

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PARMA

Dipartimento di Giurisprudenza  
Dottorato di ricerca in Diritto penale

**CERTEZZA E DIRITTO PENALE  
STATUNITENSE: VAGUENESS,  
IRRETROATTIVITA' E *STARE DECISIS***

Relatore:

Chiar.mo Prof. Alberto Cadoppi

Tesi di dottorato del  
Dott. Michele Boggiani

ANNO ACCADEMICO 2014 / 2015

*Ai miei genitori, ancora una volta,  
e a mio fratello Lorenzo.*



## Indice

Introduzione.....	8
1. La <i>void-for-vagueness doctrine</i> .....	13
1.1. Introduzione.....	13
1.1.1. Genesi storica .....	14
1.1.2. Centralità della <i>vagueness doctrine</i> e aspetti problematici .....	18
1.2. La multiforme ratio della <i>vagueness doctrine</i> .....	23
1.2.1. La <i>fair notice</i> .....	23
1.2.2. L'inafferrabilità in concreto del concetto di <i>fair notice</i> .....	28
1.2.3. Il mantenimento della separazione dei poteri e suo superamento .....	32
1.2.4. La prevenzione dell'uso arbitrario o discriminatorio della legge penale	35
1.2.5. Espansione dell'elemento della <i>prevention of arbitrary enforcement</i> : aspetti critici .....	49
1.2.6. Rapporti fra <i>fair notice</i> e <i>prevention of arbitrary enforcement</i> .....	56
1.3. Il test giurisprudenziale della determinatezza. Fattori considerati nel bilanciamento.....	59
1.3.1. Altri fattori considerati: fattori d'analisi impliciti .....	69
1.4. Modalità d'esame della norma: esame "frontale" e "applicato" .....	73
1.4.1. L'esame di costituzionalità frontale (c.d. " <i>facial challenge</i> ").....	77
1.4.2. L'esame di costituzionalità della norma per come applicata in concreto (c.d. " <i>as applied</i> " <i>challenge</i> ) .....	85
1.5. Conclusioni provvisorie sui rapporti fra <i>void-for-vagueness doctrine</i> e certezza del diritto .....	87
2. <i>Criminal law</i> e principio di irretroattività: <i>Ex Post Facto Clause</i> , legge scritta e giurisprudenza .....	92
2.1. Il divieto di retroattività negli Stati Uniti: introduzione.....	93
2.2. La <i>Ex Post Facto Clause</i> : cenni storici .....	96
2.3. All'origine dell'interpretazione della <i>Ex Post Facto Clause</i> : <i>Calder v. Bull</i> 104	
2.4. L'evoluzione giurisprudenziale successiva a <i>Calder v. Bull</i> : l'applicazione della clausola alle norme processuali .....	110
2.4.1. Conclusioni provvisorie in tema di distinzione fra norme sostanziali e processuali ai fini della <i>Ex Post Facto Clause</i> . .....	118

2.5.	(segue) La Ex Post Facto Clause e la nozione di “pena”: le c.d. sex offender laws.....	120
2.5.1.	Cenni introduttivi.....	120
2.5.2.	La definizione di “sanzione penale” secondo la Corte Suprema degli Stati Uniti.....	123
2.5.3.	Le <i>sex offender laws</i> al vaglio della giurisprudenza. ....	128
2.5.4.	Conclusione: l’impatto delle decisioni in tema di <i>sex offender laws</i> sull’interpretazione della <i>Ex Post Facto Clause</i> .....	137
2.6.	(segue) retroattività e discrezionalità in fase di determinazione della pena: le United States Sentencing Guidelines. ....	142
2.6.1.	Origini delle <i>sentencing guidelines</i> . La sfiducia verso il paradigma rieducativo della pena. ....	144
2.6.2.	Un esempio di funzionamento delle <i>sentencing guidelines</i> .....	147
2.6.3.	Il tormentato rapporto fra <i>sentencing guidelines</i> ed <i>Ex Post Facto Clause</i> . Il c.d. periodo pre- <i>Booker</i> . ....	150
2.6.4.	(segue) Le <i>guidelines</i> tornano ad essere delle <i>guidelines</i> . Il caso <i>United States v. Booker</i> .....	154
2.6.5.	L’importante è la sostanza: <i>Peugh v. United States</i> del 2013.....	160
2.6.6.	Il significato della <i>case law</i> in tema di <i>sentencing guidelines</i> ai fini dell’indagine. ....	163
2.7.	Stare decisis, overruling e retroattività: rinvio.....	165
2.8.	Due Process Clause e limiti alla “retroattività occulta”.....	166
2.8.1.	Retroattività e interpretazione: il caso <i>Bouie v. City of Columbia</i> ...	168
2.8.2.	L’erosione della regola del caso <i>Bouie</i> : <i>Rogers v. Tennessee</i> e lo standard della “prevedibilità del mutamento interpretativo”.....	176
2.9.	Conclusioni provvisorie in tema di retroattività in rapporto all’obiettivo della certezza del diritto nell’ordinamento statunitense. ....	184
3.	<i>Stare decisis</i> nell’ordinamento statunitense: il problema dell’ <i>overruling</i> sfavorevole.....	190
3.1.	Introduzione .....	190
3.2.	Stare decisis nell’ordinamento statunitense: le origini inglesi.....	192
3.3.	(segue) I “primi passi” dello stare decisis negli Stati Uniti e sua consolidazione. ....	195
3.4.	L’attuale conformazione del vincolo del precedente negli Stati Uniti. ...	202

3.4.1.	Fondamenta dello <i>stare decisis</i> e concetti cardine. ....	202
3.4.2.	<i>Stare decisis</i> verticale e orizzontale: in particolare, la diversa conformazione del vincolo nelle corti statunitensi. ....	209
3.4.3.	<i>Stare decisis</i> e corti inferiori: in particolare, le <i>Courts of Appeals</i> e le <i>District Courts</i> federali. ....	210
3.4.4.	<i>Stare decisis</i> e Corte Suprema federale. ....	214
3.4.5.	Il controllo degli effetti del superamento del precedente: il <i>prospective overruling</i> . ....	221
3.5.	Rapporti tra principio di irretroattività, <i>stare decisis</i> e <i>overruling</i> . ....	225
3.5.1.	Il caso <i>Marks v. United States</i> : l' <i>overruling</i> di un precedente della Corte Suprema federale. ....	227
3.5.2.	Il caso <i>United States v. Rodgers</i> : l' <i>overruling</i> di un precedente di una <i>Court of Appeals</i> federale. ....	229
3.5.3.	Conclusioni provvisorie: proposte <i>de iure condendo</i> in tema di <i>stare decisis</i> e <i>adjudicative retroactivity</i> . ....	232
3.6.	Conclusioni in tema di <i>stare decisis</i> nell'ordinamento statunitense e rapporti con la certezza del diritto. ....	236
4.	Conclusioni. ....	241
	BIBLIOGRAFIA. ....	252



## Introduzione

Ciascun ordinamento possiede i propri strumenti per raggiungere un diritto certo che garantisca libere scelte d'azione ai consociati e che tuteli altresì il rispetto dell'uguaglianza. La certezza è però obiettivo solo tendenziale e il massimo cui si può aspirare è il suo raggiungimento in grado sufficiente. In campo penalistico, dove le sanzioni potenzialmente coinvolgono la privazione della libertà personale e in generale sono le più “terribili”, l'esigenza di cui sopra raggiunge il suo grado massimo.

