimo, D. PULITANÒ, *Quali ermeneutiche per il diritto penale?*, in *Ars interpretandi*, 2016, 55.

⁹⁸ Cfr., soprattutto, P. COSTA, *Pagina introduttiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)*, cit., 18.

⁹⁹ Sulla progressiva esasperazione da parte del positivismo giuridico del modello legalistico sviluppato dall'illuminismo, v. le osservazioni di W. NAUCKE, *Die Aushöhlung der strafrechtlichen Gesetzmäßigkeit durch den relativistischen, politisch aufgeladenen strafrechtlichen Positivismus*, in ID., *Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik. Abhandlungen zum Strafrecht und zum Strafprozeßrecht*, Frankfurt a.M., 1999, 257 ss.

¹⁰⁰ Si v., per l'indirizzo tecnico-giuridico e il relativo obiettivo di assicurare (anche) una sorta di fedeltà ideologica dell'interprete al potere politico fascista, ART. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in ID., *Opere giuridiche*, vol. III, Roma, 1933, 314. Su questa posizione e le successive ricostruzioni della stessa (ad es. di F. Bricola, C.F. Grosso e M. Sbriccoli), v. le considerazioni, anche in chiave critica, di M. DONINI, *Il problema del metodo penalistico: da Arturo Rocco all'uropeismo giudiziario*, in ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza fonte*, Milano, 2011, 3 ss. Sui "fattori" che hanno contribuito in Italia al superamento dell'indirizzo meramente esegetico, si v. G. FORNASARI, *Conquiste e sfide della comparazione penalistica*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, cit., 266 ss. in particolare.

L'attività giurisprudenziale si risolve in un'operazione di natura sillogistica, dove la legge generale e astratta e il caso individuale e concreto sono due dimensioni omogenee¹⁰¹. È il «il sillogismo perfetto [dove la premessa] maggiore dev'essere la legge generale; la minore, l'azione conforme o no alla legge; la conseguenza, la libertà o la pena»¹⁰².

A ben vedere, con il modello sussuntivo si presuppone non solo che il significato della norma astratta preesista all'interpretazione, ma anche che il caso sia pre-dato¹⁰³. La conoscenza della legge e la sua applicazione da parte del giudice prescindono dal caso e l'attività interpretativa ha natura essenzialmente avalutativa e logico-giuridica.

Quindi, da un lato, preesistenza del significato della disposizione legislativa e del caso e, dall'altro lato, omogeneità tra questi due elementi che costituiscono le premesse del sillogismo giudiziario come modello interpretativo di natura esclusivamente deduttiva, sono le due condizioni che consentono di eliminare tutti i margini di discrezionalità del giudice nel momento della decisione.

Il pre-dato linguistico testuale è assunto anche dal legislatore come criterio fondamentale per l'interprete da seguire nel procedimento ermeneutico, accanto a quello – in questa concezione in un certo senso opposto – dell'intenzione del legislatore stesso. Infatti, il giudice, *ex art. 12 delle disposizioni preliminari al cod. civ.*, «[n]ell'applicare la legge non [...] può ad essa attribuire altro significato che

¹⁰¹ V., per tutti, sul sillogismo giudiziario e a sua difesa, almeno rispetto a determinate tipologie di casi (c.d. casi facili), R. ALEXI, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt a.M., 1983, 273 ss. [da agg. con ed. 2012]; P. COMANDUCCI, *Il ragionamento giudiziale*, in M. BESSONE (a cura di), *Interpretazione e diritto giudiziale*, Torino, 1999, 47 ss.; N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978, 19 ss. e 100 ss.; J. WRÓBLEWSKI, *Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, Torino, 1987, 277 ss.

¹⁰² C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., 18.

¹⁰³ Così, U. NEUMANN, *Subsumtion als regelorientierte Fallentscheidung*, in G. GABRIEL, R. GRÖSCHNER (a cura di), *Subsumtion. Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre*, Tübingen, 2012, 312 e 314 (trad. it. in forma ridotta a cura di G. Carlizzi, U. NEUMANN, *Sussunzione come decisione di un caso orientata a una regola*, in *Ars interpretandi*, 2013, 1, 82 ss.). Cfr. anche D. PULITANÒ, *Quali ermeneutiche per il diritto penale?*, cit., 51 in particolare.

quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse [...]».

Andando ancora più a fondo, nelle posizioni più rigide, l'interpretazione letterale non è solo lo strumento interpretativo privilegiato, ma in un certo senso quello esclusivo e, in definitiva, formulazione testuale e interpretazione della legge finiscono per coincidere.

Tuttavia, le norme penali perdono così il loro legame con la realtà sociale e assumono un'esistenza ideale già di per sé racchiusa nel significato del testo legislativo¹⁰⁴.

3. Il modello ermeneutico-istituzionale della «one right answer». Il ruolo del giudice sul piano delle fonti del diritto

La concezione cognitiva dell'interpretazione (non solo, ma soprattutto) giudiziaria determina significative conseguenze sia sul piano delle fonti del diritto in generale sia sul piano istituzionale.

In particolare, nel momento in cui si afferma che il significato di una disposizione normativa preesiste all'interpretazione da parte del giudice, la prima conseguenza è che teoricamente è possibile sostenere che vi sia un'unica interpretazione, *rectius* applicazione, corretta di questa disposizione¹⁰⁵. In altre parole, il significato della disposizione è dato e nel momento applicativo il giudice non deve fare altro che applicarlo correttamente.

¹⁰⁴ Cfr., in particolare, le osservazioni sul punto di U. NEUMANN, *Rechtsanwendung, Methodik und Rechtslehre*, in M. SENN, B. FRITSCHI (a cura di), *Rechtswissenschaft und Hermeneutik*, cit., 88 ss. (trad. it. a cura di G. Carlizzi, U. NEUMANN, *Applicazione giuridica, uso dei metodi e teoria del diritto*, in *Ars interpretandi*, 2009, 54).

¹⁰⁵ Sulla teoria cognitivista dell'interpretazione, sulle sue conseguenze e anche sulle ragioni della sua entrata in crisi si v., oltre ai contributi citati precedentemente, anche V. VILLA, *Lineamenti di una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, in *Cass. pen.*, 2005, 2427 ss.; V. VELLUZZI, *Sulla nozione di "interpretazione giuridicamente corretta" (e sui suoi rapporti con l'interpretazione estensiva)*, in *Cass. pen.*, 2004, 2588 ss. Più in generale, v. anche G. ZACCARIA, voce *Interpretazione della legge*, in *Enc. dir.*, *Annali*, vol. V, Milano, 2012, 694 ss.

Il modello di Dworkin della *one right answer*¹⁰⁶ è l'esplicita teorizzazione di questa idea. In breve, tutte le rilevanti informazioni giuridiche vengono elaborate e tenute in considerazione nelle giuste proporzioni dal «giudice Ercole»: ciò gli consente di elaborare la soluzione giusta e unica rispetto a tutti i casi possibili che si trova a dover decidere¹⁰⁷.

Come si è appena anticipato, questa concezione si riflette, innanzitutto, sul piano delle fonti del diritto in generale e sulla natura dell'attività interpretativa giurisprudenziale in particolare.

Si fa riferimento, a tal proposito, al concetto di diritto giurisprudenziale o, in termini sostanzialmente equivalenti, alla nozione di *Richterrecht*. La questione che si pone è fondamentale se il diritto giurisprudenziale costituisca una fonte del diritto autonoma accanto alla legge¹⁰⁸.

¹⁰⁶ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, tr. it. *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, 203.

¹⁰⁷ Da ultimo, sul punto, cfr. R. BIN, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa)*. Per una teoria quantistica delle fonti del diritto, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Napoli, 2009, 38 ss. In termini critici, A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, 130; M. TARUFFO, *La Corte di Cassazione e la legge*, in ID., *Il vertice ambiguo*, cit., 78 ss.; M. TARUFFO, *La giurisprudenza tra casistica e uniformità*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2014, 42.

¹⁰⁸ La letteratura è davvero ampia e non sempre nell'impiego di questi due concetti i diversi autori fanno riferimento al medesimo fenomeno. Tra le opere italiane principali interamente dedicate al tema W. BIGIAMI, *Appunti sul diritto giudiziario*, Padova, 1989 (ed. originale 1933); L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1975, soprattutto 470 ss. (ristampa inalterata); G. ORRÙ, *Richterrecht. Il problema della libertà e autorità giudiziale nella dottrina tedesca contemporanea*, Milano, 1985, 100 ss. (ristampa ed. 1983); M. BIN, *Il precedente giudiziario. Valore e interpretazione*, Padova, 1995; V. MARINELLI, *Ermeneutica giudiziaria. Modelli e giurisprudenza*, Milano, 1996, 235 ss. e 246 ss.; ID., voce *Precedente giudiziale*, in Enc. dir., Agg., VI, Milano, 2002, 880 ss. Nella letteratura tedesca, oltre ai lavori di teoria generale del diritto citati alle note immediatamente seguenti, recentemente A. BÖHM, *Strafrechtliche Gesetzlichkeit als Prinzip?*, Frankfurt a.M., 2013, 233 ss.; F. OSSENBUHL, *Gesetz und Recht – Die Rechtsquellen im demokratischen Rechtsstaat*, in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (a cura di), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. IV, Heidelberg, 2003, § 61, Rn. 35 ss.; prima, J. VOGEL, *Juristische Methodik*, 1998, 83 ss.; J. IPSEN, *Richterrecht und Verfassung*, Berlin, 1975, 24 ss.; H.-J. RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtum*, Göttingen, 1969, 98 ss.; H. SCHNEIDER, *Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht. Bemerkungen zum Beruf der Rechtsprechung im demokratischen Gemeinwesen*, Frankfurt a.M., 1969, 7 ss.; F. MÜLLER, *Richterrecht. Elemente einer Verfassungstheorie IV*, Berlin, 1986, 9 ss.; infine, anche le osservazioni di U. NEUMANN, *Wandlungen der Rechtsquellenlehre in der neueren Rechtstheorie*, in L. Philipps, R. Wittman (a cura

La questione è estremamente complessa, costituisce uno dei problemi centrali della teoria generale del diritto ed è ben lontana dall'essere risolta in modo univoco. A ciò si aggiunga che questo tema, pur essendo generalmente inteso come questione metodologica o, meglio, di teoria generale del diritto, ha in realtà evidenti ripercussioni sul piano costituzionale ponendo il ruolo del giudice a diretto contatto con il principio democratico e con quello dello stato di diritto¹⁰⁹.

Così, lo spettro di posizioni sostenute nel tempo è significativamente ampio: si va da quelle che ritengono il diritto giurisprudenziale una mera fonte di conoscenza del diritto¹¹⁰, a quelle che lo concepiscono come fonte per così dire intermedia e complementare¹¹¹ fino a quelle che ne affermano, almeno a certe condizioni, il valore di fonte del diritto equiparata alla legge¹¹².

In estrema sintesi e con qualche eccesso di semplificazione si può dire che, laddove si affermi una concezione cognitiva dell'interpretazione, l'attività del giudice sarà solamente riproduttiva del diritto già interamente contenuto nella e specificato dalla disposizione normativa.

di), *Rechtsentstehung und Rechtskultur. Heinrich Scholler zum 60. Geburtstag*, Heidelberg, 1991, 83 ss. Per un'analisi in prospettiva comparata del diritto giurisprudenziale come fonte del diritto, per tutti, A. PIZZORUSSO, *Comparazione giuridica e sistema delle fonti del diritto*, Torino, 2005, 34 ss. La letteratura penalistica è richiamata in tutto il lavoro. Volendo, cfr. anche D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al diritto. Contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2, della Costituzione italiana*, Napoli, 2008, *passim*.

¹⁰⁹ Per tutti, B. RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung*, Tübingen, 2005, 488 (ed. originale 1968).

¹¹⁰ In questo senso, v. G. ORRÙ, *Richterrecht. Il problema della libertà e autorità giudiziale nella dottrina tedesca contemporanea*, cit., 100 s.; E. PICKER, *Richterrecht oder Rechtsdogmatik – Alternativen der Rechtsgewinnung?*, in JZ, 1988, *passim* e 62 ss. in particolare; K. LARENZ, *Über die Bindungswirkung von Präjudizien*, in H.W. Fasching, W. Kralik (a cura di), *Festschrift für Hans Schima. Zum 75. Geburtstag*, Wien, 1969, 262 ss.: «[...] das Präjudiz ist [...] keine Rechtsquelle im Sinne des Entstehungsgrundes einer Norm, sondern eine „Rechtserkenntnisquelle“»; più recentemente, v. anche K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ª ed., Berlin, 1991, 432 in particolare, ma già da 366 ss. più in generale.

¹¹¹ Cfr. V. MARINELLI, voce *Precedente giudiziario*, cit., 910; F. BYDLINSKY, *Hauptpositionen zum Richterrecht*, in JZ, 1985, 153 s.; E. SCHLÜCHTER, *Mittlerfunktion der Präjudizien. Eine rechtsvergleichende Studie*, Berlin-New York, 1986, 113 e 115.

¹¹² Così, recentemente, A. RÜTHERS, B. FISCHER, T. BIRK, *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, 10ª ed., München, 2018, 115 ss. (Rn. 239 ss.).

Conformemente a questa concezione, l'atto di giudizio si esaurisce nel compimento di una deduzione di natura essenzialmente logica dalla legge. Esiste, pertanto, per ogni caso, per ogni concreta ipotesi di applicazione della disposizione normativa un'unica giusta soluzione. A ben vedere, tuttavia, si tratta di un'affermazione di natura ontologica.

In definitiva, in questa prospettiva, ciò che impedirebbe al modello di realizzarsi è il *deficit* di conoscenza del giudice umano, così come contrapposto al «giudice Ercole».

Interessanti sono le somiglianze, almeno per quanto attiene ai risultati concreti, con un modello che è sempre stato considerato come opposto. La teoria dichiarativa classica del precedente¹¹³ propone un modello di giudice che lo identifica come «oracolo vivente»¹¹⁴ del diritto, un giudice che tutto scopre ma nulla inventa.

In virtù di questa teoria, è noto, il precedente giudiziario non crea diritto, come invece in generale ritiene il *civil lawyer* quando guarda al *common law*. Al contrario, il precedente è prova, esplicitazione del diritto sostanziale consuetudinario preesistente: il giudice – per così dire – porta alla luce i principi generali di ragione contenuti nel *common law*. Con le parole del più conosciuto sostenitore della teoria, «decisions of courts of justice are the evidence of what is common law»¹¹⁵, o con quelle di Lord Esher MR «[t]here is, in fact, no such thing as judge-made law, for the judges do not make the law, though they frequently have to apply existing law to circumstances as to which it has not previously been authoritatively laid down that such law is applicable»¹¹⁶.

¹¹³ Elaborata nella cultura giuridica di *common law* e resa celebre, oltre che da M. HALE, *The History of the Common Law of England*, London, 1820, 88 (ed. originale del 1713), soprattutto da W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. I, Chicago, 1979, 71 (riproduzione dell'edizione originale del 1765).

¹¹⁴ Si v., per ulteriori approfondimenti, V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Torino, 2018, 295 ss.

¹¹⁵ W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, cit., 71.

¹¹⁶ Lord Esher MR, prima di diventare Lord, ha ricoperto il ruolo di Master of the Rolls and Records of the Chancery of England, seconda carica giudiziaria inglese dopo quella del Lord Chief Justice. Le parole citate sono state pronunciate nel caso *Willis v Baddeley* [1892] 2 QB 324, 326 (CA).

La dottrina del precedente¹¹⁷ si afferma storicamente proprio come correttivo rispetto alle dirette conseguenze prodotte dalla concezione dichiarativa del precedente. Il nuovo precedente, che "solo" dichiara una non ancora espressa ma già esistente regola di diritto, poteva essere applicato, sia in materia penale che in quella civile, retroattivamente. Il vincolo al precedente serve proprio a ridurre – ma non ad eliminare – i casi in cui l'applicazione retroattiva effettivamente si verifica¹¹⁸.

4. Segue. Il ruolo del giudice sul piano istituzionale: la nomofilachia c.d. oggettiva

Sul secondo piano, quello istituzionale, la concezione cognitiva dell'interpretazione si riflette sul ruolo e sulle competenze attribuite alla giurisdizione di legittimità e quindi nello specifico alla Corte di cassazione. Si pone a questo punto in primo piano il dettato dell'art. 65 o.g. che attribuisce all'organo di legittimità il compito di assicurare «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge» nonché «l'unità del diritto oggettivo nazionale». Si tratta, in poche parole, della funzione c.d. nomofilattica della Corte di cassazione.

È noto che l'istituto nasce in parallelo al consolidarsi delle idee illuministe attraverso la creazione, inizialmente in Francia, del *Tribunal de Cassation* che operava essenzialmente come organo del potere legislativo. Il meccanismo era costituito da uno strumento preventivo – il *référé législatif* facoltativo – e, per quanto qui interessa, da uno repressivo consistente nell'annullamento delle sentenze che erano state pronunciate dai giudici in violazione del principio della separazione dei poteri¹¹⁹. Successivamente, per via delle criticità emerse nel frattempo nel meccanismo, il *Tribunal de Cassation* muta il suo ruolo istituzionale e diventa un organo del potere

¹¹⁷ Su cui l'opera fondamentale è senz'altro R. CROSS, J. HARRIS, *Precedent in English Law*, Oxford, 1991, *passim*, ma più recentemente anche N. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge, 2008, 31 ss. e *passim*; tra i contributi più significativi anche quello di J.D. HEYDON, *Limits to the Powers of Ultimate Appellate Courts*, in *Law Quarterly Review*, 2006, 3, 399 ss., nonché si vedano gli ulteriori scritti sul tema richiamati al paragrafo successivo.

¹¹⁸ Cfr. sul nesso tra la dottrina del precedente e il controllo della retroattività giudiziaria B. JURATOWITCH, *Retroactivity and the Common Law*, Portland, 2008, 125 s.

¹¹⁹ P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, vol. II, 1920, in ID., *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, Napoli, 1976, vol. I, 407-408.

giudiziario (*Cour de Cassation*). È in questo contesto che si inserisce l'art. 65 o.g. nella parte in cui attribuisce alla Corte il compito di assicurare l'esatta interpretazione della legge e l'unità del diritto obiettivo nazionale.

A ben vedere, queste competenze possono essere intese in senso autoritativo o dichiarativo.

In primo luogo, laddove si concepiscano queste competenze in termini dichiarativi, il «diritto obiettivo» è dato e l'esattezza dell'interpretazione della legge è raggiunta eliminando progressivamente le interpretazioni errate¹²⁰, «scoprendo così alla fine il “vero” significato della norma: tale significato esiste ed è oggettivamente dato; interpretare la norma significa scoprirlo e dichiararlo»¹²¹.

L'idea dell'esattezza dell'osservanza della legge postula, come è stato notato¹²², «uno specifico metodo interpretativo, che è il solo ritenuto valido, ed una specifica teoria dell'interpretazione, nonché una teoria della funzione del giudice in generale e della Cassazione in particolare. Il metodo interpretativo è quello della deduzione; la teoria dell'interpretazione è quella per cui interpretare vuol dire prendere atto del significato oggettivamente “vero” della norma; la funzione del giudice, ed in particolare della Cassazione, è di “dichiarare” questo significato oggettivo».

Soprattutto nella concezione in termini dichiarativi delle competenze *ex art. 65 o.g.* della Corte di cassazione, il giudizio di legittimità si fonda sulla possibilità di distinguere tra le compresenti interpretazioni di una stessa disposizione quelle – per così dire – giuste da quelle sbagliate.

Infatti, principale motivo di ricorso al giudice di legittimità è costituito proprio dalla violazione di legge da parte del giudice di merito e la Cassazione, in ipotesi meno influenzata dalle circostanze del caso concreto, dovendo giudicare solo delle questioni di diritto, e sempre in ipotesi composta da giudici che possiedono maggiori competenze, dovrebbe riuscire ad accedere più facilmente all'(unica) interpretazione corretta della legge.

¹²⁰ Per tutti, l'autorevole lettura dell'art. 65 o.g. da parte di L. MORTARA, *Istituzioni di ordinamento giudiziario*, Firenze, 1898, 123.

¹²¹ Così M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, 1991, 69, anche se in termini critici rispetto a questa impostazione.

¹²² *Ivi*, 70.

Pertanto, qualora la Corte di cassazione voglia discostarsi dalla decisione precedente lo farà affermando, anche implicitamente, che l'interpretazione della disposizione data dal giudice precedente era sbagliata¹²³.

Diretta conseguenza dell'adozione del parametro della correttezza-erroneità di una specifica interpretazione e non di quello della maggiore o minore sostenibilità della stessa è che l'interpretazione sbagliata è come se non fosse mai dovuta esistere, mentre quella corretta, stabilita in ipotesi con il giudizio di legittimità, è sempre stata presente ma non – per così dire – compresa dai giudici di merito.

All'opposto, qualora si concepisca come esatta l'interpretazione in quanto pronunciata dalla Corte di cassazione e quindi le competenze *ex art. 65 o.g.* sono intese in modo più autoritativo, «tra le diverse interpretazioni di una stessa norma giuridica, la coesistenza contemporanea delle quali distruggerebbe l'uniformità della giurisprudenza, l'organo unificatore sceglie e fa prevalere quella che corrisponde al vero significato della legge, ed elimina tutte le altre interpretazioni, le quali non essendo conformi all'unica interpretazione vera [scelta dalla Corte di cassazione], sono anche di conseguenza non conformi alla legge»¹²⁴.

In questa prospettiva, l'interpretazione è esatta perché la Corte di cassazione è il giudice di ultima istanza che si trova quindi in una posizione di superiorità (almeno in relazione alla singola vicenda giudiziaria) rispetto alle opinioni degli altri giudici. Così, in definitiva, il «diritto obiettivo» non è dato, ma è il prodotto delle interpretazioni avvallate o affermate dai giudici di legittimità.

5. La forza (solo) persuasiva del principio di diritto affermato dalla Corte di cassazione

La natura dell'attività interpretativa del giudice e il problema degli eventuali margini di discrezionalità della stessa non è una questione solo teorica, logica ed

¹²³ Cfr. U. NEUMANN, *Die Rechtsprechung im Kontext des verfassungsrechtlichen Prüfungsprogramms zu Art. 103 Abs. 2 GG (Rückwirkungsverbot, Analogieverbot, Bestimmtheitsgebot). Überlegungen im Anschluss an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum „Präzisionsgebot“ (BVerfGE 126, 170)*, in C. FAHL, E. MÜLLER, H. SATZGER, S. SWOBODA (a cura di), *Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2015, 202.

¹²⁴ P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, vol. II, 1920, in ID., *Opere giuridiche*, vol. VII, cit., 98.

ermeneutica, “solo” un problema di attribuzione o scoperta del significato del testo normativo. Come si è già avuto occasione di sottolineare, il problema della natura dell’attività interpretativa giudiziaria è strettamente connesso alla posizione istituzionale del giudice.

A ben vedere, si tratta di una questione di allocazione del potere¹²⁵. L’obiettivo ultimo è la controllabilità dei risultati ermeneutici, una controllabilità che prende le forme di una, per così dire, competizione tra interpreti per l’attribuzione di un determinato significato ai testi normativi¹²⁶.

È chiaro, quindi, che la teoria dell’interpretazione coinvolge e produce conseguenze sulle questioni centrali dell’implementazione e del funzionamento di un ordinamento giuridico.

L’efficacia, *rectius* la forza, dei precedenti o solo di alcuni di essi in un sistema giuridico si pone al centro di questo problema di allocazione di poteri tra interpreti.

Per la sua complessità e ampiezza, il tema qui non può essere che solamente sfiorato.

Per quanto d’interesse, si possono distinguere essenzialmente quattro tipologie di forza del precedente, il cui concreto realizzarsi in un sistema giuridico dipende fortemente dalle circostanze della realtà storico-politica dello stesso¹²⁷.

In ordine di vincolatività decrescente, si ha innanzitutto il precedente (assolutamente) vincolante, nel senso che produce in capo al secondo giudice un vero e proprio obbligo giuridico di attenersi al precedente.

¹²⁵ Cfr. P.G. MONATERI, voce *Interpretazione del diritto*, in Dig. disc. priv., X, Torino, 1993, 32.

¹²⁶ Questa caratteristica è più evidente rispetto ai sistemi di *common law*, ma è presente anche in quelli continentali, seppur in forma (finora) meno esplicita. Rispetto ai primi, v. H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, tr. it. a cura di M.A. Cattaneo, Torino, 2002, 180 (ed. originale *The Concept of Law*, New York, 1961) che parla di «tentativo riuscito di assumere dei poteri e di usarli» rispetto all’«elaborazione da parte dei tribunali inglesi delle norme che riguardano la forza vincolante dei precedenti». Rispetto ai secondi, P.G. MONATERI, voce *Interpretazione del diritto*, cit., 33.

¹²⁷ Per tutti, v. D.N. MACCORMICK, R.S. SUMMERS, *Further General Reflections*, in D.N. MACCORMICK, R.S. SUMMERS (a cura di), *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, Aldershot, 1997, 540.

Una tale forza cogente del precedente, che determina un forte irrigidimento del sistema, formalizzando il protagonismo della giurisprudenza, ma al tempo stesso deprimendone il vitalismo¹²⁸, non è rinvenibile neppure nella tradizione degli ordinamenti di *common law*¹²⁹.

Infatti, all'affermazione e all'irrigidimento della dottrina dello *stare decisis* si assiste solo sul finire del secolo XIX con il trionfo, soprattutto in Inghilterra, del positivismo giuridico¹³⁰. Nel *common law* tradizionale e in quello moderno – siamo alla seconda tipologia di forza del precedente – quest'ultimo ha forza tendenzialmente vincolante, in altre parole il secondo giudice può, a determinate condizioni, disattenderlo e quindi superarlo qualora lo ritenga opportuno al fine di formulare una soluzione più corretta del caso che si trova a decidere¹³¹.

Tra le tecniche argomentative impiegate per svincolarsi dai precedenti rimanendo al tempo stesso all'interno della logica del precedente, le più significative sono il *distinguishing* e l'*overruling*¹³².

Ciò non significa che il giudice di *common law* è – per così dire – libero di scegliere se seguire o meno il precedente: quest'ultimo è dotato, soprattutto nel sistema inglese, di una notevole forza ed è solitamente seguito dai giudici successivi, ma non fino al punto che il giudice si sente obbligato ad applicare una regola giuridica che ritiene scorretta o ingiusta rispetto al caso che deve giudicare¹³³.

¹²⁸ Si v., a tal proposito, soprattutto F. PALAZZO, *La legalità tra law in the books e law in action*, cit., 74.

¹²⁹ Cfr. M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, Napoli, 2007, 22 s.

¹³⁰ Tra gli altri, v. U. MATTEI, voce *Precedente giudiziario e stare decisis*, in Dig. disc. priv. civ., XIV, Torino, 1996, 151 s. e V. MARINELLI, voce *Precedente giudiziario*, cit., 881 ss.

¹³¹ Non solo oltre oceano, dove la forza del precedente ha storicamente sempre avuto un grado minore, R.S. SUMMERS, *Precedent in the United States (New York State)*, in D.N. MACCORMICK, R.S. SUMMERS (a cura di), *Interpreting Precedents*, cit., 369 ss., ma anche in Inghilterra: cfr. Z. BANKOWSKI, D.N. MACCORMICK, G. MARSHALL, *Precedent in the United Kingdom*, in *ivi*, 325 ss. Sulle dinamiche e il ruolo del giudice di *common law* si v. già le pagine di A. CADOPPI, *Common law e principio di legalità*, in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, vol. 36, tomo II, 2007, 1181 ss.

¹³² Per ora, cfr. solamente U. MATTEI, voce *Precedente giudiziario e stare decisis*, cit., 157 ss.

¹³³ La questione se un precedente ingiusto o sbagliato debba essere seguito è a tutt'oggi di estrema attualità. Cfr., per tutti, in modo efficace C. NELSON, *Stare decisis and Demonstrably*

Nella concezione tradizionale dei sistemi di *civil law* e, nello specifico, in quello italiano al precedente è solitamente riconosciuta, al massimo, forza giuridicamente rilevante o, normalmente, forza meramente persuasiva¹³⁴.

La prima tipologia (precedente con forza giuridicamente rilevante) si ha nei casi in cui i giudici, solitamente di merito, che vogliono discostarsi da una precedente pronuncia della Corte di cassazione sono tenuti ad un onere di adeguata motivazione. Il mancato adempimento di questo onere determina conseguenze giuridiche, nei termini in cui la sentenza immotivatamente dissenziente potrebbe essere oggetto di censura da parte della Corte di cassazione¹³⁵.

In materia penale in particolare, ma anche in civile¹³⁶, è tradizionalmente attribuita al precedente una forza meramente persuasiva o – per così dire - psicologica. Il giudice (penale) di merito seguirà il principio affermato dalla Corte di cassazione solo qualora lo ritenga convincente; in caso contrario, sarà libero di prendere una diversa decisione senza – in ipotesi – doversi neppure troppo preoccupare di motivare il suo dissenso rispetto alla precedente pronuncia¹³⁷. In più, la forza persuasiva del

Erroneous Precedents, in Va. L. Rev., 2001, *passim* e 7 ss.; sinteticamente, M. TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, cit., 27.

¹³⁴ Per tutti, G. GORLA, voce *Precedente giudiziario*, in Enc. Giur. Treccani, XXIII, Roma, 1990, 4.

¹³⁵ Nella dottrina civilistica italiana questa posizione è stata sostenuta, pur con varietà di argomentazioni, oltre che da G. Gorla nel lavoro citato alla nota precedente e in numerosi lavori precedenti, anche da M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984, 80 ss.; A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, Sub. artt. 1-9, in Comm. cod. civ. Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1977, 525 ss.; M. BIN, *Il precedente giudiziario. Valore e interpretazione*, Padova, 1995, 63 ss. e 71 ss.; L. MONTESANO, *Su alcune funzioni della nostra Cassazione civile secondo la Costituzione della Repubblica italiana*, in AA. VV., *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, vol. I, Milano, 1994, 293 ss. Per un quadro della situazione in altri paesi di *civil law*, anche relativamente all'onere di motivazione in caso di dissenso, v. R. ALEXY, R. DREIER, *Precedent in the Federal Republic of Germany*, in D.N. MACCORMICK, R.S. SUMMERS (a cura di), *Interpreting Precedents*, cit., 17 ss.; A. AARNIO, *Precedent in Finland*, in *ivi*, 65 ss.; sul vincolo "di fatto" di alcuni precedenti anche nei paesi di *civil law*, in particolare A. PECZENIK, *The Binding Force of Precedent*, in *ivi*, 461 ss.

¹³⁶ Tra tutti, v. M. TARUFFO, *Dimensioni del precedente giudiziario*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1994, 1, 400; A. ANZON, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi. L'esperienza italiana alla luce di un'analisi comparata sul regime del Richterrecht*, Milano, 1995, 75 ss.

¹³⁷ Due precisazioni sono tuttavia necessarie. Innanzitutto, non si sta ovviamente facendo riferimento ai casi in cui la Corte di cassazione rinvia la decisione al giudice di appello dopo aver affermato il principio di diritto, che in questo caso è vincolante. In secondo luogo, è

precedente è prevalentemente valutata e misurata attraverso un approccio quantitativo piuttosto che qualitativo¹³⁸.

Rispetto ad entrambi i profili, non potrebbe essere diversamente in un sistema basato su una teoria strettamente cognitiva dell'interpretazione e dove prevale una concezione rigida della soggezione del giudice soltanto alla legge.

In questo contesto, il tentativo del legislatore di quantomeno introdurre una disciplina relativa al possibile dissenso delle sezioni semplici penali rispetto ad una precedente pronuncia delle Sezioni unite, prevedendo rispetto alla prime un obbligo di uniformazione ai principi di diritto enunciati dalle seconde e, in caso contrario, l'obbligo di rimettere la decisione del «ricorso alle sezioni unite esponendo le ragioni del dissenso»¹³⁹, viene visto con perplessità in quanto «la soluzione proposta [...] viene a porre, per la prima volta nel nostro ordinamento processuale, il vincolo, sia pure tendenziale e corretto, del precedente»¹⁴⁰.

Venuto meno l'obbligo di rinvio alle Sezioni unite perché non condiviso dalla competente commissione parlamentare, si cerca di reintrodurlo in una versione – per così dire – *soft* sostenendo che «l'attivazione del meccanismo [della rimessione preventiva nel caso in cui la questione di diritto da decidere abbia dato luogo o possa

evidente che se la decisione immotivatamente dissenziente del giudice di merito non convince, magari proprio perché non sufficientemente motivata, sarà successivamente oggetto di riforma in sede di giudizio di legittimità. Ciò non toglie, tuttavia, che il giudice di merito non sia di per sé tenuto a porsi in confronto dialettico con la pronuncia rispetto a cui intende dissentire.

¹³⁸ Lasciando in secondo piano i casi, meno fisiologici ma tutt'altro che infrequenti, di meccanica riproduzione della stessa massima, talvolta anche fuori luogo perché riferita a decisioni non pertinenti con il caso oggetto di giudizio o di omissione di decisioni contrarie al fine di trasformare, sempre dal punto di vista quantitativo, un orientamento minoritario in maggioritario e viceversa. Quest'ultima "tecnica" è (stata) impiegata anche per superare l'obiezione che la nuova giurisprudenza produrrebbe conseguenze sfavorevoli in capo al condannato: l'orientamento maggioritario più favorevole diventa, a seguito dell'accorta selezione delle sentenze elencate, l'orientamento minoritario, rispetto al quale, quindi, l'imputato non può invocare alcuna forma di tutela.

¹³⁹ Si v. il testo dell'art. 618 c.p.p. come formulato nel progetto preliminare del codice di procedura penale: cfr. Relazioni al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale, in G. U. del 24 ottobre 1988, n. 250 (Suppl. ordinario n. 93), § 9.5.

¹⁴⁰ *Ivi*, § 9.6.

dar luogo ad un contrasto giurisprudenziale] non può mancare quando sulla questione sono già intervenute le sezioni unite e la sezione rileva che la propria decisione può dare nuovamente luogo ad un contrasto giurisprudenziale»¹⁴¹.

Non è necessario spendere molte parole per dimostrare come questo sia rimasto solo un auspicio, che non trova riscontro nella giurisprudenza di legittimità successiva.

Tutt'al più, a fronte del prosperare dei contrasti giurisprudenziali tra sezioni semplici rispetto ad una questione di diritto già oggetto di una pronuncia delle Sezioni unite, quest'ultime sono state chiamate ad intervenire una seconda volta per riaffermare o modificare la precedente pronuncia.

La forza «essenzialmente persuasiv[a dell']orientamento espresso dalla decisione delle Sezioni unite» (e quindi, a maggior ragione, anche di quello espresso dalle sezioni semplici), decisione «potenzialmente suscettibile di essere disattesa in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l'onere di adeguata motivazione», è stata da ultimo affermata con la celeberrima sentenza n. 230 del 2012 della Corte costituzionale¹⁴², su cui si tornerà successivamente.

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² Corte cost., sentenza 8 ottobre 2012, n. 230, in *Giur. cost.*, 2012, 3440 ss. con nota di V. MANES, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra 'diritto giurisprudenziale' e 'legge'*.

CAPITOLO III

CONTRASTI GIURISPRUDENZIALI PRODUTTIVI DI EFFETTI SFAVOREVOLI E CONCEZIONE LEGALISTA DELLA LEGALITÀ

SOMMARIO: 1. Breve premessa terminologica: «contrastisti» e non «mutamenti» giurisprudenziali. – Sez. I La rilevanza dei contrasti giurisprudenziali sfavorevoli sul piano delle garanzie politico-istituzionali – 2.1. Il mutamento interpretativo sfavorevole come violazione del divieto di analogia *in malam partem*. – 2.2. Il mutamento interpretativo come conseguenza di una congenita indeterminatezza (costituzionalmente illegittima) della fattispecie incriminatrice. – 2.3. Il prodursi di mutamenti interpretativi come conseguenza della “patologica” ipertrofia del diritto penale: brevi cenni sul “diritto penale minimo” come (non) soluzione del problema. – 2.4. Ulteriori obiezioni rispetto ad una tutela individuale dagli effetti retroattivi *in malam partem* del cambio di interpretazione giurisprudenziale. – Sez. II La rilevanza dei contrasti giurisprudenziali sfavorevoli sul piano della colpevolezza – 3.1. I limiti della soluzione oggettiva e il tentativo di recuperare margini di garanzia per il soggetto sul piano soggettivo. – 3.2. Il principio del *Vertrauensschutz* come protezione della continuità del diritto nei termini della certezza giuridica soggettiva. – 3.3. Riconoscibilità e rimproverabilità come due chiavi di lettura di Corte costituzionale n. 364 del 1988. – 3.4. La declinazione in chiave soggettiva anche dei criteri oggettivi di inevitabilità dell’ignoranza. – 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. – 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. – 3.7. L’errore sul divieto in virtù del § 17 StGB con specifico riferimento ai mutamenti giurisprudenziali.

1. Breve premessa terminologica: «contrastisti» e non «mutamenti» giurisprudenziali

In un ordinamento giuridico nel quale anche le pronunce della Corte di legittimità, in qualunque composizione, hanno una forza non più che persuasiva, nei casi in cui si assiste all’affermazione di principi di diritto diversi in due o più pronunce aventi ad oggetto la medesima questione di diritto non sembra corretto sostenere che si sia verificato un mutamento vero e proprio della giurisprudenza.

Esemplificando, se il concetto di profitto viene inteso in senso economicistico nella prima pronuncia, mentre è ricostruito come comprensivo di qualsiasi utilità anche non economica nella seconda, si è qui in presenza di un contrasto tra due diverse prospettive interpretative dello stesso concetto. Così, potrà accadere che il primo giudice – in senso cronologico – accolga la prima interpretazione, il secondo propenda per quella opposta e un terzo decida ancora conformemente al primo. Si parla in questi casi, solitamente, di contrasto sincronico, distinguendo quest'ultimo da quello diacronico¹⁴³. Il primo si verifica nell'ipotesi in cui in un determinato periodo di tempo coesistano più orientamenti giurisprudenziali in contrasto tra loro. I contrasti diacronici, invece, presuppongono l'affermazione per un periodo di tempo più o meno lungo di una giurisprudenza in massima parte condivisa e che viene successivamente contraddetta da una o più decisioni in senso contrario. Tuttavia, potrebbe in ipotesi accadere che queste più recenti decisioni vengano successivamente contrastate da altre pronunce che riaffermano la prima interpretazione o ne promuovono una ulteriore, magari intermedia. Il contrasto diacronico si trasformerebbe così in sincronico, seppur normalmente sviluppatosi in un'unità temporale più ampia.

Questa distinzione tra contrasti sincronici e diacronici se, da un lato, è utile sul piano concettuale e su quello descrittivo, dall'altro lato è più problematica sul piano pratico, ovvero qualora si prenda a riferimento una delle due categorie al fine di valutare le garanzie da apprestare al soggetto che subisce le conseguenze *in malam partem* di un contrasto giurisprudenziale.

Ciononostante, laddove a nessuna pronuncia sia riconosciuta una forza in qualche modo vincolante nei confronti delle altre, questo stato di cose è in un certo senso inevitabile. Infatti, solamente qualora una pronuncia riesca ad imporsi con una certa efficacia vincolante, che quindi non ne consente il mero superamento da parte di pronunce successive se non in presenza di determinate condizioni, sarà possibile parlare di mutamento giurisprudenziale vero e proprio. Il mutamento interpretativo,

¹⁴³ Cfr. L. KÄHLER, *Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung*, Baden-Baden, 2011, 23 ss., il quale utilizza il termine «Divergenz». Sul punto anche A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., 73 ss. con ulteriori distinzioni tra tipologie di contrasti giurisprudenziali.

in quest'ultimo caso, finirà per avere un'efficacia particolare rispetto ad altre opzioni interpretative che potrebbero essere sostenute e, in definitiva, finirà per escludere almeno temporaneamente queste ultime.

Per questi motivi, in questa prima parte del lavoro sembra più corretto intendere i cambi interpretativi come contrasti tra orientamenti giurisprudenziali aventi la medesima forza (esclusivamente persuasiva), mentre di mutamento giurisprudenziale vero e proprio sembra giusto parlare solo con riferimento alla parte dedicata al paradigma effettuale della legalità penale.

SEZIONE I

LA RILEVANZA DEI CONTRASTI GIURISPRUDENZIALI SFAVOREVOLI SUL PIANO DELLE GARANZIE POLITICO- ISTITUZIONALI

La concezione illuminista della legalità penale e, ancor prima, quella dell'interpretazione come attività avente natura essenzialmente cognitiva producono dirette conseguenze rispetto alle garanzie individuali nei confronti di un cambio di interpretazione giurisprudenziale di una disposizione incriminatrice.

Si è visto come alla base della subordinazione del giudice alla legge vi sia l'idea che solo quest'ultima possa assicurare la libertà individuale in quanto prodotto dell'organo espressione della volontà popolare.

Nella concezione tradizionale della legalità, i principi della riserva di legge e di determinatezza, nonché il divieto di analogia *in malam partem*, esauriscono tutto l'ipotetico potere interpretativo del giudice. La legge (*Gesetz*) si identifica con il testo legislativo (*Gesetzestext*) e quest'ultimo individua un unico ambito di applicazione della legge (*Gesetzesanwendung*). Diretta conseguenza di questa equazione è che nel momento in cui dovesse cambiare l'ambito di applicazione della legge si produrrebbe una modifica della legge stessa. Poiché tuttavia il testo legislativo – in cui si identifica la legge – è rimasto uguale, si crea un cortocircuito: se l'interpretazione è dichiarativa e ha natura prevalentemente testuale, non vi può essere un cambio dell'ambito applicativo della legge a fronte dell'invarianza del testo legislativo.

Il cambio dell'ambito applicativo della legge a seguito dell'attività interpretativa del giudice, soprattutto nei casi – che qui più interessano – in cui si producono effetti più sfavorevoli rispetto a quelli previsti per il fatto al momento della commissione, viene quindi ricostruito secondo due diverse prospettive.

In primo luogo, si è già avuto modo di anticiparlo, come una correzione di una precedente errata interpretazione della disposizione legislativa. Così, non si pone alcun problema di garanzie nei confronti del singolo, il quale se il principio di legalità penale – ed è il punto successivo – è stato rispettato avrebbe dovuto poter conoscere il corretto contenuto della disposizione incriminatrice dal momento della sua emanazione.

In secondo luogo, il cambio di ambito applicativo della legge per effetto dell'interpretazione giudiziaria potrebbe essere la conseguenza di un tradimento della legalità penale da parte del giudice o da parte del legislatore. Le conseguenze sfavorevoli prodotte dal mutamento interpretativo non sono che il risultato di una violazione, per così dire, a monte della legalità. La tutela del singolo, in questa prospettiva, si otterrebbe non tanto assicurando una tutela diretta rispetto al cambio interpretativo *in malam partem*, quanto eliminando queste violazioni a monte.

2.1. *Il mutamento interpretativo sfavorevole come violazione del divieto di analogia in malam partem*

Per quanto attiene al primo profilo, ovvero il tradimento della legalità penale da parte del giudice, questo si sostanzia nella violazione del principio della riserva di legge e del divieto di analogia *in malam partem*. La nuova interpretazione giudiziale della disposizione che determina la produzione di effetti sfavorevoli e che non è una – per così dire - mera correzione della precedente erronea interpretazione determina un ampliamento del campo di applicazione della fattispecie penale. Ma, in virtù del principio della riserva (assoluta) di legge, un ampliamento della sfera di illiceità penale può essere il risultato esclusivamente di un atto normativo parlamentare. Pertanto, qualora l'ampliamento sia dovuto all'attività del giudice si è in presenza di una violazione del divieto di analogia, qui inteso in termini ampî come divieto di superamento del significato letterale¹⁴⁴.

¹⁴⁴ In questa prospettiva si colloca, tra gli altri, G. MARINUCCI, *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2007, *passim* e 1265 ss. in particolare; sulla necessità di una rigorosa fedeltà al principio di legalità e sui problemi di legittimazione del giudice penale che derivano da un suo allontanamento dalla legge, v. le

In sostanza, l'ampliamento della sfera dell'illiceità penale da parte del giudice o è la correzione di un'interpretazione precedentemente errata e quindi una mera interpretazione estensiva di una fattispecie penale prima erroneamente ristretta rispetto al suo naturale ambito di applicazione, oppure integra una violazione del divieto di analogia.

In entrambi i casi non si pongono problemi sul piano degli effetti retroattivi del cambio di orientamento giurisprudenziale.

In primo luogo, se vi è stata correzione di un'interpretazione precedentemente errata e, quindi, si è assistito ad un contrasto giurisprudenziale tra un'interpretazione corretta e una sbagliata, quella corretta che ha finito per prevalere non fa altro che riaffermare il giusto significato della disposizione normativa. Poiché questa era in vigore già al momento del fatto, il cittadino ben avrebbe potuto conoscerne il significato e prevederne l'interpretazione "corretta" affermata successivamente. Non si pone, quindi, alcun problema dal punto di vista dell'applicazione retroattiva di conseguenze penali sfavorevoli. E questo, nell'impostazione più rigida, anche qualora l'interpretazione sbagliata fosse stata ribadita per decenni dalla giurisprudenza di legittimità.

Paradigmatica la vicenda relativa alla configurabilità dell'art. 648 c.p. nei casi di ricettazione di farmaci anabolizzanti. Un orientamento di legittimità aveva escluso che il dolo specifico del fine di profitto potesse consistere in una mera utilità negativa, utilità negativa che si avrebbe ogniqualvolta il soggetto agisca allo scopo di commettere un'azione in danno di se stesso, ma al tempo stesso perseguendo un'utilità meramente immaginaria¹⁴⁵. La seconda sezione della Corte di cassazione, con una pronuncia di qualche anno successiva, afferma la necessità di superare il precedente orientamento, in quanto basato sull'erronea sovrapposizione del movente al dolo specifico¹⁴⁶. A ben vedere, tuttavia, ciò che muta è la finalità di tutela alla base

considerazioni di G. INSOLERA, *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'epoca dei giudici*, in *Criminalia* 2012, 2013, 285 ss.

¹⁴⁵ Così Cass., Sez. II, sent. 19 dicembre 2012 (dep. 9 gennaio 2012), n. 843.

¹⁴⁶ Cass., Sez. II, sent. 22 marzo 2016 (dep. 14 aprile 2016), n. 15680 successivamente confermata, da ultimo, da Cass., Sez. II, sent. 23 ottobre 2018 (dep. 25 gennaio 2019), n. 3661.

delle due differenti interpretazioni della fattispecie di ricettazione. Il secondo orientamento ricostruisce quest'ultima come posta a tutela della salute pubblica – e ancora prima di quella individuale – messa in pericolo dall'acquisto e successiva assunzione di sostanze anabolizzanti.

Così, esteso l'ambito di applicazione dell'art. 648 c.p. anche a queste ipotesi, non si pose alcun problema di produzione di effetti sfavorevoli retroattivi rispetto ai soggetti condannati sulla base della nuova interpretazione. Quest'ultima, sostituendo quella precedente errata, non ha fatto altro che (ri-)affermare il giusto significato della disposizione incriminatrice.

In secondo luogo, se vi è stata una violazione del divieto di analogia, l'esclusione degli effetti sfavorevoli retroattivi non potrebbe sanare il vizio originario di creazione giurisprudenziale della fattispecie. E non importa che magari la violazione del divieto di analogia sia opera della Corte di cassazione e che per il soggetto non vi sia più alcuno strumento giudiziario – quantomeno nazionale – di tutela¹⁴⁷.

Nella migliore delle ipotesi, peraltro estremamente rara, la violazione del divieto di analogia sarà successivamente sancita dalla Corte di cassazione stessa, magari da una sezione diversa rispetto a quella che si era originariamente pronunciata. L'interpretazione analogica, in questo caso, terminerà di essere applicata a partire dal caso oggetto della seconda pronuncia.

Significativa, a tal proposito, la vicenda relativamente recente in tema di responsabilità da reato in virtù del d.lgs. n. 231 del 2001 e il tentativo di estenderne la portata a tutte le attività imprenditoriali, indipendentemente dalla loro natura societaria. A fronte di una pronuncia della terza sezione della Corte di cassazione volta ad estendere la responsabilità da reato degli enti, sulla base di vari argomenti interpretativi più e meno convincenti, a tutte le imprese dotate di personalità giuridica, con una successiva pronuncia della Corte di cassazione stessa, questa volta della quarta sezione, si è indirettamente sostenuta la natura analogica del

¹⁴⁷ Cfr. F. GIUNTA, *Rileggendo Norberto Bobbio L'analogia nella logica del diritto*, in *Criminalia* 2007, 2008, 455: «Chi sanziona il giudice che infrange il divieto di analogia? Il sistema processuale prevede correttivi, che sono rimessi ad altri giudici, talché il divieto di analogia appare in definitiva un canone di autoregolamentazione della giurisdizione».

ragionamento precedentemente seguito e si è concluso nel senso che tale forma di responsabilità non si applica alle imprese individuali¹⁴⁸.

In ipotesi, peraltro, la violazione del divieto di analogia da parte della giurisprudenza potrebbe anche essere rimediata da parte del legislatore. Ci si trova, in questi casi, in una situazione più patologica perché ancora più evidente è l'esercizio di funzioni legislative da parte della giurisprudenza. La nota vicenda dell'incriminazione dell'elusione fiscale è un esempio paradigmatico. L'irrilevanza penale dell'elusione fiscale era ricavabile (almeno implicitamente) dalla legge di riforma dei reati tributari (d. lgs. n. 74 del 2000) che non ne faceva espressa menzione, nonché esplicitamente dalla relazione di accompagnamento a tale legge¹⁴⁹. La giurisprudenza successiva che si era, correttamente, orientata in questo senso¹⁵⁰ è stata però contraddetta da alcune pronunce di legittimità che ne hanno invece affermato la rilevanza penale¹⁵¹. Il legislatore è così costretto ad intervenire sancendo all'art. 10-*bis*, comma 13, d. lgs. n. 74 del 2000 che «[l]e operazioni abusive non danno luogo a fatti punibili [...]».

¹⁴⁸ Si tratta, rispettivamente, delle sentenze: Cass., Sez. III, sent. 15 dicembre 2010 (dep. 20 aprile 2011), n. 15657, annotata in termini critici da L. PISTORELLI, *L'insostenibile leggerezza della responsabilità da reato delle imprese individuali*, in Cass. pen., 2011, 2556 ss.; Cass., Sez. VI, sent. 16 maggio 2012 (dep. 23 luglio 2012), n. 30085.

¹⁴⁹ Cfr. Relazione governativa di accompagnamento alla legge di riforma dei reati tributari: la «semplice elusione d'imposta, quale categoria concettualmente contrapposta all'evasione, rimane priva di ogni riflesso penale».

¹⁵⁰ Per tutte, bastino Cass., Sez. V, sent. 18 maggio 2006 (dep. 7 luglio 2006), n. 23730 e Cass., Sez. III, sent. 26 novembre 2008 (dep. 2 aprile 2009), 14486.

¹⁵¹ Così, con una motivazione tutt'altro che approfondita, Cass., Sez. III, sent. 18 marzo 2011 (dep. 7 luglio 2011), n. 26723. Ben più significativa Cass., Sez. III, sent. 22 novembre 2011 (dep. 28 febbraio 2012), n. 7739 (c.d. caso Dolce e Gabbana), nonché Cass., Sez. III, sent. 6 marzo 2013 (dep. 3 maggio 2013), n. 19100 in Dir. pen. proc., 2014, 81 ss. con nota di A. DELL'OSSO, *L'elusione fiscale al banco di prova della legalità penale. Critici rispetto a questa seconda interpretazione*. Sulla vicenda, per tutti, G. FLORA, *Perché l'«elusione fiscale» non può costituire reato (a proposito del «caso Dolce & Gabbana»)*, in Riv. trim. dir. pen. econ., 2011, 869 ss.; C. PIERGALLINI, *Civile e penale a perenne confronto: l'appuntamento di inizio millennio*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2012, 1299; G.M. FLICK, *Abuso del potere ed elusione fiscale: quale rilevanza penale?*, in Giur. comm., 2011, 483 ss.; P. VENEZIANI, *Elusione fiscale, "esterovestizione" e dichiarazione infedele*, in Dir. pen. proc., 2012, 863 ss.

2.2. *Il mutamento interpretativo come conseguenza di una congenita indeterminatezza (costituzionalmente illegittima) della fattispecie incriminatrice*

Per quanto attiene al secondo profilo, ovvero alle modifiche in termini sfavorevoli dell'ambito applicativo di una fattispecie penale dovute ai tradimenti della legalità da parte del legislatore, viene in rilievo il principio della riserva di legge insieme con il principio di determinatezza.

Da un lato, la riserva di legge come garanzia dell'esclusività del monopolio parlamentare in materia penale garantisce un presidio di libertà per i consociati attraverso la nota legittimazione democratica dell'organo dal quale vengono assunte le decisioni politico-criminali.

Dall'altro lato, questo presidio di libertà sarebbe nei fatti vanificato qualora il legislatore decidesse di emanare disposizioni incriminatrici indeterminate, che avrebbero come risultato quello di determinare una delega volontaria da parte dell'organo legislativo dal suo potere all'organo giudiziario. In altre parole, da una disposizione incriminatrice indeterminata non è possibile ricavare alcuna chiara scelta di criminalizzazione e, anzi, potrà accadere che la norma stessa venga applicata a vicende che presentano un'ampia diversità di disvalori. Così, la scelta dei comportamenti incriminati sarebbe in definitiva rimessa ai giudici. Una delega di questo tipo è, tuttavia, preclusa al legislatore ordinario poiché il principio della riserva di legge e quello di determinatezza hanno valore costituzionale¹⁵².

Nei casi in cui l'estensione in termini sfavorevoli dell'ambito applicativo di una fattispecie penale non possa essere sanzionata come violazione del divieto di analogia perché magari il testo è talmente ampio nei possibili contenuti che un'applicazione analogica non è di per sé neppure necessaria¹⁵³, si potrà dubitare della (sufficiente) determinatezza della fattispecie medesima.

¹⁵² Rispetto al tema parallelo dei rapporti tra parlamento ed esecutivo, si parla a tal proposito di *Delegationverbot*; si v. da ultimo G. FREUND, F. ROSTALSKI, *Gesetzlich bestimmte Strafbarkeit durch Verordnungsrecht? Rückverweisungsklauseln als Verstoß gegen das Delegationsverbot aus Art. 103 II, Art. 104 I 1 GG*, in GA, 2016, 447 ss.

¹⁵³ V. il monito di H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11^a ed., Berlin, 1969, 23 secondo cui «[s]ehr schwierig ist die Frage zu beantworten, wann die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt ist. Die eigentliche Gefahr droht dem Grundsatz nulla poena

Si tratta di una concezione in senso assoluto del principio di determinatezza¹⁵⁴ o, detto in altri termini, che rinviene un difetto di legittimità costituzionale della disposizione incriminatrice ogniqualvolta questa lasci aperto uno spiraglio ad un dubbio interpretativo che necessariamente risulterà anche in un dubbio sull'ambito applicativo della relativa fattispecie penale.

A ben vedere, tuttavia, il tentativo di risolvere il problema degli effetti retroattivi prodotti da un cambio di interpretazione giurisprudenziale attraverso l'affermazione di una violazione del principio di determinatezza avrebbe come conseguenza quella di dichiarare inammissibile ogni concretizzazione della disposizione legislativa da parte della giurisprudenza. Infatti e in un certo senso al contrario, ogni disposizione incriminatrice bisognosa di concretizzazione giurisprudenziale sarebbe già di per sé indeterminata e quindi costituzionalmente illegittima.

A ciò si aggiunga che, se l'incoerenza nell'applicazione giurisprudenziale di una fattispecie fosse un criterio per valutarne la carenza di determinatezza, lo stesso dovrebbe valere anche nelle ipotesi in cui coesistano diverse interpretazioni dottrinali di una disposizione legislativa¹⁵⁵.

sine lege nicht von der Analogie, sondern von unbestimmten Strafgesetzen!», ovvero «è complesso rispondere alla domanda quando la fattispecie penale è determinata dalla legge. Il vero pericolo che minaccia il principio nulla poena sine lege non viene dall'analogia, ma dalle leggi penali imprecise!».

¹⁵⁴ Così, già N. GROSS, *Rückwirkungsverbot und richterliche Tatbestandsauslegung im Strafrecht*, Freiburg, 1969, 116 s. poneva questa concezione alla base di un modello di legalità penale che non ha bisogno di confrontarsi con la giurisprudenza e che quindi non solleva – teoricamente – alcun problema in tema di mutamenti giurisprudenziali retroattivi. Per una forte denuncia delle inadempienze del legislatore rispetto alla formulazione determinata delle fattispecie penali e per l'implicita adesione ad un modello "assoluto" di determinatezza, si v. recentemente R. RAMPIONI, «In nome della legge» (ovvero considerazioni a proposito di interpretazione «creativa»), in *Cass. pen.*, 2004, 316; R. RAMPIONI, *Dalla parte degli «ingenui». Considerazioni in tema di tipicità, offesa e c.d. giurisprudenza creativa*, Padova, 2007, *passim*; più recentemente, anche R. RAMPIONI, *Il reato quale illecito di modalità e di lesione tipiche: l'impraticabilità di un "equivalente funzionale" al principio di riserva di legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 578 ss. e 586 ss. Volendo, in una simile prospettiva si colloca anche C. BERNASCONI, *Alle radici dell'imprevedibilità del diritto giurisprudenziale*, in *Criminalia* 2016, 2017, 200 ss.

¹⁵⁵ Cfr. U. NEUMANN, *Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte?*, in *ZStW*, 1991, 335.

La diretta conseguenza sarebbe una sconfinata dilatazione del requisito di determinatezza delle fattispecie penali, sconfinata dilatazione rispetto alla quale si contrappone la posizione prudente della Corte costituzionale¹⁵⁶. E non potrebbe essere diversamente, in quanto, se quest'ultima dovesse applicare il più rigido standard dell'assoluta determinatezza, gran parte – se non tutte – le disposizioni penali incriminatrici dovrebbero essere espunte dall'ordinamento¹⁵⁷.

2.3. Il prodursi di mutamenti interpretativi come conseguenza della "patologica" ipertrofia del diritto penale: brevi cenni sul "diritto penale minimo" come (non) soluzione del problema

Un'ulteriore declinazione di questa impostazione denuncia la crescita esponenziale dei divieti penalmente sanzionati e, in definitiva, l'ipertrofia del diritto penale stesso¹⁵⁸. Questa ipertrofia si riflette sulla conoscibilità della legge da parte dei consociati e sulla sua certezza nel momento applicativo¹⁵⁹. Anche se tutte le fattispecie fossero determinate, il risultato di una netta demarcazione tra l'area del penalmente illecito e quella del penalmente lecito sarebbe nella sostanza vanificato dalla presenza

¹⁵⁶ Sull'approccio "prudente" della giurisprudenza costituzionale si vedano le riflessioni di F. PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in A. STILE (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, cit., 25 ss.; ID., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 401; P. NUVOLONE, *La problematica penale della Costituzione*, in AA.VV., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. IV, Milano, 1977, 494 ss.

¹⁵⁷ Si tratta naturalmente di una questione diversa rispetto all'indeterminatezza dovuta ad inadempienze nella formulazione delle fattispecie incriminatrici da parte del legislatore e rispetto alle quali il giudizio in termini negativi è notoriamente condiviso dalla quasi totalità degli autori. Per tutti, C.F. GROSSO, *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in *Criminalia* 2011, 2012, 134; F. PALAZZO, *Legalità tra law in the books e law in action*, cit., 64 s. È chiaro, al tempo stesso, che sotto questo profilo tutto finirà per dipendere dalla misura di determinatezza considerata "esigibile" da parte del legislatore.

¹⁵⁸ Per la segnalazione del progressivo estendersi del diritto penale, v. per tutti W. NAUCKE, *I confini del diritto penale. Abbozzo del problema in sette tesi*, in G. BORRÉ, G. PALOMBARINI (a cura di), *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, Milano, 1998, 95.

¹⁵⁹ Si v. S. MOCCIA, *Sulle precondizioni dell'ermeneutica giudiziale nello Stato di diritto*, in *Criminalia* 2012, 2013, 299 s.

di un numero elevatissimo di disposizioni incriminatrici¹⁶⁰. Il giudice si troverebbe a poter scegliere tra più fattispecie tutte ipoteticamente applicabili, con la conseguenza che la sua discrezionalità sarebbe significativa e potrebbe determinare l'applicazione di conseguenze giuridiche diverse tra casi equivalenti¹⁶¹.

Per uscire da questa situazione di crisi determinata dalla proliferazione dei divieti penali, nonché dal progressivo incremento delle fattispecie extra-codicistiche, si è auspicato il ritorno ad una prospettiva minimalista. Richiamandosi ad un passato in parte idealizzato, la fedeltà alla lettera del testo normativo da parte giudice sarebbe assicurata attraverso una massiccia depenalizzazione dei reati meno gravi e, in definitiva, attraverso un ritorno ad un diritto penale minimo composto di poche leggi chiare e semplici¹⁶².

Lasciando da parte il fondamento politico-ideologico di questa posizione e rilevando al tempo stesso l'unanime orientamento della dottrina penalistica nel denunciare un eccesso nell'impiego dello strumento penale, non si può non rilevare come l'idea del diritto penale minimo potrebbe al massimo ridurre – ma non risolvere – il problema dei cambi di interpretazione giudiziale che producono un effetto sfavorevole¹⁶³.

¹⁶⁰ Cfr. N. MAZZACUVA, *A proposito della «interpretazione creativa» in materia penale: nuova «garanzia» o rinnovata violazione di principi fondamentali?*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, cit., 445 ss.

¹⁶¹ A tal proposito, cfr. soprattutto F. GIUNTA, *Il giudice e la legge penale. Valore e crisi della legalità, oggi*, in AA.VV., *Studi in onore di Giandomenico Pisapia*, vol. I, Milano, 2000, 69 s.

¹⁶² Tra i tanti lavori, in particolare L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, 325 ss. e ID., *Per un programma di diritto penale minimo*, in L. PEPINO (a cura di), *La riforma del diritto penale. Garanzie ed effettività delle tecniche di tutela*, Milano, 1993, 57 ss.

¹⁶³ Rispetto alla questione della indeterminatezza delle fattispecie incriminatrici come conseguenza dell'ipertrofia del diritto penale e rispetto alla non realistica soluzione del problema attraverso una riduzione delle medesime si v. le osservazioni, in vari lavori, di L. KUHLEN, *Zum Strafrecht der Risikogesellschaft*, in GA, 1994, 347 ss.; ID., *Das selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit*, in A. Eser, W. Hassemer, B. Burkhardt (a cura di), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München, 2000, 58 ss.; da ultimo, più sinteticamente, in ID., *Unbestimmtheit und unbegrenzte Auslegung des Strafrechts?*, in U. MURMANN (a cura di), *Recht ohne Regeln? – Die Entformalisierung des Strafrechts*, Göttingen 2011, 24 s.

Innanzitutto, perché, se è vero che il fenomeno si riscontra spesso nelle ipotesi di c.d. reati artificiali, è al tempo stesso vero che questi non potrebbero nelle odierne società essere completamente eliminati. Prima ancora che la complessità dell'operazione sul piano tecnico-giuridico, sono le ragioni della realtà politico-sociale che si oppongono a questa minimalizzazione del diritto penale. Una contrazione del diritto penale equivarrebbe, nella sostanza, ad una riduzione della tutela, in un momento in cui i cambiamenti sociali e tecnologici, al contrario, favoriscono un incremento delle modalità di aggressione a beni giuridici fondamentali¹⁶⁴.

In secondo luogo, perché anche rispetto ai c.d. delitti naturali il mutamento delle condizioni sociali nonché l'accresciuta complessità della realtà indotta anche dal progresso scientifico e dall'innovazione tecnologica potrebbero determinare una ricostruzione della fattispecie incriminatrice diacronicamente diversa.

2.4. Ulteriori obiezioni rispetto ad una tutela individuale dagli effetti retroattivi in malam partem del cambio di interpretazione giurisprudenziale

La non rilevanza sul piano delle garanzie individuali del cambio di ambito applicativo della legge a seguito dell'adozione di una nuova interpretazione della disposizione incriminatrice da parte del giudice è stata sostenuta, sempre nell'ambito di una concezione della legalità come (esclusivo) dominio della legge, anche con ulteriori argomentazioni.

Si può distinguere tra un'obiezione di natura per così dire quantitativa e tre obiezioni attinenti al ruolo della giurisprudenza.

Dal punto di vista quantitativo, è stato sostenuto che la questione appena esposta porrebbe un problema senza pratica rilevanza¹⁶⁵. Il fatto che i cambi di orientamento

¹⁶⁴ Su questi profili, si rinvia necessariamente a C.E. PALIERO, «Minima non curat praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, 145 ss. e 157.

¹⁶⁵ Essenzialmente, H. TRÖNDLE, *Waldshut: Rückwirkungsverbot bei Rechtsprechungswandel? Eine Betrachtung zu einem Scheinproblem der Strafrechtswissenschaft*, in H.-H. JESCHECK, H. LÜTTGER (a cura di), *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag am 29. April 1977*, Berlin-New York, 1977, 123.

giurisprudenziale produttivi di effetti sfavorevoli dovrebbero essere estremamente occasionali in un sistema penale incentrato sulla legge parlamentare farebbe sì che, in sostanza, il problema possa essere accantonato nell'ambito delle questioni irrisolte¹⁶⁶.

L'obiezione dell'insignificanza del problema («Unerheblichkeitseinwand»¹⁶⁷) sembra basarsi essenzialmente su due considerazioni. In primo luogo, e qui il punto è abbastanza scivoloso, si potrebbe pensare che se i casi sono effettivamente rari non ci sia un "problema di espansionismo" del potere giudiziario a danno di quello legislativo. Anzi, in questi pochi casi in cui il fenomeno si verifica il giudice non farebbe altro che rimediare ad una temporanea e contingente mancanza del sistema penale e, in definitiva, non farebbe altro che garantire in quella specifica ipotesi la giustizia sostanziale che l'ordinamento non riuscirebbe altrimenti ad assicurare.

Ben più significativa è la seconda implicita considerazione.

La questione delle tutele dei cittadini rispetto ai cambi di orientamento giurisprudenziale produttivi di effetti sfavorevoli si è sviluppata in un primo momento prevalentemente a seguito dei c.d. Promillefälle¹⁶⁸. In breve, la questione ha riguardato il tasso di concentrazione alcolica nel sangue affinché fosse integrato il

¹⁶⁶ *Contra*, si v. soprattutto le osservazioni di G. ELLSCHEID, W. HASSEMER, *Strafe ohne Vowurf. Bemerkungen zum Grund strafrechtlicher Haftung*, in K. LÜDERSSEN, F. SACK (a cura di), *Seminar: Abweichendes Verhalten II. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität*, vol. I, Frankfurt a.M., 1975, 266 nel senso che il diritto penale non può permettersi di lasciare insolute questioni – come questa – che attengono ai fondamenti del principio di legalità, nonché di U. NEUMANN, *Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte?*, cit., 331 e 333.

¹⁶⁷ Così, M. HETTINGER, A. ENGLÄNDER, *Täterbelastende Rechtsprechungsänderungen im Strafrecht. Zur Reichweite von Art. 103 Abs. 2 GG*, in A. ESER, J. GOYDKE, K.R. MAATZ, D. MEURER (a cura di), *Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Lutz Meyer-Gossner zum 65. Geburtstag*, München, 2001, 153.

¹⁶⁸ Un'ulteriore tipologia di casi in cui si è posto con particolare forza il problema riguarda gli spari al muro di Berlino da parte della polizia di confine della DDR: cfr. M. HETTINGER, A. ENGLÄNDER, *Täterbelastende Rechtsprechungsänderungen im Strafrecht. Zur Reichweite von Art. 103 Abs. 2 GG*, cit., 146. Sulla questione specifica dell'irretroattività della nuova interpretazione, v. D. ZIELINSKI, *Das strikte Rückwirkungsverbot gilt absolut im Rechtssinne auch dann, wenn es nur relativ gilt*, in E. SAMSON, F. DENCKER, P. FRISCH, H. FRISTER, W. REIß (a cura di), *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, Baden-Baden, 1999, 811 e 815. A ben vedere, come si proverà ad argomentare successivamente nel paragrafo dedicato alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, si tratta di casi particolari perché riguardano anche la questione della transizione da un regime autoritario ad uno democratico.

requisito dell'«incapacità assoluta di guidare un veicolo» di cui al § 316 StGB. La Suprema Corte Federale tedesca (BGH) ha sul punto cambiato due volte la sua giurisprudenza. Con una decisione del 1953 il BGH aveva individuato in 1,5 per mille il limite massimo del tasso di concentrazione alcolica ammesso¹⁶⁹. Nel dicembre del 1966 la quarta sezione penale del BGH si pronuncia nel senso che anche un tasso alcolemico superiore a 1,3 per mille è sufficiente¹⁷⁰. Infine, nel giugno del 1990 la stessa corte decide di abbassare ulteriormente il limite al 1,1 per mille¹⁷¹.

In tutti i casi in cui si è verificato un abbassamento della soglia, il nuovo orientamento è stato applicato anche rispetto ai fatti precedentemente verificatisi ed è facile immaginare che i progressivi abbassamenti nell'arco di qualche decennio abbiano prodotto conseguenze sfavorevoli su un numero significativo di soggetti.

In modo totalmente conforme con una concezione legalista della legalità penale, per coloro che hanno sostenuto l'idea dell'insignificanza del problema in questi casi si sarebbe trattato di nient'altro che di un cambio di una regola di giudizio processuale¹⁷². Pertanto, non si pone alcun problema di tutela dei singoli soggetti che

¹⁶⁹ BGHSt 5, 168 (170) (anche in JZ, 1954, 123 ss.): «Der Kraftfahrer ist bei einem Blutalkohol von mehr als 1,5 Promille mit Sicherheit fahruntüchtig».

¹⁷⁰ BGHSt 21, 157 (anche in JZ, 1967, 131 ss.). Particolarmente critico rispetto alla pronuncia W. NAUCKE, *Entsch. Anm. zu OLG Karlsruhe*, in NJW, 1968, 758; ID., *Rückwirkende Senkung der Promillegrenze und Rückwirkungsverbot (Art 103 Abs 2 GG)*, in NJW, 1968, 2321. Si v., sempre nello stesso senso, anche N. GROß, *Über das „Rückwirkungsverbot“ in der strafrechtlichen Rechtsprechung*, in GA, 1971, 13 e W. STRAßBURG, *Rückwirkungsverbot und Änderung der Rechtsprechung im Strafrecht*, in ZStW, 1970, 948. Questa prima decisione, limitata ai conducenti di automobili, è stata successivamente estesa anche ai conducenti di ciclomotori nell'ottobre del 1980: BGHSt 25, 360 (364). In quest'ultimo caso, l'imputato era stato trovato con un tasso alcolico superiore al 1,3 per mille, ma inferiore a 1,4; ciononostante, il nuovo limite più basso gli è stato applicato retroattivamente e pertanto è stato condannato. Infine, con BGHSt 34, 133 il nuovo limite è stato esteso anche ai ciclisti.

¹⁷¹ BGHSt 37, 89 (anche in JZ, 1990, 821 ss.) su cui, in termini critici, O. KONZAK, R. HÜTING, *Eine Blutalkoholkonzentration von 1,1vT als neuer Grenzwert der absoluten Fahrunsicherheit*, in Jura, 1991, 241 e 243.

¹⁷² *Contra*, W. NAUCKE, *Rückwirkende Senkung der Promillegrenze und Rückwirkungsverbot (Art 103 Abs 2 GG)*, cit., 2391 e gli autori richiamati alla nota sopra (N. Groß e W. Straßburg).

– però, nei fatti – subiscono gli effetti sfavorevoli del nuovo orientamento interpretativo¹⁷³.

Rispetto alle obiezioni attinenti al ruolo della giurisprudenza, queste si concentrano essenzialmente su tre profili.

In primo luogo, chi individua nella funzione di prevenzione generale il fondamento del divieto di retroattività sostiene che l'effetto preventivo derivi non dai precedenti giurisprudenziali, che non hanno efficacia normativa vincolante, ma solamente dalla legge¹⁷⁴. Questa obiezione è sostanzialmente corretta nel momento in cui si concepisce la legalità penale in senso tradizionale e, quindi, come dominio esclusivo della legge.

In secondo luogo, è stato scritto che compito della giurisprudenza è quello di decidere retroattivamente singoli casi¹⁷⁵. Ogni sentenza, secondo questa impostazione, sarebbe inevitabilmente retroattiva perché viene sempre pronunciata successivamente al verificarsi del fatto giudicato. Impedire l'effetto retroattivo significherebbe impedire alla giurisprudenza di svolgere il suo compito¹⁷⁶. Sul punto

¹⁷³ Così, per tutti, oltre a H. TRÖNDLE, *Waldshut: Rückwirkungsverbot bei Rechtsprechungswandel? Eine Betrachtung zu einem Scheinproblem der Strafrechtswissenschaft*, in H.-H. JESCHECK, H. LÜTTGER (a cura di), *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag am 29. April 1977*, cit., 119 ss. e anche in H. TRÖNDLE, § 316, in T. FISCHER (a cura di), *Strafgesetzbuch*, 49^a ed., München, 1999, Rn. 6a, anche H. SALGER, *Die Zerstörung des Vertrauens in eine gefestigte Rechtsprechung*, in NZV, 1990, 1 e 4; M. KRAHL, *Fahruntüchtigkeit - Rückwirkende Änderung der Rechtsprechung und Art 103 II GG*, in NJW 1991, 808 s. In questo senso si è orientata anche la seconda camera del secondo senato del BVerfG (BVerfG 23.06.1990 - 2 BvR 752/90, in NStZ, 1990, 537) attivata attraverso un ricorso costituzionale individuale (*Verfassungsbeschwerde*) che lamentava proprio l'applicazione retroattiva delle nuove soglie.

¹⁷⁴ Si v., per tutti, B. SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, cit., 27 s.

¹⁷⁵ H. TRÖNDLE, *Waldshut: Rückwirkungsverbot bei Rechtsprechungswandel? Eine Betrachtung zu einem Scheinproblem der Strafrechtswissenschaft*, in H.-H. JESCHECK, H. LÜTTGER (a cura di), *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag am 29. April 1977*, cit., 125 e 134; B. SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, cit., 28; E. PICKER, *Richterrecht und Richterrechtssetzung - Zu neuen Rechtsbildungsmethoden des Bundesarbeitsgerichts*, in JZ, 1984, 153 e 155; in proposito, nella dottrina italiana, qualche accenno interessante in F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 36.

¹⁷⁶ H. TRÖNDLE, *Waldshut: Rückwirkungsverbot bei Rechtsprechungswandel? Eine Betrachtung zu einem Scheinproblem der Strafrechtswissenschaft*, in H.-H. JESCHECK, H. LÜTTGER (a cura di), *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag am 29. April 1977*, cit., 134. Considerazioni

è sufficiente osservare che la modifica di un orientamento interpretativo sviluppatosi precedentemente al fatto è cosa ben diversa dalla concreta valutazione di un fatto avvenuto – questo sì inevitabilmente – prima della pronuncia.

Infine, per completezza, è stato sostenuto che l'esclusione dell'effetto retroattivo delle nuove interpretazioni giurisprudenziali avrebbe come conseguenza quella di determinare una pietrificazione della giurisprudenza¹⁷⁷. Indipendentemente dalla correttezza o meno dell'obiezione, a ben vedere questa presuppone l'attribuzione alla giurisprudenza di un ruolo diverso rispetto a quello che le è attribuito in un sistema incentrato solamente sulla legge. Per questo motivo sarà oggetto di considerazioni nella parte dedicata al paradigma effettuale della legalità.

critiche sul punto soprattutto in U. NEUMANN, *Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte?*, cit., 336 ss., ma anche più sinteticamente in M. HETTINGER, A. ENGLÄNDER, *Täterbelastende Rechtsprechungsänderungen im Strafrecht*, cit., 156 s.

¹⁷⁷ Così, J. MEYER-LADEWIG, *Der Satz „nulla poena sine lege“ in dogmatischer Sicht*, in MDR, 1962, 262 e 264 che parla di pericolo di «Erstarrung der Rechtsprechung»; anche J. BURMEISTER, *Vertrauensschutz im Prozeßrecht. Ein Beitrag zur Theorie vom Dispositionsschutz des Bürgers bei Änderung des Staatshandelns*, Berlin, 1979, 30: «Pflicht [der Rechtsprechung] zur immerwährenden Kontrolle früherer Rechtserkenntnis aufgrund der ständigen Wechselwirkung zwischen Norm und Lebenssachverhalt».

SEZIONE II

LA RILEVANZA DEI CONTRASTI GIURISPRUDENZIALI SFAVOREVOLI SUL PIANO DELLA COLPEVOLEZZA

3.1. I limiti della soluzione oggettiva e il tentativo di recuperare margini di garanzia per il soggetto sul piano soggettivo

Il contatto del principio di legalità penale inteso in senso illuminista con la realtà dell'ordinamento genera due atteggiamenti di risposta che hanno il medesimo fondamento di base, ma che giungono ad una differente conclusione sul piano garantistico.

Il primo, a cui in parte si è già fatto qualche cenno, è sostanzialmente di denuncia. Così, la legalità penale è trasfigurata da un legislatore inadempiente, da una Corte costituzionale conservatrice e timorosa, da giudici che, nell'esercizio dei loro poteri, sconfinano sempre più nell'arena politica. Alla denuncia della situazione contemporanea corrisponde una pressione a tornare all'idea originaria della legalità.

Il secondo atteggiamento affianca alla denuncia un tentativo di porre rimedio alle ingiustizie più evidenti. Dovendosi rimediare alle mancanze di un modello garantistico che sul piano oggettivo dovrebbe assicurare la massima tutela, l'incremento delle garanzie individuali non potrà che realizzarsi sul piano soggettivo.

In questa prospettiva, in Germania si ricorre al *Vertrauensschutzprinzip* declinato in chiave soggettiva come corollario del principio dello stato di diritto, mentre in Italia si assiste all'affermazione costituzionale del principio di colpevolezza.

3.2. Il principio del Vertrauensschutz come protezione della continuità del diritto nei termini della certezza giuridica soggettiva

Il principio dello stato di diritto, sviluppato soprattutto oltralpe sul finire del secolo XVIII e nel secolo XIX, costituisce uno dei principi fondamentali della Legge

fondamentale tedesca (GG)¹⁷⁸. Obiettivo ultimo del principio, sin dalla sua origine, è quello di proteggere la libertà del cittadino attraverso una limitazione del potere statale.

Senza poter qui affrontare l'evoluzione storica e le molteplici sfaccettature del concetto, rispetto al tema affrontato viene in rilievo la garanzia della sicurezza giuridica come elemento del principio dello stato di diritto affermato all'art. 20, co. 3, GG¹⁷⁹.

A sua volta, il concetto di sicurezza giuridica ricomprende al suo interno più componenti, individuabili in linea di massima nella chiarezza e nella precisione del diritto e nella protezione dell'affidamento. Ciascuno di questi componenti costituisce a sua volta un principio dotato di ampia autonomia e riconoscimento, seppur sempre legato al concetto di stato di diritto come fondamento ultimo.

In breve, gli atti adottati dai tre poteri statali nelle loro più alte istanze, da un lato, devono rispondere ai requisiti della chiarezza e della determinatezza e, dall'altro lato, devono avere una certa stabilità, in modo tale che i cittadini possano fare affidamento su di essi.

Laddove questa affidabilità nell'azione dei poteri pubblici manchi, il cittadino si troverà in una situazione di imprevedibilità e incalcolabilità delle conseguenze delle sue azioni e, in definitiva, percepirà se stesso come l'oggetto di decisioni arbitrarie da parte dei poteri statali¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Cfr. B. GRZESZICK, *Art. 20 GG*, in T. MAUNZ, G. DÜRING, *Grundgesetz Kommentar*, München, 2018, Rn. 1 e 2.

¹⁷⁹ Giurisprudenza consolidata a partire da BVerfGE, 13, 270 (271). V., per tutti, l'approfondito studio di A. ARNAULD, *Rechtssicherheit. Perspektivische Annäherungen an eine idée directrice des Rechts*, Tübingen, 2006, *passim* e in particolare 101 ss., 165 ss. e 661 ss.; tra i commentari della Legge fondamentale tedesca, si segnalano per l'approfondimento che dedicano al tema B. GRZESZICK, *Art. 20 GG*, in T. MAUNZ, G. DÜRING, *Grundgesetz Kommentar*, cit., Rn. 50 ss.; H. SCHULZE-FIELITZ, *Art. 20 (Rechtsstaat)*, in H. DREIER (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, vol. II, Tübingen, 2006, 244 ss.; M. SACHS, *Art. 20*, in M. SACHS (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, München, 2014, 842 ss.; K.-P. SOMMERMAN, *Art. 20 Abs. 3*, in H.V. MANGOLD, F. KLEIN, C. STARCK, *Bonner Grundgesetz Kommentar*, vol. II, München, 2000, 138 ss.

¹⁸⁰ Cfr. B. GRZESZICK, *Art. 20 GG*, in T. MAUNZ, G. DÜRING, *Grundgesetz Kommentar*, cit., Rn. 50.

Andando più a fondo, l'affidamento del cittadino è tutelato attraverso il *Vertrauensschutzprinzip*, ovvero il principio di protezione dell'affidamento. Con le parole del *Bundesverfassungsgericht*, «tra gli elementi essenziali dello stato di diritto c'è la certezza del diritto» e «per il cittadino certezza del diritto significa innanzitutto tutela del legittimo affidamento»¹⁸¹.

Il *Vertrauensschutzprinzip* è tradizionalmente ricostruito in termini psicologico-soggettivi¹⁸² e non è esclusivo della materia penale. Anzi, si pone come requisito che contraddistingue tutte le aree dell'ordinamento giuridico e, soprattutto, che opera rispetto a tutti e tre i poteri statali¹⁸³. Pertanto, come principio costituzionale limita il potere statale esecutivo, legislativo e giudiziario a favore del cittadino.

Accanto ad un nucleo comune, è possibile distinguere il concreto manifestarsi del principio della protezione dell'affidamento a seconda del potere statale coinvolto¹⁸⁴.

Con riferimento al primo profilo, il nucleo comune, paiono essere fondamentalmente quattro gli elementi che consentono al singolo di poter invocare la tutela del principio.

In estrema sintesi, il punto di partenza perché possa esservi un affidamento è l'esistenza di un atto adottato da uno dei tre poteri nella sua istanza più elevata (c.d. *Vertrauensgrundlage*). Così, esemplificando, un singolo cittadino potrà invocare la tutela del legittimo affidamento generato da un determinato quadro giuridico –

¹⁸¹ Così, BVerfGE 13, 261 (271), ma anche BVerfGE 45, 142 (167 s.).

¹⁸² Sul punto bastino i lavori di K.-A. SCHWARZ, *Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip. Eine Analyse des nationalen Rechts, des Gemeinschaftsrechts und der Beziehungen zwischen beiden Rechtskreisen*, Baden-Baden, 2002, 258 ss. e *passim* in tutta la prima parte; B. PIEROTH, *Rückwirkung und Übergangsrecht. Verfassungsrechtliche Maßstäbe für intertemporale Gesetzgebung*, Berlin, 1981, 118 ss.; A. ARNAULD, *Rechtssicherheit. Perspektivische Annäherungen an eine idée directrice des Rechts*, cit., 150 ss.

¹⁸³ Rispetto al giudiziario, in particolare, v. B. WEBER-DÜRLER, *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*, Basel-Frankfurt a.M., 1983, 234 ss.

¹⁸⁴ In particolare, v. H. MAURER, *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*, in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (a cura di), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. IV, cit., § 79, Rn. 17 ss., 86 ss. e, infine, 134 ss. rispetto specificamente alla giurisprudenza; più sinteticamente, B. GRZESZICK, *Art. 20 GG*, in T. MAUNZ, G. DÜRING, *Grundgesetz Kommentar*, München, 2018, Rn. 70 ss., 95 ss. e 101 ss. rispettivamente.

introdotto, in ipotesi, in via legislativa – rispetto al quale ha adeguato la sua condotta, ma che lo stato ritiene di non rispettare più¹⁸⁵.

In secondo luogo, dal punto di vista fattuale, è necessario che il soggetto conoscesse l'atto che costituisce il presupposto dell'affidamento (c.d. *Kenntnis von der Vertrauensgrundlage*). In questo modo, adottando un criterio soggettivo-psicologico, il numero di potenziali beneficiari del principio viene significativamente ridotto. Si pensi ad una legge come atto presupposto dell'affidamento: il principio tutelerà in ipotesi solo coloro che avessero effettiva conoscenza non solo dell'esistenza, ma anche del contenuto della legge, quanto meno nei suoi elementi principali rispetto alla condotta tenuta e che hanno generato l'affidamento¹⁸⁶.

È necessario, inoltre, che il soggetto abbia manifestato verso l'esterno il suo affidamento nell'atto presupposto (c.d. *Vertrauensbetätigung*). Questo terzo elemento è in un certo senso collegato con il precedente e, escludendo la rilevanza dell'affidamento meramente interiore, contribuisce a ridurre ulteriormente il numero dei possibili beneficiari della tutela.

Infine, l'affidamento deve essere degno di essere protetto (c.d. *Schutzwürdigkeit des Vertrauens*). Si tratta di un criterio di carattere normativo, che consente di ricondurre ad unità l'eventuale conflitto tra gli aspetti formali e quelli sostanziali del principio dello stato di diritto¹⁸⁷. La garanzia formale della sicurezza giuridica viene in questo modo bilanciata con il requisito sostanziale della legalità dell'atto¹⁸⁸.

¹⁸⁵ Cfr., anche rispetto agli altri tre requisiti, B. WEBER-DÜRLER, *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*, cit., 8 e 79 ss.

¹⁸⁶ *Contra* rispetto alla dottrina maggioritaria e nel senso che rispetto alle leggi e ai precedenti si potrebbe avere una presunzione di conoscenza, W. GRUNSKY, *Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung*, Karlsruhe, 1970, 26 s.; B. HAFFKE, *Das Rückwirkungsverbot des Art. 103 II GG bei Änderung der Rechtsprechung zum materiellen Recht. Zugleich ein Beitrag zum Problem des Strafbarkeitsbewußtseins*, Göttingen, 1970, 122; H.-L. SCHREIBER, *Rückwirkungsverbot bei einer Änderung der Rechtsprechung im Strafrecht?*, in JZ, 1973, 22, 717 s. A ben vedere, in questo modo cambia l'impostazione di fondo del principio: da psicologico-soggettiva a oggettiva.

¹⁸⁷ Sul punto, in particolare, E. LORÉ, *Aspekte des Vertrauensschutzes im Strafrecht*, Frankfurt a.M., 1996, 228 s.

¹⁸⁸ Cfr. A. ARNAULD, *Rechtssicherheit. Perspektivische Annäherungen an eine idée directrice des Rechts*, cit., 637 ss.

A ben vedere, l'elemento della meritevolezza dell'affidamento agisce nelle forme di un esame di proporzionalità tra certezza giuridica e giustizia del caso concreto, costituendo un ulteriore limite all'ambito di applicazione del principio.

Con riferimento al secondo profilo, ovvero al concreto manifestarsi del principio rispetto ai singoli poteri dello stato, viene evidentemente in rilievo soprattutto la sua applicazione nei confronti del potere giudiziario.

Così, l'affidamento del cittadino nell'azione di quest'ultimo potere viene leso nel momento in cui si verifica un cambio di interpretazione giurisprudenziale produttivo di effetti sfavorevoli e operante anche per il passato. La situazione, in questi casi, per quanto riguarda la tutela dell'affidamento del singolo, non è molto diversa dagli effetti determinati da un mutamento retroattivo della legge¹⁸⁹.

In linea di principio, la tutela assicurata dal *Vertrauenschutzprinzip* riguarda, come già anticipato, non solo i contrasti giurisprudenziali in materia penale, ma anche in genere in tutte le altre aree del diritto¹⁹⁰.

Concentrando l'attenzione solo sulla tutela dell'affidamento menomato da un contrasto giurisprudenziale verificatosi nell'ambito del diritto penale, dall'interpretazione in termini soggettivo-psicologici del principio – e quindi come tutela del singolo rispetto a conseguenze penali del suo comportamento non prevedibili al momento del fatto – deriva che l'ambito di tutela assicurato dal principio subisce notevoli restrizioni.

¹⁸⁹ Favorevoli al ricorso al principio della tutela dell'affidamento per evitare l'applicazione retroattiva di un nuovo orientamento interpretativo sviluppatosi in seno alla giurisprudenza di legittimità: G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, cit., 386 ss. e 392; W. GRUNSKY, *Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung*, cit., 10 ss.; K. TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts*, Tübingen, 1969, 206; F. MATTIL, *Zeit und materielles Strafrecht*, in GA, 1965, 129 e 139 s.; H. MÜLLER-DIETZ, *Verfassungsbeschwerde und richterliche Tatbestandsauslegung im Strafrecht*, in F.-C. SCHROEDER, H. ZIPF (a cura di), *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, 1972, 46.

¹⁹⁰ Il rapporto tra *Vertrauenschutzprinzip* e mutamenti giurisprudenziali è stato ed è oggetto di studio, ancora prima che in penale, soprattutto in civile; si v. recentemente l'interessante lavoro di U. KEIL, *Die Systematik privatrechtlicher Rechtsprechungsänderungen*, Tübingen, 2007, *passim* e 239 ss. in particolare.

Mentre, da un lato, il requisito dell'esistenza di un atto adottato dal potere giudiziario nella sua massima istanza non pone eccessivi problemi identificandosi essenzialmente in una pronuncia o in una giurisprudenza consolidata¹⁹¹ della Suprema Corte Federale tedesca¹⁹², dall'altro lato ben più significativi sono i limiti introdotti dal requisito fattuale della prova dell'effettivo affidamento nonché da quello normativo della meritevolezza della tutela.

¹⁹¹ Da ultimo, A.H. ALBRECHT, *Überlegungen zur Behandlung gesetzsergänzender Rechtsprechung*, in W. DEGENER, M. HEGHMANN (a cura di), *Festschrift für Friedrich Dencker zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 2012, 1 ss., 13 «In diesem Fall ist das Vertrauen des Bürgers konkretisiert: die Rechtsprechung bietet ihm eine Leitlinie, auf die er vertrauen darf». Anche C. BITTNER, *Höchstrichterliche Ankündigungsrechtsprechung*, in JZ, 2013, 645 s. e M. HETTINGER, A. ENGLÄNDER, *Täterbelastende Rechtsprechungsänderungen im Strafrecht. Zur Reichweite von Art. 103 Abs. 2 GG*, cit., 145 ss., 152

¹⁹² La cautela è d'obbligo, ma al tempo stesso la ragionevole non problematicità del problema è anche dovuta alla sostanziale differenza del quadro sistematico rispetto a quello italiano. Mentre in quest'ultimo caso è nota la relativamente diffusa presenza di contrasti sincronici tra – per quanto qui interessa – le sezioni della Corte di cassazione, contrasti che spesso rendono complessa l'individuazione di una giurisprudenza consolidata, tanto che si fa spesso riferimento al c.d. paradosso del sorite (O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in M. BERTOLINO, L. EUSEBI, G. FORTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 2233; ID., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in Riv. trim. dir. pen. cont., 2013, 166), la situazione tedesca è notoriamente diversa, facendo registrare una situazione di generale coerenza nella giurisprudenza di legittimità. Nonostante quanto qui affermato, si v. sulla problematicità (ma soprattutto in linea teorica) del concetto di giurisprudenza consolidata H. TRÖNDLE, *Waldshut: Rückwirkungsverbot bei Rechtsprechungswandel? Eine Betrachtung zu einem Scheinproblem der Strafrechtswissenschaft*, in H.-H. JESCHECK, H. LÜTTGER (a cura di), *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag*, cit., 117 ss, 128 ss., 130: «Wie viele (veröffentlichte?) Entscheidungen sind notwendig damit eine Rechtsprechung "gefestigt" ist?»; T. FISCHER, *Strafbarer Gefährdungsschaden oder strafloser Untreueversuch. Zur Bestimmtheit der Untreue-Rechtsprechung*, in StV, 2010, 95 ss.; W. GRUNSKY, *Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung*, cit., 7 s.; J. VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin, 1993, 313 ss., 326 ss. Favorevole a superare il concetto di «giurisprudenza consolidata» attraverso il passaggio dall'idea del mutamento di giurisprudenza a quella di mutamento della rilevanza penale («Änderung von Strafunrecht») determinata dalla nuova decisione della giurisprudenza A. LEITE, *Grund und Grenzen eines Rückwirkungsverbots bei täterbelastenden Rechtsprechungsänderungen im Strafrecht. Für ein Rückwirkungsverbot bei "strafrechtskonstituierender Rechtsprechung"*, in GA, 2014, 237. Sul punto, da ultimo, le fondate perplessità sul criterio di O. GARCÍA PÉREZ, *El principio de legalidad y el valor de la jurisprudencia*, in InDret, 2018, 39, n. 158.

In primo luogo, il tentativo di assicurare una tutela rispetto ai mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli – si pensi a quanto accaduto nei casi di abbassamento della soglia del tasso alcolico rispetto al requisito dell'«incapacità assoluta di guidare un veicolo»¹⁹³ - è fortemente limitato dalla difficoltà, sul piano probatorio, di dimostrare l'effettivo affidamento nella giurisprudenza.

In secondo luogo e soprattutto, il requisito della dignità di protezione dell'affidamento fa rientrare nel giudizio elementi e criteri di valutazione morali, che rendono molto dubbia la possibilità di un reale effetto di tutela¹⁹⁴. Peraltro, il risultato non pare molto diverso neppure nel caso in cui si ricostruisca il requisito in termini giuridici. Ammesso che il cittadino modello possa essere effettivamente individuato nel soggetto che si informa costantemente sulla giurisprudenza di grado più elevato – e già questo modello di riferimento introduce un criterio di valutazione tutt'altro che scontato nella realtà –, lo stesso cittadino modello dovrà poi anche adeguare questa giurisprudenza ai cambiamenti sociali che si verificano nel frattempo.

In definitiva, con il requisito della meritevolezza della tutela dell'affidamento si chiede al singolo non solo di conoscere la giurisprudenza, ma anche di prevederne eventuali cambiamenti indotti dal mutamento della società e di astenersi da tutti quei comportamenti che, sulla base di questa previsione, potrebbero in futuro essere dichiarati penalmente rilevanti con effetto (in questa prospettiva solo formalmente, ma non sostanzialmente) retroattivo.

Così, risulta particolarmente chiaro il collegamento della concezione soggettivo-psicologica del *Vertrauenschutzprinzip* con una funzione della pena ricostruita prevalentemente in termini di prevenzione generale positiva¹⁹⁵.

¹⁹³ Su cui si è detto sopra al Cap. III, Sez. I, § 2.4.

¹⁹⁴ Cfr. H. TRÖNDLE, § 2, in H.-H. JESCHECK e al., *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, vol. 1, 10^a ed., Berlin, 1985, Rn. 23; B. SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, cit., 16 e 26.

¹⁹⁵ E. LORÉ, *Aspekte des Vertrauensschutzes im Strafrecht*, cit., 59; T.-Y. HA, *Belastende Rechtsprechungsänderungen und die positive Generalprävention*, Köln, 2000, 1 ss. e 215 ss.

3.3. Riconoscibilità e rimproverabilità come due chiavi di lettura di Corte costituzionale n. 364 del 1988

L'idea di una protezione dell'affidamento del cittadino come limite rispetto al potere statale di punire è alla base, almeno nelle movenze argomentative, della nota sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988 con la quale è stata dichiarata la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 5 c.p.¹⁹⁶.

Il passaggio dall'eccessivo rigore dell'art. 5 c.p. nella sua formulazione originaria, che prevedeva l'irrelevanza (assoluta) dell'ignoranza della legge penale¹⁹⁷, alla nuova formulazione ancora oggi in vigore, passaggio mediato dalla giurisprudenza della c.d. buona fede nelle contravvenzioni¹⁹⁸ nonché da un progressivo superamento del

¹⁹⁶ Si può leggere in Riv. it. dir. proc. pen., 1988, 686 ss. con nota di D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*. Sulla pronuncia, oltre agli scritti richiamati alle note seguenti, si v. i contributi di F.C. PALAZZO, *Colpevolezza ed ignorantia legis nel sistema italiano: un binomio in evoluzione*, in *Scritti in memoria di Renato Dell'Andro*, vol. II, Bari, 1994, 680 s. e 688 ss., nonché di G. AZZALI, *La conoscenza della legge penale nella Costituzione della Repubblica*, in M.C. BASSIUNI, A.R. LATAGLIATA, A.M. STILE (a cura di), *Studi in onore di Giuliano Vassalli*, Milano, 1991, 123 ss. in particolare.

¹⁹⁷ L'illegittimità costituzionale del principio *ignorantia legis non excusat* era stata argomentata prima della pronuncia da F. PALAZZO, *Il problema dell'ignoranza della legge penale nelle prospettive di riforma*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1975, 777 ss. contestualmente alla precedente pronuncia della Corte sul tema (Corte cost. 25 marzo 1975, n. 74, in Foro it., 1975, I, 1323), che al contrario aveva dichiarato infondata l'eccezione di illegittimità costituzionale sollevata facendo riferimento (solo) agli art. 2 e 25, co. 2, della Costituzione, nonché da F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in Noviss. dig. it., XIX, 54. In termini più sintetici, si v. anche D. PULITANÒ, *Il principio di colpevolezza e il progetto di riforma penale*, in Jus, 1974, 506 e, in nota a due sentenze, E. MUSCO, *Coscienza dell'illecito, colpevolezza ed irretroattività*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1982, 789.

¹⁹⁸ Su cui sia sufficiente il rinvio a G. FORNASARI, *Buona fede e delitti: limiti normativi dell'art. 5 c.p. e criteri di concretizzazione*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1987, 449 ss. in nota ad una pronuncia con cui si è estesa l'applicazione della buona fede anche ad una fattispecie delittuosa prevista nella normativa in tema di armi; M. DONINI, *Il delitto contravvenzionale. «Culpa iuris» e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, Milano, 1993, *passim*; D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, 427 ss.; più recentemente, A. VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, 2003, 292 ss.

principio dell'*ignorantia legis non excusat* a livello europeo¹⁹⁹, si ha attraverso l'affermazione costituzionale del principio di colpevolezza²⁰⁰.

Così, dichiarando che «l'ignoranza della legge penale non scusa, tranne che si tratti di ignoranza inevitabile»²⁰¹, la Corte ricostruisce l'art. 5 c.p. in chiave scusante. La coscienza dell'antigiuridicità del fatto e la possibilità di acquisirla diventano elementi della colpevolezza. Sul modello di quanto avvenuto in Germania con la riforma nel 1975 del § 17 StGB, si assiste al trionfo della teoria della colpevolezza (*Schuldtheorie*)²⁰², per la quale al fine del rimprovero e come elemento della colpevolezza è sufficiente la possibilità di conoscere la legge, a scapito di quella del dolo (*Vorsatztheorie*), ove invece la coscienza dell'antigiuridicità costituisce elemento del dolo accanto alla rappresentazione e volizione²⁰³.

¹⁹⁹ Naturalmente il riferimento è in primo luogo alla celebre sentenza delle Sezioni unite (Großer Senat für Strafsachen) della Suprema Corte Federale tedesca del 18 marzo 1952, su cui per tutti, in lingua italiana, H.-H. JESCHECK, *L'errore di diritto nel diritto penale tedesco e italiano*, in *Indice pen.*, 1988, 189 ss., nonché l'approfondita ricostruzione di A. VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, 2003, 257 ss. Si v. anche gli ulteriori riferimenti alle vicende di riforma legislativa spagnola e portoghese in F. MANTOVANI, *Ignorantia legis scusabile ed inexcusabile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 380; brevemente rispetto alle riforme attuate in Svizzera, Austria, Germania, Ungheria, Portogallo e Spagna, v. G. VASSALLI, *L'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale come causa generale di esclusione della colpevolezza*, in *Giur. cost.*, 1988, 3 ss. Cfr., infine, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, cit., 103 s.

²⁰⁰ Ribadita dalla stessa Corte successivamente anche con la sentenza n. 1085 del 1988, § 5, nonché – sempre in questa prospettiva – anche nella più recente sentenza n. 322 del 2007, § 2.3.

²⁰¹ Corte cost. n. 364 del 1988, cit., § 28.

²⁰² Sostenuta nella dottrina italiana soprattutto da D. PULITANÒ, voce *Ignoranza della legge (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, I, Milano, 1997, 614 ss.

²⁰³ In generale, su entrambe le posizioni, cfr. W. NAUCKE, *Staatstheorie und Verbotsirrtum*, in B. SCHÜNEMANN, H. ACHENBACH, W. BOTKE, B. HAFFKE, H.-J. RUDOLPHI (a cura di), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin-New York, 2001, 503 ss. e, più brevemente, U. NEUMANN, § 17 StGB *Verbotsirrtum*, in U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN, A.-U. PAEFFGEN (a cura di), *Strafgesetzbuch*, 5ª ed., 2017, Rn. 1. Per una ricostruzione delle due posizioni e delle rispettive argomentazioni, v. B. ZABEL, *Aktuelle Begründungs- und Anwendungsprobleme in der Dogmatik zu § 17 StGB*, in *GA*, 2008, 33 ss. Sulla teoria del dolo, sostenuta soprattutto da E. Schmidhäuser in vari lavori tra cui ID., *Illusionen in der Normentheorie und das Adressatenproblem im Strafrecht*, in *JZ*, 1989, 424 s., v. L. KUHLEN, *Die Unterscheidung von vorsatzausschliessendem und nichtvorsatzausschliessendem Irrtum*, 1987, 275 ss.

La combinazione in particolare degli artt. 27, co. 1 e 2, 25, co. 2, 2 e 3 della Costituzione – è noto – consente alla Corte di elaborare il principio di (ri)conoscibilità della legge penale da parte del cittadino²⁰⁴. Da un lato, il primo comma dell'art. 27 Cost., affermando la personalità della responsabilità penale, richiede la possibilità di individuare nell'agente una rimproverabilità soggettiva per il fatto commesso; dall'altro lato, l'affermazione della finalità rieducativa della pena al terzo comma dello stesso articolo fa sì che la sanzione penale abbia un senso solamente qualora il fatto sia in qualche modo rimproverabile all'agente, venendo meno altrimenti il bisogno di rieducazione.

Questa prima "anima" della motivazione, orientata sul piano della colpevolezza, è collegata successivamente con quella incentrata in termini di conoscibilità oggettiva: i «principi di tassatività e di irretroattività delle norme penali incriminatrici, nell'aggiungere altri contenuti al sistema delle fonti delle norme penali, evidenziano che il legislatore costituzionale intende garantire ai cittadini, attraverso la "possibilità" di conoscenza delle stesse norme, la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d'azione» e, ancora, «che, nel quadro dello "Stato di diritto", anche il principio di riserva di legge e gli altri precedentemente indicati, sono espressione della contropartita (d'origine contrattualistica) che lo Stato offre in cambio [...] dell'obbligatorietà della legge penale: lo Stato assicura i cittadini che non li punirà senza preventivamente informarli su ciò che è vietato o comandato [...]»²⁰⁵.

Concludono il quadro, anche se in realtà si pongono alla base dell'intera – per così dire – nuova impalcatura costituzionale in tema di garanzia della conoscibilità della

in particolare. Si v. anche M. DONINI, *Il delitto contravvenzionale. «Culpa iuris» e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, cit., 7 ss.

²⁰⁴ Sul punto, fondamentale il lavoro di G. DE FRANCESCO, *Il principio della personalità della responsabilità penale nel quadro delle scelte di criminalizzazione. Suggestioni teleologiche ed esigenze politico-criminali nella ricostruzione dei presupposti costituzionali di «riconoscibilità» dell'illecito penale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1996, passim e 32 ss. soprattutto. Sulla sentenza anche M. DONINI, voce *Teoria del reato*, in Dig. disc. pen., XIV, Torino, 1999, 277 e prima F. PALAZZO, voce *Ignoranza della legge penale*, in Dig. disc. pen., III, Torino, 1992, 124. Da ultimo, volendo, per una ricostruzione dell'intera tematica M. LANZI, *Error iuris e sistema penale. Attualità e prospettive*, Torino, 2018, 49 ss.

²⁰⁵ Corte cost. n. 364 del 1988, cit., § 16.

legge penale, gli artt. 2 e 3 Cost. Nel rapporto tra stato e cittadino, sempre sul piano delle moventi argomentative della sentenza, è la persona umana che acquista una posizione di centralità. Diversamente, «far sorgere l'obbligo giuridico di non commettere il fatto penalmente sanzionato senza alcun riferimento alla consapevolezza dell'agente, considerare violato lo stesso obbligo senza dare alcun rilievo alla conoscenza od ignoranza della legge penale [...] equivale [...] a strumentalizzare la persona umana, facendola retrocedere dalla posizione prioritaria che essa occupa e deve occupare nella scala dei valori costituzionalmente tutelati»²⁰⁶.

In una prospettiva prettamente contrattualistica²⁰⁷, lo stato deve rendere conoscibili al cittadino le norme penali e il cittadino deve adempiere agli obblighi di informazione.

La diversità di piani delle differenti norme costituzionali sulla base delle quali è stata fondata la dichiarazione di parziale incostituzionalità si manifesta bene laddove si afferma che «“prima” del rapporto tra soggetto e “singola” legge penale [piano della colpevolezza], esiste un ben definito rapporto tra ordinamento e soggetto “obbligato” a non violare le norme [piano della legalità], dal quale ultimo rapporto il primo è necessariamente condizionato»²⁰⁸.

La Corte sembra in più punti propendere per quest'ultimo piano ribadendo più volte il fondamentale principio che il cittadino sia tutelato a fronte dell'oggettiva impossibilità di conoscenza del precetto²⁰⁹. Ma, a ben vedere, prima ancora che sul piano dei risultati della pronuncia e cioè nel momento in cui vengono individuati i parametri in base ai quali stabilire quando l'ignoranza della legge sia inevitabile, è già sul piano argomentativo che si assiste allo spostamento della garanzia della libertà di autodeterminazione dalla legalità alla colpevolezza²¹⁰.

²⁰⁶ *Ivi*, § 25.

²⁰⁷ *Ivi*, § 16. Cfr. anche A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., 58 s. che argomenta una comunanza di pensiero tra l'idea alla base della pronuncia e quella dell'illuminista Beccaria.

²⁰⁸ Corte cost. n. 364 del 1988, § 17.

²⁰⁹ *Ivi*, §§ 16, 17 e 18.

²¹⁰ Criticamente su questa tendenza L. STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1988, 1323 ss. In termini

I binomi conoscibilità-riconoscibilità, ignoranza-errore, ammonizione-rimprovero, rieducazione-deterrenza sono i binari lungo i quali si muove questa alternativa.

Se rispetto al primo si è già scritto che la Corte propende per la riconoscibilità, pur lasciando trasparire in più punti le sue preoccupazioni dovute anche alla circostanza che – come afferma - «l'assoluta, "illuministica" certezza della legge sempre più si dimostra assai vicina al mito»²¹¹, anche rispetto agli altri binomi la soluzione in definitiva propende verso il secondo termine.

Di fatto, con la nuova impostazione l'errore ingloba l'ignoranza, pur trattandosi di fenomeni ben diversi. Nel secondo caso – l'ignoranza – l'agente non sospetta dell'illiceità del suo agire, mentre nel primo caso – l'errore – il medesimo soggetto si è posto il dubbio circa l'illiceità e lo ha risolto erroneamente nel senso della liceità del comportamento²¹².

La rimproverabilità, che non è altro che la formulazione in negativo della meritevolezza di tutela dell'affidamento come elemento del *Vertrauensschutzprinzip*, è in sostanza il valore che deve essere bilanciato rispetto alla difficoltà di (ri)conoscere il precetto penale. E questo elemento è strettamente collegato con il quarto binomio: se, da un lato, la Corte nega che sia possibile «strumentalizzare la persona umana a fini di pura deterrenza»²¹³, dall'altro lato la violazione dei doveri di solidarietà sociale impone che sia chiamato «a rispondere penalmente anche chi lede [gli interessi dell'altrui persona umana] non conoscendone positivamente la tutela giuridica»²¹⁴.

favorevoli, individuando il principio di colpevolezza come secondo aspetto di quello di legalità, da ultimo D. PULITANÒ, *Diritto penale e tecniche interpretative: l'interpretazione conforme a Costituzione e il ruolo 'creativo' del giudice*, in I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Milano, 2017, 66 s. Si v. anche G. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, cit., 322 che pone in rilievo il richiamo all'art. 25, co. 2, Cost. da parte della pronuncia, ma che riconosce la sua operatività in misura ridotta dovendo "fare i conti" con la colpevolezza.

²¹¹ Corte cost. n. 364 del 1988, § 18.

²¹² Cfr. sul punto, in termini critici, L. STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, cit., 1329.

²¹³ Corte cost. n. 364 del 1988, § 14.

²¹⁴ *Ivi*, § 18.

Ragionevoli preoccupazioni di politica criminale²¹⁵ hanno in definitiva finito per influenzare e almeno in parte attenuare le affermazioni di principio²¹⁶.

3.4. La declinazione in chiave soggettiva anche dei criteri oggettivi di inevitabilità dell'ignoranza

Individuato sul piano costituzionale nel principio di colpevolezza il fondamento della “nuova disciplina” della scusabilità dell'*ignorantia legis* inevitabile, la Corte costituzionale individua tre categorie di ipotesi di errore sul precetto che, in teoria, potrebbero determinarne l'inevitabilità. In ordine decrescente per intensità, i criteri oggettivi puri, quelli misti e, infine, quelli soggettivi puri. Esclusa da parte dei giudici costituzionali la rilevanza di questi ultimi al fine del giudizio di inevitabilità *ex art. 5 c.p.*, vengono qui in rilievo innanzitutto i criteri oggettivi puri. Si tratta dell'assoluta oscurità del testo legislativo da un lato e del gravemente caotico atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari dall'altro lato²¹⁷.

L'ignoranza inevitabile discende in queste due ipotesi dalla violazione da parte dello stato del dovere di rendere riconoscibili i contenuti delle norme penali. È chiaro che, in linea di principio, si tratta di situazioni di impossibilità di conoscere la legge penale che valgono in termini generali, rispetto a tutti i consociati²¹⁸.

La Corte fa entrare in frizione la nuova declinazione in chiave costituzionalmente orientata dell'errore sul precetto con i tratti pertinenti dell'ordinamento penale – per

²¹⁵ Sulle ragioni politico-criminali che stanno alla base della teoria della colpevolezza si v., per tutti, G. MARINUCCI, *Finalismo, responsabilità oggettiva, oggetto e struttura del dolo*, in S. MOCCIA (a cura di), *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, Napoli, 2007, 193.

²¹⁶ Si v., recentemente, M. DONINI, *Personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza. Una “resa dei conti” con la prevenzione generale*, in Riv. it. dir. proc. pen, 2018, 1597 e 1602, per il quale «la scusabilità degli errori di diritto penale [è stata] gestita in nome della prevenzione generale, sotto le mentite spoglie della colpevolezza [...]». Per la verità, l'Autore fa seguire alla frase un punto di domanda, ma già al passaggio successivo è chiaro che la formulazione in modo interrogativo lascia in realtà pochi dubbi sulla sua risposta: «[q]uesto sospetto si è andato trasformando in convinzione profonda col passare del tempo.»

²¹⁷ Corte cost. n. 364 del 1988, § 27. In particolare, sul punto, si v. F. MANTOVANI, *Ignorantia legis scusabile e inexcusabile*, cit., 390 s.

²¹⁸ Per tutti, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, cit., 111 s.

così dire – reale. E questi ultimi sono essenzialmente tre: l'eccessiva proliferazione delle fattispecie penali e l'insufficiente precisione di queste ultime, nonché la diffusa presenza di incertezze giurisprudenziali, solo talvolta conseguenza dell'indeterminatezza delle disposizioni stesse²¹⁹.

A rigore, entrambi i criteri oggettivi puri devono ricondursi non tanto ad una violazione del principio di colpevolezza, ma soprattutto e ancor prima a quello di legalità *ex art. 25, co. 2, della Costituzione*. Scontato l'irrimediabile contrasto con la legalità penale costituzionale della disposizione incriminatrice assolutamente oscura, più problematica è a prima vista l'individuazione del limite di tollerabilità dell'incertezza giurisprudenziale. Ma il parametro individuato dalla Corte - «il gravemente caotico atteggiamento interpretativo» - fa propendere anche in questo caso per una carenza di tassatività della disposizione penale²²⁰.

Nella concezione tradizionale della legalità – ma a ben vedere anche in quella effettuale, se non fosse che in quest'ultima la patologica situazione di contrasto e di conseguente incertezza interpretativa dovrebbe essere prevenuta o quantomeno fortemente ridotta da una qualche vincolatività di una pronuncia qualificata – la patologica incertezza giurisprudenziale è la conseguenza di un vizio, a monte, di illegittimità costituzionale della disposizione stessa.

Ed è qui che la frizione con i caratteri reali del “sistema penale” determina una declinazione in chiave prettamente soggettiva di vizi teoricamente di natura oggettiva: «la spersonalizzazione che un giudizio formulato alla stregua di criteri oggettivi puri necessariamente comporta va [...] compensata [...] dall'esame di eventuali, particolari conoscenze ed “abilità” possedute dal singolo agente: queste ultime, consentendo all'autore del reato di cogliere i contenuti ed il significato determinativo della legge penale escludono che l'ignoranza della legge penale vada qualificata come inevitabile»²²¹.

²¹⁹ Cfr. L. STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, cit., 1318 s.

²²⁰ Cfr. L. STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, cit., 1322, ma si vedano anche le osservazioni a circa otto anni dalla sentenza di F. MUCCIARELLI, *Errore e dubbio dopo la sentenza della Corte Costituzionale 364/1988*, cit., 259 ss.

²²¹ Corte cost. n. 364 del 1988, § 27.

A tal proposito, è stato ben osservato che «in queste ipotesi il problema della rilevanza agli effetti della colpevolezza dell'ignoranza o dell'errore di diritto non dovrebbe teoricamente porsi dato che è la stessa qualificazione giuridico penale del fatto che non è fondata; che ciò derivi dall'illegittimità costituzionale della norma o dalla totale inaccettabilità dell'interpretazione giurisprudenziale su cui si basa poco muta: pur sempre è in gioco la previsione del comportamento come reato e quindi un *prius* rispetto a qualsiasi indagine sulla colpevolezza»²²².

Anticipando alcune conclusioni che confidiamo di adeguatamente motivare, è qui che pare manifestarsi una prima – per così dire – anomalia del paradigma legalista della legalità.

Il c.d. diritto giurisprudenziale, che dovrebbe avere un ruolo “scarso” o addirittura nullo, può trasformare una disposizione ritenuta congenitamente determinata in una norma impossibile da (ri)conoscere. Come questo non si ponga in contrasto con il principio costituzionale di legalità in una concezione della stessa in termini tradizionali e dell'interpretazione in termini dichiarativi è difficile da comprendere. Ma, al tempo stesso, ritenere il contrario significherebbe addossare alla Corte costituzionale l'onere di dichiarare l'illegittimità costituzionale per carenza di determinatezza di numerose disposizioni, se non di interi settori della legislazione penale.

Tra i criteri di inevitabilità dell'ignoranza del precetto che la Corte denomina misti e quindi oggettivi-soggettivi – come in definitiva, però, finiscono per essere nei risultati anche quelli c.d. oggettivi puri – viene in rilievo ai fini del nostro tema in particolare quello dell'esistenza di «precedenti, varie assoluzioni dell'agente per lo stesso fatto»²²³.

²²² Così L. STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, cit., 1323, che fu il primo a mettere in guardia rispetto a questi rischi e alle possibili conseguenze del principio affermato dalla Corte. Critico sulla sentenza, ma per ragioni diverse, basate fondamentalmente sull'idea che si sia assistito ad una rinuncia ai principi-guida di una legislazione penale di impostazione illuminista, L. FERRAJOLI, *Quattro proposte di riforma delle pene*, in G. BORRÈ, G. PALOMBARINI (a cura), *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, Milano, 1998, 50.

²²³ Corte cost. n. 364 del 1988, § 27; sul punto, si v. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, cit., 114 e 116.

Anche in questo caso, la Corte ha cura di specificare – e in questi termini si può parlare di lato soggettivo del criterio – che «ancora una volta, la spersonalizzazione del giudizio va compensata dall'indagine attinente alla particolare posizione del singolo agente che, in generale, ma soprattutto quando eventualmente possedga specifiche “cognizioni” [...] è tenuto a “controllare” le informazioni ricevute»²²⁴.

Se non che, anche in questo caso, emergono almeno due perplessità. In un modello tradizionale della legalità penalistica, dove la legge deve esaurire la precisa indicazione (anche per il comune cittadino) dell'ambito di rilevanza penale di un comportamento, quali specifiche competenze ulteriori può possedere il cittadino rispetto al giudice – soggetto alla legge e tenuta ad applicarla correttamente – che lo ha precedentemente e per più volte assolto?

Ma anche l'estensione non solo rispetto agli atti adottati dagli organi della pubblica amministrazione, ma anche rispetto a quelli adottati dal potere giudiziario in sede giudicante dell'onere per cittadino di «“controllare” le informazioni ricevute»²²⁵ e cioè la correttezza delle precedenti assoluzioni sembra, da un lato, particolarmente severo, ma, dall'altro lato, pienamente conforme con l'idea della legalità esclusivamente legislativa e dell'interpretazione come attività puramente cognitiva.

Rimane il dubbio di come sia possibile, a fronte di questi due presupposti, che il precedente giudice – esclusi evidentemente i casi di decisioni totalmente arbitrarie e quindi in un certo senso anche a-giuridiche – possa aver più volte interpretato erroneamente la legge che invece il singolo agente con specifiche competenze, che a questo punto devono essere qualitativamente superiori a quelle del giudice, sarebbe tenuto a comprendere nel suo attuale e corretto significato.

²²⁴ Ancora, Corte cost. n. 364 del 1988, § 27.

²²⁵ *Ibidem*.

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*

L'attribuzione in capo allo stato del dovere di rendere conoscibili le leggi penali da parte dei cittadini è – per così dire – bilanciata dal dovere strumentale di conoscenza dei precetti penali da parte di questi ultimi²²⁶.

Gli aspetti più delicati della nuova disciplina dell'errore sul precetto sono rappresentati, prima ancora che dai parametri di scusabilità dell'errore, dall'oggetto dello stesso, nonché dalla distribuzione del rischio tra stato e cittadini derivante dal dubbio sulla liceità del comportamento.

Con riferimento al primo aspetto, l'oggetto dell'errore, il dato letterale lascia per la verità ben pochi dubbi. Il concetto di «legge penale», rimasto identico anche dopo la sentenza della Corte costituzionale, individua come oggetto dell'errore sul precetto la categoria dell'illiceità penale²²⁷.

A ben vedere, tuttavia, il dato letterale ha sul punto sempre avuto scarsa pregnanza, sia con riferimento alla giurisprudenza precedente alla versione dell'art. 5 c.p. riformata dalla Corte, sia in relazione a quella successiva. E, forse paradossalmente, ha finito per essere oggetto di due tendenze diametralmente opposte.

Nel vigore del testo originario, alla nozione di «legge penale» si attribuiva un significato talmente ampio che era di per sé idonea a ricomprendere ogni dato normativo che fosse costituito da una norma fornita di precetto penale. Vi rientravano così le norme incriminatrici, quelle circostanziali, quelle definitorie di elementi della fattispecie penale, ma anche, in virtù della c.d. teoria dell'incorporazione, le norme

²²⁶ Espressamente, Corte cost. n. 346 del 1988, § 18.

²²⁷ In questi termini argomenta in più lavori, muovendo a favore dell'opinione che richiede la conoscibilità dell'illiceità penale, soprattutto A. CADOPPI, «Error iuris»: *coscienza dell'antigiuridicità extrapenale e ritardo nel versamento delle ritenute*, in *Foro it.*, 1989, 83; ID., *La nuova configurazione dell'art. 5 c.p. ed i reati omissivi propri*, in A.M. STILE (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli, 1989, 256. Più sinteticamente, infine, anche in ID., nota a Pretore Reggio Emilia - Montecchio Emilia 4 ottobre 1991, in *Foro it.*, 1992, II, 57 ss.

extra-penali integrative del precetto penale²²⁸. L'obiettivo perseguito e il risultato così ottenuto sono chiari: estendere il più possibile l'ambito di irrilevanza dell'ignoranza della «legge penale».

All'opposto, a seguito della riformulazione dell'art. 5 c.p. ad opera della Corte costituzionale l'oggetto dell'ignoranza tende a restringersi non solo sul piano quantitativo, ma soprattutto su quello, per così dire, qualitativo.

Da un lato, l'interpretazione in senso restrittivo è inevitabile e fisiologica poiché, ad esempio, non avrebbe alcun senso mantenere nello spazio applicativo del nuovo art. 5 c.p. anche l'ignoranza delle disposizioni circostanziali aggravanti. Per tutte, basti la ragione che così si estenderebbe la disciplina della possibilità di conoscenza del precetto penale in funzione di orientamento della condotta anche rispetto ad una disposizione che qualifica "solo" la gravità della violazione²²⁹. Anche se a questo si potrebbe correttamente obiettare che anche la gravità della violazione e, quindi, in sostanza la misura della pena potrebbe (e forse dovrebbe) incidere, in termini più o meno ampî, sulla funzione di orientamento della condotta.

Dall'altro lato, è ciò che abbiamo sopra denominato come piano qualitativo dell'oggetto dell'ignoranza ad aver subito un'interpretazione in qualche misura più rigida. Il concetto di «legge penale» in virtù del "nuovo" art. 5 c.p. parrebbe identificarsi nella norma penale proibitiva o prescrittiva in riferimento alla condotta tenuta dal singolo soggetto.

Quest'ultimo sarebbe scusato nell'ipotesi in cui non potesse conoscere il carattere di penale illiceità del fatto realizzato pur avendo adempiuto a tutti i doveri strumentali di informazione che su di lui incombono²³⁰. A tal proposito, potrebbe con

²²⁸ Cfr. T. PADOVANI, *L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria d'incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p.*, in *Legislazione pen.*, 1988, 454.

²²⁹ Più diffusamente sul punto T. PADOVANI, *L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria d'incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p.*, cit., 454 s.

²³⁰ Favorevoli all'opinione che ravvisa nell'illiceità penale del fatto l'oggetto dell'errore rilevante, oltre a A. Cadoppi nei lavori poco sopra citati, P. VENEZIANI, *L'oggetto dell'«ignorantia legis» rilevante*, in *Foro it.*, 1995, 504 ss.; L. STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, cit., 1343, n. 97; G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: «prima lettura» della sentenza n. 364/88*, in *Foro it.*, 1988, 1388 e 1390; T. PADOVANI, *L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria*

fondamento sostenersi che la conoscenza del disvalore penale del fatto produce una maggiore efficacia motivante rispetto al soggetto. In altre parole, sembra fondato ritenere che, almeno rispetto a determinate categorie di delitti, la possibilità di percepire con chiarezza la rilevanza penale del fatto e non solo l'antigiuridicità generica dello stesso sarebbe più idonea a garantire la personalità della responsabilità penale come principio sul quale si è fondata la nuova disciplina dell'errore sul precetto²³¹.

L'opinione maggioritaria nella dottrina e dominante nella giurisprudenza²³² è però di tutt'altro avviso. Esclusa per evidenti ragioni l'opinione secondo cui sarebbe sufficiente a precludere l'operatività della causa di esclusione della colpevolezza dell'*ignorantia legis* la sola conoscibilità del disvalore morale o sociale del fatto²³³, si ritiene che l'errore rilevante sia quello relativo alla generica antigiuridicità del fatto

*d'incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p., cit., 454 s.; F. MUCCIARELLI, Errore e dubbio dopo la sentenza della Corte costituzionale 364/1988, cit., 271 ss. Argomentando distinguendo tra coscienza dell'offesa e coscienza dell'antigiuridicità penale ed escludendo che la prima rientri nell'ambito applicativo dell'art. 5 c.p., sembrerebbe propendere per la rilevanza della sola illiceità penale anche C. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, vol. I, Torino, 1993, 220-221. In giurisprudenza, decisamente minoritaria, Cass., Sez. III, sent. 3 dicembre 1993 (dep. 26 marzo 1994), n. 3617, secondo cui «l'ignoranza della legge penale che esclude la colpevolezza a norma dell'art. 5 c.p. ha per oggetto l'illecito penale, non l'illecito in genere».*

²³¹ Interessanti considerazioni in G. DE FRANCESCO, *Il principio di personalità della responsabilità penale nel quadro delle scelte di criminalizzazione*, cit., 39 ss. Sul punto, peraltro, anche i rilievi di F. PALAZZO, voce *Ignoranza della legge penale*, cit., 132.

²³² Si v. il paragrafo immediatamente seguente dedicato all'analisi della prassi giurisprudenziale in tema di errore sul precetto e mutamenti interpretativi *in malam partem*.

²³³ Sul punto, si rinvia per tutti alle considerazioni critiche rispetto alla tesi della sufficienza della conoscenza del mero disvalore sociale o morale di F. PALAZZO, «*Ignorantia legis*»: *vecchi limiti ed orizzonti nuovi della colpevolezza*, in A.M. STILE (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, cit., 175 s. Cfr. anche M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, cit., 89. In giurisprudenza, per questa tesi, recentemente Cass., Sez. IV, sent. 28 novembre 2018 (dep. 14 dicembre 2018), n. 56312, § 4: «[...] non può convenirsi con il ricorrente circa la inevitabilità dell'errore, dovendosi ritenere il disvalore sociale della condotta percepibile anche da soggetto non qualificato». Ma la pronuncia forse è un po' superficiale sulla questione circa l'applicabilità dell'art. 5 c.p. se poco prima si afferma «che costituisce errore sulla legge penale, *come tale inescusabile*, sia quello che cade sulla struttura del reato, sia quello che incide su norme, nozioni e termini propri di altre branche del diritto [...]» (corsivo aggiunto).

commesso. Così, l'agente non può invocare l'ignoranza della legge qualora potesse conoscere il contrasto tra il fatto realizzato e l'intero ordinamento giuridico²³⁴.

Ciò che a prima vista potrebbe sembrare un abbassamento della tutela assicurata al soggetto circa la possibilità concreta di conoscere la legge penale è, in realtà, in dottrina sostenuto sulla base di argomenti fortemente garantistici. In estrema sintesi, ritenendo il legislatore vincolato alla costruzione di tipologie di reato dotate di un chiaro e significativo contenuto offensivo si può instaurare un nesso diretto tra la coscienza dell'illiceità (generale) e la conoscibilità della fattispecie incriminatrice²³⁵. Che poi la situazione auspicata non sia sempre corrispondente alla realtà è una constatazione ampiamente nota.

Strettamente collegato a questo primo profilo, ovvero quello dell'oggetto dell'errore rilevante, e in un certo senso parallelamente a e conseguente da questo è il secondo aspetto. La distribuzione del rischio derivante dal dubbio circa la rilevanza giuridico-penale del proprio comportamento contribuisce ulteriormente a segnare i confini entro i quali l'ignoranza è degna di essere protetta.

Fino ad ora ci sono stati pochi dubbi circa una completa attribuzione di questo rischio a carico del cittadino. In altre parole, ogniqualvolta il giudice ritenga che il soggetto dovesse (ma non necessariamente anche che potesse) quantomeno porsi il dubbio circa la possibile rilevanza penale del suo comportamento, rispetto alla quale la conoscibilità della generica antigiusuridicità è già un indizio favorevole in questo senso, escluderà la scusabilità dell'errore sul precetto.

²³⁴ In questi termini, ribadendo recentemente la sua posizione, D. PULITANÒ, *Diritto penale e tecniche interpretative: l'interpretazione conforme a Costituzione e il ruolo 'creativo' del giudice*, cit., 67.

²³⁵ V. in questo senso D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, cit., 129 ss., 459 ss. 476 ss., 529 s. e 554 s. e successivamente in ID., *La disciplina dell'errore nell'ottica della riforma penale*, in AA. VV., *Verso un nuovo codice penale*, cit., 286. Dal punto di vista storico, rispetto ai rapporti tra possibilità in concreto di riconoscimento dell'errore e oggetto dello stesso, ovvero se rilevi l'errore o meno a seconda che l'oggetto dello stesso rientri oppure no nel «diritto naturale» v. J. FIGUEIREDO DIAS, *O problema da consciência da ilicidade em direito penal*, 6ª ed., Coimbra, 2009, 104 ss. Sempre dal punto di vista storico, si v. anche M.A. CATTANEO, *La ratio delle norme giuridiche penali: il carattere sanzionatorio del diritto penale ed il problema della ignorantia juris*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni. Le ragioni del diritto*, tomo III, Milano, 1995, 1770 ss.

L'unica attenuazione rispetto a questa rigida impostazione si ha nel caso in cui il soggetto abbia ricevuto assicurazioni qualificate positive – ad esempio, da parte degli organi pubblici competenti – circa la liceità del suo comportamento.

Sulla questione della distribuzione del rischio derivante dal dubbio sulla rilevanza penale di un comportamento, questione estremamente rilevante con specifico riferimento ai casi in cui si verifica un cambio di giurisprudenza che produce effetti sfavorevoli rispetto a fatti verificatisi precedentemente al cambio stesso, si tornerà con maggiore profondità successivamente in quanto il tema, prima ancora che con la nozione di inevitabilità dell'ignoranza, è strettamente collegato con il concetto e l'idea della ragionevole prevedibilità.

Concludendo provvisoriamente sul punto, si può dire che nella concezione tradizionale dell'art. 5 c.p. *post* 1988 questo rischio è, in sostanza, nel rapporto stato-cittadino interamente a carico del secondo. Addirittura, il dovere di risolvere questo dubbio, così come ricostruito normalmente in sede giudiziale, impone talvolta al cittadino medesimo di sindacare la correttezza degli orientamenti interpretativi, nonché – prima ancora – di verificare l'eventuale predominanza di un orientamento su di un altro di contenuto opposto.

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

Nello specifico, rispetto alla giurisprudenza vengono in rilievo due degli indici di inevitabilità dell'ignoranza e cioè, da un lato, l'esistenza di un «gravemente caotico [...] atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari», dall'altro lato, l'esistenza di «precedenti, varie assoluzioni dell'agente per lo stesso fatto»²³⁶.

La prima ipotesi pare fare riferimento alle situazioni di contrasto giurisprudenziale sincronico c.d. patologico, situazioni nelle quali si assiste, per un determinato periodo di tempo, a contrasti prevalentemente a livello di Corte di cassazione tra le diverse sezioni della stessa relativamente alla liceità o illiceità penale

²³⁶ Corte cost. n. 363 del 1988, § 27.

di una determinata tipologia di comportamento. Si ponga il caso, peraltro molto realistico, che per alcuni anni due o magari più sezioni assumano decisioni diverse rispetto alla rilevanza penale di uno specifico fatto. Il soggetto, nonostante adempia al suo dovere di informazione, avrà difficoltà a conoscere il contenuto della legge penale, così come applicata dalla giurisprudenza. E questo non vale solo per il comune cittadino, normalmente privo di preparazione tecnico-giuridica, rispetto al quale per il vero l'attribuzione di un dovere di informazione così ampio pare estremamente severo. Ma vale anche per il soggetto con conoscenze tecnico-giuridiche qualificate, a cui eventualmente il comune cittadino o il professionista si siano rivolti per avere un'indicazione sul comportamento da tenere²³⁷.

È vero che spesso è possibile distinguere, sul piano quantitativo, tra un orientamento maggioritario e uno minoritario, ma al tempo stesso non è necessariamente vero che una prevalenza sul piano quantitativo si traduca anche in una migliore qualità dell'interpretazione accolta. Dove così non fosse, le precedenti (maggioritarie) pronunce avranno una scarsa forza persuasiva e ci saranno già i primi spiragli per un superamento dell'orientamento.

La seconda ipotesi, le precedenti e varie assoluzioni del soggetto per lo stesso fatto, presa alla lettera, dovrebbe essere un caso estremamente raro se non addirittura inesistente in un ordinamento, per così dire, normale. Come è mai possibile che uno stesso soggetto per un medesimo fatto, da intendere evidentemente come medesima tipologia di fatto, venga prima assolto per varie volte e poi infine condannato?

La Corte costituzionale non ha, invece, nella celebre sentenza fatto espressamente riferimento anche ai casi di mutamento interpretativo sfavorevole da parte degli organi giudiziari rispetto a terzi. Quindi, tutti quei casi in cui si sia sviluppato e magari consolidato un orientamento che ritiene penalmente irrilevante un determinato tipo di comportamento, orientamento che successivamente muta nel senso della penale rilevanza del medesimo comportamento, ma che viene applicato a soggetti diversi rispetto a quelli precedentemente assolti.

²³⁷ Si v. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, cit., 113 ss. Sul punto, distinzione tra professionista e "profano", particolarmente diffuso R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, 180 ss.

Anche in questi casi si potrebbe (e, forse, dovrebbe) sostenere che l'ignoranza della legge penale fosse inevitabile e quindi riconoscere l'applicazione dell'art. 5 c.p. in chiave scusante.

Andando ancora più a fondo, si tratta, a ben vedere, soprattutto di situazioni di stabilizzazione giurisprudenziale sfavorevole, ovvero di casi in cui una situazione di contrasto giurisprudenziale tra sezioni della Corte di cassazione, comprese in ipotesi le stesse Sezioni unite, si risolve nell'accoglimento dell'interpretazione più sfavorevole per il soggetto.

Più rari, ma non inesistenti, sono i casi di mutamento giurisprudenziale – per così dire – a ciel sereno. Qui, prima della nuova pronuncia in termini sfavorevoli, non vi era un contrasto tra diversi orientamenti interpretativi²³⁸.

Rispetto ai primi – casi di stabilizzazione giurisprudenziale sfavorevole – la posizione della Corte di cassazione è netta con riferimento alla possibilità di riconoscere l'inevitabilità dell'ignoranza ai fini dell'applicazione dell'art. 5 c.p.

Il pensiero della Corte di legittimità si può ricostruire in tre punti. Innanzitutto, «l'incertezza derivante da contrastanti orientamenti giurisprudenziali nell'interpretazione e nell'applicazione di una norma, non abilita da sola ad invocare la condizione soggettiva d'ignoranza inevitabile della legge penale». In secondo luogo, «il dubbio sulla liceità o meno deve indurre il soggetto ad un atteggiamento più attento» e addirittura fino «all'astensione dall'azione se, nonostante tutte le informazioni assunte, permanga l'incertezza sulla liceità o meno dell'azione stessa». Infine e soprattutto, «l'esclusione della colpevolezza per errore di diritto dipendente

²³⁸ Per tutti, si pensi alla pronuncia della Corte di cassazione italiana in tema di violenza sessuale tra coniugi; non diversamente da quanto avvenuto in Inghilterra con i famosi *marital rape cases*, anche in Italia la penale rilevanza della condotta è stata affermata attraverso una reinterpretazione costituzionalmente orientata del dettato normativo da Cass., Sez. III, sent. 12 febbraio 1976 (dep. 4 dicembre 1976), n. 12855. Precedentemente, si riteneva che la violenza, quando non giustificata dal vincolo coniugale, potesse integrare al massimo il reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alle persone (art. 393 c.p.) o quello di violenza privata (art. 610 c.p.).

da ignoranza inevitabile della legge penale può essere giustificata [solo] da un complessivo e pacifico orientamento giurisprudenziale [...]»²³⁹.

Alcuni casi particolarmente significativi presi dalla giurisprudenza di legittimità più e meno recente.

Il primo riguarda il concetto di utilità come elemento della fattispecie di concussione (art. 317 c.p.). Sul piano interpretativo-giurisprudenziale, tre sono le posizioni sostenute: secondo l'orientamento più rigoroso, rientrano nel concetto di utilità tutte le prestazioni sessuali; secondo l'orientamento intermedio, mai veramente affermatosi e per questo qui solo richiamato, il delitto di concussione si configura solo nel caso in cui l'atto sessuale sia concesso da una prostituta, perché l'utilità si ricava dal denaro risparmiato dal pubblico ufficiale per compensare la prestazione²⁴⁰; infine, in virtù dell'orientamento – per così dire – assolutorio, i favori sessuali non rientrano nel concetto di utilità perché quest'ultimo dev'essere inteso in un'accezione di tipo economico-patrimoniale da cui rimangono esclusi i profitti meramente sentimentali e i piaceri sessuali.

²³⁹ Per tutti i passaggi, si veda per tutte soprattutto Cass., Sez. V, sent. 24 novembre 2016 (dep. 18 gennaio 2017), n. 2506. Precedentemente, a conferma della particolare stabilità di questa posizione, Cass., Sez. VI, sent. 25 gennaio 2011 (dep. 23 febbraio 2011), n. 6991; Cass., Sez. III, sent. 16 aprile 2004 (dep. 24 giugno 2004), n. 28397; Cass., Sez. III, sent. 17 dicembre 1999 (dep. 21 aprile 2000), n. 4951; Cass., Sez. III, sent. 12 marzo 2015 (dep. 16 aprile 2015), n. 15845, § 7; Cass., Sez. III, sent. 1 giugno 1994 (dep. 2 luglio 1994), n. 7550; Cass., Sez. un., sent. 10 giugno 1994 (dep. 18 luglio 1994), n. 8154, in Foro it., 1995, II, 154 con nota di E.R. BELFIORE, *Brevi note sul problema della scusabilità dell' "ignorantia legis"*, sentenza che rimane il principale punto di riferimento per la giurisprudenza successiva rispetto ai criteri da impiegare per valutare l'adempimento da parte del cittadino del dovere di informazione; Cass., Sez. III, sent. 18 gennaio 1991 (dep. 1 marzo 1991), n. 2698. Recentemente anche le identiche Cass., Sez. III, sent. 26 settembre 2018 (dep. 22 gennaio 2019), n. 2842 e Cass., Sez. III, sent. 9 novembre 2018 (dep. 7 dicembre 2018), n. 54703. Infine, Cass., Sez. III, sent. 5 ottobre 2018 (dep. 16 novembre 2018), n. 51843: «[n]on è [...] condivisibile la tesi sostenuta dalle ricorrenti, secondo cui l'esistenza di un contrasto interpretativo o giurisprudenziale avrebbe imposto di ritenere assente l'elemento soggettivo del reato per aver agito in presenza di una normativa oscura e contraddittoria. È vero il contrario: proprio l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale (e non di un orientamento pacifico) avrebbe dovuto indurre le ricorrenti a risolvere il dubbio attraverso l'esatta conoscenza [!] della specifica norma o, in caso di soggettiva invincibilità di esso, astenersi dall'azione illecita, come invece non è avvenuto».

²⁴⁰ Si v. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. V, Torino, 1982, 201.

Sul piano cronologico, l'orientamento più rigoroso (l'utilità comprende anche le prestazioni sessuali) è sostenuto, anche se con sempre minore diffusione, fino alla fine degli anni Settanta²⁴¹; per tutti gli anni Ottanta e per circa la prima metà degli anni Novanta, la giurisprudenza si è orientata al contrario per l'orientamento assolutorio (le prestazioni sessuali non rientrano nel concetto di utilità)²⁴². Nel 1993 le Sezioni unite, giudicando in sede cautelare in un procedimento relativo ad un fatto avvenuto nel dicembre del 1992, riaffermano l'orientamento più rigoroso²⁴³.

Da questo momento in poi, con rare eccezioni, il concetto di utilità è considerato come comprensivo delle prestazioni sessuali e non risultano sentenze che abbiano fatto applicazione della scusante dell'ignoranza inevitabile della legge penale *ex art. 5 c.p.* per fatti avvenuti in costanza dell'orientamento assolutorio.

Il secondo caso, in tema di necessità o meno della concessione edilizia del sindaco per lo svolgimento di attività estrattive in area protetta, è ancora più significativo.

La giurisprudenza prevalente riteneva che la concessione edilizia non fosse necessaria, ma che, al contrario, fosse sufficiente l'autorizzazione a fini estrattivi rilasciata dall'assessorato regionale all'industria. Una giurisprudenza minoritaria, al contrario, sosteneva che la concessione edilizia del sindaco fosse necessaria per escludere l'integrazione dei reati *ex art. 1-sexies* legge n. 431 del 1985 e art. 20 lett. c) legge n. 47 del 1985.

Le Sezioni unite si pronunciano nel 1993 confermando l'orientamento prevalente²⁴⁴. L'anno successivo la terza sezione della Corte di cassazione ridà vigore all'orientamento opposto e minoritario²⁴⁵. Anche in questo caso non risultano

²⁴¹ In ordine cronologico crescente, per tutte, Cass., Sez. III, sent. 25 giugno 1953, in Riv. it. dir. pen., 1953, 647; Cass. Sez. I, sent. 30 ottobre 1978, in Riv. it. dir. proc. pen., 1980, 923 ss.

²⁴² Così e già a partire dagli anni Sessanta, con progressiva diffusione dell'orientamento, Cass., Sez. III, sent. 2 aprile 1963, in Giust. pen., 1965, II, 240 ss.; Cass., Sez. IV, sent. 20 gennaio 1967, in Arch. pen., 1969, II, 193 s.; Cass., Sez. VI, sent. 28 gennaio 1976, in Arch. pen., 1976, II, 144 ss.; Cass., Sez. III, sent. 15 gennaio 1988, in Riv. pen., 1989, 822 s.

²⁴³ Cass., Sez. un., sent. 11 maggio 1993, in Foro it., 1993, 552 ss.

²⁴⁴ Cass., Sez. un., sent. 18 giugno 1993, n. 11, in Cass. pen. 1994, 273.

²⁴⁵ Cass., Sez. III, sent. 2 febbraio 1994, n. 339, in Cass. pen. 1994, 2517.

applicazioni dell'art. 5 c.p. rispetto a fatti verificatisi nel mentre dell'orientamento che non riteneva necessaria la concessione edilizia.

Pochi anni dopo – e siamo al terzo caso – una vicenda simile si verifica in tema di disciplina applicabile alla condotta criminosa di cessione o vendita avente ad oggetto sostanze stupefacenti contenenti un quantitativo di principio attivo così modesto da farne escludere l'efficacia drogante.

L'orientamento assolutamente maggioritario fino al 1998 escludeva che in queste ipotesi potesse configurarsi il delitto *ex art. 73 d.p.r. n. 308 del 1990*²⁴⁶; al contrario, un orientamento minoritario e meno recente riteneva integrata la fattispecie delittuosa anche qualora la sostanza stupefacente fosse inidonea a produrre l'effetto drogante²⁴⁷.

Le Sezioni unite accolgono nel 1998²⁴⁸ quest'ultimo orientamento minoritario e meno recente, determinando conseguenze sfavorevoli non solo nel caso oggetto della pronuncia, ma anche, vista soprattutto la diffusione del fenomeno a cui è indirizzata la fattispecie, anche rispetto a tutti quelli verificatisi precedentemente, ma non ancora giudicati. Alla base della pronuncia vi è l'idea che in precedenza vi fosse stata un'erronea ricostruzione del bene giuridico tutelato, ora «susceptibile di essere messo in pericolo dall'assunzione di sostanze [...] stupefacenti [...] che non superino la cosiddetta soglia drogante»²⁴⁹.

Infine, brevemente, l'adesione da parte delle Sezioni unite ad un orientamento interpretativo, oggetto di contrasto giurisprudenziale sincronico a livello di sezioni

²⁴⁶ Per tutte, Cass., Sez. IV, sent. 1 ottobre 1993, in Cass. pen., 1994, 1659; Cass., Sez. VI, sent. 15 ottobre 1996, in Foro it., Rep. 1997, n. 29; Cass., Sez. VI, sent. 4 dicembre 1996, in Guida dir., 1997, 64; Cass., Sez. IV, sent. 19 dicembre 1996, in Foro it., Rep. 1997, voce stupefacenti n. 27; Cass., Sez. IV, sent. 28 febbraio 1997, in Foro it. 1997, Rep. 1997 voce stupefacenti n. 28.

²⁴⁷ Si v. Cass., Sez. I, sent. 20 febbraio 1987, in Foro it., Rep. 1988, voce stupefacenti n. 22; Cass., Sez. VI, sent. 22 settembre 1989, in Foro it., Rep. 1990, voce stupefacenti n. 54.

²⁴⁸ Cfr. Cass., Sez. un., sent. 24 giugno 1998, in Foro it., 1998, 758.

²⁴⁹ *Ivi*, 771, § 3 della sentenza.

semplici²⁵⁰, produttivo di conseguenze sfavorevoli si è avuta anche in tema di omessa bollatura iniziale delle scritture contabili obbligatorie²⁵¹.

La questione sollevata di fronte alle Sezioni unite riguardava l'ipotesi contravvenzionale prevista all'art. 1, co. 6, della legge n. 516 del 1982 e, in particolare, il quesito se quest'ultima fattispecie fosse ravvisabile nelle ipotesi di scritture contabili bollate in un momento successivo rispetto a quello in cui è stata realizzata la prima operazione che ha fatto sorgere il relativo obbligo di annotazione.

Inutile dire che anche in quest'ultimo caso la disciplina dell'errore inevitabile sul precetto non è neppure venuta in considerazione²⁵².

Due ultime considerazioni. Banalmente, sul piano pratico, l'art. 5 c.p. in chiave scusante sembra non essere stato in molti casi neppure preso in considerazione, anche perché la sua violazione non è stata contestata dai difensori. Ma, a ben vedere, per poterla contestare i difensori medesimi dovrebbero poter prevedere che nel caso concreto si assisterà all'affermazione di un nuovo orientamento interpretativo produttivo di effetti sfavorevoli. Infatti, trattandosi di decisioni di legittimità, non vi sarà successivamente alcuna occasione, quantomeno rispetto al primo caso, quello cioè che ha dato origine al cambio di orientamento, per contestare l'inevitabilità dell'ignoranza.

²⁵⁰ Si v., per tutte, da un lato: Cass., Sez. III, sent. 29 maggio 1995, Manzoni e Cass., Sez. III, sent. 13 luglio 1996, Manca; dall'altro lato: Cass., Sez. III, sent. 4 maggio 1989, Orsimari e Cass. Sez. III, sent. 21 ottobre 1992, Scassera.

²⁵¹ Diffusamente sul tema e in nota alla pronuncia, v. AL. MELCHIONDA, *I labili confini di rilevanza penale dell'irregolare tenuta delle scritture contabili*, in *Indice pen.*, 1999, 237 ss.

²⁵² Critico sul punto AL. MELCHIONDA, *I labili confini di rilevanza penale dell'irregolare tenuta delle scritture contabili*, cit., 238 s. il quale (a p. 265 s.) rileva l'insufficienza in questi casi del ricorso alla disciplina dell'*ignorantia legis* e apre alla possibilità che «tutte quelle sentenze che, come nel caso di specie, vengono di fatto ad "ampliare" i confini di rilevanza penale precedentemente riconosciuti da indirizzi interpretativi che, seppur contrastati e contestati, hanno però trovato ampio seguito da parte della giurisprudenza di legittimità [...] ed hanno quindi "legittimamente" guidato ed ispirato il concreto modo di agire di molti possibili destinatari del precetto penale» presentino dubbi di «compatibilità con lo stesso principio di irretroattività della legge penale (o meglio, con i presupposti di necessaria certezza e garanzia che ne fondano l'esplicita previsione costituzionale) [...]».

La situazione sarebbe in parte diversa nei casi verificatisi in costanza dal precedente orientamento favorevole, ma decisi successivamente alla pronuncia che ha determinato il mutamento giurisprudenziale in termini sfavorevoli. Ma, a ben vedere, anche qui l'art. 5 c.p. riceve scarsa applicazione, dovuta sostanzialmente all'idea che ogni situazione di dubbio (come nei casi di contrasto giurisprudenziale successivamente stabilizzatosi), compresi i casi in cui il dubbio stesso non sia risolvibile²⁵³, esclude l'inevitabilità dell'ignoranza e quindi, in definitiva, debba essere posta a carico del soggetto²⁵⁴.

3.7. *L'errore sul divieto in virtù del § 17 StGB con specifico riferimento ai mutamenti giurisprudenziali*

L'idea di ricorrere alla disciplina dell'errore di diritto per affrontare e superare i problemi individual-garantistici posti dai mutamenti giurisprudenziali *in malam partem* è stata ed è ampiamente diffusa anche in Germania²⁵⁵. L'errore sul divieto

²⁵³ Cfr., per tutte, Cass., Sez. V, sent. 24 novembre 2016 (dep. 18 gennaio 2017), n. 2506; Cass., Sez. VI, sent. 25 gennaio 2011 (dep. 23 febbraio 2011), n.6991; Cass., Sez. III, sent. 16 aprile 2004 (dep. 24 giugno 2004), n. 28397; Cass., Sez. un., sent. 10 giugno 1994 (dep. 18 luglio 1994), n. 8154. Tutte le pronunce sono peraltro conformi e si richiamano a quanto affermato in tema di irrilevanza del dubbio dalla Corte cost. n. 364 del 1988, § 28.

²⁵⁴ Cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, cit., 118 s. Gli studi che hanno evidenziato una difficile penetrazione del *dictum* della Corte costituzione nella giurisprudenza di legittimità sono molti, si v. più recentemente M. DONINI, *Serendipità e disillusioni della giurisprudenza. Che cosa è rimasto della sentenza C. cost. n. 364/1988 sull'ignorantia legis*, in M.C. FREGNI, R. LAMBERTINI, L. FOFFANI (a cura di), *Liber amicorum per Massimo Bione*, Milano, 2011, 187 ss.; D. TASSINARI, *Note a margine del principio di scusabilità/inevitabilità dell'ignoranza della legge penale a venti anni dalla sua introduzione ad opera della Corte costituzionale*, in G. DE FRANCESCO, C. PIEMONTESE, E. VENAFRO (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Torino, 2010, 120 ss. Meno recentemente, A. CADOPPI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di «ignorantia legis»*, in *Foro it.*, 1991, II, 421; F. MUCCIARELLI, *Errore e dubbio dopo la sentenza della Corte costituzionale 365/1988*, cit., 284; a solo un anno di distanza dalla pronuncia, G. FLORA, *La difficile penetrazione del principio di colpevolezza: riflessioni per l'anniversario della sentenza costituzionale sull'art. 5 c.p.*, in *Giur. it.*, 1989, IV, 342.

²⁵⁵ Così, C. ROXIN, *Der Grundsatz der Gesetzesbestimmtheit im deutschen Strafrecht*, cit., 129; ID., *Strafrecht All. Teil.*, cit., 169; H.W. ARNDT, *Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung*, Frankfurt a.M., 1974, 40 ss.; J. BURMEISTER, *Vertrauensschutz im Prozeßrecht*, cit., 38; G. JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., 105 s.; JESCHECK H.-H., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*,

previsto al § 17 StGB sarebbe, in questa prospettiva, la concreta attuazione del *Vertrauensschutzprinzip* declinato in chiave soggettiva²⁵⁶.

Molto in generale, sembra possibile distinguere essenzialmente tra due posizioni: da un lato, quella sostenuta da coloro che vedono nella disciplina dell'errore sul divieto la soluzione ideale al problema; dall'altro lato, vi è chi invece riconosce la natura non perfetta della soluzione in virtù del § 17 StGB sul piano individual-garantistico, ma al tempo stesso la ritiene meno – per così dire – costosa sul piano politico-istituzionale²⁵⁷. In poche parole, questa seconda posizione sembra fortemente ancorata all'idea che estendere il divieto di retroattività dalla legge ai mutamenti giurisprudenziali determinerebbe l'equiparazione sul piano delle fonti del diritto penale dei secondi alla prima.

Sul piano pratico-applicativo, se non altro, l'errore sul divieto *ex* § 17 StGB riceve, quantomeno rispetto alla seconda delle ipotesi *ivi* prevista, una più ampia applicazione rispetto all'art. 5 c.p. nelle situazioni di incertezza e di mutamento

Berlin, 1988, 124, n. 40; G. STRATENWERTH, L. KUHLEN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6^a ed., München, 2011, § 3, Rn. 31; W. KNITTEL, *Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung*, 1965, 41; W. GRUNSKY, *Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung*, cit., 18 s. Al contrario, manifestano perplessità sulla soddisfazione della soluzione dell'errore di diritto, *ex multis*, U. NEUMANN, *Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte?*, cit., 333; ID., § 17 *Verbotsirrtum*, cit., Rn. 51; E. LORÉ, *Aspekte des Vertrauensschutzes im Strafrecht*, cit., 29 ss.; W. NAUCKE, *Entsch. Anm. zu OLG Karlsruhe*, cit., 758; G. KOHLMANN, *Der Begriff des Staatsgeheimnisses und das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit von Strafvorschriften*, Köln-Marienburg, 1969, 292 ss.; W. STRAßBURG, *Rückwirkungsverbot und Änderung der Rechtsprechung im Strafrecht*, in *ZStW*, 1970, 958; H. BUCHNER, *Vertrauensschutz bei Änderung der Rechtsprechung. Verfassungsrechtliches Gebot oder Hemmnis der Rechtsfortbildung?*, in G. HUECK, R. RICHARDI (a cura di), *Gedächtnisschrift für Rolf Dietz*, München, 1973, 175 e 187; B. RÜBERG, *Vertrauensschutz gegenüber rückwirkender Rechtsprechungsänderung*, Hamburg, 1977, 268 ss.; H.-L. SCHREIBER, *Rückwirkungsverbot bei einer Änderung der Rechtsprechung im Strafrecht?*, cit., 713 e 717; W. HASSEMER, § 1, in R. WASSERMANN (a cura di), *StGB Reihe Alternativkommentare*, Neuwied, 1990, Rn. 58. Si v. anche le osservazioni critiche di N. GROSS, *Rückwirkungsverbot und richterliche Tatbestandauslegung im Strafrecht*, Freiburg, 1969, 83 ss.

²⁵⁶ Cfr. U. NEUMANN, *Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte?*, cit., 333; diffusamente, E. LORÉ, *Aspekte des Vertrauensschutzes im Strafrecht*, cit., 43 ss.

²⁵⁷ Per tutti, da ultimo, C. ROXIN, *Der Grundsatz der Gesetzesbestimmtheit im deutschen Strafrecht*, cit., 114 ss. e 129.

giurisprudenziale che si risolvono nella produzione di effetti sfavorevoli in capo al soggetto condannato.

Ciò è dovuto soprattutto alla gradazione delle conseguenze previste per il soggetto nel momento in cui gli si riconosce un errore di diritto. Mentre *ex art. 5 c.p.* l'errore sul precetto rileva solo in chiave scusante quando inevitabile, *ex § 17 StGB*, da un lato, l'errore sul divieto inevitabile esclude egualmente la colpevolezza, dall'altro lato, quello evitabile apre alla possibilità di una diminuzione di pena valutata in termini sostanzialmente discrezionali dal giudice.

È chiaro che anche in Germania la rilevanza penale della coscienza dell'illiceità si fonda in ultima analisi sul principio di colpevolezza²⁵⁸. Invece, rispetto alle funzioni della pena e, quindi, in primo luogo rispetto alla prevenzione generale positiva, riconoscere rilevanza ad una mancante coscienza dell'illiceità introduce elementi di valutazione disfunzionali rispetto al meccanismo punitivo penale. Al contrario, le esigenze di prevenzione sono soddisfatte dalla determinazione dei limiti entro i quali la non coscienza dell'illiceità può produrre conseguenze sul piano penalistico.

A ben vedere, anche l'ampiezza dell'ambito applicativo riconosciuto al § 17 StGB rispetto ai mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli dipende fondamentalmente dal contenuto attribuito, rispettivamente, ai concetti di coscienza dell'illiceità e di evitabilità dell'errore di diritto.

Andando ancora più a fondo, rispetto al primo (coscienza dell'illiceità), la pluridimensionalità del concetto di illiceità, che può essere ricondotta a norme morali, etico-sociali, giuridiche e penali, ha fatto sì che si sia sviluppato un numero significativo di posizioni interpretative, ciascuna direttamente produttiva di diverse conseguenze pratico-applicative.

Con qualche eccesso di semplificazione, si possono fondamentalmente distinguere tre orientamenti, alcuni dei quali – per la verità – non trovano oggi più sostegno e

²⁵⁸ Così, J. VOGEL, § 17 *Verbotsirrtum*, in H.W. LAUFHÜTTE, R. RISSING-VAN SAAN, K. TIEDEMANN (a cura di), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, vol. I, 12^a ed., Berlin, 2007, Rn. 7; U. NEUMANN, *Konstruktion und Argument in der neueren Diskussion zur actio libera in causa*, in F. HAFT (a cura di), *Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1993, 591 ss.

sono impiegati soprattutto come “limitazione in senso negativo” del concetto di coscienza dell’illiceità, ovvero per dire ciò che senz’altro non significa.

Così, innanzitutto, non significa conoscenza dell’immoralità del fatto. Più precisamente, la conoscenza dell’immoralità del fatto può rientrare nel concetto di coscienza dell’illiceità, ma ne costituisce solo una frazione, non lo esaurisce. In altre parole, la conoscenza dell’immoralità del fatto non è di per sé sufficiente a fondare la coscienza dell’illiceità²⁵⁹.

Senza entrare in temi che richiederebbero una ben più ampia trattazione, l’acquisita separazione tra diritto e morale nelle società moderne e pluralistiche determina che la conoscenza del divieto dal punto di vista morale è cosa ben distinta della conoscenza del divieto sul piano giuridico. Di per sé, quindi, la conoscenza dell’immoralità del fatto non determina alcuna ragione per cui il soggetto debba astenersi dal medesimo.

Purtuttavia, questa chiara distinzione dei due poli a livello di coscienza dell’illiceità, si perde, o meglio si fa più complessa, nella fase di valutazione dell’evitabilità dell’errore.

In secondo luogo, se – quantomeno in senso lato – compito del diritto penale è quello di limitare i comportamenti socialmente dannosi, diretta conseguenza è che la coscienza dell’illiceità può essere declinata nel senso di conoscenza della dannosità sociale del fatto²⁶⁰.

²⁵⁹ Concordemente sul punto la maggior parte degli autori che si sono occupati del commento al § 17 StGB: così, D. STERNBERG-LIEBEN, F.P. SCHUSTER, § 17 *Verbotsirrtum*, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER (a cura di), *Strafgesetzbuch*, 29^a ed., 2014, Rn. 4; U. NEUMANN, § 17, cit., Rn. 13 s.; H.-J. RUDOLPHI, § 17, in J. WOLTER (a cura di), *SK-StGB*, 37^a ed., Köln, 2002, Rn. 4; J. JOECKS, § 17, in *MüKoStGB*, München, 2003, Rn. 10; U. KINDHÄUSER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Baden-Baden, 2017, § 28/8; E. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Tübingen, 1984, 10/72; G. STRATENWERTH, L. KUHLEN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., 10/59; C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I, cit., § 21/12. Anche in giurisprudenza l’esclusione della sufficienza della conoscenza dell’immoralità del fatto è da molti anni riconosciuta: per tutte, si veda BGH 26 gennaio 1968 - 4 StR 570/67, in NJW, 1968, 951.

²⁶⁰ Così, soprattutto, ARTH. KAUFMANN, *Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts*, Karlsruhe, 1949, 142 ss., ma già in parte diversamente in ID., *Einige Anmerkungen zu Irrtümern über den Irrtum*, in W. KÜPER, I. PUPPE, J. TENCKHOFF (a cura di), *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*, Berlin-Boston, 1987, 185 ss.

Come ampiamente noto, però, anche tra queste due categorie – dannosità sociale del fatto da un lato e sua rilevanza penale dall'altro lato – non c'è sempre una stretta e necessaria corrispondenza. Prendendo come riferimento gli esempi in cui questa differenza si manifesta in modo più evidente, nel diritto penale ambientale, ma anche in quello economico, non sono penalmente rilevanti tutti i comportamenti produttivi di conseguenze socialmente dannose. Molto spesso e necessariamente, il diritto penale interviene solo con il superamento di determinati limiti di tolleranza sanciti in via legislativa. L'identificazione della coscienza dell'illiceità con la conoscenza della dannosità sociale porterebbe in questi casi ad escludere l'errore di diritto qualora il soggetto, ad esempio, abbia realizzato il fatto penalmente rilevante a causa di un errore sul limite di tolleranza previsto.

Per queste ragioni, anche la conoscenza della dannosità sociale del fatto rappresenta un'ulteriore frazione della coscienza dell'illiceità, che quindi nemmeno in questo caso esaurisce quest'ultimo concetto.

Infine, la coscienza dell'illiceità può essere intesa come conoscenza della concreta sanzionabilità del fatto.

Questi i passaggi lungo i quali si snoda questa terza e più convincente posizione.

Il concetto di illiceità non è di per sé autonomo e cioè non ha un contenuto suo proprio e fisso. A ben vedere, è più un concetto di relazione, che rimanda necessariamente ad un determinato ordinamento giuridico²⁶¹.

Al tempo stesso, questa relazione può essere declinata in almeno tre modi diversi. Ai due estremi si pongono, da un lato, la posizione della coscienza dell'illiceità come

²⁶¹ Cfr. specificamente sul punto U. NEUMANN, *Die Schuldlehre des Bundesgerichtshofs – Grundlagen, Schuldfähigkeit, Verbotsirrtum*, in C. ROXIN, G. WIDMAIER (a cura di), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, vol. IV, München, 2000, 99 s., con analisi anche delle conseguenze che derivano dalla concezione "relazionale" del concetto di «Unrecht»; v. anche, U. NEUMANN, *Normtheoretische Aspekte der Irrtumsproblematik im Bereich des „Internationalen Strafrechts“*, in G. BRITZ (a cura di), *Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, München, 2001, 589 ss., nonché più brevemente e da ultimo in U. NEUMANN, § 17 *StGB*, cit., Rn. 20. Recentemente, riprende l'idea anche F. JEBBERGER, *Der transnationale Geltungsbereich des deutschen Strafrechts. Grundlagen und Grenzen der Geltung des deutschen Strafrechts für Taten mit Auslandsberührung*, Tübingen, 2011, 147 ss.

conoscenza di violare indifferentemente norme civili, penali o di diritto pubblico²⁶², e, dall'altro lato, quella che la identifica con la conoscenza della rilevanza penale del fatto²⁶³. Se la prima dice troppo poco poiché di fatto equipara tipologie profondamente diverse di norme giuridiche, la seconda richiede troppo rispetto a quanto legislativamente previsto.

Intermedia tra queste due è l'idea che la coscienza dell'illiceità coincida con la conoscenza della concreta sanzionabilità del fatto²⁶⁴. Non si richiede che il soggetto conosca il testo legislativo così come formulato e nemmeno la tipologia o la misura della pena prevista, ma solamente che quel comportamento possa determinare una risposta sanzionatoria da parte dell'ordinamento.

Rispetto al secondo concetto che contribuisce ad ulteriormente delimitare l'ambito di possibile applicazione del § 17 StGB nelle ipotesi di mutamento giurisprudenziale sfavorevole e cioè quello di evitabilità dell'errore sul divieto, vengono in gioco considerazioni di natura politico-criminale, ma anche di teoria della colpevolezza. La questione si pone sostanzialmente in questi termini: quando il soggetto può essere considerato responsabile per il suo errore?

Dal punto di vista politico-criminale, ciò significa domandarsi quanta mancanza di conoscenza da parte del soggetto può essere sopportata dallo stato e, più in generale, dalla comunità stessa²⁶⁵. Più questa è ampia, minore sarà l'efficacia general-preventiva del diritto penale.

Dal punto di vista della colpevolezza, un eccessivo rigorismo potrebbe portare, nei fatti, all'attribuzione in capo al soggetto di una responsabilità in definitiva di natura oggettiva.

²⁶² Così, *ex multis*, D. STERNBERG-LIEBEN, F.P. SCHUSTER, § 17 *Verbotsirrtum*, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER (a cura di), *Strafgesetzbuch*, cit., Rn. 5.

²⁶³ Cfr. C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I, cit., § 21/13. Esclude questa possibilità anche U. NEUMANN, § 17 *StGB Verbotsirrtum*, cit., Rn. 21: «[d]ie Einsicht, Unrecht zu tun, setze keine Kenntnis der Strafbarkeit voraus». Infine, sul punto, precedentemente già in questo senso H.-J. RUDOLPHI, § 17, in J. WOLTER (a cura di), *SK-StGB*, cit., Rn. 4.

²⁶⁴ Cfr. U. NEUMANN, *Der Verbotsirrtum (§ 17 StGB)*, in *JuS*, 1993, 795; ID., § 17 *StGB*, cit., Rn. 20 ss.; concorde E. LORÉ, *Aspekte des Vertrauensschutzes im Strafrecht*, cit., 32.

²⁶⁵ Chiaramente, in questo senso, G. JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., 557.

L'evitabilità è così declinata non sulla base di un giudizio psicologico, ma normativo. Come è stato efficacemente osservato, l'evitabilità altro non è che «un prodotto della possibilità fattuale e della ragionevolezza normativa della riconoscibilità»²⁶⁶.

Presupposti per l'evitabilità dell'errore sul divieto sono quindi, in primo luogo, che il soggetto avesse causa per verificare la liceità del comportamento che si apprestava a porre in essere e, in secondo luogo, che in virtù di questo esame fosse possibile giungere alla conoscenza della liceità o meno dello stesso²⁶⁷.

Per quanto qui strettamente interessa, la questione si lega a questo punto a doppio nodo con quella della funzione di orientamento dei comportamenti individuali che possono svolgere le decisioni dei tribunali. In altri termini, premesso che il soggetto deve fare tutto il possibile per conoscere la liceità o illiceità del comportamento, eventualmente consultando gli appropriati testi legislativi o ricorrendo alla consulenza di esperti²⁶⁸, a quali condizioni può fare affidamento sulle decisioni giurisprudenziali?

In questa prospettiva, cioè quella secondo cui in caso di mutamento e di contrasto giurisprudenziale si pone un problema di *deficit* informativo del soggetto e, quindi, proprio in virtù di questo *deficit* è possibile, in alcuni casi, ricorrere alla disciplina dell'errore sul divieto, si distinguono tre tipologie di situazioni: quella del mutamento (con effetto retroattivo) di una giurisprudenza consolidata, quella del contrasto giurisprudenziale tra tribunali di diverso livello e, infine, l'ipotesi del contrasto giurisprudenziale tra tribunali dello stesso grado²⁶⁹.

Ai nostri fini interessano soprattutto le prime due situazioni.

²⁶⁶ Così, J. VOGEL, § 17 *Verbotsirrtum*, in H.W. LAUFHÜTTE, R. RISSING-VAN SAAN, K. TIEDEMANN (a cura di), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, vol. I, cit., Rn. 34. Sulla distinzione tra la concezione psicologica e quella normativa dell'evitabilità, v. anche U. NEUMANN, § 17 *StGB Verbotsirrtum*, cit., Rn. 55 s.

²⁶⁷ Cfr. ancora U. NEUMANN, § 17 *StGB*, cit., Rn. 62 ss.

²⁶⁸ Diffusamente sul punto C. LÖW, *Die Erkundigungspflicht beim Verbotsirrtum nach § 17 StGB*, Frankfurt a.M., 2002, 100 ss.

²⁶⁹ Già, N. GROSS, *Rückwirkungsverbot und richterliche Tatbestandauslegung im Strafrecht*, cit., 45 ss. e 52 ss.; più recentemente, C. LÖW, *Die Erkundigungspflicht beim Verbotsirrtum nach § 17 StGB*, cit., 194 ss., 202 ss. e 292 s.; U. NEUMANN, § 17 *StGB*, cit., Rn. 68 ss.

Nel primo caso, mutamento di una giurisprudenza consolidata che produce conseguenze sfavorevoli (retroattivamente), si ritiene generalmente che l'errore sul divieto debba essere considerato inevitabile²⁷⁰.

L'inevitabilità dell'errore dovrebbe essere riconosciuta anche qualora si andasse già delineando al momento del fatto la possibilità di un futuro mutamento della giurisprudenza²⁷¹. E questo perché non si può chiedere al soggetto di anticipare futuri e ipotetici mutamenti giurisprudenziali²⁷².

Nel secondo caso, contrasto giurisprudenziale tra tribunali di diverso grado, si dovrebbe ritenere l'errore inevitabile ogniqualvolta il soggetto si sia orientato alla giurisprudenza di grado più elevato²⁷³.