La presente analisi volge il suo sguardo all'ordinamento statunitense che, già ad un'osservazione superficiale, si mostra “diverso” rispetto al sistema italiano. L'incasellamento del sistema d'oltreoceano fra quelli di *common law* sembra dire quasi tutto quanto a questa diversità. In realtà, come già è stato dimostrato efficacemente, la divisione fra ordinamenti di *civil law* e di *common law* è utile a fini descrittivi ma nasconde similitudini che solo con fatica si possono chiamare insignificanti.<sup>1</sup> Ecco che allora sembra proficuo compiere un'analisi completa degli strumenti tramite i quali l'ordinamento statunitense tende a raggiungere l'obiettivo di certezza. Scontate le differenze, che pur esistono, se ne possono trarre indicazioni utili in prospettiva futura: infatti, è stato da tempo prospettato autorevolmente che anche negli ordinamenti basati unicamente su legge scritta come quello italiano, potrebbe trovare spazio, a integrazione della sottoposizione del giudice alla legge, una qualche forma di precedente vincolante.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, II ed., Torino, 2014, *passim*.

<sup>2</sup> A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., pp. 271-273, F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova, 1979, p. 57.

La ricerca dunque sembra prospettarsi fruttuosa perché l'ordinamento statunitense, specialmente in campo penale, vede convivere una legge oggi quasi unicamente scritta<sup>3</sup> con una forma peculiare di *stare decisis*. Questa caratteristica lo rende perciò un buon banco di prova per vedere fusi insieme la prospettiva *in action* e quella *in the books* in un sistema dove il giudice è tendenzialmente sottoposto alla legge ma dove esiste altresì il vincolo del precedente.

Inoltre, nello stesso panorama penalistico italiano, si è dedicata grande attenzione alle tematiche relative alla ormai quasi innegabile “forza creativa” e ai suoi rapporti con la certezza del diritto e il principio di legalità.<sup>4</sup> Più in particolare, anche alla luce della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, si è posto con forza al centro del dibattito il tema degli effetti dei mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli. In proposito, si ritrovano, a grandi distanze chilometriche e dogmatiche, termini familiari come “prevedibilità”, “parità di trattamento” e “affidamento”. In questa prospettiva, lo si ripete, sembra perlomeno interessante analizzare il modo di operare di un sistema “ibrido” come quello statunitense.

La giurisprudenza e la dottrina americana hanno da tempo identificato due grandi principi-guida nell'affrontare il problema della certezza. Da un lato, lo si vedrà approfonditamente, ci si preoccupa della *fair notice* ai consociati, cioè del fatto che la legge penale (come scritta e interpretata) dia la possibilità di conoscere ciò che è proibito e ciò che non lo è. Dall'altro, ci si preoccupa che la legge penale sia applicata rispettando il principio d'uguaglianza, chiedendo che non presti il fianco ad

---

<sup>3</sup> La *common law of crimes* è in vigore, in quanto non incompatibile con gli *state codes*, in Florida, Idaho, New Mexico, Rhode Island, Sud Carolina, Virginia e Washington. Il dato è aggiornato all'8 Agosto 2014. Si veda poi, per un'analisi interamente dedicata alla *common law of crimes* negli Stati Uniti e al suo rapporto con il principio di legalità, S. POMORSKI, *American Common Law and the Principle Nullum Crimen Sine Lege*, II ed., Parigi, 1975.

<sup>4</sup>

essere applicata in modo arbitrario o, peggio, discriminatorio. Tale elemento, riassumibile con la poco elegante espressione “*prevention of arbitrary and discriminatory enforcement*”, guarda distintamente alla fattispecie per come utilizzata *in action*, prendendo a metro la condotta di forze di polizia, pubblici ministeri e giudici.

Tenendo presenti questi due *rationales* (l’inglese e il latino sono difficilmente compatibili), l’analisi dovrebbe essere tripartita, perché i principali strumenti che, nell’ordinamento statunitense mirano al raggiungimento di un diritto certo, nel senso di stabile, prevedibile e giusto, sembrano essere tre.

In primo luogo, la *void-for-vagueness doctrine* svolge una funzione simile al principio di determinatezza, garantendo leggi penali che forniscano ai consociati *fair notice* delle condotte proibite e che, al contempo, non siano applicate in modo discriminatorio o arbitrario. Tuttavia, se si studiasse l’istituto come descritto nei dotti articoli degli *scholars*, la prospettiva sarebbe di poco interesse. Il “bello”, se si vuole, della *vagueness doctrine* è la sua vitalità. L’istituto è costantemente applicato e raffinato dalla giurisprudenza, il che consente, fortunatamente, di vederla *in action*, il che vale a dire nella sua concreta incidenza in prospettiva di certezza del diritto.

Poi, al medesimo scopo, l’ordinamento statunitense predispone un complesso divieto di retroattività della legge penale, incastonato nella *Ex Post Facto Clause* della Costituzione, che si compone di interessanti sottocategorie e di un’applicazione giurisprudenziale ugualmente articolata. Anche qui vale il discorso fatto per la *vagueness doctrine*: l’irretroattività della legge penale statunitense prende forma agli occhi dello studioso solo se vista nella sua cospicua applicazione concreta. A questo proposito, di particolare interesse sarà lo studio della gestione degli effetti retroattivi dell’interpretazione.

La giurisprudenza è comunque la vera protagonista dello sviluppo di questi strumenti e né la *vagueness doctrine* né la *Ex Post Facto Clause* possono essere che seriamente analizzate senza porre il formante giurisprudenziale al centro dell'analisi. La dottrina, però, non è assente e anzi svolge una fondamentale opera orientativa e organizzativa delle potenti "correnti" giurisprudenziali, a volte sistematizzando i "flussi" della *case law* e altre volte predicando, con notevole lungimiranza, lo sviluppo di questa.

Parlando di *case law*, ci si sarà probabilmente chiesti che fine abbia fatto l'elemento che caratterizza i sistemi c.d. di *common law*, cioè il vincolo del precedente. Il terzo strumento posto a presidio dei valori di certezza e di garanzia nel sistema penale americano è proprio lo *stare decisis*, con particolare attenzione al rapporto fra *precedent*, *overruling* e retroattività del mutamento giurisprudenziale. Occorrerà quindi valutare la forza di tale vincolo e, in seconda battuta, come si atteggi e come possa essere attenuato, con grande riguardo di situazioni che presentano rischi di *unfair surprise* a carico dei consociati, con lesione della certezza del diritto.

Va poi considerato che il tema dello *stare decisis* è, in un certo senso, trasversale sia alla *vagueness doctrine* che alla *Ex Post Facto Clause*. Infatti, da un lato, la stessa *case law* in tema di *vagueness* e irretroattività è composta da precedenti che, come tali, devono essere stabili e vincolanti.

Ma vi è di più: la stessa esistenza di tale vincolo dovrebbe rendere il diritto maggiormente certo. Da questo punto di vista, come anticipato, si mostra di grande interesse per il penalista la prospettiva della irretroattività *in action*. Infatti, il noto divieto stabilito dalla *Ex Post Facto Clause* si applica tendenzialmente solo alla legge e non all'interpretazione di questa. Viene però da chiedersi, com'è stato fatto,

che differenza corra fra l'una e l'altra impostazione. Poi, occorrerà analizzare fino a che punto siano praticabili soluzioni che tutelano i consociati in situazioni di incertezza interpretativa, quali il *prospective overruling*.

Dal punto di vista italiano quest'ultimo tema sembra inquadrabile nel divieto di retroattività. Tuttavia, la giurisprudenza aiuta a definire in modo sostanziale la stessa descrizione delle fattispecie proibite (come si vedrà parlando di *vagueness*), quindi il suo apporto non è indifferente per la stessa determinatezza.

In conclusione, con il presente lavoro si vogliono analizzare gli sforzi compiuti da dottrina e giurisprudenza statunitensi per rendere il tentacolare diritto penale d'oltreoceano maggiormente sicuro nella fase applicativa e rispettoso del principio di legalità che, anche negli Stati Uniti, costituisce principio ineludibile del sistema penale. L'opera sembra essere stata guidata, con esiti alterni, dal rispetto della *fair notice* e del principio di uguaglianza, declinato come “prevenzione di applicazioni discriminatorie o arbitrarie” della legge. L'obiettivo è ricavare, dalla peculiare impostazione nordamericana, indicazioni utili per tendere con maggiore efficacia a un diritto penale maggiormente certo e prevedibile.

# 1. La *void-for-vagueness doctrine*

SOMMARIO: 1.1. Introduzione; 1.1.1. Genesi storica; 1.1.2. Centralità della *vagueness doctrine* e aspetti problematici; 1.2. La multiforme *ratio* della *vagueness doctrine*; 1.2.1. La *fair notice*; 1.2.2. L'inafferrabilità in concreto del concetto di *fair notice*; 1.2.3. Il mantenimento della separazione dei poteri e suo superamento; 1.2.4. La prevenzione dell'uso arbitrario o discriminatorio della legge penale; 1.2.5. Espansione dell'elemento della *prevention of arbitrary enforcement*: aspetti critici; 1.2.6. Rapporti fra *fair notice* e *prevention of arbitrary enforcement*; 1.3. Il test giurisprudenziale della determinatezza. Fattori considerati nel bilanciamento; 1.3.1. Altri fattori considerati: fattori d'analisi impliciti; 1.4. Modalità d'esame della norma: esame "frontale" e "applicato"; 1.4.1. L'esame di costituzionalità frontale (c.d. "*facial challenge*"); 1.4.2. L'esame di costituzionalità della norma per come applicata in concreto (c.d. "*as applied*" challenge); 1.5. Conclusioni provvisorie sui rapporti fra *void-for-vagueness doctrine* e certezza del diritto.

## 1.1. Introduzione

La *vagueness doctrine*, come anticipato, è uno dei tre principali strumenti con il quale l'ordinamento statunitense si sforza di raggiungere un diritto maggiormente certo e prevedibile. L'istituto in esame cerca di pervenire al risultato attraverso l'implementazione dei classici valori della legalità. In proposito, raramente nella dottrina statunitense si sente parlare di problemi di legalità in modo diretto e in effetti non manca chi ha notato come l'argomento in sé suoni molto "accademico" e lontano dai problemi concreti che le corti e gli interpreti affrontano quotidianamente.<sup>5</sup>

In realtà non è affatto così: il principio di legalità, che in sé ha sicuramente l'ideale della certezza, prende vita in una molteplicità di istituti, fra cui, appunto la *void-for-vagueness doctrine*. L'istituto rappresenta il "braccio operativo" del

---

<sup>5</sup> H. PACKER, *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford, 1968, pp. 80-85.

*principle of legality* e richiede che la definizione legislativa di un fattispecie penale raggiunga un livello di precisione tale per cui sia possibile distinguere i contorni della condotta proibita ed evitare che la formulazione della fattispecie consenta un'applicazione discriminatoria o arbitraria della legge.<sup>6</sup>

La *void-for-vagueness doctrine* è un istituto non strettamente penalistico, in quanto trova origine ed è solitamente insegnato nell'ambito del diritto costituzionale. Tuttavia, le sue applicazioni più rilevanti sono nel diritto penale, dove il potere statale è al suo apice. L'istituto risponde a quelle esigenze che in Italia chiameremmo di determinatezza, richiedendo un'adeguata definizione della condotta proibita.<sup>7</sup> Tuttavia, come verrà reso chiaro nel prosieguo della trattazione, la *vagueness doctrine* assume connotati particolari in ragione del fatto di essere parte di un sistema c.d. di *common law* come quello statunitense.

### 1.1.1. Genesi storica

La *vagueness doctrine* è istituto di diritto costituzionale, in quanto discende dalla *Due Process Clause* del V<sup>8</sup> e XIV<sup>9</sup> Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti. Tramite la *vagueness doctrine* le corti statunitensi, sia statali che federali, possono dichiarare incostituzionale una norma (non necessariamente penale) perché

---

<sup>6</sup> J. C. JEFFRIES, *Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes*, in *Virginia Law Review*, vol. 71 (1985), 189, p. 196.

<sup>7</sup> J. F. DECKER, *Addressing Vagueness, Ambiguity, and Other Uncertainty in American Criminal Laws*, in *Denver University Law Review*, vol. 80 (2002), 241.

<sup>8</sup> *Fifth Amendment, Constitution of the United States of America*: "No person shall be [...] deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation."

<sup>9</sup> *Fourteenth Amendment, Constitution of the United States of America*, § 1: "All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws."

eccessivamente imprecisa nella sua formulazione, determinandone così l'espunzione dal sistema.

Risalendo alle origini della storia statunitense, la *vagueness doctrine* era assolutamente sconosciuta in epoca coloniale. Nessuna traccia ne recano neppure *Il Federalista*<sup>10</sup> né tantomeno i lavori preparatori alla Costituzione federale.<sup>11</sup>

Il problema iniziava ad affiorare gradualmente nella giurisprudenza del XIX secolo. In *Drake v. Drake*<sup>12</sup> una corte della Carolina del Nord dice in un *obiter dictum* che:

“una legge [...] espressa in termini così vaghi da non avere significato per coloro che la devono applicare [...] è necessariamente inefficace.”

Si intuiva dunque che ci fosse un problema con le norme, penali o civili che fossero, formulate in termini troppo ampi.<sup>13</sup> Tuttavia, il problema era risolto o attraverso la *strict construction*<sup>14</sup> o più in generale in via interpretativa, senza dare ancora un nome al costrutto giurisprudenziale per affrontare tali casi né tantomeno assegnando a questo una base costituzionale.