A ben vedere, in questo modo si presuppone una maggiore forza delle decisioni dei tribunali superiori rispetto a quelli di grado inferiore, cosa che pare peraltro normale in un ordinamento che non voglia aprire le porte al caos²⁷⁴. Ma, al tempo

²⁷⁰ Così, M. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, Tübingen, 2012, 328, n. 437: «Deshalb stellt die Änderung einer gefestigten Rechtsprechung, die zu einer Ausweitung des Strafbarkeitsbereichs führt, eine Neubestimmung der maßgeblichen Verhaltensnorm dar. Auf den ersten Blick spricht dies für eine Anwendung des verfassungsrechtlichen Rückwirkungsverbots [...]. Eine solche Ausweitung von Art. 103 Abs. 2 GG würde jedoch die Unterschiede zwischen parlamentarischer und höchstrichterlicher Entscheidungstätigkeit überspielen [...]. Deshalb ist es im Ergebnis sachgerecht, diese Fallgruppe dogmatisch wie einen unvermeidbaren Verbotsirrtum zu behandeln». Nella manualistica più recente, V. KREY, R. ESSER, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6^a ed., Stuttgart, 2016, Rn. 727 (ma anche, più in generale sulla questione dell'effetto retroattivo dei mutamenti sfavorevoli della giurisprudenza di legittimità, Rn. 72 ss.); K. HOFFMANN-HOLLAND, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3^a ed., Tübingen, 2015, Rn. 433.

²⁷¹ Cfr. U. NEUMANN, § 17 *StGB*, cit., Rn. 68; J. VOGEL, § 17 *Verbotsirrtum*, in H.W. LAUFHÜTTE, R. RISSING-VAN SAAN, K. TIEDEMANN (a cura di), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, vol. I, cit., Rn. 64; J. JOECKS, § 17, in *MüKoStGB*, cit., Rn. 56; H.-J. RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*, cit., 107 e 42.

²⁷² Per tutti, v. U. NEUMANN, § 17 *StGB*, cit., Rn. 68.

²⁷³ Cfr. C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I, cit., § 21/65; H.-J. RUDOLPHI, § 17, in J. WOLTER (a cura di), *SK-StGB*, cit., Rn. 39; U. NEUMANN, § 17 *StGB*, cit., Rn. 68a e 69; K. GAEDE, § 17, in H. MATT, J. RENZIKOWSKI (a cura di), *Strafgesetzbuch*, München, 2013, Rn. 31; D. STERNBERG-LIEBEN, F.P. SCHUSTER, § 17 *Verbotsirrtum*, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER (a cura di), *Strafgesetzbuch*, cit., Rn. 21.

²⁷⁴ Si noti l'interessante differenza di prospettive tra le corti di legittimità italiana e tedesca con riferimento al soggetto che deve sopportare il rischio di un quadro normativo incerto, ovvero

stesso, così si supera l'idea dell'interpretazione giurisprudenziale come attività di natura meramente cognitiva e si accetta la possibilità di più interpretazioni egualmente legittime di una stessa disposizione, pluralità interpretativa la cui riduzione ad unità si ottiene adottando un criterio gerarchico. Per questi motivi sembra più opportuno il rinvio dell'approfondimento della questione alla seconda parte del lavoro.

di un quadro normativo che non consente al singolo di determinare con certezza se un determinato comportamento potrà risultare penalmente rilevante o no. Si è detto che, secondo la Corte di cassazione italiana, che si richiama sul punto a quanto affermato dalla Corte cost. sentenza n. 364 del 1988, questo rischio è interamente a carico del soggetto, che per evitarlo dovrebbe in ultima istanza – nel caso di dubbio insuperabile – astenersi dal comportamento. Diversa, invece, la posizione della Suprema Corte Federale tedesca che, quantomeno recentemente, in BGH 16.8.2007 – 4 StR 62/07, in NJW, 2007, 3078 ss. ha affermato (al § 14) il principio secondo cui «il rischio di una situazione giuridica estremamente poco chiara non deve essere posto unicamente a carico del destinatario della norma».

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

CAPITOLO I

LA LEGALITÀ PENALE COME PRINCIPIO COSTITUZIONALE

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

1. La riserva di legge come riserva anche di contenuto democratico

Il carattere democratico della nascita della fattispecie astratta di reato ha un fondamentale significato politico-ideologico e al tempo stesso psicologico-sociale²⁷⁵. La rappresentatività del potere legislativo è la principale ragione che giustifica l'attribuzione del potere di compiere la scelta politica essenziale dell'*an* e del *quantum* di criminalizzazione di un determinato comportamento.

Se il principio della rappresentanza della volontà popolare da parte degli eletti costituisce senz'altro un'astrazione, si tratta pur sempre di un'astrazione necessaria. Una condanna prodotta di una decisione di criminalizzazione che si fonda sulla sola autorità del giudice sarebbe dai cittadini difficilmente accettata²⁷⁶. In altre parole, si sarebbe di fronte ad un problema di legittimazione della fonte del diritto penale.

²⁷⁵ Cfr. C. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. I, cit., 146 s.

²⁷⁶ In questo senso, si v. B. SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, cit., 11; volendo, anche G. INSOLERA, *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'“epoca dei giudici”*, in *Criminalia* 2012, 2013, 286 ss.

Il noto cedimento della capacità dell'organo parlamentare di assolvere alle sue funzioni di rappresentanza politica²⁷⁷ ha prodotto uno spostamento d'accento all'interno dell'idea stessa di democrazia come fonte di legittimazione del diritto penale. L'istanza di matrice liberale, notoriamente basata sul monopolio dell'organo parlamentare nella produzione del diritto (penale), si mostra recessiva a fronte di un potenziamento dell'istanza di matrice costituzionale, relativa alla salvaguardia dei diritti fondamentali²⁷⁸. È il fenomeno che – come è stato scritto²⁷⁹ – determina «un movimento evolutivo che va dalla democrazia verso i diritti fondamentali [e] che trae alimento dal crescente e tormentato disincanto nei confronti del “mito” della democrazia parlamentare-rappresentativa»; così, si cerca «la salvaguardia della persona direttamente nell'affermazione dei diritti, saltando la mediazione costituita dalla (ormai inadeguata) mediazione della legge democratica».

Nello stato costituzionale di diritto al principio democratico si affianca il principio di legittimità costituzionale. Con la Costituzione vengono stabilite *ab origine* le condizioni generali per l'adempimento dei compiti dei rappresentanti, condizioni sulla base delle quali vengono legittimamente esercitati tutti i poteri dello stato, incluso quello legislativo²⁸⁰. Da un lato, la democrazia diventa “solo” una delle

²⁷⁷ Su cui, per tutti, v. G. FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in *Foro it.*, 2000, V, 137; ID., *Legalità penale e democrazia*, cit., 1247 ss.; F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, cit., 1279 ss.; T. PADOVANI, *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, Napoli, 2014, 11 ss.; E. DOLCINI, *Leggi penali 'ad personam', riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 50 ss., nonché in E. DOLCINI, *Il carattere generale e astratto della legge e la riserva di legge in materia penale*, in G. COCCO (a cura di), *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, Padova, 2005, 61 ss. e soprattutto 71; C.F. GROSSO, *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, cit., 127 s.

²⁷⁸ Si v. soprattutto F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in G. DE FRANCESCO, A. GARGANI (a cura di), *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche*, Milano, 2017, 16 e 21 s. Utili spunti di riflessione anche in F. PALAZZO, *Costituzionalismo penale e diritti fondamentali*, in AA.VV., *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, 2003, 585 ss.

²⁷⁹ F. PALAZZO, *Legalità penale tra law in the books e law in action*, in A. CADOPPI (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, cit., 67.

²⁸⁰ Cfr. G. SILVESTRI, *Stato di diritto e principio di legalità costituzionale*, in *Ars interpretandi*, 2011, 96 ss.

componenti dello stato costituzionale; dall'altro lato, la legalità non costituisce più solo una garanzia di spazi negativi di libertà e quindi un – per così dire – limite esterno²⁸¹.

Le due direttrici lungo le quali si muove il principio di legalità sono quelle del garantismo e della democraticità e i reciproci rapporti tra queste due istanze riflettono la distribuzione della garanzia tra legge e giudice²⁸². Ciò che veramente cambia nello stato costituzionale di diritto è la stessa configurazione storica del modello politico-costituzionale della separazione dei poteri.

Così, nella concezione forte della separazione dei poteri, il potere statale è diviso e distribuito tra i tre organi. A ciascuno di questi è preclusa ogni interferenza nell'esercizio degli altri poteri. In definitiva, i giudici sono incondizionatamente soggetti alla legge, "buona" o "cattiva" che sia, e in nessun caso possono negarne l'applicazione. A ben vedere, il principio di legalità, inteso come principio in virtù del quale tutti i poteri pubblici sono soggetti alla legge, non si estende al potere legislativo.

Nella concezione – per così dire – debole della separazione dei poteri, il potere statale è diviso e distribuito tra una pluralità di organi, ma si tratta di una divisione del potere senza separazione dei poteri²⁸³. Ciascun potere può impedire agli altri – e in questo senso si può parlare di bilanciamento dei poteri²⁸⁴ o di sistema di *checks and balances* – di abusare delle rispettive attribuzioni. La "sfera di dominio" di ciascun organo non è più assoluta, ma ciascuno dei poteri statali è autorizzato (laddove evidentemente necessario) ad interferire nell'esercizio degli altri poteri.

Questa configurazione della divisione del potere senza separazione dei poteri si riflette inevitabilmente sui rapporti tra legislativo e giudiziario, anche in penale. Ma

²⁸¹ Ancora G. SILVESTRI, *Stato di diritto e principio di legalità costituzionale*, cit., 104.

²⁸² Cfr. S. PAJNO, *Considerazioni sul principio democratico e sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 467 ss.; nonché F. PALAZZO, *Sistema delle fonti e legalità penale*, cit., 286 e M. BERTOLINO, *Diritti, conflitti, Costituzione: la giustizia penale della Consulta tra giudici comuni e legislatore*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, soprattutto 1256 ss.

²⁸³ Cfr. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., 185, n. 34.

²⁸⁴ Si veda, diffusamente, M. TROPER, *Le nuove separazioni dei poteri*, Napoli, 2007, 39 ss.

non nel senso, non condivisibile, che il secondo, soprattutto quando nelle forme del giudice ordinario di merito o di legittimità, può assumere le scelte politiche essenziali di criminalizzazione. Quanto piuttosto in quello che, nella legalità effettuale, alla *ratio* democratico-procedurale della riserva di legge si affianca in misura significativa una *ratio* costituzionale-sostanziale²⁸⁵.

Più esplicitamente, con l'espressione bilanciamento dei poteri non si intende l'equiparazione del ruolo del legislativo al giudiziario (ordinario) nel momento della nascita della fattispecie astratta di reato. Così, si avrebbe non un'implementazione effettuale della riserva di legge penale, ma un annullamento della stessa²⁸⁶.

La *ratio* costituzionale-sostanziale della riserva di legge sottopone, nello stato costituzionale di diritto, anche il legislatore al principio di legalità, nelle forme del principio di legittimità costituzionale. Si potrebbe anche dire che la democrazia parlamentare è integrata dalla democrazia costituzionale, che consiste nel(l'aggiunta del) controllo di legittimità sulla legge da parte della Corte costituzionale²⁸⁷.

²⁸⁵ Cfr. R. BARTOLI, *Incriminatione e giustificazione: una diversa legalità?*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2010, 601 s. in particolare; distinzione tra le due *rationes* successivamente ripresa anche da C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit., 20 s.

²⁸⁶ In questo senso si muove sostanzialmente E. GRANDE, *Uno sguardo oltre il confine. La comparazione giuridica al di là del diritto privato*, in V. BERTORELLO (a cura di), *Io comparo, tu compari, egli compara: che cosa, come e perché?*, Milano, 2003, 145 s. L'Autrice peraltro muove da precedenti studi in prospettiva comparata che l'hanno condotta a ricavare l'idea che la riserva di legge tradizionale di *civil law* non fornisca al cittadino garanzie maggiori rispetto a quelle riconosciute negli ordinamenti di *common law*, ove notoriamente – seppur con ampie differenze – la riserva di legge ha ben altra portata. Per tutti, si v. E. GRANDE, *Accordo criminoso e Conspiracy. Tipicità e stretta legalità nell'analisi comparata*, Padova, 1993, 34 ss., 323 ss. e *passim*.

²⁸⁷ F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., 50 e 55; G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, cit., 1258; si v. anche G. FIANDACA, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in Cass. pen., 2017, 31 ss. Significative anche le considerazioni in prospettiva più storica di P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, 43 ss. Sui rapporti (talvolta problematici) tra principio democratico e controllo di costituzionalità delle leggi si v., per tutti, A. PINTORE, *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, 2003, *passim*.

Questa integrazione della tradizionale democrazia parlamentare è necessaria conseguenza dell'emergente inidoneità dell'organo parlamentare ad assicurare sempre la sostanziale base di legittimazione democratica dei contenuti normativi²⁸⁸.

Andando ancora più a fondo, è chiaro che un sistema di giustizia costituzionale, comunque configurato, è di per sé incompatibile con una separazione dei poteri intesa in senso forte²⁸⁹. In presenza di un tale sistema il parlamento non è sovrano o, meglio, la maggioranza parlamentare non è onnipotente.

I tribunali costituzionali funzionano come istituzioni – per così dire – contro-maggioritarie²⁹⁰, non tanto perché evidentemente e inevitabilmente non hanno carattere rappresentativo, quanto perché operano come limite negativo al legislatore, un limite negativo funzionale alla garanzia delle libertà dei singoli.

Il nucleo garantistico della riserva di legge ha così virato dall'iniziale contenuto democratico (presunto) della legge e dal successivo solo procedimento di formazione democratica della stessa verso anche il suo controllo²⁹¹. Un controllo contenutistico che trascende la stessa garanzia democratica della legalità penale.

In questi (limitati) termini si può parlare di una declinazione effettuale – ma non sostanziale – della legalità penale sotto forma di riserva di legge.

²⁸⁸ Sul nuovo assetto istituzionale del costituzionalismo moderno dovuto (anche) al venir meno del binomio garanzia-legittimazione democratica cfr. M. FIORAVANTI, *Il diritto penale nell'età dello Stato costituzionale*, in L. STORTONI, G. INSOLERA (a cura di), *Gli ottant'anni del Codice Rocco*, cit., 191 ss.; ID., *Fine o metamorfosi?*, in P. ROSSI (a cura di), *Fine del diritto?*, cit., 55 ss. Si v. anche S. PAJNO, *Considerazioni su principio democratico e principio di legalità*, cit., 467 ss.; F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., 55; A. GARGANI, *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia* 2011, 2012, 100 s. e 110; A. PIZZORUSSO, *Principio democratico e principio di legalità*, in *Quest. giust.*, 2003, 351. Recentemente, per una proposta volta al recupero della *ratio* politico-democratica della riserva di legge, si v. G. FORNASARI, *Argomenti per una riserva di legge rafforzata in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 1 ss., 7 s. e 9 ss., nonché cenni anche in lavori precedenti.

²⁸⁹ Cfr. le osservazioni di R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, cit., 185 ss. Da ultimo, S. BARTOLE, *Ragionando di giudici e legislatori*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 3 ss.

²⁹⁰ Così, J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford, 1999, *passim*.

²⁹¹ Si v. F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, cit., 222 s.

2. La trasformazione del divieto di analogia e la sua perdurante natura di *lex imperfecta*

Al volto più strettamente democratico della legalità penale si aggiunge quello improntato in misura maggiore alla tutela della libertà dell'individuo. La possibilità generale della valutazione anticipata delle conseguenze giuridico-sanzionatorie del comportamento progettato è perseguita anche assicurando al singolo individuo una tutela rispetto ad un determinato e concreto esito interpretativo imprevedibile. Sotto questo profilo, accanto alla formulazione determinata della fattispecie incriminatrice e agli strumenti che operano sul piano ordinamentale dell'istituzione giudiziaria, viene in rilievo soprattutto il divieto di analogia *in malam partem*.

Anche questo divieto subisce una trasformazione come conseguenza della diffusa e ormai acquisita consapevolezza della difficoltà che incontra sul piano concreto-applicativo nel momento in cui si imposta il problema sotto il profilo puramente linguistico-testuale.

In estrema sintesi, le difficoltà che incontra la tradizionale concezione del divieto di analogia sono essenzialmente due.

Da un lato, sul piano della struttura del divieto, l'auspicio che quest'ultimo possa limitare l'interpretazione si basa sul presupposto che esista una differenza qualitativa tra analogia e interpretazione. È oggi sufficientemente condivisa l'opinione che ritiene ogni operazione interpretativa e applicativa del diritto come avente in definitiva carattere analogico²⁹².

²⁹² Così, per tutti, W. HASSEMER, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, in *Ars interpretandi*, 1997, 190; B. SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, cit., 17 ss.; ARTH. KAUFMANN, *Analogia e «natura della cosa». Un contributo alla dottrina del tipo*, Napoli, 2003, 37 ss., 60 e *passim* (titolo orig. *Analogie und «Natur der Sache». Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, Heidelberg, 1982); F. PALAZZO, *Regole e prassi nell'interpretazione penalistica nell'attuale momento storico*, cit., 521 ss.; C. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. I, cit., 154 s.; W. HASSEMER, W. KARGL, § 1 *Keine Strafe ohne Gesetz*, in U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN, H.-U. PAEFFGEN (a cura di), *Strafgesetzbuch*, cit., Rn. 95; W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, Napoli, 2007, 160 (titolo orig. *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur Strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln, 1968); K. LARENZ, C.-W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, 2008, 202; G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, cit., 353 ss. e più recentemente ribadito in G. FIANDACA, *Prima lezione*

Dall'altro lato, sul piano più strettamente ermeneutico-semanticamente, l'indeterminatezza della lingua non consentirebbe di stabilire alcun chiaro limite all'attività interpretativa²⁹³.

Tuttavia, rispetto ad una rinuncia al divieto di analogia per via della sua inattuabilità, entrambe queste posizioni sembrano giungere a conclusioni non necessarie.

Come è ormai ampiamente noto, infatti, l'uguaglianza dei procedimenti logici tra analogia e interpretazione non esclude che si possa distinguere tra un'applicazione interna e un'applicazione esterna al significato letterale della disposizione legislativa²⁹⁴: si può parlare, a tal proposito, anche di interpretazione ammessa e interpretazione non ammessa oppure, in termini rispettivamente equivalenti, di analogia consentita e analogia vietata²⁹⁵.

di diritto penale, Bari-Roma, 2017, 126 ss.; infine, si v. anche M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 150 ss. e anche n. 25.

²⁹³ Cfr. G. JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, cit., 4/35 secondo cui si potrebbe «für alle nicht ganz selten verwendeten Wörtern in der Regel ein so umfangreiches Arsenal von umgangssprachlichen Bedeutungen angeboten werden, dass die strafrechtliche Begriffsbildung nicht nennenswert begrenzt wird». Critici rispetto a questa posizione, recentemente, per tutti, K. LÜDERSSEN, „Die Beschreibung ist die Erklärung“, in P.-A. ALBRECHT, S. KIRSCH, U. NEUMANN, S. SINNER (a cura di), *Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2015, 309 ss., nonché J.M. SILVA SÁNCHEZ, *Gesetzesauslegung und strafrechtliche Interpretationskultur*, in H. KUDLICH, J.P. MONTIEL, J.C. SCHUHR (a cura di), *Gesetzlichkeit und Strafrecht*, Berlin, 2012, 67.

²⁹⁴ Cfr. già F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 365 ss., secondo cui «[i]l significato delle parole può senza difficoltà essere assunto a confine tra interpretazione ordinaria e l'analogia, pur nel riconoscimento del carattere originariamente analogico di ogni processo cognitivo». Si v. anche O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, 275 ss., la quale pur avendo argomentato l'impossibilità tecnica di distinguere tra analogia e interpretazione estensiva e la natura inevitabilmente analogica di ogni ragionamento giuridico, finisce per riconoscere che «la lettera della legge si conferma dunque “il limite estremo delle variabili di senso” di un testo» e che «l'analogia vietata (e che deve continuare ad essere vietata) è dunque quella che gioca fuori dell'area semantica delle parole (potremmo chiamarla analogia esterna alla fattispecie)». In questo senso, nella manualistica, v. ad esempio D. PULITANÒ, *Diritto penale*, 6ª ed., Torino, 2015, 135.

²⁹⁵ Si v. C. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. I, cit., 155; W. HASSEMER, W. KARGL, § 1 *Keine Strafe ohne Gesetz*, in U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN, H.-U. PAEFFGEN (a cura di), *Strafgesetzbuch*, cit., Rn. 95 e 98.

Anche la seconda obiezione vuole dire troppo. Se è senz'altro vero che ciascuna parola ha una pluralità di significati²⁹⁶, è altrettanto vero che non ogni significato rientra in una parola e che, quindi, in definitiva può essere sempre individuato un confine. Infatti, se così non fosse, sarebbe addirittura preclusa la possibilità di comunicare e comprendersi attraverso l'impiego di parole²⁹⁷.

Ciò che invece non è dubbio è l'inesistenza di un confine rigido e netto tracciato dal significato linguistico delle parole. E questo anche per la circostanza, qui solamente anticipata²⁹⁸, che il significato linguistico – quantomeno nei c.d. casi difficili – non preesiste all'operazione interpretativa, non è un dato preconstituito che deve essere soltanto scoperto, ma è il risultato della medesima operazione interpretativa svolta dal giudice²⁹⁹.

Come "correttivo" rispetto a questa conclusione si è affermata l'idea di ricorrere al tipo criminoso come criterio valutativo da utilizzare per preservare la *ratio* del divieto di analogia. Così, il criterio del tipo criminoso determina uno spostamento della tutela apprestata da tale divieto dal piano del significato linguistico della disposizione normativa a quello dell'eterogeneità del contenuto tipico di disvalore dei fatti concreti³⁰⁰.

²⁹⁶ Ancora, C. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. I, cit., 149 e 155.

²⁹⁷ Cfr. C. ROXIN, *Der Grundsatz der Gesetzesbestimmtheit im deutschen Strafrecht*, cit., 122; prima, C. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. I, cit., 155; B. SCHÜNEMANN, *Nulla poena sein lege?*, cit., 19; U. NEUMANN, *Juristische Methodenlehre und Theorie der juristischen Argumentation*, in W. KRAWIETZ, M. MORLOK (a cura di), *Vom Scheitern und der Wiederbelebung juristischer Methodik im Rechtsalltag – ein Bruch zwischen Theorie und Praxis?*, Berlin, 2002, 245; W. HASSEMER, W. KARGL, § 1 *Keine Strafe ohne Gesetz*, in U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN, H.-U. PAEFFGEN (a cura di), *Strafgesetzbuch*, cit., Rn. 96a; F.-C. SCHROEDER, *Der Bundesgerichtshof und der Grundsatz „nulla poena sine lege“*, in NJW, 1999, 91 in particolare.

²⁹⁸ Si. v. *infra*, Cap. II, para. 1 ss.

²⁹⁹ Cfr. F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, cit., 1310; più diffusamente anche in F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica*, cit., 266 ss.

³⁰⁰ In questa prospettiva, fondamentalmente, ARTH. KAUFMANN, *Analogia e «natura della cosa»*. *Un contributo alla dottrina del tipo*, cit., *passim*; l'idea di Arth. Kaufmann è stata successivamente sviluppata da W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, cit., *passim*. Nella dottrina penalistica italiana l'idea del tipo è stata ripresa (e, talvolta, sviluppata) da innumerevoli autori. Per tutti, in una prospettiva sotto significativi profili non del tutto

Affrontare qui ulteriormente il tema sposterebbe significativamente il fulcro del lavoro. Sufficiente per proseguire è la seguente presa di posizione. Innanzitutto, il divieto di analogia rappresenta un irrinunciabile vincolo per l'interprete che voglia prendere sul serio il principio di legalità penale. In secondo luogo, come è stato osservato, «[p]er dirimere le controversie ermeneutiche, invocare il divieto d'analogia non fa fare alcun passo avanti, perché la discussione sui punti controversi viene condotta invocando (a ragione o a torto) criteri ammessi di interpretazione (teleologica) di testi normativi»³⁰¹. Inoltre, le garanzie apprestate al singolo a fronte del verificarsi di un mutamento giurisprudenziale sfavorevole non possono in alcun modo sanare (*pro futuro*) una violazione del divieto di analogia³⁰².

Purtuttavia, il divieto di analogia è fortemente menomato sul piano applicativo dalla mancanza di adeguati rimedi estranei alla magistratura stessa³⁰³. Pertanto,

coincidente: da un lato, più verso l'idea del fatto tipico tassativo, pur con aperture ad operazioni valutative da parte del giudice, F. PALAZZO, *Regole e prassi nell'interpretazione penalistica nell'attuale momento storico*, cit., 521 ss.; F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica*, cit., 271; F. PALAZZO, *Il diritto penale tra universalismo e particolarismo*, Napoli, 2011, 16 s. e, più sinteticamente, anche in lavori successivi; dall'altro lato, più verso l'idea del tipo come elaborata da Arth. Kaufmann: M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, 2011, 63 ss.; M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007, 219 ss. Sul punto, di recente, G. CARLIZZI, *Tipo normativo ed ermeneutica penale. Profili storico-concettuali e prospettive teorico-pratiche*, in *Ars interpretandi*, 2016, 91 ss.; M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, in A. CADOPPI (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Roma, 2017, 90 ss.; M. RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano, 2006, 693 ss.; G. DE FRANCESCO, *Due temi controversi: lo sviluppo del "diritto giurisprudenziale" ed i principi intertemporali della legge penale*, in C.E. PALIERO et al. (a cura di), *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, cit., 271 ss., nonché in G. DE FRANCESCO, *Diritto penale mite? Una formula 'bella e infedele'*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 986 ss. in particolare.

³⁰¹ Così, D. PULITANÒ, *Quali ermeneutiche per il diritto penale?*, in *Ars interpretandi*, 2016, 52.

³⁰² In questo senso, per tutti, M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, in A. CADOPPI (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, cit., 107; nonché L. EUSEBI, *L'insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1685 ss. Sulla differenza tra le due questioni, ancora, D. PULITANÒ, *Quali ermeneutiche per il diritto penale?*, cit., 52.

³⁰³ Cfr. M. DONINI, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, cit., 108 s. che rileva come «il divieto [di analogia

concludendo sul punto, fintantoché questa situazione permane, le garanzie apprestate a fronte di un mutamento giurisprudenziale sfavorevole legittimo, ovvero nel caso in cui non vi è stata alcuna violazione del divieto di analogia, svolgeranno un ruolo di garanzia ulteriore rispetto al loro naturale ambito di applicazione, escludendo quantomeno che l'eventuale nuova interpretazione analogica produca conseguenze sfavorevoli rispetto a fatti passati.

3. *La (maggiore) determinatezza come risultato della legge e della giurisprudenza*

Se, da un lato, la formulazione in modo preciso delle fattispecie penali consente di trasferire sul piano applicativo la scelta democratica fatta dall'organo parlamentare, dall'altro lato, sempre il principio di determinatezza della legge penale esprime l'esigenza che vi sia una comunicabilità tra l'ordinamento e il singolo soggetto.

In questa prospettiva, la legalità-determinatezza non svolge più solo una funzione di contenimento delle esigenze repressive di fronte al giudice, ma una ben più significativa funzione di garanzia della libertà di autodeterminazione del soggetto³⁰⁴. La possibilità di effettuare liberamente le proprie scelte comportamentali nei termini della consapevolezza delle conseguenze giuridiche delle proprie azioni presuppone la formulazione delle norme di comportamento in modo tale da rendere conoscibili le possibili conseguenze. Diversamente, la persona sarebbe ridotta, sul piano pratico ma anche su quello ideologico, a strumento del potere punitivo.

In questa seconda direzione garantista della determinatezza ciò che viene in considerazione non è la formulazione della disposizione legale astratta, ma la regola di diritto assunta dal giudice con la sua decisione. A ben vedere, la determinatezza muove dal rapporto legge-giudice anche verso quello stato-individuo.

Tuttavia, la legalità-determinatezza non abbandona interamente la funzione di garanzia svolta nella prima relazione. Si assiste in definitiva ad un mutamento della

rimanga] una *lex imperfecta*, in quanto se tutti i giudici sono concordi nel definire estensiva un'interpretazione analogica, essa sarà definitivamente ammessa [...]».

³⁰⁴ F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, cit., 1307 ss.; nonché in F. PALAZZO, voce *Legalità (Dir. pen.)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. IV, Milano, 2006, 3373 e 3376

ratio, ma nel senso dell'integrazione. In altre parole, la legalità in funzione di libertà significa limite all'esercizio del potere punitivo sia nella misura in cui contiene il rischio di uno straripamento del potere punitivo stesso, sia nel senso di garantire la persona come soggetto e non come mero "oggetto" del meccanismo penale.

La trasformazione della determinatezza dal piano normativo e astratto a quello applicativo e concreto si lega strettamente con il tema dell'interpretazione e si fonda sulla nuova consapevolezza dei limiti della determinatezza.

Andando ancora più a fondo, due sono gli argomenti che vengono in rilievo.

Innanzitutto, l'argomento di natura politico-criminale che muove dalla constatazione che il principio di determinatezza non obbliga il legislatore ad una precisione assoluta, ad ogni costo³⁰⁵. Si tratta dell'individuazione del giusto equilibrio tra le esigenze di precisione e quelle di flessibilità³⁰⁶.

³⁰⁵ Costi che, peraltro, ricadrebbero almeno in parte anche sul cittadino. Infatti, una *eccessiva* precisione nella redazione dei testi legislativi e, in particolare, delle fattispecie incriminatrici avrebbe come risultato quello di costringere eccessivamente il (anche) futuro spazio di applicazione delle medesime, con la diretta conseguenza di una almeno parziale mancata (dissuasione da e quindi) prevenzione di condotte produttive di conseguenze sfavorevoli per il singolo e per la società. Utili spunti di riflessione in questo senso dalla lettura combinata di C. BURCHARD, *Strafrechtslimitation als Motor der Strafrechtsexpansion. Wissenschaftsethische Vorüberlegungen zu "Dual Use Research of Concern" aus dem Bereich der Strafrechtswissenschaften*, in M. Kuhli, M. Ascholt (a cura di), *Strafbegründung und Strafeinschränkung als Argumentationsmuster*, Baden-Baden, 2017, 23 ss. e C. BURCHARD, *Strafverfassungsrecht – Vorüberlegungen zu einem Schlüsselbegriff*, in K. Tiedemann et al. (a cura di), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, Baden-Baden, 2016, 47 s.

³⁰⁶ Cfr., nell'ottica di una ricostruzione costituzionalmente orientata del principio di determinatezza, principio di determinatezza da non intendere quindi più in termini (teorico-)assoluti, oltre a C. BURCHARD, *Strafverfassungsrecht – Vorüberlegungen zu einem Schlüsselbegriff*, cit., soprattutto 46 s., anche J. WESSELS, W. BEULKE, H. SATZGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 2019, § 2, Rn. 72 s. Sul bilanciamento tra i due opposti poli che orientano la politica penale, si v. W. HASSEMER, W. KARGL, § 1 *Keine Strafe ohne Gesetz*, in U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN, H.-U. PAEFFGEN (a cura di), *Strafgesetzbuch*, cit., Rn. 19; A. RÜTHERS, B. FISCHER, T. BIRK, *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, 10^a ed., München, 2018, Rn. 185 che parlano di «kalkulierte Unbestimmtheit». Interessante anche Corte cost., sentenza 16 maggio 1989, n. 247, § 3 laddove afferma che «[...] il principio di determinatezza è violato non tanto allorché è lasciato ampio margine alla discrezionalità dell'interprete [...] bensì quando il legislatore, consapevolmente o meno, s'astiene dall'operare "la scelta" relativa a tutto od a gran parte del tipo di disvalore d'un illecito, rimettendo tale scelta al giudice, che diviene, in tal modo, libero di "scegliere" significati tipici».

Anche se lo volesse – e difficilmente sarà così³⁰⁷ –, al legislatore non è imposta una formulazione delle fattispecie incriminatrici così precisa da eliminare ogni spazio interpretativo ipoteticamente utilizzabile dal giudice³⁰⁸. In poche parole, non gli è richiesto di disciplinare in anticipo l'estrema abbondanza e particolarità dei singoli casi.

Il secondo argomento, di natura tecnico-ermeneutica, si muove non tanto sul piano del dover essere, quanto su quello del – per così dire – poter essere. L'ambiguità del linguaggio, quindi anche del linguaggio giuridico, e la conseguente limitata determinatezza delle disposizioni incriminatrici è un risultato inevitabile del riferimento alla realtà sociale del diritto penale³⁰⁹.

Da un lato, infatti, non esistono in diritto (penale) concetti puramente descrittivi. Si ha, a ben vedere, solo una scala che va dalla maggiore descrittività alla maggiore normatività³¹⁰. Dall'altro lato, è ormai in maggioranza riconosciuto che anche in diritto penale vi sono più tipologie di ambiguità dei concetti giuridici³¹¹ e che, entro

³⁰⁷ Cfr. W. HASSEMER, W. KARGL, § 1 *Keine Strafe ohne Gesetz*, in U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN, H.-U. PAEFFGEN (a cura di), *Strafgesetzbuch*, cit., Rn. 17.

³⁰⁸ Sull'impossibilità di ottenere dal legislatore una fattispecie incriminatrice univoca e non più interpretabile si v., per tutti, G. JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, cit., 4/18; volendo, anche L. SCHULZ, *Neues zum Bestimmtheitsgrundsatz. Zur Entscheidung des BVerfG vom 23. Juni 2010*, in M. HEINRICH, C. JÄGER, H. ACHENBACH, K. AMELUNG, W. BOTTKKE, B. HAFFKE, B. SCHÜNEMANN, J. WOLTER (a cura di), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, Berlin-New York, 2011, 319 ss. Infine, spunti utili anche in F. PALAZZO, *Le scelte penali della Costituente*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. I, Milano, 2000, 342.

³⁰⁹ Cfr. B. SCHÜNEMANN, *Spirale oder Spiegelei? Vom hermeneutischen zum sprachanalytischen Modell der Rechtsanwendung*, in F. HERZOG (a cura di), *Festschrift für Winfried Hassemer*, cit., 240.

³¹⁰ In questo senso, cfr. L. KUHLEN, *Wertfreiheit in der Jurisprudenz?*, in E. HILGENDORF, L. KUHLEN (a cura di), *Die Wertfreiheit in der Jurisprudenz*, Heidelberg, 2000, 33 ss.; E. HILGENDORF, *Tatsachenaussagen und Werturteile im Strafrecht*, Berlin, 1998, 113; il precedente contributo citato di L. Kuhlen si pone in una sorta di "dialogo" rispetto a quest'ultimo lavoro.

³¹¹ Si distingue, per quanto qui interessa, tra vaghezza, porosità e concetti bisognosi di riempimento. In termini quantitativi, questi ultimi sono quelli meno diffusi nella legislazione penale. Si tratta, sostanzialmente, di quei concetti (come «buon costume») che richiedono una determinazione in termini quantitativi di una specifica qualità. I fenomeni della vaghezza e della porosità sono invece significativamente più diffusi. Mentre la vaghezza è contingente, la porosità è vaghezza potenziale. Si ha la prima quando esiste almeno un caso in cui l'applicabilità del concetto non è direttamente ricavabile dal concetto medesimo; la seconda

certi limiti, il principio di determinatezza non è violato dalla loro presenza nella legislazione penale³¹².

3.1. I limiti della teoria del diritto vivente sviluppata dalla Corte costituzionale

La trasformazione della determinatezza dal piano normativo-astratto a quello applicativo-concreto è stata in un primo momento il risultato dello spostamento dell'oggetto del controllo di legittimità costituzionale sulla sufficiente determinatezza delle fattispecie penali dalla sola disposizione legislativa alla disposizione normativa così come vive nella prassi giurisprudenziale.

Si tratta della nota idea del diritto vivente come strumento concettuale impiegato dai giudici costituzionali per perseguire due obiettivi entrambi volti alla salvaguardia della stabilità dell'ordinamento³¹³.

quando un concetto, in un determinato momento, non presenta più casi dubbi, ma li potrà avere in futuro come conseguenza dell'evoluzione sociale. Sulle tre tipologie di ambiguità si v. R. ALEXY, *Die logische Analyse juristischer Entscheidungen*, in R. ALEXY, H.-J. KOCH, L. KUHLEN, H. RÜHMANN, *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Baden-Baden, 2003, 9 ss.; B. SCHÜNEMANN, *Vagheit und Porosität der Umgangssprache als Horizont extensionaler Rechtsfortbildung durch die Straffjustiz. Am Beispiel der verfassungsfeindlichen Sabotage*, in H.-U. PAEFFGEN, M. BÖSE, U. KINDHÄUSER, S. STÜBINGER, T. VERREL, R. ZACZYK (a cura di), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2011, 244 ss.; diffusamente, W. HASSEMER, W. KARGL, § 1 *Keine Strafe ohne Gesetz*, in U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN, H.-U. PAEFFGEN (a cura di), *Strafgesetzbuch*, cit., Rn. 35 ss. Si v. anche C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Milano, 1990, *passim*. Infine, recentemente, riprende e sviluppa le distinzioni in tema di vaghezza affermatesi nella teoria generale del diritto angloamericana D. GRUSCHKE, *Vagheit im Recht: Grenzfälle und fließende Übergänge im Horizont des Rechtsstaats*, Berlin, 2014, 22 ss.

³¹² Così, nella giurisprudenza costituzionale tedesca, già BVerfGE 47, 109 (120); BVerfGE 48, 48 (56); BVerfGE 50, 142 (164).

³¹³ Dal punto di vista costituzionale, fondamentale sul punto rimane l'ampio lavoro di A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*. *Genesi, uso, implicazioni*, Milano, 1994, *passim*. Si v. anche S. BARTOLE, *Corte costituzionale e magistratura*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978, 385 ss., nonché M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984, 264 ss. e *passim* e G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della corte costituzionale*, Milano, 1988, 97 ss.; C. ESPOSITO, *Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione*, in *Giur. cost.*, 1962, 605 ss.; A. ANZON, *La Corte costituzionale e il "diritto vivente"*, in AA.VV., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, vol. II, Padova, 1985, 1 ss. Infine, volendo, A. PUGIOTTO, *La problematica del «diritto vivente» nella giurisprudenza costituzionale del 1994*, in

Innanzitutto, l'impiego dell'idea del diritto vivente è servito alla Corte costituzionale per evitare la dichiarazione di incostituzionalità di fattispecie incriminatrici che sul piano normativo-astratto risultavano carenti di determinatezza, determinatezza o stabile e sufficientemente preciso assetto contenutistico che invece avevano raggiunto solo in un momento successivo alla genesi legislativa attraverso l'interpretazione giurisprudenziale. Dal punto di vista metodologico, l'idea che una fattispecie incriminatrice congenitamente indeterminata possa essere considerata costituzionalmente legittima in virtù del significato consolidato nella giurisprudenza sancisce lo spostamento del baricentro della determinatezza dal legislatore al giudice³¹⁴. Ma, a ben vedere, oltre al destinatario del principio, ciò che muta è prima ancora la sua *ratio*³¹⁵. Fintantoché si rivolge al solo legislatore è evidente che la determinatezza si declina in una prospettiva maggiormente orientata verso il volto democratico della legalità. Al contrario, esteso il principio all'applicazione

Foro it., 1996, I, 474; A. PUGIOTTO, *Il riferimento al diritto vivente*, in Foro it., 1998, II, 95 ss.; S. EVANGELISTA, G. CANZIO, *Corte di cassazione e diritto vivente*, in Foro it., 2005, V, 82 ss. Inoltre, si v. L. MENGONI, voce *Diritto vivente*, in Dig. disc. priv., dir. civ., VI, Torino, 1990, 445 ss.

³¹⁴ Cfr. F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, cit., 70. In termini critici rispetto a questa modalità di impiego del diritto vivente, ovvero come supplenza all'indeterminatezza legislativa, si v., tra gli altri, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 3^a ed., Milano, 2001, 145 s.; F. PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in A.M. STILE (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, 53 ss.; M. PAPA, *La questione di costituzionalità relativa alla disciplina delle armi giocattolo: il «diritto vivente» tra riserva di legge e determinatezza della fattispecie*, in Giur. cost., 1989, 29 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 88 ss.; E. BELFIORE, *Giurisprudenze costituzionali e «diritto penale europeo»*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., 23 ss. e 41. Sui problemi posti in ambito penale dall'uso del concetto di «diritto vivente», cfr. M. BERTOLINO, *Dalla mera interpretazione alla «manipolazione»: creatività e tecniche decisorie della Corte costituzionale tra diritto penale vigente e diritto vivente*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, vol. I, cit., 55 ss. e 135 ss. Infine, si v. anche F. VIGANÒ, *Riflessioni conclusive in tema di 'diritto penale giurisprudenziale', 'partecipazione' e 'concorso esterno'*, in L. PICOTTI, G. FORNASARI, F. VIGANÒ, A. MELCHIONDA (a cura di), *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente*, Padova, 2005, 280 ss.

³¹⁵ Cfr. F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, cit., 1317 e *passim* che parla di «[rovesciamento del] tradizionale orientamento teleologico del principio».

giurisprudenziale, ciò che sembra porsi in primo piano è l'esigenza della "prevedibilità" delle conseguenze giuridiche da parte dei destinatari delle norme.

In secondo luogo, l'idea del diritto vivente ha funzionato anche come strumento di salvaguardia della Corte costituzionale stessa sia rispetto al legislatore sia rispetto al potere giudiziario inteso come giurisdizione di legittimità.

Rispetto al legislatore, è evidente che il mancato impiego del diritto vivente avrebbe comportato – almeno in principio – la necessità di dichiarare l'illegittimità costituzionale di un numero ben superiore di disposizioni penali. Se, da un lato, questo avrebbe senz'altro garantito un maggior rispetto del principio di determinatezza in sede legislativa, dall'altro lato, avrebbe posto la Corte a diretto confronto con il legislatore e, in definitiva, con la società tutta. L'esito sarebbe stato inevitabilmente quello di una politicizzazione della Corte che avrebbe finito per ridurre il ruolo di garanzia³¹⁶.

Anche rispetto al potere giudiziario lo strumento del diritto vivente ha funzionato come mezzo di tutela e talvolta di estensione delle prerogative della Corte costituzionale. Innanzitutto, la Corte ha costantemente escluso che il diritto vivente possa essere il risultato dell'orientamento seguito dalla giurisprudenza di merito³¹⁷. Quindi, il diritto vivente poneva in definitiva in primo piano la questione di quale organo, tra la Corte costituzionale e quella di cassazione, fosse competente a sancire in ultima istanza la corretta interpretazione di una disposizione legislativa.

Brevemente, si possono distinguere tre fasi di evoluzione del rapporto tra le due corti nell'impiego del diritto vivente³¹⁸.

³¹⁶ In questo senso, F. PALAZZO, *La scienza giuridica di fronte alla giurisprudenza (Diritto penale)*, in Riv. it. scien. giur., 2013, 151.

³¹⁷ Giurisprudenza costante ribadita nel tempo, in modo particolarmente significativo, da Corte cost., sentenza 30 aprile 1984, n. 120; Corte cost., sentenza 30 gennaio 2002, n. 1; Corte cost., sentenza 17 giugno 2010, n. 217; Corte cost., sentenza 5 aprile 2012, n. 78: «Fermo il punto che alcune pronunce adottate in sede di merito non sono idonee ad integrare un diritto vivente».

³¹⁸ Da un punto di vista penalistico, affronta il tema del diritto vivente nel rapporto tra le due corti G. INSOLERA, *Luci e ombre del diritto penale vivente*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, 2352 ss.; recentemente, anche T.E. EPIDENDIO, *I rapporti tra Corte costituzionale e Cassazione in tema di legalità*, in A. CADOPPI (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, cit., 233 ss.

Nella prima fase si assiste a vicende di contrasti interpretativi tra il giudice di nomofilachia e la Corte costituzionale. Si tratta in particolare di quei casi in cui quest'ultima ha fornito essa stessa un'interpretazione della disposizione in grado di escludere la presenza del vizio denunciato, concludendo quindi il giudizio nel senso dell'infondatezza della questione sollevata sulla scorta della nuova esegesi. Se non che questa nuova esegesi non venne successivamente condivisa dalla giurisprudenza di legittimità e la Corte costituzionale si trovò in più occasioni a dover successivamente dichiarare l'illegittimità costituzionale della medesima disposizione precedentemente salvata³¹⁹.

Con la celebre sentenza n. 276 del 1974 si apre idealmente la seconda fase, caratterizzata dalla parziale autolimitazione da parte della Corte costituzionale della sua libertà interpretativa con l'elaborazione del sintagma del diritto vivente inteso come accettazione, ai fini dell'accertamento della legittimità costituzionale di una disposizione, del significato attribuitole in particolare dal giudice di nomofilachia³²⁰.

I contrasti tra i due giudici si spostano sul piano dell'accertamento circa l'esistenza di un diritto vivente. Più precisamente, l'accertamento circa la sussistenza del diritto vivente ha funzionato sia sul piano qualitativo sia su quello quantitativo da – per così dire – grimaldello per estendere il potere interpretativo della Corte costituzionale.

Dal punto di vista qualitativo, la Corte ha rivendicato il potere di controllare la correttezza dell'interpretazione divenuta diritto vivente³²¹. Dal punto di vista

³¹⁹ Per un primo caso, rispettivamente Corte cost., sentenza 2 luglio 1956, n. 8 e Corte cost., sentenza 27 maggio 1961, n. 26. Successivamente, il contrasto si ripeté in termini più accentuati nella vicenda oggetto prima di Corte cost., sentenza 19 febbraio 1965, n. 11 e poi di Corte cost., sentenza 26 giugno 1965, n. 52.

³²⁰ Oltre a Corte cost., sentenza 11 dicembre 1974, n. 276 («Il sistema di diritto vivente, elaborato dalla giurisprudenza, [...] non contrasta con principi o precetti costituzionali»), si inseriscono in questo filone anche Corte cost., sentenza 1 febbraio 1982, n. 7; Corte cost., sentenza 8 marzo 1985, n. 56; Corte cost., sentenza 6 aprile 1995, n. 110: «[...] ciò che non può richiedersi, attraverso il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, è una sorta di “revisione di grado ulteriore dell'interpretazione offerta dalla Cassazione [...]” mentre quando – come nella specie – il giudice a quo assuma tale interpretazione in termini di “diritto vivente”, allora è consentito richiedere l'intervento di questa Corte affinché controlli la compatibilità dell'indirizzo consolidato con i principi costituzionali».

³²¹ Significativamente, Corte Cost., sentenza 3 marzo 1997, n. 58: «sembra, infatti, chiaro che il potere di identificare le condizioni di esistenza di un diritto vivente conservano alla Corte

quantitativo, sia il parametro di valutazione della stabilità di un determinato orientamento³²² sia il numero e la tipologia di sentenze necessarie per constatare la presenza di un diritto vivente non hanno ricevuto una definitiva e precisa elaborazione³²³.

Nella terza e ultima fase si assiste al consolidamento dell'orientamento secondo cui la Corte costituzionale recepisce in sede di scrutinio di legittimità la norma come risultato del diritto vivente³²⁴. E così, un ruolo di primo piano è in particolare riconosciuto alle pronunce delle Sezioni unite³²⁵.

In diritto penale, lo strumento del diritto vivente è tuttavia stato utilizzato in pronunce più e meno recenti anche nel senso di una legittimazione di un contributo con-costitutivo da parte della giurisprudenza di legittimità, nel senso che la presenza di un tale diritto vivente sarebbe stata idonea a rimediare alla mancanza originaria di precisione del precetto penale³²⁶.

costituzionale il potere di verificare la correttezza dell'esegesi offerta dell'organo titolare del potere di nomofilachia [...].»

³²² Cfr., per tutte, Corte cost., sentenza 26 ottobre 1982, n. 171 («ferma giurisprudenza della Corte di cassazione»); Corte cost., sentenza 19 gennaio 1984, n. 1 («pacifica»); Corte cost., sentenza 20 giugno 1984, n. 178 («consolidata»); Corte cost., sentenza 15 novembre 1985, n. 284 («giurisprudenza concorde della Corte di Cassazione»); Corte cost., ordinanza 20 luglio 1994, n. 326 («univoco indirizzo interpretativo adottato in merito dalla Corte di cassazione»).

³²³ Cfr., tra le altre, Corte cost., sentenza 17 marzo 1998, n. 64 («[pronunce della Corte di cassazione] numerose e distribuite nell'arco di un lungo periodo»); Corte cost., ordinanza 26 gennaio 1990, n. 33 («numerossime decisioni»); Corte cost., sentenza 29 maggio 2013, n. 107 («una serie di decisioni della Corte di cassazione»); Corte cost., ordinanza 28 novembre 1994, n. 410 («[insufficienza] di un'unica pronuncia»); Corte cost., sentenza 5 aprile 1991, n. 142 («la premessa interpretativa [...] trova riscontro nell'orientamento della giurisprudenza di Cassazione, ancorché espressa dall'unica pronuncia sul tema»).

³²⁴ In particolare, Corte cost., sentenza 6 luglio 2006, n. 266.

³²⁵ Per tutte, cfr. Corte cost., sentenza 16 maggio 2008, n. 147; Corte cost., sentenza 22 dicembre 2011, n. 338; Corte cost., sentenza 10 maggio 2012, n. 117. Precedentemente, al contrario, la pronuncia delle Sezioni unite non è di per sé sufficiente a costituire il diritto vivente: Corte cost., sentenza 23 aprile 1998, n. 138; Corte cost., sentenza 3 novembre 2005, n. 408 («[...] ma anche perché non può dirsi che l'orientamento da ultimo espresso dalle predette Sezioni unite costituisca "diritto vivente"»).

³²⁶ Così, la celebre Corte cost., ordinanza 18 gennaio 1989, n. 11 con nota critica di M. PAPA, *La questione di costituzionalità relativa alla disciplina delle armi giocattolo: il «diritto vivente» tra riserva di legge e determinatezza della fattispecie*, cit., 29 ss. il quale conclude nel senso che «la nozione di

Se non che una tale impostazione si pone non solo in contrasto con altre pronunce della stessa Corte che hanno invece affermato – quantomeno come principio – la rigida riserva al legislatore del potere (e dovere) di assumere le scelte di criminalizzazione³²⁷, ma con lo stesso principio costituzionale di determinatezza, finendo in sostanza per svuotarlo³²⁸.

La determinatezza come risultato della legge e della giurisprudenza non va quindi intesa tanto sul piano delle fonti del diritto penale, ovvero come una rinuncia alla determinatezza legislativa e la sua sostituzione con quella giudiziaria. Al contrario, l'integrazione della prima determinatezza con la seconda opera sul piano garantistico ed è in grado di assicurare un innalzamento delle tutele.

In estrema sintesi si può dire che, accettata l'idea dell'impossibilità di una determinatezza legislativa assoluta, nell'ottica della determinatezza come calcolabilità delle conseguenze giuridiche si vengono a formare due diversi stadi di determinatezza: quello – per così dire – base che è il risultato dell'attività normativa del parlamento e uno – sempre per così dire – ulteriore raggiunto all'esito

determinatezza presuppone sempre – sia per ragioni di certezza che soprattutto di garanzia – che la significazione astratta sia espressa dalla legge scritta» risultando insufficiente la sua sostituzione attraverso una uniforme e stabile interpretazione giurisprudenziale. Esemplari anche: Corte cost., sentenza 1 agosto 2008, n. 327 in tema di disastro innominato (art. 434 c.p.), con commento critico di F. GIUNTA, *I contorni del «disastro innominato» e l'ombra del «disastro ambientale» alla luce del principio di determinatezza*, in *Giur. cost.*, 2008, 3539 ss., e Corte cost., sentenza 11 giugno 2014, n. 172 con riferimento al delitto di atti persecutori (art. 612 bis c.p.). Favorevole alla posizione sviluppata dalla giurisprudenza costituzionale F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 66. Sull'impiego del diritto vivente da parte della Corte costituzionale si v. anche M. BERTOLINO, *Dalla mera interpretazione alla «manipolazione»: creatività e tecniche decisorie della Corte costituzionale tra diritto penale vigente e diritto vivente*, in *AA.VV., Studi in onore di Mario Romano*, vol. I, cit., 140 ss.

³²⁷ Cfr. Corte cost., sentenza 30 luglio 2008, n. 327, § 6, laddove, apprezzando la determinatezza del concetto di «disastro», i giudici costituzionali affermano che «l'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non valga, di per sé, a colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale. Sostenere il contrario significherebbe, difatti, "tradire" entrambe le funzioni del principio di determinatezza».

³²⁸ Su questa modalità di impiego del diritto vivente si v. da ultimo le osservazioni critiche di A. CAVALIERE, *Radici e prospettive del principio di legalità. Per una critica del "diritto penale vivente" interno ed europeo*, in *Indice pen.*, 2017, 663 ss.; prima, F.C. PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in A.M. STILE (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, 55 ss.

dell'interpretazione giurisprudenziale³²⁹. Non solo la prima (determinatezza legislativa) non può essere sostituita nel suo nucleo fondante dalla seconda (determinatezza giurisprudenziale), ma non può nemmeno essere travalicata dalla seconda. In due parole, la determinatezza legislativa è nucleo fondante e confine insuperabile della (ulteriore) determinatezza raggiunta – in un secondo momento – giurisprudenzialmente.

3.2. Gli strumenti per garantire la determinatezza sotto forma di calcolabilità. La Wesentlichkeitslehre come metodo

La consapevolezza, ormai pressoché indiscussa³³⁰, dell'inevitabilità di una certa misura di indeterminatezza all'esito della formulazione legislativa delle fattispecie incriminatrici, indeterminatezza dovuta anche alla pluralità di interpretazioni consentite (almeno in ipotesi) da ciascuna parola, ha spinto il Tribunale costituzionale federale tedesco ad abbandonare da tempo l'idea dell'assoluta determinatezza raggiunta con il testo normativo.

Il problema che si pone non è solo quello di individuare un limite oltre il quale l'indeterminatezza è incostituzionale, ma anche quello di garantire la maggiore determinatezza possibile del – per così dire – prodotto normativo finito.

La posizione più recente dei giudici costituzionali tedeschi si è orientata verso l'idea di un duplice stadio di determinatezza³³¹.

³²⁹ Interessanti indicazioni in questo senso in M. HETTINGER, A. ENGLÄNDER, *Täterbelastende Rechtsprechungsänderungen im Strafrecht. Zur Reichweite von Art. 103 Abs. 2 GG*, cit., 152

³³⁰ Per tutti, C. ROXIN, *Strafgesetzbuch Allgemeiner Teil*, vol. I, cit., 149 e 173.

³³¹ Per una rassegna delle altre posizioni, anche dottrinali, si v. brevemente C. ROXIN, *Strafrechtbuch Allgemeiner Teil*, cit., 174 ss., nonché H. SATZGER, § 1 StGB, in H. SATZGER, W. SCHLUCKEBIER, G. WIDMAIER (a cura di), *StGB. Strafgesetzbuch Kommentar*, Köln, 2019, Rn. 16 ss. Da ultimo, volendo: S. ERNE, *Das Bestimmtheitsgebot im nationalen und internationalen Strafrecht am Beispiel des Straftatbestands der Verfolgung*, Baden-Baden, 2016, 42 ss.; E. COHEN, *Im Zweifel für die Strafe? Der Umgang mit dem Legalitätsprinzip im materiellen Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung des Bestimmtheitsgebotes und des Analogieverbotes*, Zürich, 2015, 15 ss. e 66 ss.; nonché, in una prospettiva più ermeneutico-filosofica, S. ZAUFAL, *Was kann ein strafrechtlicher Tatbestand leisten? Die Bestimmtheit von Strafnormen als hermeneutisch-methodisches Problem im Verfassungsstaat*, Baden-Baden, 2018, soprattutto 224 ss. Di questi ultimi tre Autori, solo l'ultima – anche in virtù della prospettiva assunta a base dello studio – approfondisce veramente la nuova declinazione della legalità-determinatezza penale.

Il primo stadio, orientato verso la garanzia del volto democratico della legalità, consiste nell'idea che il legislatore debba assumere tutte le decisioni essenziali relative alla rilevanza penale di una determinata tipologia di comportamenti³³².

Il secondo, orientato al contrario verso la garanzia della calcolabilità delle conseguenze giuridiche del proprio comportamento da parte del cittadino, consiste nell'ulteriore – quindi, non alternativa – determinatezza che può essere raggiunta attraverso la prassi giurisprudenziale³³³.

Rispetto al primo profilo, la teoria dell'essenzialità (*Wesentlichkeitstheorie* o *Wesentlichkeitslehre*) è stata originariamente sviluppata in ambito costituzionale e principalmente con riferimento ai rapporti tra potere legislativo e potere esecutivo³³⁴. In poche parole, se la riserva assoluta di legge a favore del potere legislativo si dimostra in concreto irrealizzabile, la teoria dell'essenzialità serve come "impalcatura" per rideterminare i rapporti tra poteri dello stato³³⁵. Infatti, il principio dello stato di diritto e il principio democratico impongono che tutte le decisioni fondamentali siano assunte dal legislatore; tutte le altre, al contrario, non sarebbero in base al criterio dell'essenzialità più soggette al divieto di delega (*Delegationverbot*) agli altri poteri statali³³⁶.

³³² Così, per tutte, BVerfGE 75, 329 (340 s.); BVerfGE 101, 1 (34); BVerfGE 108, 282 (312); recentemente e in modo ancora più significativo BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 23. Juni 2010 – 2 BvR 2559/08 (71), da ora in poi *BVerfG, Untreuetatbestand*, e BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 21. September 2016 – 2 BvL 1/15 (38).

³³³ Cfr. sul punto la fondamentale pronuncia BVerfG, *Untreuetatbestand* (80).

³³⁴ Su cui, oltre ai lavori richiamati successivamente, v. per tutti D. HÖMIG, *Grundlagen und Ausgestaltung der Wesentlichkeitslehre*, E. SCHMIDT-ABMANN, D. SELLNER, G. HIRSCH, G.-H. KEMPER, H. LEHMANN-GRUBE (a cura di), *Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, Köln, 2003, 273 ss.; P. LERCHE, § 62 *Vorbehalt des Gesetzes und Wesentlichkeitstheorie*, in D. MERTEN, H.-J. PAPIER (a cura di), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, vol. III, Heidelberg, 2009, *passim*; D.C. UMBACH, *Das Wesentliche an der Wesentlichkeitstheorie*, in W. ZEIDLER, T. MAUNZ, G. ROELLECKE (a cura di), *Festschrift Hans Joachim Faller*, München, 1984, 112 ss.

³³⁵ Si v. H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18^a ed., München, 2011, § 6, Rn. 3 ss.

³³⁶ Si parla a tal proposito anche di «Gesetzesvorbehalt mit Delegationsverbot», ovvero di riserva di legge con divieto di delega: si v. BVerfGE 106, 1 (22 s.). Cfr. Anche V. MEHDE, *Art. 28 Abs. 1*, in T. MAUNZ, G. DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, München, 2018, Rn. 80 ss.; H. SCHULZE-FIELITZ, *Art. 20 (Rechtsstaat)*, in H. DREIER (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, vol. II, Tübingen, 2006, 119.

Solo più recentemente la teoria dell'essenzialità si è affacciata anche in materia penale, nonché – seppur ancora con qualche diffidenza – rispetto ai rapporti tra legislativo e giudiziario³³⁷.

È chiaro che a fronte di una teorizzazione di questo tipo – al tempo stesso di estremo significato, perché ricostruisce in una prospettiva più moderna e realistica la separazione dei poteri, ma anche “banale”, perché riconducibile all'idea originaria stessa della riserva di legge³³⁸ – il principale problema diventa quello di determinare quale sia il contenuto essenziale rispetto alla singola disposizione oggetto del giudizio di costituzionalità³³⁹.

In materia penale, il contenuto della nozione di essenzialità come risultato del principio di determinatezza in virtù dell'art. 103, co. 2, GG si muove essenzialmente tra due poli.

Da un lato, il Tribunale costituzionale federale tedesco afferma che «il grado di determinatezza che il singolo reato deve avere non può, dopo tutto, essere determinato in astratto» e ancora che «occorre pertanto decidere, attraverso una

³³⁷ Da ultimo, rispetto al tema delle cause di giustificazione, nel tentativo di promuovere anche rispetto a queste ultime un'estensione (tradizionalmente negata) del principio di legalità sotto forma, in particolare, di determinatezza si v. C. BURCHARD, *Die strafverfassungsrechtliche Verpflichtung (Art. 103 Abs. 2 GG) des Gesetzgebers, das Wesentliche der Rechtfertigungsgründe selbst zu regeln. Zugleich ein Debattenbeitrag zu Whistleblowing und Investigativjournalismus*, in StV, 2019, 639 ss. Prima, in prospettiva strettamente costituzionale e quindi orientata verso il tentativo di rielaborare la riserva di legge alla luce della “nuova” declinazione del principio della separazione dei poteri nei rapporti soprattutto tra legislativo e giudiziario, C. HILLGRUBER, *Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem*, in JZ, 1996, 118 ss.; C. DIETER CLASSEN, *Gesetzesvorbehalt und Dritte Gewalt*, in JZ, 2003, 693 s.; U. R. HALTERN, F. C. MAYER, C. R. MÖLLERS, *Wesentlichkeitstheorie und Gerichtsbarkeit. Zur institutionellen Kritik des Gesetzesvorbehaltes*, in DV, 1997, 51 ss.

³³⁸ Cfr. F. OSSENBÜHL, *Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes*, in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (a cura di), *Handbuch des Staatsrechts*, Heidelberg, 2003, § 101, Rn. 52 ss.; P. LERCHE, *Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsprägung und Grundrechtseingriff*, in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (a cura di), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. V, 2000, § 121, Rn. 46.; E. SCHMIDT-ABMANN, *Der Rechtsstaat*, in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (a cura di), *Handbuch des Staatsrechts*, cit., § 26, Rn. 64 s.

³³⁹ Cfr. F. OSSENBÜHL, *Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes*, in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (a cura di), *Handbuch des Staatsrechts*, cit., § 101, Rn. 56. In questo senso, decise critiche all'idea dell'essenzialità sono mosse da M. KLOEPFER, *Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel*, in JZ, 1984, 692 in particolare dove afferma che la *Wesentlichkeitstheorie* funziona «theoretisierende Bemäntelung freier richterlicher Dezision: Wesentlich ist, was BVerfG dafür hält».

valutazione d'insieme, tenendo conto delle possibili alternative normative, se il legislatore nel singolo caso di specie ha adempiuto agli obblighi che gli incombono in virtù dell'articolo 103, paragrafo 2, GG»³⁴⁰.

Dall'altro lato, principale criterio per valutare il grado e l'ampiezza della nozione di essenzialità è quello dell'intensità dell'intromissione statale nella libertà dei singoli individui³⁴¹. È pertanto evidente che, poiché in materia penale l'intromissione si realizza nella sua massima ampiezza, il criterio dell'essenzialità dovrà essere inteso in un senso significativamente più ampio rispetto a quanto avviene nelle altre aree del diritto. Così, «il principio generale dello Stato di diritto, secondo cui il legislatore prende tutte le decisioni essenziali relative [alle limitazioni] all'esercizio dei diritti fondamentali [...], vale in modo particolarmente rigoroso nell'ambito del diritto penale sostanziale, settore estremamente sensibile rispetto alla tutela dei diritti fondamentali»³⁴².

3.3. *Segue. Il Präzisierungsgesetz*

Sulla base dell'idea che, da un lato, le leggi penali devono essere formulate in modo tale che «[...] i destinatari della norma possano, in linea di massima, prevedere già sulla base del testo della disposizione legislativa se la condotta è punibile o meno»³⁴³ e che, dall'altro lato, a causa dell'inevitabile generalità e astrattezza delle disposizioni penali «in singoli casi può sorgere il dubbio se la condotta rientri o meno nell'ambito di applicazione della fattispecie incriminatrice»³⁴⁴, il Tribunale costituzionale federale tedesco estende la legalità-determinatezza anche alla

³⁴⁰ In particolare, v. BVerfGE 28, 175 (183) e BVerfG, Untreuetatbestand (74).

³⁴¹ Così, BVerfGE 47, 175 (183); BVerfGE 49, 89 (126 s.); BVerfGE 111, 191 (217): «[...] mit Blick auf den jeweiligen Sachbereich und auf die Eigenart des betroffenen Regelungsgegenstandes, insbesondere die Intensität der Grundrechtseingriffe». Sugli altri criteri, diffusamente, J. STAUPE, *Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis. Zur „Wesentlichkeitstheorie“ und zur Reichweite legislativer Regelungskompetenz, insbesondere im Schulrecht*, Berlin, 1986, 104 ss.

³⁴² BVerfG, Untreuetatbestand (71).

³⁴³ Per tutte, BVerfGE 48, 48 (56 s.); BVerfGE 92, 1 (12); BVerfG, Untreuetatbestand (71).

³⁴⁴ Ancora, le pronunce richiamate alla nota precedente, negli stessi paragrafi salvo BVerfG, Untreuetatbestand (73), nonché BVerfGE 75, 329 (341 s.).

giurisprudenza. Con un ragionamento di fondo che richiama molto da vicino la teoria del diritto vivente, i giudici costituzionali tedeschi accettano l'idea che un certo grado di indeterminatezza della fattispecie penale sia inevitabile e soprattutto non costituzionalmente illegittimo tutte le volte in cui si sia raggiunta una maggior precisione attraverso una consolidata giurisprudenza di legittimità³⁴⁵.

La fondamentale differenza è che non solo il se, ma anche entro certi limiti il come della concretizzazione giurisprudenziale è soggetto al controllo da parte del Tribunale costituzionale attraverso la possibilità di presentare un ricorso individuale per violazione di principi costituzionali³⁴⁶. Così, riservato il compito di interpretare le disposizioni penali in capo alla giurisprudenza, in particolare di legittimità, si mira al tempo stesso ad evitare che la concretizzazione giurisprudenziale possa avvenire al di fuori del testo legislativo³⁴⁷.

³⁴⁵ Cfr. BVerfG, Untreuetatbestand (75): «Verfassungsrechtliche Bedenken, die die Weite eines Tatbestands (-merkmals) bei isolierter Betrachtung auslösen müsste, können zudem durch weitgehende Einigkeit über einen engeren Bedeutungsinhalt, insbesondere durch eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung, entkräftet werden». Prima già, BVerfGE 26, 41 (43); BVerfGE 92, 1 (18). Sulla posizione del giudice costituzionale tedesco v. le osservazioni in termini problematici di L. KUHLEN, *Die Verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen*, Heidelberg, 2006, 97 s., ribadite successivamente anche in L. KUHLEN, *Zum Verhältnis vom Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot*, in G. DANNECKER (a cura di), *Festschrift für Harro Otto. Zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*, Köln, 2007, 104 s.

³⁴⁶ Sul rimedio, sul suo utilizzo e sulla sua efficacia v., limitatamente a quanto qui di interesse, M. JAHN, C. KREHL, M. LÖFFELMANN, G.-F. GÜNTGE, *Die Verfassungsbeschwerde in Strafsachen*, 2^a ed., Heidelberg, 2017, soprattutto 52 ss., 230 ss. e 258 ss.

³⁴⁷ Che non si tratti di un controllo destinato a rimanere un'affermazione di principio è testimoniato dalla celebre decisione Sitzblockade II (BVerfGE 92, 1) con la quale i giudici costituzionali hanno escluso che il concetto di «Gewalt» al § 240 StGB potesse essere interpretato non solo in termini fisico-corporali, ma anche in termini psicologici. Nonostante il *Bundesverfassungsgericht* abbia argomentato questa conclusione sulla base della violazione del principio di determinatezza, vi sono valide ragioni per ritenere che, in realtà, ciò che è stata sanzionata sia una violazione del divieto di analogia. Cfr. U. NEUMANN, *Die Rechtsprechung im Kontext des verfassungsrechtlichen Prüfungsprogramms zu Art. 103 Abs. 2 GG (Rückwirkungsverbot, Analogieverbot, Bestimmtheitsgebot)*, in C. FAHL, E. MÜLLER, H. SATZGER, S. SWOBODA (a cura di), *Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe. Festschrift für Werner Beulke*, cit., 204 s. e 208 e, con una più ampia ricostruzione della vicenda, W. KARGL, *Strafrecht. Einführung in die Grundlagen von Gesetz und Gesetzlichkeit*, Baden-Baden, 2019, 296 ss. Sulla pronuncia, per tutti, v. anche V. KREY, *Das Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe - ein Gericht läuft aus dem Ruder. Kritische Anmerkungen anlässlich des Sitzblockaden-Beschlusses des Ersten Senats vom 10.1.1995*, in

Sulla base di questi presupposti – necessità di un testo legislativo il più chiaro e preciso possibile, inevitabile (entro certi limiti) indeterminatezza delle disposizioni incriminatrici, controllo da parte del Tribunale costituzionale federale tedesco sul se e (limitatamente) sul come dell'interpretazione giurisprudenziale – il secondo senato del medesimo Tribunale introduce in capo alla giurisprudenza di legittimità un obbligo di precisazione delle fattispecie incriminatrici: «[...] ist die Rechtsprechung gehalten, verbleibende Unklarheiten über den Anwendungsbereich einer Norm durch Präzisierung und Konkretisierung im Wege der Auslegung nach Möglichkeit auszuräumen (Präzisierungsgebot)»³⁴⁸. Ancora, significativamente, in tutti i casi in cui il destinatario del precetto penale ha solo la possibilità – ma non la certezza – di conoscere la penale rilevanza del comportamento «la giurisprudenza è soggetta ad un particolare obbligo di collaborazione al fine di rendere riconoscibili le condizioni della rilevanza penale di una determinata condotta»³⁴⁹.

JR, 1995, 221 ss.; G. ROELLECKE, *Bio-Recht oder Sanftmut von Gesäß-Protestierern*, in NJW, 1995, 1525 ss.; F.-C. SCHROEDER, *Sitzblockade keine Gewalt*, in JuS, 1995, 875 ss. Al contrario, per l'interpretazione giurisprudenziale italiana del concetto di violenza fisica, dilatato ben oltre la tradizionale energia fisica *corporis corpori data*, fino al punto da ricomprendere l'uso di qualunque mezzo idoneo ad incidere sull'altrui volontà v., da ultimo, Cass., Sez. V, sentenza 19 ottobre 2015 (dep. 7 dicembre 2015), n. 48346 e Cass., Sez. V, sentenza 12 ottobre 2017 (dep. 30 novembre 2017), n. 53978.

³⁴⁸ Così, la fondamentale e sotto questo profilo estremamente innovativa pronuncia in tema di *Untreue*: BVerfG, *Untreuetatbestand* (80). Sulla sentenza, sotto differenti prospettive, T. FISCHER, *Strafbarer Gefährdungsschaden oder strafloser Untreueversuch. Zur Bestimmtheit der Untreue-Rechtsprechung*, in StV, 2010, 95 ss.; F. SALINGER, *Das Untreuestrafrecht auf dem Prüfstand der Verfassung*, in NJW, 2010, 3195 ss.; B. SCHÜNEMANN, *Der Begriff des Vermögensschadens als archimedischer Punkt des Untreuetatbestandes*, in StraFo, 2010, 477 ss.; E. KRAATZ, *Der Untreuetatbestand ist verfassungsgemäß - gerade noch!*, in JR, 2011, 434 ss.; M. BÖSE, *Die aktuelle Entscheidung Das Bundesverfassungsgericht »bestimmt« den Inhalt des Untreuetatbestandes*, in Jura, 2011 617 ss. e soprattutto 620; M. KRÜGER, *Neues aus Karlsruhe zu Art. 103 II GG und § 266 StGB*, in NStZ, 2011, 369 ss.; H. KUDLICH, *Konkretisierungsauftrag erfüllt?*, in ZWH, 2011, 1 ss.; D. BASAK, *Die Aufgabe des Bestimmtheitsgrundsatzes durch das Bundesverfassungsgericht und ihre Folgen für die anderen Aspekte des strafrechtlichen Gesetzlichkeitsprinzips (§ 1 StGB, Art. 103 Abs. 2 GG)*, in B. BRUNHÖBER, K. HÖFFLER, J. KASPAR, T. REINBACHER, M. VORMBAUM (a cura di), *Strafrecht und Verfassung. 2. Symposium Junger Strafrechtlerinnen und Strafrechtler*, Baden-Baden, 2013, 71 ss.; infine, gli ulteriori lavori (soprattutto di U. Neumann e L. Kuhlen) richiamati in nota nel prosieguo del paragrafo.

³⁴⁹ BVerfG, *Untreuetatbestand* (80).

L'attribuzione in capo alla giurisprudenza di un obbligo di contribuire, beninteso esclusivamente all'interno dei possibili significati della disposizione legislativa, alla determinatezza delle fattispecie incriminatrici determina una trasformazione del modo tradizionale di concepire il principio di determinatezza stesso³⁵⁰. Così, mentre la legalità-determinatezza è tradizionalmente rivolta al solo legislatore, in questo modo si riconosce che il compito di determinare le fattispecie penali è il risultato del lavoro congiunto, nell'ambito delle rispettive competenze, di legislatore e giurisprudenza di legittimità³⁵¹. Meglio, attraverso la prassi applicativa giurisprudenziale si ottiene un'ulteriore precisazione della disposizione legislativa³⁵².

Andando ancora più a fondo, appare quindi evidente come questa estensione del principio di determinatezza alla giurisprudenza non si fondi tanto sul principio della

³⁵⁰ Cfr. L. KUHLEN, *Gesetzlichkeitsprinzip und Untreue*, in JR, 2011, 248 s. Per considerazioni critiche rispetto alla posizione del BVerfG, v. M. KRÜGER, *Neues aus Karlsruhe zu Art. 103 II GG und § 266 StGB*, cit., 369 e 371.

³⁵¹ Cfr. U. NEUMANN, *Die Rechtsprechung im Kontext des verfassungsrechtlichen Prüfungsprogramms zu Art. 103 Abs. 2 GG (Rückwirkungsverbot, Analogieverbot, Bestimmtheitsgebot)*, cit., 199; L. KUHLEN, *Unbestimmtheit und unbegrenzte Auslegung des Strafrechts?*, in U. MURMANN (a cura di), *Recht ohne Regeln? Die Entformalisierung des Strafrechts*, Göttingen, 2011, 30 s.; L. KUHLEN, *Das Gesetzlichkeitsprinzip in der deutschen Praxis*, in E. HILGENDORF (a cura di), *Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht. Ein deutsch-chinesischer Vergleich*, cit., 58 ss. Prima, già L. KUHLEN, *Zum Verhältnis vom Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot*, cit., 89 e 102 ss.

³⁵² Così, M. HETTINGER, A. ENGLÄNDER, *Täterbelastende Rechtsprechungsänderungen im Strafrecht. Zur Reichweite von Art. 103 Abs. 2 GG*, cit., 152; B. SCHÜNEMANN, *Spirale oder Spiegelei? Vom hermeneutischen zum sprachanalytischen Modell der Rechtsanwendung*, in F. HERZOG (a cura di), *Festschrift für Winfried Hassemer*, cit., 243; W. HASSEMER, W. KARGL, *§ 1 Keine Strafe ohne Gesetz*, in U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN, H.-U. PAEFFGEN (a cura di), *Strafgesetzbuch*, cit., Rn. 41. Favorevole all'estensione in questi termini parrebbe anche C. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. I, cit., 176; C. ROXIN, *Der Grundsatz der Gesetzesbestimmtheit im deutschen Strafrecht*, in E. HILGENDORF (a cura di), *Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht*, cit., 139. Prima anche W. KÜPER, *Das BVerfG, das Analogieverbot und der Bedrohungstatbestand*, in JuS, 1996, 785, n. 11. Infine, volendo, L. SCHULZ, *Neues zum Bestimmtheitsgrundsatz. Zur Entscheidung des BVerfG vom 23. Juni 2010*, in M. HEINRICH, C. JÄGER, H. ACHENBACH, K. AMELUNG, W. BOTTKKE, B. HAFFKE, B. SCHÜNEMANN, J. WOLTER (a cura di), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin*, cit., 311 s.

separazione dei poteri e, quindi, sull'anima democratica della legalità³⁵³. Si tratta, invece, di una conclusione perfettamente conforme con il fondamento della legalità-determinatezza nella calcolabilità delle conseguenze penali del proprio comportamento da parte del singolo³⁵⁴.

Concludendo, l'idea della relatività della determinatezza legislativa costituzionalmente imposta, nonché il riconoscimento di un contributo tassativizzante del potere giudiziario – in particolare della Corte di cassazione –, hanno trovato un (almeno parziale) riconoscimento anche nella giurisprudenza costituzionale italiana più recente. Così, da un lato, «l'attività del giudice deve dipendere da disposizioni legali *sufficientemente* determinate»³⁵⁵ e, dall'altro lato, «l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un *posterius* [rispetto al diritto scritto di produzione legislativa] incaricato di scrutare nella eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo»³⁵⁶.

³⁵³ Cfr. G. DANNECKER, § 1 *StGB*, in H.W. LAUFHÜTTE, R. RISSING-VAN SAAN, K. TIEDEMANN (a cura di), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, vol. I, 12^a ed., Berlin, 2007, Rn. 52 ss.; L. KUHLEN, *Gesetzlichkeitsprinzip und Untreue*, cit., 249.

³⁵⁴ In questo senso, ancora, L. KUHLEN, *Gesetzlichkeitsprinzip und Untreue*, cit., 249, n. 40.

³⁵⁵ Cfr. Corte cost., ordinanza 23 novembre 2016, n. 24, § 9, corsivo aggiunto. Per tutti, sulla pronuncia e su questo profilo in particolare, si v. D. PULITANÒ, *Ragioni della legalità. A proposito di Corte cost. n. 24/2017*, in Riv. trim. dir. pen. cont., 109 s.

³⁵⁶ Così, Corte cost., sentenza 10 aprile 2018, n. 115, § 11. Sui rapporti tra poteri statali e, in particolare, sul confine tra potere legislativo e giudiziario si v. anche Corte cost., ordinanza 8 ottobre 2008, n. 334 con la quale è stato risolto il conflitto di attribuzioni sollevato da Camera e Senato per avere i giudici – nello specifico, la Corte di cassazione con la sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748, relativa al c.d. caso Englaro – «creato una disciplina innovativa della fattispecie, fondata su presupposti non ricavabili dall'ordinamento vigente con alcuno dei criteri ermeneutici utilizzabili dall'autorità giudiziaria». Sull'ordinanza si v., in termini favorevoli, R. BIN, *Se non sale in cielo non sarà forse un raglio d'asino? (a proposito dell'ord. 334/08)*, in Forum cost., 2008; R. ROMBOLI, *Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda E.: un caso di evidente inammissibilità*, in Foro it., 2009, I, 49 ss.; R. ROMBOLI, *Il caso Englaro: la Costituzione come fonte immediatamente applicabile dal giudice*, in Quad. cost., 2009, 91 ss.; in termini parzialmente critici, S. SPINELLI, *Re giudice o re legislatore? Sul conflitto di attribuzioni tra potere legislativo e giurisdizionale (A margine dell'ordinanza 334 del 2008 della Corte costituzionale)*, in Dir. fam. pers., 1488 ss. Infine, cfr. anche, seppur aventi ad oggetto una materia "particolare" come quella delle misure di prevenzione, Corte cost., sentenza 24 gennaio 2019, n. 24, § 11.4 ss. e Corte cost., sentenza 24 gennaio 2019, n. 25, § 4 ss.

4. Il divieto di retroattività come garanzia dell'accessibilità della norma penale: fondamento e rinvio

La garanzia della (previa) accessibilità della norma penale alla conoscenza dei suoi destinatari rappresenta l'anima universale e la *ratio* logica della legalità penale. Da un lato, l'anima universale poiché si tratta di una garanzia la cui attuazione è meno sensibile ai condizionamenti politico-costituzionali. Si tratta, in definitiva, di un'istanza garantistica sempre presente e che pertanto esiste indipendentemente dalla contingente distribuzione del potere di produzione normativa tra i diversi organi (c.d. componente politico-costituzionale della legalità)³⁵⁷. Dall'altro lato, *ratio* logica della legalità penale perché senza la garanzia della (previa) accessibilità della norma penale il meccanismo punitivo non potrebbe funzionare o, meglio, si trasformerebbe in un sistema fondamentalmente vendicatorio.

Andando ancora più a fondo, l'accessibilità della norma penale alla conoscenza dei destinatari soddisfa direttamente la libertà di autodeterminazione dell'individuo e richiede il rispetto di una serie di condizioni relative alla formulazione, alla predeterminazione e alla stabilità delle norme penali.

Il divieto di retroattività costituisce la forma più immediata di attuazione di questa garanzia personalistica della legalità penale. La possibilità di autodeterminazione dell'individuo sarebbe in misura maggiore o minore annullata qualora il soggetto non avesse la possibilità di scegliere il comportamento da tenere anche sulla base della valutazione delle conseguenze giuridico-sanzionatorie prodotte dalla sua azione.

Ma il divieto di retroattività, a differenza della legalità sotto forma di accessibilità della norma penale, non si pone su un piano a-storico o universale; al contrario, la sua concreta operatività, la sua efficacia garantistica dipende dalla particolare concezione della distribuzione del potere di produzione normativa esistente in un determinato momento storico.

Così, mentre l'istanza garantistica dell'accessibilità della norma penale è sempre presente, il ruolo garantistico dell'irretroattività muta a seconda che la produzione normativa veda come organo esclusivo il potere legislativo oppure laddove ammetta

³⁵⁷ Su questi profili, approfonditamente, F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, cit., 202 ss.

il limitato contributo nella specificazione della norma che svolgerà la funzione di orientamento del comportamento dei consociati anche di altri poteri. In altre parole, se riserva di legge e determinatezza soddisfano già interamente l'accessibilità della norma penale a livello legislativo, il divieto di retroattività escluderà "solamente" la possibilità di un'applicazione rispetto al passato di una nuova legge più sfavorevole.

Diversamente, se l'accessibilità della norma penale o, meglio, la maggiore accessibilità della norma penale è il risultato, oltre che del rispetto della riserva di legge e della determinatezza – per così dire - legislativa, anche dell'ulteriore specificazione (sempre, evidentemente, nei limiti tracciati dal testo legislativo, altrimenti non si tratterebbe di specificazione) applicativa, anche l'ambito di applicazione del divieto di retroattività muterà di conseguenza.

Se l'istanza personalistica della legalità si pone, come detto, su un piano universale, la concreta e storica attuazione da parte degli ordinamenti delle condizioni di accessibilità delle norme penali dipende dalla configurazione dei rapporti tra autorità pubblica e persona³⁵⁸. Si tratta della concreta e fondamentale interazione tra doveri dell'individuo e obbligazioni attribuite allo stato³⁵⁹.

Anche nell'ambito degli ordinamenti democratici, ove a differenza di quelli autoritari il nucleo essenziale della possibilità di autodeterminarsi è sempre tutelato, possono distinguersi vari gradi di sensibilità rispetto all'istanza personalistica della legalità e, in ultima analisi, questo grado di sensibilità dipende anche dalla finalità che si assegna alla pena e quindi al diritto penale³⁶⁰.

In definitiva, il valore politico-ideologico alla base del divieto di retroattività si inverte nel rapporto tra stato e individuo e determina un'efficacia storicamente condizionata dello stesso principio di irretroattività.

³⁵⁸ Cfr. F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, cit., 205.

³⁵⁹ Sul punto, per un'interessante rielaborazione della teoria inglese dell'irrelevanza dell'ignoranza della legge penale come *defence* sulla base di argomenti politico-ideologici volti ad una declinazione in chiave più moderna dei rapporti tra stato e individuo, si v. A. ASHWORTH, *Ignorance of the Criminal Law, and Duties to Avoid it*, in *Modern L. Rev.*, 2001, 1 ss. e 19 ss.

³⁶⁰ Importanti spunti in questo senso si possono ricavare da S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 47 ss.

Sul piano dei principi, la massima affermazione del diritto individuale all'autodeterminazione si è raggiunta in seno alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di accessibilità della norma reale e di prevedibilità delle conseguenze giuridiche del proprio comportamento³⁶¹, giurisprudenza che ha avuto il merito – almeno in Italia – di «aver smascherato le ferite garantistiche aperte dai mutamenti giurisprudenziali *in malam partem*»³⁶².

Sul piano concreto applicativo, invece, anche la giurisprudenza della Corte di Strasburgo si trova a dover fare i conti con la necessità di garantire la tenuta del sistema, finendo in molti casi per dare preferenza a queste ultime istanze a scapito del diritto all'autodeterminazione individuale affermato in termini quasi assoluti in via di principio³⁶³.

A questo punto è chiaro che il filo conduttore del discorso si lega strettamente al tema delle garanzie temporali assicurate all'individuo a fronte del verificarsi di un mutamento giurisprudenziale produttivo di conseguenze sfavorevoli. Prima di procedere in questo senso è tuttavia necessario ricostruire le ulteriori condizioni che stanno alla base del paradigma effettuale della legalità penale, condizioni che attengono rispettivamente alla natura dell'attività interpretativa e, in un certo senso conseguentemente, alla forza in qualche misura vincolante di almeno alcune tipologie di pronunce.

³⁶¹ Cfr., per tutti, F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in G. DE FRANCESCO, A. GARGANI (a cura di), *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche*, cit., 21 s.

³⁶² Così, anche V. MANES, "Common law-isation del diritto penale"? *Trasformazione del nullum crimen e sfide prossime future*, in Cass. pen., 2017, 971.

³⁶³ Sul punto, qui solamente accennato e approfondito al Cap. III, Sez. I, si v. (in termini problematici) per ora solo V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012, 12 ss., 98 ss. e 136 ss., nonché A. ESPOSITO, *Il diritto penale flessibile. Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, *passim*.

CAPITOLO II

LA NATURA (ANCHE) COSTITUTIVA DELL'INTERPRETAZIONE GIURISPRUDENZIALE E IL VALORE VERTICALMENTE VINCOLANTE DI ALCUNI PRECEDENTI

SOMMARIO: 1. L'interpretazione giurisprudenziale ha natura anche costitutiva. – 2. La natura eterogenea del testo della legge e del fatto: il ruolo del contesto. – 3. L'esistenza di una pluralità di interpretazioni possibili. – 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. – 5. Comparazione con la *Vorlagepflicht* tedesca – 6. Critiche mosse al nuovo meccanismo *ex art. 618, co. 1 bis, c.p.p.* e suoi probabili effetti.

1. *L'interpretazione giurisprudenziale ha natura anche costitutiva*

Il diritto funziona su due piani: quello della formazione, da un lato, attribuito alla competenza del potere legislativo, e quello dell'applicazione, dall'altro lato, di competenza del potere giudiziario. Dietro questa duplicità di piani vi è un problema politico-costituzionale e cioè quello della separazione dei poteri.

L'interpretazione giuridica in generale e a maggior ragione quella penalistica hanno a loro volta una forte implicazione politico-costituzionale perché l'interpretazione è – per così dire – il ponte che lega questi due piani³⁶⁴. Il rapporto tra

³⁶⁴ Sul punto si v. G. INSOLERA, *Oltre il giardino*, in *Indice pen.*, 2018, 2 ss.; già prima, per la segnalazione della funzione anche ideologica dell'esaltazione dell'attività interpretativa (soprattutto in materia penale) come avente natura creativa, G. INSOLERA, *Dall'imprevedibilità del diritto all'imprevedibilità del giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, in particolare 2003.

i due poteri, in definitiva, dipende da come si configura l'interpretazione: allargando o restringendo i margini di quest'ultima, si allargano o si restringono i rapporti tra legislativo e giudiziario³⁶⁵.

La duplicità dei piani si riflette nella duplicità dei poli del problema interpretativo. Da un lato, vi è il polo linguistico e, quindi, il testo normativo, un messaggio dotato di autorità. Questa autorità di cui è dotato il messaggio normativo oggetto di interpretazione comporta che si tenda a ridurre la libertà interpretativa dell'interprete. Se la legge deve vincolare i consociati, l'interprete deve essere limitato nella sua libertà. Dall'altro lato, vi è il polo delle esigenze di tutela che, al contrario, spinge l'interprete ad invocare una maggiore libertà rispetto al testo normativo.

I filoni teorici lungo i quali si muove l'interpretazione sono essenzialmente tre³⁶⁶. Oltre alle teorie conoscitive o – ed è sostanzialmente equivalente – alla già vista concezione dichiarativa dell'interpretazione, vi sono le teorie cosiddette creative dell'interpretazione, le quali, in poche parole, propugnano l'idea che il giudice svolga sempre un'attività creativa nell'interpretare la legge e nel trarre da quest'ultima il significato poi applicato al caso concreto. Queste seconde teorie spostano evidentemente il baricentro del rapporto interpretativo quasi interamente sul potere giudiziario e sul polo delle esigenze di tutela.

La posizione oggi sostenuta in maggioranza, anche in ambito penale, si pone in una visione intermedia tra le teorie solo conoscitive e quelle completamente creative:

³⁶⁵ Cfr., sinteticamente, M. DONINI, *Interpretazione delle legge (Dei delitti e delle pene, § IV)*, cit., 254 s.

³⁶⁶ Diverse dalle teorie dell'interpretazione sono le dottrine interpretative: mentre le prime cercano di spiegare il fenomeno dell'interpretazione, le seconde elaborano indicazioni su come si deve interpretare. Così, le prime sono neutrali, mentre le seconde partono da specifiche premesse politico-costituzionali. Per recenti tentativi di elaborare o di promuovere lo sviluppo di dottrine interpretative in ambito penale v. nella dottrina italiana, tra i tanti, V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 5 ss.; G. DE FRANCESCO, *Ermeneutica e legalismo nella stretta delle ideologie*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1405 ss.; R. BARTOLI, *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1778 ss. soprattutto; M. DONINI, *Disposizione e norma nell'ermeneutica contemporanea*, in M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, cit., 67 ss. e *passim*, nonché in lavori successivi; S. VINCIGUERRA, *Sull'intralcio all'amministrazione della giustizia delle interpretazioni discordanti e il suggerimento di qualche rimedio*, in *Dir. pen. XXI secolo*, 2014, 202 ss.

se non è possibile negare l'esistenza di una componente creativa nell'interpretazione³⁶⁷, al tempo stesso non si può nemmeno negare il ruolo della legge nel guidare l'interpretazione medesima. In altre parole, si ha il bilanciamento dell'insopprimibile ruolo della base legale con l'elemento creativo insito nel procedimento interpretativo³⁶⁸.

³⁶⁷ Cfr., tra gli altri, C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Milano, 1990, 118 ss.; P. COMANDUCCI, *L'interpretazione delle norme giuridiche La problematica attuale*, in M. BESSONE (a cura di), *Interpretazione e diritto giurisprudenziale*, vol. I, Torino, 1999, 15 ss.; M. TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2001, 11 ss., soprattutto con riferimento al tentativo di delineare in cosa consista effettivamente il legittimo ruolo creativo del giudice.

³⁶⁸ In questo senso, per tutti, F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica*, cit., 261 ss., ma anche in numerosi altri contributi precedenti e successivi già richiamati in nota, nonché in F. PALAZZO, *Apertura dei lavori*, in AA.VV., *Legalità e giurisdizione: le garanzie penali tra incertezze del presente ed ipotesi del futuro. Atti dell'incontro di studio organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze (3 marzo 2000)*, Padova, 2001, 3 ss.; D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2015, 34 ss.; G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2001, 354 ss.; G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia* 2011, 2012, 79 ss. e 92 ss.; G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, cit., 240 s.; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., 159 ss.; A. CAVALIERE, *Radici e prospettive del principio di legalità. Per una critica del "diritto penale vivente" interno ed europeo*, cit., 664 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 116 s., ove gli Autori sono molto chiari nell'affermare che «[s]arebbe illusorio disconoscere il momento creativo necessariamente insito nell'attività intesa a svelare il contenuto della legge. Ma altro è prendere atto del ruolo giuocato dai giudizi di valore emessi dall'interprete; altro sarebbe legittimare [...] il principio di una libera creazione del diritto da parte dei giudici». Già G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, 177 ss. In termini più problematici, v. ancora D. PULITANÒ, *Appunti su democrazia penale, scienza giuridica, poteri del giudice*, in G. INSOLERA (a cura di), *Riserva di legge e democrazia: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005, 121 ss. Nella dottrina tedesca il riconoscimento di uno spazio di *Rechtsfortbildung* è ormai da tempo un dato pacifico, tanto che inutile sarebbe un elenco di tutti gli Autori che si posizionano in questi termini.

Pertanto, la norma giuridica applicata al caso concreto è anche il prodotto dell'attività interpretativa, nel senso che non ha una (pre-)esistenza ideale interamente racchiusa nel testo normativo³⁶⁹.

Al tempo stesso, ammettere la natura anche costitutiva dell'interpretazione non significa sciogliere il legame della norma con il testo legale e cioè arrivare fino al punto di sostenere che la prima è l'esclusivo prodotto dell'interprete. E questo per la fondamentale ragione che senza un testo da interpretare (e, possibilmente, da rispettare) non vi è interpretazione.

2. *La natura eterogenea del testo della legge e del fatto: il ruolo del contesto*

Il problema interpretativo è posto dal fatto, ovvero nasce sempre e solo con esso. La lettura delle disposizioni normative di per sé non pone particolari problemi interpretativi; questi ultimi sorgono nel momento in cui il fatto è confrontato con la disposizione.

Come è stato scritto, «punto di partenza del processo decisionale giudiziario non è la norma, ma il caso a cui, in un primo momento, viene assegnata una certa qualificazione giuridica. Per il giudice, ciò risulta dalle condizioni istituzionali della sua attività. Non deve ideare casi adatti a determinate norme, ma trovare norme adatte a determinate circostanze della vita (e ai "casi" da lui stesso costruiti)»³⁷⁰.

Le vicende umane predate sono – per così dire – il contenitore che consente all'interprete di elaborare il fatto giuridicamente rilevante e, quindi, di individuare tutti i singoli elementi rilevanti della vicenda. La configurazione del fatto giuridicamente rilevante avviene in stretta interazione con la selezione e concretizzazione della disposizione normativa rilevante³⁷¹.

³⁶⁹ Cfr. U. NEUMANN, *Rechtsanwendung, Methodik und Rechtstheorie*, in M. SENN, B. FRITSCHI (a cura di), *Rechtswissenschaft und Hermeneutik*, cit., 87 ss.; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, cit., 396 s.; M. DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, Torino, 1999, 260 ss.

³⁷⁰ U. NEUMANN, *Subsumtion als regelorientierte Fallentscheidung*, in G. GABRIEL, R. GRÖSCHNER (a cura di), *Subsumtion. Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre*, cit., 316.

³⁷¹ Sul punto, v. le celebri espressioni di K. ENGLISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg, 1963, 15: «Hin- und Herwandern des Blickes» (andirivieni dello sguardo); ARTH.

A questo punto, tre sono le questioni che assumono una speciale rilevanza ai fini della prosecuzione del discorso.

Innanzitutto, l'esigenza della corrispondenza tra il dato da interpretare e il risultato interpretativo è fondamentale rispetto alla funzione sociale del diritto. Se la funzione primaria del diritto è quella di comunicare un particolare messaggio, è necessario che tra il soggetto che formula il dato significativo e il soggetto che lo riceve vi sia una corrispondenza; in caso contrario, il diritto non potrebbe funzionare.

L'idea della corrispondenza rimanda a sua volta a quella dell'esistenza di un significato che la parola si porta con sé. In realtà, entro certi limiti, la parola vive nel momento in cui giunge al ricevente che le attribuisce un determinato significato. Ma questo significato non è esclusivamente oggettivo, in quanto dipende grandemente dalla precomprensione del soggetto e cioè dal bagaglio di esperienze conoscitive che ciascun individuo ha e che impiega nell'attribuzione di un significato alle singole parole³⁷².

La precomprensione, maggiormente soggettiva, deve confrontarsi a sua volta con l'uso linguistico della parola consolidato nel tempo. Si tratta di una caratteristica di

KAUFMANN, *Die Geschichtlichkeit des Rechts im Licht der Hermeneutik*, in ARTH. KAUFFMANN, *Beiträge zur juristischen Hermeneutik. Sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen*, Köln, 1984, soprattutto 25 e 51; ARTH. KAUFMANN, *Analogie und "Natur der Sache". Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, Karlsruhe, 1965, 32 : «[...] ein Hand in Hand genedes Hinübertasten vom Bereich des Seins in den Bereich des Sollens und vom Bereich des Sollens in den Bereich des Seins ein Widererkennen der Norm im Sachverhalt und des Sachverhalts in der Norm» (circolo ermeneutico); W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln, 1968, 101 ss. e 107: «Strafrechtliche Auslegung vollzieht sich also [...] nicht wie ein Kreis, sondern eher wie eine Spirale» (spirale ermenutica). In questo senso si muovono, tra i tanti, anche L. KUHLEN, *Regel und Fall in der juristischen Methodenlehre*, in M. HERBERGER, U. NEUMANN, H. RÜßMANN (a cura di), *Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken*, Stuttgart, 1992, in particolare 101; J. VOGEL, *Juristische Methodik*, Berlin, 1998, 19 e 176; B. RÜTHERS, C. FISCHER, *Rechtstheorie. Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*, München, 2010, Rn. 658 ss. Nella dottrina italiana, per tutti, G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, cit., 356.

³⁷² Sul concetto di precomprensione si v., in generale, G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, 1984, 156 ss.; in penale, soprattutto W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, cit., 81 s., 101 s., 120 e 153 ss.

ciascuna parola essenzialmente oggettiva, ma non per questo rigida: sia la precomprensione che l'uso linguistico consolidato possono infatti variare nel tempo.

L'esigenza della corrispondenza in chiave di garanzia della funzione comunicativa del diritto non si pone quindi rispetto al significato originario della parola, ma deve tener conto di queste due caratteristiche del linguaggio, ovvero dell'uso linguistico consolidato e della precomprensione.

A sua volta, il grado della corrispondenza richiesta varia a seconda della libertà riconosciuta al soggetto interpretante. Nel diritto penale l'esigenza di fedeltà al dato da interpretare è massima, ma al tempo stesso «[p]recludere l'autonomia di questo spazio ermeneutico significherebbe violare la stessa separazione dei poteri, sottraendo al giudice il suo compito specifico – perché spetta a lui, e non al legislatore, applicare e adattare la legge ai casi –, ma riconoscerlo davvero [...] implica dover fare i conti con una dimensione ermeneutica delle fattispecie che mette in crisi la cultura veteroilluministica del penalista»³⁷³.

In secondo luogo e sinteticamente, le ragioni delle difficoltà interpretative risiedono in gran parte nelle caratteristiche stesse del linguaggio verbale. La gran parte delle espressioni verbali sono infatti polisemiche, ovvero dotate di due o più significati tra loro eterogenei³⁷⁴. Si tratta di una caratteristica congenita delle espressioni verbali, ma che non impedisce la trasmissione del messaggio comunicativo. Il problema della polisemia è infatti in ampia misura attenuato (se non risolto) dal contesto, ovvero dalla situazione di vita in cui viene usata quella specifica parola.

Ogni parola, inoltre, presenta un grado più o meno ampio di vaghezza, dovuta alla duplice dimensione del linguaggio. Da un lato, sul piano astratto-concettuale, ogni parola denota una classe di oggetti; dall'altro lato, sul piano concreto-empirico, il linguaggio connota degli oggetti concreti.

³⁷³ Così, M. DONINI, *Interpretazione delle legge (Dei delitti e delle pene, § IV)*, cit., 254.

³⁷⁴ Per un chiaro esempio si v. F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica*, cit., 262 («cavallo»).

La vaghezza è un carattere strutturale e ineliminabile del linguaggio che deriva fondamentalmente dalla circostanza che non è sempre possibile instaurare una relazione tra la denotazione in astratto degli oggetti e quella in concreto.

In terzo luogo e – in un certo senso – ancora più sinteticamente, il processo interpretativo presenta tre fondamentali caratteristiche. È circolare, perché muove da una premessa costituita dal significato provvisorio delle parole, dalla classe di oggetti denotata sul piano astratto-concettuale, e ritorna alle parole. È analogico, perché si pone a contatto (analogicamente) con il fatto storico da qualificare per accertare se vi possa essere una corrispondenza tra il significato provvisorio da cui l'interprete è partito e il significato che attribuisce al fatto concreto. Infine, è valutativo o, meglio, presuppone l'adozione di un criterio di valutazione per la qualificazione del fatto sulla base delle differenze e delle analogie.

Gli argomenti interpretativi consentono all'interprete di portare a termine, in modo più o meno razionale, questo processo³⁷⁵. Tra questi, la lettera della legge, pur avendo subito nei decenni scorsi una forte svalutazione da parte delle teorie ermeneutiche, rimane sia nella sua funzione delimitativa sia in quella propositiva l'asse portante dell'interpretazione³⁷⁶.

La lettera della legge è l'argomento interpretativo essenziale e il punto di partenza del processo interpretativo, ma non lo esaurisce, lasciando operare – per così dire – al suo interno altri strumenti interpretativi³⁷⁷. E questi ulteriori strumenti interpretativi,

³⁷⁵ Particolare attenzione agli strumenti interpretativi come mezzo per garantire la legalità penale è dedicata nella dottrina penalistica tedesca da W. KARGL, *Strafrecht. Einführung in die Grundlagen von Gesetz und Gesetzlichkeit*, cit., 317 ss. e 339 ss.; W. HASSEMER, W. KARGL, § 1 *Keine Strafe ohne Gesetz*, in U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN, H.-U. PAEFFGEN (a cura di), *Strafgesetzbuch*, cit., Rn. 106 ss. e 113 ss.; da ultimo, H. KUDLICH, § 3 *Die Auslegung von Strafgesetzen*, in E. HILGENDORF, H. KUDLICH, B. VALERIUS (a cura di), *Handbuch des Strafrechts*, vol. I, Heidelberg, 2019, Rn. 5 ss. Nella dottrina italiana, si v. le riflessioni di D. PULITANÒ, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., 664 ss.

³⁷⁶ Da ultimo, per una forte rivalutazione dell'importanza della lettera della legge, v. M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in Enc. dir., Annali IX, Milano, 2016, 392 ss.

³⁷⁷ Cfr. F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, 191: «Ciò che caratterizza la posizione e l'intento programmatico dell'ermeneutica giuridica [...] è il suo tendere ad una razionalità controllabile e discutibile

come ad esempio l'argomento sistematico, si muovono fuori dal testo legale e cioè introducono nel testo argomenti che non ne fanno parte. Così, l'interpretazione parte dalla lettera e normalmente torna alla lettera, ma nel mentre del processo interpretativo l'interprete esce dal testo impiegando ulteriori argomenti con il fondamentale onere di motivarne l'utilizzo.

Infine, il limite letterale può apparire in alcuni periodi storici più sfumato, fino al punto di mutare nel corso del tempo³⁷⁸.

3. *L'esistenza di una pluralità di interpretazioni possibili*

Superata la teoria cognitivista dell'interpretazione, dove si assumeva che i testi normativi fossero dotati di un significato intrinseco oggettivo che il giudice doveva solamente scoprire e dichiarare, si è diffusa per un certo periodo l'opposta idea che l'interprete, nel momento in cui attribuisce significato ad un testo normativo, crei tutto il diritto.

Più precisamente, dal primo punto di vista, i giudici creerebbero diritto solo nel momento in cui si discostano dal significato intrinseco oggettivo dei testi normativi. In poche parole, è la "falsa" interpretazione, intesa come manipolazione dei testi normativi discostandosi dal loro significato oggettivo, a costituire creazione del

dell'applicazione della norma, uscendo definitivamente da quell'ipocrisia metodologica, che ha [...] di fatto perpetuato una prassi che tratta i testi normativi all'infuori di alcuna regola». Recentemente, si v. sui limiti e i rischi di un'esclusiva attenzione al dato letterale M. PAPA, *Fantastic voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, Torino, 2017, *passim*; più sinteticamente, anche in M. PAPA, *La tipicità iconografica della fattispecie e l'interpretazione del giudice. La tradizione illuministica e le sfide del presente*, in G. CONTE, S. LANDINI (a cura di), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, vol. I, Mantova, 2017, 336 s. Sul punto cfr. anche il monito di W. HASSEMER, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, cit., 193: «Nel caso non esista una cultura che concepisca dei rapporti equilibrati tra legislazione ed amministrazione della giustizia, conformemente ai principi dello stato di diritto, è impossibile che tale cultura venga creata solo tramite esercizi linguistici, per quanto efficaci e volenterosi possano essere».

³⁷⁸ Sulle insufficienze del riferimento al solo pre-dato linguistico e a favore di una progressiva affermazione dello strumento ermeneutico del tipo criminoso, da ultimo F. PALAZZO, *Interpretazione penalistica e armonizzazione nell'attuale momento storico*, in *Ars interpretandi*, 2016, 81 s.

diritto da parte dei giudici. Dal secondo punto di vista, portato all'estremo, l'unica vera fonte del diritto sarebbe la giurisprudenza, in quanto il diritto inteso come insieme di significati e non di testi normativi sarebbe il risultato delle sole decisioni dei giudici.

Entrambe le opposte tesi sembrerebbero a prima vista corrette. Pur non esistendo il significato oggettivo dei testi normativi, in quanto – come è stato scritto – «ogni testo normativo è, almeno parzialmente e almeno diacronicamente, equivoco»³⁷⁹, è purtuttavia vero che ciascun enunciato normativo presenta, accanto ad un alone più o meno controverso, un nucleo non oggetto di discussione. Tutte le volte in cui il giudice si allontana dal significato possibile dell'enunciato normativo creerebbe un diritto diverso rispetto a quello prodotto dal legislatore.

Al tempo stesso, ogni disposizione normativa ha un significato equivoco e indeterminato, nel senso che ammette una pluralità di interpretazioni. Pertanto, il significato di ciascun testo normativo sarebbe il solo risultato della decisione del giudice di ultima istanza³⁸⁰.

Questa apparente correttezza di entrambe le opposte tesi è determinata dall'uso equivoco dell'espressione "creazione di diritto" e, ancora prima, dall'uso ambiguo del termine "norma" nel linguaggio giuridico³⁸¹. Così, come «il vocabolo "norma" [è] usato: ora, per designare enunciati del discorso delle fonti (formali); ora, per designare i loro significati» anche «l'espressione "creazione di diritto" può essere usata per riferirsi: ora alla produzione di enunciati, tipica della legislazione (in senso "materiale"); ora, alla produzione di significati, che è propria dell'interpretazione. In altre parole: in nessun caso si può dire che i giudici creino diritto nello stesso modo in cui diciamo che crea diritto la legislazione. L'espressione "creazione di diritto" acquista due significati distinti nei due contesti, giacché produrre un testo e deciderne il significato sono attività evidentemente diverse, tanto quanto scrivere e leggere»³⁸².

³⁷⁹ Così, R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, cit., 397.

³⁸⁰ In questo senso pare muoversi soprattutto G. TARELLO, *Diritto, enunciati, uso. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974, 393 ss., nonché in G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 39 ss.

³⁸¹ Cfr. R. GUASTINI, *Disposizione vs. norma*, in *Giur. cost.*, 1989, 3 ss.

³⁸² R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, cit., 401.

È la sempre più diffusa e accolta³⁸³, anche in penale³⁸⁴, distinzione tra disposizione e norma a consentire di fare chiarezza sui limiti entro i quali si può dire che i giudici veramente creano diritto e, quindi, in definitiva sui rapporti tra legislazione e interpretazione giurisprudenziale.

La disposizione, intesa come «enunciato delle fonti “formali” del diritto»³⁸⁵, è il prodotto dell’attività legislativa. Ciascuna disposizione ammette una pluralità di interpretazioni, delineando una cornice di significati entro la quale si colloca una molteplicità di norme alternative. La norma, invece, è un enunciato che rappresenta uno dei possibili significati di una disposizione.

Si può quindi ben dire che la produzione del diritto (anche penale), inteso in senso ampio, sia il risultato della combinazione di legislazione e interpretazione.

Andando ancora più a fondo, anche l’interpretazione può essere intesa – riprendendo lo schema kelseniano³⁸⁶ - come un atto cognitivo, decisorio o di creazione normativa³⁸⁷. L’interpretazione cognitiva, che coincide con la ricognizione degli usi linguistici effettivi, consiste nel determinare la cornice di significati potenzialmente espressi da una disposizione. La norma (espressa) è il risultato dell’interpretazione decisoria, ovvero della scelta da parte dell’organo dell’applicazione di un significato

³⁸³ Per tutti, anche se con significati non sempre coincidenti, si v. V. CRISAFULLI, voce *Disposizione (e norma)*, in Enc. dir., vol. XIII, Milano, 1964, 195 s.; P. CHIASSONI, *La giurisprudenza civile. Metodi d’interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, 1999, 261 ss.; G. TARELLO, *Diritti, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, cit., 143 s.; R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1990, 15 s.; F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, cit., 117 s. e 320 s. in particolare; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, 15 s., 136 s. e 497 s.

³⁸⁴ Cfr., ampiamente e per tutti, M. DONINI, *Disposizione e norma nell’interpretazione penalistica*, in M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, cit., 63 ss., nonché cenni già in lavori precedenti. Da ultimo, anche, M. RONCO, *La legalità stratificata*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2018, 1398 s.

³⁸⁵ R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, cit., 402.

³⁸⁶ Fondamentalmente, si v. H. KELSEN, *Dottrina pura del diritto*, Torino, 1966 (ed. originale 1960), 381 ss.

³⁸⁷ Si cfr., anche per quanto detto nel prosieguo, R. GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, 80 ss.; dello stesso Autore si veda anche R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, cit., 391 s. e 403 soprattutto.

tra quelli possibili individuati in sede di interpretazione cognitiva, significato a cui è data preferenza rispetto alle altre norme potenzialmente espresse dalla disposizione.

Si parla invece di norma inespressa per indicare un enunciato normativo frutto di un' "interpretazione" creativa, nel senso che attribuisce ad una disposizione un significato che non rientra tra quelli individuabili attraverso l'interpretazione cognitiva.

Gli organi incaricati dell'applicazione del diritto e quindi in particolare i giudici, nell'attribuire significato ad un testo normativo attuano sempre (almeno implicitamente) un'interpretazione cognitiva e una successiva interpretazione decisoria. In questi limiti, almeno in penale, la giurisprudenza (norma) è potenziale³⁸⁸ fonte del diritto, evidentemente non equiparata alla legge (disposizione) in virtù del necessario rispetto del principio della riserva di legge³⁸⁹.

Il definitivo superamento dell'idea dell'esistenza ontologica di un'unica interpretazione corretta³⁹⁰ non è tuttavia privo di conseguenze sul piano pratico-ordinamentale³⁹¹. Il giudice ha bisogno, nel motivare la sua decisione, di presentarla come quella corretta³⁹². Meglio ancora, l'intero sistema decisorio giudiziario ha

³⁸⁸ È realmente giurisprudenza-fonte solo quella che vincola in qualche modo i giudici futuri. Così, anche D. PULITANÒ, *Diritto penale e tecniche interpretative: l'interpretazione conforme a Costituzione e il ruolo "creativo" del giudice*, in I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, cit., 80, n. 33.

³⁸⁹ Sembra quindi corretto ricondurre le accezioni critiche rispetto al progressivo affermarsi di un' «età della giurisdizione» e di un «governo dei giudici» alle sole ipotesi di interpretazioni creative. Peraltro, tra i numerosi contributi che si sono occupati del tema, questa distinzione non pare sempre presente.

³⁹⁰ In questi termini G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008, 16.

³⁹¹ Cfr. U. NEUMANN, *Wahrheit im Recht. Zu Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, Baden-Baden, 2004, 37 ss. Sui problemi di legittimazione delle corti nel momento in cui si supera l'idea che l'attività di quest'ultime si esaurisca nell'esclusiva interpretazione del testo legale o, in *common law*, della sola ricognizione di un qualcosa di già esistente, cfr. R. FORRESTER, *Supreme Court Opinions – Style and Substance: An Appeal for Reform*, in *Hastings L. J.*, 1995, 184; A. SCALIA, *The Rule of Law as a Law of Rules*, in *U. Chi. L. Rev.*, 1989, 1180 in particolare; recentemente, P.H. DUNN, *How Judges Overrule: Speech Act Theory and the Doctrine of Stare Decisis*, cit., 503 ss.

³⁹² U. NEUMANN, *Rechtsanwendung, Methodik und Rechtstheorie*, in M. SENN, B. FRITSCHI (a cura di), *Rechtswissenschaft und Hermeneutik*, cit., 90 ss.

bisogno che ci sia, almeno temporaneamente, un'unica decisione corretta. La motivazione della decisione, la condivisibilità delle argomentazioni utilizzate per arrivare al risultato interpretativo giustifica il risultato. Si potrebbe parlare a tal proposito di legittimazione della decisione attraverso esattezza (*Richtigkeit*)³⁹³, ma una chiusura del sistema è pur sempre necessaria.

È così che ad una legittimazione attraverso esattezza della decisione si affianca – almeno a chiusura del sistema – una legittimazione attraverso autorità³⁹⁴. E la legittimazione di una decisione attraverso autorità si ottiene anche stabilendo un vincolo verticale al “precedente” degli organi giudiziari di ultimo grado³⁹⁵.

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

In una prospettiva ampia, la Cassazione rappresenta solo uno dei modelli possibili di corte suprema³⁹⁶, collocandosi in definitiva in una posizione intermedia tra i due modelli della corte suprema come organo di controllo dell'interpretazione della legge in generale e quello della corte suprema come organo di terza istanza. In questo secondo modello, la corte suprema svolge una funzione di controllo sulla legittimità

³⁹³ Si v. U. NEUMANN, *Wahrheit im Recht. Zu Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, cit., 41; anche in U. NEUMANN, *Wahrheit statt Autorität. Möglichkeit und Grenzen einer Legitimation durch Begründung im Recht*, in K.D. LERCH (a cura di), *Die Sprache des Rechts*, vol. II, Berlin-New York, 2005, 373 ss.

³⁹⁴ Sul punto, si rinvia sempre alle considerazioni di U. NEUMANN, *Wahrheit im Recht. Zu Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, cit., 41 ss. Interessanti spunti anche in U. NEUMANN, *Legitimationsprobleme bei Rechtsprechungsänderungen*, in P.A. ALBRECHT et al. (a cura di), *Winfried Hassemer zum 60. Geburtstag. KritV Sonderheft*, Baden-Baden, 2000, 156 ss.

³⁹⁵ A tal proposito, si v. Cass. civ., Sez. un., ordinanza 15 luglio 2014 (dep. 6 novembre 2014), n. 23675 la quale rispetto all'art. 65 o.g. e al meccanismo di rimessione previsto dall'art. 374 c.p.c. afferma che il presupposto di tale disciplina «è che l'interpretazione della legge espressa dall'organo al quale è attribuito il controllo di legittimità sulle sentenze di altri giudici sia da ritenersi convenzionalmente, se non quella “esatta”, almeno la più “esatta” (possibile) o, se si vuole, la più “giusta” e/o la più “corretta”» (§ 1).

³⁹⁶ Per un ampio quadro comparatistico v. P. BELLET, A. TUNC, *La cour judiciaire suprême. Une enquête comparative*, Paris, 1978; sul punto, più sinteticamente, si v. anche M. TARUFFO, *Introduzione*, in ID., *Il vertice ambiguo*, cit., 9 ss.

delle sentenze impugnate pronunciandosi anche sul merito della controversia, mentre nel primo modello il controllo di legittimità è essenzialmente generale- astratto³⁹⁷.

Ovviamente, qui non si pretende di approfondire più di tanto una tematica sulla quale i contributi, anche in penale, sono numerosissimi, ma di impostare il contesto nel quale è nato il recente obbligo di rimessione alle Sezioni unite nel caso in cui una sezione semplice voglia discostarsi da una precedente pronuncia del primo consesso (art. 618, co. 1 *bis*, c.p.p.)³⁹⁸.

Innanzitutto, ciò che viene in rilievo è il rapporto uniformità-diversità³⁹⁹. Per chi attribuisce alla Cassazione in misura predominante il compito di tutelare la legalità della decisione nel singolo caso concreto è inevitabile che il secondo polo – quello della diversità – sarà tendenzialmente destinato a prevalere sul primo. In quest'ottica, l'effetto di orientamento delle decisioni future insito in ogni pronuncia del giudice di legittimità passa in secondo piano.

³⁹⁷ Si tratta della tradizionale distinzione tra tutela dello *jus constitutionis* e quella dello *jus litigatoris*, su cui basti il rinvio a M. TARUFFO, *Introduzione*, in ID., *Il vertice ambiguo*, cit., 59 ss.

³⁹⁸ Tra i primi commenti, si segnalano in particolare G. SPANGHER, *Nomofilachia "rinforzata": serve trasparenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 985 s.; M. GIALUZ, J. DELLA TORRE, *Alla ricerca di soluzioni per una crisi cronica: sezioni unite e nomofilachia dopo la "riforma Orlando"*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, 970 ss.; A. DIDI, *I nuovi orizzonti della funzione nomofilattica delle sezioni unite della Corte di cassazione*, in G. SPANGHER (a cura di), *La riforma Orlando. I nuovi decreti*, Pisa, 2018, 349 ss.; R. APRATI, *Le sezioni unite fra l'esatta applicazione della legge e l'uniforme interpretazione della legge*, in A. MARANDOLA, T. BENE (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, Milano, 2017, 275 ss. Infine, oltre agli Autori citati al seguente § 6, volendo anche A. CALIGARIS, *Le modifiche all'art. 618 c.p.p.: verso un effettivo ed auspicato potenziamento della funzione nomofilattica*, in *Leg. pen.*, 2018, soprattutto 6 ss.

Nell'ambito della magistratura di cassazione, G. FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni unite e principio di diritto*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 1 ss.; G. FIDELBO, *Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l'esperienza della Cassazione penale*, in *Quest. giust.*, 2018, 139 ss.; G. DE AMICIS, *La formulazione del principio di diritto e i rapporti tra sezioni semplici e sezioni unite penali della Corte di cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 1 ss.; più sinteticamente, A. BASSI, *Il giudizio per cassazione ad un anno dall'entrata in vigore della riforma Orlando*, in *Cass. pen.*, 2018, 4059 s. Sulla riforma, si v. anche la Relazione sull'amministrazione della giustizia dell'anno 2018, presentata dal Presidente G. Mammone il 25 gennaio 2019, p. 77 ss.

³⁹⁹ Si tratta di un «rapporto insolubilmente ambiguo» per M. TARUFFO, *Introduzione*, in ID., *Il vertice ambiguo*, cit., 18.

La disomogeneità e l'incoerenza della giurisprudenza di legittimità non è di per sé un dato patologico. Assicurate le esigenze di giustizia del caso concreto, la presenza di contrasti giurisprudenziali è entro certi limiti l'inevitabile conseguenza dell'unicità di ogni fatto concreto⁴⁰⁰.

Ma anche l'uniformità della giurisprudenza può essere concepita come un valore nell'amministrazione della giustizia, come una forma di garanzia dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge e di certezza del diritto⁴⁰¹. In questa concezione, il valore solo persuasivo della precedente decisione pare insufficiente: se l'uniformità totale e assoluta della giurisprudenza non è realizzabile e forse nemmeno auspicabile, ciò non toglie che una progressiva riduzione delle incoerenze e dei contrasti giurisprudenziali è un obiettivo che può essere ben perseguito continuando a garantire la giustizia del caso concreto. E questo perché, fondamentalmente, nessuno dei due poli del rapporto uniformità-diversità può essere assoluto.

Per molto tempo la Corte di cassazione – o, quantomeno, alcune sue articolazioni – non ha sentito la «responsabilità della coerenza»⁴⁰². L'argomento assunto a fondamento di questa posizione è quello noto della soggezione dei giudici soltanto alla legge *ex art. 101, co. 2, Cost.* Ogni tentativo di attribuire alle precedenti pronunce una forza più che persuasiva si tradurrebbe in una violazione del testo costituzionale.

La lettura dell'art. 101, co. 2, Cost. che prevale è quella della esclusione di vincoli interni al potere giudiziario⁴⁰³: ciò che si tutela è l'indipendenza del singolo giudice.

⁴⁰⁰ Cfr. M. TARUFFO, *Introduzione*, in ID., *Il vertice ambiguo*, cit., 16.

⁴⁰¹ Fondamentalmente, propende per questa direzione A. Cadoppi in numerosi contributi, tra cui: A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., *passim*; A. CADOPPI, *Giudice penale e giudice civile di fronte al precedente*, in *Indice pen.*, 2014, 11 ss.; A. CADOPPI, *Perché il cittadino possa "...esattamente calcolare gl'inconvenienti di un misfatto". Attualità e limiti del pensiero di Beccaria in tema di legalità*, in *Indice pen.*, 2015, 569 ss. Infine, anche in A. CADOPPI, voce *Giurisprudenza e diritto penale*, in *Dig. disc. pen., Agg.*, 2016, 407 ss.

⁴⁰² L'espressione è di M. TARUFFO, *Introduzione*, in ID., *Il vertice ambiguo*, cit., 17.

⁴⁰³ Così, R. GUASTINI, *Commento all'art. 101 Cost.*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, vol. I, Bologna-Roma, 140 ss.; nella dottrina penalistica, sulle possibili letture della disposizione costituzionale, A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., 288 s., il quale propende evidentemente per la seconda delle due letture, ovvero quella che non ritiene incompatibile con la soggezione del giudice soltanto alla legge l'attribuzione di un valore verticalmente vincolante almeno ai precedenti delle Sezioni unite.

Così, limitandoci solamente a quanto avviene a livello di giudice di legittimità e portando il ragionamento all'estremo, si hanno in ipotesi tante corti di cassazione quanti sono i possibili collegi giudicanti costituiti in seno all'organo di legittimità.

Ma l'indipendenza dei giudici, la loro soggezione soltanto alla legge può essere declinata anche come indipendenza verso l'esterno della Corte di cassazione come organo unitario. Qui, ciò che viene in rilievo è la tutela dei giudici rispetto ad influenze esterne: si potrebbe dire, rispetto ad influenze del potere politico inteso in senso ampio.

Solo in questa seconda prospettiva è pensabile la previsione di un precedente avente forza verticalmente vincolante. Si parla di direzione verticale del precedente per indicare che la forza del medesimo scende dall'alto verso il basso, dalle corti di legittimità di ultima istanza ai giudici di merito⁴⁰⁴.

Il legislatore, con l'introduzione del co. 1 *bis* dell'art. 618 c.p.p., ha peraltro optato per una forma circoscritta di efficacia verticalmente vincolante del precedente⁴⁰⁵.

⁴⁰⁴ Rimanendo esclusivamente nella letteratura italiana, sulle possibili «direzioni del precedente» si v., oltre a A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., 74 s., i vari contributi di M. Taruffo sul tema: oltre a quelli già richiamati, cfr. M. TARUFFO, *Dimensioni del precedente giudiziario*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1994, 416 ss.; M. TARUFFO, *La giurisprudenza tra casistica e uniformità*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2014, 37 ss. (anche in prospettiva comparata); M. TARUFFO, *Aspetti del precedente giudiziale*, in Criminalia 2014, 2015, 41 ss.

⁴⁰⁵ Sinteticamente, l'attuale formulazione è stata preceduta da vari tentativi di riprendere l'idea di una particolare forza delle pronunce delle Sezioni unite scartata all'ultimo momento in sede di approvazione della riforma del 1988 del c.p.p. (su cui si v. sopra: parte I, cap. II, § 5). Il d.d.l. 2527 approvato dalla Camera dei deputati l'8 ottobre 2003 prevedeva all'art. 6, tra le altre cose, che «il ricorso deve essere rimesso alle sezioni unite quando la sezione ritiene che possa insorgere contrasto con il principio di diritto enunciato da una decisione delle sezioni unite emessa per dirimere o per prevenire un contrasto». Il testo di riforma del codice di procedura penale preparato dalla Commissione Riccio del 2006, prevedeva un'equivalente rimessione obbligatoria alla direttiva 102.3 rilevando come «una illuministica interpretazione dell'art. 101, comma 2, Cost. [...] ha prodotto un cedimento della Cassazione, neutralizzando la funzione del "precedente" idoneo a realizzare, contestualmente, certezza del diritto, uniformità dell'interpretazione ed eguaglianza tra cittadini. Sul punto è bene chiarire che la premessa ontologica della istituzione della Corte di cassazione quale organo unico, collegiale e supremo ne determina la unità in ragione della specifica funzione ad essa affidata [...]. Per questa suprema responsabilità collegiale la Sezione non può non attenersi al principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite [...]». Successivamente, la proposta di nuova formulazione dell'art. 618 c.p.p. è stata ripresa anche dal d.d.l. 1440 del 2009 all'art. 8 lett. i. L'attuale formulazione dell'art. 618, co. 1 *bis*, c.p.p. (introdotto con L. 23 giugno 2017, n. 103) è dovuta

Questo opera infatti solamente nell'ambito della giurisprudenza di legittimità e, in particolare, nei rapporti tra Sezioni unite e sezioni semplici⁴⁰⁶. Più precisamente, il meccanismo del rinvio obbligatorio dalle sezioni semplici alle sezioni unite nel caso in cui le prime vogliano discostarsi da un "principio di diritto" affermato dalle seconde opera come equivalente funzionale dell'attribuzione di un valore verticalmente vincolante alle pronunce delle Sezioni unite della Corte di cassazione.

L'obiettivo perseguito dal legislatore è chiaro: porre fine, anche per evitare di incorrere in ulteriori condanne da parte della Corte di Strasburgo, al verificarsi di contrasti giurisprudenziali patologici, che cioè non trovano soluzione neppure a fronte della (prima) pronuncia delle Sezioni unite⁴⁰⁷.

In definitiva, il rafforzato potere delle Sezioni unite è orientato verso il perseguimento di un'esigenza di coerenza e stabilità nella giurisprudenza di legittimità⁴⁰⁸.

alla Commissione Canzio del 2013, che tuttavia ha sostanzialmente confermato il testo elaborato dalla Commissione Riccio. Per la proposta originaria di A. Cadoppi, si v. A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 1999, *passim*; volendo, anche A. CADOPPI, *Riflessioni sul valore del precedente nel diritto penale italiano*, in G. COCCO (a cura di), *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, cit., 123 ss.

⁴⁰⁶ Rispetto all'originaria proposta di A. Cadoppi, si vedano le considerazioni critiche con riferimento alla possibilità di estendere l'efficacia di precedente anche alle pronunce delle sezioni semplici di M. DONINI, *Le garanzie istituzionali della legalità penale e un «nuovo» ruolo della Corte di cassazione: a fianco o al posto del vecchio?*, in Cass. pen., 2002, 1177 s.: «[a]ttualmente [...] le sezioni semplici della suprema Corte non sembrano in grado, per varie ragioni, di affrontare con successo una simile prova. La conclusione è diversa nel caso delle Sezioni unite [...]»; G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in Cass. pen., 2005, 1737: «più ragionevole e accettabile sembrerebbe [...] che la tendenziale vincolatività della regola dello *stare decisis* venisse [...] circoscritta ai precedenti delle Sezioni unite». Su queste osservazioni critiche si v., nella seconda edizione dell'opera, A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., 330 ss.

⁴⁰⁷ Cfr. la relazione al d.d.l. 2798 del 2014, p. 11: «Con le modifiche all'art. 618 del codice di procedura penale si è inteso rafforzare [...] l'uniformità e la stabilità nomofilattica dei principi di diritto espressi dal giudice di legittimità». Per un quadro sufficientemente rappresentativo – seppur datato – della situazione si v. A. ESPOSITO, G. ROMEO, *I mutamenti della giurisprudenza penale della Cassazione (centoquarantadue casi di contrasto nel quadriennio 1991-1994)*, Padova, 1995, 4 ss. e 51 ss.

⁴⁰⁸ Vedono con favore la modifica legislativa proprio in virtù della non più posticipabile necessità di un intervento volto a ridurre le situazioni di caos giurisprudenziale, oltre naturalmente a A. Cadoppi, G. Fiandaca e M. Donini nei lavori sopra citati, D. PULITANÒ, *Quale*

5. Comparazione con la Vorlagepflicht tedesca

L'obbligo di rimessione alle corti superiori o, all'interno di queste, dai collegi ordinari a quelli con una composizione allargata nel caso in cui ci si voglia discostare da una precedente pronuncia è un meccanismo consolidato, anche se non di frequentissimo utilizzo, in Germania.

La *Vorlagepflicht*, complessivamente disciplinata sia per la materia penale sia per quella civile dal § 121, co. 2, e dal § 132 GVG, si articola in una seria abbastanza complessa di obblighi di rinvio e costituisce, in definitiva, un procedimento di evoluzione e di stabilizzazione della giurisprudenza basato sulla condivisione della nuova prospettiva interpretativa da parte dei giudici che compongono i collegi di legittimità⁴⁰⁹.

giudice supremo in materia penale?, in *Questione giust.*, 2017, 39; G. FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni unite e principio di diritto*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 2 ss. e 14 ss.

Prima della riforma si erano espressi a favore dell'introduzione di un tale meccanismo, tra gli altri, V. MANES, *La Cassazione davanti alle sfide del (dis-)ordine giuridico penale*, in A. CADOPPI (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, cit., 396; E. LUPO, *Cassazione e legalità penale. Relazione introduttiva*, in *ivi*, 44 s. In termini più problematici, ad esempio, F. PALAZZO, *Legalità tra law in the books e law in action*, in *ivi*, cit., 74 s. Contrario invece, ad esempio, A. MANNA, *Aspetti problematici della vincolatività relativa del precedente giurisprudenziale in materia penale in rapporto a talune norme costituzionali*, in *ivi*, 265 s.

⁴⁰⁹ Per tutti, si v. L. KÄHLER, *Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung*, cit., 292 ss.; E.-W. HANACK, *Der Ausgleich divergierender Entscheidungen in der oberen Gerichtsbarkeit. Eine prozessrechtliche Studie insbesondere zur Vorlegungspflicht und der Rechtsmittelzulässigkeit wegen Abweichung*, Hamburg, 1962, *passim* e soprattutto 243 ss.; I. AMBERG, *Divergierende höchstrichterliche Rechtsprechung*, Berlin, 1998, *passim*; H. MAYER, *Gerichtsverfassungsgesetz. Kommentar*, München, 2019, § 132, 940 ss. Dedicati in modo specifico all'operatività del meccanismo in ambito penale: H. LILIE, *Obiter dictum und Divergenzausgleich in Strafsachen. Ein Spannungsfeld zwischen Revisionsrecht und Gerichtsverfassungsrecht*, Köln, 1993, 35 ss., 185 ss. e 207 ss.; L. KUHLEN, *Die Abweichung einer Entscheidung von einer anderen und die Betrachtung des Einzelfalles*, in *JA*, 1986, 589 ss.; U. SCHROTH, *Der Ausgleich divergierender obergerichtlicher Entscheidungen. Eine Untersuchung zur Verlegungspflicht der oberen Gerichtsbarkeit im Rahmen des Straf- und Strafzumessungsrechts*, in *JR*, 1990, 93 ss. Nella dottrina italiana, v. A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., 189 s. e 309 s.; recentemente, alcuni cenni in prospettiva di riforma *pre-art. 618, co. 1 bis, c.p.p.* anche in R. ORLANDI, *Ripensare le attribuzioni ordinamentali della Corte di cassazione adeguandole all'attuale quadro politico-costituzionale*, in A. CADOPPI (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, cit., 406 s.

Innanzitutto, l'obbligo di rimessione opera a livello delle Corti superiori statali (§ 121, co. 2, GVG): in tutti i casi in cui una di queste voglia discostarsi da una decisione di un'altra Corte superiore statale oppure da una decisione della Corte Suprema Federale sarà tenuta a rimettere la questione a quest'ultima Corte. Invece, le divergenze interne alle singole Corti superiori statali, con la sola eccezione della Baviera⁴¹⁰, non sono soggette all'obbligo di rimessione. Emerge con evidenza la finalità – quantomeno originaria – del meccanismo e cioè evitare che si formino giurisprudenze contrastanti all'interno dei singoli stati federati tedeschi. Peraltro, pur non avendo abbandonato questa *ratio*, l'obbligo di rimessione è ormai chiaramente finalizzato anche a livello di Corti superiori statali alla tutela della certezza del diritto⁴¹¹, sotto forma di riduzione dei contrasti interpretativi, e della prevedibilità delle interpretazioni⁴¹².

L'obbligo di rimessione opera anche all'interno della Corte Suprema Federale e proprio questa disciplina (§ 132, co. 2, GVG) può essere considerata il modello che ha ispirato le riforme che hanno introdotto, prima in materia civile (art. 374, co. 3, c.p.c.) e amministrativa (art. 99, co. 3, c.p.a.) e poi in penale, l'obbligo di rimessione all'interno delle corti italiane di ultima istanza.

La Corte Suprema Federale tedesca si articola in più sezioni (civili e penali, c.d. *Senat*), due sezioni allargate (una civile e una penale, c.d. *Großer Senat*) e in un *Vereinigter Großer Senat*.

Il meccanismo della *Vorlagepflicht* opera su due piani, uno prevalentemente orizzontale-consensuale e uno maggiormente verticale⁴¹³.

⁴¹⁰ Si tratta di un'ipotesi particolare prevista dal § 10, co. 1, EGGVG e elaborata in massima parte come un "recepimento" della disciplina generale della *Vorlagepflicht*.

⁴¹¹ Cfr. H. LILIE, *Obiter dictum und Divergenzausgleich in Strafsachen*, cit., 183 ss. e 211 ss.; I. AMBERG, *Divergierende höchstrichterliche Rechtsprechung*, cit., 326 ss. e 427 s.

⁴¹² Così, O.R. KISSEL, H. MAYER, § 121, in H. MAYER (a cura di), *Gerichtsverfassungsgesetz. Kommentar*, cit., Rn. 13.; volendo, anche J. CIERNIAK, J. POHLIT, § 132, in C. KNAUER (a cura di), *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*, vol. 3/2, München, 2018, Rn. 1 s.

⁴¹³ In generale, sul concreto funzionamento dell'obbligo di rimessione si v., per tutti, oltre ai lavori precedentemente richiamati anche U. FRANKE, § 132 GVG, in LÖWE, ROSENBERG, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, Berlin, Rn. 16 ss.; C. MEYER, *Die Sicherung der Einheitlichkeit höchstrichterlicher Rechtsprechung durch Divergenz- und Grundsatzvorlage. Zur Anrufung der Großen Senate bei den obersten Gerichtshöfen des Bundes*, Baden-Baden, 1994, 36 ss.

Sul piano orizzontale-consensuale, la rimessione alla sezione allargata o alle sezioni unite è necessaria solo qualora la sezione che per prima si è pronunciata sulla questione di diritto, consultata da quella che intende rivedere questa interpretazione, abbia deciso di mantenere inalterata la sua posizione originaria.

In caso contrario, ovvero qualora la nuova interpretazione sia condivisa anche dalla sezione che si era per prima pronunciata, la seconda sezione potrà procedere affermando il nuovo principio di diritto senza dover rimettere la decisione al *Großer Senat für Strafsachen*.

La rimessione è, invece, sempre necessaria qualora una sezione voglia discostarsi da una pronuncia della sezione penale allargata o delle sezioni unite, nonché qualora la sezione penale allargata voglia discostarsi da una pronuncia delle sezioni unite⁴¹⁴.

Ciascuna sezione penale⁴¹⁵, infine, come avviene a livello di Corti superiori statali, può discostarsi dalle sue precedenti pronunce senza doversi rivolgere al *Großer Senat für Strafsachen*.

La consensualità del meccanismo è un elemento fondamentale anche nel caso di rinvio della questione di diritto dalla sezione “semplice” alla sezione penale allargata. Infatti, quest’ultima è composta complessivamente da undici giudici: accanto al presidente siedono due componenti di ciascuna sezione. E questi ultimi possono essere considerati come dei veri e propri rappresentanti delle sezioni di appartenenza, in quanto ogni decisione assunta deve essere previamente concordata con la “loro” sezione⁴¹⁶.

Volendo, anche se con specifico ma non esclusivo riferimento al *Bundesarbeitsgericht*, R. BAKKER, *Grenzen der Richtermacht*, Konstanz, 1994, 173 ss. e W. WEIS, *Der Ausgleich divergierender Entscheidungen in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts*, Frankfurt a.M., 1988, 27 ss.

⁴¹⁴ Cfr. I. AMBERG, *Divergierende höchstrichterliche Rechtsprechung*, cit., 263 ss. Su cosa debba intendersi per «*Abweichung*», ovvero deviazione da una precedente pronuncia, si v. in particolare U. SCHROTH, *Der Ausgleich divergierender obergerichtlicher Entscheidungen*, cit., 94 ss.; L. KUHLEN, *Die Abweichung einer Entscheidung von einer anderen und die Betrachtung des Einzelfalles*, cit., 589 ss.

⁴¹⁵ Ma lo stesso potrebbe dirsi anche per quelle civili visto che sostanzialmente l’obbligo di rinvio opera in modo simmetrico in entrambe le materie.

⁴¹⁶ Cfr. L. KÄHLER, *Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung*, cit., 294.

Se, da un lato, questo intero meccanismo contribuisce a rendere stabile la giurisprudenza e ad assicurare che eventuali mutamenti della stessa siano il frutto di una riflessione condivisa, dall'altro lato, rende abbastanza complicato e lungo il procedimento di evoluzione della giurisprudenza⁴¹⁷.

Per questo motivo, l'obbligo di rimessione è stato con il tempo interpretato in senso più restrittivo⁴¹⁸ e ne è stata esclusa l'operatività – per quanto qui di interesse – non solo in tutti i casi in cui sia nel frattempo intervenuta una modifica del quadro normativo di riferimento, ma anche quando una passata pronuncia possa considerarsi superata⁴¹⁹.

Tuttavia, anche in quest'ultimo caso il sistema trova, per così dire, una chiusura che garantisce la coerenza della giurisprudenza di legittimità. Infatti, la nuova interpretazione affermata senza l'attivazione della *Vorlagepflicht*, oltre a consentire la presentazione di un ricorso costituzionale individuale in virtù del § 90 BVerfGG, non fa sorgere a sua volta l'obbligo di rimessione per il suo superamento. Pertanto, solo se condivisa anche dalle altre sezioni questa seconda pronuncia avrà modo di consolidarsi.

In conclusione, si può dire che la maggior parte dei mutamenti di giurisprudenza sono attribuiti alla responsabilità delle singole sezioni e che solo le questioni di particolare importanza sono rimesse al *Großer Senat für Strafsachen*. Al tempo stesso, il ruolo delle sezioni semplici non è percepito come quello di istanze tra loro completamente slegate, ma come una responsabilità comune e condivisa. In questo senso pare corretto sostenere che il meccanismo formalizzato dell'obbligo del rinvio

⁴¹⁷ *Ibidem*.

⁴¹⁸ Per gli ulteriori rilievi critici mossi nel tempo nei confronti della *Vorlagepflicht* si v. H. LILIE, *Obiter dictum und Divergenzausgleich in Strafsachen*, cit., 257 ss. Le obiezioni si muovono fondamentalmente su tre piani: innanzitutto, l'idea dell'unità della giurisprudenza alla base della *Vorlagepflicht* sarebbe solo un ideale, non concretamente raggiungibile attraverso le rimessioni (c.d. obiezione dell'«horror pleni»); in secondo luogo, l'obbligo di rimessione limiterebbe l'indipendenza costituzionalmente protetta dei giudici; infine, limitando la libertà interpretativa della giurisprudenza si rischierebbe di impedire l'evoluzione giurisprudenziale. Si noti che queste obiezioni, proposte anche rispetto all'introduzione dell'art. 618, co. 1 *bis*, c.p.p., sono considerate in massima parte superate.

⁴¹⁹ Cfr. H. MAYER, *Gerichtsverfassungsgesetz. Kommentar*, cit., § 132, Rn. 21; L. KÄHLER, *Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung*, cit., 295.

contribuisce ad assicurare la stabilità e la coerenza della giurisprudenza, ma non è di per sé sufficiente. L'abito mentale dei giudici tedeschi, rispecchiato anche dall'organizzazione giudiziaria, svolge un ruolo fondamentale in questo senso⁴²⁰.

6. Critiche mosse al nuovo meccanismo ex art. 618, co. 1 bis, c.p.p. e suoi probabili effetti

Le obiezioni che erano state mosse già nel 1988 rispetto al primo tentativo in sede di riforma del c.p.p. di introdurre l'obbligo di rimessione alle Sezioni unite in caso di dissenso da parte delle sezioni semplici sono ritornate in primo piano a seguito della modifica legislativa dell'art. 618 c.p.p.

Si tratta, in particolare, della denuncia di un pericolo di irrigidimento in senso gerarchico delle Corte di cassazione⁴²¹, nonché dell'incompatibilità costituzionale della vincolatività verticale – anche solo interna alla Corte di cassazione – del principio di diritto sancito dalle Sezioni unite⁴²².

Mentre il primo argomento riguarda l'atteggiarsi dei rapporti interni alla Cassazione e, in definitiva, il realizzarsi del paventato irrigidimento gerarchico

⁴²⁰ Pone in evidenza questo profilo soprattutto L. KÄHLER, *Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung*, cit., 310.

⁴²¹ Così, per tutti, R. APRATI, *Le sezioni unite fra l'esatta applicazione della legge e l'uniforme interpretazione della legge*, in A. MARANDOLA, T. BENE (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, cit., 278; C. IASEVOLI, *Le nuove prospettive delle Cassazione penale: verso l'autonomia dalla Costituzione?*, in *Giur. it.*, 2017, 2300 ss.; L. LUDOVICI, *Il giudizio di cassazione dopo la c.d. riforma Orlando*, in G.M. BACCARI, C. BONZANO, K. LA REGINA, E.M. MANCUSO (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale*, Padova, 2017, 445.

⁴²² Si v. G. INSOLERA, *Nomofilachia delle Sezioni unite, non obbligatoria, ma dialogica: il fascino discreto delle parole e quello indiscreto del potere*, in *Archivio pen.*, 2018, 744 soprattutto; A. CAVALIERE, *Radici e prospettive del principio di legalità. Per una critica del "diritto penale vivente" interno ed europeo*, cit., 674 s. Volendo anche O. MAZZA, *Conciliare l'inconciliabile: il vincolo del precedente nel sistema di stretta legalità*, in *Archivio pen.*, 2018, 723 s.; C. IASEVOLI, *La "metamorfosi" efficientista della Cassazione penale*, in *Archivio pen.*, 2018, 718; L. ZILLETI, *Judicial legislation all'italiana: la Repubblica monarchica di preti*, in *Archivio pen.*, 2018, 746. In termini meno forti, A. DE CARO, *Riflessioni sparse sul nuovo assetto nomofilattico. Le decisioni vincolanti delle Sezioni unite al cospetto del principio del giudice soggetto solo alla legge: un confine violato o una frontiera conquistata?*, in *Archivio pen.*, 2018, 753.

dipenderà dal modo in cui le Sezioni unite eserciteranno il nuovo ruolo⁴²³, il secondo parrebbe – almeno a prima vista – ben più problematico.

L'idea di fondo è che con il nuovo art. 618, co. 1 *bis*, c.p.p. si sia introdotta nell'ordinamento italiano una forma di precedente vincolante equiparabile a quella tradizionalmente ricondotta agli ordinamenti di *common law*⁴²⁴. Se così fosse, si dovrebbe effettivamente constatare il contrasto della nuova disciplina con il principio della soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101, co. 2, Cost.) e, ancora prima, con quello penalistico della riserva di legge (art. 25, co. 2, Cost.).

Con la presunta introduzione della dottrina di *common law* del precedente vincolante si sarebbe in definitiva attribuito alle Sezioni unite un ruolo sul piano delle fonti del diritto equivalente a quello del Parlamento⁴²⁵. Ma, a ben vedere, è proprio il principio costituzionale della riserva di legge ad impedire l'accostamento sullo stesso piano della giurisprudenza delle Sezioni unite con il prodotto legislativo del Parlamento. Diversamente da quanto avveniva e in misura minore ancora avviene in *common law*⁴²⁶, ogni interpretazione giurisprudenziale dovrà rimanere all'interno dei confini più o meno ampî tracciati dalla disposizione legislativa⁴²⁷. Il principio di

⁴²³ A favore di una prospettiva maggiormente dialogica nei rapporti tra Sezioni unite e sezioni semplici anche a seguito del nuovo art. 618, co. 1 *bis*, c.p.p., tra gli altri, G. FIDELBO, *Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l'esperienza della Cassazione penale*, in *Quest. giust.*, 2018, 140 e 144. Prima della riforma, sull'importanza dell'atteggiamento culturale della magistratura perché il precedente verticalmente vincolante sotto forma di obbligo di rimessione possa funzionare, F. PALAZZO, *Legalità tra law in the books e law in action*, in A. CADOPPI (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, cit., 74 s.

⁴²⁴ Così, ad esempio, O. MAZZA, *Conciliare l'inconciliabile: il vincolo del precedente nel sistema di stretta legalità*, cit., 723, nonché L. ZILLETTI, *Judicial legislation all'italiana: la Repubblica monarchica di preti*, cit., 747.

⁴²⁵ Si v., ancora, L. ZILLETTI, *Judicial legislation all'italiana: la Repubblica monarchica di preti*, cit., 746 s. e O. MAZZA, *Conciliare l'inconciliabile: il vincolo del precedente nel sistema di stretta legalità*, cit., 723 e 731, nonché C. IASEVOLI, *La "metamorfofi" efficientista della Cassazione penale*, cit., 718.

⁴²⁶ Per tutti, si v. A. ASHWORTH, *Interpreting Criminal Statutes: A Crisis of Legality?*, in *Law Quart. Rev.*, 1991, 419 ss.

⁴²⁷ In questo senso già A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., 281 ss. e, successivamente, anche in A. CADOPPI, *Cassazione e legalità penale. Presentazione*, in ID. (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, cit., 12 ss.

diritto enunciato dalle Sezioni unite non potrà – evidentemente – oltrepassare il dato letterale della disposizione⁴²⁸.

All'interno di questo limite estremo si è visto che sono possibili più soluzioni interpretative. Pertanto, pur non violando la riserva di legge penale, l'obbligo di rimessione alle Sezioni unite si porrebbe in contrasto con l'esclusiva soggezione di ciascun giudice alla legge. In altre parole, secondo questa prospettiva, ciascuna delle sezioni semplici della Cassazione dovrebbe rimanere libera di poter scegliere, tra le più possibili, l'interpretazione che ritiene preferibile, indipendentemente dal fatto che l'organo che tutte le riunisce si sia espresso in termini differenti.

Come si è sopra osservato, questa concezione abbastanza estrema dell'indipendenza di ciascun giudice finisce per sacrificare interamente altri interessi costituzionali parimenti meritevoli di tutela, in primo luogo quello della certezza del diritto (penale). Il confronto sempre possibile prima della pronuncia delle Sezioni unite tra le diverse interpretazioni della medesima disposizione, nonché la possibilità di portare all'attenzione delle stesse Sezioni unite in ogni momento le argomentazioni che potrebbero giustificare un mutamento della precedente decisione individuano un corretto bilanciamento tra le opposte esigenze dell'indipendenza del giudice da un lato e della certezza del diritto dall'altro lato⁴²⁹.

Vi sono due ulteriori caratteristiche distintive tra l'obbligo di rimessione e la dottrina del precedente di *common law* che meritano qui di essere poste in risalto. Si tratta, da un lato, del contenuto del "precedente" e, dall'altro lato, del soggetto che lo elabora.

Dal primo punto di vista, infatti, emerge con chiarezza la circostanza che il principio di diritto pronunciato dalle Sezioni unite si pone su un piano significativamente più generale-astratto rispetto alla decisione delle corti del

⁴²⁸ Cfr., ad esempio, A. LANZI, *Il caos punitivo e la nomofilachia: una medicina o un inutile accanimento terapeutico?*, in *Indice pen.*, 2018, 294 s.

⁴²⁹ Da ultimo, sembrerebbe muoversi in questa prospettiva anche D. PULITANÒ, *Quale giudice supremo in materia penale?*, cit., 39 laddove afferma che «la riforma ha affidato alla custodia dell'organo più autorevole un'esigenza di coerenza e stabilità giurisprudenziale. Un'esigenza particolarmente forte con riguardo alla definizione e alla garanzia dei diritti delle parti del processo [...]» nonché che «[d]i fronte alla scelta effettuata dal legislatore, ritengo ragionevole assumerla come un punto fermo, e ragionare sulle sue implicazioni».

precedente di *common law*. Ma, a ben vedere, è lo stesso ruolo del giudice che produce il “precedente” ad essere diverso: mentre per il giudice di *common law* il fatto è in primo piano, le Sezioni unite e più in generale i giudici di legittimità si trovano ad affrontare una questione di diritto che, almeno in ipotesi, dovrebbe essere risolta in modo – per così dire – distaccato rispetto alla specifica vicenda concreta. In questo senso, si può dire che i due modelli di “precedente”, pur a fronte di una tendenziale convergenza, rimangono ciascuno ancorato alla rispettiva prospettiva di fondo, generale-astratta da un lato e particolare-concreta dall’altro lato⁴³⁰.

Dal secondo punto di vista, quello del soggetto che elabora il precedente, la distinzione è più sfumata, ma sempre presente. Secondo la dottrina del precedente di *common law* non è tanto il giudice che ha pronunciato la sentenza a produrre il precedente stesso, ma i giudici successivi che, trovandosi a dover decidere casi simili, ricavano dalla prima pronuncia una *ratio decidendi* utilizzabile per la soluzione in modo uniforme degli ulteriori casi. Al contrario, invece, attraverso l’obbligo di rimessione il principio di diritto, almeno lontanamente equiparabile alla *ratio decidendi*, è direttamente prodotto dall’“organo del precedente”. In concreto, tuttavia, la differenza perde gran parte del suo significato. Infatti, da un lato, anche il giudice di *common law* vuole produrre un precedente⁴³¹ e, dall’altro lato, il principio di diritto delle Sezioni unite avrà un effetto equivalente a quello di un precedente solamente se sarà ritenuto convincente dai giudici successivi. Questi, infatti, non solo non applicheranno un principio di diritto che ritengono sbagliato, ma anche contribuiranno a ritagliare e precisare lo stesso principio attraverso l’applicazione del medesimo nei singoli casi concreti.

⁴³⁰ In prospettiva comparata, su questo profilo si veda, con posizioni in parte differenti, U. KISCHEL, *Rechtsvergleichung*, München, 2015, 243 ss.; M. DONINI, *An impossible exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2017, 20 ss.; G. FORNASARI, *Conquiste e sfide della comparazione penalistica*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, cit., 265 ss.; A. CADOPPI, *Civil Law e Common Law: contrapposizione sistemica o culturale?*, in A. CADOPPI, *Tra storia e comparazione. Studi di diritto penale comparato*, Padova, 2014, 225 ss.; A. CADOPPI, *Il precedente giudiziale penale fra common law e civil law*, in A.M. STILE, S. MANACORDA, V. MONGILLO (a cura di), *Civil Law e Common Law: quale «grammatica» per il diritto penale?*, Napoli, 2018, 164 ss.

⁴³¹ Cfr., sulla direzione anche verso il futuro dei precedenti, F. SCHAUER, *Precedent*, in Stan. L. Rev., 1987, 572 ss.

In definitiva, volontarismo e condivisione sono elementi che, seppur in proporzione diversa, caratterizzano entrambi i modelli di precedente.

La caratteristica che consente di intendere l'obbligo di rimessione come un equivalente funzionale rispetto alla dottrina del precedente è la finalità perseguita attraverso entrambi i modelli. Così, richiamando una recente descrizione della dottrina del precedente di *common law*, «to promote a desirable degree of consistency and certainty about the present state of "the law", courts in this country have long adopted the practice of treating decisions on a point of law as precedents for the future»⁴³².

L'obbligo di rimessione della decisione in caso di dissenso persegue lo stesso scopo, risultando potenzialmente idoneo a ridurre i contrasti giurisprudenziali (specie se lungo latenti) e, quindi, ad assicurare una maggiore coerenza del quadro giuridico di riferimento.

Peraltro, come si è visto rispetto alla *Vorlagepflicht* tedesca, l'effettivo raggiungimento di questo obiettivo dipenderà in misura significativa dall'impiego che verrà fatto del nuovo meccanismo da parte delle sezioni semplici. Sia un eccesso di rimessioni, che produrrebbe un significativo incremento del lavoro delle Sezioni unite, sia un sostanziale aggiramento dell'obbligo da parte delle sezioni semplici, attraverso progressive differenziazioni del singolo caso rispetto a quello precedentemente deciso dal più elevato consesso, avrebbero come conseguenza ultima quella di ridurre la concreta efficacia.

Se non altro, tuttavia, con il nuovo co. 1 *bis* dell'art. 618 c.p.p. è stato disciplinato un procedimento formale per la modifica della giurisprudenza delle Sezioni unite, nonché, più in generale, per l'evoluzione della giurisprudenza di legittimità. In definitiva, il problema dei contrasti giurisprudenziali sincronici dovrebbe progressivamente avviarsi verso una dimensione più fisiologica.

⁴³² Così, Lord Nicholls nel caso *Re Spectrum Plus* (in liquidation): [2005] 2 AC 680, [5] (HL). Ampiamente sulle *rationes* alla base della dottrina del precedente, si v. J.D. HEYDON, *Limits to Powers of Ultimate Appellate Courts*, in *Law Quarterly Review*, 2006, 399 ss., oltreché naturalmente R. CROSS, J. HARRIS, *Precedent in English Law*, 4^a ed., Oxford, 1991, *passim*.

CAPITOLO III

QUALI GARANZIE TEMPORALI PER I MUTAMENTI GIURISPRUDENZIALI SFAVOREVOLI?

SOMMARIO: 1. Premessa: concetto di «mutamento giurisprudenziale» e fisiologia dei mutamenti giurisprudenziali (diacronici). – Sez. I La ragionevole prevedibilità *ex art. 7 Cedu* e l'errore sul precetto *ex art. 5 c.p.* – 2.1. La «legalità penale convenzionale»: tratti fondamentali e rapporti con la legalità penale costituzionale. – 2.2. La ragionevole prevedibilità *ratione materiae* e *ratione personae*. – 2.3. Le “fonti” della ragionevole prevedibilità. – 2.4. Vantaggi e limiti di una soluzione del problema dei mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli sul piano della legalità(-colpevolezza) convenzionale. – Sez. II L'estensione del divieto di retroattività ai mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli sul piano delle garanzie costituzionali. – 3.1. I fondamenti politico-costituzionali dell'estensione del divieto di retroattività ai mutamenti giurisprudenziali *in malam partem* nel rapporto tra individuo e autorità pubblica. – 3.2. Il *Vertrauensschutzprinzip* declinato in chiave oggettiva. – 3.3. *Due Process Clause* e *fair warning*: tra prevedibilità della prima applicazione e divieto di retroattività del mutamento giurisprudenziale. – 3.4. Le tecniche per garantire il *fair warning* in caso di mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli. Il *prospective overruling*. – 3.5. Segue. Il *mistake of law* in chiave oggettiva. – 3.6. Il divieto di retroattività della legge così come interpretata dalle Sezioni unite. – 3.7. Il valore istituzionale del divieto di retroattività dei mutamenti giurisprudenziali e la questione del limite di efficacia.

1. Premessa: concetto di «mutamento giurisprudenziale» e fisiologia dei mutamenti giurisprudenziali (diacronici)

Così come i contrasti giurisprudenziali sincronici, quando non sono troppo diffusi e quando durano un tempo ragionevole, possono rivelarsi positivi per l'evoluzione del diritto, anche la modifica diacronica della giurisprudenza riflette la medesima esigenza di evoluzione del diritto. L'incondizionata adesione alle precedenti

pronunce può in taluni casi rivelarsi non desiderabile. Entro certi limiti ai giudici deve essere riconosciuta la possibilità di cambiare la loro giurisprudenza, per superare decisioni che successivamente non paiono più corrette o che non sono più conformi con i mutamenti sociali verificatisi nel frattempo⁴³³.

L'idea della fisiologicità dei mutamenti giurisprudenziali diacronici, ovvero quando – in termini generali – a distanza di tempo una prima soluzione di diritto viene sostituita da una seconda poi tendenzialmente accolta dalla giurisprudenza successiva, fa chiaramente parte del *background* del giurista e delle corti di *common law*. Basti qui ricordare le famose parole di Oliver Wendell Holmes, secondo cui «it is revolting to have no better reason for a rule of law than that so it was laid down in the time of Henry IV. It is still more revolting if the grounds upon which it was laid down have vanished long since, and the rule simply persists from blind imitation of the past»⁴³⁴; nonché quelle della Corte Suprema americana nel celebre caso *Planned Parenthood v. Casey*: «[t]he obligation to follow precedent begins with necessity, and a contrary necessity marks its outer limits»⁴³⁵. Infine, è noto anche il *Practice Statement* del 1966 con il quale la House of Lords comunicò che da quel momento in poi si sarebbe riconosciuta la possibilità di adeguare la sua giurisprudenza al mutare della realtà sociale, non ritenendosi pertanto più vincolata in termini assoluti ai propri precedenti⁴³⁶.

Anche negli ordinamenti continentali europei l'adeguamento della giurisprudenza al progresso e ai cambiamenti sociali avviene attraverso i mutamenti giurisprudenziali diacronici⁴³⁷. La deviazione di una corte dalla sua precedente giurisprudenza può essere dovuta non solo al mutare delle condizioni sociali, storiche

⁴³³ Cfr. P.H. DUNN, *How Judges Overrule: Speech Act Theory and the Doctrine of Stare Decisis*, in *Yale Law Journal*, 2003, 503 e 530 s.

⁴³⁴ O.W. HOLMES, *The Path of the Law*, in *ID.*, *Collected Legal Papers*, New York, 1920, 187.

⁴³⁵ *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 854 (1992).

⁴³⁶ *Si v. Practice Statement* [1966] 3 All ER 77.

⁴³⁷ Cfr. A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., 292.

o economiche, ma anche all'obsolescenza della precedente pronuncia, nonché al comparire di casi che non erano stati precedentemente presi in considerazione⁴³⁸.

L'esigenza di evoluzione del diritto che sta alla base dei mutamenti giurisprudenziali diacronici può rivelarsi decisamente più problematica in almeno due situazioni.

Innanzitutto, lo si è già anticipato, quando il mutamento giurisprudenziale finisce per coincidere con l'esercizio di competenze legislative da parte del potere giudiziario. In questa ipotesi anche il mutamento giurisprudenziale diacronico diventa patologico e, a ben vedere, sarebbe più corretto parlare di vera e propria creazione giurisprudenziale al di fuori del testo legislativo.

Una seconda situazione problematica si verifica nel caso in cui il mutamento giurisprudenziale produce un nuovo regime giuridico che si rivela più sfavorevole per il soggetto a cui viene applicato rispetto al regime giuridico precedente e, rispetto a questa situazione, al soggetto stesso non è riconosciuta alcuna forma di tutela.

Il concetto di mutamento giurisprudenziale presuppone quantomeno due elementi. In primo luogo, vi deve essere una pronuncia giurisprudenziale rispetto alla quale una seconda pronuncia devia per la prima volta. In secondo luogo, perché vi sia il mutamento o la deviazione è necessario che entrambe le pronunce riguardino la medesima questione di diritto, questione di diritto che deve quindi poter trovare soluzione in almeno due diversi modi⁴³⁹.

⁴³⁸ Sulle ragioni che possono essere alla base di un mutamento giurisprudenziale si v., diffusamente, L. KÄHLER, *Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung*, cit., 80 ss.; più sinteticamente, anche M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit., 29 s.

⁴³⁹ Cfr. L. KÄHLER, *Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung*, cit., 18 ss. il quale elabora la seguente definizione di mutamento giurisprudenziale: «[e]ine Rechtsprechungsänderung trifft auf, wenn eine Gerichtsentscheidung von einer rechtskräftigen Gerichtsentscheidung zur selben Frage erstmalig abweicht», definizione ripresa anche da V. KLAPPSTEIN, *Die Rechtsprechungsänderung mit Wirkung für die Zukunft. Eine rechtsvergleichende Untersuchung im Zivilrecht*, Berlin, 2009, 40. Ulteriori e in parte diverse definizioni in A. GABBEY, *Probleme des Rechtsprechungswandels im Verwaltungsrecht. Zugleich eine kritische Betrachtung der Einstufung von Präjudizien als Rechtserkenntnisquelle*, Frankfurt a.M., 2000, 56 ss.; G. SEYFARTH, *Die Änderung der Rechtsprechung durch das Bundesverfassungsgericht*, Berlin, 1998, 102 s.; M. SCHEFFELT, *Die Rechtsprechungsänderung. Ein Beitrag zu methodischen und verfassungsrechtlichen Grundlagen und zur Anwendung der Ergebnisse im Verwaltungsrecht*, Konstanz, 2001, 30; S. AMRANI-MEKKI, *A propos des revirements de jurisprudence. Quelques*

Affinché possa parlarsi di mutamento giurisprudenziale non rileva che questo avvenga ad opera dello stesso giudice che ha emesso la prima decisione, ben potendosi verificare in ipotesi un mutamento giurisprudenziale ad opera di un secondo giudice⁴⁴⁰.

Parimenti, non rileva che il mutamento avvenga in forma espressa, quindi che sia indicato come tale dallo stesso giudice che lo ha realizzato, oppure di fatto⁴⁴¹.

Il mutamento giurisprudenziale si distingue, innanzitutto, dall'innovazione. L'innovazione o *first impression case* si ha quando con la pronuncia si verifica l'applicazione di nuove regole rispetto ad una questione di diritto che fino a quel momento non si era ancora posta⁴⁴². In presenza di un'innovazione, ciò che manca è

réflexion procedurals, in RTDCiv, 2005, 292 ss.; M.P. MALINVAUD, *A propos de la rétroactivité des revirements de jurisprudence*, in RTDCiv, 2005, 312 ss. Da ultimo, A. LEITE, *Grund und Grenzen eines Rückwirkungsverbots bei täterbelastenden Rechtsprechungsänderungen im Strafrecht*, cit., 220: «[e]ine Rechtsprechungsänderung wird in der Regel als die durch die Rechtsprechung vollzogene Änderung einer schon festgelegten Auslegung eines Straftatbestandes definiert. Die etablierte Rechtsprechung wird ohne eine Änderung der sprachlichen Fassung des Strafgesetzes aufgehoben».

⁴⁴⁰ Cfr. V. KLAPPSTEIN, *Die Rechtsprechungsänderung mit Wirkung für die Zukunft*, cit., 40.

⁴⁴¹ Significativa è, a tal proposito, la giurisprudenza della Corte Suprema americana. Nel primo senso, tra le molte, si v. *Solorio v. United States*, 483 U.S. 435, 436 (1987): «we hold that it does not, and overrule our earlier decision [...]»; *United States v. Miller*, 471 U.S. 130, 144 (1985): «[t]o the extent Bain [il precedente] stands for the proposition that it constitutes an unconstitutional amendment to drop from an indictment those allegations that are unnecessary to an offense that is clearly contained within it, that case has simply not survived. To avoid further confusion, we now explicitly reject that proposition»; *Complete Auto Transit, Inc. v. Brady*, 430 U.S. 274, 288-289 (1977): «Accordingly, we now reject the rule of *Spector Motor Service, Inc. v. O'Connor* [...] and the case is overruled». Per l'analisi di tecniche meno esplicite di mutamento della giurisprudenza si v. P.H. DUNN, *How Judges Overrule: Speech Act Theory and the Doctrine of Stare Decisis*, cit., 510 ss. e soprattutto 520 ss. sull'*overruling* implicito, nonché C.J. PETERS, *Under-the-Table Overruling*, in Wayne L. R., 2008, 1075 s. e 1078 s.. Cfr. anche L. KÄHLER, *Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung*, cit., 286, secondo cui «[s]owohl in den USA als auch in Deutschland treten nur wenige ausdrückliche Änderungen auf»; C. BITTNER, *Höchststrichterliche Ankündigungsrechtsprechung – Rechtsfortbildung ins Ungewisse?*, cit., 645 ss.

⁴⁴² Sul punto, si v. L. KÄHLER, *Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung*, cit., 22 s.

proprio la precedente pronuncia che dovrebbe in ipotesi costituire la base per la decisione del caso⁴⁴³.

In secondo luogo, si tende tradizionalmente a descrivere come due fenomeni distinti quello del mutamento giurisprudenziale e quello del *distinguishing*: quest'ultimo consisterebbe nell'esclusione di una tipologia di casi dalla precedente giurisprudenza, mentre il primo nel cambio della regola giurisprudenziale per la stessa tipologia di caso⁴⁴⁴. A ben vedere, tuttavia, o la precedente giurisprudenza non riguardava quel caso e allora non si può parlare propriamente neppure di *distinguishing* oppure anche con il *distinguishing* si assiste al cambio della regola giurisprudenziale, ma limitatamente ad una sola delle tipologie di casi potenzialmente rientranti nella precedente giurisprudenza.

Infine, l'*overruling* inteso in senso proprio è una specie di mutamento giurisprudenziale. Attraverso l'*overruling* un precedente perde la sua forza vincolante⁴⁴⁵. Pertanto, mentre tutte le decisioni che deviano per la prima volta da una precedente giurisprudenza danno luogo ad un mutamento giurisprudenziale, solo quelle che determinano la perdita di autorità della precedente pronuncia sono veri e propri *overrulings*⁴⁴⁶.

Due esempi di mutamento giurisprudenziale o, meglio, a seguito dell'introduzione dell'art. 618, co. 1 *bis*, c.p.p., di vero e proprio *overruling*.

⁴⁴³ Cfr. V. KLAPPSTEIN, *Die Rechtsprechungsänderung mit Wirkung für die Zukunft*, cit., 41. Per un caso di *first impression* deciso dalla Corte EDU applicando il criterio della ragionevole prevedibilità *ex art. 7*, si v. Corte EDU, Sez. IV, *Case of Huhtamäki v. Finland*, 6 marzo 2012, § 50: «[...] the Supreme Court was facing in the present case a new situation in which it had to take a stand for the first time on the issue [...]. Both domestic law and jurisprudence were silent on this point. [...] the Court finds that both alternative interpretations were foreseeable and consistent with the essence of the offence in question».

⁴⁴⁴ Si v., per tutti, A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., 177; S. VINCIGUERRA, *Introduzione allo studio del diritto penale inglese. I principi*, Padova, 1992, 42; U. MATTEI, voce *Precedente giudiziario e stare decisis*, cit. 157 ss. In termini più problematici sulla distinzione L.L. JAFFE, *English and American Judges as Lawmakers*, Oxford, 1969, 74: «Is there, indeed, a logical justification for an absolute distinction between “manoeuvring” around a precedent and “overruling” it? Does not the very difficulty of determining whether *Donoghue v. Stevenson* is one or the other demonstrate its irrelevance?».

⁴⁴⁵ Così anche A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., 177.

⁴⁴⁶ Cfr. L. KÄHLER, *Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung*, cit., 221 s.

Il primo, in tema di accesso abusivo a sistema informatico (art. 615 *ter* c.p.), riguarda il caso dell'accesso a sistema informatico da parte di soggetto autorizzato ma che utilizza le credenziali per finalità diverse da quelle per le quali le ha ricevute. Da un lato, viene in rilievo il principio di diritto formulato dalla Sezioni unite Casani nel 2012: «la questione di diritto controversa *non [deve] essere riguardata sotto il profilo delle finalità perseguite* da colui che accede o si mantiene nel sistema, in quanto la volontà del titolare del diritto di escluderlo si connette soltanto al dato oggettivo della permanenza (per così dire "fisica") dell'agente in esso [...] Il giudizio circa l'esistenza del dissenso del dominus loci *deve assumere come parametro la sussistenza o meno di un'obiettiva violazione, da parte dell'agente, delle prescrizioni impartite dal dominus stesso circa l'uso del sistema e non può essere formulato unicamente in base alla direzione finalistica della condotta soggettivamente intesa*»⁴⁴⁷. Dall'altro lato, quello opposto pronunciato dalle Sezioni unite Savarese cinque anni dopo: «integra il delitto previsto dall'art. 615 *ter*, secondo comma, n. 1, cod. pen. la condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio che, *pur essendo abilitato e pur non violando le prescrizioni formali impartite dal titolare* di un sistema informatico o telematico protetto per delimitarne l'accesso (nella specie, Registro delle notizie di reato: Re. Ge.) acceda o si mantenga nel sistema *per ragioni ontologicamente estranee* e comunque diverse rispetto a quelle per le quali, soltanto, la facoltà di accesso gli è attribuita»⁴⁴⁸.