---

<sup>10</sup> *Il Federalista* (il cui titolo originale è *The Federalist*) è una raccolta di 85 saggi scritti sotto lo pseudonimo di “Publio” da Alexander Hamilton, James Madison e John Jay pubblicati tra il 1787 e il 1788 allo scopo di convincere l'assemblea dello stato di New York a ratificare la Costituzione federale. L'opera, pubblicata integralmente nel 1788, rappresenta una lucida esposizione del nuovo sistema di governo che era stato creato e a tutt'oggi rappresenta una fonte interpretativa autorevole della carta costituzionale.

<sup>11</sup> C. D. LOCKWOOD, *Defining Indefiniteness: Suggested Revisions to the Void-for-Vagueness Doctrine*, in *Cardozo Public Law, Policy and Ethics Journal*, vol. 8 (2009-2010), 255, p. 263.

<sup>12</sup> *Drake v. Drake*, 15 N.C. (1 Dev.) 110 (1833).

<sup>13</sup> C. D. LOCKWOOD, *Defining Indefiniteness*, cit., pp. 263-264.

<sup>14</sup> All'istituto della *strict construction*, detta anche *rule of lenity*, sarà fatto qualche breve cenno nel proseguo della trattazione. La regola è, in pillole, la trasposizione sul piano dell'interpretazione del canone *in dubio pro reo*: se sono plausibili più interpretazioni di una fattispecie penale, si dovrà preferire quella più favorevole al reo.

Per quanto riguarda la Corte Suprema, da notare in prima battuta è il caso *United States v. Reese*<sup>15</sup> dove già si può vedere chiaramente esplicitato il requisito della *fair notice* (adeguata informazione), che tuttora forma la base della *vagueness doctrine*:

“Le legge penali non dovrebbero essere scritte con linguaggio così incerto. Se il legislatore intraprende la definizione di un nuovo reato per legge e ne prevede la punizione, dovrebbe esprimere la sua volontà in un linguaggio che non raggiuri la mente comune. Ogni persona dovrebbe essere in grado di sapere con certezza quando commette un reato.”<sup>16</sup>

Il caso del 1891 *United States v. Brewer* rappresenta un passo ulteriore nella compiuta formulazione della moderna *vagueness doctrine*. La Corte Suprema notava che “le fattispecie incriminatrici devono essere esplicite al punto da consentire a tutti di capire quali atti ciascuno deve evitare di compiere”<sup>17</sup>.

Tuttavia, l’idea che una fattispecie penale eccessivamente indeterminata fosse contraria a quanto richiesto dalla *Due Process Clause* costituzionale emerse, con un certo grado d’approssimazione, solo fra il caso *Nash v. United States*<sup>18</sup> del 1914 e il caso *United States v. L. Cohen Grocery Co.*<sup>19</sup> del 1921.

---

<sup>15</sup> *United States v. Reese*, 92 U.S. 214 (1875).

<sup>16</sup> *United States v. Reese*, *cit.*, p. 220: “Penal statutes ought not to be expressed in language so uncertain. If the legislature undertakes to define by statute a new offence, and provide for its punishment, it should express its will in language that need not deceive the common mind. Every man should be able to know with certainty when he is committing a crime.”

<sup>17</sup> *United States v. Brewer*, 139 U.S. 278 (1891), p. 288: “[l]aws which create crime ought to be so explicit that all men subject to their penalties may know what acts it is their duty to avoid.”

<sup>18</sup> *Nash v. United States*, 229 U.S. 373 (1913).

<sup>19</sup> *United States v. L. Cohen Grocery Co.*, 255 U.S. 81 (1921).

Nel primo caso infatti, giudicando una parte dello *Sherman Act* conforme a Costituzione, il giudice Oliver Wendell Holmes Jr. scriveva, a limitare il principio enunciato nel caso *Brewer*, che:

“la legge è piena di esempi in cui il destino di un uomo dipende dal suo operare correttamente [...] una valutazione di grado. Se la sua valutazione è sbagliata, quest'uomo non solo rischierà una multa o un breve periodo di detenzione [...]; potrebbe persino incorrere nella pena di morte”<sup>20</sup>

*Justice* Holmes, tuttavia, non forniva una esplicita base costituzionale per la decisione presa. Nel caso *L. Cohen Grocery Co.* invece, per la prima volta emergeva una base costituzionale per la *void-for-vagueness doctrine*. Questo fondamento veniva trovato nel V e VI Emendamento<sup>21</sup> della Costituzione federale. Se il V Emendamento e la sua *Due Process Clause* sono tutt'ora fermamente alla base dell'istituto, la menzione del VI Emendamento diventò presto etichettata come uno “scivolone” nel processo di affinamento della *vagueness doctrine*.

Il passaggio finale per arrivare a stabilire il V e il XIV Emendamento come fondamenta costituzionali dell'istituto avvenne con il caso *Cline v. Frink Dairy Co.*<sup>22</sup> del 1927, che riguarda una legge statale *antitrust*. Il caso è cerniera perfetta con il

---

<sup>20</sup> *Nash v. United States*, 229 U.S. 373, p. 377 (1913): “[T]he law is full of instances where a man's fate depends on his estimating rightly [...] some matter of degree. If his judgment is wrong, not only may he incur a fine or a short imprisonment [...]; he may incur the penalty of death.”

<sup>21</sup> *Sixth Amendment, Constitution of the United States of America*: “In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defense.”

<sup>22</sup> 274 U.S. 445 (1927)

passato incerto e pre-costituzionale visto poco sopra: la Corte Suprema, nel dichiarare la fattispecie incostituzionale, *in primis* citava il caso *L. Cohen* e quindi sembrava fondare l'istituto sul V e VI Emendamento, ma poi "virava" inaspettatamente menzionando, quale base per invalidare la norma, il XIV Emendamento, che è veicolo per applicare anche ai singoli Stati e non al solo governo federale la *Due Process Clause* del V Emendamento.<sup>23</sup> La Corte giungeva così, nel 1927, a stabilire una volta per tutte i corretti appigli costituzionali della *vagueness doctrine*.<sup>24</sup>

### 1.1.2. Centralità della *vagueness doctrine* e aspetti problematici

È necessario notare che la *vagueness doctrine* ha rivestito e riveste una notevole importanza storica. L'istituto, pur essendo stato creato fermamente soltanto nel XX secolo a fronte di una Costituzione e di una Corte Suprema operanti fin già dalla fine del XVIII secolo, è stato al centro di tante "battaglie" giudiziali cariche di significati ulteriori rispetto a quelli giuridici.

In primo luogo, agli albori dell'istituto, le grandi *corporations* statunitensi lamentavano l'eccessiva indeterminatezza di leggi antitrust come lo *Sherman Act* federale.<sup>25</sup> Poi, nel dopoguerra, al centro del mirino erano finite le fattispecie dirette

---

<sup>23</sup> *Cline v. Frink Dairy Co., cit.*, p. 465: "The Cohen Case was a violation of a federal law and involved the Fifth and Sixth Amendments, the first providing that no person shall be deprived of life, liberty, or property without due process of law, and the second that in all criminal prosecutions the accused shall enjoy the right to be informed of the nature and cause of the accusation. We are now considering a case of state legislation and threatened prosecutions in a state court where only the Fourteenth Amendment applies, but that requires that there should be due process of law and this certainly imposes upon a state an obligation to frame its criminal statutes so that those to whom they are addressed may know what standard of conduct is intended to be required."