Il secondo, in tema di produzione di materiale pedopornografico (art. 600 *ter* c.p.), rispetto al caso della produzione di tale materiale per uso esclusivamente personale (e quindi in assenza di un pericolo di diffusione dello stesso). Da un lato, si ha il principio di diritto formulato dalle Sezioni unite Bove nel 2000: «commette il delitto di cui all'art. 600 *ter* comma 1 c.p., chiunque impieghi uno o più minori per produrre spettacoli o materiali pornografici *con il pericolo concreto di diffusione del materiale*

⁴⁴⁷ Cass., Sez. un., 27 ottobre 2011 (dep. 7 febbraio 2012), n. 4694, corsivi aggiunti. Si v. R. BARTOLI, *L'accesso abusivo a un sistema informatico (art. 615 *ter* c.p.) a un bivio ermeneutico teleologicamente orientato*, in Riv. trim. dir. pen. cont., 2012, 123 ss.

⁴⁴⁸ Cass., Sez. un., 18 maggio 2017 (dep. 9 settembre 2017), n. 41210, corsivi aggiunti. Sulla pronuncia si v. R. FLOR, *La condotta del pubblico ufficiale fra violazione della voluntas domini, "abuso" dei profili autorizzativi e "sviamento di potere"*, in Dir. pen. proc., 2018, 506 ss.; volendo, anche A. GALANTE, *L'overruling delle Sezioni unite in tema di accesso abusivo ad un sistema informatico*, in Giur. it., 2018, 735 ss.

pornografico prodotto»⁴⁴⁹. Dall'altro lato, quello pronunciato dalle Sezioni unite Mordino nel 2018: «Ai fini dell'integrazione del reato di cui all'art. 600 ter, primo comma, n. 1), cod. pen., con riferimento alla condotta di produzione di materiale pedopornografico, non è più necessario, viste le nuove formulazioni della disposizione introdotte a partire dalla legge 6 febbraio 2006, n. 38, l'accertamento del pericolo di diffusione del suddetto materiale»⁴⁵⁰.

⁴⁴⁹ Cass., Sez. un., sent. 31 maggio 2000 (dep. 5 luglio 2000), n. 13, in Cass. pen., 2000, 2983 ss., corsivo aggiunto.

⁴⁵⁰ Cass., Sez. un., sent. 15 maggio 2018 (dep. 15 novembre 2018), n. 51815, corsivo aggiunto. Si v. G. AMARELLI, *Pornografia minorile: le Sezioni unite elidono retroattivamente il pericolo di diffusione*, in Giur. it., 2019, 1207 ss.; sempre volendo, A. GALANTE, *Le Sezioni unite in tema di pedopornografia: escluso il pericolo di diffusione*, in Dir. pen. proc., 2019, 961 ss.

SEZIONE I
LA RAGIONEVOLE PREVEDIBILITÀ EX ART. 7 CEDU E
L'ERRORE SUL PRECETTO EX ART. 5 C.P.

2.1. *La «legalità penale convenzionale»: tratti fondamentali e rapporti con la legalità penale costituzionale*

Il problema delle garanzie da riconoscere al singolo al verificarsi di un cambio in termini sfavorevoli del quadro giuridico-penalistico a seguito di un mutamento giurisprudenziale ha acquisito, quantomeno in Italia, un'importanza di primo piano⁴⁵¹ soprattutto per merito della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di art. 7 Cedu⁴⁵².

⁴⁵¹ Precedentemente, un'isolata presa di posizione rispetto al tema si è avuta da parte di C. ESPOSITO, *Irretroattività e legalità delle pene nella nuova Costituzione*, in AA. VV., *Scritti giuridici in onore di Carnelutti*, vol. IV, Padova, 1950, 501, laddove afferma che dall'art. 25, co. 2, Cost. si ricava «una direttiva che si rifuggano interpretazioni più severe della norma penale, non ammesse all'epoca del commesso delitto e sviluppatasi solo in epoca posteriore per l'evoluzione dei tempi».

⁴⁵² Invece, rispetto all'incertezza prodotta dalla persistenza di contrasti giurisprudenziali irrisolti, il giudizio della Corte di Strasburgo muove dall'art. 6 Cedu, ovvero dal diritto all'equo processo. Recentemente, per tutte, cfr. Corte EDU, Sez. I, *Affaire Ferreira Santos Pardal c. Portugal*, 30 luglio 2015, § 42: «Les divergences de jurisprudence constituant, par nature, la conséquence inhérente à tout système judiciaire qui repose sur un ensemble de juridictions du fond ayant autorité sur leur ressort territorial. [...] Les critères qui guident la Cour dans son appréciation des conditions dans lesquelles des décisions contradictoires de différentes juridictions internes statuant en dernier ressort emportent violation du droit à un procès équitable, consacré par l'article 6 § 1 de la Convention, consistent à déterminer s'il existe dans la jurisprudence des juridictions internes «des divergences profondes et persistantes», si le droit interne prévoit des mécanismes visant à la suppression de ces incohérences [come, in particolare, l'attuale art. 618, co. 1 *bis*, c.p.p.], si ces mécanismes ont été appliqués et quels ont été, le cas échéant, les effets de leur application [...]. Le principe de la sécurité juridique tend notamment à garantir une certaine stabilité des situations juridiques et à favoriser la confiance du public dans la justice [...].».

Noti sono i due presupposti da cui muove in tema di legalità penale la Corte europea dei diritti dell'uomo. Innanzitutto, il concetto di «*law*» utilizzato (anche) nella formulazione del principio convenzionale di legalità penale deve essere inteso come comprensivo sia della legge parlamentare, sia della giurisprudenza⁴⁵³.

Tre le ragioni che giustificano una tale posizione. In primo luogo, l'art. 7 Cedu non introduce una disciplina delle fonti del diritto penale autonoma rispetto a quella dei singoli ordinamenti nazionali. Più specificamente, la ripartizione delle competenze normative penali è ed è sempre rimasta di esclusiva competenza delle costituzioni o degli ordinamenti nazionali⁴⁵⁴. In secondo luogo, la valutazione complessiva del quadro giuridico-penale ai fini della decisione circa l'eventuale violazione dell'art. 7 Cedu consente alla Corte di ottenere il risultato di una maggiore effettività della garanzia convenzionale⁴⁵⁵. Ciò che viene in considerazione è l'ordinamento nella sua interezza, contrapposto al singolo soggetto e risultato dell'azione di tutti i poteri

⁴⁵³ Giurisprudenza costante a partire dalla notissima pronuncia Corte EDU, *Case of Sunday Times v. The United Kingdom* (n. 1), 26 aprile 1979, § 47; l'equivalenza del concetto di «*law*» ex art. 7 a quella di tutti gli altri articoli della Convenzione è stata affermata, ad esempio, in Corte EDU, *Case of Tolstoy Milaslavsky v. The United Kingdom*, 13 luglio 1995, § 37 e in Corte EDU, *Case of Coëme v. Belgium*, 22 giugno 2000, § 145. Si v., per tutti, V. ZAGREBELSKY, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., 74 ss. e 88 ss.; O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in M. BERTOLINO, L. EUSEBI, G. FORTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, cit., 2249 ss.; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, 56 ss., 309 s. e *passim*; M. SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ (a cura di), *Europa e diritto penale*, Milano, 2013, 218 ss.

⁴⁵⁴ Sulla distinzione tra i due piani delle legalità (costituzionale e europeo-convenzionale) cfr., ad esempio, A. DI MARTINO, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità Cedu e giudice-fonte*, in *Criminalia* 2014, 2015, 93 ss. e 119 ss.

⁴⁵⁵ Sull'effettività come uno dei tratti distintivi della legalità europeo-convenzionale si v., per tutti, F. PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, in A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F. SCHIAFFO, A. SESSA (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, cit., 477; V. MANES, "Common law-isation del diritto penale"? *Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, cit., 962 s., nonché già in V. MANES, *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 20 ss.

statali che lo compongono⁴⁵⁶. In terzo luogo, la scelta di ricomprendere nel concetto di «*law*» anche il diritto non scritto sarebbe la conseguenza della necessità di estendere la (o non escludere dalla) garanzia dell'art. 7 Cedu anche a quegli ordinamenti che, come quello inglese, almeno fino ad un passato abbastanza recente si basavano fondamentalmente su una disciplina normativa non legislativa in materia penale⁴⁵⁷.

Il secondo presupposto della giurisprudenza di Strasburgo sul concetto di «*law*» attiene ai requisiti qualitativi che devono essere posseduti dalle fonti scritte e non scritte pertinenti ai fini del giudizio di violazione delle garanzie convenzionali. E così, da un lato, la disciplina normativa applicabile deve essere sufficientemente accessibile e, dall'altro lato, la qualificazione giuridica della condotta nonché le conseguenze della stessa devono essere ragionevolmente prevedibili⁴⁵⁸. A tal

⁴⁵⁶ Cfr. la direzione finalistica della legalità convenzionale: «[t]he guarantees enshrined in Article 7, which is an essential element of the rule of law, occupies a prominent place in the Convention system of protection [...]. It should be construed and applied, as follows from its object and purpose, in such a way as to provide effective safeguards against arbitrary prosecution, conviction and punishment» (Corte EDU, Case of Del Río Prada v. Spain, cit., § 77, corsivo aggiunto). Volendo, sul punto, F. SUDRE, *Le principe de la légalité et la Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Reveu pénit. droit. pen.*, 2001, 347 ss.; più in generale, E. STEINER, *The Rule of Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in W. SCHROEDER (a cura di), *Strengthening the Rule of Law in Europe. From a Common Concept to Mechanisms of Implementation*, Oxford-Portland, 2016, 135 ss.

⁴⁵⁷ Cfr., tra i molti, V. ZAGREBELSKY, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., 77 ss.; K. AMBOS, *Artikel 7 EMRK, Common law und die Mauerschützen*, in *KritV*, 2003, 31 ss. Sul ruolo – secondo la Corte di Strasburgo – della legge e della giurisprudenza, rispettivamente, negli ordinamenti di *civil* e di *common law*, si v. Corte EDU, Chamber, Case of Kruslin v. France, 24 aprile 1990, § 29.

⁴⁵⁸ Giurisprudenza costante a partire almeno da Corte EDU, Case of S.W. v. The United Kingdom, 22 novembre 1995, § 35 e confermata da tutte le pronunce successive della Grande Camera. Oltre ai contributi poco sopra richiamati, si v. su entrambi i presupposti della legalità penale convenzionale, tra i tanti, V. MANES, *Art. 7/1*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, 274 ss.; J. RENZIOWSKY, *Art. 7 EMRK*, in K. VON WOLFRAM (a cura di), *Internationaler Kommentar zur Europäischen Konvention der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, Köln, 2009, *passim*; J. MEYER-LADEWIG, S. HARRENDORF, S. KÖNIG, *Artikel 7 Keine strafe ohne Gesetz*, in J. MEYER-LADEWIG, M. NETTESHEIM, S. VON RAUMER (a cura di), *Europäische Menschenrechtskonvention*, Baden-Baden, 2017, Rn. 15 s. Prima, anche A. BERNARDI, *Art. 7 (Nessuna pena senza legge)*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 251 ss. Recentemente, con diffuse elencazioni

proposito, si può già ora anticipare che, mentre il primo dei due requisiti – declinato in termini oggettivi – è tendenzialmente soddisfatto dalla pubblicazione delle pertinenti fonti normative⁴⁵⁹, il giudizio della Corte si concentra nella maggior parte dei casi prevalentemente (e, talvolta, anche esclusivamente) sul requisito della ragionevole prevedibilità.

Il rapporto della legalità europeo-convenzionale con quella costituzionale, la quale a differenza della prima accanto al profilo dell'accessibilità delle norme penali comprende anche quello del loro fondamento democratico, è segnato da periodi di pacifica convivenza accompagnati, più recentemente, da momenti di tensione⁴⁶⁰.

delle singole pronunce che hanno nel tempo confermato i vari principi elaborati dalla giurisprudenza di Strasburgo con riferimento all'art. 7, si v. S. ERNE, *Das Bestimmtheitsgebot im nationalen und internationalen Strafrecht am Beispiel des Straftatbestands der Verfolgung*, cit., 269 ss. Per una sintetica analisi giurisprudenziale, si può v. anche I.C. BARRETO, *La jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des Droits de l'Homme sur l'article 7 de la Convention européenne des Droits de l'homme*, in A. DONATSCH, M. FORSTER, C. SCHWARZENEGGER (a cura di), *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte. Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag*, Zürich, 2002, 3 ss.

⁴⁵⁹ Bastino Corte EDU, Chamber, Case of Kokkinakis v. Greece, 25 maggio 1993, § 40, e Corte EDU, Chamber, Case of G. v. France, 27 settembre 1995, § 25, successivamente sempre confermate.

⁴⁶⁰ Sul punto, nel senso della possibilità di un'integrazione tra le due legalità, seppur da prospettive anche significativamente diverse, si v. F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1065, nonché in lavori successivi già richiamati in precedenza; G. FORNASARI, *Un altro passo avanti nella "riscrittura" della legalità? Appunti sulla sentenza Contrada*, in A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F. SCHIAFFO, A. SESSA (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, cit., soprattutto 458 ss.; F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 1 ss. e 9 ss.; R. BARTOLI, *Legalità europea versus legalità nazionale? Un tentativo di possibile integrazione*, in C.E. PALIERO et al. (a cura di), *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, cit., 283 ss.; brevemente, D. PULITANÓ, *Due approcci opposti sui rapporti tra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2015, 323 s.; V. VALENTINI, *Giustizia Penale e Diritto Sovranazionale: una sinergia inevitabilmente critica*, in A. MANNA (a cura di), *Il problema dell'interpretazione nella giustizia penale*, Pisa, 2016, 164 ss. Nel senso dell'intrinseca incompatibilità, si v. vari lavori di S. Moccia: basti qui il rinvio a *Sulle precondizioni dell'ermeneutica giudiziale nello Stato di diritto*, in *Criminalia* 2011, 2012, 299 ss. In termini simili, A. CAVALIERE, *Radici e prospettive del principio di legalità. Per una critica del 'diritto penale vivente' interno ed europeo*, cit., 680 ss.

Il principio secondo cui «[it] is a logical consequence of the principle that laws must be of general application that the wording of statutes is not always precise. One of the standard techniques of regulation by rules is to use general categorizations as opposed to exhaustive lists. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice [...]. However clearly drafted a legal provision may be, in any system of law, including criminal law, there is an inevitable element of judicial interpretation» e, ancora, «[t]here will always be a need for elucidation of doubtful points and for adaptation to changing circumstances. Again, whilst certainly is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances»⁴⁶¹ non è sostanzialmente molto diverso dal fondamento e dal contenuto della dottrina del diritto vivente accolta dalla giurisprudenza costituzionale.

In entrambi i casi, il punto di partenza è dato dall'idea secondo cui il testo legislativo dovrebbe essere il più preciso possibile, ma che al tempo stesso una precisione assoluta o completa non è raggiungibile (e nemmeno auspicabile almeno, esplicitamente, per la Corte di Strasburgo).

Ma tutto ciò è diverso dal dire che, in materia penale, la giurisprudenza può essere considerata fonte potenzialmente autonoma equiparata alla legge parlamentare⁴⁶². Infatti, da un lato, una cosa è sostenere che ai fini del giudizio svolto a Strasburgo legge e giurisprudenza rilevano in termini equivalenti; dall'altro lato, estremamente diverso è trasferire questa equivalenza sul piano delle fonti nazionali di produzione del diritto penale⁴⁶³.

⁴⁶¹ Così, per tutte, Corte EDU, GC, Case of Del Río Prada v. Spain, 21 ottobre 2013, § 92; Corte EDU, Chamber, Case of Kokkinakis v. Greece, 25 maggio 1993, § 40; Corte EDU, GC, Case of Kafkaris v. Cyprus, 12 febbraio 2008, § 141.

⁴⁶² Nel senso dell'equiparazione pare muoversi, ad es., S. RIONDATO, *Influenze dei principi penali europei su un nuovo codice penale italiano*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2011, 1541 ss. laddove parla di trasformazione del *nullum crimen sine lege* in *nullum crimen sine iure*. Sul punto si v. anche le interessanti considerazioni di G. MANNOZZI, *Le parole del diritto penale: un percorso ricostruttivo tra linguaggio per immagini e lingua giuridica*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2011, 1431 ss., nonché di D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit., 36 ss.

⁴⁶³ Nel senso del testo, si v. A. DI MARTINO, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità Cedu e giudice-fonte*, cit., 106 e 118 ss.; prima anche in A. DI MARTINO, *Intersezioni di legalità e "sanzioni"*

Mentre il primo punto può considerarsi corretto e pacifico, il secondo – non consequenziale – si pone in fondamentale contrasto con principi costituzionali nazionali, primo tra tutti quello della riserva di legge in materia penale.

La confusione tra i due piani e la tentata o, meglio, errata equiparazione da parte della corte italiana di legittimità della giurisprudenza alla legge sul piano delle fonti penali nazionali ha dato origine all'attuale fase di tensione⁴⁶⁴.

È noto come la Corte costituzionale con la sentenza n. 230 del 2012 sia intervenuta rispetto a questo tentativo riaffermando la *ratio* democratico-parlamentare della legalità penale, incentrata sul primato del legislatore e sulla separazione dei poteri. Così, «nell'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo, il principio convenzionale di legalità penale risult[a] meno comprensivo di quello accolto nella Costituzione italiana [...]. Ad esso resta infatti estraneo il principio – di centrale rilevanza, per converso, nell'assetto interno – della riserva di legge [...] principio che demanda il potere di formazione in materia penale [...] all'istituzione che costituisce la massima espressione nella rappresentanza politica: vale a dire al Parlamento [...]». E, ancora, «ad opporsi ad una simile equiparazione non è, pertanto, solo la considerazione [...] attinente al difetto di vincolatività di un semplice orientamento giurisprudenziale [...]. Vi si oppone anche, e prima ancora – in uno alla già più volte evocata riserva di legge in materia penale – il principio della separazione dei poteri, specificamente riflesso nel precetto che vuole il giudice soggetto (soltanto) alla legge»⁴⁶⁵.

accessorie. Tra giurisprudenza nazionale, diritti umani, sistemi penali stranieri, in M. BERTOLINO, L. EUSEBI, G. FORTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, vol. I, cit., 193 ss. e 221 ss. Sul punto, da ultimo, G. AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2018, 1428 ss.

⁴⁶⁴ Il riferimento è evidentemente, innanzitutto, a Cass., Sez. un., sentenza 21 gennaio 2010 (dep. 13 maggio 2010), n. 18288, § 6; successivamente, anche Cass., Sez. un., sentenza 28 ottobre 2010 (dep. 19 gennaio 2011), n. 1235, § 2, e Cass., Sez. un., sentenza 19 aprile 2012 (dep. 12 settembre 2012), n. 34952, § 5. Su quest'ultima pronuncia, si v. R. BARTOLI, *Configurabilità del tentativo di rapina impropria finalizzata all'impunità: tra legalismo, teleologia e Costituzione*, in Cass. pen., 2013, 80 ss.

⁴⁶⁵ Corte cost., sentenza n. 230 del 2012, cit., rispettivamente ai §§ 7 e 11. Oltre ai lavori già *supra* richiamati in nota, si v. sulla pronuncia anche G. INSOLERA, *Il severo custode della legge fondamentale*, Crit. dir., 2012, 355 ss.

Un ulteriore passo avanti – o indietro, a seconda delle prospettive – in questo dialogo⁴⁶⁶ è stato segnato dalla sentenza della Corte di Strasburgo nel caso Contrada⁴⁶⁷. La circostanza che la vicenda sia notissima consente di andare subito al nucleo della questione. I giudici di Strasburgo hanno dichiarato la violazione dell'art. 7 Cedu in quanto, ancor prima dei requisiti dell'accessibilità e della prevedibilità, ciò che mancava per almeno parte del tempo in cui è stata tenuta la condotta era la stessa base legale della condanna. Base legale formalmente esistente, ma – per così dire – inficiata dal pluridecennale contrasto interpretativo relativo all'ammissibilità o meno della configurabilità del concorso esterno in associazione mafiosa e ristabilita (almeno temporaneamente) dalle Sezioni unite c.d. Demitry del 1994⁴⁶⁸.

In questo senso va letta anche l'affermazione secondo cui quella di concorso esterno in associazione mafiosa sarebbe una fattispecie di origine giurisprudenziale⁴⁶⁹. E cioè come un irrigidimento dello standard convenzionale nel

⁴⁶⁶ Dialogo, peraltro, ancora in corso a livello di Corte di cassazione: si v. la recente ordinanza di rimessione alle Sezioni unite (Cass., Sez. VI, ordinanza 22 marzo 2019 (dep. 17 maggio 2019), n. 21767) concernente il "recepimento" in Italia della pronuncia della Corte di Strasburgo nel caso Contrada. Precedentemente, sul punto, C. App. Caltanissetta 17 marzo 2016, in Dir. pen. cont., nonché Cass., Sez. I, sentenza 11 ottobre 2016 (dep. 18 ottobre 2016), n. 44193.

⁴⁶⁷ Corte EDU, Sez. IV, Affaire Contrada c. Italie (n. 3), 14 aprile 2015, pubblicata in italiano in Riv. it. dir. proc. pen., 2016, 333 ss. con commento di M. DONINI, *Il Caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*. Sulla pronuncia si v., oltre ai contributi già in precedenza richiamati, G. DE FRANCESCO, *Brevi spunti sul caso Contrada*, in Cass. pen., 2016, 12 ss.; O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale (A proposito del caso Contrada, della confisca senza condanna e di poco altro)*, in Riv. trim. dir. pen. cont., 2015, 11 ss.; G. FIANDACA, *Brevi note sulla portata della sentenza della Corte Edu (caso Contrada) in tema di concorso esterno*, in Foro it., 2016, 741 ss.; A. ESPOSITO, *Ritornare ai fatti. La materia del contendere quale nodo narrativo del romanzo giudiziario*, in Riv. trim. dir. pen. cont., 2015, 27 ss. Volendo, anche, V. MAIELLO, *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in Dir. pen. proc., 2015, 1008 ss.; A. MANNA, *La sentenza Contrada e i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?*, in Dir. pen. cont., 2016, 1 ss.; A. VALENTINO, *Il mutamento giurisprudenziale sfavorevole al reo nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo e gli effetti nell'ordinamento interno*, in I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Milano, 2017, 104 ss.

⁴⁶⁸ Cass., Sez. un., sentenza 5 ottobre 1994, n. 16, in Foro it., 1995, 422 ss. con nota (critica) di G. Insolera.

⁴⁶⁹ Corte EDU, Affaire Contrada c. Italie (n. 3), cit., § 66: «[...] le concours externe en association de type mafieux constitue une infraction d'origine jurisprudentielle».

senso che, pur in presenza di una – per quanto non perfettamente tassativa – fattispecie legislativa, il pluridecennale contrasto giurisprudenziale avrebbe di fatto reso oggettivamente “inesistente” la fattispecie medesima, ridefinita solo a seguito della pronuncia delle Sezioni unite poco sopra richiamata⁴⁷⁰.

Ma la vicenda Contrada riguarda una questione diversa rispetto a quella dell’efficacia nel tempo dei mutamenti giurisprudenziali e delle eventuali garanzie. A ben vedere, si trattava di determinare il punto oltre il quale la presenza di contrasti giurisprudenziali è indice e, al tempo stesso, causa di una mancanza di tassatività (indifferentemente – per i giudici di Strasburgo – legislativa o giurisprudenziale) della fattispecie incriminatrice.

In definitiva, dal dialogo tra queste tre corti si ricava: la necessità di una qualche forma di tutela per il singolo a fronte del verificarsi di mutamenti giurisprudenziali almeno *in malam partem*; la non mutata esclusione dalle fonti del diritto penale equiparate alla legge parlamentare della giurisprudenza, anche delle Sezioni unite; il contributo fondamentale che la giurisprudenza può fornire in sede di (ulteriore) tassativizzazione delle fattispecie incriminatrici legislative.

Al contrario, ciò che in molti casi si è ricavato è stato: la corretta esclusione dell’equiparazione sul piano delle fonti del diritto penale di legge e giurisprudenza; la meno convincente esclusione della possibilità di offrire una tutela al singolo a fronte di un mutamento giurisprudenziale sfavorevole ricorrendo al principio di irretroattività⁴⁷¹; la necessità di ricorrere, per garantire rispetto a quest’ultimo fenomeno una qualche forma di tutela al singolo, all’idea della ragionevole prevedibilità *ex art. 7 Cedu* che dovrebbe trovare diretta applicazione attraverso l’art. 5 c.p. e che finisce, in definitiva, per attribuire un contenuto parzialmente diverso al concetto di «inevitabilità» dell’ignoranza della legge penale⁴⁷².

⁴⁷⁰ Cfr. M. DONINI, *Il concorso esterno “alla vita dell’associazione” e il principio di tipicità penale*, in E.M. AMBROSETTI (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, cit., 325 ss., nonché il contributo dello stesso Autore poco sopra citato.

⁴⁷¹ Perché questa conseguenza della prima affermazione sia meno convincente sarà oggetto della seguente Sez. II.

⁴⁷² Si v. F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in C.E. PALIERO *et al.* (a cura di), *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, cit., 213 ss. O, addirittura, facendo rientrare la prevedibilità convenzionale nell’art. 2 c.p., in definitiva

2.2. La ragionevole prevedibilità *ratione materiae* e *ratione personae*

La legalità penale convenzionale può essere in sostanza declinata nel senso di una legalità-prevedibilità. Infatti, il primo dei due requisiti della legalità convenzionale, ovvero l'accessibilità, è generalmente ritenuto soddisfatto attraverso la pubblicazione delle disposizioni normative e la messa a disposizione della pertinente giurisprudenza⁴⁷³. La ragionevole prevedibilità è, di fatto, il criterio che guida la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di legalità penale⁴⁷⁴.

Andando più a fondo, si può distinguere una ragionevole prevedibilità valutata con riferimento alla formulazione delle disposizioni penali da una ragionevole prevedibilità rispetto agli esiti dell'attività interpretativa giurisprudenziale⁴⁷⁵.

Con riferimento alla prima, la ragionevole prevedibilità come risultato della formulazione delle disposizioni normative pertinenti, è un principio ormai consolidato quello secondo cui «[a]n individual must know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it and after taking appropriate legal advice, what acts and/or omissions will make

sostituendo l'irretroattività con la ragionevole prevedibilità (per quanto declinata in termini oggettivi). Cfr., tra gli altri, anche G. AMARELLI, *L'uso di gruppo tra modifiche normative e overruling*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2011, 1058 ss. Da ultimo, utilizza in modo indistinto i concetti di prevedibilità e di irretroattività, postulandone l'equivalenza quantomeno sul piano delle garanzie, D. PERRONE, *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Torino, 2019, 381 ss. in particolare e *passim*.

⁴⁷³ Tra le molte, si v. Corte EDU, Chamber, *Affaire G. c. France*, 27 settembre 1995, § 25; Corte EDU, Sez. V, *Case of Custers, Deveaux and Turk v. Denmark*, 3 maggio 2007, § 82 s.; Corte EDU, GC, *Case of Korbely v. Hungary*, 19 settembre 2008, § 75. Volendo, da ultimo, sulla scarsa pregnanza del requisito dell'accessibilità, si v. M. TIMMERMAN, *Legality in Europe. On the principle nullum crimen, nulla poena sine lege in EU law and under the ECHR*, Cambridge, 2018, 86 ss.

⁴⁷⁴ In aggiunta ai contributi citati in nota al paragrafo precedente, da ultimo, si v. D. PULITANÒ, *Corti europee e Corti nazionali fra legalità e prevedibilità*, in C. GUARNIERI, G. INSOLERA, L. ZILLETTI (a cura di), *Giurisdizioni europee e sistemi nazionali. Tendenze e criticità*, Roma, 2018, 162 ss. nonché, volendo, A. SANTANGELO, *Ai confini tra common law e civil law: la prevedibilità del divieto nella giurisprudenza di Strasburgo*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2019, 332 ss.

⁴⁷⁵ Cfr. A. ESPOSITO, *Diritto penale «flessibile». Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, 325 ss.; M. SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ (a cura di), *Europa e diritto penale*, cit., 234 ss.

him criminally liable and what penalty will be imposed for the act committed and/or omission»⁴⁷⁶. Ma anche sotto questo profilo il sindacato della Corte di Strasburgo non è troppo severo⁴⁷⁷.

La violazione dell'art. 7 Cedu è stata così riconosciuta solamente in presenza di disposizioni legislative contenenti concetti estremamente vaghi, al punto da non consentire in alcun modo di comprendere il possibile ambito della responsabilità penale⁴⁷⁸. Nella maggior parte dei casi, invece, poiché «owing to their general nature of statutes, their wording cannot be absolutely precise», nonché «the need to avoid excessive rigidity and to keep pace with the changing circumstances means that many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague»⁴⁷⁹, vale il criterio della sufficiente chiarezza della disposizione nella maggioranza dei casi⁴⁸⁰.

L'idea di fondo, come già anticipato, è che una disposizione legislativa relativamente vaga possa essere specificata attraverso l'attività interpretativa giurisprudenziale. Così, «however clearly drafted a legal provision may be, in any system of law, there is an inevitable element of judicial interpretation. The role of adjudication vested in the courts is precisely to dissipate such interpretational doubts as remain»⁴⁸¹.

La ragionevole prevedibilità finisce così per assumere una declinazione più in linea anche con il ruolo della Corte di Strasburgo. Al contrario, se la valutazione si fosse concentrata sulla legalità-prevedibilità sotto forma di chiarezza della formulazione legislativa delle disposizioni incriminatrici la Corte avrebbe finito non solo per ridurre l'ampiezza della tutela da lei assicurata, ma anche per porsi in

⁴⁷⁶ Corte EDU, *Cantoni v. France*, cit., § 29; Corte EDU, *Kafkaris v. Cyprus*, cit., § 140; Corte EDU, *Del Río Prada v. Spain*, cit., § 79.

⁴⁷⁷ In questo senso, esempi paradigmatici sono Corte EDU, GC, *Case of Grigoriades v. Greece*, 25 novembre 1997 e Corte EDU, Sez. IV, *Case of Flinkkilä v. Finland*, 6 aprile 2010.

⁴⁷⁸ Si v., ad esempio, Corte EDU, Sez. V, *Caso of Liivik v. Estonia*, 25 giugno 2009, §§ 96-104.

⁴⁷⁹ Cfr., con riferimento al concetto di "proselitismo", Corte EDU, *Kokkinakis v. Greece*, cit., § 40; rispetto a quello di "medicinale", Corte EDU, *Cantoni v. France*, cit., § 31.

⁴⁸⁰ Ancora, si v., per tutte, Corte EDU, *Cantoni v. France*, cit., § 32.

⁴⁸¹ Cfr., tra le molte, Corte EDU, *Kafkaris v. Cyprus*, cit., § 141.

sostanziale concorrenza e, sul lungo periodo, per entrare in conflitto con il sindacato attribuito alle corti costituzionali nazionali.

Con riferimento alla ragionevole prevedibilità come risultato dell'attività interpretativa giurisprudenziale⁴⁸² significativo è, innanzitutto, il caso *Cantoni*, ove la Corte ha escluso la violazione dell'art. 7 Cedu nell'ipotesi in cui un termine impiegato per descrivere una condotta penalmente rilevante, termine che il legislatore non aveva provveduto a definire in modo preciso e che aveva dato luogo a contrasti a livello di giudici di merito, ha trovato un più preciso contenuto in virtù della giurisprudenza della *Cour de Cassation* precedente al fatto⁴⁸³.

Il criterio di valutazione della prevedibilità ottenuta anche con il contributo della giurisprudenza (di legittimità) si articola a sua volta principalmente in due – per così dire – parametri⁴⁸⁴.

In primo luogo, viene in rilievo la natura dei fatti e cioè, riprendendo una distinzione tanto diffusa quanto incerta, le due categorie dei *mala in se* e dei *mala quia prohibita*. Rispetto ai primi, anche nel caso di mutamento giurisprudenziale improvviso, la prevedibilità dell'incriminazione può in generale considerarsi soddisfatta. In questi casi, il mutamento giurisprudenziale non farebbe altro che riflettere l'evoluzione sociale della comunità di appartenenza del soggetto che ha realizzato il fatto. In estrema sintesi, la "catena causale" che si costruisce è questa: facendo parte della comunità, il soggetto poteva ragionevolmente percepire il

⁴⁸² Si v. in particolare, oltre a Corte EDU, *Del Río Prada v. Spain*, cit. e a Corte EDU, *Conrada c. Italie*, cit., anche la recente Corte EDU, Sez. III, *Case of Navalnyye v. Russia*, 17 ottobre 2017, §§ 54 ss. Volendo, per un approfondito commento del caso *Del Río Prada* anche dalla prospettiva nazionale, si v. M.L. CUERDA ARNAU, *Cambios jurisprudenciales y retroactividad desfavorable (a propósito de la STEDH Del Río Prada c. España)*, in *Rev. Pen.*, 2013, 52 ss. e 60 ss.; sempre volendo, sul rapporto tra legalità-prevedibilità convenzionale e mutamenti giurisprudenziali, recentemente D.K. GRAF, *Praxisänderung im Strafrecht*, Zürich, 2011, 144 ss.

⁴⁸³ Corte EDU, *Cantoni c. France*, cit., § 34.

⁴⁸⁴ Cfr., tra i molti, G. LAUTENBACH, *The Concept of the Rule of Law and the European Courts of Human Rights*, Oxford, 2013, 90 ss.; H. SATZGER, *Art. 7 EMRK*, in H. SATZGER, W. SCHLUCKBIER, G. WIDMAIER (a cura di), *Strafprozessordnung*, cit., Rn. 15.

mutamento della realtà sociale e, quindi, prevedere che sarebbe mutata anche la valutazione giuridico-penale della sua condotta⁴⁸⁵.

Rispetto ai secondi, al contrario, il giudizio sulla ragionevole prevedibilità dei mutamenti giurisprudenziali è più rigido. Paradigmatico, in tal senso, è il caso *Pessino* in materia di diritto urbanistico, ove la Corte ha dichiarato la violazione dell'art. 7 a causa di un mutamento giurisprudenziale imprevedibile da parte della *Cour de Cassation*, mutamento imprevedibile non solo per la mancanza di un'interpretazione giurisprudenziale accessibile e prevedibile, ma anche perché neppure la consulenza di un esperto avrebbe potuto chiarire la penale rilevanza o meno del fatto⁴⁸⁶.

Il parametro di valutazione della ragionevole prevedibilità cambia non solo per materia, ma anche in virtù dei destinatari della disciplina normativa e quindi, in sostanza, della categoria di appartenenza del soggetto che lamenta la violazione dell'art. 7 Cedu⁴⁸⁷.

Le due categorie individuate dalla Corte sono quelle, da un lato, dei soggetti non professionisti e, dall'altro lato, di quelli professionisti. Questi ultimi sono coloro i quali svolgono un'attività professionale direttamente oggetto delle disposizioni normative incriminatrici delle quali si lamenta l'imprevedibilità.

⁴⁸⁵ Sul punto non si può che richiamare i celebri *marital rape cases*, ove questo ragionamento è stato impiegato per escludere l'imprevedibilità della nuova giurisprudenza sfavorevole. Si v., anche se con particolare attenzione alla punizione retroattiva dei crimini internazionali e rispetto all'impiego della formula di Radbruch da parte della Corte di Strasburgo nell'applicazione dell'art. 7, J. RENZIKOWSKY, *Mala per se et delicta mere prohibita – rechtsphilosophische Bemerkungen zum Rückwirkungsverbot (Art. 7 EMRK)*, in K. AMELUNG, H.-L. GÜNTHER, H.-H. KÜHNE (a cura di), *Festschrift für Volker Krey. Zum 70. Geburtstag am 9. Juli 2010*, Stuttgart, 2010, 411 ss. e 429 s.

⁴⁸⁶ Corte EDU, *Affaire Pessino c. France*, 10 ottobre 2006. Sulla pronuncia si v. D. ROETS, *La non-rétroactivité de la jurisprudence pénal in malam partem consacrée par la CEDH*, in *Recueil Dalloz*, 2007, 124 ss.; O. BACHELET, *La légalité en droit pénal. Les revirements de jurisprudence, problèmes d'application dans le temps (arrêt Pessino du 10 octobre 2006)*, in P. TAVERNIER (a cura di), *La France et la Cour européenne des droits de l'homme. La jurisprudence en 2006*, Bruxelles, 2007, 163 ss. e soprattutto 166 s. Sul punto, in particolare, si v. V. MANES, *Art. 7/1*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 217 ss.

⁴⁸⁷ Cfr., per tutte, recentemente Corte EDU, Sez. II, *Affaire Varvara v. Italie*, 29 ottobre 2013, § 56; Corte EDU, *Pessino c. France*, cit., § 33; prima, Corte EDU, Sez. I, *Affaire K.A. e A.D. c. Belgique*, 17 febbraio 2005, § 53.

Rispetto ai professionisti, non solo è loro richiesto con maggiore pregnanza di far ricorso, in caso di incertezza, alla consulenza legale, ma devono anche porre una speciale attenzione («special care») nel momento in cui consultano la disciplina normativa – intesa in senso ampio – per conoscere la liceità o meno di un determinato comportamento. Così, «[a] law may still satisfy the requirement of foreseeability even if the person concerned has to take appropriate legal advice to assess, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail [...]». This is particularly true in relation to persons carrying on a professional activity, who are used to having to proceed with a high degree of caution when pursuing their occupation» e, pertanto, rispetto a questa categoria di soggetti ci si può attendere che dedichino una «*special care* in assessing the risks that such activity entails»⁴⁸⁸.

Per i soggetti comuni, invece, il criterio per valutare la prevedibilità non è tanto quello della *special care*, ma quello del *common sense*: «as a matter of common sense, the applicants must have been able to foresee the consequences under the criminal law of pursuing such illegal activities [...]»⁴⁸⁹.

Il criterio del *common sense* finisce, tuttavia, per ammettere la prevedibilità dei mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli ogniqualvolta questi riflettano il risultato di un disvalore affermatosi nel frattempo nella società, consentendo in definitiva una vera e propria applicazione retroattiva di una nuova disciplina normativa sfavorevole⁴⁹⁰.

⁴⁸⁸ Corte EDU, *Cantoni v. France*, cit., § 35, corsivo aggiunto.

⁴⁸⁹ Tra le altre, Corte EDU, Sez. II, *Case of Kuolelis, Bartosevicius and Burokevicius v. Lithuania*, 19 febbraio 2008, § 112; Corte EDU, *C.R. v. The United Kingdom*, 22 novembre 1995, §§ 40 ss.

⁴⁹⁰ Cfr. H.G. SCHERMERS, *General Course on the European Convention on Human Rights*, in AA.VV., *Collected courses of the Academy of European Law*, vol. VII, tomo 2, The Hague, 1996, 1 ss. e 38 che parla di interpretazione ragionevolmente prevedibile se è coerente con la civiltà moderna e con la giustizia penale del presente. Critico rispetto al parametro della ragionevole prevedibilità proprio in virtù di questa “back door” rispetto alla legalità tradizionale, per tutti, V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., 98 ss., 143 ss. e 151, nonché più sinteticamente in ID., *Legalità penale convenzionale e obbligo d’interpretazione conforme alla luce del nuovo art. 6 TUE*, in Riv. trim. dir. pen. cont., 2012, 176 ss.

2.3. Le “fonti” della ragionevole prevedibilità

La ragionevole prevedibilità delle conseguenze penali della condotta non viene, in ipotesi, meno per il solo verificarsi del mutamento giurisprudenziale. Senz’altro al verificarsi di quest’ultimo si introduce nel quadro giuridico un elemento di incertezza, ma può benissimo essere che il prossimo verificarsi del medesimo mutamento giurisprudenziale sia – in virtù di una serie di indici più o meno giuridicamente rilevanti – divenuto esso stesso prevedibile e, quindi, saranno in un certo senso prevedibili anche le “nuove” conseguenze penali della condotta.

Se in base all’art. 7 Cedu solo il mutamento giurisprudenziale sfavorevole imprevedibile – meglio, il mutamento giurisprudenziale che determina il prodursi di conseguenze penali sfavorevoli non prevedibili – non può essere applicato retroattivamente, diventa di fondamentale importanza individuare le potenziali fonti della prevedibilità.

La Corte di Strasburgo ha riconosciuto, almeno in certi casi ed entro certi limiti, rilevanza ai mutamenti politico-sociali avvenuti nella comunità di riferimento del soggetto. Paradigmatici in questo senso sono, ancora una volta, i *marital rape cases*. Il caso in cui si verifica il vero e proprio superamento della *marital rape immunity* è deciso dalla Corte d’Appello nel 1989⁴⁹¹. R., condannato anche per tentata violenza sessuale sulla moglie, rifiutatasi di avere un rapporto sessuale con il marito con cui non era più convivente al momento del fatto⁴⁹², lamenta la violazione da parte del giudice di prima istanza della massima di Hale che così recitava: «[a] husband cannot be guilty of a rape committed by himself upon his lawful wife, for by their mutual matrimonial consent and contract the wife hath given up herself in this kind unto her husband, which she cannot retract»⁴⁹³.

⁴⁹¹ R v. R [1992] 1 AC 599, 610 (CA).

⁴⁹² La sentenza del Justice Owen si trova in [1991] 1 All England Law Reports, 747.

⁴⁹³ Da ultimo, in M. HALE, *The History of the Pleas of the Crown*, P. Glazenbrook, 1971, 629. Sulla *marital rape immunity* si v., per tutti, S.L. RYDER, S.A. KUZMENKA, *Legal Rape: The Marital Rape Exemption*, in J. Marshall L. Rev., 1991, 393 ss.; S.A. ADAMO, *The Injustice of the Marital Rape Exemption: A Survey of Common law Countries*, in American University International Law Review, 1989, 555 ss.

I giudici della Corte d'Appello confermano per la prima volta⁴⁹⁴ la nuova giurisprudenza e nel giustificare la decisione attribuiscono una speciale pregnanza al mutato ruolo politico-sociale della donna. Così, «[...] the idea that a wife by marriage consents in advance to her husband having sexual intercourse with her whatever her state of health or however proper her objections [...], is no longer acceptable. [...] It seems to us that where the *common law* rule no longer even remotely represents what is the true position of a wife in present day society, the duty of the court is to take steps to alter the rule [...]»⁴⁹⁵. Ancora, «Hale's proposition reflected the state of affairs in these respects at the time it was enunciated. Since then the status of women, and particularly of married women, has changed out of all recognition in various ways which are very familiar and upon which it is unnecessary to go into detail. [...] One of the most important changes is that marriage is in modern times regarded as a partnership of equals, and no longer one in which the wife must be subservient chattel of the husband. [...] In modern times any reasonable person must regard [Hale's proposition] as quite unacceptable»⁴⁹⁶.

L'evoluzione sociale del ruolo della donna è messa in primo piano anche dai giudici di Strasburgo nel momento in cui, in un caso diverso ma simile nei contenuti, si trovano a dover giudicare della prevedibilità della nuova giurisprudenza: «there was an evident evolution, which was consistent with the very essence of the offence, of the criminal law through judicial interpretation towards treating such conduct generally as within the scope of the offence of rape. This evolution had reached a stage where judicial recognition of the absence of the immunity had become a reasonably foreseeable development of the law»⁴⁹⁷.

La prevedibilità delle nuove conseguenze penali della condotta in esito all'evoluzione sociale rimane tuttavia estremamente problematica sul piano della

⁴⁹⁴ Prima del caso R v. R erano stati sollevati solo dubbi e critiche rispetto alla massima e l'ambito di applicazione della medesima era sí stato ridotto per via dell'introduzione di alcune eccezioni, ma non era mai stata completamente superata.

⁴⁹⁵ Così, Lord Lane CJ in [1992] 1 AC 599, 610 (CA).

⁴⁹⁶ Parole pronunciate da Lord Keith rispetto all'appello promosso dallo stesso ricorrente di fronte alla House of Lords: cfr. in [1992] 1 AC 616 (HL).

⁴⁹⁷ Corte EDU, S.W. v. The United Kingdom, cit., § 43.

legalità penale⁴⁹⁸. È infatti evidente che in questo modo si dà senz'altro preferenza alle esigenze di giustizia sostanziale, finendo in definitiva per annullare quelle di certezza oggettiva del diritto. Alla prevedibilità sociale dell'immoralità di un certo comportamento non corrisponde necessariamente la prevedibilità delle nuove (e sfavorevoli) conseguenze giuridico-penali attribuite a quello stesso comportamento.

Oltre all'esistenza di precedenti giurisprudenziali⁴⁹⁹ e al mutamento del contesto politico-sociale di riferimento, altri potenziali indici del futuro verificarsi di un mutamento giurisprudenziale e, quindi, fattori della sua prevedibilità potrebbero essere gli *obiter dicta* contenuti in precedenti pronunce, nonché ipotetici – per così dire – annunci extraprocessuali. Più precisamente, di vero e proprio annuncio di un mutamento giurisprudenziale può parlarsi solo rispetto agli *obiter dicta*; negli altri casi si tratta per lo più di una prognosi circa il possibile verificarsi di un tale mutamento⁵⁰⁰.

Innanzitutto, rispetto alla possibilità che gli *obiter dicta* possano fondare una qualche prevedibilità del mutamento giurisprudenziale vi sono quantomeno due argomenti che depongono in senso negativo⁵⁰¹. Da un punto di vista strettamente pratico, se già la presenza di un numero estremamente rilevante di massime ricavabili

⁴⁹⁸ Al contrario, non sembra vedere come problematica questa apertura F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità "costituzionale" vs. legalità "convenzionale"?*, cit., 27.

⁴⁹⁹ Cfr., ancora, Corte EDU, *Del Río Prada v. Spain*, cit., § 122: «[...] whether the new interpretation [...] could be considered to reflect a perceptible line of case-law development». Sui problemi di conoscenza della giurisprudenza di legittimità, nonché sulla politicità del processo di massimazione, processo attraverso il quale viene selezionato il principio di diritto che dovrebbe indirizzare la decisione dei casi futuri, si v. D. MICHELETTI, *Le fonti di cognizione del diritto vivente*, in *Criminalia* 2012, 2013, 619 ss.

⁵⁰⁰ Cfr. M.C. DORF, *Prediction and the Rule of Law*, in *Cornell Law Fac. Pubbl.*, 1995, 652 ss. e soprattutto 663 ss.; recentemente in questo senso anche C. BITTNER, *Höchststrichterliche Ankündigungsrechtsprechung – Rechtsfortbildung ins Ungewisse?*, cit., 647 s.

⁵⁰¹ Sul tema si v., in penale, U. NEUMANN, *Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte?*, cit., 351 s. Interessanti anche, tra gli altri, R. BIRK, *Die Ankündigung von Rechtsprechungsänderungen – Rechtssoziologische und methodologische Bemerkungen zum Urteil des BAG vom 26.10.1973*, in *JZ*, 1974, 735 ss.; G. ROBBERS, *Rückwirkende Rechtsprechungsänderung*, in *JZ*, 1988, 488 ss.; R. RIGGERT, *Die Selbstbindung der Rechtsprechung durch den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 I GG)*, Berlin, 1993, 29 in particolare; W. SCHLÜTER, *Das Obiter dictum. Die Grenzen höchstrichterlicher Entscheidungsbegründung, dargestellt an Beispielen aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts*, München, 1973, 119 e 181; I. AMBERG, *Divergierende höchstrichterliche Rechtsprechung*, cit., 33 ss.

dalla giurisprudenza di legittimità consente in molti casi di poter sostenere in modo equivalente due opposte soluzioni di diritto, l'apertura alla rilevanza anche degli *obiter dicta* ai fini della prevedibilità dei mutamenti giurisprudenziali finirebbe ragionevolmente per farla ritenere sussistente in ogni caso.

A ciò si aggiunga la considerazione che l'annuncio di un possibile futuro mutamento della giurisprudenza non cambia il fatto che le nuove conseguenze penali del comportamento saranno veramente prevedibili solo a partire dal momento in cui il medesimo mutamento si è realmente verificato.

In secondo luogo, rispetto alle prognosi extraprocessuali, oltre alle opinioni in letteratura, si è verificato anche il caso in cui il vice-presidente del BGH abbia annunciato, attraverso la pubblicazione di un contributo su più riviste scientifiche, il cui contenuto è stato successivamente ripreso anche da altri mezzi di informazione, il futuro verificarsi di un mutamento giurisprudenziale in materia penale⁵⁰². Al fine di «das Vertrauen in den bisherigen Grenzwert von 1,3 Promille zu erschüttern [...]»⁵⁰³, prognosticava il possibile abbassamento del limite del tasso di concentrazione alcolica consentito ai fini della sussistenza della capacità a guidare un veicolo.

Non ci sono dubbi sul fatto che l'ammissibilità, ai fini della valutazione della prevedibilità del futuro nuovo quadro giuridico-penale, anche delle prognosi extraprocessuali finirebbe per annullare qualsiasi finalità garantistica della legalità penale sotto forma di calcolabilità⁵⁰⁴.

⁵⁰² Si tratta di H. SALGER, *Die Zerstörung des Vertrauens in eine gefestigte Rechtsprechung – 1,1 Promille als neuer Grenzwert der absoluten Fahruntüchtigkeit?*, in DRiZ, 1990, 16 ss.

⁵⁰³ *Ivi*, 19.

⁵⁰⁴ La rilevanza sul piano giuridico di un annuncio come quello richiamato è stata esclusa anche da BVerfG, 23.06.1990 - 2 BvR 752/90, in NJW, 1990, 3140. In dottrina, nello stesso senso, U. NEUMANN, *Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte?*, cit., 351; I. AMBERG, *Divergierende höchstrichterliche Rechtsprechung*, cit., 335 ss.; R. RIGGERT, *Die Selbstbindung der Rechtsprechung durch den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 I GG)*, cit., 29.

2.4. *Vantaggi e limiti di una soluzione del problema dei mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli sul piano della legalità(-colpevolezza) convenzionale*

Il *focus* della legalità penale convenzionale sulla ragionevole prevedibilità della punibilità del fatto – nonché della “misura” delle conseguenze penali – e quindi, in definitiva, sulla tutela della libertà del singolo sotto forma di autodeterminazione circa l’assoggettamento alle conseguenze penali del fatto riflette un preciso fondamento ultimo di tale legalità. È la colpevolezza o, meglio, la rimproverabilità del comportamento realizzato che giustifica in ultima analisi la punizione⁵⁰⁵.

Una tale ricostruzione delle garanzie della legalità penale ha avuto il pregio di ottenere un favorevole riconoscimento da parte, per quanto qui di interesse, della giurisprudenza di legittimità. Almeno a prima vista, la ragionevole prevedibilità è riuscita a penetrare anche in quegli spazi sostanzialmente rimasti preclusi alla scusante dell’ignoranza inevitabile.

Questo è in parte dovuto alla ricostruzione in termini positivi – ragionevole prevedibilità – del concetto, mentre l’ignoranza inevitabile è fondamentalmente legata ad un’idea di eccezionalità, se non addirittura di momentaneo e specifico – per così dire – fallimento del sistema normativo.

Andando ancora più a fondo, la maggiore penetrazione nella prassi giurisprudenziale dell’idea della ragionevole prevedibilità rispetto a quella dell’ignoranza inevitabile parrebbe tuttavia un controsenso. Infatti, mentre la seconda sostanzialmente dipende – o, comunque, è fortemente influenzata – da mancanze attribuibili al legislatore, la prima si completa del contributo della giurisprudenza. L’eventuale riconoscimento della non ragionevole prevedibilità evidenzerebbe pertanto una mancanza anche da parte della giurisprudenza, soprattutto di legittimità.

L’ampia penetrazione dell’idea della ragionevole prevedibilità non significa – evidentemente – una sua diffusa applicazione⁵⁰⁶. Ma ciò non pare tanto dovuto ad

⁵⁰⁵ Si v. anche F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, cit., 1064 s.

⁵⁰⁶ Uno dei recenti e rari casi in cui vi è stata applicazione dell’art. 5 declinato sottoforma di ragionevole prevedibilità *ex art. 7 Cedu* è Cass., Sez. V, sentenza 10 marzo 2016 (dep. 5 aprile 2016), n. 13525. Si tratta di un caso di contrasto giurisprudenziale (prevalentemente a livello di giurisprudenza di merito) in tema di maternità surrogata e avente ad oggetto non tanto

una sorta di ritrosia da parte dei giudici a riconoscerne l'applicazione, quanto proprio alla congenita natura del requisito della prevedibilità.

I due casi dell'accesso abusivo ad un sistema informatico da parte di un soggetto autorizzato e della produzione di materiale pedopornografico in assenza del pericolo di diffusione mostrano bene questo limite.

Che entrambe le condotte siano socialmente riprovevoli è fuori discussione. Impiegare le proprie credenziali per accedere ad una banca dati, soprattutto se pubblica e contenente informazioni sensibili, per finalità non d'ufficio, ma personali è un comportamento moralmente e socialmente tutt'altro che apprezzabile. Lo stesso vale, a maggior ragione, anche nell'ipotesi della produzione di materiale pedopornografico per uso strettamente personale.

Rispetto ad entrambi i mutamenti giurisprudenziali operati dalle seconde sentenze delle Sezioni unite⁵⁰⁷ si è posto il tema della non ragionevole prevedibilità – e, quindi, dell'eventuale violazione dell'art. 7 Cedu – delle conseguenze *in malam partem* determinate dalle medesime pronunce.

Riprendendo brevemente la prima vicenda e integrandola con un caso equivalente a quello che ha dato origine all'*overruling*⁵⁰⁸, le Sezioni unite *Casani* del 2012 risolvono il contrasto giurisprudenziale relativo all'interpretazione del concetto di "abusivamente", optando per la soluzione oggettiva: ovvero, vi è accesso abusivo qualora vi sia stata una violazione delle prescrizioni sull'uso del sistema informatico impartite dal titolare dello stesso. Nel 2015 un assistente giudiziario in servizio presso una Procura della Repubblica si introduce con le credenziali personali – non soggette ad alcuna limitazione formale sotto questo profilo – nel registro delle notizie di reato per ricavarne informazioni relative ad indagini in corso, informazioni richieste dal

disposizioni incriminatrici, quanto disposizioni di parte generale e cioè la questione relativa alla ammissibilità o meno della punibilità di fatti commessi all'estero da cittadini italiani in assenza di doppia incriminazione.

⁵⁰⁷ E quindi, per l'accesso abusivo a sistema informatico: Cass., Sez. un., Savarese (2017) rispetto a Cass., Sez. un., Casani (2012); per la produzione di materiale pedopornografico: Cass., Sez. un., Mordino (2018) rispetto a Cass., Sez. un., Bove (2000).

⁵⁰⁸ Si tratta di Cass., Sez. V, sentenza 9 luglio 2018 (dep. 18 ottobre 2018), n. 47510. Nel c.d. caso *Savarese* che ha prodotto l'*overruling*, al contrario, la questione della produzione di effetti retroattivi sfavorevoli non si era posta.

precedente Procuratore della Repubblica, il quale successivamente le rivelava ad uno degli indagati.

Due anni dopo il fatto – nel 2017 – le Sezioni unite accolgono una concezione soggettiva del concetto di abuso delle credenziali autorizzative e, pertanto, a rilevare non è più tanto la presenza di limiti formali all'accesso, ma la finalità – diversa da quella dell'ufficio – dell'utilizzo delle medesime.

L'assoluzione pronunciata dal Giudice dell'udienza preliminare e dalla Corte d'Appello sulla base del principio di diritto affermato dalle Sezioni unite *Casani* del 2012 viene annullata in Cassazione proprio in virtù del – nel frattempo intervenuto – secondo e più sfavorevole principio di diritto affermato dalle Sezioni unite *Savarese* del 2017.

L'argomento sollevato dalla difesa circa la violazione della legalità penale, soprattutto *ex art. 7 Cedu*, viene superato dalla Corte di cassazione affermando che la nuova interpretazione non può essere considerata non ragionevolmente prevedibile⁵⁰⁹.

Ancora più significativa è la motivazione delle Sezioni unite nel caso in tema di pedopornografia. Qui la condotta è posta in essere in un momento successivo ad una prima e più favorevole pronuncia delle medesime Sezioni unite e il caso dà luogo all'*overruling in malam partem*.

Le Sezioni unite si pongono l'interrogativo se l'applicazione retroattiva del nuovo principio di diritto sfavorevole nel caso concreto determini una violazione dell'art. 7 Cedu nel requisito della prevedibilità⁵¹⁰. Il collegio finisce per escluderla: «il problema dell'*overruling in malam partem* non viene comunque in rilievo, essendo ormai

⁵⁰⁹ Così, Cass., Sez. V, sentenza 9 luglio 2018 (dep. 18 ottobre 2018), n. 47510, § 2.

⁵¹⁰ In questo senso aveva argomentato l'ordinanza di rimessione alle Sezioni unite: Cass., Sez. III, ordinanza 30 novembre 2017 (dep. 6 marzo 2018), n. 10167. Affermando, innanzitutto, che «[...] la costante interpretazione giurisprudenziale, fin dall'introduzione della norma con L. 3 agosto 1998, n. 269, è stata nel senso della necessità del pericolo della diffusione del materiale pedopornografico. Tale circostanza, nel caso in esame, non è stata specificamente esplorata ed, anzi, dalla lettura delle sentenze di merito, sembrerebbe addirittura da escludersi» e proseguendo nel senso che «tale scelta [di rinviare la questione alle Sezioni unite] si impone, vieppiù, nel caso in esame, perchè la Corte di Strasburgo ha censurato la cd *overruling interpretativa in malam partem* per violazione dell'art. 7 CEDU».

generalizzato [...] il pericolo di diffusione del materiale realizzato utilizzando minorenni; con la conseguenza che l'esclusione di tale pericolo quale presupposto per la sussistenza del reato non determina in concreto un ampliamento dell'ambito di applicazione della fattispecie penale, essendo completamente mutato il quadro sociale e tecnologico di riferimento [...]»⁵¹¹.

L'idea di fondo di entrambe le vicende e, più in generale, della stessa prevedibilità *ex art. 7 Cedu* richiama quella del *thin ice principle* e cioè: «those who skate on thin ice can hardly expect to find a sign which will denote the precise spot where [they] will fail in»⁵¹². È la teoria del rischio applicata al diritto penale⁵¹³.

Dal punto di vista morale e sociale, il *thin ice principle* non impone quel massimo sacrificio posto, in alcuni casi, alla giustizia sostanziale dal principio di irretroattività⁵¹⁴, aprendo entro certi limiti le porte alla punizione di tipologie di condotte fino a quel momento non chiaramente penalmente rilevanti, ma già considerate socialmente riprovevoli⁵¹⁵.

Dal punto di vista politico, l'idea di fondo pare più quella di una libertà – per così dire – negativa. Il cittadino può fare (solo) tutto ciò che è sicuramente penalmente

⁵¹¹ Cass., Sez. un., sentenza n. 51815 del 2018, cit., § 4.2.

⁵¹² Le parole di Lord Morris in *Knüller v. DPP* [1973] AC 463. Il *thin ice principle* è stato declinato nello stesso caso in termini simili da Lord Simon of Glaisdale: «those who choose [...] to sail as close as possible to the wind inevitably run some risk» (*ivi*, 488). Sul punto si v. anche A.T.H. SMITH, *Judicial Law Making in the Criminal Law*, in *Law. Quart. Rev.*, 1984, in particolare 75 s.; K. AMBOS, *Artikel 7 EMRK, Common law und die Mauerschützen*, cit., 34 e 36.

⁵¹³ Fondamentale rimane F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990, *passim*, nonché F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto e efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1193 ss. Sul punto, ovvero sui rischi insiti nell'accettazione della prevedibilità convenzionale come "sostituto" dell'irretroattività, si v. anche V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., 146 e 151 ss. Infine, si v. anche M. FAURE, M. GOODWIN, F. WEBER, *The Regulator's dilemma: caught between the need for flexibility & the demands of foreseeability. Reassessing the Lex certa Principle*, in *Alb. L.J. Sci. & Tech.*, 2014, 309 ss., 340 ss. e 362 ss.

⁵¹⁴ Su cui, si v. *supra*, Pt. I, Cap. I, para. 5.

⁵¹⁵ Qualche spunto interessante sul punto in C. OSBORNE, *Does the End Justify the Means? Retrospectivity, Article 7, and the Marital Rape Exemption*, in *EHRLR*, 1996, 416. Si v. anche C.C. MURPHY, *The Principle of Legality in Criminal Law under the European Convention on Human Rights*, in *EHRLR*, 2010, 192 ss.

lecito. Ma la sua libertà, in questo senso negativa, si riduce – ma, di fatto, si può ben dire che termini, perché una libertà incerta è ben poco libera – nell’esatto momento in cui si appresti a lasciare questa (decisamente più circoscritta) zona sicura⁵¹⁶.

In definitiva, la ragionevole prevedibilità finisce per diventare non tanto una concretizzazione del divieto di retroattività, quanto una sua limitazione⁵¹⁷.

Che questa sia la conseguenza lo si vede plasticamente portando all’estremo il ragionamento. Anche la criminalizzazione di un comportamento attraverso una nuova fattispecie (di produzione legislativa) può risultare ragionevolmente prevedibile prima della sua entrata in vigore. Anzi, normalmente sarà ben più prevedibile di un mutamento giurisprudenziale: basti qui il riferimento al procedimento legislativo – con la sua fisiologica durata e le procedure che ne garantiscono la pubblicità –, alla discussione politica, nonché al periodo di *vacatio legis*. Nonostante questa ben più che ragionevole prevedibilità, il divieto di retroattività esclude la punizione delle condotte – evidentemente già, almeno in parte, moralmente e socialmente riprovevoli – realizzate prima della formale entrata in vigore della legge.

⁵¹⁶ Cfr. A. ASHWORTH, J. HORDER, *Principles of Criminal Law*, Oxford, 2016, 62.

⁵¹⁷ Per inciso, si ricordi anche la formulazione del principio di legalità (per quanto qui di interesse) nel preambolo al *Corpus Iuris 2000*, ovvero «[...] Changes of interpretation are only permitted when they are reasonably predictable». Su questa declinazione della legalità penale, ma a ben vedere non dell’irretroattività, si v. S. RIONDATO, *La legalità penale versus prevedibilità delle nuove interpretazioni. Novità dal Corpus Iuris 2000*, in L. PICOTTI (a cura di), *Il Corpus Iuris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, Padova 2004, 121 ss. e M. DONINI, *L’armonizzazione del diritto penale europeo nel contesto globale*, in Riv. trim. dir. pen. econ., 2002, 477 ss.

SEZIONE II
L'ESTENSIONE DEL DIVIETO DI RETROATTIVITÀ AI
MUTAMENTI GIURISPRUDENZIALI SFAVOREVOLI SUL
PIANO DELLE GARANZIE COSTITUZIONALI

3.1. I fondamenti politico-costituzionali dell'estensione del divieto di retroattività ai mutamenti giurisprudenziali in malam partem nel rapporto tra individuo e autorità pubblica

La soluzione del problema dei mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli sul piano psicologico-soggettivo, come risulta dalla (prevalente) declinazione e valutazione del requisito della ragionevole prevedibilità da parte della Corte di Strasburgo, soddisfa solo in modo parziale l'istanza garantistico-universale che sta alla base del principio costituzionale di legalità penale.

Non ci sono dubbi, lo si è scritto più volte, sul fatto che «nessuno [possa] essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso» (art. 25, co. 2, Cost.). Ma rispetto all'insieme delle tipologie di condotte tutte ipoteticamente previste dalla legge come reato, la selezione delle quali effettivamente considerare punibili è rimessa alla giurisprudenza di legittimità – seppur sulla base di criteri ermeneutici più o meno vincolanti –, svolge il principio costituzionale di irretroattività un ruolo laddove muti in senso peggiorativo la qualificazione giuridico-penale del fatto in un momento successivo alla sua commissione?

A questo punto è chiaro che non si tratta più di una questione di ripartizione del potere legislativo in materia penale tra gli organi dello stato. La legalità come accessibilità della norma penale in un certo senso presuppone che questa ripartizione o distribuzione sia già stata fatta a monte. Dal rapporto tra potere legislativo e potere

giudiziario si muove verso quello tra autorità pubblica e individuo⁵¹⁸. Ed è proprio quest'ultimo, inevitabilmente storicamente condizionato dal contesto politico e sociale di riferimento, a influenzare la misura garantita dell'accessibilità della norma penale.

In altre parole, la questione è: quanta possibilità di scelta consapevole d'agire ritiene o, meglio, impone l'ordinamento di garantire all'individuo-persona?

Il fondamento politico-liberale della legalità penale parrebbe chiedere di più della sola accessibilità formale dal quadro legislativo. Nel momento in cui si accetta che una maggiore determinatezza (sempre in prospettiva garantistica) è raggiunta con il contributo della giurisprudenza di legittimità, è logica conseguenza estendere anche a questa la garanzia costituzionale temporale⁵¹⁹.

I fondamenti politico-costituzionali di questa estensione sono essenzialmente due.

Innanzitutto, il principio di irretroattività tutela il singolo di fronte alla competenza di azione dell'insieme degli organi statali. Nel momento in cui lo stato, come risultato dell'insieme degli organi, assicura al singolo individuo un determinato quadro giuridico-penale, il principio di irretroattività esclude che quest'ultimo possa essere modificato in termini sfavorevoli retroattivamente. In poche parole, esclude che comportamenti prima penalmente non rilevanti possano essere criminalizzati retroattivamente. Il singolo individuo di riferimento è, in questo caso, non tanto Tizio o Mevia, quanto ogni persona potenziale destinataria del precetto penale⁵²⁰.

⁵¹⁸ Su cui si v. le osservazioni di G. DE FRANCESCO, *Due temi controversi: lo sviluppo del "diritto giurisprudenziale" ed i principi intertemporali della legge penale*, in C.E. PALIERO *et al.* (a cura di), *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, cit., 278 ss. Per una bella e recente sentenza della corte di legittimità sul fondamento del divieto costituzionale di retroattività, si v. Cass., Sez. un., sentenza 19 luglio 2018 (dep. 24 settembre 2018), n. 40986, § 7.1.

⁵¹⁹ Cfr. U. NEUMANN, *Die Rechtsprechung im Kontext des verfassungsrechtlichen Prüfungsprogramms zu Art. 103 Abs. 2 GG (Rückwirkungsverbot, Analogieverbot, Bestimmtheitsgebot)*, in C. FAHL, E. MÜLLER, H. SATZGER, S. SWOBODA (a cura di), *Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe. Festschrift für Werner Beulke*, cit., 199; J.-M. SILVA SÁNCHEZ, *Sullo stato del principio di legalità penale*, in A.M. STILE, S. MANACORDA, V. MONGILLO (a cura di), *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, Napoli, 2015, 185 s. e 188.

⁵²⁰ Si v. anche V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., 151 in particolare.

Sotto questo profilo, la legalità come accessibilità della norma penale si avvicina in modo significativo alla concezione tedesca del *Vertrauensschutzprinzip* declinato in chiave oggettiva⁵²¹, nonché all'idea statunitense della *fairness* da parte degli organi statali⁵²².

In secondo luogo, ed è un profilo strettamente collegato a e dipendente dal primo, alla base dell'estensione del principio di irretroattività ai mutamenti giurisprudenziali vi è anche la garanzia della funzione di orientamento delle norme penali.

Andando più a fondo, quest'ultima, oltre che come fondamento, si pone anche come limite all'estensione. Riconoscere l'applicazione del divieto di retroattività rispetto a tutti i mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli che si verificano nella giurisprudenza di legittimità determinerebbe, nell'attuale situazione, conseguenze al tempo stesso imprevedibili e sclerotizzanti⁵²³.

Più correttamente, il punto di partenza parrebbe essere il nuovo procedimento oggettivo di modifica della giurisprudenza di legittimità, ovvero l'obbligo di rimessione previsto dall'art. 618, co. 1 *bis*, c.p.p.⁵²⁴.

Sono le decisioni delle Sezioni unite le uniche che, sempre al momento, possono realmente svolgere una funzione di orientamento del comportamento del singolo. Con queste pronunce sono formulati principi di diritto destinati a regolare le decisioni future. In questi termini pare corretto parlare dell'obbligo di rimessione come di un equivalente funzionale dell'attribuzione di un valore verticalmente vincolante al

⁵²¹ E. LORÉ, *Aspekte des Vertrauensschutzes im Strafrecht*, cit., 76 ss., 108 ss., 218 ss. e 313 ss.; U. NEUMANN, *Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte?*, in ZStW, 1991, 348 ss.

⁵²² Per ora, cfr. solo P.H. ROBINSON, *Fair notice and fair adjudication: two kinds of legality*, in U. Penn. L. Rev., 2005, 350 ss.

⁵²³ Condivisibilmente in questo senso F. PALAZZO, *Legalità tra law in the books e law in action*, in A. CADOPPI (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, cit., 72 s.

⁵²⁴ In questo senso, da ultimo, alcune aperture anche da parte di F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2018, 150: «[...] sarebbe necessario definire quali siano i "precedenti" giurisprudenziali rispetto ai quali l'*overruling* possa dirsi "significativo", così da giustificare l'applicazione dei principi e delle regole relative alla successione di leggi penali. Oggi un'indicazione si può trarre dal nuovo testo dell'art. 618.1 *bis* c.p.p. [...]».

precedente. Nel senso, quindi, che queste sentenze concorrono alla delineazione del quadro normativo penale che funge da base di partenza per la funzione di orientamento del comportamento del singolo individuo.

Le pronunce delle Sezioni unite finiscono per diventare la – per così dire – presa di posizione verso l'esterno, verso la comunità di riferimento, dell'organo giudiziario: una presa di posizione rispetto alla quale il cittadino deve, volente o meno, uniformare la propria condotta per evitare conseguenze penali indesiderate⁵²⁵.

Pertanto, pare irragionevole e arbitrario ammettere che, successivamente ai fatti, questo quadro normativo penale, così delineato e rispetto al quale il cittadino ha uniformato il proprio comportamento, possa essere modificato in termini sfavorevoli per il passato.

Si tratta, in definitiva, di una più moderna ripartizione, da un lato, dei doveri degli individui e, dall'altro lato, degli obblighi in capo allo stato. Una più moderna ripartizione che riflette gli sviluppi verificatisi nel frattempo rispetto alla concezione della separazione dei poteri e della reale conformazione dell'attività interpretativa.

Nessuno dubita del fatto che una disposizione penale che presenta rispetto a specifiche tipologie di condotte profili di incertezza circa la riconduzione delle medesime nell'ambito di quelle penalmente rilevanti possa essere specificata attraverso una pronuncia delle Sezioni unite. Ma, nel momento in cui questa specificazione vi sia stata, così come si dà per presupposto che ciascun individuo la conosca, al tempo stesso si deve dare per presupposto che la sua modificazione successivamente al fatto non fosse accessibile all'individuo nel momento in cui lo ha realizzato. E pertanto, poiché non accessibile e sfavorevole, soggetta al divieto costituzionale di retroattività.

3.2. *Il Vertrauensschutzprinzip declinato in chiave oggettiva*

La necessità di apprestare una forma di tutela del cittadino a fronte del verificarsi di mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli è stata da ultimo riconosciuta anche dal Tribunale costituzionale federale tedesco nella già precedentemente richiamata

⁵²⁵ U. NEUMANN, *Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte?*, cit., 340.

sentenza *Untreue*. Così, «[la giurisprudenza] può sviluppare condizioni da rispettare per la realizzazione di mutamenti giurisprudenziali [...] che vanno al di là dei principi generali della tutela del legittimo affidamento»⁵²⁶.

Se, da un lato, il passaggio contenuto nella pronuncia parrebbe richiedere qualcosa di più rispetto alla tradizionale giurisprudenza in tema di protezione dell'affidamento⁵²⁷, dall'altro lato, il *Bundesverfassungsgericht* non ha preso posizione rispetto alla modalità attraverso cui questa tutela deve essere assicurata⁵²⁸.

La scelta tra una soluzione attraverso il ricorso, in continuità con la giurisprudenza precedente, all'errore sul divieto in virtù del § 17 StGB oppure nel senso del divieto di retroattività *ex art. 103, co. 2, GG* può essere argomentata sulla base degli altri passaggi della sentenza.

Così, al periodo immediatamente precedente i giudici costituzionali affermano che «in particolare nel caso di situazioni in cui il destinatario della norma può solo prevedere la possibilità di una sanzione in base alla fattispecie legislativa e in cui solo attraverso una consolidata giurisprudenza si può ottenere una base affidabile per

⁵²⁶ BVerfG, *Untreuetatbestand* (80).

⁵²⁷ Si v. anche BVerfG, 16 maggio 2011 – 2 BvR 1230/10, in BVerfGK 18, 430 ss., che – al contrario – imposta la questione come un problema di colpevolezza e, quindi, di errore sul divieto *ex § 17 StGB*: « [...] ist höchstrichterliche Rechtsprechung kein Gesetzesrecht und erzeugt keine damit vergleichbare Rechtsbindung. Die Aufgabe einer in der Rechtsprechung bislang vertretenen Auslegung verstößt nicht als solche gegen das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG). Auch unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes ist die Änderung einer ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung grundsätzlich dann unbedenklich, wenn sie hinreichend begründet ist und sich im Rahmen einer vorhersehbaren Entwicklung hält. Soweit durch gefestigte Rechtsprechung ein Vertrauenstatbestand begründet wurde, kann diesem erforderlichenfalls durch Bestimmungen zur zeitlichen Anwendbarkeit oder Billigkeitserwägungen im Einzelfall Rechnung getragen werden [...]. Im Bereich des materiellen Strafrechts ist dabei dem Schuldgrundsatz Rechnung zu tragen. [...] Diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen entspricht die Anwendung und Auslegung des § 17 StGB durch die Fachgerichte. Danach liegt ein unvermeidbarer Verbotsirrtum vor, wenn zum Tatzeitpunkt das Verhalten nach der bisherigen, gefestigten Rechtsprechung als straflos betrachtet wurde und eine Änderung dieser Rechtsprechung nicht absehbar war». Nello stesso senso si era orientato precedentemente anche il BGH, 25 giugno 2008 – 5 StR 109/07, in BGHSt 52, 307. Sulla pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* si v. L. KUHLEN, *Zum Vertrauensschutz bei belastenden Rechtsprechungsänderungen*, cit., 114 ss.

⁵²⁸ Cfr. L. KUHLEN, *Gesetzlichkeitsprinzip und Untreue (zugleich eine Besprechung des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 23.6.2010)*, in JR, 2011, 250.

l'interpretazione e l'applicazione della norma [...], la giurisprudenza ha uno speciale obbligo di contribuire alla riconoscibilità dei presupposti della punibilità»⁵²⁹.

Può davvero parlarsi di un deficit informativo rispetto al soggetto che si sia orientato alla giurisprudenza – successivamente modificata – che ha contribuito a precisare l'oggettiva incertezza del quadro giuridico?

Da un punto di vista teorico, in questi casi ciò che manca è proprio l'errore⁵³⁰. Quest'ultimo, infatti, potrà senz'altro esservi a fronte di un già completamente determinato quadro giuridico di riferimento. Ma è proprio il mutamento giurisprudenziale rispetto al quale si devono valutare le conseguenze in tema di affidamento che determina il cambio del medesimo quadro giuridico⁵³¹.

Con l'accoglimento nella medesima pronuncia dell'idea del ruolo integrativo della giurisprudenza di legittimità nella specificazione dei precetti penali incerti – ma comunque conformi rispetto alla *Wesentlichkeitslehre* – si supera l'obiezione secondo cui l'errore del soggetto è dovuto alla non corretta interpretazione del dato normativo, dato normativo che sarebbe stato già esistente prima del mutamento di giurisprudenza.

Più precisamente, a fronte del medesimo quadro legislativo di riferimento che apre a più possibilità interpretative, se la giurisprudenza propende prima per una specificazione dello stesso nei termini della non rilevanza penale di una tipologia di condotta e successivamente ritiene che questa specificazione debba mutare contenuto ricomprendendo tra i comportamenti penalmente sanzionati anche quelli che sulla base della precedente specificazione non lo erano, non si può sostenere che il soggetto avrebbe potuto accedere a questa seconda specificazione se avesse – per così dire – correttamente letto il testo legislativo.

⁵²⁹ BVerfG, Untreuetatbestand (80).

⁵³⁰ Così anche U. NEUMANN, § 17 StGB *Verbotsirrtum*, in U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN, A.-U. PAEFFGEN (a cura di), *Strafgesetzbuch*, cit., Rn. 68.

⁵³¹ Si muovono in questa prospettiva anche I. PUPPE, *Bemerkungen zum Verbotsirrtum und seiner Vermeidbarkeit*, in K. ROGALL, I. PUPPE, U. STEIN, J. WOLTER (a cura di), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, München, 2004, 232; W. NAUCKE, *Staatstheorie und Verbotsirrtum*, in B. SCHÜNEMANN, H. ACHENBACH, W. BOTTKE, B. HAFFKE, H.-J. RUDOLPHI (a cura di), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, cit., 516; C. LÖW, *Die Erkundigungspflicht beim Verbotsirrtum nach § 17 StGB*, cit., 192 ss.

Delle due l'una: o, da un lato, a fronte di una situazione di incertezza il soggetto deve sempre astenersi dal comportamento per non rischiare di incorrere in futuro in una responsabilità penale e, pertanto, alla giurisprudenza non è attribuito alcun compito di specificazione del quadro legislativo relativamente incerto; oppure, dall'altro lato, la giurisprudenza ha il dovere di contribuire alla precisazione del quadro legislativo relativamente incerto (*Präziserungsgebot*), il soggetto potrà orientare il proprio comportamento a questa ulteriore specificazione e il medesimo soggetto potrà, pertanto, farvi affidamento in senso oggettivo.

Il *Präziserungsgebot* e il *Vertrauensschutzprinzip* declinato in chiave oggettiva hanno, almeno sotto questo profilo, lo stesso fondamento politico-costituzionale e la medesima giustificazione teorica⁵³². In poche parole, stanno e cadono insieme.

Tutela dell'affidamento in senso oggettivo significa che non si procede alla verifica se il singolo soggetto – Tizio o Mevia – abbia effettivamente basato la sua condotta sulla conoscenza della giurisprudenza precedente, ma che si dà per acquisito che ogni mutamento giurisprudenziale⁵³³ non fosse, prima del suo verificarsi, in alcun modo accessibile a tutti i singoli consociati⁵³⁴.

⁵³² Cfr. L. KUHLEN, *Gesetzlichkeitsprinzip und Untreue*, cit., 250; nonché L. KUHLEN, *Das Gesetzlichkeitsprinzip in der deutschen Praxis*, in E. HILGENDORF (a cura di), *Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht*, cit., 62. L'Autore sviluppa il concetto di *Abweichungsverbot* come corrispettivo per il giudice del divieto di retroattività tradizionalmente rivolto al solo legislatore: «Während das Präziserungsgebot (in spezifischer Form) das Bestimmtheitsgebot auf den Richter ausdehnt, erstreckt das Abweichungsverbot (in spezifischer Form) das Rückwirkungsverbot auf den Richter». Mentre una distinzione, anche terminologica, tra le due – per così dire – forme di determinatezza è convincente, lo è meno quella tra *Rückwirkungsverbot* e *Abweichungsverbot*. Il *focus* di operatività del divieto di retroattività rispetto al potere legislativo e a quello giudiziario non è differente; ciò che, eventualmente, muta è l'ampiezza della medesima operatività, ma questa circostanza è a sua volta una conseguenza della "superiore" distinzione tra le due forme di determinatezza.

⁵³³ Evidentemente, rispetto alle sole pronunce che possono contribuire alla specificazione del quadro legislativo e, quindi, fundamentalmente alle sole pronunce della giurisprudenza di legittimità.

⁵³⁴ Cfr., per tutti, U. NEUMANN, § 17 *StGB Verbotssirrtum*, in U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN, A.-U. PAEFFGEN (a cura di), *Strafgesetzbuch*, cit., Rn. 68 ss. Per utili spunti, si v. anche E. LORÉ, *Aspekte des Vertrauensschutzes im Strafrecht*, cit., 69 ss., 108 ss. e 121; nonché C. LÖW, *Die Erkundigungspflicht beim Verbotssirrtum nach § 17 StGB*, cit., 208 ss.

A ben vedere, la declinazione in senso oggettivo della protezione dell'affidamento finisce per coincidere con il divieto di retroattività dei mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli⁵³⁵.

In questo contesto, come è stato autorevolmente scritto, «[la] proposta di ricorrere all'idea della tutela del legittimo affidamento nel caso di un inasprimento della giurisprudenza penale limitandosi a ricorrere alla disciplina dell'errore sul divieto [...] è insoddisfacente, in quanto in questo modo si tratta come un problema di deficit di informazione del soggetto ciò che in verità è un deficit regolativo del sistema giuridico»⁵³⁶.

3.3. Due Process Clause e fair warning: tra prevedibilità della prima applicazione e divieto di retroattività del mutamento giurisprudenziale

L'obiettivo della limitazione dei poteri statali in materia penale al fine di garantire la libertà dei cittadini, nonché per assicurare la funzione di deterrenza del diritto penale⁵³⁷, sta alla base del requisito del *fair warning*, ricavato negli Stati Uniti implicitamente dalla Due Process Clause⁵³⁸: le leggi penali devono garantire al singolo consociato «[a] fair warning [...] in a language that the common world will understand, of what the law intends to do if a certain line is passed»⁵³⁹.

⁵³⁵ Oltre ai contributi richiamati alla nota precedente, cfr. anche U. NEUMANN, *Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte?*, cit., 348 ss. Al contrario, critico rispetto all'impiego del *Vertrauensschutzprinzip* per risolvere il problema degli effetti retroattivi dei mutamenti giurisprudenziali *in malam partem*, seppur prendendo in considerazione la sola declinazione dello stesso in chiave soggettiva, A. LEITE, *Grund und Grenzen eines Rückwirkungsverbots bei täterbelastenden Rechtsprechungsänderungen im Strafrecht*, cit., 227 ss.

⁵³⁶ Così, U. NEUMANN, *Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte?*, cit., 333.

⁵³⁷ Cfr. C.R. Warren v. United States Parole Commission, 659 F.2d a 188. Si v. anche M.S. MOORE, *Act and Crime: The Philosophy of Action and Its Implications for Criminal Law*, Oxford, 1993, 240 in particolare.

⁵³⁸ Così, United States v. Lanier, 520 U.S. 259, 265 (1997); sul punto, cfr. P.H. ROBINSON, *Fair notice and fair adjudication: two kinds of legality*, cit., 352.

⁵³⁹ Ancora, United States v. Lanier, 520 U.S. 265 (1997); precedentemente, anche McBoyle v. United States, 283 U.S. 25, 27 (1931).

Il *fair warning* estende almeno parte delle garanzie previste dalla *ex post facto prohibition* rispetto alla legislazione federale e statale anche alle decisioni giudiziarie⁵⁴⁰. Consiste fondamentalmente in tre, per così dire, sotto-principi.

In primo luogo, la *void-for-vagueness doctrine*, che vieta la punizione sulla base di una legge formulata in termini così vaghi che – oltre a non garantire un’uniforme applicazione – il normale cittadino non può far altro che provare ad immaginarne il reale contenuto⁵⁴¹.

In secondo luogo, la *rule of lenity* che corrisponde, in sostanza, all’idea secondo cui, in presenza di un testo legislativo che lascia aperti dubbi rispetto alla criminalizzazione di certe tipologie di condotte, questo testo dovrebbe essere oggetto di un’interpretazione restrittiva da parte dei tribunali. La *rule of lenity* finisce per responsabilizzare il potere legislativo, nel senso che è tenuto a produrre leggi il più precise possibile poiché, almeno teoricamente, solo i comportamenti descritti in modo preciso potranno essere oggetto di sanzione penale⁵⁴².

⁵⁴⁰ La *ex post facto prohibition* – è noto – coincide in massima parte con il divieto di retroattività delle leggi penali sfavorevoli. Diversamente da quanto avviene (almeno) nella gran parte delle costituzioni europee (cfr. K.S. GALLANT, *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge, 2009, 237 ss. e 426 ss.), ove il divieto di retroattività è sancito come principio generale, nella costituzione federale statunitense la *ex post facto prohibition* è posta nell’articolo che disciplina il solo potere legislativo (Art. I, Sect. 10). Si v. P.H. ROBINSON, *Fair notice and fair adjudication: two kinds of legality*, cit., 350, n. 54; N. DUXBURY, *Ex Post Facto Law*, in *Am. J. Juris.*, 2013, 135 ss. e soprattutto 158 ss. con specifico riferimento alla retroattività dei mutamenti giurisprudenziali.