<sup>24</sup> C. D. LOCKWOOD, *Defining Indefiniteness, cit.*, pp. 264-266.

<sup>25</sup> Cfr. *Waters-Pierce Oil Co. v. Texas*, 212 U.S. 86 (1909), *Standard Oil Co. of N.J. v. United States*, 221 U.S. 1 (1911) e *United States v. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106, (1911).

a punire chi si associava col partito comunista<sup>26</sup> e, due decenni dopo, le previsioni normative dirette a punire la condotta degli attivisti per i diritti civili<sup>27</sup> o ancora dei manifestanti contro la guerra in Vietnam<sup>28</sup>. Più avanti, in tema di diritto all'aborto, si era denunciata l'eccessiva imprecisione di fattispecie dirette sia ai fornitori di tali servizi<sup>29</sup> che ai manifestanti *pro-life* antiabortisti.<sup>30</sup>

Nei paragrafi che seguiranno descriveremo questa centrale ma assolutamente peculiare espressione dell'esigenza di determinatezza e, quindi, di certezza evidenziandone il momento creativo, l'evoluzione giurisprudenziale ma anche i tanti lati oscuri. La *vagueness*, infatti, è sicuramente un "punto forte" nella tensione verso il raggiungimento della certezza del diritto oltre che uno dei cardini del principio di legalità statunitense ma, nonostante la sua centralità, pone tante domande alle corti e agli interpreti. I giudici, infatti, operano con disinvoltura l'esame di determinatezza ma incontrano poi notevoli difficoltà nello spiegare le fondamenta e la *ratio* ultima dell'istituto. Per colmare queste lacune, interviene la dottrina che, come è fisiologico, propone diverse tesi che, per molte ragioni, faticano poi ad imporsi in giurisprudenza.<sup>31</sup>

I punti da chiarire, comunque, sono molteplici. Prima di tutto, bisogna accertare a che *ratio* risponda la *vagueness doctrine*. Infatti, pur essendo stata definita "una delle più importanti garanzie di libertà in un sistema giuridico"<sup>32</sup>, solo

---

<sup>26</sup> Cfr. *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951).

<sup>27</sup> Cfr. *Bouie v. City of Columbia*, 378 U.S. 347 (1964) e *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972).

<sup>28</sup> Cfr. *Reynolds v. Tennessee*, 414 U.S. 1163 (1974).

<sup>29</sup> Cfr. *United States v. Vuitch*, 402 U.S. 62 (1971).

<sup>30</sup> Cfr. *Hill v. Colorado*, 530 U.S. 703 (2000).

<sup>31</sup> R. BATEY, *Vagueness and the Construction of Criminal Statutes – Balancing Acts*, in *Virginia Journal of Social Policy & the Law*, vol. 5 (1997), 1, p. 1.

<sup>32</sup> "Among the most important guarantees of liberty under law." C. R. SUNSTEIN, *Legal reasoning and political conflict*, New York, 1996, p. 102.

in poche occasioni la giurisprudenza e in particolare la Corte Suprema hanno esplicitato i capisaldi dell'istituto e quando l'hanno fatto, peraltro, ciò non è avvenuto senza contraddizioni.<sup>33</sup> Spesso infatti il massimo giudice federale giustifica le proprie decisioni in tema di *vagueness* appoggiandosi a formule standard, senza diffondersi in spiegazioni articolate. Inoltre, a rendere il quadro più confuso, alcuni aspetti dell'istituto, all'inizio considerati fondamentali, sono col tempo sfumati nell'evoluzione giurisprudenziale fino a scomparire e venendo sostituiti da altri, a loro volta bisognosi di definizione.<sup>34</sup>

Un altro aspetto problematico è quello relativo ai limiti del potere d'invalidare una legge perché *unconstitutionally vague*. In particolare, ci si chiede se il giudice possa operare un esame della norma in astratto (senza particolare attenzione alle circostanze del caso portato alla sua attenzione) o se invece egli debba rimanere strettamente ancorato all'applicazione della fattispecie nel caso concreto.<sup>35</sup>

Inoltre, entrando nel merito della *doctrine*, ci si domanda come debba orientarsi il giudice nell'analisi di determinatezza. Più nello specifico, l'interrogativo da porsi è relativo a quali fattori il giudice debba considerare nella valutazione e dove si situi il limite di tolleranza costituzionale dell'indeterminatezza di una norma.<sup>36</sup>

Infine, bisogna stabilire se questo limite sia uguale per tutte le norme o se certe categorie normative necessitino di un metro più stringente. La Corte Suprema, infatti, ha spesso evidenziato che, ad esempio, le fattispecie penali sono soggette ad un metro più stringente rispetto a fattispecie di altra natura o, ancora, che se la condotta

---

<sup>33</sup> A. G. AMSTERDAM, *The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court – A Means to an End*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 109 (1960), 67, p. 71.

<sup>34</sup> A. E. GOLDSMITH, *The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court, Revisited*, in *American Journal of Criminal Law*, vol. 30, p. 280.

<sup>35</sup> Si veda sul punto il paragrafo 1.4.

<sup>36</sup> J. C. JEFFRIES, *Legality*, *cit.*, p. 196.

proibita è al confine con la tutela della libertà d'espressione o di altro diritto costituzionale, allora si debba richiedere al legislatore un particolare sforzo definitorio.

A conclusione di questa breve introduzione, è bene anticipare che la *vagueness doctrine* prende vita nella giurisprudenza tramite quello che oltreoceano viene chiamato un *test* giurisprudenziale, una figura cioè che il giurista di *civil law* può rappresentarsi come un'equazione, il cui risultato, a seconda che sia inferiore o superiore a una certa soglia, determina la dichiarazione d'incostituzionalità o meno della norma. Il problema consiste nel fatto che alcuni fattori di questa equazione sono espliciti mentre altri sono impliciti e si possono solo dedurre dalla lettura complessiva delle decisioni, il che a sua volta aumenta la difficoltà di un eventuale sforzo di sistematizzazione dell'istituto.

Si può anche immaginare il giudizio di determinatezza come un'operazione di bilanciamento, dove le corti pesano (non senza valutazioni prettamente politiche) vari elementi, quale ad esempio l'importanza dell'obiettivo legislativo o la necessità del linguaggio impreciso, per determinare la conformità della fattispecie ai dettami del *due process*.<sup>37</sup>

Secondo la giurisprudenza, le domande da porsi nell'ambito del *test* di determinatezza per decidere della conformità a Costituzione della norma sono due: la legge fornisce adeguata informazione al cittadino sulla condotta proibita o richiesta (*fair notice*)? E poi: la norma fornisce uno standard di colpevolezza sufficientemente chiaro così da non incoraggiare un'applicazione delle fattispecie arbitraria o

---

<sup>37</sup> R. BATEY, *Balancing Acts*, cit., p. 7-8.

discriminatoria (*prevention of arbitrary or discriminatory enforcement*)?<sup>38</sup> Il test applicativo dell'istituto, come anticipato, è descritto con semplicità dalla Corte Suprema ma nasconde, sotto la superficie, una realtà più complessa e difficilmente governabile da corti e interpreti. Parte di questa verità sarebbe, secondo alcuni, che la *vagueness* altro non è che uno strumento maneggevole che il massimo giudice federale e, a cascata, tutte le altre corti statunitensi impiegano per raggiungere obiettivi che esulano dal semplice rispetto del canone costituzionale del *due process*.<sup>39</sup>