⁵⁴¹ *Kolender v. Lawson*, 461 U. S. 352 (1983); più recentemente, *Skilling v. United States*, 130 S.Ct. 2896 (2010). Tra i tanti, si v. C.B. HESSICK, *Vagueness Principles*, in *Ariz. St. L. J.*, 2017, 1140 ss.; J.C. JEFFRIES, *Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes*, in *Va. L. Rev.*, 1985, 196 ss.; A.E. GOLDSMITH, *The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court. Revisited*, *Am. J. Crim. L.*, 2003, 284 ss. Sulla nota recente pronuncia della Corte Suprema (*Johnson v. United States*, 2015) che ha dichiarato incostituzionale una disposizione dell’Armed Career Criminal Act proprio per la sua vaghezza, si v. J. L. KOH, *Criminal Migration and the Void for Vagueness Doctrine*, in *Wisc. L. Rev.*, 2016, soprattutto 1146 ss. Per un’interessante, seppur datata, analisi della giurisprudenza della Corte Suprema in tema di *void-for-vagueness*, A.G.A., *The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court. A Means to an End*, in *U. Penn. L. Rev.*, 1960, 67 ss.

⁵⁴² Cfr. L.M. SOLAN, *Law, Language, and Lenity*, in *Wm. & Mary L. Rev.*, 1998, 58; D.M. KAHAN, *Lenity and Federal Common law Crimes*, in *Sup. Ct. Rev.*, 1994, 346.

Infine, ed è il sotto-principio che qui più interessa, il requisito del *fair warning* vieta alle corti di condannare sulla base di una nuova interpretazione di una legge penale che non era stata esplicitata da precedenti decisioni e che non era chiaramente ricavabile dal testo legislativo⁵⁴³. La *ratio* consiste essenzialmente nell'idea che anche il potere giudiziario fa parte degli organi dello stato tanto quanto il potere legislativo e, pertanto, che la libertà di autodeterminazione del proprio comportamento da parte dei cittadini debba essere tutelata rispetto all'ambito di azione di entrambi i poteri⁵⁴⁴.

In definitiva, tutte e tre le garanzie che compongono il requisito del *fair warning* mirano al perseguimento del medesimo obiettivo: assicurare che «no man [is] held criminally responsible for conduct which he could not reasonably understand to be proscribed»⁵⁴⁵.

Due i casi decisi dalla Corte Suprema statunitense che possono essere considerati i punti di riferimento – seppur sotto profili e prospettive diverse – in tema di estensione retroattiva dell'ambito della responsabilità penale da parte della giurisprudenza.

Innanzitutto, il caso *Bouie*⁵⁴⁶, relativo alla condanna di due studenti afroamericani per essersi rifiutati di uscire da un ristorante “per soli bianchi” dopo l'intimazione in tal senso da parte del titolare. Il *trespass statute* della South Carolina, che recita «every

⁵⁴³ United States v. Lanier, 520 U.S. 266 (1997). Sul punto, cfr. T.W. MORRISON, *Fair Warning and the Retroactive Judicial Expansion of Federal Criminal Statutes*, in South. Cal. L. R., 2001, 455 s. e 469.

⁵⁴⁴ Così, *Apprendi v. New Jersey*, 120 S. Ct. 2348, 2367 (2000), opinione concorrente Justice Scalia.

⁵⁴⁵ *Bouie v. City of Columbia*, 378 U.S. 347, 351 (1964); United States v. Lanier, 520 U.S. 265 (1997). Volendo, per un breve, ma efficace quadro della legalità continentale e di quella nord-americana in prospettiva comparata, v. M.D. DUBBER, *Comparative Criminal Law*, in K.J. HELLER, M.D. DUBBER (a cura di), *The Handbook of Comparative Criminal Law*, Stanford, 2010, 1313 ss.

⁵⁴⁶ *Bouie v. City of Columbia*, 378 U.S. 347 (1964). Sulla pronuncia si v., tra i tanti, R. BATEY, *Vagueness and the Construction of Criminal Statutes – Balancing Acts*, in Va. J. Soc. Pol'y & L., 1997, 40 in particolare; H.J. KRENT, *Should Bouie Be Buoyed? Judicial Retroactive Lawmaking and the Ex Post Facto Clause*, in Roger Williams U. L. Rev., 1997, 38 e 51 ss.; D.M. KAHAN, *Some Realism About Retroactive Criminal Lawmaking*, in Roger Williams U. L. Rev., 1997, 106 ss.; S.M. MCDONALD, *Foreseeability as a Limitation on the Retroactive Application of Judicial Decisions*, in Creighton L. Rev., 1993, 937 ss. e 954 ss.

entry upon the lands of another [...] after notice from the owner or teneant prohibiting such entry shall be [...] punished [...]»⁵⁴⁷, viene ricostruito dalla Corte Suprema dello stesso stato nel senso che tra le condotte penalmente rilevanti rientra non solo «the act of entry on the premises of another after receiving notice not to enter, but also the act of remaining on the premises of another after receiving notice to leave»⁵⁴⁸. Il dato significativo della vicenda consiste nella circostanza che la nuova interpretazione sfavorevole non da luogo ad un mutamento della giurisprudenza precedente poiché, sul punto, non vi erano state precedenti pronunce e, pertanto, non era possibile invocare un qualche affidamento rispetto ad un'interpretazione giurisprudenziale più favorevole.

La Corte Suprema federale giustamente conclude nel senso che «a deprivation of the right of fair warning can result not only from vague statutory language but also from an *unforeseeable and retroactive judicial expansion* of narrow and precise statutory language»⁵⁴⁹.

In secondo luogo, il caso *Rodgers*, di qualche anno successivo⁵⁵⁰. In sostanza, la questione riguardava la configurabilità della violazione del False Statements Accountability Act nel caso in cui le false dichiarazioni fossero state fatte al Federal Bureau of Investigation. Consolidati precedenti dell'ottavo circuito – lo stesso dell'imputato – escludevano espressamente che le false dichiarazioni a tale agenzia

⁵⁴⁷ Al tempo, S.C. Code § 16-386 (1962); ora, sostanzialmente inalterato per la parte qui di interesse, S.C. Code § 16-11-600 (2012).

⁵⁴⁸ Si v. l'ampia ricostruzione della vicenda giurisprudenziale contenuta in *Bouie v. City of Columbia*, 378 U.S. 350 (1964).

⁵⁴⁹ *Ivi*, 352, corsivo aggiunto. Nella motivazione la Corte aggiunge che «an unforeseeable judicial enlargement of a criminal statute, applied retroactively, operates precisely like an ex post facto law, such as Art. I, § 10, of the Constitution forbids», nonché «[if] a judicial construction of a criminal statute is "unexpected and indefensible by reference to the law which had been expressed prior to the conduct in issue", it must not be given retroactive effect», citando J. HALL, *General Principles of Criminal Law*, 2^a ed., Indianapolis, 1960, 61.

⁵⁵⁰ *United States v. Rodgers*, 466 U.S. 475 (1984), su cui si v., in termini prevalentemente critici, W.V. SCHAEFER, *Reliance on the Law of the Circuit – A Requiem*, in Duke L. J., 1985, 690 ss.; T.W. MORRISON, *Fair Warning and the Retroactive Judicial Expansion of Federal Criminal Statutes*, cit., 457 ss.; H.J. KRENT, *Should Bouie Be Buoyed? Judicial Retroactive Lawmaking and the Ex Post Facto Clause*, cit., 70 ss.

integrassero il reato⁵⁵¹. La Corte Suprema federale propende, al contrario, per la rilevanza penale anche di tale condotta.

La tradizionale concezione del *fair warning* escluderebbe in tali casi l'applicazione retroattiva della nuova interpretazione estensiva dell'ambito della responsabilità penale⁵⁵². Invece, utilizzando il criterio della prevedibilità elaborato nel caso *Bouie*, la stessa Corte Suprema giunge alla conclusione che la condanna fosse ragionevolmente prevedibile in quanto vi erano state in altri circuiti decisioni di segno opposto, ovvero nel senso della rilevanza penale anche di tali false dichiarazioni.

A ben vedere, tuttavia, il trasferimento del criterio della ragionevole prevedibilità da *Bouie* a *Rodgers* non tiene conto della fondamentale differenza tra i due casi. Infatti, mentre nel primo non si assiste ad alcuna modifica di precedenti pronunce, ma "solo" ad una più ampia interpretazione della disposizione legislativa, nel secondo invece si superano precedenti decisioni di segno contrario e si lede l'affidamento posto dal soggetto in tale giurisprudenza⁵⁵³.

Pertanto, da un lato, la ragionevole prevedibilità sembra un criterio idoneo rispetto ai casi di prima applicazione; dall'altro lato, invece, il requisito del *fair warning* impone che ciascun soggetto sia tutelato nel suo affidamento rispetto ad una giurisprudenza precedente che considerava un'uguale condotta penalmente non

⁵⁵¹ Si v. *United States v. Rodgers*, 706 F.2d 854 (8th Cir. 1983), che, assolvendo l'imputato, richiamava *Friedman v. United States*, 374 F.2d 363 (8th Cir. 1967).

⁵⁵² Oltre alle decisioni sopra richiamate, si v. anche *James v. United States*, 366 U.S. 213 (1961), nonché *Marks v. United States*, 430 U.S. 188 (1977). Per tutti, cfr. W.R. LAFAVE, A.W. SCOTT, *Substantive Criminal Law*, vol. I, 2^a ed., St. Paul (Minn.), 1986, 143 ss.

⁵⁵³ Cfr. T.W. MORRISON, *Fair Warning and the Retroactive Judicial Expansion of Federal Criminal Statutes*, cit., 478 ss.; M.S. MOORE, *Act and Crime: The Philosophy of Action and Its Implications for Criminal Law*, cit., soprattutto 240 s. Il criterio della prevedibilità è stato utilizzato successivamente dalla Corte Suprema anche in *Rogers v. Tennessee*, 532 U.S. 451 (2001) sempre nel senso di affermare l'efficacia anche per il passato di una nuova interpretazione giurisprudenziale peggiorativa, ma – a detta della Corte – già prevedibile da parte del soggetto al momento del fatto. Su quest'ultima pronuncia, D.J. WHITE, *Ex Post Facto Excepted: Rogers v. Tennessee and the Permissible Retroactive Application of Judge Made Law*, in U. Cincinnati L. Rev., 2002, 1141 ss.; H.D. ARMSTRONG, *Rogers v. Tennessee: An Assault on Legality and Due Process*, in N. Caro. L. Rev., 2002, 317 ss.;

rilevante⁵⁵⁴. Ciò che rileva in questa seconda tipologia di casi è l'esistenza di una o più pronunce che hanno precedentemente ristretto l'effettivo ambito di applicazione di una legge penale rispetto al potenziale ambito di applicazione ricavabile dal dato testuale.

3.4. Le tecniche per garantire il fair warning in caso di mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli. Il prospective overruling

Come si tutela l'affidamento che ciascun cittadino ha ragionevolmente posto nelle precedenti decisioni giudiziarie che – rimanendo al caso più semplice – escludevano, prima dell'*overruling*, la penale rilevanza del comportamento?

Innanzitutto, stabilendo che il nuovo precedente avrà un'efficacia differita, ovvero che diventerà diritto applicato solo rispetto ai fatti realizzati successivamente al mutamento giurisprudenziale: è la notissima tecnica del *prospective overruling*⁵⁵⁵.

⁵⁵⁴ Si muove chiaramente in questa prospettiva *Marks v. United States*, 430 U.S. 195 (1977), anche n. 10.

⁵⁵⁵ Peraltro, a voler essere più precisi, non vi è una tecnica di *prospective overruling*, ma più modalità attraverso le quali l'effetto *pro futuro* della pronuncia può essere equilibrato con ulteriori e talvolta opposte esigenze. Si distingue, a tal proposito, tra: il *pure prospective overruling*, ovvero l'annuncio di un nuovo precedente che sarà applicato solo ai casi futuri; in secondo luogo, l'approccio che consiste nell'annuncio del nuovo precedente che sarà applicato ai casi futuri, nonché eccezionalmente anche al caso che ha dato origine all'*overruling*; in terzo luogo, la possibilità di estendere quest'ultima eccezione rispetto a tutti i casi già pendenti nel momento in cui si verifica l'*overruling*; infine, il *prospective-prospective overruling*, cioè l'annuncio di un nuovo precedente il quale, tuttavia, produrrà effetti solo a partire da una precisa data futura, consentendo in tal modo al legislatore di poter nel frattempo intervenire. Rispetto a quanto qui indicato in estrema sintesi, si v. W.V. SCHAEFER, *The Control of "Sunbursts": Techniques of Prospective Overruling*, in N.Y.U. L. Rev., 1967, 634 ss.; A.J. WISTRICH, *The Evolving Temporality of Lawmaking*, in Conn. L. Rev., 2012, 737 e 769; B. JURATOWITCH, *Questioning Prospective Overruling*, in N.Z. L. Rev., 2007, 395 ss. nonché successivamente in B. JURATOWITCH, *Retroactivity and the Common law*, cit., 199 ss. Volendo, anche, S.R. SHAPIRO, *Prospective or Retroactive Operation of Overruling Decision*, in American Law Reports, 3^a ed., 1966, 1377 ss.

In secondo luogo, ricorrendo alla *defence* del *mistake of law*, seppur declinata – anticipando quanto successivamente scritto – in termini più oggettivi e, quindi, senza che si proceda ad una verifica dell'affidamento rispetto al singolo soggetto⁵⁵⁶.

L'attenzione della Corte Suprema rispetto all'efficacia retroattiva delle pronunce che modificano precedenti statuizioni si afferma, per la verità, in una prospettiva diametralmente opposta rispetto a quella per cui oggi la tecnica del *prospective overruling* viene promossa. Infatti, mentre l'odierna finalità unanimemente riconosciuta a tale tecnica è quella di evitare la produzione di conseguenze giuridiche più sfavorevoli rispetto a quelle previste al momento del fatto⁵⁵⁷, il *prospective overruling* inizialmente si afferma come correttivo rispetto all'espansione delle garanzie costituzionali riconosciute in materia processuale penale. L'estensione del diritto alla presenza di un avvocato a partire dal momento in cui il soggetto diventa un sospettato⁵⁵⁸, l'introduzione del diritto alla presenza di un avvocato d'ufficio in tutti i casi in cui lo stesso soggetto non possa permettersi una difesa privata⁵⁵⁹, l'estensione anche rispetto agli stati federati del principio secondo cui le prove ottenute in violazione dei diritti dell'imputato sanciti dal quarto emendamento (c.d. Fourth Amendment exclusionary rule) devono essere escluse dal processo⁵⁶⁰ avrebbero determinato come conseguenza quella di «free the numerous defendants who had been convicted before the announcement of the new legal standards»⁵⁶¹.

⁵⁵⁶ Cfr., per ora, solo W.R. LAFAVE, A.W. SCOTT, *Substantive Criminal Law*, vol. I, 2^a ed., cit., 143 ss.

⁵⁵⁷ Limitando così – implicitamente – il discorso al solo diritto penale, ma tenendo in considerazione il fatto che la tecnica è stata impiegata anche – e forse soprattutto – in materia civile.

⁵⁵⁸ *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478, 490 s. (1964).

⁵⁵⁹ *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335, 343 ss. (1963).

⁵⁶⁰ *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 655 ss. (1961).

⁵⁶¹ Cfr., per tutti, J.E. FISCH, *Retroactivity and Legal Change: An Equilibrium Approach*, in *Harv. L. Rev.*, 1997, 1059. Si v., inoltre, M.D. DUBBER, *Prudence and Substance: How the Supreme Court's New Habeas Retroactivity Doctrine Mirrors and Affects Substantive Constitutional Law*, in *Am. Crim. L. Rev.*, 1992, 10 ss.; L. MEYER, "Nothing We Say Matters": *Teague and New Rules*, in *Univ. Chicago L. Rev.*, 1994, 423 ss. e soprattutto 427 ss.

È così che nel caso *Linkletter v. Walker* la Corte Suprema afferma il principio secondo cui le decisioni che hanno prodotto come risultato quello di estendere tali garanzie costituzionali produrranno effetti solo *pro futuro*⁵⁶².

Ciononostante, andando più a fondo, è innegabile che la tecnica del *prospective overruling* ha finito, soprattutto negli anni successivi, per collocarsi in un'ottica prevalentemente garantista.

Emblematico, in tal senso, è il caso *Marks*⁵⁶³. Prima del fatto – per quanto qui interessa, trasporto interstatale di materiale osceno – il concetto di osceno era regolato da *Memoirs v. Massachusetts*: era tale solo il materiale «utterly without redeeming social value»⁵⁶⁴. Dopo il fatto, ma prima dell'imputazione di *Marks*, la Corte muta in *Miller v. California* la definizione in termini estensivi: può essere ristretto al commercio in quanto osceno il materiale che «taken as a whole, [it does] not have serious literary, artistic, political, or scientific value»⁵⁶⁵. La condanna da parte della corte distrettuale, nonché da parte di quella d'appello, sulla base dell'applicazione della definizione più estensiva viene rivista dalla Corte Suprema, la quale al contrario afferma il diritto dell'imputato a che la giuria sia istruita ad applicare non la successiva (al fatto) definizione in *Miller*, ma la precedente definizione in *Memoirs*.

⁵⁶² *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618, 627 s. (1965): «[...] the accepted rule today is that in appropriate cases the Court may in the interest of justice make the rule prospective. And "there is much to be said in favor of such a rule for cases arising in the future." [...] Once the premise is accepted that we are neither required to apply, nor prohibited from applying, a decision retrospectively, we must then weigh the merits and demerits in each case by looking to the prior history of the rule in question, its purpose and effect, and whether retrospective operation will further or retard its operation. We believe that this approach is particularly correct with reference to the Fourth Amendment's prohibitions as to unreasonable searches and seizures». In termini più generali, sulla gestione da parte della Corte Suprema del tema della retroattività delle pronunce, si v. R.A. CASS, *Judging: Norms and Incentives of Retrospective Decision-Making*, in B.U. L. Rev., 1995, 941 ss.; R.H. FALLON, D.J. MELTZER, *New Law, Non-Retroactivity, and Constitutional Remedies*, in Harv. L. Rev., 1991, 1733 ss.; J.B. HADDAD, *The Finality Distinction in Supreme Court Retroactivity Analysis: An Inadequate Surrogate for Modification of the Scope of Federal Habeas Corpus*, in Nw. U. L. Rev., 1984, soprattutto 1062 ss.; P.J. STEPHENS, *The New Retroactivity Doctrine: Equality, Reliance and Stare Decisis*, in Syracuse L. Rev., 1998, 1515 ss.

⁵⁶³ *Marks v. United States*, 430 U.S. 188 (1977).

⁵⁶⁴ *Memoirs v. Massachusetts*, 383 U.S. 413 (1966).

⁵⁶⁵ *Miller v. California*, 413 U.S. 24 (1973).

Questi i passaggi fondamentali del ragionamento: *Memoirs* «restrict[ed the statute's] application beyond what the [statutory] language might indicate»; *Miller*, rivedendo la precedente interpretazione più restrittiva adottata in *Memoirs*, «impose[d] criminal liability for conduct not punishable under *Memoirs*»; pertanto, «the Due Process Clause precludes the application to petitioners of the standards announced in *Miller*»⁵⁶⁶.

Peraltro, diversamente da quanto talvolta si ritiene, la tecnica del *prospective overruling* non fa quasi più parte dello strumentario impiegato dalla Corte Suprema da almeno trent'anni⁵⁶⁷.

Le numerose critiche mosse all'istituto, tra cui in particolare quella di determinare una trasformazione della distribuzione dei poteri tra legislativo e giudiziario⁵⁶⁸

⁵⁶⁶ Cfr. *Marks v. United States*, 430 U.S. 195 s. (1977)

⁵⁶⁷ Cfr., per tutti, T.W. MORRISON, *Fair Warning and the Retroactive Judicial Expansion of Federal Criminal Statutes*, cit., 466 e R.S. KAY, *Retroactivity and Prospectivity of Judgements in American Law*, in *Am. J. Comp. Law.*, 2014, suppl. 1, 53 ss., nonché quanto osservato al paragrafo seguente. Nella dottrina italiana, si v. F. VIGLIONE, *L'overruling nel processo civile italiano: un caso di flusso giuridico controcorrente*, in *Politica dir.*, 2014, 681. Per un quadro più ampio rispetto all'attualità del *prospective overruling* in vari ordinamenti, si v. B. JURATOWITCH, *Questioning Prospective Overruling*, in *N.Z. L. Rev.*, 2007, 396 ss., nonché successivamente, negli stessi termini, in B. JURATOWITCH, *Retroactivity and the Common law*, cit., 200 ss.; M. ARDEN, *Human Rights and European Law. Building New Legal orders*, Oxford, 2015, 267 ss.; volendo, anche i numerosi contributi in E. STEINER (a cura di), *Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions*, Cham, 2015, *passim*. Sullo "stato" dell'istituto dell'*overruling* e sul rifiuto del *prospective overruling* nel diritto australiano, M. HARDING, I. MALKIN, *Overruling in the High Court of Australia in Common law Cases*, in *Melb. U. L. Rev.*, 2010, 518 ss. Al contrario, si noti come facciano ormai parte del lessico quasi quotidiano della Corte di cassazione italiana in ambito civile: da ultimo, ricostruisce il "quadro della situazione", Cass. civ., Sez. un., sentenza 15 gennaio 2019 (dep. 12 febbraio 2019), n. 4135, § 11 ss., ma le sentenze che con diverse sfumature fanno riferimento alle tecniche dell'*overruling* o del *prospective overruling* sono qualche centinaia.

⁵⁶⁸ La famosa metafora del passaggio del Rubicone di Lord Devlin, *Judges and Lawmakers*, in *Mod. L. Rev.*, 1976, 11: «Courts in the United States have begun to circumvent retroactivity by the device of deciding the case before them according to the old law while declaring that in future the new law will prevail: or they may determine with what measure of retroactivity a new rule is to be enforced. This device has attracted the cautious attention of the House of Lords. I do not like it. It crosses the Rubicon that divides the judicial and the legislative powers. It turns judges into undisguised legislators».

nonché quella di produrre un'ingiusta disparità di trattamento tra casi simili⁵⁶⁹, hanno finito per determinarne il superamento.

Al tempo stesso, tuttavia, la questione su chi debba sopportare il costo dell'affidamento riposto nei precedenti giurisprudenziali rimane, evidentemente in modo particolare in materia penale, di profonda attualità.

3.5. *Segue. Il mistake of law in chiave oggettiva*

In termini generali, l'errore di diritto non è una *defence* in gran parte degli ordinamenti di *common law*⁵⁷⁰. Nonostante questa impostazione sia sempre più oggetto di critiche per la sua estrema rigidità⁵⁷¹ e alcuni stati abbiano introdotto discipline apposite per disciplinare la rilevanza – almeno in alcuni casi – dell'errore di diritto, le motivazioni a supporto della regola generale sono ancora ritenute forti.

⁵⁶⁹ Così, B.S. SHANNON, *The Retroactive and Prospective Application of Judicial Decisions*, in Harv. J.L. & Pub. Pol., 2003, 866, secondo cui «[...] selective prospectivity [...] represents the height of inequality, in that calls for application of different legal rules to persons distinguishable only on the basis who was first able to persuade a precedent-setting court of need for change».

⁵⁷⁰ Cfr., tra i tanti, A. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, 6^a ed, Oxford, 2009, 220 ss.; J.C. SMITH, B. HOGAN, *Criminal Law*, 12^a ed, Oxford, 2008, 319; A.P. SIMESTER, G.R. SULLIVAN, *Criminal Law: Theory and Doctrine*, 4^a ed, Oxford, 2010, 680; A. ASHWORTH, *Ignorance of the Criminal Law, and Duties to Avoid it*, cit., 1 ss.; A.T.H. SMITH, *Error and Mistake of Law in Anglo-American Criminal Law*, in *Angl.-Amer. L. Rev.*, 1985, 3; D.M. KAHAN, *Ignorance of Law is an Excuse – but only for the Virtuous*, *Mich. L. Rev.*, 1997, 127; P.J. LARKIN, *Mistakes and Justice – Using the Pardon Power to Remedy a Mistake of Law*, in *Geo. J.L. & Pub. Pol'y*, 2017, 653 ss. Peraltro, numerosi degli Autori qui citati propendono per una riconsiderazione della regola, nel senso di attribuire – con diverse prospettive e differente ampiezza – rilevanza all'ignoranza della legge penale. Recentemente, nella giurisprudenza della Corte Suprema statunitense si v. *McFadden v. United States*, 135 S.Ct. 2298, 2304 (2015): «ignorance of the law is typically no defense to criminal prosecution [...]». Storicamente, E.R. KEEDY, *Ignorance and Mistake in the Criminal Law*, in *Harv. L. Rev.*, 1908, 75 s.

⁵⁷¹ Si v., oltre a numerosi degli Autori citati nella prima parte della nota precedente, anche G.P. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, Oxford-New York, 2000, 730 ss.; D. HUSAK, A. VON HIRSCH, *Culpability and Mistake of Law*, in S. SHUTE, J. GARDNER, J. HORDER (a cura di), *Action and Value in Criminal Law*, Oxford, 1993, 157 e 166 ss. Infine, volendo, anche P.J. LARKIN, *The Folly of Requiring Complete Knowledge of the Criminal Law*, in *Liberty U. L. Rev.*, 2018, in particolare 335 s. e 371 ss.

Innanzitutto, l'idea che riconoscere rilevanza all'errore di diritto produrrebbe come conseguenza quella di scoraggiare i cittadini dal conoscere le leggi: «[...] to admit [mistake of law as an] excuse at all would be to encourage ignorance where the law-maker has determined to make men know and obey, and justice to the individual is rightly outweighed by the larger interests on the other side of the scales»⁵⁷². Si tratta, in sostanza, di un argomento utilitaristico, nel senso che l'esclusione dell'operatività dell'errore di diritto come *defence* dovrebbe spingere il cittadino a meglio conoscere la legge e, quindi, in ultima istanza dovrebbe assicurare un maggior rispetto della legge stessa da parte dei consociati⁵⁷³.

In secondo luogo, l'esclusione della rilevanza dell'errore di diritto produce un risultato positivo per la società in quanto dissuade i potenziali autori di reati dal cercare e avvantaggiarsi delle mancanze legislative. Laddove la condotta è moralmente problematica, ciascun soggetto dovrebbe astenersene, anche se la medesima condotta non è chiaramente vietata sul piano legislativo⁵⁷⁴.

Infine, come è stato sostenuto da Jerome Hall, la rilevanza dell'errore di diritto produrrebbe come conseguenza quella di una sostituzione dell'oggettivo significato della legge con le interpretazioni della stessa da parte dei singoli consociati: «[n]ow comes a defendant who truthfully pleads that he did not know that his conduct was criminal, implying that he thought it was legal [...]. If that plea were valid, the consequence would be: whenever a defendant in a criminal case thought the law was thus and so, he is to be treated as though the law were thus and so, i.e. the law actually is thus and so»⁵⁷⁵.

⁵⁷² O.W. JR. HOLMES, *The Common Law*, Boston, 1963 (ed. orig. 1881), 41.

⁵⁷³ Nello stesso senso di Holmes, si muove successivamente anche G.L. WILLIAMS, *Criminal law. The general part*, London, 1961, 289. Contro questa impostazione, si v. D.M. KAHAN, *Ignorance of Law is an Excuse – but only for the Virtuous*, cit., 128 ss.

⁵⁷⁴ Cfr., ancora, D.M. KAHAN, *Ignorance of Law in an Excuse – but only for the Virtuous*, cit., 129 ss.: «[by] denying a mistake of law defense, the law is saying [...] that if a citizen suspects the law fails to prohibit some species of immoral conduct, the only certain way to avoid criminal punishment is to be a good person rather than a bad one».

⁵⁷⁵ J. HALL, *General Principles of Criminal Law*, cit., 382 s.

Peraltro, esistono poche eccezioni alla regola generale dell'irrilevanza⁵⁷⁶ e una di queste attiene proprio agli errori di diritto generati da un'interpretazione ufficiale della legge⁵⁷⁷. In particolare, per quanto qui interessa, vengono in rilievo le interpretazioni giurisprudenziali come fonti particolarmente qualificate di interpretazione legislativa.

La Corte Suprema statunitense, attraverso il riferimento alla Due Process Clause, ha riconosciuto in tali ipotesi la potenziale rilevanza del *mistake of law* come *defence*: «[o]rordinarily, citizens may not be punished for actions undertaken in good faith reliance upon authoritative assurance that punishment will not attach [...]. [The courts] may not convict a citizen for exercising a privilege which the State had clearly told him was available to him»⁵⁷⁸. E numerosi stati federali riconoscono attualmente in modo esplicito la rilevanza sotto il profilo del *mistake of law* delle precedenti pronunce rese (almeno) dalle corti di ultima istanza⁵⁷⁹.

La particolarità del sistema anglo-americano, nonché l'elemento di estremo interesse, consiste nella tipologia di valutazione dell'errore rispetto a precedenti decisioni giurisprudenziali. Infatti, il riconoscimento dell'affidamento, dell'*actual*

⁵⁷⁶ Cfr., per tutti e sinteticamente, A. ASHWORTH, *Ignorance of the Criminal Law, and Duties to Avoid it*, cit., 2.

⁵⁷⁷ Per un'analisi dei precedenti inglesi specificamente sul punto, si v. A. ASHWORTH, *Testing Fidelity to Legal Values: Official Involvement and Criminal Justice*, in *Mod. L. Rev.*, 2000, 635 ss.

⁵⁷⁸ *United States v. Laub*, 385 U.S. 487 (1967), nonché *Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 571 (1965).

⁵⁷⁹ Bastino due esempi. Il N.Y. Penal Law § 15.20(2) recita «[a] person is not relieved of criminal liability for conduct because he engages in such conduct under a mistaken belief that it does not, as a matter of law, constitute an offense, unless such mistaken belief is founded upon [...] (c) a judicial decision of a state or federal court»; il Colo. Rev. Stat. § 18-1-504 (2), in termini solo in parte differenti, prevede che «[a] person is not relieved of criminal liability for conduct because he engages in that conduct under a mistaken belief that it does not, as a matter of law, constitute an offense, unless the conduct is permitted by one or more of the following: [...] (c) An official written interpretation of the statute or law relating to the offense, made or issued by a [...] body legally charged or empowered with the responsibility of administering, enforcing, or interpreting a statute, ordinance, regulation, order, or law. If such interpretation is by judicial decision, it must be binding in the state of Colorado». Cfr. anche il Model Penal Code § 2.04(3): «[a] belief that conduct does not legally constitute an offense is a defense to a prosecution for that offense based upon such conduct when: [...] (b) he acts in reasonable reliance upon an official statement of the law, afterward determined to be invalid or erroneous, contained in [...] (ii) a judicial decision, opinion or judgment».

reliance non dipende da una valutazione delle qualità del soggetto e delle circostanze del caso concreto. Meglio, non vi è un vero accertamento dell'effettiva conoscenza delle precedenti decisioni: «this type of mistake of law is presumed from the mere fact of the existence of a relevant precedent. It is not necessary for the defense to prove that the accused had actual knowledge of the precedent and relied on it»⁵⁸⁰.

Si tratta, in definitiva, di un affidamento presunto: nel caso di *overruling* di un precedente favorevole all'imputato «[c]ourts never seem to ask in stare decisis cases whether the defendant actually had read or heard of the precedent and did in fact rely on it. The chance that he did seems to be enough»⁵⁸¹.

In questo modo, l'errore di diritto, ma sarebbe meglio parlare di ignoranza della (nuova) "legge" penale, abbandona il piano della colpevolezza così come tradizionalmente intesa e, quindi, non opera più tanto nelle forme di una scusante. Al contrario, la presunzione dell'*actual reliance* sulle precedenti decisioni finisce per produrre, quantomeno sul piano delle garanzie, gli stessi effetti del divieto di retroattività dei mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli⁵⁸².

3.6. *Il divieto di retroattività della legge così come interpretata dalle Sezioni unite*

In un sistema nel quale i contrasti sincronici hanno una durata fisiologica e sono quantitativamente gestibili, nonché nel quale la pronuncia delle Sezioni unite intervenuta per risolvere il contrasto produce effetti sulle decisioni future, nel senso di orientarne le dinamiche interpretative, il cittadino può fare affidamento (almeno)

⁵⁸⁰ Così, S. POMORSKI, *American Common law and the Principle Nullum Crimen Sine Lege*, Berlin-Boston, 1975, 188 nello specifico e 189 ss.

⁵⁸¹ In questi termini W.R. LAFAVE, A.W. SCOTT, *Handbook of Criminal Law*, St. Paul (Minn.), 1972, 89, n. 97. Nella dottrina italiana, interessanti spunti di riflessione in tal senso in E. GRANDE, *La sentenza n. 364/88 della Corte costituzionale e l'esperienza di «common law»: alcuni possibili significati di una pronuncia in tema di errore di diritto*, in *Foro. it.*, 1990, 416 ss., nonché in E. GRANDE, *Principio di legalità e diritto giurisprudenziale: un'antinomia?*, in G. FIANDACA (a cura di), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova, 1997, 141 ss. e E. GRANDE, *Accordo criminoso e Conspiracy*, cit., 40 s.

⁵⁸² Si v. anche *James v. United States*, 366 U.S. 220 (1961): «[...] we believe that we should now correct the error and the confusion resulting from it, certainly if we do so in a manner that will not prejudice those who might have relied on it».

su queste ultime pronunce come strumento di precisazione delle disposizioni legislative.

Ma come si tutela questo affidamento nel caso in cui la precisazione delle disposizioni muti nel contenuto in termini peggiorativi?

Nel caso dell'accesso a sistema informatico da parte del soggetto autorizzato, accesso realizzato per finalità private, la sentenza delle Sezioni unite del 2012 costituiva il punto di riferimento in materia; fino alla successiva pronuncia delle stesse Sezioni unite nel 2017 il comportamento era considerato penalmente irrilevante. E questo indipendentemente dal fatto che la cancelliere Savarese, il già Procuratore Generale della Corte di Appello Deidda, Tizio o Mevia fossero a conoscenza dello specifico "precedente".

Secondo la legge del tempo in cui fu commessa, così come interpretata e applicata dal massimo consesso giurisdizionale, quella determinata tipologia di condotta non costituiva reato.

Fintantoché si è considerata la legge, la disposizione legislativa come unico punto di riferimento per il soggetto nel momento in cui deve orientare la propria condotta, i mutamenti giurisprudenziali non hanno posto – logicamente – alcun problema. Ciascuno di questi era già idealmente contenuto nella legge astratta.

Nel momento in cui si riconosce e si accetta che la legge beneficia della concretizzazione giurisprudenziale vi sono i presupposti per ammettere che a fronte del mutamento giurisprudenziale la disposizione è rimasta invariata, ma la norma è cambiata. Meglio, la norma ha ritagliato all'interno della disposizione un più specifico ambito di applicazione; la successione delle due norme, successione risultato del mutamento giurisprudenziale, ha determinato un diverso trattamento giuridico-penale di tutte le condotte rientranti in questo più specifico ambito di applicazione.

Lo stesso si può osservare nel caso della produzione di materiale pedopornografico. Il pericolo di diffusione non è un requisito della disposizione legislativa. La sua introduzione risponde al tentativo da parte delle Sezioni unite di fornire un'interpretazione costituzionalmente orientata della fattispecie.

Secondo la legge del tempo in cui fu commesso il fatto, come risultato dell'interpretazione costituzionalmente orientata della stessa legge promossa dalle Sezioni unite (e accolta costantemente dalla giurisprudenza successiva), la

realizzazione di materiale pedopornografico in assenza del pericolo di diffusione dello stesso non rientrava nell'ambito delle condotte punite in virtù dell'art. 600 *ter* c.p.⁵⁸³.

Ma se così è, se si riconosce il ruolo (ulteriormente) precisante di almeno alcune pronunce di legittimità, la nuova qualificazione giuridica in termini sfavorevoli del comportamento non può ricevere applicazione retroattiva, ovvero rispetto ai casi realizzati prima dell'elaborazione della nuova norma.

La legge, di per sé, c'era in entrambi i casi. A ben vedere, pertanto, è lo stesso art. 25, co. 2, Cost. e quindi il principio di irretroattività, nella sua dimensione più umanistica, a garantire il cittadino nel senso che il trattamento penale previsto al momento del fatto non sarà oggetto di modifiche in termini sfavorevoli successivamente alla commissione del fatto medesimo⁵⁸⁴.

In questi termini, il divieto di retroattività dei mutamenti giurisprudenziali produttivi di effetti *in malam partem* realizzati in seno alle Sezioni unite trova già riconoscimento nella lettura combinata dell'art. 25, co. 2, Cost. e dell'art. 2, co. 1, c.p.⁵⁸⁵

⁵⁸³ Eventualmente, veniva in rilievo la fattispecie di detenzione di materiale pedopornografico (art. 600 *quater* c.p.) rispetto alla quale non solo la pena è significativamente diversa, ma nel caso si sarebbe anche dovuto dichiarare il reato prescritto.

⁵⁸⁴ Si v., per una prospettiva solo in parte differente, G. DE FRANCESCO, *Sulle garanzie in materia di disciplina intertemporale della legge penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, in particolare 224 s. e 227 ss.

⁵⁸⁵ Cfr., per tutti, in questa prospettiva V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, cit., 25 e n. 104, ma già prima qualche indicazione in tal senso nel commento alla sentenza Corte cost. n. 230 del 2012: V. MANES, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra 'diritto giurisprudenziale' e 'legge'*, cit., 3481; in termini in parte diversi, invece, in V. MANES, *"Common law-isation del diritto penale?" Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, cit., 973 ss.; G. FORNASARI, *Un altro passo avanti nella "riscrittura" della legalità? Appunti sulla sentenza Contrada*, in A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO *et al.* (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, cit., 459; R. BARTOLI, *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, cit., 1796, nonché successivamente in R. BARTOLI, *Legalità europea versus legalità nazionale? Un tentativo di possibile integrazione*, in C.E. PALIERO *et al.* (a cura di), *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, cit., 297; M. DONINI, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, cit., soprattutto 84 e 114, nonché in altri contributi tra cui M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., 107 e 110 n. 59; il "secondo" Vogliotti in M. VOGLIOTTI, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, tomo I, 2015, 178 in

Vale la pena ribadirlo ancora una volta. Non perché legge e giurisprudenza siano fonti del diritto penale equiparate o equiparabili⁵⁸⁶, ma perché la precisazione verticalmente vincolante *pro futuro* di un nuovo trattamento giuridico-penale di una classe di condotte non può ledere l'oggettivo, impersonale affidamento potenzialmente posto da ciascun cittadino nella precedente qualificazione giuridica del fatto.

Un'ulteriore precisazione. Tutto questo vale non solo nell'ipotesi in cui con il mutamento giurisprudenziale si passi dalla penale irrilevanza alla, opposta, rilevanza del fatto – come nel caso dell'accesso abusivo a sistema informatico –, ma anche nell'ipotesi in cui a seguito del mutamento si assiste ad una diversa qualificazione giuridica del fatto, diversa qualificazione giuridica che determina un più sfavorevole trattamento sanzionatorio – come nel caso della produzione di materiale pedopornografico in assenza del pericolo di diffusione –.

particolare; V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., 154 ss. Al contrario, ritengono a tal proposito necessaria una modifica legislativa dell'art. 2 c.p., tra gli altri, F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, cit., 1066; A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., 321; G. GRASSO, *Politiche penali e ruolo della giurisprudenza*, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G.L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018, 65.

⁵⁸⁶ In questa differente prospettiva, al contrario, paiono muoversi: il "primo" Vogliotti in M. VOGLIOTTI, *Penser l'impensable: le principe de la non-rétroactivité in malam partem. La perspective italienne*, in *Dir. & Quest. Pubbl.*, 2003, 369 ss., nonché in M. VOGLIOTTI, *Le metamorfosi dell'incriminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale?*, in *Pol. dir.*, 2001, 646 ss.; S. RIONDATO, *Retroattività del mutamento penale giurisprudenziale sfavorevole, tra legalità e ragionevolezza*, in U. VINCENTI (a cura di), *Diritto e clinica. Per l'analisi della decisione del caso*, cit., 252 in particolare; G. AMARELLI, *Il giudice ed il rispetto della legge penale in sede interpretativa. Obsolescenza apparente e attualità permanente del pensiero di Beccaria*, in *Osservatorio cost.*, 2015, 27; diversamente, invece, dello stesso Autore, cfr. G. AMARELLI, *Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio*, in *Cass. pen.*, 2014, 416 ss. Volendo, anche, C. PERISTERIDOU, *The Principle of Legality in European Criminal Law*, Cambridge, 2015, 121 ss., 168 s. e *passim*, la quale afferma che nel "modello relazionale" della legalità penale la giurisprudenza deve essere considerata fonte equipara alla legge, ma poi esclude che debba essere soggetta al divieto di retroattività; posizioni ribadite più sinteticamente anche in C. PERISTERIDOU, *The Principle of Legality*, in J. KEILER, D. ROEF (a cura di), *Comparative Concepts of Criminal Law*, Cambridge, 2019, 85 ss. Infine, si v. anche F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, Torino, 2017, 215 ss., idee riprese da ultimo in F. MAZZACUVA, *L'estensione attuale dei principi di irretroattività e di retroattività della legge favorevole*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, in corso di pubblicazione.

Vi sono pochi dubbi, infatti, sul riconoscimento in virtù dell'art. 25, co. 2, Cost., nonché dell'art. 2, co. 1, c.p. del divieto di retroattività *in malam partem* anche rispetto alla pena⁵⁸⁷.

Insomma, per concludere, il divieto di retroattività esclude che ad un fatto possa essere attribuita una qualificazione giuridico-penale più sfavorevole rispetto a quella prevista per quella medesima tipologia di fatto al momento della commissione.

3.7. *Il valore istituzionale del divieto di retroattività dei mutamenti giurisprudenziali e la questione del limite di efficacia*

Lo stesso risultato sul piano delle garanzie può essere raggiunto attraverso altre strade? In particolare, il *prospective overruling* può essere accostato alla scusante dell'errore inevitabile sull'illiceità (penale)⁵⁸⁸?

Innanzitutto, difficilmente la scusante dell'*ignorantia legis* potrà svolgere un ruolo nelle ipotesi in cui un fatto – già considerato penalmente rilevante – riceve a seguito del mutamento giurisprudenziale una differente qualificazione giuridica che determina un peggioramento del trattamento sanzionatorio. Salve spericolate giravolte interpretative, in tutti questi casi si dovrà ammettere che l'errore sull'illiceità (penale) non era inevitabile; anzi, che non c'è proprio un errore.

In secondo luogo, è vero che – una volta riconosciuta – «la scusante dell'errore inevitabile sull'illiceità [...] funziona proprio come [un] *prospective overruling*»⁵⁸⁹, seppur con una precisazione: funziona proprio come un *prospective overruling* rispetto a quel singolo caso concreto, ma non necessariamente rispetto agli altri casi equivalenti. Ma, oltre a questo aspetto e in un certo senso ancor prima, il “problema” sta proprio nel momento del riconoscimento della scusante. Quest'ultima è, per così dire, intrisa di valutazioni morali. In altre parole, difficilmente sarà riconosciuta a

⁵⁸⁷ Per tutte, Corte cost., sentenza 8 novembre 2006, n. 394, § 6.1.

⁵⁸⁸ In questo senso O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in Riv. trim. dir. pen. cont., 2013, 165; nonché D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, cit., 51 s. Adesivamente, anche F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità “costituzionale” vs. legalità “convenzionale”?*, cit., 24 s.

⁵⁸⁹ Così D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, cit., 51.

seguito di un mutamento giurisprudenziale tutte le volte in cui la valutazione sociale e morale della condotta si orienti nel senso della meritevolezza della punizione.

Al contrario, il divieto di retroattività si astraie da questa valutazione e declina, sul piano politico-istituzionale, il rapporto tra autorità pubblica e persona nel senso dell'attribuire un maggior peso alle esigenze di tutela del secondo polo.

Anche il divieto di retroattività dei mutamenti giurisprudenziali *in malam partem* non è una garanzia al momento e di per sé completa. L'operatività del divieto, le sue prestazioni garantistiche sono di fatto rimesse all'apprezzamento, in primo luogo, delle Sezioni unite che realizzano l'*overruling*, nonché, in secondo luogo, delle sezioni semplici e di tutti i giudici che si trovano successivamente a dover decidere casi simili a quello che ha dato origine all'*overruling*.

A ben vedere, tuttavia, questo non è tanto un limite della soluzione del divieto di retroattività, quanto un potenziale e parziale limite di efficacia di quest'ultima determinato dalla mancanza di meccanismi giurisdizionali nazionali di tutela rispetto, soprattutto, alle decisioni delle Sezioni unite⁵⁹⁰.

Così, il ruolo di queste ultime emerge in tutta la sua centralità. La diffusione della nuova declinazione in termini più personalistici del rapporto tra autorità pubblica e

⁵⁹⁰ Le proposte avanzate da noti Autori di introdurre, in una fase precedente a quella della tutela europeo-convenzionale, meccanismi di ricorso (anche individuale) alla Corte costituzionale, sul modello del *recurso de amparo* spagnolo o del *Verfassungsbeschwerde* tedesco, dovrebbero essere oggetto di attenta valutazione che ponga in risalto non solo i benefici sul piano della tutela individuale, ma anche i costi ordinamentali. Per le varie proposte, si v. soprattutto: G. CONTENTO, *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in G. SPAGNOLO (a cura di), *Scritti 1964-2000*, Roma-Bari, 2002, 230 ss. (*recurso de amparo*); F. BRICOLA, *Le definizioni normative nell'esperienza dei codici penali contemporanei e nel progetto di legge delega italiano*, in A. CADOPPI (a cura di), *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Padova, 1996, 189 (proposta di introduzione di un ricorso individuale alla Corte costituzionale sul modello, almeno apparentemente, del *recurso de amparo*); F. PALAZZO, *Sulle funzioni delle norme definitive*, in *ivi*, 388 ss.; M. DONINI, *L'art. 129 del Progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997. Un contributo alla progressione "legale", prima che "giurisprudenziale", dei principi di offensività e di sussidiarietà*, in *Crit. Dir.*, 1998, 95 ss. (istituzione di un organismo parlamentare dotato del potere di sollevare questione di legittimità costituzionale a fronte del consolidarsi di interpretazioni analogiche); G. FIANDACA, *La giustizia penale in Bicamerale*, in *Foro it.*, 1997, 168 (istituzione di un organo appositamente incaricato della verifica della compatibilità delle interpretazioni giurisprudenziali con il principio di stretta legalità). Su queste, recentemente, v. anche A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, *cit.*, 16 ss.

persona rispetto alle ipotesi in cui si verifica un mutamento giurisprudenziale peggiorativo sarebbe senz'altro favorita da un "precedente" in tal senso delle medesime Sezioni unite, nonché dal successivo scrupoloso rispetto dello stesso "precedente" da parte del medesimo consesso.

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

Si è iniziato questo lavoro domandandosi quali garanzie siano riconosciute al cittadino qualora un comportamento penalmente irrilevante al momento della sua commissione diventi, al contrario, penalmente rilevante a seguito del verificarsi di un cambio di interpretazione giurisprudenziale oppure finisca per essere sanzionato (in astratto) con una pena più severa.

I due casi decisi dalle Sezioni unite in tema, il primo, di accesso abusivo ad un sistema informatico da parte di un soggetto autorizzato il quale, tuttavia, impiega le credenziali per fini privati e, il secondo, di produzione di materiale pedopornografico in assenza del pericolo di diffusione hanno messo ben in evidenza quali sono le conseguenze di un mutamento giurisprudenziale produttivo di effetti sfavorevoli.

Qualora il principio di legalità venga concepito in una prospettiva maggiormente legalista, i sotto-principi della riserva (assoluta) di legge e di determinatezza, inteso anche quest'ultimo nella sua massima espressione di stampo illuministico, producono il risultato di sottomettere con particolare forza il giudice al dato testuale della legge. In definitiva, ogni contributo del c.d. diritto giurisprudenziale è *a priori* escluso e il potere giudiziario stesso finisce per trovarsi in una posizione di (tendenziale) nullificazione.

Così, la determinatezza è riferita esclusivamente alla disposizione come formulata dal legislatore, l'attenzione è rivolta verso la singola espressione in sé considerata e il criterio per valutarla ha natura essenzialmente linguistica.

Se il potere giudiziario (e quello esecutivo) sono percepiti come poteri soggetti al predominio assoluto del potere legislativo, il divieto di retroattività finisce per svolgere la sua funzione garantistica solo con riferimento all'organo legislativo-parlamentare. In altri termini, se il potere punitivo statale, rispetto al quale il principio di irretroattività si pone come argine, è interamente incarnato dal legislativo, il divieto

di retroattività è necessariamente limitato nella sua portata applicativa alla sola legge parlamentare.

La concezione legalista della legalità si fonda sull'idea che il significato di una disposizione normativa preesiste all'interpretazione da parte del giudice e che, pertanto, quest'ultimo non deve fare altro che individuare l'unica interpretazione corretta della medesima disposizione.

In questo contesto, alle precedenti decisioni della Corte di cassazione, anche nella sua massima istanza, è riconosciuta forza meramente persuasiva.

Il mutamento di interpretazione giurisprudenziale che produce come effetto un cambio in termini peggiorativi dell'ambito di applicazione della legge penale viene ricostruito secondo due diverse prospettive.

In primo luogo, come la correzione di una precedente errata interpretazione della disposizione legislativa e, in secondo luogo, come la conseguenza di un tradimento della legalità penale da parte del giudice o da parte del legislatore.

Così, qualora il cambio di interpretazione giurisprudenziale sia concepito come una correzione di una precedente errata interpretazione, non si pone alcun problema di garanzie nei confronti del singolo, il quale ben avrebbe potuto conoscere il corretto contenuto della disposizione incriminatrice dal momento della sua emanazione. Pertanto, il mutamento di interpretazione giurisprudenziale non produce mai effetti retroattivi.

Qualora il cambio di ambito applicativo della legge per effetto del mutamento di interpretazione sia concepito come la conseguenza di un tradimento della legalità penale da parte del giudice o da parte del legislatore, la tutela del singolo si ottiene non tanto assicurando una tutela diretta rispetto al mutamento interpretativo in termini sfavorevoli, quanto eliminando a monte queste violazioni. Così, rispetto ai tradimenti della legalità da parte del giudice viene in rilievo primariamente il divieto di analogia *in malam partem*, mentre rispetto a quelli da parte del legislatore il principio di determinatezza in una dimensione assoluta.

In quest'ultima ipotesi, tuttavia, la diretta conseguenza sarebbe una sconfinata dilatazione del requisito della determinatezza delle fattispecie penali, sconfinata dilatazione rispetto alla quale si contrappone la ragionevole posizione prudente della Corte costituzionale.

Alle più evidenti ingiustizie prodotte dalle insufficienze di queste due alternative si cerca di porre rimedio sul piano soggettivo. A tal proposito, viene in rilievo la disciplina dell'ignoranza della legge penale così come riformulata dalla famosa sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988.

Purtuttavia, nonostante il profondo fondamento garantistico della pronuncia, la disciplina dell'ignoranza della legge penale rimane sostanzialmente estranea al modo di operare della giurisprudenza, anche rispetto a quei casi in cui si verificano mutamenti giurisprudenziali – per così dire – a ciel sereno e che, quindi, lasciano ben pochi dubbi circa l'inevitabilità dell'ignoranza.

In una prospettiva maggiormente effettuale della legalità penale, il principio di determinatezza non svolge più solo una funzione di contenimento delle esigenze repressive di fronte al giudice. A questa prima direzione garantistica se ne aggiunge una seconda diretta alla tutela della libertà di autodeterminazione del soggetto nel senso della garanzia della possibilità di effettuare liberamente le proprie scelte avendo la consapevolezza delle possibili conseguenze penali delle proprie azioni.

Così, al legislatore non è imposta la formulazione delle fattispecie incriminatrici in modo tale da eliminare ogni spazio interpretativo ipoteticamente utilizzabile dal giudice. A tal proposito, la teoria dell'essenzialità (*Wesentlichkeitslehre*) elaborata dal Tribunale costituzionale federale tedesco, nonché l'idea di un duplice stadio della determinatezza, forniscono utili spunti di partenza rispetto alla nuova declinazione della legalità-determinatezza.

Il legislatore deve assumere tutte le decisioni essenziali relative alla rilevanza penale di una determinata tipologia di comportamenti, soddisfacendo così l'anima democratica della legalità penale. Il quadro delineato sul piano legislativo potrà – o dovrà (*Präziserungsgebot*) – poi essere oggetto di un'ulteriore precisazione raggiunta attraverso la prassi giurisprudenziale.

A ben vedere, questo secondo stadio della determinatezza è orientato verso la garanzia di una maggiore calcolabilità delle conseguenze giuridiche del proprio comportamento da parte del cittadino.

Nel momento in cui la (maggiore) determinatezza della norma penale è il risultato anche dell'ulteriore specificazione giurisprudenziale della disposizione legislativa, l'ambito di applicazione del divieto di retroattività muterà di conseguenza.

Il paradigma effettuale della legalità si fonda, inoltre, sull'idea che l'interpretazione giurisprudenziale non è meramente cognitiva, ma anche costitutiva. E quindi, da un lato, la legge guida l'interprete nell'individuazione del significato da attribuire alla disposizione legislativa e, dall'altro lato, non si può negare l'esistenza di una componente creativa nell'interpretazione.

La norma giuridica applicata al caso concreto non ha una preesistenza ideale interamente racchiusa nel testo normativo, ma è anche il prodotto dell'attività interpretativa da parte del giudice.

Il superamento della concezione solo cognitiva dell'interpretazione giurisprudenziale e, con essa, dell'idea dell'esistenza di un'unica interpretazione corretta della disposizione legislativa, interpretazione corretta che il giudice deve solo scoprire, determina conseguenze sul piano ordinamentale. Infatti, l'intero sistema giudiziario ha bisogno che, almeno temporaneamente, vi sia un'unica soluzione corretta ad ogni problema interpretativo. Così, alla legittimazione della decisione attraverso la sua correttezza si affianca una legittimazione attraverso autorità.

Le pronunce degli organi giudiziari di ultimo grado assumono un ruolo particolare nel guidare il giudice nelle dinamiche interpretative. Andando ancora più a fondo, il meccanismo del rinvio obbligatorio dalle sezioni semplici alle sezioni unite previsto dall'art. 618, co. 1 *bis*, c.p.p. finisce per operare come un equivalente funzionale dell'attribuzione di un valore verticalmente vincolante alle pronunce delle medesime Sezioni unite.

Riconosciuto e accettato il contributo della giurisprudenza di legittimità, in particolare nella sua massima istanza, all'ulteriore precisazione e delimitazione dell'ambito di applicazione delle disposizioni legislative, si è visto come assuma una dimensione di primo piano il tema delle garanzie da riconoscere al soggetto a fronte del mutare della medesima giurisprudenza.

Da un lato, la Corte di Strasburgo, elaborando il criterio della ragionevole prevedibilità, ha dato un significativo contributo al tema della necessità di tutelare il soggetto che subisce le conseguenze sfavorevoli di un mutamento improvviso della giurisprudenza. Dall'altro lato, lo si è visto, il criterio della ragionevole prevedibilità non esclude l'applicazione retroattiva di tutti quei mutamenti giurisprudenziali

peggiorativi che, tuttavia, potevano considerarsi prevedibili al momento del fatto perché rispecchiano il mutato quadro politico o sociale della comunità di riferimento.

Più opportuna sul piano delle garanzie costituzionali individuali risulta l'estensione del divieto di retroattività rispetto a tutti quei casi in cui le Sezioni unite, nelle quali a seguito del nuovo art. 618, co. 1 *bis*, c.p.p. si è sostanzialmente accentrato il potere di indirizzare l'evoluzione della giurisprudenza di legittimità, decidono di modificare una loro precedente pronuncia in termini sfavorevoli.

Infatti, pare irragionevole e arbitrario ammettere che il quadro normativo penale, come risultato della disposizione legislativa sufficientemente determinata e dell'eventuale ulteriore precisazione giurisprudenziale, possa essere modificato in termini peggiorativi anche rispetto a fatti già verificatisi.

Ribadendo quanto già scritto, è lo stesso art. 25, co. 2, Cost. a garantire, nella sua dimensione più umanistica, al cittadino che il trattamento penale previsto al momento del fatto non sarà oggetto di modifiche in termini sfavorevoli successivamente alla commissione del fatto medesimo.

Pertanto, il divieto di retroattività dei mutamenti giurisprudenziali produttivi di effetti sfavorevoli realizzati in seno alle Sezioni unite trova già riconoscimento nella lettura combinata dell'art. 25, co. 2, Cost. e dell'art. 2, co. 1, c.p.

Rispetto a questa impostazione si potrebbe peraltro obiettare che una tutela limitata ai soli mutamenti giurisprudenziali promossi dalle Sezioni unite è insufficiente. In definitiva, ogniqualvolta fossero invece le sezioni semplici della Corte di cassazione a modificare l'interpretazione di una disposizione penale, la nuova interpretazione finirebbe per essere applicata retroattivamente nonostante produca equivalenti effetti *in malam partem*.

Ciononostante, questa limitazione sembra giustificata sulla base di almeno due considerazioni.

Innanzitutto, i mutamenti giurisprudenziali finiranno in futuro per essere prevalentemente il risultato dell'attività delle Sezioni unite. Le nuove interpretazioni promosse dalle sezioni semplici, al contrario, non faranno altro che dar vita ad un contrasto giurisprudenziale rispetto al quale, prima o dopo, le medesime Sezioni unite saranno chiamate ad esprimersi.

In secondo luogo e ancora più significativamente, solo le pronunce delle Sezioni unite possono al momento aspirare a costituire un punto di riferimento per il cittadino, un punto di riferimento rispetto al quale quest'ultimo possa orientare la sua condotta. Al contrario, le pronunce delle sezioni semplici sono tuttora caratterizzate da un'efficacia incerta per il futuro.

In altre parole, solo le pronunce delle Sezioni unite sono al momento in grado di far sorgere un affidamento in capo al soggetto che si appresta a decidere se porre in essere una determinata condotta, un affidamento che deve essere tutelato rispetto a successive modifiche in termini peggiorativi.

SUMMARY

TABLE OF CONTENTS:

TWO CASES IN POINT	234
I. THE “LEGALIST” PARADIGM OF THE LEGALITY IN CRIMINAL LAW AND THE JUDGE-MADE LAW AS A LEGALITY’S FLAW	236
A. The legality principle in criminal law as an unconditioned principle	236
B. The declaratory theory of interpretation and the so-called persuasive authority of “precedents”	239
C. Inconsistent case law leading to unfavorable consequences and the legalistic understanding of the legality principle	242
1. <i>Changes of courts’ interpretations as outcomes of breaches of the legality principle</i>	242
2. <i>Mistake of law as a remedy to the deficiencies of the legality principle?</i>	245
II. THE “EFFECTUAL” PARADIGM OF THE LEGALITY IN CRIMINAL LAW AND THE JUDGE-MADE LAW AS A LEGALITY’S IMPROVEMENT	248
A. The legality principle in criminal law as a constitutional principle	248
B. The constitutive nature of judges’ statutory interpretation and the binding authority of some precedents	252
C. The overruling of a prior statute’s judicial interpretation and the ability to rely on the law	257
1. <i>The notion of reasonable foreseeability under Art. 7 ECHR and the ‘thin ice’ principle</i>	257
2. <i>A limited prohibition of retroactivity in criminal adjudication</i>	263

TWO CASES IN POINT

Over the past several years, constitutional⁵⁹¹, supreme⁵⁹² and human rights⁵⁹³ courts had to deal with the problem of adjudicative retroactivity in criminal law with ever-greater intensity.

Following the case *Contrada c. Italie*⁵⁹⁴, in which the European Court of Human Rights found a violation of the legality principle under Art. 7 due to an unforeseeable retrospective application of a judicially created criminal offence, the issue of citizens' safeguard upon an overruling occurrence is even more in the foreground.

Getting to the heart of the matter: what temporal effect is best given to an unfavorable overruling decision? Should its application be limited to acts and conduct occurring after it or should it operate retrospectively and subject to criminal responsibility those who, acting in reliance on an earlier decision, did only what courts declared to be lawful?

The Italian Supreme Court has recently faced two major cases on adjudicative retroactivity.

In the *Savarese* case, the Italian Supreme Court's Joint Divisions overruled a precedent on the crime of accessing a computer without authorization. Below are the relevant facts.

First, in 2012 the Supreme Court's Joint Divisions ruled that the crime of accessing a computer without authorization consists of the «conduct of accessing [...] carried out by a person who infringes terms and limits set by the system owner to define objectively the very same access. Aims and purposes that have motivated the access are of no relevance»⁵⁹⁵.

⁵⁹¹ See, i.a., BVerfGE 126, 170; Corte cost. n. 230/2012; *Marks v. United States*, 430 U.S. 188 (1977); *James v. United States*, 366 U.S. 220 (1961); *Knüller v. DPP* [1973] AC 463.

⁵⁹² Cass., Sez. un., n. 41210/2017; Cass., Sez. un., n. 51815/2018 ; BGHSt 5, 168; BGHSt 21, 157; BGHSt 37, 89.

⁵⁹³ ECtHR, *Del Río Prada v. Spain*, cit.; ECtHR, *S.W. v. The United Kingdom*, cit.; ECtHR, *C.R. v. The United Kingdom*, cit.

⁵⁹⁴ ECtHR, *Contrada c. Italie* (n. 3), cit.

⁵⁹⁵ Cass., Sez. un., n. 4694/2011.

Second, a few months after this ruling, Ms. Savarese accessed a police database with the proper authorization without violating terms and limits set by the system owner, but for purposes other than those of duty, namely for personal aims.

Third, in 2017, the very same Supreme Court's Joint Divisions overruled the previous decision stating that the crime of accessing a computer without authorization is committed «even though the person is authorized and does not violate the formal prescriptions set out by the owner [...] to delimit the access to it, whenever the access occurred for reasons that are ontologically unrelated and in any case different from those for which the access is permitted»⁵⁹⁶.

Lastly, the latter new ruling was applied retroactively and Ms. Savarese was sentenced to three years⁵⁹⁷.

In the *Mordino* case, the Italian Supreme Court overruled a precedent on the crime of production of child pornography. Once again, below are the relevant facts.

First, in 2000, the Supreme Court's Joint Divisions ruled that the crime of production of child pornography «is to be punished when the conduct is of such a consistency as to involve a real risk of dissemination of the pornographic material»⁵⁹⁸.

Second, in 2009, Mr. Mordino took pictures of at least one naked fifteen-year-old boy for – so to speak – personal use.

Third, in 2018, the same Supreme Court's Joint Divisions stated that the previous ruling shall be regarded as outdated and that «it is no longer necessary to ascertain the risk of dissemination»⁵⁹⁹.

As a result, Mr. Mordino was sentenced in the light of the new decision and is now serving a ten-year sentence.

Could the court have applied the new interpretations to defendants, even though facts were committed under the previous favorable rulings?

⁵⁹⁶ Cass., Sez. un., n. 41210/2017.

⁵⁹⁷ The same ruling was applied retroactively, thus resulting in the same unfavorable effects, also in the cases: Cass., Sect. V, n. 52572/2017; Cass., Sect. V, n. 47510/2018; Cass., Sect. V, n. 2905/2018; Cass., Sect. V, n. 2942/2018.

⁵⁹⁸ Cass., Sez. un., n. 13/2000, in Cass. pen., 2000, 2983 ff.

⁵⁹⁹ Cass., Sez. un., n. 51815/2018.

I. THE “LEGALIST” PARADIGM OF THE LEGALITY IN CRIMINAL LAW AND THE JUDGE-MADE LAW AS A LEGALITY’S FLAW

A. THE LEGALITY PRINCIPLE IN CRIMINAL LAW AS AN UNCONDITIONED PRINCIPLE

During the past two and a half centuries, a persistent feature in liberal thought relating to criminal law has been the idea that criminal liability and punishment can be based only upon a prior legislative enactment of a prohibition that is expressed with precision and clarity.

The doctrines underlying the legality principle include, at least in most of the European continental criminal justice systems, the limitation of the legislative power in criminal law to the Parliament, the demand that criminal statutes have to be precisely and clearly defined, the ban on expanding criminal liability by way of analogical reasoning and the prohibition of retroactive application of unfavorable criminal (statutes) rules⁶⁰⁰.

The traditional idea of the legality principle is deeply rooted, on the one hand, in democracy and the separation of powers and, on the other hand, in the protection of individual autonomy⁶⁰¹. As for democracy and the separation of powers, that means Parliament makes the laws and the judiciary interprets them. Parliament, which is composed of the representatives of the people, exercises and carries out all the

⁶⁰⁰ See, particularly, C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I, München, 2006, 172 ff.; F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova, 1979, *passim*; F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l’art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni ’70*, in *Questione criminale*, 1980, 184; B. SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege? Rechts-theoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*, Berlin-New York, 1978, 24 ff.

⁶⁰¹ P. COSTA, *Pagina introduttiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 36, I, 2007, 5 ff.; M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enc. dir., Annali*, VI, Milano, 2013, 382 ff.

political power in criminal law⁶⁰². Thus, the judiciary is believed to be nothing but the *bouche qui prononce les paroles de la loi*⁶⁰³.

If Parliament passes undefined and unclear criminal statutes, the area of criminal responsibility would be at last defined by the facts of cases decided by courts⁶⁰⁴. Thus, first, the demand for clearly drafted criminal statutes aims in the first place at preserving the criminalization authority to the legislature⁶⁰⁵. Vague statutes are nothing else but delegation to courts of the authority to criminalize. Second, where criminal statutes are vague, citizens do not have fair warning as for the conducts that will make them criminally liable⁶⁰⁶.

The preciseness in defining offences focuses above all on literal precision. That is to say, certainty is abstractly valued and is the result of the meaning of every single word⁶⁰⁷. According to this view, judges have no role in increasing certainty and clarity by means of interpretation⁶⁰⁸.

The prohibition of analogical reasoning rests solely on the wording of the statute's text as well. Hence, courts are allowed to interpret criminal norms only within the

⁶⁰² F. PALAZZO, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, vol. 36, I, 2007, 1291; M. FIORAVANTI, *Il diritto penale nell'età dello Stato costituzionale*, in L. STORTONI, G. INSOLERA (eds.), *Gli ottant'anni del codice Rocco*, Bologna, 2012, 192 ff.; G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, vol. 36, I, 2007, 1257.

⁶⁰³ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G.D. Pisapia, Milano, 1973, 19.

⁶⁰⁴ H.-L. SCHREIBER, *Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege*, Frankfurt a.M., 1976, 217.

⁶⁰⁵ W. HASSEMER, W. KARGL, § 1 *Keine Strafe ohne Gesetz*, in U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN, H.-U. PAEFFGEN, *Strafgesetzbuch*, 2017, Rn. 14.

⁶⁰⁶ S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, 14 ff.

⁶⁰⁷ See, e.g., F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, 159 ff., 167 ff. and 180; M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979, 177 ff.

⁶⁰⁸ Cf. W. KARGL, *Gesetzesrecht oder Richterrecht? - eine Existenzfrage für den Tatbestand der Rechtsbeugung*, in U. NEUMANN, F. HERZOG (eds.), *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg, 2010, 849.

margins of the wording of the text⁶⁰⁹. Indeed, allowing analogy would mean to bring back into the criminal justice system the judicial arbitrariness that were eliminated when limiting the legislative power in criminal law to the Parliament⁶¹⁰.

In the traditional understanding of the legality principle, just as preciseness refers only to abstract norms formulated by the legislature, the parameter to assess compliance with the prohibition of analogy is equally nothing more than textual-linguistic⁶¹¹.

This understanding of the prohibition of analogical reasoning is based upon the idea that the wording of the text exists prior to the courts' interpretation. What judges have to do is to find out that meaning and not to overcome it⁶¹².

Consequently, the prohibition of retroactivity addresses only the legislature⁶¹³. When the latter enacts new legislation stating that previously lawful conducts are now to be considered unlawful, the prohibition of retroactivity avoids the application of the new law to pre-enactment conducts. In the first place, retroactive criminal laws would unfairly disappoint reliance on an activity that was not being criminal when it was done⁶¹⁴. In the second place, retroactive criminal laws jeopardize liberty because

⁶⁰⁹ B. SCHÜNEMANN, *Die Gesetzesinterpretation im Schnittfeld von Sprachphilosophie, Staatsverfassung und juristischer Methodenlehre*, in G. KOHLMANN (ed.), *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*, vol. I, Köln, 1983, 176 ff.; G. GRÜNWARD, *Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Gesetzlichkeitsprinzip*, in F. HAFT (ed.), *Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1993, 440 f.

⁶¹⁰ V. KREY, *Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht*, Berlin, 1977, 26 ff.

⁶¹¹ Cf. U. NEUMANN, *Rechtsanwendung, Methodik und Rechtstheorie*, in M. SENN, B. FRITSCHI (eds.), *Rechtswissenschaft und Hermeneutik*, Stuttgart, 2009, 117; V. KREY, *Gesetzestreue und Strafrecht. Schranken richterlicher Rechtsfortbildung*, in ZStW, 1989, 842 ff.

⁶¹² G. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, Dig. disc. pen., VIII, Torino, 1994, 307.

⁶¹³ See, particularly, G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, Tübingen, 1993, 32 ff.; G. JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin-New York, 1991, 104 ff.; G. MARINUCCI, *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte costituzionale*, in G. VASSALLI (ed.), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 77 ff.

⁶¹⁴ F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, 292 f.

of the fear that such a surprise might be forthcoming⁶¹⁵. Lastly, they would impair the criminal law's aim to gain compliance through deterrence⁶¹⁶.

The prohibition of retroactive criminal laws rules out any attempt to punish conducts that were already perceived as antisocial at the time of the facts, but were not incriminated. It leads up to a rather wide denial of substantial justice in favor of formal justice.

By way of conclusion on this point, if the judiciary is seen as a "null" power, the prohibition of retroactive criminal offences will end up protecting the citizen only in the face of the legislature.

B. THE DECLARATORY THEORY OF INTERPRETATION AND THE SO-CALLED PERSUASIVE AUTHORITY OF "PRECEDENTS"

The democratic rationale of the legality principle does not only preserve the authority to criminalize to the legislature by narrowing the sources of the criminal law but also by constraining the judicial interpretation⁶¹⁷.

Judges, by interpreting the law, try to identify legal rules relevant to solving the case⁶¹⁸. In performing this act, they are squeezed between two demands. On the one hand, the need to abide by the meaning of the law, even if this means denying protection against facts that are socially regrettable. On the other hand, judges face the conflict between society and offender caused by the commission of the crime⁶¹⁹. Because judges are naturally inclined towards protecting society, the act of

⁶¹⁵ K. TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts*, Tübingen, 1969, 195.

⁶¹⁶ See, e.g., P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Padova, 1972, 53 s.; F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 291 ff.; M.A. CATTANEO, *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Milano, 1970, 379 ff.; L. GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, Berlin, 2009, 34 ff. and 49 ff.

⁶¹⁷ See, e.g., E. MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004, 71 ff.

⁶¹⁸ D. PULITANÒ, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (eds.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano, 2006, 658 f.

⁶¹⁹ G. CONTENUTO, *Interpretazione estensiva e analogia*, in A.M. STILE (ed.), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, 3 ff.

interpreting criminal statutes will result in a host of cases opting in favor of the solution that assures the best protection of society⁶²⁰.

The approach of courts to statutory interpretation is, therefore, mostly textualist in character, namely more oriented towards statutory language and towards the allegedly objective meaning of statutory text.

At first glance, textualism seems less open to judicial activism and more rule-like. This approach to decide based only on the statutory text enacted by the Parliament is grounded in the fundamental principle that judges should apply what the latter actually promulgates and should not go beyond those words.

The privilege over a textual dimension of the act of interpreting and the idea that judicial interpretation simply rests on a subsumption should lead to a narrowing of the interpretative power of the judiciary⁶²¹.

According to this view, not only the meaning of the law but also the facts of the case are to be considered prior to interpretation⁶²².

Therefore, judges perform nothing more than an a-valutative and deductive act. By interpreting and not creating, judges are presumed to merely describe the law as it exists⁶²³.

Stating that the meaning of the provision is prior to its interpretation by courts results in enabling the idea that there is only one correct interpretation of the

⁶²⁰ Cf. F. PALAZZO, *Regole e prassi dell'interpretazione penalistica nell'attuale momento storico*, cit., 514.

⁶²¹ See, e.g., V. KREY, *Keine Strafe ohne Gesetz*, cit., 70 ff.; R. ALEXU, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt a.M., 2012, 273 ff.; N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978, 19 ff. and 100 ff.

⁶²² Cf. U. NEUMANN, *Subsumtion als regelorientierte Fallentscheidung*, in G. GABRIEL, R. GRÖSCHNER (eds.), *Subsumtion. Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre*, Tübingen, 2012, 312 and 314.

⁶²³ W. NAUCKE, *Die Aushöhlung der strafrechtlichen Gesetzlichkeit durch den relativistischen, politisch aufgeladenen strafrechtlichen Positivismus*, in ID., *Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik. Abhandlungen zum Strafrecht und zum Strafprozeßrecht*, Frankfurt a.M., 1999, 257 ff.; M. DONINI, *Interpretazione delle leggi (Dei delitti e delle pene, § IV)*, in *Diritto penale XXI sec.*, 2014, 246 ff.; T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Indice pen.*, 1999, 529.

concerned provision⁶²⁴. The meaning of the latter is given and courts simply have to apply it correctly.

In other words, if a declaratory theory of interpretation is embraced, the activity of the judge will only be reproductive of the law in and of itself wholly embodied in the provision.

Thus, changes of interpretation should be applied retroactively because they just amend previously wrong interpretations⁶²⁵.

An overruling decision under the declaratory theory of interpretation is retrospective in its effects in the sense that, once the correct law is announced, it is applied to all cases, which come before the courts thereafter, regardless of when the facts took place.

To put it simply, within this context courts are not formally bound by precedents.

More to the point, it is possible to distinguish between two different ways in which the obligation to follow a precedent arises in a legal system⁶²⁶. First, the term "horizontal precedent" makes reference to the obligation of a court to follow previous decisions by the same court. Second, the precedent has a vertical dimension when there is an obligation on a lower court to follow the decision on the same question of law made by a court above it in the judicial hierarchy.

Thus, «both vertical and horizontal precedents involve following the decisions of others, but the important distinction is between a court's following the decision of a higher court and its following its own previous decisions»⁶²⁷.

It is true that lower courts normally look for guidance to the case law of the Supreme Court or even of the Courts of Appeal. Nonetheless, in the traditional

⁶²⁴ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, tr. it. *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, 203; U. NEUMANN, *Wandlungen der Rechtsquellenlehre in der neueren Rechtstheorie*, in L. PHILIPPS, R. WITTMAN (eds.), *Rechtsentstehung und Rechtskultur. Heinrich Scholler zum 60. Geburtstag*, Heidelberg, 1991, 83 ff.

⁶²⁵ B. JURATOWITCH, *Retroactivity and the Common Law*, Portland, 2008, 125 f.

⁶²⁶ These distinctions are explored at greater length in D.N. MACCORMICK, R.S. SUMMERS, *Further General Reflections*, in D.N. MACCORMICK, R.S. SUMMERS (eds.), *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, Aldershot, 1997, 540 ff.

⁶²⁷ F. SCHAUER, *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge (Mass.), 2009, 36 ff.; T.R. LEE, *Stare Decisis in Historical Perspective*, in *Vanderbilt Law Review*, 1999, 647 ff.

understanding of civil law systems, precedents have normally merely persuasive force both in the vertical and horizontal dimensions⁶²⁸.

Focusing in particular on Italy, every criminal court is enabled to decide whether to follow the “precedent” set by the Supreme Court or not. Therefore, courts will usually follow the “precedent” only when they considers it persuasive. Otherwise, each court is free to make a different decision without having to even worry about justifying its dissent with the previous ruling.

Furthermore, up until two years ago, not even rulings by the Supreme Court’s Joint Criminal Divisions (*Sezioni unite*) had authority – at least in the vertical dimension – as precedent.

This state of things inevitably led to conflicts of jurisprudence between courts, between divisions within the same court (in particular regarding divisions within the Supreme Court) and between rulings within the same division of the Supreme Court⁶²⁹.

With a background against which conflicting rulings are widespread and long lasting, case law therefore has no role in improving a citizen’s ability to rely on the law⁶³⁰.

⁶²⁸ R. ALEXI, R. DREIER, *Precedent in the Federal Republic of Germany*, in D.N. MACCORMICK, R.S. SUMMERS (eds.), *Interpreting Precedents*, cit., 17 ff.; M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, Napoli, 2007, *passim*.

⁶²⁹ A. ESPOSITO, G. ROMEO, *I mutamenti della giurisprudenza penale della Cassazione (centoquarantadue casi di contrasto nel quadriennio 1991-1994)*, Padova, 1995, 4 ff. and 51 ff.; M. TARUFFO, *Introduzione*, in ID., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, 1991, 16 ff. and *passim*.

⁶³⁰ See A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 2014, 69 ff. and 165 ff.

C. INCONSISTENT CASE LAW LEADING TO UNFAVORABLE CONSEQUENCES AND THE LEGALISTIC UNDERSTANDING OF THE LEGALITY PRINCIPLE

1. *Changes of courts' interpretations as outcomes of breaches of the legality principle*

In a legal system in which rulings by the Supreme Court are only persuasive, changes of interpretation seem nothing more than disagreements between competing interpretations of the same norm⁶³¹. For instance, a consistent case law may be changed by a new ruling, but the latter would also be only temporary: a subsequent "precedent" could restate the initial interpretation or foster a third one. Hence, it seems a correct approach to use the term overruling only when it comes to rulings that have a certain binding effect⁶³².

According to the traditional understanding of the legality principle, the constitutional reservation of the criminalization authority to the legislature, the demand for clearly drafted criminal statutes and the prohibition of analogical reasoning should drain all the possible interpretative power of judges⁶³³.

The statute (*Gesetz*) is identified with the legislative text (*Gesetzestext*) and the latter provides for a unique scope of application of the statute (*Gesetzesanwendung*). The plain consequence of this equation is that, if the scope of the statute were to change due to the change of interpretation, there would be a change in the statute itself. However, since the legislative text has remained exactly the same, a short circuit occurs: if the jurisprudential interpretation is declarative and is predominantly

⁶³¹L. KÄHLER, *Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung*, Baden-Baden, 2011, 23 ff.

⁶³² See, Pt. II, para. B.

⁶³³ D. MICHELETTI, *Jus contra lex. Un campionato dell'incontenibile avversione del giudice per la legalità*, *Criminalia* 2016, 2017, 161 ff.; H. TRÖNDLE, *Waldshut: Rückwirkungsverbot bei Rechtsprechungswandel? Eine Betrachtung zu einem Scheinproblem der Strafrechtswissenschaft*, in H.-H. JESCHECK, H. LÜTTGER (eds.), *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag am 29. April 1977*, Berlin-New York, 1977, 123; S. MOCCIA, *Sulle precondizioni dell'ermeneutica giudiziale nello Stato di diritto*, in *Criminalia* 2012, 2013, 299 ff.; C. PERISTERIDOU, *The Principle of Legality in European Criminal Law*, Cambridge, 2015, 121 ff.

textual, there can be no change in the scope of application of the statute against a constancy of the legislative text⁶³⁴.

The change in the scope of application of the statute following the new case law is thus understood in two ways.

First, as already anticipated, the overruled prior decision is treated as an erroneous declaration of the existing law. This is in line with the idea that courts simply find and declare the meaning of the law. Hence, when a new rule is announced through a change in interpretation as compared with a prior decision, the new rule is completely retrospective in effect.

Second, the change of the scope of application of the statute as a result of a new court's interpretation of it could be understood as the outcome of a breach of the legality principle by courts or by the legislature.

By courts inasmuch as an expansion of criminal liability can only be the result of an act of Parliament. If the expansion is due to the activity of courts, there is a question regarding the violation of the prohibition of analogical reasoning, here understood in broad terms as the prohibition of overstepping the literal meaning of the statute⁶³⁵. And if so, the prohibition of retrospective effect cannot redress the congenital flaw of the new interpretation. Besides, this view is maintained regardless of the fact that in most cases in which the Supreme Court is supposed to have declared the new "precedent" in violation of the prohibition of analogical reasoning for the defendant there is no other (at least national) judicial remedy⁶³⁶.

⁶³⁴ M. HETTINGER, A. ENGLÄNDER, *Täterbelastende Rechtsprechungsänderungen im Strafrecht. Zur Reichweite von Art. 103 Abs. 2 GG*, in A. ESER, J. GOYDKE, K.R. MAATZ, D. MEURER (eds.), *Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Lutz Meyer-Gossner zum 65. Geburtstag*, München, 2001, 153.

⁶³⁵ G. MARINUCCI, *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, *passim* e 1265 ff.; G. INSOLERA, *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'"epoca dei giudici"*, in *Criminalia* 2012, 2013, 285 ff.

⁶³⁶ In contrast to Germany, Italy does not have a judicial remedy like the *Verfassungsbeschwerde*. See F. GIUNTA, *Rileggendo Norberto Bobbio L'analogia nella logica del diritto*, in *Criminalia* 2007, 2008, 455.

As for the breach of the legality principle by the legislature, prominence has to be given to the reservation of legislative authority in criminal law to Parliament along with the demand for preciseness in criminal statutes⁶³⁷.

The principle that criminal laws must be determinate has a dual purpose. On the one hand, it leads to the protection of citizens from the arbitrariness of a state's powers. On the other hand, the preciseness of a criminal statute allows the legislature – and not the judiciary – to decide the exact delimitation of criminally prohibited behavior.

In line with an absolute understanding of the preciseness requirement, any criminal statute in need of judicial clarification would already be indeterminate in itself and therefore unconstitutional⁶³⁸.

However, this would result in an unlimited implementation of the preciseness requirement in criminal statutes, i.e. an unlimited implementation which stand in sharp contrast to the inevitably cautious positions of both the Italian⁶³⁹ and the German⁶⁴⁰ constitutional courts on the issue.

⁶³⁷ C.F. GROSSO, *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in *Criminalia* 2011, 2012, 134; R. RAMPIONI, «*In nome della legge*» (ovvero considerazioni a proposito di interpretazione «creativa»), in *Cass. pen.*, 2004, 316; R. RAMPIONI, *Dalla parte degli «ingenui». Considerazioni in tema di tipicità, offesa e c.d. giurisprudenza creativa*, Padova, 2007, *passim*; R. RAMPIONI, *Il reato quale illecito di modalità e di lesione tipiche: l'impraticabilità di un "equivalente funzionale" al principio di riserva di legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 578 ff. and 586 ff.; C. BERNASCONI, *Alle radici dell'imprevedibilità del diritto giurisprudenziale*, in *Criminalia* 2016, 2017, 200 ff.

⁶³⁸ N. GROSS, *Rückwirkungsverbot und richterliche Tatbestandsauslegung im Strafrecht*, Freiburg, 1969, 116 f.; H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11th ed., Berlin, 1969, 23.

⁶³⁹ F. PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in A. STILE (ed.), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, cit., 25 ff.; ID., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 401.

⁶⁴⁰ KRAHL M., *Die Rechtsprechung des BVerfG und des BGH zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht (Art. 103 Abs. 2 GG)*, Frankfurt a.M., 1986, *passim*; KUHLEN L., *Unbestimmtheit und unbegrenzte Auslegung des Strafrechts?*, in U. MURMANN (ed.), *Recht ohne Regeln? Die Entformalisierung des Strafrechts*, Göttingen, 2011, 24 ff.; ROXIN C., *Der Grundsatz der Gesetzesbestimmtheit im deutschen Strafrecht*, in E. HILGENDORF, G. LIANG (eds.), *Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht. Ein deutsch-chinesischer Vergleich*, Tübingen, 2013, 122 ff.; R.D. HERZBERG, *Wann ist die Strafbarkeit "gesetzlich bestimmt" (Art. 103 Abs. 2 GG)?*, in R.

Furthermore, both Italy and Germany do not recognize a rule of leniency. That means that words of criminal statutes are to be interpreted in accordance with their common sense and not inconsistent with the statutory purpose. That is to say, doubts about a criminal statute's applicability to a given case need not necessarily be resolved in favor of the defendant.