Le tensioni sottostanti la *vagueness doctrine* si possono riassumere notando come, da un lato, tutti si trovano d'accordo sull'affermazione che una fattispecie così imprecisa da non poter essere compresa dall'uomo di "comune intelligenza" sia incostituzionale ma, dall'altro, è altrettanto vero che nessuno ha mai messo in discussione la famosa affermazione di Oliver Wendell Holmes Jr. per cui "la legge è piena di esempi in cui il destino di un uomo dipende dal suo operare correttamente [...] una valutazione di grado. Se la sua valutazione è sbagliata, quest'uomo non solo rischierà una multa o un breve periodo di detenzione [...]; potrebbe persino incorrere nella pena di morte."<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> J. F. DECKER, *Addressing Vagueness, Ambiguity, and Other Uncertainty in American Criminal Laws*, in *Denver University Law Review*, vol. 80 (2002), 241 e R. BATEY, *Balancing Acts*, cit., p.4.

<sup>39</sup> A. G. AMSTERDAM, *The Void-for-Vagueness Doctrine*, cit., pp. 72-73.

<sup>40</sup> *Nash v. United States*, cit., p. 377 (1913): "[T]he law is full of instances where a man's fate depends on his estimating rightly [...] some matter of degree. If his judgment is wrong, not only may he incur a fine or a short imprisonment [...]; he may incur the penalty of death."

## 1.2. La multiforme *ratio* della *vagueness doctrine*

### 1.2.1. La *fair notice*

L'aspetto più intuitivo della composita *ratio* della *vagueness doctrine* è quello di garantire una adeguata informazione ai consociati. Il concetto è ben riassunto utilizzando il termine “*fair notice*”: la legge, si dice, deve fornire ai consociati una adeguata informazione sulla condotta proibita così da consentire loro di effettuare informate scelte d'azione.<sup>41</sup>

Presupposto di questo primo aspetto della *doctrine* è, ovviamente, che i soggetti siano in effetti capaci di orientare la propria condotta. Così, *Justice Marshall* nell'opinione di maggioranza del caso *Grayned v. City of Rockford*<sup>42</sup> scrive che:

“Siccome è necessario presumere che l'uomo sia capace di destreggiarsi fra condotta lecita e illecita, richiediamo che la legge dia alla persona di ordinaria intelligenza una ragionevole opportunità di conoscere ciò che è proibito, così che questa possa regolarsi di conseguenza.”<sup>43</sup>

La Corte Suprema riassume in modo elegante l'elemento della *fair notice* nel caso *Connally v. General Construction Co.* del 1926, uno dei *leading cases* in tema di *vagueness*:

---

<sup>41</sup> J. C. JEFFRIES, *Legality*, cit., p. 205 e P.H. ROBINSON, *Fair Notice and Fair Adjudication: Two Kinds of Legality*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 154 (2005), 334, pp. 356-363.

<sup>42</sup> *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972).

<sup>43</sup> “[B]ecause we assume that man is free to steer between unlawful and lawful conduct, we insist that laws give the person of ordinary intelligence a reasonable opportunity to know what is prohibited, so that he may act accordingly. *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104, p. 108.

“I termini di una fattispecie penale [...] devono essere abbastanza espliciti da informare quelli che vi sono sottoposti riguardo a quale condotta li renderà soggetti alle pene previste [...] e una legge che proibisce o richiede il compimento di un atto in termini così imprecisi che uomini di comune intelligenza possono solo supporre il significato [...] viola il primo fondamento del giusto processo [*due process*]”<sup>44</sup>

Il riferimento all’“uomo di comune intelligenza” o alla “persona ragionevole”, si vedrà, è il *leitmotif* principale della *vagueness doctrine*.

Bisogna domandarsi cosa si intenda per *fair notice*. Di certo, considerato che negli Stati Uniti vige il principio *ignorantia legis non excusat*, non ci si riferisce alla conoscenza effettiva della legge penale.<sup>45</sup> Piuttosto, il parametro considerato è quello della conoscibilità, nel senso che il soggetto avrebbe avuto la possibilità di conoscere la condotta proibita, se avesse effettuato un tentativo in tal senso.<sup>46</sup> Nonostante questa sia la nozione accolta in giurisprudenza, non sono però mancate critiche al concetto di *fair notice* costruito come conoscibilità in astratto della legge penale, ma per una disamina completa delle ricostruzioni alternative del concetto è bene rimandare *infra* al paragrafo 1.2.2.

Il primo caso in cui si afferma chiaramente la necessità che uno *statute* fornisca un “onesto avvertimento” al cittadino così che questi possa informare la propria condotta appartiene alla “preistoria” della *vagueness doctrine* ed è *United States v.*

---

<sup>44</sup> *Connally v. General Construction Co.*, 269 U.S. 385 (1926), pp. 221-222: “[T]he terms of a penal statute creating a new offense must be sufficiently explicit to inform those who are subject to it what conduct on their part will render them liable to its penalties [...] and a statute which either forbids or requires the doing of an act in terms so vague that men of common intelligence must necessarily guess at its meaning [...] violates the first essential of due process of law.”

<sup>45</sup> R. BATEY, *Balancing Acts*, *cit.*, p.4.

<sup>46</sup> J. F. DECKER, *Addressing Vagueness*, *cit.*, p. 248 e A. HILL, *Vagueness and Police Discretion: The Supreme Court in a Bog*, in *Rutgers Law Review*, vol. 51 (1999), 1289, p. 1304.

*Reese*.<sup>47</sup> Nel caso di specie, due ispettori elettorali del Kentucky avevano ingiustificatamente impedito ad un cittadino afroamericano l'esercizio del diritto di voto. Tuttavia, all'epoca, come si è visto *supra* al paragrafo 1.1.1, la *vagueness doctrine* non era ancora stata articolata compiutamente e, infatti, la decisione in parola non rappresenta una chiara enunciazione dell'istituto ma riguarda piuttosto l'interpretazione di una fattispecie federale che puniva chiunque "tramite l'uso di violenza, corruzione, minacce, intimidazione o altri mezzi illeciti" impedisca a taluno l'esercizio del diritto di voto.

Il XV Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti limita però il potere del governo federale, in materia di protezione del diritto di voto, ai casi in cui vengano compiute discriminazioni sulla base di "razza, colore o previa condizione di schiavitù."<sup>48</sup> Perciò, proponendo un'interpretazione restrittiva ma anti-letterale dell'ampia fattispecie di cui sopra, in giudizio il governo proponeva di limitare il fuoco della norma alle sole discriminazioni razziali.

La Corte Suprema rispondeva rigettando *in toto* la tesi governativa, stabilendo che:

"Le leggi che proibiscono certe azioni e che prevedono una pena per le violazioni devono avere un significato univoco. Un cittadino non deve essere messo in una situazione per la quale, compiendo un errore interpretativo scusabile, si trovi perciò

---

<sup>47</sup> *United States v. Reese*, 92 U.S. 214 (1875).

<sup>48</sup> *Fifteenth Amendment, Constitution of the United States of America*, § 1: "The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any state on account of race, color, or previous condition of servitude."

soggetto a procedimento penale... [...] Ogni persona deve essere in grado di sapere con certezza quando sta violando la legge penale.”<sup>49</sup>

Il requisito della certezza necessario a promuovere la libertà dei cittadini assume poi un significato tutto particolare se la condotta proibita non è solo lecita ma rappresenta esercizio di un diritto costituzionalmente garantito, quale, ad esempio, la libertà d’espressione. In questo caso, l’imprecisione della norma penale non è solo dannosa perché rischia di sorprendere l’ignaro cittadino che abbia la sfortuna di incapparvi, ma colpisce, in un modo assolutamente peculiare, anche altri soggetti detentori del medesimo diritto. Questi ipotetici individui, fruitori solo potenziali della *freedom of speech*, intimoriti dalla forza punitiva della fattispecie i cui limiti non sono chiari, preferiscono non esercitare il proprio diritto per timore di incorrere nella sanzione penale. Nella dottrina e giurisprudenza statunitense, questo perverso effetto delle fattispecie indeterminate sui diritti costituzionali prende l’evocativo nome di *chilling effect* e cioè “effetto congelamento”.<sup>50</sup> Per citare ancora una volta l’opinione della Corte in *Grayned v. City of Rockford*, quando una fattispecie indeterminata:

“confina con l’area sensibile di libertà garantita dal I Emendamento, questa ha l’effetto di inibire l’esercizio di quelle libertà. Le incertezze nel significato della norma conducono inevitabilmente i cittadini a tenersi ben lontani dalla zona proibita,

---

<sup>49</sup> *United States v. Reese, cit.*. “Laws which prohibit the doing of things, and provide a punishment for their violation, should have no double meaning. A citizen should not unnecessarily be placed where, by an honest error in the construction of a penal statute, he may be subjected to a prosecution... [...] Every man should be able to know with certainty when he is committing a crime.”

<sup>50</sup> Si veda diffusamente *infra* al paragrafo 1.4..

molto di più di quanto non farebbero se i contorni della fattispecie fossero chiaramente evidenziati.<sup>51</sup>

Si sottolinea quindi che, a fronte di una tutela generalizzata della libertà dei cittadini messa a repentaglio da fattispecie formulate in modo troppo impreciso, la preoccupazione di tutelare condotte costituzionalmente protette e necessarie alla crescita e alla vitalità dello stato democratico rende necessario un metro di valutazione della determinatezza molto più stringente. Inoltre, come vedremo più avanti parlando di come una formulazione indeterminata incoraggi un uso discriminatorio della fattispecie, questa speciale attenzione riservata nella *vagueness doctrine* a certi diritti costituzionali è maggiormente giustificata se si considera che la repressione di forme espressive è di rado mirata all'espressione del pensiero in sé ma è più spesso costruita per colpire chi esprime solo un certo punto di vista sgradito.

In conclusione, in oltre un secolo di evoluzione giurisprudenziale, il massimo giudice federale ha cristallizzato il requisito della *fair notice* riferendosi da un lato all'uomo di comune intelligenza ma ricordando, dall'altro, che è impossibile ottenere una certezza matematica dalla formulazione di una fattispecie. Di conseguenza, il soggetto che pericolosamente si avvicina al limite di rilevanza penale di una condotta lo fa, in parte, a proprio rischio.<sup>52</sup> Ciò considerato, la soglia minima di precisione per consentire all'uomo di *common intelligence* di avere un *fair warning* sulla condotta

---

<sup>51</sup> Così il giudice Marshall, citando a sua volta frammenti di decisioni precedenti, in *Grayned v. City of Rockford*, cit., p. 109: "where a vague statute "abut[s] upon sensitive areas of basic First Amendment freedoms," it "operates to inhibit the exercise of [those] freedoms." Uncertain meanings inevitably lead citizens to "steer far wider of the unlawful zone' . . . than if the boundaries of the forbidden areas were clearly marked."

<sup>52</sup> Si veda *Boyce Motor Lines, Inc. v. United States*, 342 U.S. 337 (1952), p. 340, citata all'inizio del paragrafo 1.2.2.

proibita è quella della ragionevole certezza, non potendosi, considerate le limitazioni intrinseche ed estrinseche, chiedere nulla di più al legislatore.<sup>53</sup> L'analisi appena svolta, oltre che utile per comprendere la vera natura della *vagueness doctrine*, tornerà molto utile, in chiusura del capitolo II, in tema di “retroattività occulta” in caso di interpretazioni “imprevedibili” della legge penale.

### 1.2.2. L'inafferrabilità in concreto del concetto di *fair notice*

La carenza di potere informativo della fattispecie penale nei confronti del cittadino come base della dichiarazione d'incostituzionalità per *vagueness* è, intuitivamente, molto accattivante. Tuttavia, a detta di molti, se appena si compisse uno sforzo d'analisi oltre i confini di questa prima intuizione, si scoprirebbe una realtà più complessa: l'elemento della *fair notice*, presentatosi a prima vista come una giustificazione plausibile ed esaustiva della *vagueness doctrine*, in realtà si rivelerebbe, sotto il proprio volto pulito e rassicurante, vuoto e irreale.<sup>54</sup>

Occorre però procedere con ordine. In primo luogo va considerato quanto scrive Justice Clark nella *opinion of the Court* del caso *Boyce Motor Lines v. United States*. In quella sede ci viene ricordato che, da un lato, il linguaggio incontra dei limiti intrinseci insuperabili mentre, dall'altro, che la *vagueness* è in fondo un bilanciamento di esigenze contrapposte:

“poche parole possiedono la precisione dei simboli matematici, molte leggi devono fare i conti con variazioni incalcolabili e impreviste e le necessità pratiche del governare limitano inevitabilmente la specificità con cui il legislatore redige le

---

<sup>53</sup> C. D. LOCKWOOD, *Defining Indefiniteness*, cit., pp. 271-272.

<sup>54</sup> J. C. JEFFRIES, *Legality*, cit., p. 206.

fattispecie penali. Di conseguenza, non si può chiedere nulla più di un grado di certezza ragionevole. Allo stesso tempo, non è ingiusto richiedere che chi deliberatamente si aggira vicino al confine del penalmente rilevante sopporti il rischio di attraversare quel confine.”<sup>55</sup>

Escluso che si debba fare riferimento al singolo imputato, le corti misurano il potere informativo di una fattispecie su di un ipotetico soggetto ordinario e richiedono, in positivo, perlomeno la pubblicazione della legge. Il problema è che la persona media non spende troppo tempo ad informarsi sulle leggi di nuova promulgazione né tantomeno a studiare gli *statutes* già esistenti. Se poi si considera che l’interpretazione giurisprudenziale di una norma viene a pieno titolo considerata parte della norma stessa e sottoposta al medesimo onere di conoscenza, il criterio diviene ancora meno realistico, dato che il soggetto medio non ha alcuna conoscenza delle molteplici *judicial glosses*.<sup>56</sup>

La soluzione spesso proposta dalla giurisprudenza è quella di riparametrare l’analisi, chiedendosi se un soggetto con una buona conoscenza della fattispecie e della sua interpretazione avrebbe avuto “adeguata informazione” della condotta punita.<sup>57</sup> Ancora, in dottrina si è proposto di considerare la *fair notice* come una

---

<sup>55</sup> *Boyce Motor Lines, Inc. v. United States*, 342 U.S. 337 (1952), p. 340: “*But few words possess the precision of mathematical symbols, most statutes must deal with untold and unforeseen variations in factual situations, and the practical necessities of discharging the business of government inevitably limit the specificity with which legislators can spell out prohibitions. Consequently, no more than a reasonable degree of certainty can be demanded. Nor is it unfair to require that one who deliberately goes perilously close to an area of proscribed conduct shall take the risk that he may cross the line.*”

<sup>56</sup> R. BATEY, *Balancing Acts*, cit., p. 5 e J. C. JEFFRIES, *Legality*, cit., pp. 206-207.