2. Mistake of law as a remedy to the deficiencies of the legality principle?

The contact of the legality principle, as understood as by the Enlightenment, with the reality of the criminal justice system leads to essentially two attitudes of response.

The first is basically of complaint. The criminal legality is jeopardized by a legislator who fails to fulfil agreements, by a conservative and cautious Constitutional Court and, lastly, by judges who encroach upon the political arena more and more frequently. This complaint against the current state of affairs turns into the pressure of getting back to the original and idealized idea of the legality.

The second attitude tries to find a solution to the most obvious injustices.

With regards to adjudicative retroactivity, a reasonable solution seems to be achievable on a – so to speak – subjective basis. This occurred before in Germany through the implementation of the *Vertrauensschutzprinzip* understood in a subjective way⁶⁴¹ and, at a later time, also in Italy through the constitutionalization of the culpability principle under Art. 27 of the Constitution⁶⁴².

HEFENDEHL (ed.), *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus. Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag*, Köln-Berlin-München, 2005, 31 ff.

⁶⁴¹ K.-A. SCHWARZ, *Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip. Eine Analyse des nationalen Rechts, des Gemeinschaftsrechts und der Beziehungen zwischen beiden Rechtskreisen*, Baden-Baden, 2002, 258 ff. e *passim*; A. ARNAULD, *Rechtssicherheit. Perspektivische Annäherungen an eine idée directrice des Rechts*, Tübingen, 2006, 150 ff.; H. MAURER, *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*, in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. IV, cit., § 79, Rn. 17 ff. and 86 ff. See, also, BVerfGE 13, 261 (271) and BVerfGE 45, 142 (167 f.).

⁶⁴² Corte cost., n. 364/1988, in Riv. it. dir. proc. pen., 1988, 686 ff. annotated by D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*; F.C. PALAZZO, *Colpevolezza ed ignorantia legis nel sistema italiano: un binomio in evoluzione*, in *Scritti in memoria di Renato Dell'Andro*, vol. II, Bari, 1994, 680 ff.; G. DE FRANCESCO, *Il principio della personalità della responsabilità penale nel quadro delle scelte di criminalizzazione. Suggestioni teleologiche ed esigenze*

Both principles are closely related to the idea of authorized reliance and, in the final analysis, to the *mens rea* requirement. That is, citizens should not be punished for conducts undertaken in good faith reliance upon authoritative assurance that punishment will not be imposed. That is because the State cannot take the liberty to convict a citizen for acting in a way that it itself has clearly told was authorized⁶⁴³.

Hence, mistake of law seems to be the most suitable judicial tool to protect defendants in those cases where the norm concerning unlawful behavior has changed following a new application of it and the same new norm could not have been reasonably anticipated by the defendant.

By making an indirect reference to the *Vertrauensschutzprinzip* and to the developments that occurred in Germany as regards § 17 StGB⁶⁴⁴, in 1988 the Italian Constitutional Court had declared Art. 5 of the Criminal Code unconstitutional in so far as it does not allow the inevitable ignorance of the law as a defense. The Court stated that ignorance of the law should be considered inevitable whenever the statutory text is characterized by absolute obscurity, in cases in which there is a very chaotic judicial interpretative attitude to the statute and, lastly, in cases where there are a few previous acquittals of the same defendant for equivalent facts⁶⁴⁵.

The main reason is because «the State assures citizens that it will not punish them without informing them in advance about what is and is not prohibited»⁶⁴⁶, and because «to create a legal obligation not to commit an act without any reference to the agent's awareness, to consider the same obligation violated without giving any prominence to the knowledge or ignorance of the criminal law [...] is tantamount to [...] exploiting the human person, making him withdraw from the priority position

politico-criminali nella ricostruzione dei presupposti costituzionali di «riconoscibilità» dell'illecito penale, in Riv. it. dir. proc. pen., 1996, *passim*.

⁶⁴³ G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, cit., 386 ff. e 392; E. LORÉ, *Aspekte des Vertrauensschutzes im Strafrecht*, Frankfurt a.M., 1996, 177 ff.; F. MATTIL, *Zeit und materielles Strafrecht*, in GA, 1965, 129 ff.

⁶⁴⁴ BGH, 18.03.1952 - GStt 2/51. See H.-H. JESCHECK, *L'errore di diritto nel diritto penale tedesco e italiano*, in *Indice pen.*, 1988, 189 ff.

⁶⁴⁵ Corte cost., n. 364/1988, cit., § 27 f.

⁶⁴⁶ Corte cost., n. 364/1988, § 16.

that he occupies and must occupy in the hierarchy of constitutionally protected values»⁶⁴⁷.

All the same, in contrast to the moderate use of the *Vertrauensschutzprinzip* in cases of changes of interpretation by German courts, the “new” Italian constitutionally oriented understanding of the mistake of law doctrine has been, and still remains, mostly only on paper. This is primarily the result of the different understanding of the avoidability requirement under the mistake of law doctrine: while it also has an objective dimension in Germany, in Italy it is more focused (at least in the case law application) on a subjective level⁶⁴⁸.

Therefore, the allocation of the risk brought on by doubts and uncertainties about the criminality of a certain behavior lies in its entirety on the citizen. That is, whenever judges consider that the latter should (but not necessarily could) have at least doubted the even prospective criminalization of his conduct – and the knowledge of the generic contrast of the conduct with society’s rules points in and of itself in that way – the mistake of law defense is set aside.

Thus, individuals should refrain from engaging in a certain conduct if they know it is (or could be) morally problematic, even though they have reason to believe it to be legally permissible on the basis of previous decisions by the Supreme Court on the point.

⁶⁴⁷ *Ivi*, § 25.

⁶⁴⁸ On the one hand, see U. NEUMANN, § 17 *StGB Verbotssirrtum*, in U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN, A.-U. PAEFFGEN (eds.), *Strafgesetzbuch*, cit., Rn. 68. On the other hand, see M. DONINI, *Serendipità e disillusioni della giurisprudenza. Che cosa è rimasto della sentenza C. cost. n. 364/1988 sull’ignorantia legis*, in M.C. FREGNI, R. LAMBERTINI, L. FOFFANI (eds.), *Liber amicorum per Massimo Bione*, Milano, 2011, 187 ff.; M. DONINI, *Personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza. Una “resa dei conti” con la prevenzione generale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2018, 1597 ff.; F. MUCCIARELLI, *Errore e dubbio dopo la sentenza della Corte Costituzionale 364/1988*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1996, 259 ff.; D. TASSINARI, *Note a margine del principio di scusabilità/inevitabilità dell’ignoranza della legge penale a venti anni dalla sua introduzione ad opera della Corte costituzionale*, in G. DE FRANCESCO, C. PIEMONTESE, E. VENAFRO (eds.), *La prova dei fatti psichici*, Torino, 2010, 120 ff.

II. THE “EFFECTUAL” PARADIGM OF THE LEGALITY IN CRIMINAL LAW AND THE JUDGE-MADE LAW AS A LEGALITY’S IMPROVEMENT

A. THE LEGALITY PRINCIPLE IN CRIMINAL LAW AS A CONSTITUTIONAL PRINCIPLE

The principle of legality in criminal law is based on the central role of the individual. It demands a clear commitment to protect individual freedom and liberty. Democracy is one of the ideological bases of the principle, but it has to be balanced with other constitutionally protected values⁶⁴⁹. On the one hand, that means that Parliament still remains the supreme political authority in criminal law, since it is composed of the representatives of the people. The value of democracy and the separation of powers ensure that judges operate only within the rules adopted by the Parliament. On the other hand, this does not rule out judicial interpretation of statutory provisions as a means to improve individual freedom.

As already mentioned, there is little doubt that, if Parliament passes unclear laws, those laws would, in the end, be defined by courts. Therefore, to delegate lawmaking powers in criminal law to courts by writing broadly worded statutes would be contrary to the preciseness requirement laid down by the legality principle⁶⁵⁰.

In this sense, the latter principle helps to preserve the criminalization authority to the Parliament: «[...] vague statutes are de facto delegations of criminalization authority to the courts. Where vagueness exists, courts are left to provide the specificity the legislature has not»⁶⁵¹.

⁶⁴⁹ G. SILVESTRI, *Stato di diritto e principio di legalità costituzionale*, in *Ars interpretandi*, 2011, 96 ff.; S. PAJNO, *Considerazioni sul principio democratico e sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 467 ff.

⁶⁵⁰ See, among others, *Corte cost.*, n. 327/2008, cit., § 4; BVerfGE 75, 329 (340 f.); BVerfGE 126, 170 (193); *United States v. Bass*, 404 U.S. 336, 348 (1971). See, also, *Carter v. Welles-Bowen Realty, Inc.*, 736 F.3d 722.

⁶⁵¹ P.H. ROBINSON, *Fair notice and fair adjudication: two kinds of legality*, in *U. Penn. L. Rev.*, 2005, 365.

Nevertheless, the very same preciseness requirement, just like any other constitutional principle, is not and cannot be in itself absolute⁶⁵².

Greater clarity in statutory wording is without a doubt at least sometimes possible, albeit the “amount” of greater precision is for sure debatable. Furthermore, it is well acknowledged that it is not feasible for the legislature to write statutory provisions that are both detailed and able to keep pace with the host of changing circumstances that occurs in real life.

At the same time, legislation is typically a matter of compromise. It may be unrealistic or impracticable to assume that a collective body such as a parliament is able to agree on a more precise language. To a certain extent, the circumscribed vagueness of the final legislative product stems from the need to find a compromise between conflicting interests⁶⁵³.

Hence, even though it is possible to completely eliminate vague language in criminal law, there are other values that need to be balanced against it. This means that there may be good reasons not to ask for absolute preciseness in criminal statutes, namely *inter alia* justice⁶⁵⁴.

The German Federal Constitutional Court has abandoned the idea of absolute statutory text preciseness. But what are the limits beyond which uncertainty is unconstitutional?

The most recent position of the latter Constitutional Court focuses upon the idea of a dual stage of preciseness.

⁶⁵² Corte cost., n. 24/2017, § 9: «the interpretative activity of the judge must rest on sufficiently detailed statutory provisions». Cf. D. PULITANÒ, *Ragioni della legalità. A proposito di Corte cost. n. 24/2017*, in Riv. trim. dir. pen. cont., 2017, 109 f.

⁶⁵³ See C. BURCHARD, *Strafverfassungsrecht – Vorüberlegungen zu einem Schlüsselbegriff*, in K. Tiedemann *et al.* (eds.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, Baden-Baden, 2016, 26 f.

⁶⁵⁴ W. HASSEMER, W. KARGL, § 1 *Keine Strafe ohne Gesetz*, in U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN, H.-U. PAEFFGEN (eds.), *Strafgesetzbuch*, cit., Rn. 19; A. RÜTHERS, B. FISCHER, T. BIRK, *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, 10th ed., München, 2018, Rn. 185: «kalkulierte Unbestimmtheit».

The first stage, aimed at preserving the democratic aspect of legality, involves the idea that the legislature is required to assume all the essential decisions related to the criminalization of a conduct⁶⁵⁵.

The second one is, on the contrary, oriented towards safeguarding the calculability and accessibility of the criminal law and corresponds to the further - therefore, not alternative - precision to be reached by means of case law⁶⁵⁶.

As for the first aspect, the theory of essentiality (*Wesentlichkeitstheorie* or *Wesentlichkeitslehre*) has been originally conceived in the constitutional area and principally with regard to the relationship between the legislature and the executive⁶⁵⁷. Indeed, if the complete statutory reservation turns out to be unworkable in practice, then the theory of essentiality is the "scaffold" that helps to re-define the relationship between state's powers.

It is only recently that the theory of essentiality has also appeared in criminal matters, as well as - although yet with some diffidence - with regard to the relationship between the legislature and the judiciary. Nonetheless, it is not the purpose of these remarks to inquire whether a court may exceed its authority by creating statutory provisions that disregard the statutory wording, or whether it misuses its authority by giving a meaning to a statute that is contrary to the one aimed at by the legislature. In a few words, the *Wesentlichkeitslehre* can at least serve also in criminal law as a method to re-elaborate the relationship between state's powers⁶⁵⁸.

⁶⁵⁵ BVerfGE 75, 329 (340 f.); BVerfGE 101, 1 (34); BVerfGE 108, 282 (312); BVerfGE 126, 170 (186 ff.); BVerfGE 143, 38 (45 ff.).

⁶⁵⁶ BVerfGE 126, 170 (194 ff.).

⁶⁵⁷ D. HÖMIG, *Grundlagen und Ausgestaltung der Wesentlichkeitslehre*, E. SCHMIDT-ARMANN, D. SELLNER, G. HIRSCH, G.-H. KEMPER, H. LEHMANN-GRUBE (eds.), *Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, Köln, 2003, 273 ff.; P. LERCHE, § 62 *Vorbehalt des Gesetzes und Wesentlichkeitstheorie*, in D. MERTEN, H.-J. PAPIER (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, vol. III, Heidelberg, 2009, *passim*; J. STAUPE, *Parlamentarvorbehalt und Delegationsbefugnis. Zur „Wesentlichkeitstheorie“ und zur Reichweite legislativer Regelungskompetenz, insbesondere im Schulrecht*, Berlin, 1986, *passim* and, particularly, 104 ff.

⁶⁵⁸ C. BURCHARD, *Die strafverfassungsrechtliche Verpflichtung (Art. 103 Abs. 2 GG) des Gesetzgebers, das Wesentliche der Rechtfertigungsgründe selbst zu regeln. Zugleich ein Debattenbeitrag zu Whistleblowing und Investigativjournalismus*, in StV, 2019, 639 ff.

It is against this background that the role of courts has changed. The latter are sometimes called upon to resolve disputes regarding requirements of the law, requirements of the law for which the statutory text does not provide any univocal solution⁶⁵⁹.

Within the statutory text, the preciseness can be improved through interpretation by courts. The German Federal Constitutional Court has opted with the *Untreue* decision for a clear standpoint on this⁶⁶⁰. First, the will of Parliament must be clearly expressed in the statutory text. Second, «courts are required to clear out remaining ambiguities concerning the application of a norm by clarifying and concretizing it by means of interpretation»⁶⁶¹. Moreover, «courts have a special duty to contribute to the recognisability of the requirements of criminal liability»⁶⁶².

While *lex certa* is traditionally addressed only to the legislature, this judgement acknowledges that a further clarification of statute provisions can be the result of a cooperation between – within the respective competencies – the legislature and the highest courts⁶⁶³.

The extension of *lex certa* to case law rests not so much on the separation of powers. It is rather quite the opposite; it is a result perfect in line with the ideological basis of the preciseness requirement in the idea that citizens should be able to foresee the criminal consequences of their behavior⁶⁶⁴. Improving preciseness through case law allows them to better plan their life and ensures a greater freedom.

⁶⁵⁹ KUHLEN L., *Unbestimmtheit und unbegrenzte Auslegung des Strafrechts?*, in U. MURMANN (ed.), *Recht ohne Regeln? Die Entformalisierung des Strafrechts*, Göttingen, 2011, 24 ff.

⁶⁶⁰ BVerfGE 126, 170. See, particularly, NEUMANN U., *Die Rechtsprechung im Kontext des verfassungsrechtlichen Prüfungsprogramms zu Art. 103 Abs. 2 GG (Rückwirkungsverbot, Analogieverbot, Bestimmtheitsgebot). Überlegungen im Anschluss an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum „Präzisionsgebot“ (BVerfGE 126, 170)*, cit., 202 ff.; KUHLEN L., *Gesetzlichkeitsprinzip und Untreue (zugleich eine Besprechung des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 23.6.2010)*, in JR, 2011, 250 ff.

⁶⁶¹ BVerfGE 126, 170 (180 ff.).

⁶⁶² *Ibidem*.

⁶⁶³ See M. HETTINGER, A. ENGLÄNDER, *Täterbelastende Rechtsprechungsänderungen im Strafrecht. Zur Reichweite von Art. 103 Abs. 2 GG*, cit., 152; B. SCHÜNEMANN, *Spirale oder Spiegellei? Vom hermeneutischen zum sprachanalytischen Modell der Rechtsanwendung*, in F. HERZOG (ed.), *Festschrift für Winfried Hassemer*, cit., 243.

⁶⁶⁴ Cf. KUHLEN, *Gesetzlichkeitsprinzip und Untreue*, in JR, 2011, 249, n. 40.

However, if so, the very same citizens must be protected against the subsequent unfavorable changes of this – so to speak – improved preciseness.

If they rely upon a narrow interpretation of a criminal statute, they may be surprised in all those cases in which a later expansive interpretation is applied to criminalize conducts already carried out. In doing so, an unexpected interpretative expansion of the definition of a crime could be regarded as equivalent to a retroactive creation of statutory criminal offences.

B. THE CONSTITUTIVE NATURE OF JUDGES' STATUTORY INTERPRETATION AND THE BINDING AUTHORITY OF SOME PRECEDENTS

The law, generally speaking, runs on two levels: on the one hand, the drafting is in the competence of the legislature; on the other hand, the application is within the competence of the judiciary. Behind these two levels there is a political and constitutional issue, namely that of separation of powers.

Thus, legal interpretation has strong political and constitutional reverberations since it is the bridge linking these two levels⁶⁶⁵. The relationship between legislature and judiciary ultimately depends on how legal interpretation is conceived: by widening or narrowing the scope of the latter, the relationship between the legislature and the judiciary also becomes either wider or narrower⁶⁶⁶.

Moreover, the doubleness of levels reflects on the two – so to speak – antipodes of the interpretation problem. On the one side, there is the linguistic focus, which is the statutory text, i.e. a message provided with authority. For this reason, there is a tendency to reduce the rooms of freedom of the interpreter. On the other side, the focus on the protection of social interests encourages the interpreter – and the judge in particular – to invoke greater freedom from the statutory text⁶⁶⁷.

⁶⁶⁵ F. SCHAUER, *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, cit., 190 ff.; G. INSOLERA, *Oltre il giardino*, in *Indice pen.*, 2018, 2 ff.

⁶⁶⁶ M. DONINI, *Interpretazione delle legge (Dei delitti e delle pene, § IV)*, cit., 254 f.

⁶⁶⁷ G. DE FRANCESCO, *Ermeneutica e legalismo nella stretta delle ideologie*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1405 ff.

At the present time, the prevailing understanding of the nature of the interpretation in criminal law is an intermediate idea between the perspectives of the merely cognitive and the totally creative doctrines⁶⁶⁸. That is to say, notwithstanding the fact that the interpretative process almost always moves from the statutory wording, the very same words of the statute often do not provide a clear answer to a specific question of law. In order to be applied, statutes need to be interpreted and thus it is not possible to deny the existence of a creative element throughout the interpretative process, particularly in truly difficult interpretative issues. In other words, the interpretative process moves between the unavoidable guidance provided by the legal text and the creative element inherent in the interpretative process⁶⁶⁹.

Even when a certain legislative text appears to be clear at first, its application to a case may become unclear. This is not because the text may be semantically ambiguous. Even if it were possible to conceive a legal prescription that is perfectly clear and that allows no readings other than that wanted by the legislature, a need for interpretation might arise after all because of the change of the context in which the very same statute operates. The meaning of words may change over time. Thus, «words that seem precise, and words that are precise for most applications, will become imprecise in the context of some particular new applications»⁶⁷⁰. Even with the most precisely crafted criminal statute, one cannot foresee and semantically resolve all the disputes that arise under the law.

In sum, the legal rule applied to the concrete case is also the result of the interpretation, in the sense that the former does not have an ideal pre-existence

⁶⁶⁸ C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Milano, 1990, 118 ff.; P. COMANDUCCI, *L'interpretazione delle norme giuridiche La problematica attuale*, in M. BESSONE (ed.), *Interpretazione e diritto giurisprudenziale*, vol. I, Torino, 1999, 15 ff.; M. TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2001, 11 ff.

⁶⁶⁹ F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in M. VOGLIOTTI (ed.), *Il tramonto della modernità giuridica*, cit., 261 ff.; D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2015, 34 ff.; G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2001, 354 ff.; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., 159 ff.; A. CAVALIERE, *Radici e prospettive del principio di legalità. Per una critica del "diritto penale vivente" interno ed europeo*, cit., 664 ff.

⁶⁷⁰ F. SCHAUER, *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, cit., 162.

entirely enclosed in the statutory text⁶⁷¹. Thus, the interpretation of criminal statutes can be considered a dialogue between the judge and the statutory text and this dialogue rests on a host of factors beyond the “mechanical” method of interpretation.

The wording of the statute is the essential but not unique interpretative argument⁶⁷². Essential because the legislature can only enact a statute through a set of words. Thus, the argument for taking the text as preeminent is, in the end, the argument for democracy. Not unique because the interpretation moves from the text and normally comes back to the text, but meanwhile by using additional interpretative arguments lets the interpreter go beyond the text⁶⁷³.

Once the cognitive theory of interpretation has proven to be outdated, the idea of the «one right answer» to any interpretative issue is also no longer accepted. Each legal provision opens to a plurality of hypothetical interpretations⁶⁷⁴.

At the same time, the entire judicial decision-making system needs to have, at least temporarily, a single answer to each interpretative issue⁶⁷⁵. Because the wording and

⁶⁷¹ U. NEUMANN, *Rechtsanwendung, Methodik und Rechtstheorie*, in M. SENN, B. FRITSCHI (eds.), *Rechtswissenschaft und Hermeneutik*, cit., 87 ff.; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, cit., 396 f.; M. DONINI, *Teoria del reato*, in Dig. disc. pen., XIV, Torino, 1999, 260 ff.

⁶⁷² H. KUDLICH, § 3 *Die Auslegung von Strafgesetzen*, in E. HILGENDORF, H. KUDLICH, B. VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, vol. I, Heidelberg, 2019, Rn. 5 ff.; W. HASSEMER, W. KARGL, § 1 *Keine Strafe ohne Gesetz*, in U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN, H.-U. PAEFFGEN (eds.), *Strafgesetzbuch*, cit., Rn. 106 ff. e 113 ff.

⁶⁷³ K. ENGLISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg, 1963, 15: «Hin- und Herwandern des Blickes»; ARTH. KAUFMANN, *Die Geschichtlichkeit des Rechts im Licht der Hermeneutik*, in ARTH. KAUFFMANN, *Beiträge zur juristischen Hermeneutik. Sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen*, Köln, 1984, 25 and 51; ARTH. KAUFMANN, *Analogie und "Natur der Sache". Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, Karlsruhe, 1965, 32: «[...] ein Hand in Hand genesenes Hinübertasten vom Bereich des Seins in den Bereich des Sollens und vom Bereich des Sollens in den Bereich des Seins ein Widererkennen der Norm im Sachverhalt und des Sachverhalts in der Norm»; W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln, 1968, 101 ff. and 107: «Strafrechtliche Auslegung vollzieht sich also [...] nicht wie ein Kreis, sondern eher wie eine Spirale».

⁶⁷⁴ R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, cit., 397.

⁶⁷⁵ U. NEUMANN, *Wahrheit im Recht. Zu Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, Baden-Baden, 2004, 37 ff.; U. NEUMANN, *Legitimationsprobleme bei Rechtsprechungsänderungen*, in P.A. ALBRECHT et al. (eds.), *Winfried Hassemer zum 60. Geburtstag. KritV Sonderheft*, Baden-Baden, 2000, 156 ff.

the context of statutes defining criminal behavior may produce conflicting readings, an authoritative resolution of the conflict is required.

In this sense, the effectiveness of a precedent is not only obtained through its correctness, but also by establishing a binding authority of at least decisions made by courts of last resort. In other words, judges are entrusted to follow a previous decision not because the reasoning persuaded them, but because of the particular decision's status as one of a higher court.

Through the newly enacted Art. 618, para. 1-*bis*, of the Italian Criminal Procedure Code a binding referral to the Supreme Court's Joint Divisions has been introduced for whenever a Supreme Court's Division wants to challenge a previous "principle of law" by the same Joint Divisions⁶⁷⁶.

Up until the enactment of this reform, each Supreme Court's Division was allowed to overrule a precedent by the Joint Divisions. They were able to do this regardless of the fact that the latter precedent was delivered to solve a conflict of interpretations within the same or between two Supreme Court's Divisions⁶⁷⁷. It may be said that, for a long time, the Italian Supreme Court did not feel the responsibility for consistency in its case law⁶⁷⁸.

The main argument on which this position was based is that under Art. 101, para. 2, of the Italian Constitution «judges are subject only to statutes». Thus, any attempt to give prior decisions more than persuasive authority would result in a violation of the Constitution⁶⁷⁹. If we rigorously took this line of reasoning, we would end up having as many Supreme Courts as the number of Supreme Court's Divisions, if not the even higher number of division's compositions.

However, judges' independence and their subjection only to statutes can also be understood as an external independence of the Supreme Court as a single institution. Only in this second perspective is it possible to think of a precedent as having a vertical authority within the Supreme Court, namely from the Joint Divisions to the

⁶⁷⁶ L. n. 103/2017.

⁶⁷⁷ A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., *passim*.

⁶⁷⁸ M. TARUFFO, *Introduzione*, in ID., *Il vertice ambiguo*, cit., 17.

⁶⁷⁹ See R. GUASTINI, *Commento all'art. 101 Cost.*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (eds.), *Commentario della Costituzione*, vol. I, Bologna-Roma, 140 ff.

several Divisions. In general, this means that the latter are expected to comply with previous rulings by the Supreme Court's Joint Criminal Divisions⁶⁸⁰.

The new referral mechanism under Art. 618, para. 1-*bis*, of the Italian Criminal Procedure Code has been drafted with the German *Vorlagepflicht* under § 132 GVG as a point of reference⁶⁸¹.

Both are not vertical precedent in a strict sense, but they perform as if they were vertical precedent. As a matter of fact, within the German and the Italian supreme courts the decisions by the *Größer Senat für Strafsachen* and the *Sezioni unite penali* are capable of steering the case law of the very same supreme courts.

More precisely, the compulsory referral mechanism from a Division to the Joint Divisions in case the former wishes to depart from a "principle of law" stated by the latter works as a functional equivalent to attaching a vertical binding authority to the decisions made by the Joint Divisions.

The practical achievements of the new referral mechanism will depend to a large extent on its proper and well-balanced use over time. Indeed, in the long term both a profusion of referrals and a noncompliance with it will turn out to limit its effectiveness in ensuring the coherence of the Supreme Court's case law⁶⁸².

⁶⁸⁰ M. TARUFFO, *La giurisprudenza tra casistica e uniformità*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2014, 37 ff.; F. SCHAUER, *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, cit., 190 ff.

⁶⁸¹ L. KÄHLER, *Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung*, cit., 292 ff.; E.-W. HANACK, *Der Ausgleich divergierender Entscheidungen in der oberen Gerichtsbarkeit. Eine prozessrechtliche Studie insbesondere zur Vorlegungspflicht und der Rechtsmittelzulässigkeit wegen Abweichung*, Hamburg, 1962, *passim* and 243 ff.; I. AMBERG, *Divergierende höchstrichterliche Rechtsprechung*, Berlin, 1998, *passim*; H. MAYER, *Gerichtsverfassungsgesetz. Kommentar*, München, 2019, § 132, 940 ff.; H. LILIE, *Obiter dictum und Divergenzausgleich in Strafsachen. Ein Spannungsfeld zwischen Revisionsrecht und Gerichtsverfassungsrecht*, Köln, 1993, 35 ff., 185 ff. and 207 ff.

⁶⁸² F. PALAZZO, *Legalità tra law in the books e law in action*, in A. CADOPPI (ed.), *Cassazione e legalità penale*, cit., 74 f.; G. FIDELBO, *Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l'esperienza della Cassazione penale*, in Quest. giust., 2018, 140 and 144.

C. THE OVERRULING OF A PRIOR STATUTE'S JUDICIAL INTERPRETATION AND THE ABILITY TO RELY ON THE LAW

1. *The notion of reasonable foreseeability under Art. 7 ECHR and the 'thin ice' principle*

The overruling of a prior judicial interpretation of a statute reflects the need for evolution existing (also) in criminal law. Unconditional adherence to precedents may sometimes prove undesirable. To a certain extent, judges must be given the capability to overrule in order to overcome decisions that sometime after their ruling no longer appear to be correct or that no longer comply with social changes that occurred in the meantime⁶⁸³.

The idea of the physiological nature of diachronic case law changes is plainly part of the background of jurists and courts of the so-called common law systems⁶⁸⁴. But even in the European continental legal systems, the ability to overrule assures the ability to adapt case law to society's developments⁶⁸⁵.

This very same ability to overrule proves to be more problematic whenever citizens have no protection against the new legal consequences.

In this regard, the European Court of Human Rights tends to rule out the retroactive application of a new case law that is not reasonably foreseeable⁶⁸⁶.

Legality in the context of the European Convention on Human Rights basically rests on two premises.

⁶⁸³ P.H. DUNN, *How Judges Overrule: Speech Act Theory and the Doctrine of Stare Decisis*, in *Yale Law Journal*, 2003, 503 and 530 f.; O.W. HOLMES, *The Path of the Law*, in *ID.*, *Collected Legal Papers*, New York, 1920, 187.

⁶⁸⁴ With the words of the United States Supreme Court in the famous case *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 854 (1992): «[t]he obligation to follow precedents begins with necessity, and a contrary necessity marks its outer limits».

⁶⁸⁵ L. KÄHLER, *Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung*, cit., 80 ff.; M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit., 29 f.; A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., 292.

⁶⁸⁶ ECtHR, *Cantoni v. France*, cit., § 29; ECtHR, *Kafkaris v. Cyprus*, cit., § 140; ECtHR, *Del Río Prada v. Spain*, cit., § 79; ECtHR, *Contrada c. Italie*, cit., §§ 64 ff.; ECtHR, *Navalnyy v. Russia*, cit., §§ 54 ff.

First, the concept of «law» encompasses statutory law, as well as judge-made law⁶⁸⁷. There are at least three reasons for such a position. First, Article 7 of the ECHR does not provide for rules on the sources of criminal law beyond those of the national systems. More to the point, the allocation of criminal lawmaking powers is and has always been under the exclusive competence of national constitutions or national legal systems. Second, the comprehensive appreciation of the overall criminal legal framework for the purposes of deciding whether or not Art. 7 ECHR has been infringed enables the Court to reach the result of a greater effectiveness of the conventional guarantee. What is taken into consideration is the system in its entirety, as opposed to the individual subject. Hence, the effects of the activity of all the State powers are taken into account. Third, the choice to encompass in the concept of "law" also the judge-made law is a consequence of the necessity to also extend the (or not to exclude from the) guarantee of Art. 7 ECHR to those systems which, like the British one, at least until a rather recent past, were based predominantly on a non-statutory legal framework in criminal law⁶⁸⁸.

The second premise underlying Strasbourg's case law on legality consists of the two requirements that are used to review the quality of the national law. Thus, on the one hand, the law must be sufficiently accessible and, on the other hand, its application and consequences have to be reasonably foreseeable⁶⁸⁹.

⁶⁸⁷ ECtHR, *Sunday Times v. The United Kingdom* (n. 1), cit., § 47. V. ZAGREBELSKY, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (eds.), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., 74 ff. and 88 ff.; O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in M. BERTOLINO, L. EUSEBI, G. FORTI (eds.), *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, cit., 2249 ff.;

⁶⁸⁸ K. AMBOS, *Artikel 7 EMRK, Common law und die Mauerschützen*, in *KritV*, 2003, 31 ff.; MANES, "Common law-isation del diritto penale"? *Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, cit., 962 f.; M. SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ (eds.), *Europa e diritto penale*, Milano, 2013, 218 ff.

⁶⁸⁹ Since ECtHR, *S.W. v. The United Kingdom*, cit., § 35. See V. MANES, *Art. 7/1*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (eds.), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, 274 ff.; J. RENZIKOWSKY, *Art. 7 EMRK*, in K. VON WOLFRAM (ed.), *Internationaler Kommentar zur Europäischen Konvention der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, Köln, 2009, *passim*

Insofar as the first of the two requirements tends to be satisfied by the publication of the relevant regulatory sources, the Court focuses in most cases its analysis on the second requirement⁶⁹⁰.

Hence, the most prominent requirement of the ECHR's legality is foreseeability. The idea underlying the latter is that «[it] is a logical consequence of the principle that laws must be of general application that the wording of statutes is not always precise»⁶⁹¹. Thus, the requirement that statutes must be clear should be balanced against the requirement that the very same statutes should be general. Accordingly, «many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice [...]»⁶⁹². Besides, «[h]owever clearly drafted a legal provision may be, in any system of law, including criminal law, there is an inevitable element of judicial interpretation»⁶⁹³.

Even when national legislation is ambiguous, the Strasbourg court does not rule it to be contrary to the demand of lawfulness as long as there is a consistent case law that helps to clarify doubtful points.

For the purpose at hand, primary attention will be given to the foreseeability requirement with respect to case law.

In its turn, the latter is articulated into two parameters⁶⁹⁴.

First, as for the so-called *mala in se*, the foreseeability requirement is mainly considered satisfied even though there has been a change in the concerned case law. In such cases, the case law change reflects only transformations occurring in the society to which the person who carried out the act belongs. In a word, the logical sequence is as follows: since the subject is part of the community, he could reasonably

⁶⁹⁰ ECtHR, *G. c. France*, cit., § 25; ECtHR, *Custers, Deveaux and Turk v. Denmark*, cit., § 82 f.; ECtHR, *Korbely v. Hungary*, cit., § 75.

⁶⁹¹ ECtHR, *Del Río Prada v. Spain*, cit., § 92; ECtHR, *Kokkinakis v. Greece*, cit., § 40; ECtHR, *Kafkaris v. Cyprus*, cit., § 141.

⁶⁹² *Ibidem*.

⁶⁹³ *Ibidem*.

⁶⁹⁴ G. LAUTENBACH, *The Concept of the Rule of Law and the European Courts of Human Rights*, Oxford, 2013, 90 ff.; H. SATZGER, *Art. 7 EMRK*, in H. SATZGER, W. SCHLUCKBIER, G. WIDMAIER (eds.), *Strafprozessordnung*, cit., Rn. 15.

be aware of the new social environment and, therefore, envisage that the criminal law appreciation of his behavior might also change.

On the contrary, as for the so-called *mala quia prohibita*, the assessment of the reasonable foreseeability of the changes in case law is normally more rigorous.

The parameter for assessing the reasonable foreseeability depends not only upon the issue, but also upon the addressees of the legislation⁶⁹⁵.

The two categories identified by the Court are, on the one hand, non-professionals and, on the other hand, professionals. The latter are those who carry out a professional activity that is the direct target of the legislation the unforeseeability of which is being complained of.

Not only are professionals required to turn to legal counsel, but they are also required to pay special attention («special care») when consulting the regulatory framework in order to know the lawfulness or not of a specific conduct⁶⁹⁶.

As for the common people, instead, the criteria to evaluate the foreseeability is not that of the special care, but rather that of common sense: «as a matter of common sense, the applicants must have been able to foresee the consequences under the criminal law of pursuing such illegal activities [...]»⁶⁹⁷.

However, what may not often have been noted is that the common sense criteria ends up admitting the foreseeability of unfavorable overruling any time these reflect the result of a disvalue that has, in the meantime, arisen in society, ultimately allowing a genuine retroactive application of the new unfavorable legal framework⁶⁹⁸.

Hence, what emerges sharply from the Strasbourg case law on the foreseeability requirement is that the foreseeability of the new criminal effects of the behavior due

⁶⁹⁵ ECtHR, *Varvara v. Italie*, cit., § 56; ECtHR, *Pessino c. France*, cit., § 33; ECtHR, *Affaire K.A. e A.D. c. Belgique*, cit., § 53.

⁶⁹⁶ ECtHR, *Cantoni v. France*, cit., § 35.

⁶⁹⁷ ECtHR, *Kuolelis, Bartosevicius and Burokevicius v. Lithuania*, cit., § 112; ECtHR, *C.R. v. The United Kingdom*, cit., §§ 40 ff.

⁶⁹⁸ See H.G. SCHERMERS, *General Course on the European Convention on Human Rights*, in AA.VV., *Collected courses of the Academy of European Law*, vol. VII, tomo 2, The Hague, 1996, 1 ff. and 38; V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., 98 ff., 143 ff. and 151.

to social change poses major concerns in terms of legality⁶⁹⁹. It becomes clear that this is a way of favoring the demand for substantive justice, ultimately nullifying the needs of the objective certainty in criminal law.

The social foreseeability of the immorality of a given behavior does not imply the foreseeability of the new (and unfavorable) criminal consequences attached to such behavior.

The most notable, but by no means only, example of this tendency are the marital rape immunity cases. In the latter, the Strasbourg Court has endorsed a radical reversal of the previous (common) law for the sake of social and moral concerns⁷⁰⁰.

Moreover, the two introductory cases on the crime of accessing a computer without authorization and on the crime of production of child pornography clearly highlight this shortcoming.

That both conducts are socially reproachable is not questioned. Using log-in credentials to access a database, especially if it contains confidential data, for purposes that are personal rather than of duty, is morally and socially questionable. The very same applies, *a fortiori*, to the production of child pornography for personal use.

With regard to both changes of interpretation boosted by the Joint Divisions' second rulings, the issue of the not reasonable foreseeability - and, therefore, of the potential violation of Art. 7 ECHR - of the unfavorable consequences determined by these same judgements has been filed.

Nonetheless, the defense's arguments about the violation of the legality principle under Article 7 ECHR have been dismissed by the Supreme Court. The latter has stated that the new interpretations were not to be considered unforeseeable⁷⁰¹.

⁶⁹⁹ For a different opinion, see F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità "costituzionale" vs. legalità "convenzionale"?*, cit., 27; F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in C.E. Paliero et al. (eds.), *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Napoli, 2016, 213 ff.

⁷⁰⁰ B. JURATOWITCH, *Retroactivity and the Common Law*, Portland, 2008, 127 ff.; C. OSBORNE, *Does the End Justify the Means? Retrospectivity, Article 7, and the Marital Rape Exemption*, in EHRLR, 1996, 416 ff.

⁷⁰¹ Cass., Sect. V, n. 47510/2018, § 2.

In particular, the reasoning of the Joint Divisions in the child pornography case is remarkable: «the problem of overruling *in malam partem* does not come into play, however, since the risk of dissemination of the material produced using minors is now generalized [...] with the consequence that the exclusion of this risk as a precondition for the existence of the crime does not in practice lead to an enlargement of the scope of application of the criminal law, as the social and technological scenario of reference has undergone a complete change [...]»⁷⁰².

The underlying idea of both cases and, in a broader sense, of the same foreseeability requirement pursuant to Art. 7 ECHR draws on that of the ‘thin ice’ principle, and that is: «those who skate on thin ice can hardly expect to find a sign which will denote the precise spot where [they] will fall in»⁷⁰³.

Thus, the point at which the state imposes its most rigorous sanctions and therefore the point at which the need for certainty and reliability is greatest is where the criminal law seems to depart from the constraints of legality to shift towards a risk-based approach⁷⁰⁴.

From a moral and social standpoint, the ‘thin ice’ principle – insofar as it opens up (within certain limits) to the punishment of a certain conduct that was not clearly criminal until the overruling decision, but that was already deemed to be socially reproachable – does not impose such a great sacrifice on justice as the principle of non-retroactivity⁷⁰⁵.

⁷⁰² Cass., Sez. un., n. 51815/ 2018, § 4.2.

⁷⁰³ Lord Morris in *Kneller v. DPP* [1973] AC 463. The ‘thin ice’ principle had been similarly formulated by Lord Simon of Glaisdale in the very same case: «those who choose [...] to sail as close as possible to the wind inevitably run some risk» (*ivi*, 488). A.T.H. SMITH, *Judicial Law Making in the Criminal Law*, in *Law. Quart. Rev.*, 1984, 75 f.; K. AMBOS, *Artikel 7 EMRK, Common law und die Mauerschützen*, cit., 34 and 36.

⁷⁰⁴ V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., 146 and 151 ff.; F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell’illegalità penale*, Bologna, 1990, *passim*; F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto e efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1193 ff.; M. FAURE, M. GOODWIN, F. WEBER, *The Regulator’s dilemma: caught between the need for flexibility & the demands of foreseeability. Reassessing the Lex certa Principle*, in *Alb. L.J. Sci. & Tech.*, 2014, 309 ff., 340 ff. and 362 ff.

⁷⁰⁵ C.C. MURPHY, *The Principle of Legality in Criminal Law under the European Convention on Human Rights*, in *EHRLR*, 2010, 192 ff.

From a political standpoint, the 'thin ice' principle echoes back to the idea of a negative liberty⁷⁰⁶. Citizens can only do what is undoubtedly lawful. But their liberty, in this sense negative, is impaired – rather, one may reasonably argue that it ends, because an uncertain liberty is very poorly free - in the moment in which they are about to leave this (remarkably narrower) 'safe zone'.

After all, reasonable foreseeability ends up being not so much a concretization of the prohibition of retroactivity but rather a limitation of it.

Even the criminalization of behavior by means of a new statutory offence may prove to be reasonably foreseeable long before the new law enters into force. Actually, it will normally be far more foreseeable than a case-law change. Here, it is enough to mention the law-making process - with its usual length and media coverage -, the political debate, as well as the period of *vacatio legis*. Notwithstanding this well beyond reasonable foreseeability, the prohibition of retroactivity prevents the punishment of a conduct undertaken prior to the official entry into force of the new statutory offence.

2. *A limited prohibition of retroactivity in criminal adjudication*

Addressing the problem of unfavorable overruling on a subjective perspective, as reflected in the prevailing and current assessment of the foreseeability requirement under Art. 7 ECHR, fulfills, only to some extent, the values underlying the constitutional principle of legality.

As has been pointed out, if citizens come to depend upon a narrow interpretation of a criminal statute, they may be surprised if a later and extensive interpretation is applied to criminalize some of their previous lawful acts.

It is quite clear that the matter is no longer one of separation of powers. Legality as accessibility of the criminal law in a certain way assumes that this distribution of powers has already been made beforehand.

⁷⁰⁶ A. ASHWORTH, J. HORDER, *Principles of Criminal Law*, Oxford, 2016, 62.

From the relationship between the legislature and the judiciary, we move towards the relationship between public authorities (state) and the individual⁷⁰⁷. In addition, it is precisely the latter relationship, without a doubt historically conditioned by the political and social background, which affects the extent to which the accessibility of the criminal law is guaranteed.

At the very moment in which it is acknowledged that greater preciseness in the definition of crimes may be achieved by means of the case law of courts of last resort, it is a logical consequence to extend the constitutional prohibition of retroactivity to the latter as well⁷⁰⁸.

The political and constitutional rationales of such an extension are essentially twofold.

In the first place, the non-retroactivity principle protects the individual in the face of the powers of all state authorities. At the moment in which the state, as a set of all the powers, ensures to the individual a specific criminal legal framework, the principle of non-retroactivity prevents the latter from being retrospectively altered in unfavorable terms. To put it simply, this rules out the possibility that formerly criminally irrelevant conduct might be retroactively criminalized.

A relevant part of the dignity of citizens as they confront the state's power is their ability to effectively assert that they are immune from criminal responsibility for acts they could not have known were or would be in the future condemned by political authority. The concerned individual is not so much *Tizio* or *Mevia*, but rather each and every potential addressee by the criminal provision⁷⁰⁹.

Therefore, fair notice is the primary rationale behind the prohibition of retroactive application of judicial interpretation. It prohibits «the retroactive application of a new

⁷⁰⁷ U. NEUMANN, *Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte?*, in ZStW, 1991, 348 ff.

⁷⁰⁸ U. NEUMANN, *Die Rechtsprechung im Kontext des verfassungsrechtlichen Prüfungsprogramms zu Art. 103 Abs. 2 GG (Rückwirkungsverbot, Analogieverbot, Bestimmtheitsgebot)*, in C. FAHL, E. MÜLLER, H. SATZGER, S. SWOBODA (eds.), *Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe. Festschrift für Werner Beulke*, cit., 199; J.-M. SILVA SÁNCHEZ, *Sullo stato del principio di legalità penale*, in A.M. STILE, S. MANACORDA, V. MONGILLO (eds.), *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, Napoli, 2015, 185 f. and 188.

⁷⁰⁹ V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., 151.

decision overruling the earlier precedent and subjecting the previously lawful conduct to criminal sanction»⁷¹⁰.

As such, legality as accessibility of the criminal law is very much similar to the German understanding of the *Vertrauensschutzprinzip* in an objective way⁷¹¹, as well as to the United States' understanding of the fair warning under the Dual Process Clause⁷¹².

As for the former, the *Vertrauensschutzprinzip*, when understood in an objective way, means that there is no need to verify whether the individual – again, *Tizio* or *Mevia* - actually relied on the knowledge of the previous case law, but rather that it is assumed that any overruling decision was under no circumstance accessible by the individual before it happened⁷¹³. By accepting a role of courts of last resort in the clarification of uncertain criminal provisions – provisions nevertheless in line with the *lex certa* requirement and the *Wesentlichkeitslehre* – it overcomes the claim that the mistake of the person is due to the misinterpretation of the legislative text, a legislative text that already existed prior to the overruling decision⁷¹⁴.

To be more precise, in the face of the same legislative text, which opens up a number of interpretative possibilities, if the jurisprudence first favors a specification of the same text in terms of lawfulness of a conduct, and later maintains that such a clarification has to change its content, so as to include among the unlawful behaviors also those which, on the basis of the previous clarification, were not, it cannot be

⁷¹⁰ P.H. ROBINSON, *Fair notice and fair adjudication: two kinds of legality*, cit., 350.

⁷¹¹ E. LORÉ, *Aspekte des Vertrauensschutzes im Strafrecht*, cit., 76 ff., 108 ff., 218 ff. and 313 ff.; U. NEUMANN, *Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte?*, in ZStW, 1991, 348 ff.

⁷¹² P.H. ROBINSON, *Fair notice and fair adjudication: two kinds of legality*, in U. Penn. L. Rev., 2005, 350 ff.; T.W. MORRISON, *Fair Warning and the Retroactive Judicial Expansion of Federal Criminal Statutes*, cit., 457 ff.; M.S. MOORE, *Act and Crime: The Philosophy of Action and Its Implications for Criminal Law*, cit., 240 f.

⁷¹³ U. NEUMANN, *Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte?*, in ZStW, 1991, 348 ff.

⁷¹⁴ U. NEUMANN, § 17 StGB *Verbotsirrtum*, in U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN, A.-U. PAEFFGEN (eds.), *Strafgesetzbuch*, cit., Rn. 68; A. LEITE, *Grund und Grenzen eines Rückwirkungsverbots bei täterbelastenden Rechtsprechungsänderungen im Strafrecht*, cit., 227 ff.

argued that the person would have been able to know this second clarification if he had - so to speak - properly understood the legislative text⁷¹⁵.

In this respect, the *Präziserungsgebot* and the *Vertrauensschutzprinzip*, understood in an objective way, have the same political and constitutional rationale and the very same theoretical basis⁷¹⁶. In short, they are and fall together.

As for the second, the fair warning requirement under the Dual Process Clause, it «bars courts from applying a novel construction of a criminal statute to conduct that neither the statute nor any prior judicial decision has fairly disclosed to be within its scope»⁷¹⁷.

The fair warning requirement is implemented mainly through two techniques.

First, by stating that the new precedent will be effective on a later date, i.e. that it will only be applied to the facts that arose after the case law change through the well-known technique of prospective overruling. The latter allows courts the ability to make needed changes without visiting undue hardship on those who have depended on the existing rule.

Second, by resorting to the defense of the mistake of law, although declined in an objective way and, therefore, without verifying the reliance with respect to the individual subject. Thus, «this type of mistake of law is presumed from the mere fact of the existence of a relevant precedent. It is not necessary for the defense to prove that the accused had actual knowledge of the precedent and relied on it»⁷¹⁸, and also «[c]ourts never seem to ask in stare decisis cases whether the defendant actually had

⁷¹⁵ U. NEUMANN, § 17 *StGB Verbotssirrtum*, in U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN, A.-U. PAEFFGEN (eds.), *Strafgesetzbuch*, cit., Rn. 68 ff.; E. LORÉ, *Aspekte des Vertrauensschutzes im Strafrecht*, cit., 69 ff., 108 ff. and 121; C. LÖW, *Die Erkundigungspflicht beim Verbotssirrtum nach § 17 StGB*, cit., 208 ff.

⁷¹⁶ L. KUHLEN, *Gesetzlichkeitsprinzip und Untreue*, cit., 250; nonché L. KUHLEN, *Das Gesetzlichkeitsprinzip in der deutschen Praxis*, in E. HILGENDORF (ed.), *Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht*, cit., 62.

⁷¹⁷ *United States v. Lanier*, 520 U.S. 266 (1997); *Bouie v. City of Columbia*, 378 U.S. 347, 351 (1964). See T.W. MORRISON, *Fair Warning and the Retroactive Judicial Expansion of Federal Criminal Statutes*, in *South. Cal. L. R.*, 2001, 455 s. and 469.

⁷¹⁸ S. POMORSKI, *American Common law and the Principle Nullum Crimen Sine Lege*, Berlin-Boston, 1975, 188 f.

read or heard of the precedent and did in fact rely on it. The chance that he did seems to be enough»⁷¹⁹.

In the second place, the extension of the non-retroactivity principle to overruling decisions is equally grounded in the orientation function of criminal provisions. It is certainly true that the knowledge of when sanctions deter (and to what levels of severity prevention can be effected) is often lacking. Notwithstanding, if it is not clear what conduct is and is not permissible, there is little hope that the criminal law can influence people's conduct. So, one purpose of the fair warning to the community is to ensure opportunities for citizens to avoid criminal penalties by adapting their conduct to the law's requirements.

Moreover, «the compliance rationale extends to the reverse situation as well[, namely] avoiding a deterrent effect on lawful conducts»⁷²⁰. Indeed, a person may refrain from engaging in such a conduct if the very same person assume that this conduct may become prohibited in the future. Ultimately, the liberty to do all those acts that are not prohibited would be undermined.

However, if this is the case and if the (further) clarifying character of at least some decisions by supreme courts is acknowledged, then the new classification in unfavorable terms of the conduct cannot be applied retroactively, i.e. in relation to cases which have been carried out before the new rule was established.

The turning point seems to be the newly enacted procedure to promote a change in the Supreme Court's case law, namely the obligation to refer as provided for under Art. 618, para. 1-*bis*, of the Italian Criminal Procedure Code.

The sole decisions of the Supreme Court's Joint Divisions can, at the present time, really perform a function of orientation of the individual's behavior⁷²¹. Through these judgements, "principles of law" are set out to be used in future cases as well. These rulings end up becoming the outward standpoint of the judicial criminal system towards the community. A standpoint in respect of which citizens are required,

⁷¹⁹ W.R. LAFAYE, A.W. SCOTT, *Handbook of Criminal Law*, St. Paul (Minn.), 1972, 89, n. 97.

⁷²⁰ See, P.H. ROBINSON, *Fair notice and fair adjudication: two kinds of legality*, cit., 365.

⁷²¹ M. DONINI, *Le garanzie istituzionali della legalità penale e un «nuovo» ruolo della Corte di cassazione: a fianco o al posto del vecchio?*, in Cass. pen., 2002, 1177 ff.; G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in Cass. pen., 2005, 1737 ff.

whether willingly or not, to conform their conduct in order to avoid unwanted criminal consequences⁷²².

This is why it seems unreasonable and arbitrary to admit that, after the facts, this criminal legal framework, as outlined and against which the citizen has conformed his own conduct, may be changed in unfavorable terms with regard to the past⁷²³.

In such a system in which decisions by the Joint Divisions produce some effects on future decisions by guiding their interpretative dynamics, citizens are entitled (at least) to rely on the latter decisions as a means by which statutory provisions are clarified⁷²⁴.

Against this background, the prohibition of retroactive overruling *in malam partem*, overruling which are carried out within the Italian Supreme Court's Joint Divisions, is already enshrined in the combined reading of Art. 25, para. 2, of the Italian Constitution and Art. 2, para. 1, of the Italian Criminal Code⁷²⁵.

⁷²² U. NEUMANN, *Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte?*, cit., 340.

⁷²³ G. FORNASARI, *Un altro passo avanti nella "riscrittura" della legalità? Appunti sulla sentenza Contrada*, in A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO *et al.* (eds.), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, cit., 459; R. BARTOLI, *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, cit., 1796; R. BARTOLI, *Legalità europea versus legalità nazionale? Un tentativo di possibile integrazione*, in C.E. PALIERO *et al.* (eds.), *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, cit., 297; M. DONINI, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, cit., 84 and 114.

⁷²⁴ M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., 107 and 110.

⁷²⁵ Art. 2, para. 1, of the Italian Criminal Code: «No one may be punished for an act which, pursuant to the statutory law in force at the time when it was committed, did not amount to a criminal offence». See V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, cit., 25 and n. 104; G. FORNASARI, *Un altro passo avanti nella "riscrittura" della legalità? Appunti sulla sentenza Contrada*, in A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO *et al.* (eds.), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, cit., 459; R. BARTOLI, *Legalità europea versus legalità nazionale? Un tentativo di possibile integrazione*, in C.E. PALIERO *et al.* (eds.), *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, cit., 297; M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., 107 and 110 n. 59. *Contra*, F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, cit., 1066; A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., 321; G. GRASSO, *Politiche penali e ruolo della giurisprudenza*, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G.L. GATTA (eds.), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018, 65.

This is not due to the fact that statutes and case law are equivalent or comparable sources of criminal law⁷²⁶, but because the vertically binding clarification (for the future) of a new criminal treatment of a class of conduct cannot undermine the objective, impersonal reliance potentially placed by each citizen in the prior legal qualification of the conduct.

This (limited) prohibition of adjudicative retroactivity in criminal law helps foster an up-to-date relationship between the individual and the state.

⁷²⁶ See M. VOGLIOTTI, *Penser l'impensable: le principe de la non-rétroactivité in malam partem. La perspective italienne*, in *Dir. & Quest. Pubbl.*, 2003, 369 ff.; C. PERISTERIDOU, *The Principle of Legality in European Criminal Law*, Cambridge, 2015, 121 ff., 168 f. and *passim*.

BIBLIOGRAFIA

- A.G.A., *The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court. A Means to an End*, in U. Penn. L. Rev., 1960, 67 ss.
- ADAMO S.A., *The Injustice of the Marital Rape Exemption: A Survey of Common law Countries*, in American University International Law Review, 1989, 555 ss.
- ALBRECHT P.A., *Überlegungen zur Behandlung gesetzeseergänzender Rechtsprechung*, in W. DEGENER, M. HEGHMANN (a cura di), *Festschrift für Friedrich Dencker zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 2012.
- ALEXY R., *Die logische Analyse juristischer Entscheidungen*, in R. ALEXY, H.-J. KOCH, L. KUHLEN, H. RÜBMANN, *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Baden-Baden, 2003, 9 ss.
- ALEXY R., DREIER R., *Precedent in the Federal Republic of Germany*, in D.N. MACCORMICK, R.S. SUMMERS (a cura di), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Aldershot, 1997, 17 ss.
- ALEXY R., *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt a.M., 1983.
- AMARELLI G., *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2018, 1428 ss.
- AMARELLI G., *Il giudice ed il rispetto della legge penale in sede interpretativa. Obsolescenza apparente e attualità permanente del pensiero di Beccaria*, in Osservatorio cost., 2015, 1 ss.
- AMARELLI G., *L'uso di gruppo tra modifiche normative e overruling*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2011, 1058 ss.
- AMARELLI G., *La contiguità politico-mafiosa. Profili politico-criminali, dommatici ed applicativi*, Roma, 2017.
- AMARELLI G., *Pornografia minorile: le Sezioni unite elidono retroattivamente il pericolo di diffusione*, in Giur. it., 2019, 1207 ss.
- AMARELLI G., *Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio*, in Cass. pen., 2014, 416 ss.
- AMATO G., *Rapporti tra norme primarie e secondarie. Aspetti problematici*, Milano, 1962.
- AMBERG I., *Divergierende höchstrichterliche Rechtsprechung*, Berlin, 1998.
- AMBOS K., *Artikel 7 EMRK, Common law und die Mauerschützen*, in KritV, 2003, 31 ss.

AMRANI-MEKKI S., *A propos des revirements de jurisprudence. Quelques réflexions procédurales*, in RTDCiv, 2005, 292 ss.

ANZON A., *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi. L'esperienza italiana alla luce di un'analisi comparata sul regime del Richterrecht*, Milano, 1995.

ANZON A., *La Corte costituzionale e il "diritto vivente"*, in AA.VV., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, vol. II, Padova, 1985, 1 ss.

APRATI R., *Le sezioni unite fra l'esatta applicazione della legge e l'uniforme interpretazione della legge*, in A. MARANDOLA, T. BENE (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, Milano, 2017, 275 ss.

ARDEN M., *Human Rights and European Law. Building New Legal orders*, Oxford, 2015, 267 ss.

ARMSTRONG H.D., *Rogers v. Tennessee: An Assault on Legality and Due Process*, in N. Caro. L. Rev., 2002, 317 ss.

ARNAULD A., *Rechtssicherheit. Perspektivische Annäherungen an eine idée directrice des Rechts*, Tübingen, 2006.

ARNDT H.W., *Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung. Dargestellt anhand der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, des Bundesfinanzhofes, des Bundesarbeitsgerichts und des Bundesverfassungsgerichts*, Frankfurt a.M., 1974.

ASHWORTH A., HORDER J., *Principles of Criminal Law*, Oxford, 2016.

ASHWORTH A., *Ignorance of the Criminal Law, and Duties to Avoid it*, in Modern L. Rev., 2001, 1 ss.

ASHWORTH A., *Interpreting Criminal Statutes: A Crisis of Legality?*, in Law Quart. Rev., 1991, 419 ss.

ASHWORTH A., *Principles of Criminal Law*, 6^a ed, Oxford, 2009.

ASHWORTH A., *Testing Fidelity to Legal Values: Official Involvement and Criminal Justice*, in Mod. L. Rev., 2000, 635 ss.

AZZALI G., *La conoscenza della legge penale nella Costituzione della Repubblica*, in M.C. BASSIOUNI, A.R. LATAGLIATA, A.M. STILE (a cura di), *Studi in onore di Giuliano Vassalli*, Milano, 1991.

AZZARITI G., *Il principio della irretroattività della legge e i suoi riflessi di carattere costituzionale*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1955.

BACHELET O., *La légalité en droit pénal. Les revirements de jurisprudence, problèmes d'application dans le temps (arrêt Pessino du 10 octobre 2006)*, in P. TAVERNIER (a cura di), *La France et la Cour européenne des droits de l'homme. La jurisprudence en 2006*, Bruxelles, 2007, 163 ss.

BAKKER R., *Grenzen der Richtermacht*, Konstanz, 1994.

- BANKOWSKI Z., MACCORMICK D.N., MARSHALL G., *Precedent in the United Kingdom*, in D.N. MACCORMICK, R.S. SUMMERS (a cura di), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Aldershot, 1997, 325 ss.
- BARBERA A., *La rappresentanza politica: un mito in declino?*, in Quad. cost., 2008.
- BARRETO I.C., *La jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des Droits de l'Homme sur l'article 7 de la Convention européenne des Droits de l'homme*, in A. DONATSCH, M. FORSTER, C. SCHWARZENEGGER (a cura di), *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte. Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Gebutstag*, Zürich, 2002, 3 ss.
- BARTOLE S., *Corte costituzionale e magistratura*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978, 385 ss.
- BARTOLE S., *Ragionando di giudici e legislatori*, in Dir. pubbl., 2018, 3 ss.
- BARTOLI R. (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, 2010.
- BARTOLI R., *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005.
- BARTOLI R., *Incriminatione e giustificazione: una diversa legalità?*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2010, 601 ss.
- BARTOLI R., *Configurabilità del tentativo di rapina impropria finalizzata all'impunità: tra legalismo, teleologia e Costituzione*, in Cass. pen., 2013, 80 ss.
- BARTOLI R., *L'accesso abusivo a un sistema informatico (art. 615 ter c.p.) a un bivio ermeneutico teleologicamente orientato*, in Riv. trim. dir. pen. cont., 2012, 123 ss.
- BARTOLI R., *Legalità europea versus legalità nazionale? Un tentativo di possibile integrazione*, in C.E. PALIERO et al. (a cura di), *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Napoli, 2016, 283 ss.
- BARTOLI R., *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2014, 1778 ss.
- BASAK D., *Die Aufgabe des Bestimmtheitsgrundsatzes durch das Bundesverfassungsgericht und ihre Folgen für die anderen Aspekte des strafrechtlichen Gesetzlichkeitsprinzips (§ 1 StGB, Art. 103 Abs. 2 GG)*, in B. BRUNHÖBER, K. HÖFFLER, J. KASPAR, T. REINBACHER, M. VORMBAUM (a cura di), *Strafrecht und Verfassung. 2. Symposium Junger Strafrechtlerinnen und Strafrechtler*, Baden-Baden, 2013, 71 ss.
- BASSI A., *Il giudizio per cassazione ad un anno dall'entrata in vigore della riforma Orlando*, in Cass. pen., 2018, 4059 ss.
- BATEY R., *Vagueness and the Construction of Criminal Statutes – Balancing Acts*, in Va. J. Soc. Pol'y & L., 1997, 40 ss.
- BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G.D. Pisapia, Milano, 1973.

BELFIORE E., *Giurisprudenze costituzionali e "diritto penale europeo"*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., 23 ss.

BELFIORE E.R., *Brevi note sul problema della scusabilità dell' "ignorantia legis"*, in *Foro it.*, 1995, II, 154 ss.

BELFIORE E.R., *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle Corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005

BELL J., *The Institutional Constraints on Particularism*, in Z. BANKOWSKY, J. MACLEAN (a cura di), *The Universal and Particular in Legal Reasoning*, London, 2007.

BELLET P., A. TUNC, *La cour judiciaire suprême. Une enquête comparative*, Paris, 1978.

BERNARDI A., *Art. 7 (Nessuna pena senza legge)*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 251 ss.

BERNASCONI C., *Alle radici dell'imprevedibilità del diritto giurisprudenziale*, in *Criminalia* 2016, 2017, 200 ss.

BERTOLINO M., *Dalla mera interpretazione alla «manipolazione»: creatività e tecniche decisorie della Corte costituzionale tra diritto penale vigente e diritto vivente*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, vol. I, Napoli, 2011, 55 ss.

BERTOLINO M., *Diritti, conflitti, Costituzione: la giustizia penale della Consulta tra giudici comuni e legislatore*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, soprattutto 1256 ss.

BIFULCO D., *Il giudice è soggetto soltanto al diritto. Contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2, della Costituzione italiana*, Napoli, 2008.

BIGIAMI W., *Appunti sul diritto giudiziario*, Padova, 1989.

BIN M., *Il precedente giudiziario. Valore e interpretazione*, Padova, 1995

BIN R., *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva "quantistica"*, Milano, 2014.

BIN R., *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Napoli, 2009, 38 ss.

BIN R., *Se non sale in cielo non sarà forse un raglio d'asino? (a proposito dell'ord. 334/08)*, in *Forum cost.*, 2008, 1 ss.

BIRK R., *Die Ankündigung von Rechtsprechungsänderungen – Rechtssoziologische und methodologische Bemerkungen zum Urteil des BAG vom 26.10.1973*, in *JZ*, 1974, 735 ss.

BITTNER C., *Höchstrichterliche Ankündigungsrechtsprechung - Rechtsfortbildung ins Ungewisse?*, in *JZ*, 2013, 645 ss.

- BLACKSTONE W., *Commentaries on the Laws of England*, vol. I, Chicago, 1979.
- BOBBIO N., voce *Analogia*, in *Noviss. dig. it.*, I, 1, Torino, 1957, 601 ss.
- BÖHM A., *Strafrechtliche Gesetzlichkeit als Prinzip?*, Frankfurt a.M., 2013.
- BOSCARELLI M., *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Palermo, 1955.
- BÖSE M., *Die aktuelle Entscheidung Das Bundesverfassungsgericht »bestimmt« den Inhalt des Untreuetatbestandes*, in *Jura*, 2011, 617 ss.
- BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965.
- BRICOLA F., *Le definizioni normative nell'esperienza dei codici penali contemporanei e nel progetto di legge delega italiano*, in A. CADOPPI (a cura di), *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Padova, 1996, 181 ss.
- BRICOLA F., *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Questione criminale*, 1980.
- BRICOLA F., voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, 1974.
- BUCHNER H., *Vertrauensschutz bei Änderung der Rechtsprechung. Verfassungsrechtliches Gebot oder Hemmnis der Rechtsfortbildung?*, in G. HUECK, R. RICHARDI (a cura di), *Gedächtnisschrift für Rolf Dietz*, München, 1973, 175 ss.
- BURCHARD C., *Strafverfassungsrecht – Vorüberlegungen zu einem Schlüsselbegriff*, in K. Tiedemann et al. (a cura di), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, Baden-Baden, 2016, 27 ss.
- BURCHARD C., *Strafrechtslimitation als Motor der Strafrechtsexpansion. Wissenschaftsethische Vorüberlegungen zu "Dual Use Research of Concern" aus dem Bereich der Strafrechtswissenschaften*, in M. Kuhli, M. Ascholt (a cura di), *Strafbegründung und Strafeinschränkung als Argumentationsmuster*, Baden-Baden, 2017, 23 ss.
- BURCHARD C., *Die strafverfassungsrechtliche Verpflichtung (Art. 103 Abs. 2 GG) des Gesetzgebers, das Wesentliche der Rechtfertigungsgründe selbst zu regeln. Zugleich ein Debattenbeitrag zu Whistleblowing und Investigativjournalismus*, in *StV*, 2019, 637 ss.
- BURMEISTER J., *Vertrauensschutz im Prozeßrecht. Ein Beitrag zur Theorie vom Dispositionsschutz des Bürgers bei Änderung des Staatshandelns*, Berlin, 1979.
- BYDLINSKY F., *Hauptpositionen zum Richterrecht*, in *JZ*, 1985, 153 ss.
- CADOPPI A., «Error iuris»: *coscienza dell'antigiuridicità extrapenale e ritardo nel versamento delle ritenute*, in *Foro it.*, 1989, 83 ss.
- CADOPPI A., *Civil Law e Common Law: contrapposizione sistemica o culturale?*, in A. CADOPPI, *Tra storia e comparazione. Studi di diritto penale comparato*, Padova, 2014, 225 ss.

CADOPPI A., *Giudice penale e giudice civile di fronte al precedente*, in *Indice pen.*, 2014, 11 ss.

CADOPPI A., *Il precedente giudiziale penale fra common law e civil law*, in A.M. STILE, S. MANACORDA, V. MONGILLO (a cura di), *Civil Law e Common Law: quale «grammatica» per il diritto penale?*, Napoli, 2018, 164 ss.

CADOPPI A., *Il principio di irretroattività*, in G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Torino, 2012, 246 ss.

CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 2014.

CADOPPI A., *'La legge è uguale per tutti'. Ripensare Beccaria oggi in tema di legalità, tra favor libertatis e diritti fondamentali*, in G. COCCO (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, Padova, 2016, 131 ss.

CADOPPI A., *La nuova configurazione dell'art. 5 c.p. ed i reati omissivi propri*, in A.M. STILE (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli, 1989, 256 ss.

CADOPPI A., nota a Pretore Reggio Emilia - Montecchio Emilia 4 ottobre 1991, in *Foro it.*, 1992, 57 ss.

CADOPPI A., *Orientamenti giurisprudenziali in tema di «ignorantia legis»*, in *Foro it.*, 1991, 421 ss.

CADOPPI A., *Perché il cittadino possa "...esattamente calcolare gl'inconvenienti di un misfatto". Attualità e limiti del pensiero di Beccaria in tema di legalità*, in *Indice pen.*, 2015, 569 ss.

CADOPPI A., *Riflessioni sul valore del precedente nel diritto penale italiano*, in G. COCCO (a cura di), *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, Padova, 2005, 123 ss.

CADOPPI A., voce *Giurisprudenza e diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., Torino, 2016, 407 ss.

CAIANI L., voce *Analogia (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 348 ss.

CALAMANDREI P., *La Cassazione civile*, vol. II, 1920, in *ID.*, *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, Napoli, 1976.

CALFEE J.E., CRASWELL R., *Some Effects of Uncertainty on Compliance with Legal Standards*, in *Va. L. Rew.*, 1984, 994 ss.

CALIGARIS A., *Le modifiche all'art. 618 c.p.p.: verso un effettivo ed auspicato potenziamento della funzione nomofilattica*, in *Leg. pen.*, 2018, 1 ss.

CALLIESS R.-P., *Der strafrechtliche Nötigungstatbestand und das verfassungsrechtliche Gebot der Tatbestandsbestimmtheit*, in *NJW*, 1985, 1512 ss.

CAMAIONI S., *Successione di leggi penali*, Padova, 2003.

CAPPELLETTI M., *Giudici legislatori?*, Milano, 1984.

- CARLASSARRE L., voce *Legge (riserva di)*, in Enc. giur. Treccani, XVIII, Roma, 1990, 1 ss.
- CARLIZZI G., *Tipo normativo ed ermeneutica penale. Profili storico-concettuali e prospettive teorico-pratiche*, in *Ars interpretandi*, 2016, 91 ss.
- CARNELUTTI F., *L'equità nel diritto penale*, in Riv. dir. proc. civ., 1935, 114 ss.
- CASAROLI G., GIUNTA F., GUERRINI R., MELCHIONDA A. (a cura di), *La tutela penale della sicurezza del lavoro. Luci e ombre del diritto vivente*, Pisa, 2015.
- CASS A., *Judging: Norms and Incentives of Retrospective Decision-Making*, in B.U. L. Rev., 1995, 941 ss.
- CATTANEO M.A., *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Milano, 1970.
- CATTANEO M.A., *La ratio delle norme giuridiche penali: il carattere sanzionatorio del diritto penale ed il problema della ignorantia juris*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni. Le ragioni del diritto*, tomo III, Milano, 1995, 1770 ss.
- CAVALIERE A., *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 2003.
- CAVALIERE A., *Radici e prospettive del principio di legalità. Per una critica del "diritto penale vivente" interno ed europeo*, in *Indice pen.*, 2017, 663 ss.
- CAVANNA A., *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, vol. I, Milano, 1979.
- CHAMBLISS W.J., *Types of Behavior and the effectiveness of Legal Sanctions*, in *Wisconsin Law Rev.*, 1967, 708 ss.
- CHIASSONI P., *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, 1999.
- CIERNIAK J., POHLIT J., § 132, in C. KNAUER (a cura di), *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*, vol. 3/2, München, 2018.
- COHEN E., *Im Zweifel für die Strafe? Der Umgang mit dem Legalitätsprinzip im materiellen Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung des Bestimmtheitsgebotes und des Analogieverbotes*, Zürich, 2015.
- COMANDUCCI P., *Il ragionamento giudiziale*, in M. BESSONE (a cura di), *Interpretazione e diritto giudiziale*, Torino, 1999, 47 ss.
- COMANDUCCI P., *L'interpretazione delle norme giuridiche La problematica attuale*, in M. BESSONE (a cura di), *Interpretazione e diritto giurisprudenziale*, vol. I, Torino, 1999, 15 ss.
- CONTENTO G., *Interpretazione estensiva e analogia*, in A.M. STILE (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, 3 ss.
- CONTENTO G., *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in G. SPAGNOLO (a cura di), *Scritti 1964-2000*, Roma-Bari, 2002, 230 ss.

COSTA P., *I "padroni della legge". Legge, interpretazione, libertà nell'illuminismo giuridico*, in Riv. dir. cost., 2001, 14 ss.

COSTA P., *Pagina introduttiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)*, in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, vol. 36, I, 2007, 1 ss.

CRISAFULLI V., voce *Disposizione (e norma)*, in Enc. dir., vol. XIII, Milano, 1964, 195 ss.

CROSS R., HARRIS J., *Precedent in English Law*, 4^a ed., Oxford, 1991.

CUERDA ARNAU M.L., *Cambios jurisprudenciales y retroactividad desfavorable (a propósito de la STEDH Del Río Prada c. España)*, in Rev. Pen., 2013, 52 ss.

DANNECKER G., § 1 StGB, in H.W. LAUFHÜTTE, R. RISSING-VAN SAAN, K. TIEDEMANN (a cura di), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, vol. I, 12^a ed., Berlin, 2007.

DANNECKER G., *Das intertemporale Strafrecht*, Tübingen, 1993.

DE AMICIS G., *La formulazione del principio di diritto e i rapporti tra sezioni semplici e sezioni unite penali della Corte di cassazione*, in Dir. pen. cont., 2019, 1 ss.

DE AMICIS G., *La formulazione del principio di diritto e i rapporti tra sezioni semplici e sezioni unite penali della Corte di cassazione*, in Dir. pen. cont., 2019, 1 ss.

DE CARO A., *Riflessioni sparse sul nuovo assetto nomofilattico. Le decisioni vincolanti delle Sezioni unite al cospetto del principio del giudice soggetto solo alla legge: un confine violato o una frontiera conquistata?*, in Archivio pen., 2018, 753 ss.

DE FRANCESCO G., *Brevi spunti sul caso Contrada*, in Cass. pen., 2016, 12 ss.

DE FRANCESCO G., *Diritto penale mite? Una formula 'bella e infedele'*, in Dir. pen. proc., 2014, 985 ss.

DE FRANCESCO G., *Due temi controversi: lo sviluppo del "diritto giurisprudenziale" ed i principi intertemporali della legge penale*, in C.E. PALIERO et al. (a cura di), *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Napoli, 2016, 271 ss.

DE FRANCESCO G., *Ermeneutica e legalismo nella stretta delle ideologie*, in Dir. pen. proc., 2017, 1405 ss.

DE FRANCESCO G., *Il principio della personalità della responsabilità penale nel quadro delle scelte di criminalizzazione. Suggestioni teleologiche ed esigenze politico-criminali nella ricostruzione dei presupposti costituzionali di «riconoscibilità» dell'illecito penale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1996, 32 ss.

DE FRANCESCO G., *Sulle garanzie in materia di disciplina intertemporale della legge penale*, in Dir. pen. proc., 2014, 222 ss.

DEL CORSO S., voce *Successione di leggi penali*, in Dig. disc. pen., vol. XIV, Torino, 1999, 82 ss.

- DELL'OSSO A., *L'elusione fiscale al banco di prova della legalità penale. Critici rispetto a questa seconda interpretazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 81 ss.
- DEVLIN, *Judges and Lawmakers*, in *Mod. L. Rev.*, 1976, 11 ss.
- DI GIOVINE O., *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale (A proposito del caso Contrada, della confisca senza condanna e di poco altro)*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2015, 11 ss.
- DI GIOVINE O., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2013, 165 ss.
- DI GIOVINE O., *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in M. BERTOLINO, L. EUSEBI, G. FORTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 2233 ss.
- DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006.
- DI MARTINO A., *Intersezioni di legalità e "sanzioni" accessorie. Tra giurisprudenza nazionale, diritti umani, sistemi penali stranieri*, in M. BERTOLINO, L. EUSEBI, G. FORTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, vol. I, Napoli, 2011, 193 ss.
- DI MARTINO A., *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità Cedu e giudice-fonte*, in *Criminalia* 2014, 2015, 93 ss.
- DIDDI A., *I nuovi orizzonti della funzione nomofilattica delle sezioni unite della Corte di cassazione*, in G. SPANGHER (a cura di), *La riforma Orlando. I nuovi decreti*, Pisa, 2018, 349 ss.
- DIETER CLASSEN C., *Gesetzesvorbehalt und Dritte Gewalt*, in *JZ*, 2003, 693 ss.
- DOLCINI E., *Il carattere generale e astratto della legge e la riserva di legge in materia penale*, in G. COCCO (a cura di), *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, Padova, 2005, 61 ss.
- DOLCINI E., *Leggi penali 'ad personam', riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 50 ss.
- DONINI M., *An impossible exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 20 ss.
- DONINI M., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza fonte*, Milano, 2011.
- DONINI M., G. INSOLERA, *Considerazioni introduttive*, in G. INSOLERA (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005, 1 ss.
- DONINI M., *Il Caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 333 ss.

DONINI M., *Il concorso esterno "alla vita dell'associazione" e il principio di tipicità penale*, in E.M. AMBROSETTI (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, 325 ss.

DONINI M., *Il delitto contravvenzionale. «Culpa iuris» e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, Milano, 1993.

DONINI M., *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in A. CADOPPI (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Roma, 2017, 90 ss.

DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004.

DONINI M., *Interpretazione delle leggi (Dei delitti e delle pene, § IV)*, in *Diritto penale XXI sec.*, 2014, 246 ss.

DONINI M., *L'armonizzazione del diritto penale europeo nel contesto globale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 477 ss.

DONINI M., *L'art. 129 del Progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997. Un contributo alla progressione "legale", prima che "giurisprudenziale", dei principi di offensività e di sussidiarietà*, in *Crit. Dir.*, 1998, 95 ss.

DONINI M., *Le garanzie istituzionali della legalità penale e un «nuovo» ruolo della Corte di cassazione: a fianco o al posto del vecchio?*, in *Cass. pen.*, 2002, 1177 ss.

DONINI M., *Personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza. Una "resa dei conti" con la prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1597 ss.

DONINI M., *Serendipità e disillusioni della giurisprudenza. Che cosa è rimasto della sentenza C. cost. n. 364/1988 sull'ignorantia legis*, in M.C. FREGNI, R. LAMBERTINI, L. FOFFANI (a cura di), *Liber amicorum per Massimo Bione*, Milano, 2011, 187 ss.

DONINI M., voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, Torino, 1999, 220 ss.

DORF M.C., *Prediction and the Rule of Law*, in *Cornell Law Fac. Pubbl.*, 1995, 652 ss.

DUBBER M.D., *Comparative Criminal Law*, in K.J. HELLER, M.D. DUBBER (a cura di), *The Handbook of Comparative Criminal Law*, Stanford, 2010, 1313 ss.

DUBBER M.D., *Prudence and Substance: How the Supreme Court's New Habeas Retroactivity Doctrine Mirrors and Affects Substantive Constitutional Law*, in *Am. Crim. L. Rev.*, 1992, 10 ss.

DUNN P.H., *How Judges Overrule: Speech Act Theory and the Doctrine of Stare Decisis*, in *Yale Law Journal*, 2003, 503 ss.

DUXBURY N., *Ex Post Facto Law*, in *Am. J. Juris.*, 2013, 135 ss.

DUXBURY N., *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge, 2008.

DÜRIG G., *Art. 103 Abs. II*, in T. MAUNZ, G. DÜRIG (a cura di), *Grundgesetz*, 1990.

- DWORKIN D., *Taking Rights Seriously* (tr. it. *I diritti presi sul serio*), Bologna, 1982.
- ELLSCHIED G., HASSEMER W., *Strafe ohne Vowurf. Bemerkungen zum Grund strafrechtlicher Haftung*, in K. LÜDERSSEN, F. SACK (a cura di), *Seminar: Abweichendes Verhalten II. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität*, vol. I, Frankfurt a.M., 1975, 266 ss.
- ENGISCH K., *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970.
- ENGLISCH K., *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg, 1963.
- EPIDENDIO T.E., *I rapporti tra Corte costituzionale e Cassazione in tema di legalità*, in A. CADOPPI (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Roma, 2017, 233 ss.
- ERNE S., *Das Bestimmtheitsgebot im nationalen und internationalen Strafrecht am Beispiel des Straftatbestands der Verfolgung*, Baden-Baden, 2016.
- ESPOSITO A., *Diritto penale «flessibile». Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008.
- ESPOSITO A., *Ritornare ai fatti. La materia del contendere quale nodo narrativo del romanzo giudiziario*, in Riv. trim. dir. pen. cont., 2015, 27 ss.
- ESPOSITO A., ROMEO G., *I mutamenti della giurisprudenza penale della Cassazione (centoquarantadue casi di contrasto nel quadriennio 1991-1994)*, Padova, 1995.
- ESPOSITO C., *Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione*, in Giur. cost., 1962, 605 ss.
- ESPOSITO C., *Irretroattività e legalità delle pene nella nuova Costituzione*, in AA. VV., *Scritti giuridici in onore di Carnelutti*, vol. IV, Padova, 1950, 501 ss.
- EUSEBI L., *L'insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2017, 1685 ss.
- EVANGELISTA S., CANZIO G., *Corte di cassazione e diritto vivente*, in Foro it., 2005, V, 82 ss.
- FALLON R.H., MELTZER D.J., *New Law, Non-Retroactivity, and Constitutional Remedies*, in Harv. L. Rev., 1991, 1733 ss.
- FAURE M., GOODWIN M., WEBER F., *The Regulator's dilemma: caught between the need for flexibility & the demands of foreseeability. Reassessing the Lex certa Principle*, in Alb. L.J. Sci. & Tech., 2014, 283 ss.
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989.
- FERRAJOLI L., *La giurisdizione, le sue fonti di legittimazione e il suo futuro*, in G. CHIODI, D. PULITANÒ (a cura di), *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, Milano, 2013, 21 ss.
- FERRAJOLI L., *Per un programma di diritto penale minimo*, in L. PEPINO (a cura di), *La riforma del diritto penale. Garanzie ed effettività delle tecniche di tutela*, Milano, 1993, 57 ss.

FERRAJOLI L., *Quattro proposte di riforma delle pene*, in G. BORRÈ, G. PALOMBARINI (a cura), *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, Milano, 1998, 50 ss.

FIANDACA G., *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: «prima lettura» della sentenza n. 364/88*, in *Foro it.*, 1988, 1388 ss.

FIANDACA G., *Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democrazia*, in *Foro it.*, 2011, 1 ss.

FIANDACA G., *Brevi note sulla portata della sentenza della Corte Edu (caso Contrada) in tema di concorso esterno*, in *Foro it.*, 2016, 741 ss.

FIANDACA G., C. VISCONTI (a cura di), *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, Torino, 2010.

FIANDACA G., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia* 2011, 2012, 79 ss.

FIANDACA G., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005, 1737 ss.

FIANDACA G., *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 354 ss.

FIANDACA G., *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008.

FIANDACA G., *La giustizia penale in Bicamerale*, in *Foro it.*, 1997, 168 ss.

FIANDACA G., *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in *Foro it.*, 2000, V, 137 ss.

FIANDACA G., *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 36, I, 2007, 1253 ss.

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, 7^a ed., Bologna, 2014.

FIANDACA G., *Prima lezione di diritto penale*, Bari-Roma, 2017.

FIANDACA G., *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *Cass. pen.*, 2017, 31 ss.

FIDELBO G., *Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l'esperienza della Cassazione penale*, in *Quest. giust.*, 2018, 139 ss.

FIDELBO G., *Verso il sistema del precedente? Sezioni unite e principio di diritto*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 1 ss.

FIGUEIREDO DIAS J., *O problema da consciência da ilicitude em direito penale*, 6^a ed., Coimbra, 2009.

FIORAVANTI M., *Fine o metamorfosi?*, in P. ROSSI (a cura di), *Fine del diritto?*, Bologna, 2009, 55 ss.

- FIORAVANTI M., *Il diritto penale nell'età dello Stato costituzionale*, in L. STORTONI, G. INSOLERA (a cura di), *Gli ottant'anni del Codice Rocco*, Bologna, 2012, 191 ss.
- FIORAVANTI M., *Stato e Costituzione*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, 2007.
- FIORE C., *Diritto penale. Parte generale*, vol. I, Torino, 1993.
- FISCH J.E., *Retroactivity and Legal Change: An Equilibrium Approach*, in Harv. L. Rev., 1997, 1059 ss.
- FISCHER T., *Strafbarer Gefährdungsschaden oder strafloser Untreueversuch. Zur Bestimmtheit der Untreue-Rechtsprechung*, in StV, 2010, 95 ss.
- FLETCHER G.P., *Rethinking Criminal Law*, Oxford-New York, 2000.
- FLICK G.M., *Abuso del potere ed elusione fiscale: quale rilevanza penale?*, in Giur. comm., 2011, 483 ss.
- FLOR R., *La condotta del pubblico ufficiale fra violazione della voluntas domini, "abuso" dei profili autorizzativi e "sviamento di potere"*, in Dir. pen. proc., 2018, 506 ss.
- FLORA G., *La difficile penetrazione del principio di colpevolezza: riflessioni per l'anniversario della sentenza costituzionale sull'art. 5 c.p.*, in Giur. it., 1989, IV, 342 ss.
- FLORA G., *Perché l'«elusione fiscale» non può costituire reato (a proposito del «caso Dolce & Gabbana»)*, in Riv. trim. dir. pen. econ., 2011, 869 ss.
- FOIS S., *La "riserva di legge". Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1963.
- FORNASARI G., *Argomenti per una riserva di legge rafforzata in materia penale*, in Dir. pen. cont., 2018, 1 ss.
- FORNASARI G., *Buona fede e delitti: limiti normativi dell'art. 5 c.p. e criteri di concretizzazione*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1987, 449 ss.
- FORNASARI G., *Conquiste e sfide della comparazione penalistica*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano, 2006, 265 ss.
- FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990.
- FORNASARI G., MENGHINI A., *Percorsi europei di diritto penale*, Padova, 2012.
- FORNASARI G., *Un altro passo avanti nella "riscrittura" della legalità? Appunti sulla sentenza Contrada*, in A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F. SCHIAFFO, A. SESSA (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli, 2017, 453 ss.
- FORRESTER R., *Supreme Court Opinions – Style and Substance: An Appeal for Reform*, in Hastings L. J., 1995, 184 ss.
- FRACANZANI M., *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano, 2003.

FRANKE U., § 132 GVG, in LÖWE, ROSENBERG, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, Berlin.

FREUND G., ROSTALSKI F., *Gesetzlich bestimmte Strafbarkeit durch Verordnungsrecht? Rückverweisungsklauseln als Verstoß gegen das Delegationsverbot aus Art. 103 II, Art. 104 I 1 GG*, in GA, 2016

GABBEY A., *Probleme des Rechtsprechungswandels im Verwaltungsrecht. Zugleich eine kritische Betrachtung der Einstufung von Präjudizien als Rechtserkenntnisquelle*, Frankfurt a.M., 2000.

GAEDE K., § 17, in H. MATT, J. RENZIKOWSKI (a cura di), *Strafgesetzbuch*, München, 2013.

GALANTE A., *Le Sezioni unite in tema di pedopornografia: escluso il pericolo di diffusione*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 961 ss.

GALANTE A., *L'overruling delle Sezioni unite in tema di accesso abusivo ad un sistema informatico*, in *Giur. it.*, 2018, 735 ss.

GALLANT K.S., *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge, 2009.

GALLO M., *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. I, Torino, 2014.

GAMBERINI A., INSOLERA G., MAZZACUVA N., STORTONI L., ZANOTTI M., *Il dibattito sul ruolo della magistratura. Prospettive di ricerca nel settore penale*, in *Foro it.*, 1987, IV, 433 ss.

GARCÍA PÉREZ O., *El principio de legalidad y el valor de la jurisprudencia*, in *InDret*, 2018, 1 ss.

GARGANI A., *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia* 2011, 2012, 100 ss.

GENTILI A., *Il diritto come discorso*, Milano, 2013.

GIALUZ M., DELLA TORRE J., *Alla ricerca di soluzioni per una crisi cronica: sezioni unite e nomofilachia dopo la "riforma Orlando"*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, 970 ss.

GIANFORMAGGIO L., voce *Certezza del diritto*, in *Dig. disc. priv. civ.*, II, Torino, 1988, 275 ss.

GIUNTA F., *I contorni del «disastro innominato» e l'ombra del «disastro ambientale» alla luce del principio di determinatezza*, in *Giur. cost.*, 2008, 3539 ss.

GIUNTA F., *Il giudice e la legge penale. Valore e crisi della legalità, oggi*, in AA.VV., *Studi in onore di Giandomenico Pisapia*, vol. I, Milano, 2000, 69 ss.

GIUNTA F., *La legittimazione del giudice penale tra vincolo di soggezione alla legge e obbligo di motivazione*, in *Giust. pen.*, 2011, 259 ss.

- GIUNTA F., *Rileggendo Norberto Bobbio L'analogia nella logica del diritto*, in *Criminalia* 2007, 2008, 455 ss.
- GOLDSMITH A.E., *The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court. Revisited*, *Am. J. Crim. L.*, 2003, 284 ss.
- GORLA G., voce *Precedente giudiziario*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1990, 1 ss.
- GRAF D.K., *Praxisänderung im Strafrecht*, Zürich, 2011.
- GRANDE E., *Accordo criminoso e Conspiracy. Tipicità e stretta legalità nell'analisi comparata*, Padova, 1993.
- GRANDE E., *La sentenza n. 364/88 della Corte costituzionale e l'esperienza di «common law»: alcuni possibili significati di una pronuncia in tema di errore di diritto*, in *Foro. it.*, 1990, 416 ss.
- GRANDE E., *Principio di legalità e diritto giurisprudenziale: un'antinomia?*, in G. FIANDACA (a cura di), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova, 1997, 141 ss.
- GRANDE E., *Uno sguardo oltre il confine. La comparazione giuridica al di là del diritto privato*, in V. BERTORELLO (a cura di), *Io comparo, tu compari, egli compara: che cosa, come e perché?*, Milano, 2003, 145 ss.
- GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010.
- GRASSO G., *Politiche penali e ruolo della giurisprudenza*, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G.L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018, 58 ss.
- GRECO L., *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, Berlin, 2009.
- GROSS N., *Rückwirkungsverbot und richterliche Tatbestandauslegung im Strafrecht*, Freiburg, 1969.
- GROß N., *Über das „Rückwirkungsverbot“ in der strafrechtlichen Rechtsprechung*, in *GA*, 1971, 13 ss.
- GROSSI P., *Introduzione al novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012.
- GROSSI P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001.
- GROSSI P., *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003.
- GROSSI P., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2018.
- GROSSI P., *Universalismo e particolarismo nel diritto*, Napoli, 2011.
- GROSSO C.F., *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in *Criminalia* 2011, 2012, 134 ss.

GRUNSKY W., *Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung*, Karlsruhe, 1970.

GRÜNWALD G., *Bedeutung und Begründung des Satzes „nulla poena sine lege“*, in ZStW, 1964, 13 ss.

GRÜNWALD G., *Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Gesetzlichkeitsprinzip*, in F. HAFT (a cura di), *Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1993, 440 ss.

GRUSCHKE D., *Vagheit im Recht: Grenzfälle und fließende Übergänge im Horizont des Rechtsstaats*, Berlin, 2014.

GRZESZICK B., *Art. 20 GG*, in T. MAUNZ, G. DÜRING, *Grundgesetz Kommentar*, München, 2018.

GUARNIERI C., PEDERZOLI P., *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, 2002.

GUASTINI R., *Commento all'art. 101 Cost.*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, vol. I, Bologna-Roma, 140 ss.

GUASTINI R., *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1990.

GUASTINI R., *Disposizione vs. norma*, in *Giur. cost.*, 1989, 3 ss.

GUASTINI R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004.

GUASTINI R., *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2010.

GUASTINI R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998.

HA T.-Y., *Belastende Rechtsprechungsänderungen und die positive Generalprävention*, Köln, 2000.

HADDAD J.B., *The Finality Distinction in Supreme Court Retroactivity Analysis: An Inadequate Surrogate for Modification of the Scope of Federal Habeas Corpus*, in *Nw. U. L. Rev.*, 1984, 1062 ss.

HAFFKE B., *Das Rückwirkungsverbot des Art. 103 II GG bei Änderung der Rechtsprechung zum materiellen Recht. Zugleich ein Beitrag zum Problem des Strafbarkeitsbewußtseins*, Göttingen, 1970.

HALE M., *The History of the Pleas of the Crown*, P. Glazenbrook, 1971.

HALL J., *General Principles of Criminal Law*, 2^a ed., Indianapolis, 1960.

HALTERN U. R., MAYER F.C., MÖLLERS C.R., *Wesentlichkeitstheorie und Gerichtsbarkeit. Zur institutionellen Kritik des Gesetzesvorbehaltes*, in *DV*, 1997, 51 ss.

- HANACK E.-W., *Der Ausgleich divergierender Entscheidungen in der oberen Gerichtsbarkeit. Eine prozessrechtliche Studie insbesondere zur Vorlegungspflicht und der Rechtsmittelzulässigkeit wegen Abweichung*, Hamburg, 1962.
- HARDING M., MALKIN I., *Overruling in the High Court of Australia in Common law Cases*, in *Melb. U. L. Rev.*, 2010, 518 ss.
- HART H.L.A., *Il concetto di diritto*, tr. it. a cura di M.A. Cattaneo, Torino, 2002.
- HASSEMER W., § 1, in R. WASSERMANN (a cura di), *StGB Reihe Alternativkommentare*, Neuwied, 1990.
- HASSEMER W., *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, in *Ars interpretandi*, 1997, 190 ss.
- HASSEMER W., *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, Napoli, 2007 (titolo orig. *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur Strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln, 1968).
- HASSEMER W., W. KARGL, § 1 *Keine Strafe ohne Gesetz*, in U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN, H.-U. PAEFFGEN, *Strafgesetzbuch*, 2017.
- HERZBERG R.D., *Wann ist die Strafbarkeit "gesetzlich bestimmt" (Art. 103 Abs. 2 GG)?*, in R. HEFENDEHL (a cura di), *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus. Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag*, Köln-Berlin-München, 2005, 31 ss.
- HESSICK C.B., *Vagueness Principles*, in *Ariz. St. L. J.*, 2017, 1140 ss.
- HETTINGER M., A. ENGLÄNDER, *Täterbelastende Rechtsprechungsänderungen im Strafrecht. Zur Reichweite von Art. 103 Abs. 2 GG*, in A. ESER, J. GOYDKE, K.R. MAATZ, D. MEURER (a cura di), *Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Lutz Meyer-Gossner zum 65. Geburtstag*, München, 2001, 145 ss.
- HEYDON J.D., *Limits to Powers of Ultimate Appellate Courts*, in *Law Quarterly Review*, 2006, 399 ss.
- HILGENDORF E., *Tatsachenaussagen und Werturteile im Strafrecht*, Berlin, 1998.
- HILLGRUBER C., *Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem*, in *JZ*, 1996, 118 ss.
- HOFFMANN-HOLLAND K., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3^a ed., Tübingen, 2015.
- HOLMES O.W. JR., *The Common Law*, Boston, 1963 (ed. orig. 1881).
- HOLMES O.W., *The Path of the Law*, in ID., *Collected Legal Papers*, New York, 1920.
- HÖMIG D., *Grundlagen und Ausgestaltung der Wesentlichkeitslehre*, E. SCHMIDT-ARMANN, D. SELLNER, G. HIRSCH, G.-H. KEMPER, H. LEHMANN-GRUBE (a cura di), *Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, Köln, 2003, 273 ss.

HUSAK D., A. VON HIRSCH, *Culpability and Mistake of Law*, in S. SHUTE, J. GARDNER, J. HORDER (a cura di), *Action and Value in Criminal Law*, Oxford, 1993, 157 ss.

IASEVOLI C., *La "metamorfofi" efficientista della Cassazione penale*, in *Archivio pen.*, 2018, 718 ss.

IASEVOLI C., *Le nuove prospettive delle Cassazione penale: verso l'autonomia dalla Costituzione?*, in *Giur. it.*, 2017, 2300 ss.

INSOLERA G., *Dall'imprevedibilità del diritto all'imprevedibilità del giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 2003 ss.

INSOLERA G., *Luci e ombre del diritto penale vivente*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, 2352 ss.

INSOLERA G., *Nomofilachia delle Sezioni unite, non obbligatoria, ma dialogica: il fascino discreto delle parole e quello indiscreto del potere*, in *Archivio pen.*, 2018, 744 ss.

INSOLERA G., *Oltre il giardino*, in *Indice pen.*, 2018, 1 ss.

INSOLERA G., *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'"epoca dei giudici"*, in *Criminalia* 2012, 2013, 286 ss.

IPSEN J., *Richterrecht und Verfassung*, Berlin, 1975.

JAFFE L.L., *English and American Judges as Lawmakers*, Oxford, 1969.

JAHN M., KREHL C., LÖFFELMANN M., GÜNTGE G.-F., *Die Verfassungsbeschwerde in Strafsachen*, 2^a ed., Heidelberg, 2017.

JAHN M., KEMPF E., LÜDERSSEN K., VOLK K., PRITTWITZ C., SCHMIDT R.H. (a cura di), *Unbestimmtes Wirtschaftsstrafrecht und gesamtwirtschaftliche Perspektiven*, Berlin, 2017.

JAKOBS G., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin-New York, 1991.

JEFFRIES J.C., *Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes*, in *Va. L. Rev.*, 1985, 196 ss.

JESCHECK H.-H., *L'errore di diritto nel diritto penale tedesco e italiano*, in *Indice pen.*, 1988, 189 ss.

JESCHECK H.-H., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1988.

JEBBERGER F., *Der transnationale Geltungsbereich des deutschen Strafrechts. Grundlagen und Grenzen der Geltung des deutschen Strafrechts für Taten mit Auslandsberührung Geltungsbereich*, Tübingen, 2011.

JOECKS J., § 17, in *MüKoStGB*, München, 2003.

JUNG H., *Rückwirkungsverbot und Maßregel*, in C. BRODA (a cura di), *Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag*, Neuwied-Darmstadt, 1985, 875 ss.

JURATOWITCH B., *Questioning Prospective Overruling*, in *N.Z. L. Rev.*, 2007, 395 ss.

- JURATOWITCH B., *Retroactivity and the Common Law*, Portland, 2008.
- KAHAN D.M., *Some Realism About Retroactive Criminal Lawmaking*, in Roger Williams U. L. Rev., 1997, 106 ss.
- KAHAN D.M., *Ignorance of Law is an Excuse – but only for the Virtuous*, Mich. L. Rev., 1997, 127 ss.
- KAHAN D.M., *Lenity and Federal Common law Crimes*, in Sup. Ct. Rev., 1994, 346 ss.
- KÄHLER L., *Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung*, Baden-Baden, 2011.
- KARGL W., *Gesetzesrecht oder Richterrecht? - eine Existenzfrage für den Tatbestand der Rechtsbeugung*, in U. NEUMANN, F. HERZOG (a cura di), *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg, 2010, 849 ss.
- KARGL W., *Strafrecht. Einführung in die Grundlagen von Gesetz und Gesetzlichkeit*, Baden-Baden, 2019.
- KAUFMANN ARTH., *Analoga e «natura della cosa». Un contributo alla dottrina del tipo*, Napoli, 2003 (titolo orig. *Analogue und «Natur der Sache». Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, Heidelberg, 1982).
- KAUFMANN ARTH., *Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts*, Karlsruhe, 1949.
- KAUFMANN ARTH., *Die Geschichtlichkeit des Rechts im Licht der Hermeneutik*, in ARTH. KAUFFMANN, *Beiträge zur juristischen Hermeneutik. Sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen*, Köln, 1984, 25 ss.
- KAUFMANN ARTH., *Einige Anmerkungen zu Irrtümern über den Irrtum*, in W. KÜPER, I. PUPPE, J. TENCKHOFF (a cura di), *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*, Berlin-Boston, 1987, 185 ss.
- KAY R.S., *Retroactivity and Prospectivity of Judgements in American Law*, in Am. J. Comp. Law., 2014, suppl. 1, 37 ss.
- KEEDY E.R., *Ignorance and Mistake in the Criminal Law*, in Harv. L. Rev., 1908, 75 ss.
- KEIL U., *Die Systematik privatrechtlicher Rechtsprechungsänderungen*, Tübingen, 2007.
- KELSEN H., *Dottrina pura del diritto*, Torino, 1966 (ed. originale 1960).
- KIELWEIN G., *Grundgesetz und Strafrechtspflege*, in *Annales Universitatis Saraviensis, Rechts- und Wirtschaftswissenschaften*, vol. VIII, fasc. 1/2, 1960, 135 ss.
- KINDHÄUSER U., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Baden-Baden, 2017.
- KISCHEL U., *Rechtsvergleichung*, München, 2015,
- KLAPPSTEIN V., *Die Rechtsprechungsänderung mit Wirkung für die Zukunft. Eine rechtsvergleichende Untersuchung im Zivilrecht*, Berlin, 2009.
- KLOEPFER M., *Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel*, in JZ, 1984, 692 ss.

- KNITTEL W., *Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung*, 1965.
- KOH J. L., *Crimmigration and the Void for Vagueness Doctrine*, in *Wisc. L. Rev.*, 2016, 1146 ss.
- KOHLMANN G., *Der Begriff des Staatsgeheimnisses und das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit von Strafvorschriften*, Köln-Marienburg, 1969, 292 ss.
- KONZAK O., HÜTING R., *Eine Blutalkoholkonzentration von 1,1vT als neuer Grenzwert der absoluten Fahrunsicherheit*, in *Jura*, 1991, 241 ss.
- KRAATZ E., *Der Untreuetatbestand ist verfassungsgemäß - gerade noch!*, in *JR*, 2011, 434 ss.
- KRAHL M., *Die Rechtsprechung des BVerfG und des BGH zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht (Art. 103 Abs. 2 GG)*, Frankfurt a.M., 1986.
- KRAHL M., *Fahruntüchtigkeit - Rückwirkende Änderung der Rechtsprechung und Art 103 II GG*, in *NJW*, 1991, 808 ss.
- KRENT H.J., *Should Bouie Be Buoyed? Judicial Retroactive Lawmaking and the Ex Post Facto Clause*, in *Roger Williams U. L. Rev.*, 1997, 38 ss.
- KREY V., *Das Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe - ein Gericht läuft aus dem Ruder. Kritische Anmerkungen anlässlich des Sitzblockaden-Beschlusses des Ersten Senats vom 10.1.1995*, in *JR*, 1995, 221 ss.
- KREY V., *Gesetzestreue und Strafrecht. Schranken richterlicher Rechtsfortbildung*, in *ZStW*, 1989, 842 ss.
- KREY V., R. ESSER, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6^a ed., Stuttgart, 2016.
- KREY V., *Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht*, Berlin, 1977.
- KRÜGER M., *Neues aus Karlsruhe zu Art. 103 II GG und § 266 StGB*, in *NStZ*, 2011, 369 ss.
- KUDLICH H., § 3 *Die Auslegung von Strafgesetzen*, in E. HILGENDORF, H. KUDLICH, B. VALERIUS (a cura di), *Handbuch des Strafrechts*, vol. I, Heidelberg, 2019.
- KUDLICH H., *Konkretisierungsauftrag erfüllt?*, in *ZWH*, 2011, 1 ss.
- KUHLEN L., *Das Gesetzlichkeitsprinzip in der deutschen Praxis*, in E. HILGENDORF, G. LIANG (a cura di), *Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht. Ein deutsch-chinesischer Vergleich*, Tübingen, 2013, 55 ss.
- KUHLEN L., *Das selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit*, in A. ESER, W. HASSEMER, B. BURKHARDT (a cura di), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München, 2000, 58 ss.
- KUHLEN L., *Die Abweichung einer Entscheidung von einer anderen und die Betrachtung des Einzelfalles*, in *JA*, 1986, 589 ss.

- KUHLEN L., *Die Unterscheidung von vorsatzausschliessendem und nichtvorsatzausschliessendem Irrtum*, 1987, 275 ss.
- KUHLEN L., *Die Verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen*, Heidelberg, 2006.
- KUHLEN L., *Gesetzlichkeitsprinzip und Untreue (zugleich eine Besprechung des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 23.6.2010)*, in JR, 2011, 250 ss.
- KUHLEN L., *Regel und Fall in der juristischen Methodenlehre*, in M. HERBERGER, U. NEUMANN, H. RÜßMANN (a cura di), *Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken*, Stuttgart, 1992, 101 ss.
- KUHLEN L., *Unbestimmtheit und unbegrenzte Auslegung des Strafrechts?*, in U. MURMANN (a cura di), *Recht ohne Regeln? Die Entformalisierung des Strafrechts*, Göttingen, 2011, 24 ss.
- KUHLEN L., *Wertfreiheit in der Jurisprudenz?*, in E. HILGENDORF, L. KUHLIN (a cura di), *Die Wertfreiheit in der Jurisprudenz*, Heidelberg, 2000, 33 ss.
- KUHLEN L., *Zum Strafrecht der Risikogesellschaft*, in GA, 1994, 347 ss.
- KUHLEN L., *Zum Verhältnis vom Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot*, in G. DANNECKER (a cura di), *Festschrift für Harro Otto. Zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*, Köln, 2007, 104 ss.
- KÜPER W., *Das BVerfG, das Analogieverbot und der Bedrohungstatbestand*, in JuS, 1996, 785 ss.
- KÜPER W., *Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen*, Berlin, 1967.
- LAFAYE R., A.W. SCOTT, *Handbook of Criminal Law*, St. Paul (Minn.), 1972.
- LAFAYE W.R., A.W. SCOTT, *Substantive Criminal Law*, vol. I, 2^a ed., St. Paul (Minn.), 1986.
- LANZI A., *Il caos punitivo e la nomofilachia: una medicina o un inutile accanimento terapeutico?*, in *Indice pen.*, 2018, 294 ss.
- LANZI M., *Error iuris e sistema penale. Attualità e prospettive*, Torino, 2018.
- LARENZ K., C.-W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, 2008.
- LARENZ K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6^a ed., Berlin, 1991.
- LARENZ K., *Über die Bindungswirkung von Präjudizien*, in H.W. FASCHING, W. KRÄLIK (a cura di), *Festschrift für Hans Schima. Zum 75. Geburtstag*, Wien, 1969, 262 ss.
- LARKIN P.J., *Mistakes and Justice – Using the Pardon Power to Remedy a Mistake of Law*, in *Geo. J.L. & Pub. Pol'y*, 2017, 653 ss.
- LARKIN P.J., *The Folly of Requiring Complete Knowledge of the Criminal Law*, in *Liberty U. L. Rev.*, 2018, 335 ss.

LAUTENBACH G., *The Concept of the Rule of Law and the European Courts of Human Rights*, Oxford, 2013.

LEITE A., *Grund und Grenzen eines Rückwirkungsverbots bei täterbelastenden Rechtsprechungsänderungen im Strafrecht. Für ein Rückwirkungsverbot bei "strafunrechtskonstituierender Rechtsprechung"*, in GA, 2014, 220 ss.

LEMMEL H.-P., *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen im Besonderen Teil des Strafrechts und der Grundsatz nullum crimen sine lege*, Berlin, 1970.

LERCHE P., § 62 *Vorbehalt des Gesetzes und Wesentlichkeitstheorie*, in D. MERTEN, H.-J. PAPIER (a cura di), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, vol. III, Heidelberg, 2009.

LERCHE P., *Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsprägung und Grundrechtseingriff*, in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (a cura di), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. V, 2000, § 121.

LICCI G., *Criteri ermeneutici nel diritto penale. Il conflitto fra Stato di diritto e Stato di giurisdizione nell'ordinamento italiano*, Napoli, 2016.

LILIE H., *Obiter dictum und Divergenzausgleich in Strafsachen. Ein Spannungsfeld zwischen Revisionsrecht und Gerichtsverfassungsrecht*, Köln, 1993.

LOMBARDI L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1975.

LOPEZ DE OÑATE F., *La certezza del diritto*, a cura di G. Astuti, Milano, 1968.

LORÉ E., *Aspekte des Vertrauensschutzes im Strafrecht*, Frankfurt a.M., 1996.

LÖW C., *Die Erkundigungspflicht beim Verbotsirrtum nach § 17 StGB*, Frankfurt a.M., 2002.

LUCIANI M., *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984.

LUCIANI M., voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in Enc. dir., Annali IX, Milano, 2016, 392 ss.

LÜDERSSEN K., „*Die Beschreibung ist die Erklärung*“, in P.-A. ALBRECHT, S. KIRSCH, U. NEUMANN, S. SINNER (a cura di), *Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2015, 309 ss.

LUDOVICI L., *Il giudizio di cassazione dopo la c.d. riforma Orlando*, in G.M. BACCARI, C. BONZANO, K. LA REGINA, E.M. MANCUSO (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale*, Padova, 2017, 445 ss.

LUPO E., *Cassazione e legalità penale. Relazione introduttiva*, in A. CADOPPI (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Roma, 2017, 23 ss.

LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, Milano, 1990.

MACCORMICK N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978.

- MACCORMICK N., SUMMERS R.S., *Further General Reflections*, in D.N. MACCORMICK, R.S. SUMMERS (a cura di), *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, Aldershot, 1997.
- MAIELLO V., *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1008 ss.
- MAIELLO V., *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, Torino, 2014.
- MALINVAUD M.P., *A propos de la rétroactivité des revirements de jurisprudence*, in *RTDCiv*, 2005, 312 ss.
- MANES V., *“Common law-isation del diritto penale”? Trasformazione del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 2017, 971 ss.
- MANES V., *Art. 7/1*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, 274 ss.
- MANES V., *Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica”*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 1 ss.
- MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni fra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.
- MANES V., *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 1 ss.
- MANES V., *La Cassazione davanti alle sfide del (dis-)ordine giuridico penale*, in A. CADOPPI (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, cit., 396 ss.
- MANES V., *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra 'diritto giurisprudenziale' e 'legge'*, in *Giur. cost.*, 2012, 3440 ss.
- MANNA A., *Aspetti problematici della vincolatività relativa del precedente giurisprudenziale in materia penale in rapporto a talune norme costituzionali*, in A. CADOPPI (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Roma, 2017, 265 ss.
- MANNA A., *La sentenza Contrada e i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 1 ss.
- MANNOZZI G., *Le parole del diritto penale: un percorso ricostruttivo tra linguaggio per immagini e lingua giuridica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1431 ss.
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2017.
- MANTOVANI F., *Ignorantia legis scusabile ed inexcusabile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 380 ss.
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, vol. V, Torino, 1982.

- MARINELLI V., *Ermeneutica giudiziaria. Modelli e giurisprudenza*, Milano, 1996.
- MARINELLI V., voce *Precedente giudiziale*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, Milano, 2002.
- MARINUCCI G., E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 3^a ed., Milano, 2001.
- MARINUCCI G., E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, 6^a ed., Milano, 2017.
- MARINUCCI G., *Finalismo, responsabilità oggettiva, oggetto e struttura del dolo*, in S. MOCCIA (a cura di), *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, Napoli, 2007, 193 ss.
- MARINUCCI G., *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte costituzionale*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 77 ss.
- MARINUCCI G., *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1265 ss.
- MATTEI U., voce *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. disc. priv. civ.*, XIV, Torino, 1996, 151 ss.
- MATTIL F., *Zeit und materielles Strafrecht*, in *GA*, 1965, 129 ss.
- MAURER H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18^a ed., München, 2011.
- MAURER H., *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*, in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (a cura di), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. IV, Heidelberg, 2006.
- MAYER H., *Gerichtsverfassungsgesetz. Kommentar*, München, 2019, § 132.
- MAZZA O., *Conciliare l'inconciliabile: il vincolo del precedente nel sistema di stretta legalità*, in *Archivio pen.*, 2018, 723 ss.
- MAZZACUVA F., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017.
- MAZZACUVA F., *L'estensione attuale dei principi di irretroattività e di retroattività della legge favorevole*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, in corso di pubblicazione.
- MAZZACUVA N., *A proposito della «interpretazione creativa» in materia penale: nuova «garanzia» o rinnovata violazione di principi fondamentali?*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano, 2006, 445 ss.
- MCDONALD S.M., *Foreseeability as a Limitation on the Retroactive Application of Judicial Decisions*, in *Creighton L. Rev.*, 1993, 937 ss.
- MEHDE V., *Art. 28 Abs. 1*, in T. MAUNZ, G. DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, München, 2018.
- MELCHIONDA AL., *I labili confini di rilevanza penale dell'irregolare tenuta delle scritture contabili*, in *Indice pen.*, 1999, 237 ss.

- MENGGONI L., voce *Diritto vivente*, in Dig. disc. priv., dir. civ., VI, Torino, 1990, 445 ss.
- MEYER C., *Die Sicherung der Einheitlichkeit höchstrichterlicher Rechtsprechung durch Divergenz- und Grundsatzvorlage. Zur Anrufung der Großen Senate bei den obersten Gerichtshöfen des Bundes*, Baden-Baden, 1994.
- MEYER L., "Nothing We Say Matters": *Teague and New Rules*, in Univ. Chicago L. Rev., 1994, 423 ss.
- MEYER-LADEWIG J., *Der Satz „nulla poena sine lege“ in dogmatischer Sicht*, in MDR, 1962, 262 ss.
- MEYER-LADEWIG J., HARRENDORF S., KÖNIG S., *Artikel 7 Keine strafe ohne Gesetz*, in J. MEYER-LADEWIG, M. NETTESHEIM, S. VON RAUMER (a cura di), *Europäische Menschenrechtskonvention*, Baden-Baden, 2017.
- MICHELETTI D., *Jus contra lex. Un campionario dell'incontenibile avversione del giudice per la legalità*, Criminalia 2016, 2017, 161 ss.
- MICHELETTI D., *Le fonti di cognizione del diritto vivente*, in Criminalia 2012, 2013, 619 ss.
- MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992.
- MOCCIA S., *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001.
- MOCCIA S., *Sulle precondizioni dell'ermeneutica giudiziale nello Stato di diritto*, in Criminalia 2012, 2013, 299 ss.
- MONATERI P.G., voce *Interpretazione del diritto*, in Dig. disc. priv., X, Torino, 1993, 32 ss.
- MONTESANO L., *Su alcune funzioni della nostra Cassazione civile secondo la Costituzione della Repubblica italiana*, in AA. VV., *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, vol. I, Milano, 1994, 293 ss.
- MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, a cura di S. Cotta, XII, 1, Torino, 1952.
- MOORE M.S., *Act and Crime: The Philosophy of Action and Its Implications for Criminal Law*, Oxford, 1993.
- MORRISON T.W., *Fair Warning and the Retroactive Judicial Expansion of Federal Criminal Statutes*, in South. Cal. L. R., 2001, 455 ss.
- MORSELLI E., *Analogia e fattispecie penale*, in *Indice pen.*, 1990, 505 ss.
- MORTARA L., *Istituzioni di ordinamento giudiziario*, Firenze, 1898.
- MUCCIARELLI F., *Errore e dubbio dopo la sentenza della Corte Costituzionale 364/1988*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1996, 223 ss.
- MÜLLER F., *Richterrecht. Elemente einer Verfassungstheorie IV*, Berlin, 1986.

MÜLLER-DIETZ H., *Verfassungsbeschwerde und richterliche Tatbestandauslegung im Strafrecht*, in F.-C. SCHROEDER, H. ZIPF (a cura di), *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, 1972, 46 ss.

MURPHY C.C., *The Principle of Legality in Criminal Law under the European Convention on Human Rights*, in EHRLR, 2010, 192 ss.

MUSCO E., *Coscienza dell'illecito, colpevolezza ed irretroattività*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1982, 789 ss.

MUSCO E., *L'illusione penalistica*, Milano, 2004.

NAUCKE W., *Die Aushöhlung der strafrechtlichen Gesetzlichkeit durch den relativistischen, politisch aufgeladenen strafrechtlichen Positivismus*, in W. NAUCKE (a cura di), *Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik. Abhandlungen zum Strafrecht und zum Strafprozeßrecht*, Frankfurt a.M., 1999, 257 ss.

NAUCKE W., *Entsch. Anm. zu OLG Karlsruhe*, in NJW, 1968, 758 ss.

NAUCKE W., *I confini del diritto penale. Abbozzo del problema in sette tesi*, in G. BORRÉ, G. PALOMBARINI (a cura di), *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, Milano, 1998, 95 ss.

NAUCKE W., *Rückwirkende Senkung der Promillegrenze und Rückwirkungsverbot (Art 103 Abs 2 GG)*, in NJW, 1968, 2321 ss.

NAUCKE W., *Staatstheorie und Verbotsirrtum*, in B. SCHÜNEMANN, H. ACHENBACH, W. BOTTKE, B. HAFFKE, H.-J. RUDOLPHI (a cura di), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin-New York, 2001, 516 ss.

NELSON C., *Stare decisis and Demonstrably Erroneous Precedents*, in Va. L. Rev., 2001, 1 ss.

NEUMANN U., *§ 17 StGB Verbotsirrtum*, in U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN, A.-U. PAEFFGEN (a cura di), *Strafgesetzbuch*, 5^a ed., 2017.

NEUMANN U., *Der Verbotsirrtum (§ 17 StGB)*, in JuS, 1993, 795 ss.

NEUMANN U., *Die Rechtsprechung im Kontext des verfassungsrechtlichen Prüfungsprogramms zu Art. 103 Abs. 2 GG (Rückwirkungsverbot, Analogieverbot, Bestimmtheitsgebot). Überlegungen im Anschluss an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum „Präzisionsgebot“ (BVerfGE 126, 170)*, in C. FAHL, E. MÜLLER, H. SATZGER, S. SWOBODA (a cura di), *Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2015, 202 ss.

NEUMANN U., *Die Schuldlehre des Bundesgerichtshofs – Grundlagen, Schuldfähigkeit, Verbotsirrtum*, in C. ROXIN, G. WIDMAIER (a cura di), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, vol. IV, München, 2000, 99 ss.

- NEUMANN U., *Juristische Methodenlehre und Theorie der juristischen Argumentation*, in W. KRAWIETZ, M. MORLOK (a cura di), *Vom Scheitern und der Wiederbelebung juristischer Methodik im Rechtsalltag – ein Bruch zwischen Theorie und Praxis?*, Berlin, 2002, 245 ss.
- NEUMANN U., *Konstruktion und Argument in der neueren Diskussion zur actio libera in causa*, in F. HAFT (a cura di), *Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1993, 591 ss.
- NEUMANN U., *Legitimationsprobleme bei Rechtsprechungsänderungen*, in P.A. ALBRECHT et al. (a cura di), *Winfried Hassemer zum 60. Geburtstag. KritV Sonderheft*, Baden-Baden, 2000, 156 ss.
- NEUMANN U., *Normtheoretische Aspekte der Irrtumsproblematik im Bereich des „Internationalen Strafrechts“*, in G. BRITZ (a cura di), *Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, München, 2001, 589 ss.
- NEUMANN U., *Rechtsanwendung, Methodik und Rechtstheorie*, in M. SENN, B. FRITSCHI (a cura di), *Rechtswissenschaft und Hermeneutik*, Stuttgart, 2009, 117 ss.
- NEUMANN U., *Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte?*, in ZStW, 1991, 331 ss.
- NEUMANN U., *Subsumtion als regelorientierte Fallentscheidung*, in G. GABRIEL, R. GRÖSCHNER (a cura di), *Subsumtion. Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre*, Tübingen, 2012, 312 ss.
- NEUMANN U., *Wahrheit im Recht. Zu Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, Baden-Baden, 2004.
- NEUMANN U., *Wahrheit statt Autorität. Möglichkeit und Grenzen einer Legitimation durch Begründung im Recht*, in K.D. LERCH (a cura di), *Die Sprache des Rechts*, vol. II, Berlin-New York, 2005, 373 ss.
- NEUMANN U., *Wandlungen der Rechtsquellenlehre in der neueren Rechtstheorie*, in L. PHILIPPS, R. WITTMAN (a cura di), *Rechtsentstehung und Rechtskultur. Heinrich Scholler zum 60. Geburtstag*, Heidelberg, 1991, 83 ss.
- NICOSIA E., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006.
- NUVOLONE P., *Delitto e pena nel pensiero di G. D. Romagnosi*, in P. NUVOLONE, *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Padova, 1969, 350 ss.
- NUVOLONE P., *I limiti taciti della norma penale*, Padova, 1972.
- NUVOLONE P., *La problematica penale della Costituzione*, in AA.VV., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. IV, Milano, 1977, 494 ss.
- ORLANDI R., *Ripensare le attribuzioni ordinamentali della Corte di cassazione adeguandole all'attuale quadro politico-costituzionale*, in A. CADOPPI (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Roma, 2017, 406 s.

ORRÙ G., *Richterrecht. Il problema della libertà e autorità giudiziale nella dottrina tedesca contemporanea*, Milano, 1985.

OSBORNE C., *Does the End Justify the Means? Retrospectivity, Article 7, and the Marital Rape Exemption*, in EHRLR, 1996, 416 ss.

OSSENBÜHL F., *Gesetz und Recht – Die Rechtsquellen im demokratischen Rechtsstaat*, in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (a cura di), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. IV, Heidelberg, 2003.

OSSENBÜHL F., *Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes*, in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (a cura di), *Handbuch des Staatsrechts*, Heidelberg, 2003, § 101.

PADOVANI T., *Diritto penale*, Milano, 2017.

PADOVANI T., *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Indice pen.*, 1999, 527 ss.

PADOVANI T., *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, Napoli, 2014.

PADOVANI T., *L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria d'incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p.*, in *Legislazione pen.*, 1988, 449 ss.

PAGLIARO A., *La legge penale tra irretroattività e retroattività*, in *Giust. pen.*, 1991, 1 ss.

PAGLIARO A., *Testo e interpretazione nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 434 ss.

PAJNO S., *Considerazioni sul principio democratico e sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 467 ss.

PALAZZO F., *Ancora sulla legalità in materia penale (Storicità ed universalità di un principio)*, in *Quaderni dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, Seminario 1994*, Torino, 1995, 77 ss.

PALAZZO F., *Apertura dei lavori*, in AA.VV., *Legalità e giurisdizione: le garanzie penali tra incertezze del presente ed ipotesi del futuro. Atti dell'incontro di studio organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze (3 marzo 2000)*, Padova, 2001, 3 ss.

PALAZZO F., *Colpevolezza ed ignorantia legis nel sistema italiano: un binomio in evoluzione*, in *Scritti in memoria di Renato Dell'Andro*, vol. II, Bari, 1994, 680 ss.

PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, 7^a ed., Torino, 2018.

PALAZZO F., *Costituzionalismo penale e diritti fondamentali*, in AA.VV., *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, 2003, 585 ss.

PALAZZO F., *Il diritto penale tra universalismo e particolarismo*, Napoli, 2011.

PALAZZO F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova, 1979.

PALAZZO F., *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in G. DE FRANCESCO, A. GARGANI (a cura di), *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche*, Milano, 2017, 16 ss.

PALAZZO F., *Il problema dell'ignoranza della legge penale nelle prospettive di riforma*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1975, 777 ss.

PALAZZO F., *Interpretazione penalistica e armonizzazione nell'attuale momento storico*, in Ars interpretandi, 2016, 81 ss.

PALAZZO F., *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999.

PALAZZO F., *La legalità tra law in the books e law in action*, in A. CADOPPI (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Roma, 2017, 61 ss.

PALAZZO F., *La scienza giuridica di fronte alla giurisprudenza (Diritto penale)*, in Riv. it. scien. giur., 2013, 151 ss.

PALAZZO F., *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in Dir. pen. proc., 2015, 1061 ss.

PALAZZO F., *Le scelte penali della Costituente*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. I, Milano, 2000, 342 ss.

PALAZZO F., *Legalità e determinatezza della fattispecie penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 64 ss.

PALAZZO F., *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, vol. 36, I, 2007, 1291 ss.

PALAZZO F., *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in A.M. STILE (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, 53 ss.

PALAZZO F., PAPA M., *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2013.

PALAZZO F., *Principio di legalità e giustizia penale*, in A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F. SCHIAFFO, A. SESSA (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli, 2017, 477 ss.

PALAZZO F., *Regole e prassi nell'interpretazione penalistica nell'attuale momento storico*, in Diritto privato 2001-2002, VII-VIII, L'interpretazione e il giurista, Padova, 2003, 518 ss.

PALAZZO F., *Sistema delle fonti e legalità penale*, in Cass. pen., 2005, 277 ss.

PALAZZO F., *Sulle funzioni delle norme definitorie in A. CADOPPI (a cura di), Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Padova, 1996, 388 ss.

PALAZZO F., voce *Ignoranza della legge penale*, in Dig. disc. pen., III, Torino, 1992, 124 ss.

PALAZZO F., voce *Legalità (Dir. pen.)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. IV, Milano, 2006, 3373 ss.

PALAZZO F., voce *Legge penale*, in Digesto disc. pen., VII, Torino, 1993, 344 ss.

PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, 2008, 264 ss.

PALIERO C.E., «Minima non curat praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.

PAPA M., *Fantastic voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, Torino, 2017.

PAPA M., *La questione di costituzionalità relativa alla disciplina delle armi giocattolo: il «diritto vivente» tra riserva di legge e determinatezza della fattispecie*, in Giur. cost., 1989, 29 ss.

PAPA M., *La tipicità iconografica della fattispecie e l'interpretazione del giudice. La tradizione illuministica e le sfide del presente*, in G. CONTE, S. LANDINI (a cura di), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, vol. I, Mantova, 2017, 336 ss.

PAWLIK M., *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, Tübingen, 2012.

PECZENIK A., *The Binding Force of Precedent*, in D.N. MACCORMICK, R.S. SUMMERS (a cura di), *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, Aldershot, 1997, 461 ss.

PERISTERIDOU C., *The Principle of Legality in European Criminal Law*, Cambridge, 2015.

PERISTERIDOU C., *The Principle of Legality*, in J. KEILER, D. ROEF (a cura di), *Comparative Concepts of Criminal Law*, Cambridge, 2019, 85 ss.

PERRONE D., *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Torino, 2019.

PETERS C.J., *Under-the-Table Overruling*, in Wayne L. R., 2008, 1075 ss.

PICKER E., *Richterrecht oder Rechtsdogmatik – Alternativen der Rechtsgewinnung?*, in JZ, 1988, 62 ss.

PICKER E., *Richterrecht und Richterrechtssetzung - Zu neuen Rechtsbildungsmethoden des Bundesarbeitsgerichts*, in JZ, 1984, 153.

PICOTTI L., FORNASARI G., VIGANÒ F., MELCHIONDA A. (a cura di), *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente*, Padova, 2005.

- PIERGALLINI C., *Civile e penale a perenne confronto: l'appuntamento di inizio millennio*, in Riv. id. dir. proc. pen., 2012, 1299 ss.
- PIEROTH B., *Rückwirkung und Übergangsrecht. Verfassungsrechtliche Maßstäbe für intertemporale Gesetzgebung*, Berlin, 1981.
- PINTORE A., *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, 2003.
- PIZZETTI F.G., *Il giudice nell'ordinamento complesso*, Milano, 2003.
- PIZZORUSSO A., *Comparazione giuridica e sistema delle fonti del diritto*, Torino, 2005
- PIZZORUSSO A., *Fonti del diritto*, Sub. artt. 1-9, in Comm. cod. civ. Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1977, 525 ss.
- PIZZORUSSO A., *Principio democratico e principio di legalità*, in Quest. giust., 2003, 351 ss.
- POMORSKI S., *American Common law and the Principle Nullum Crimen Sine Lege*, Berlin-Boston, 1975.
- PUGIOTTO A., *Il principio di irretroattività preso sul serio*, in Quad. cost., 2017, 449 ss.
- PUGIOTTO A., *Il riferimento al diritto vivente*, in Foro it., 1998, II, 95 ss.
- PUGIOTTO A., *La problematica del «diritto vivente» nella giurisprudenza costituzionale del 1994*, in Foro it., 1996, I, 474 ss.
- PUGIOTTO A., *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente». Genesi, uso, implicazioni*, Milano, 1994.
- PULITANÒ D., *Appunti su democrazia penale, scienza giuridica, poteri del giudice*, in G. INSOLERA (a cura di), *Riserva di legge e democrazia: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005, 121 ss.
- PULITANÒ D., *Corti europee e Corti nazionali fra legalità e prevedibilità*, in C. GUARNIERI, G. INSOLERA, L. ZILLETTI (a cura di), *Giurisdizioni europee e sistemi nazionali. Tendenze e criticità*, Roma, 2018, 162 ss.
- PULITANÒ D., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2015, 34 ss.
- PULITANÒ D., *Diritto penale e tecniche interpretative: l'interpretazione conforme a Costituzione e il ruolo "creativo" del giudice*, in I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, Milano, 2017, 80.
- PULITANÒ D., *Diritto penale*, Torino, 2017.
- PULITANÒ D., *Due approcci opposti sui rapporti tra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, in Riv. trim. dir. pen. cont., 2015, 323 ss.
- PULITANÒ D., *Il principio di colpevolezza e il progetto di riforma penale*, in Jus, 1974, 506 ss.

PULITANÒ D., *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976.

PULITANÒ D., *La disciplina dell'errore nell'ottica della riforma penale*, in AA. VV., *Verso un nuovo codice penale*, Milano, 1993, 286 ss.

PULITANÒ D., *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in Riv. trim. dir. pen. cont., 2015, 51 ss.

PULITANÒ D., *Principio di legalità ed interpretazione della legge penale*, in G. COCCO (a cura di), *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, Padova, 2005, 29 ss.

PULITANÒ D., *Quale giudice supremo in materia penale?*, in *Questione giust.*, 2017, 39 ss.

PULITANÒ D., *Quali ermeneutiche per il diritto penale?*, in *Ars interpretandi*, 2016, 52 ss.

PULITANÒ D., *Ragioni della legalità. A proposito di Corte cost. n. 24/2017*, in Riv. trim. dir. pen. cont., 109 ss.

PULITANÒ D., *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano, 2006, 658 ss.

PULITANÒ D., *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1988, 686 ss.

PULITANÒ D., voce *Ignoranza della legge (diritto penale)*, in Enc. dir., Aggiornamento, I, Milano, 1997, 614 ss.

PUPPE I., *Bemerkungen zum Verbotsirrtum und seiner Vermeidbarkeit*, in K. ROGALL, I. PUPPE, U. STEIN, J. WOLTER (a cura di), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, München, 2004, 232 ss.

RAMPIONI R., «*In nome della legge*» (ovvero considerazioni a proposito di interpretazione «creativa»), in Cass. pen., 2004, 316 ss.

RAMPIONI R., *Dalla parte degli «ingenui». Considerazioni in tema di tipicità, offesa e c.d. giurisprudenza creativa*, Padova, 2007

RAMPIONI R., *Il reato quale illecito di modalità e di lesione tipiche: l'impraticabilità di un "equivalente funzionale" al principio di riserva di legge*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2013, 578 ss.

RENNIKOWSKY J., Art. 7 EMRK, in K. VON WOLFRAM (a cura di), *Internationaler Kommentar zur Europäischen Konvention der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, Köln, 2009.

RENNIKOWSKY J., *Mala per se et delicta mere prohibita – rechtsphilosophische Bemerkungen zum Rückwirkungsverbot (Art. 7 EMRK)*, in K. AMELUNG, H.-L. GÜNTHER, H.-H. KÜHNE (a cura di), *Festschrift für Volker Krey. Zum 70. Geburtstag am 9. Juli 2010*, Stuttgart, 2010, 411 ss.

RIGGERT R., *Die Selbstbindung der Rechtsprechung durch den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 I GG)*, Berlin, 1993.

- RINALDI R., *L'analogia e l'interpretazione estensiva nell'applicazione della legge penale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1993, 195 ss.
- RIONDATO S., *Influenze dei principi penali europei su un nuovo codice penale italiano*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2011, 1541 ss.
- RIONDATO S., *La legalità penale versus prevedibilità delle nuove interpretazioni. Novità dal Corpus Iuris 2000*, in L. PICOTTI (a cura di), *Il Corpus Juris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, Padova 2004, 121 ss.
- RIONDATO S., *Retroattività del mutamento penale giurisprudenziale sfavorevole, tra legalità e ragionevolezza*, in U. VINCENTI (a cura di), *Diritto e clinica. Per l'analisi della decisione del caso*, Padova, 2000, 252 ss.
- ROBBERS G., *Rückwirkende Rechtsprechungsänderung*, in JZ, 1988, 488 ss.
- ROBINSON P.H., *Fair notice and fair adjudication: two kinds of legality*, in U. Penn. L. Rev., 2005, 350 ss.
- ROELLECKE G., *Bio-Recht oder Sanftmut von Gesäß-Protestierern*, in NJW, 1995, 1525 ss.
- ROETS D., *La non-rétroactivité de la jurisprudence pénal in malam partem consacrée par la CEDH*, in Recueil Dalloz, 2007, 124 ss.
- ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, 3° ed, Milano, 2004.
- ROMBOLI R., *Il caso Englaro: la Costituzione come fonte immediatamente applicabile dal giudice*, in Quad. cost., 2009, 91 ss.
- ROMBOLI R., *Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda E.: un caso di evidente inammissibilità*, in Foro it., 2009, I, 49 ss.
- ROMBOLI R., *Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordinamento giudiziario*, in Quaderni dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, Seminario 2005, Torino, 2006, 66 ss.
- RONCO M., *La legalità stratificata*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2018, 1398 ss.
- RONCO M., *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano, 2006, 693 ss.
- RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979.
- ROXIN C., *Der Grundsatz der Gesetzesbestimmtheit im deutschen Strafrecht*, in E. HILGENDORF, G. LIANG (a cura di), *Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht. Ein deutsch-chinesischer Vergleich*, Tübingen, 2013, 122 ss.
- ROXIN C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I, München, 2006.

RÜBERG B., *Vertrauensschutz gegenüber rückwirkender Rechtsprechungsänderung*, Hamburg, 1977.

RUDOLPHI J., § 17, in J. WOLTER (a cura di), *SK-StGB*, 37^a ed., Köln, 2002.

RUDOLPHI J., *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtum*, Göttingen, 1969.

RÜTHERS A., FISCHER B., BIRK T., *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, 10^a ed., München, 2018.

RÜTHERS B., C. FISCHER, *Rechtstheorie. Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*, München, 2010.

RÜTHERS B., *Die unbegrenzte Auslegung*, Tübingen, 2005.

RYDER S.L., KUZMENKA S.A., *Legal Rape: The Marital Rape Exemption*, in J. Marshall L. Rev., 1991, 393 ss.

SACCO R., *Il diritto tra uniformazione e particolarismo*, Napoli, 2011.

SACHS M., Art. 20, in M. SACHS (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, München, 2014.

SALGER H., *Die Zerstörung des Vertrauens in eine gefestigte Rechtsprechung – 1,1 Promille als neuer Grenzwert der absoluten Fahruntüchtigkeit?*, in DRiZ, 1990, 16 ss.

SALINGER F., *Das Untreuestrafrecht auf dem Prüfstand der Verfassung*, in NJW, 2010, 3195 ss.

SANTANGELO A., *Ai confini tra common law e civil law: la prevedibilità del divieto nella giurisprudenza di Strasburgo*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2019, 332 ss.

SATZGER H., § 1 StGB, in H. SATZGER, W. SCHLUCKEBIER, G. WIDMAIER (a cura di), *StGB. Strafgesetzbuch Kommentar*, Köln, 2019.

SATZGER H., Art. 7 EMRK, in H. SATZGER, W. SCHLUCKEBIER, G. WIDMAIER (a cura di), *Strafprozessordnung*, Köln, 2018.

SAX W., *Grundsätze der Strafrechtspflege*, in K.A. BETTERMANN, H.C. NIPPERDEY, U. SCHEUNER (a cura di), *Die Grundrechte*, vol. III, 2, *Rechtspflege und Grundrechtsschutz*, Berlin, 1959, 909 ss.

SBRICCOLI M., *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, 1974.

SBRICCOLI M., *Giustizia criminale*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, 2002, 509 ss.

SCALIA A., *The Rule of Law as a Law of Rules*, in U. Chi. L. Rev., 1989, 1180 ss.

SCHAEFER W.V., *Reliance on the Law of the Circuit – A Requiem*, in Duke L. J., 1985, 690 ss.

- SCHAEFER W.V., *The Control of "Sunbursts": Techniques of Prospective Overruling*, in N.Y.U. L. Rev., 1967, 634 ss.
- SCHAUER F., *Precedent*, in Stan. L. Rev., 1987, 572 ss.
- SCHEFFELT M., *Die Rechtsprechungsänderung. Ein Beitrag zu methodischen und verfassungsrechtlichen Grundlagen und zur Anwendung der Ergebnisse im Verwaltungsrecht*, Konstanz, 2001.
- SCHERMERS H.G., *General Course on the European Convention on Human Rights*, in AA.VV., *Collected courses of the Academy of European Law*, vol. VII, tomo 2, The Hague, 1996, 1 ss.
- SCHLÜCHTER E., *Mittlerfunktion der Präjudizien. Eine rechtsvergleichende Studie*, Berlin-New York, 1986.
- SCHLÜTER W., *Das Obiter dictum. Die Grenzen höchstrichterlicher Entscheidungsbegründung, dargestellt an Beispielen aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts*, München, 1973.
- SCHMIDHÄUSER E., *Illusionen in der Normentheorie und das Adressatenproblem im Strafrecht*, in JZ, 1989, 424 ss.
- SCHMIDHÄUSER E., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Tübingen, 1984.
- SCHMIDT-ARMANN E., *Der Rechtsstaat*, in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (a cura di), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. IV, Heidelberg, 2003, § 26.
- SCHNEIDER H.-P., *Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht. Bemerkungen zum Beruf der Rechtsprechung im demokratischen Gemeinwesen*, Frankfurt a.M., 1969.
- SCHÖCKEL G., *Die entwicklung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots bis zur französischen Revolution*, Göttingen, 1968.
- SCHREIBER H.-L., *Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege*, Frankfurt a.M., 1976.
- SCHREIBER H.-L., *Rückwirkungsverbot bei einer Änderung der Rechtsprechung im Strafrecht?*, in JZ, 1973, 717 ss.
- SCHROEDER F.-C., *Der Bundesgerichtshof und der Grundsatz „nulla poena sine lege“*, in NJW, 1999, 91 ss.
- SCHROEDER F.-C., *Sitzblockade keine Gewalt*, in JuS, 1995, 875 ss.
- SCHROTH U., *Der Ausgleich divergierender obergerichtlicher Entscheidungen. Eine Untersuchung zur Verlegungspflicht der oberen Gerichtsbarkeit im Rahmen des Straf- und Strafzumessungsrechts*, in JR, 1990, 93 ss.
- SCHULZ L., *Neues zum Bestimmtheitsgrundsatz. Zur Entscheidung des BVerfG vom 23. Juni 2010*, in M. HEINRICH, C. JÄGER, H. ACHENBACH, K. AMELUNG, W. BOTTKE, B. HAFFKE,

B. SCHÜNEMANN, J. WOLTER (a cura di), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, Berlin-New York, 2011, 319 ss.

SCHULZE-FIELITZ H., *Art. 20 (Rechtsstaat)*, in H. DREIER (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, vol. II, Tübingen, 2006, 119 ss.

SCHÜNEMANN B., *Der Begriff des Vermögensschadens als archimedischer Punkt des Untreuetatbestandes*, in *StraFo*, 2010, 477 ss.

SCHÜNEMANN B., *Die Gesetzesinterpretation im Schnittfeld von Sprachphilosophie, Staatsverfassung und juristischer Methodenlehre*, in G. KOHLMANN (a cura di), *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*, vol. I, Köln, 1983, 176 ss.

SCHÜNEMANN B., *Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*, Berlin-New York, 1978.

SCHÜNEMANN B., *Spirale oder Spiegellei? Vom hermeneutischen zum sprachanalytischen Modell der Rechtsanwendung*, in F. HERZOG (a cura di), *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg, 2010, 240 ss.

SCHÜNEMANN B., *Vagheit und Porosität der Umgangssprache als Horizont extensionaler Rechtsfortbildung durch die Strafjustiz. Am Beispiel der verfassungsfeindlichen Sabotage*, in H.-U. PAEFFGEN, M. BÖSE, U. KINDHÄUSER, S. STÜBINGER, T. VERREL, R. ZACZYK (a cura di), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2011, 244 ss.

SCHWARZ K.-A., *Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip. Eine Analyse des nationalen Rechts, des Gemeinschaftsrechts und der Beziehungen zwischen beiden Rechtskreisen*, Baden-Baden, 2002.

SCOLETTA M., *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ (a cura di), *Europa e diritto penale*, Milano, 2013, 218 ss.

SEYFARTH G., *Die Änderung der Rechtsprechung durch das Bundesverfassungsgericht*, Berlin, 1998.

SGUBBI F., *Il diritto penale incerto e efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1193 ss.

SGUBBI F., *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990.

SHANNON B.S., *The Retroactive and Prospective Application of Judicial Decisions*, in *Harv. J.L. & Pub. Pol.*, 2003, 866 ss.

SHAPIRO S.R., *Prospective or Retroactive Operation of Overruling Decision*, in *American Law Reports*, 3^a ed., 1966, 1377 ss.

SILVA SÁNCHEZ J.M., *Gesetzesauslegung und strafrechtliche Interpretationskultur*, in H. KUDLICH, J.P. MONTIEL, J.C. SCHUHR (a cura di), *Gesetzlichkeit und Strafrecht*, Berlin, 2012, 67 ss.

- SILVA SÁNCHEZ J.-M., *Sullo stato del principio di legalità penale*, in A.M. STILE, S. MANACORDA, V. MONGILLO (a cura di), *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, Napoli, 2015, 185 ss.
- SILVESTRI G., *Stato di diritto e principio di legalità costituzionale*, in *Ars interpretandi*, 2011, 96 ss.
- SIMESTER A.P., SULLIVAN G.R., *Criminal Law: Theory and Doctrine*, 4^a ed., Oxford, 2010.
- SINISCALCO M., *Irretroattività delle leggi in materia penale. Disposizioni sostanziali e disposizioni processuali nella disciplina della successione di leggi*, Milano, 1969.
- SMITH A.T.H., *Error and Mistake of Law in Anglo-American Criminal Law*, in *Angl.-Amer. L. Rev.*, 1985, 1 ss.
- SMITH A.T.H., *Judicial Law Making in the Criminal Law*, in *Law. Quart. Rev.*, 1984, 75 ss.
- SMITH J.C., HOGAN B., *Criminal Law*, 12^a ed., Oxford, 2008.
- SOLAN L.M., *Law, Language, and Lenity*, in *Wm. & Mary L. Rev.*, 1998, 58 ss.
- SOMMERMANN K.-P., *Art. 20 Abs. 3*, in H.V. MANGOLD, F. KLEIN, C. STARCK, *Bonner Grundgesetz Kommentar*, vol. II, München, 2000, 138 ss.
- SPANGHER G., *Nomofilachia "rinforzata": serve trasparenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 985 ss.
- SPASARI M., *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966.
- SPINELLI S., *Re giudice o re legislatore? Sul conflitto di attribuzioni tra potere legislativo e giurisdizionale (A margine dell'ordinanza 334 del 2008 della Corte costituzionale)*, in *Dir. fam. pers.*, 1488 ss.
- STAUPE J., *Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis. Zur „Wesentlichkeitstheorie“ und zur Reichweite legislativer Regelungskompetenz, insbesondere im Schulrecht*, Berlin, 1986.
- STEINER E. (a cura di), *Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions*, Cham, 2015.
- STEINER E., *The Rule of Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in W. SCHROEDER (a cura di), *Strengthening the Rule of Law in Europe. From a Common Concept to Mechanisms of Implementation*, Oxford-Portland, 2016, 135 ss.
- STEPHENS P.J., *The New Retroactivity Doctrine: Equality, Reliance and Stare Decisis*, in *Syracuse L. Rev.*, 1998, 1515 ss.
- STERNBERG-LIEBEN, F.P. SCHUSTER, § 17 *Verbotsirrtum*, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER (a cura di), *Strafgesetzbuch*, 29^a ed., München, 2014.
- STORTONI L., *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1313 ss.

STRAßBURG W., *Rückwirkungsverbot und Änderung der Rechtsprechung im Strafrecht*, in ZStW, 1970, 958 ss.

STRATENWERTH G., KUHLEN L., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6^a ed., München, 2011.

SUDRE F., *Le principe de la légalité et la Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Reveu pénit. droit. pen.*, 2001, 347 ss.

SUMMERS R.S., *Precedent in the United States (New York State)*, in D.N. MACCORMICK, R.S. SUMMERS (a cura di), *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, Aldershot, 1997, 369 ss.

TARELLO G., *Diritto, enunciati, uso. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974.

TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980.

TARELLO G., *Orientamenti della magistratura, del giurista-interprete e della dottrina sulla funzione politica*, in *Pol. dir.*, 1972, 461 ss.

TARELLO G., *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1976.

TARUFFO M., *Aspetti del precedente giudiziale*, in *Criminalia* 2014, 2015, 41 ss.

TARUFFO M., *Dimensioni del precedente giudiziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 416 ss.

TARUFFO M., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, 1991.

TARUFFO M., *La giurisprudenza tra casistica e uniformità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 37 ss.

TARUFFO M., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009.

TARUFFO M., *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 11 ss.

TARUFFO M., *Precedente e giurisprudenza*, Napoli, 2007.

TASSINARI D., *Note a margine del principio di scusabilità/inevitabilità dell'ignoranza della legge penale a venti anni dalla sua introduzione ad opera della Corte costituzionale*, in G. DE FRANCESCO, C. PIEMONTESE, E. VENAFRO (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Torino, 2010, 120 ss.

TIEDEMANN K., *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts*, Tübingen, 1969.

TIKHONRAVOV E., *Nulla Poena Sine Lege in Continental Criminal Law: Historical and Theoretical Analysis*, in *Crim. Law and Philosophy*, 2019, 215 ss.

TIMMERMAN M., *Legality in Europe. On the principle nullum crimen, nulla poena sine lege in EU law and under the ECHR*, Cambridge, 2018.

TRAPANI M., voce *Legge penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, 1 ss.

- TRÖNDLE H., § 2, in H.-H. JESCHECK *e al.*, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, vol. 1, 10^a ed., Berlin, 1985.
- TRÖNDLE H., § 316, in T. FISCHER (a cura di), *Strafgesetzbuch*, 49^a ed., München, 1999.
- TRÖNDLE H., *Waldshut: Rückwirkungsverbot bei Rechtsprechungswandel? Eine Betrachtung zu einem Scheinproblem der Strafrechtswissenschaft*, in H.-H. JESCHECK, H. LÜTTGER (a cura di), *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag am 29. April 1977*, Berlin-New York, 1977, 123 ss.
- TROPER M., *Le nuove separazioni dei poteri*, Napoli, 2007.
- UMBACH D.C., *Das Wesentliche an der Wesentlichkeitstheorie*, in W. ZEIDLER, T. MAUNZ, G. ROELLECKE (a cura di), *Festschrift Hans Joachim Faller*, München, 1984, 112 ss.
- VALENTINI V., *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012.
- VALENTINI V., *Giustizia Penale e Diritto Sovranazionale: una sinergia inevitabilmente critica*, in A. MANNA (a cura di), *Il problema dell'interpretazione nella giustizia penale*, Pisa, 2016, 147 ss.
- VALENTINI V., *Legalità penale convenzionale e obbligo d'interpretazione conforme alla luce del nuovo art. 6 TUE*, in Riv. trim. dir. pen. cont., 2012, 176 ss.
- VALENTINO A., *Il mutamento giurisprudenziale sfavorevole al reo nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo e gli effetti nell'ordinamento interno*, in I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Milano, 2017, 104 ss.
- VALLINI A., *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, 2003.
- VARANO V., BARSOTTI V., *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Torino, 2018.
- VASSALLI G., *Abolitio criminis e principi costituzionali*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1983
- VASSALLI G., *L'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale come causa generale di esclusione della colpevolezza*, in Giur. cost., 1988, 1 ss.
- VASSALLI G., voce *Analogia nel diritto penale*, in Dig. disc. pen., I, Torino, 1987, 158 ss.
- VASSALLI G., voce *Nullum crimen sine lege*, in Nuovo dig. it., Torino, VIII, 1939, 1177 ss.
- VASSALLI G., voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in Dig. disc. pen., VIII, Torino, 1994, 278 ss.
- VASSALLI G., voce *Tipicità (diritto penale)*, in Enc. dir., XLIV, Milano, 1992, 540 ss.
- VELLUZZI V., *La distinzione tra analogia giuridica e interpretazione estensiva*, in M. MANZIN, P. SOMMAGGIO (a cura di), *Interpretazione giuridica e retorica forense. Il*

problema della vaghezza del linguaggio nella ricerca della verità processuale, Milano, 2006, 136 ss.

VELUZZI V., *Sulla nozione di "interpretazione giuridicamente corretta" (e sui suoi rapporti con l'interpretazione estensiva)*, in Cass. pen., 2004, 2588 ss.

VENEZIANI P., *Elusione fiscale, "esterovestizione" e dichiarazione infedele*, in Dir. pen. proc., 2012, 863 ss.

VENEZIANI P., *L'oggetto dell'«ignorantia legis» rilevante*, in Foro it., 1995, 504 ss.

VIGANÒ F., *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, in Dir. pen. cont., 2017, 1 ss.

VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in C.E. PALIERO *et al.* (a cura di), *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Napoli, 2016, 213 ss.

VIGANÒ F., *Riflessioni conclusive in tema di 'diritto penale giurisprudenziale', 'partecipazione' e 'concorso esterno'*, in L. PICOTTI, G. FORNASARI, F. VIGANÒ, A. MELCHIONDA (a cura di), *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente*, Padova, 2005, 280 ss.

VIGLIONE F., *L'overruling nel processo civile italiano: un caso di flusso giuridico controcorrente*, in Politica dir., 2014, 681 ss.

VILLA V., *Lineamenti di una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, in Cass. pen., 2005, 2427 ss.

VINCIGUERRA S., *Diritto penale inglese comparato. I principi*, Padova, 2002.

VINCIGUERRA S., *Introduzione allo studio del diritto penale inglese. I principi*, Padova, 1992.

VINCIGUERRA S., *Sull'intralcio all'amministrazione della giustizia delle interpretazioni discordanti e il suggerimento di qualche rimedio*, in Dir. pen. XXI secolo, 2014, 202 ss.

VIOLA F., G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999.

VOGEL J., § 17 *Verbotsirrtum*, in H.W. LAUFHÜTTE, R. RISSING-VAN SAAN, K. TIEDEMANN (a cura di), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, vol. I, 12^a ed., Berlin, 2007.

VOGEL J., *Juristische Methodik*, Berlin, 1998.

VOGEL J., *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin, 1993.

VOGLIOTTI M., *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, 2011.

VOGLIOTTI M., *Le metamorfosi dell'incriminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale?*, in Pol. dir., 2001, 646 ss.

- VOGLIOTTI M., *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, tomo I, 2015, 178 ss.
- VOGLIOTTI M., *Penser l'impensable: le principe de la non-rétroactivité in malam partem. La perspective italienne*, in *Dir. & Quest. Pubbl.*, 2003, 369 ss.
- VOGLIOTTI M., *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007.
- VOGLIOTTI M., voce *Legalità*, in *Enc. dir., Annali*, VI, Milano, 2013, 382 ss.
- WALDRON J., *Law and Disagreement*, Oxford, 1999.
- WEBER-DÜRLER B., *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*, Basel-Frankfurt a.M., 1983.
- WEIS W., *Der Ausgleich divergierender Entscheidungen in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts*, Frankfurt a.M., 1988.
- WELZEL H., *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11^a ed., Berlin, 1969.
- WHITE D.J., *Ex Post Facto Excepted: Rogers v. Tennessee and the Permissible Retroactive Application of Judge Made Law*, in *U. Cincinnati L. Rev.*, 2002, 1141 ss.
- WILLIAMS G.L., *Criminal law. The general part*, London, 1961.
- WISTRICH A.J., *The Evolving Temporality of Lawmaking*, in *Conn. L. Rev.*, 2012, 737 ss.
- WRÓBLEWSKI J., *Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, Torino, 1987, 277 ss.
- ZABEL B., *Aktuelle Begründungs- und Anwendungsprobleme in der Dogmatik zu § 17 StGB*, in *GA*, 2008, 33 ss.
- ZACCARIA G., *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, 1984.
- ZACCARIA G., voce *Interpretazione della legge*, in *Enc. dir., Annali*, vol. V, Milano, 2012, 694 ss.
- ZAGREBELSKY G., *La dottrina del diritto vivente*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della corte costituzionale*, Milano, 1988, 97 ss.
- ZAGREBELSKY V., *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 74 ss.
- ZAUFAL S., *Was kann ein strafrechtlicher Tatbestand leisten? Die Bestimmtheit von Strafnormen als hermeneutisch-methodisches Problem im Verfassungsstaat*, Baden-Baden, 2018.
- ZIELINSKI D., *Das strikte Rückwirkungsverbot gilt absolut im Rechtssinne auch dann, wenn es nur relativ gilt*, in E. SAMSON, F. DENCKER, P. FRISCH, H. FRISTER, W. REIß (a cura di), *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, Baden-Baden, 1999, 811 ss.

ZILLETTI L., *Judicial legislation all'italiana: la Repubblica monarchica di preti*, in *Archivio pen.*, 2018, 746 ss.

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA

Giurisprudenza italiana

Corte costituzionale

- Corte cost., sentenza 25 marzo 1975, n. 74.
Corte cost., sentenza 24 luglio 2007, n. 322.
Corte cost., ordinanza 18 gennaio 1989, n. 11.
Corte cost., ordinanza 20 luglio 1994, n. 326.
Corte cost., ordinanza 23 novembre 2016, n. 24.
Corte cost., ordinanza 26 gennaio 1990, n. 33.
Corte cost., ordinanza 28 novembre 1994, n. 410.
Corte cost., ordinanza 8 ottobre 2008, n. 334.
Corte cost., sentenza 1 agosto 2008, n. 327.
Corte cost., sentenza 1 febbraio 1982, n. 7.
Corte cost., sentenza 10 aprile 2018, n. 115.
Corte cost., sentenza 10 maggio 2012, n. 117.
Corte cost., sentenza 11 dicembre 1974, n. 276.
Corte cost., sentenza 11 giugno 2014, n. 172.
Corte cost., sentenza 15 novembre 1985, n. 284.
Corte cost., sentenza 16 maggio 1989, n. 247.
Corte cost., sentenza 16 maggio 2008, n. 147.
Corte cost., sentenza 17 giugno 2010, n. 217.
Corte cost., sentenza 17 marzo 1998, n. 64.
Corte cost., sentenza 19 febbraio 1965, n. 11.
Corte cost., sentenza 19 gennaio 1984, n. 1.
Corte cost., sentenza 2 luglio 1956, n. 8.
Corte cost., sentenza 20 giugno 1984, n. 178.
Corte cost., sentenza 21 novembre 1974, n. 264.

Corte cost., sentenza 22 dicembre 2011, n. 338.

Corte cost., sentenza 23 aprile 1998, n. 138.

Corte cost., sentenza 23 marzo 1988, n. 364.

Corte cost., sentenza 24 gennaio 2019, n. 24.

Corte cost., sentenza 24 gennaio 2019, n. 25.

Corte cost., sentenza 26 giugno 1965, n. 52.

Corte cost., sentenza 26 ottobre 1982, n. 171.

Corte cost., sentenza 27 maggio 1961, n. 26.

Corte cost., sentenza 29 maggio 2013, n. 107.

Corte cost., sentenza 3 marzo 1997, n. 58.

Corte cost., sentenza 3 novembre 2005, n. 408.

Corte cost., sentenza 30 aprile 1984, n. 120.

Corte cost., sentenza 30 gennaio 2002, n. 1.

Corte cost., sentenza 5 aprile 1991, n. 142.

Corte cost., sentenza 5 aprile 2012, n. 78.

Corte cost., sentenza 6 aprile 1995, n. 110.

Corte cost., sentenza 6 luglio 2006, n. 266.

Corte cost., sentenza 8 marzo 1985, n. 56.

Corte cost., sentenza 8 novembre 2006, n. 394.

Corte cost., sentenza 8 ottobre 2012, n. 230.

Corte cost., sentenza 27 gennaio 1995, n. 31.

Corte cost., sentenza 6 febbraio 1995, n. 34.

Corte cost., sentenza 13 dicembre 1988, n. 1085.

Corte di cassazione

Cass. civ., Sez. un., ordinanza 15 luglio 2014 (dep. 6 novembre 2014), n. 23675.

Cass. civ., Sez. un., sentenza 15 gennaio 2019 (dep. 12 febbraio 2019), n. 4135.

Cass. Sez. I, sent. 30 ottobre 1978, in Riv. it. dir. proc. pen., 1980, 923 ss.

Cass. Sez. III, sent. 21 ottobre 1992, Scassera.

Cass., Sez. I, sent. 20 febbraio 1987, in Foro it., Rep. 1988, voce stupefacenti n. 22.

Cass., Sez. II, sent. 19 dicembre 2012 (dep. 9 gennaio 2012), n. 843.

- Cass., Sez. II, sent. 22 marzo 2016 (dep. 14 aprile 2016), n. 15680.
- Cass., Sez. II, sent. 23 ottobre 2018 (dep. 25 gennaio 2019), n. 3661.
- Cass., Sez. III, ordinanza 30 novembre 2017 (dep. 6 marzo 2018), n. 10167.
- Cass., Sez. III, sent. 1 giugno 1994 (dep. 2 luglio 1994), n. 7550.
- Cass., Sez. III, sent. 12 febbraio 1976 (dep. 4 dicembre 1976), n. 12855.
- Cass., Sez. III, sent. 12 marzo 2015 (dep. 16 aprile 2015), n. 15845.
- Cass., Sez. III, sent. 13 luglio 1996, Manca.
- Cass., Sez. III, sent. 15 dicembre 2010 (dep. 20 aprile 2011), n. 15657.
- Cass., Sez. III, sent. 15 gennaio 1988, in Riv. pen., 1989, 822 ss.
- Cass., Sez. III, sent. 16 aprile 2004 (dep. 24 giugno 2004), n. 28397.
- Cass., Sez. III, sent. 16 aprile 2004 (dep. 24 giugno 2004), n. 28397.
- Cass., Sez. III, sent. 17 dicembre 1999 (dep. 21 aprile 2000), n. 4951.
- Cass., Sez. III, sent. 18 gennaio 1991 (dep. 1 marzo 1991), n. 2698.
- Cass., Sez. III, sent. 18 marzo 2011 (dep. 7 luglio 2011), n. 26723.
- Cass., Sez. III, sent. 2 aprile 1963, in Giust. pen., 1965, II, 240 ss.
- Cass., Sez. III, sent. 2 febbraio 1994, n. 339, in Cass. pen. 1994, 2517 ss.
- Cass., Sez. III, sent. 22 novembre 2011 (dep. 28 febbraio 2012), n. 7739.
- Cass., Sez. III, sent. 25 giugno 1953, in Riv. it. dir. pen., 1953, 647 ss.
- Cass., Sez. III, sent. 26 novembre 2008 (dep. 2 aprile 2009), 14486.
- Cass., Sez. III, sent. 26 settembre 2018 (dep. 22 gennaio 2019), n. 2842.
- Cass., Sez. III, sent. 29 maggio 1995, Manzoni.
- Cass., Sez. III, sent. 3 dicembre 1993 (dep. 26 marzo 1994), n. 3617.
- Cass., Sez. III, sent. 4 maggio 1989, Orsimari.
- Cass., Sez. III, sent. 5 ottobre 2018 (dep. 16 novembre 2018), n. 51843.
- Cass., Sez. III, sent. 6 marzo 2013 (dep. 3 maggio 2013), n. 19100 in Dir. pen. proc., 2014, 81 ss.
- Cass., Sez. III, sent. 9 novembre 2018 (dep. 7 dicembre 2018), n. 54703.
- Cass., Sez. IV, sent. 1 ottobre 1993, in Cass. pen., 1994, 1659 ss.
- Cass., Sez. IV, sent. 19 dicembre 1996, in Foro it., Rep. 1997, voce stupefacenti n. 27.
- Cass., Sez. IV, sent. 20 gennaio 1967, in Arch. pen., 1969, II, 193 s.
- Cass., Sez. IV, sent. 28 febbraio 1997, in Foro it. 1997, Rep. 1997 voce stupefacenti n. 28.

- Cass., Sez. IV, sent. 28 novembre 2018 (dep. 14 dicembre 2018), n. 56312.
- Cass., Sez. un., 18 maggio 2017 (dep. 9 settembre 2017), n. 41210.
- Cass., Sez. un., 27 ottobre 2011 (dep. 7 febbraio 2012), n. 4694.
- Cass., Sez. un., sent. 10 giugno 1994 (dep. 18 luglio 1994), n. 8154, in *Foro it.*, 1995, II, 154.
- Cass., Sez. un., sent. 10 giugno 1994 (dep. 18 luglio 1994), n. 8154.
- Cass., Sez. un., sent. 11 maggio 1993, in *Foro it.*, 1993, 552 ss.
- Cass., Sez. un., sent. 15 maggio 2018 (dep. 15 novembre 2018), n. 51815.
- Cass., Sez. un., sent. 18 giugno 1993, n. 11, in *Cass. pen.* 1994, 273 ss.
- Cass., Sez. un., sent. 24 giugno 1998, in *Foro it.*, 1998, 758.
- Cass., Sez. un., sent. 31 maggio 2000 (dep. 5 luglio 2000), n. 13, in *Cass. pen.*, 2000, 2983 ss.
- Cass., Sez. un., sentenza 19 aprile 2012 (dep. 12 settembre 2012), n. 34952.
- Cass., Sez. un., sentenza 19 luglio 2018 (dep. 24 settembre 2018), n. 40986.
- Cass., Sez. un., sentenza 21 gennaio 2010 (dep. 13 maggio 2010), n. 18288.
- Cass., Sez. un., sentenza 28 ottobre 2010 (dep. 19 gennaio 2011), n. 1235.
- Cass., Sez. un., sentenza 5 ottobre 1994, n. 16, in *Foro it.*, 1995, 422 ss.
- Cass., Sez. V, sent. 18 maggio 2006 (dep. 7 luglio 2006), n. 23730.
- Cass., Sez. V, sent. 24 novembre 2016 (dep. 18 gennaio 2017), n. 2506.
- Cass., Sez. V, sentenza 10 marzo 2016 (dep. 5 aprile 2016), n. 13525.
- Cass., Sez. V, sentenza 12 ottobre 2017 (dep. 30 novembre 2017), n. 53978.
- Cass., Sez. V, sentenza 19 ottobre 2015 (dep. 7 dicembre 2015), n. 48346.
- Cass., Sez. V, sentenza 9 luglio 2018 (dep. 18 ottobre 2018), n. 47510.
- Cass., Sez. VI, sent. 15 ottobre 1996, in *Foro it.*, *Rep.* 1997, n. 29.
- Cass., Sez. VI, sent. 16 maggio 2012 (dep. 23 luglio 2012), n. 30085.
- Cass., Sez. VI, sent. 22 settembre 1989, in *Foro it.*, *Rep.* 1990, voce *stupefacenti* n. 54.
- Cass., Sez. VI, sent. 25 gennaio 2011 (dep. 23 febbraio 2011), n. 6991.
- Cass., Sez. VI, sent. 28 gennaio 1976, in *Arch. pen.*, 1976, II, 144 ss.
- Cass., Sez. VI, sent. 4 dicembre 1996, in *Guida dir.*, 1997, 64.
- Cass., Sez. VI, ord. 22 marzo 2019 (dep. 17 maggio 2019), n. 21767.
- Cass., Sez. I, sent. 11 ottobre 2016 (dep. 18 ottobre 2016), n. 44193.

Giurisprudenza europea

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

Corte EDU, Sez. I, *Affaire Pessino c. France*, 10 ottobre 2006.

Corte EDU, Chamber, *Case of C.R. v. The United Kingdom*, 22 novembre 1995.

Corte EDU, Chamber, *Case of Coëme v. Belgium*, 22 giugno 2000.

Corte EDU, GC, *Case of Del Río Prada v. Spain*, 21 ottobre 2013.

Corte EDU, Chamber, *Case of S.W. v. The United Kingdom*, 22 novembre 1995.

Corte EDU, Chamber, *Case of Tolstoy Milaslavsky v. The United Kingdom*, 13 luglio 1995.

Corte EDU, Chamber, *Affaire G. c. France*, 27 settembre 1995.

Corte EDU, Chamber, *Case of Kokkinakis v. Greece*, 25 maggio 1993.

Corte EDU, Chamber, *Case of Kruslin v. France*, 24 aprile 1990.

Corte EDU, GC, *Case of Grigoriades v. Greece*, 25 novembre 1997.

Corte EDU, GC, *Case of Kafkaris v. Cyprus*, 12 febbraio 2008.

Corte EDU, GC, *Case of Korbely v. Hungary*, 19 settembre 2008.

Corte EDU, Sez. I, *Affaire Ferreira Santos Pardal c. Portugal*, 30 luglio 2015.

Corte EDU, Sez. I, *Affaire K.A. e A.D. c. Belgique*, 17 febbraio 2005.

Corte EDU, Sez. II, *Affaire Varvara v. Italie*, 29 ottobre 2013.

Corte EDU, Sez. II, *Case of Kuolelis, Bartosevicius and Burokevicius v. Lithuania*, 19 febbraio 2008.

Corte EDU, Sez. III, *Case of Navalnyye v. Russia*, 17 ottobre 2017.

Corte EDU, Sez. IV, *Affaire Contrada c. Italie (n. 3)*, 14 aprile 2015.

Corte EDU, Sez. IV, *Case of Flinkkilä v. Finland*, 6 aprile 2010.

Corte EDU, Sez. IV, *Case of Huhtamäki v. Finland*, 6 marzo 2012.

Corte EDU, Sez. V, *Case of Custers, Deveaux and Turk v. Denmark*, 3 maggio 2007.

Giurisprudenza costituzionale straniera

Camera dei Lord (House of Lords)

Re Spectrum Plus (in liquidation) [2005] 2 AC 680, [5] (HL).

R. [1992] 1 AC 616 (HL).

Knüller v. DPP [1973] AC 435.

Corte Suprema degli Stati Uniti

Skilling v. United States, 130 S.Ct. 2896 (2010).

Solorio v. United States, 483 U.S. 435 (1987).

United States v. Lanier, 520 U.S. 259 (1997).

United States v. Laub, 385 U.S. 487 (1967).

United States v. Miller, 471 U.S. 130 (1985).

United States v. Rodgers, 466 U.S. 475 (1984).

Rogers v. Tennessee, 532 U.S. 451 (2001).

Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961).

Marks v. United States, 430 U.S. 188 (1977).

McBoyle v. United States, 283 U.S. 25 (1931).

McFadden v. United States, 135 S.Ct. 2298 (2015).

Memoirs v. Massachusetts, 383 U.S. 413 (1966).

Miller v. California, 413 U.S. 24 (1973).

Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833 (1992).

Kolender v. Lawson, 461 U.S. 352 (1983).

Linkletter v. Walker, 381 U.S. 618 (1965).

Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 (1963).

James v. United States, 366 U.S. 213 (1961).

Johnson v. United States, 576 U.S. ____ (2015).

Cox v. Louisiana, 379 U.S. 571 (1965).

Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478 (1964).

Bouie v. City of Columbia, 378 U.S. 347 (1964).

Apprendi v. New Jersey, 120 S. Ct. 2348 (2000).

Complete Auto Transit, Inc. v. Brady, 430 U.S. 274 (1977).

Tribunale costituzionale federale tedesco (BVerfG)

BVerfG 1.9.2008 – BvR 2238/07, in NJW, 2008, 3627 ss

BVerfG 23.06.1990 - 2 BvR 752/90, in NStZ, 1990, 537 ss.
BVerfG, 16 maggio 2011 – 2 BvR 1230/10, in BVerfGK 18, 430 ss.
BVerfG, 23.06.1990 - 2 BvR 752/90, in NJW, 1990, 3140 ss.
BVerfGE 13, 261.
BVerfGE 26, 41.
BVerfGE 28, 175.
BVerfGE 45, 142.
BVerfGE 47, 109.
BVerfGE 47, 175.
BVerfGE 48, 48.
BVerfGE 49, 89.
BVerfGE 50, 142.
BVerfGE 75, 329.
BVerfGE 92, 1.
BVerfGE 101, 1.
BVerfGE 105, 135.
BVerfGE 106, 1.
BVerfGE 108, 282.
BVerfGE 111, 191.
BVerfGE 126, 170.
BVerfGE 143, 38.

Giurisprudenza ordinaria straniera

Corte d'appello degli Stati Uniti, 8° circuito

Friedman v. United States, 374 F.2d 363 (8th Cir. 1967).

United States v. Rodgers, 706 F.2d 854 (8th Cir. 1983).

Corte d'appello degli Stati Uniti, circuito del Distretto di Columbia

Warren v. United States Parole Commission, 659 F.2d 183 (D.C. Cir. 1981).

Corte d'appello inglese (Her Majesty's Court of Appeal in England)

Willis v Baddeley [1892] 2 QB 324, 326 (CA).

Corte federale tedesca (BGH)

BGH 16.8.2007 – 4 StR 62/07, in NJW, 2007, 3078 ss.

BGH 26 gennaio 1968 - 4 StR 570/67, in NJW, 1968, 951 ss.

BGHSt 2, 194.

BGHSt 5, 168.

BGHSt 21, 157.

BGHSt 25, 360.

BGHSt 34, 133.

BGHSt 37, 89.

BGHSt 52, 307.