<sup>57</sup> Ad esempio, si veda il caso della Corte d’Appello federale per la terza giurisdizione *Helton v. Fauver*, 930 F.2d 1040 (3rd Cir. 1991), p. 1052, citato da R. BATEY, *Balancing Acts*, cit., p. 5.

*lawyer's notice*, intesa come la conoscenza che un soggetto avrebbe avuto se avesse usufruito della possibilità di chiedere assistenza ad un professionista del diritto.<sup>58</sup>

Merita poi menzione un ulteriore tentativo di reinterpretazione del parametro informativo della *vagueness doctrine*. Una legge sarebbe imprecisa ed in violazione del canone costituzionale se “una persona rispettosa della legge nella situazione dell’agente non avrebbe avuto alcuna ragione per evitare di compiere l’azione incriminata”.<sup>59</sup> La tesi ha il pregio di dare rilievo ai costumi sociali e, in certa misura, alle norme di cultura, puntando ad identificare quella categoria di casi dove la mancanza di adeguata informazione è davvero *unfair*, cioè quando un soggetto normalmente obbediente ai dettami legislativi viene tesa una “trappola legislativa”. Il punto dolente della tesi è però sempre il medesimo: come può una corte identificare con certezza l’ipotetico *law-abiding citizen*?

Secondo molti infatti (fra cui la stessa Corte Suprema<sup>60</sup>) la soluzione non risiederebbe nel trovare un nuovo “magico” soggetto ipotetico che finalmente faccia “quadrare il cerchio” della *fair notice*. La verità è infatti che tale requisito, dotato come detto di un forte richiamo intuitivo, lascia piuttosto insoddisfatto l’interprete che cerchi di concretizzarlo e di “farlo vivere” nella realtà.

Considerati questi persuasivi argomenti, sarebbe necessario concludere che la *fair notice*, presentatasi elegantemente sulla scena, ne uscirebbe però malridotta. Se questa “adeguata informazione” richiede perlomeno che il soggetto si renda conto

---

<sup>58</sup> J. C. JEFFRIES, *Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes*, in *Virginia Law Review*, vol. 71 (1985), 189, p. 211.

<sup>59</sup> J. C. JEFFRIES, *Legality*, cit., p. 231: “a law-abiding person in the actor’s situation would not have had reason to avoid the proscribed conduct”.

<sup>60</sup> Il supremo giudice federale ha infatti, in numerose occasioni, sottolineato che l’aspetto informativo della *vagueness doctrine* non è più da considerarsi l’elemento preminente della *ratio* dell’istituto, a favore dell’aspetto preventivo di abusi di discrezionalità. Su questo punto si veda diffusamente *infra*, sub 1.2.3..

dell'illiceità penale della sua condotta, perché l'ordinamento contiene un principio del tenore di *ignorantia legis non excusat*? La risposta è che la *fair notice* presa sul serio non sarebbe niente più che una favola rassicurante ma inevitabilmente frutto dell'immaginazione.<sup>61</sup>

La conclusione è sicuramente troppo drastica e non ci si può certo permettere di espungere il fondamentale concetto di *fair notice* dall'analisi, data peraltro la sua importanza vitale nell'ambito del concetto di certezza come prevedibilità del diritto. La soluzione potrebbe consistere nel prendere l'idea di "giusto avvertimento" non troppo alla lettera e nel non voler pretendere troppo da un'idea giusta ma inevitabilmente riassuntiva di un ideale di sistema più che descrittiva della realtà.

Una diversa soluzione maggiormente tecnica per uscire dall'*impasse* (ma che, a nostro avviso, lascia intatta la bontà di quanto appena detto) sarebbe quella spostare il baricentro della *vagueness doctrine* dall'aspetto informativo all'aspetto garantistico di prevenzione dell'uso discriminatorio della fattispecie, cioè quale argine verso fattispecie così imprecise da lasciare la determinazione della condotta proibita interamente ai *law enforcement officers* (questa operazione è in effetti avvenuta, come si vedrà diffusamente *sub* 1.2.3). L'idea sarebbe la seguente: se come soggetto dell'analisi si considera non il cittadino medio ma l'operatore professionale (la cui discrezionalità va opportunamente contenuta e il quale ragionevolmente avrà studiato le leggi vigenti) l'intero istituto acquista una maggiore linearità. Infatti, sarebbe più realistico valutare il potere informativo di una fattispecie rapportato a chi la leggerà davvero, anche se solo per calibrare lo svolgimento dei propri doveri d'ufficio.<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> J. C. JEFFRIES, *Legality, cit.*, pp. 208-211.

<sup>62</sup> R. BATEY, *Balancing Acts, cit.*, pp. 5-6 e J. C. JEFFRIES, *Legality, cit.*, pp. 212-219.

### **1.2.3. Il mantenimento della separazione dei poteri e suo superamento**

Un secondo aspetto della multiforme *ratio* della *vagueness doctrine* è quello relativo al mantenimento della separazione dei poteri.<sup>63</sup> Il punto in discorso è di grande familiarità al giurista italiano, in quanto è noto che il legislatore, formulando una fattispecie vaga, sostanzialmente delega al giudice la scelta delle condotte punibili. Ciò è inaccettabile nell'architettura costituzionale di uno stato basato sulla divisione dei poteri sulla falsariga del modello pensato da Montesquieu, dove il parlamento soltanto, direttamente responsabile davanti ai cittadini, deve decidere quali condotte punire con una sanzione potenzialmente privativa della libertà personale.

Oltre ad essere familiare, però, l'idea che l'indeterminatezza porti ad una delega impropria del potere legislativo in capo ai giudici è intuitiva e quasi non necessita di elaborazione per essere compresa. In realtà, si nota qui una carenza di elaborazione del concetto nella dottrina statunitense, dove si trova affermato che, una volta promulgata una fattispecie penale anche estremamente imprecisa, la separazione dei poteri sarebbe rispettata, senza notare come si tratti di un rispetto solo formale.

Ciò si riflette forse nella giurisprudenza statunitense, che preferisce recuperare la tutela contro l'eccesso di delega in modo diverso. Anziché concentrarsi sulla separazione dei poteri (che nell'evoluzione dell'istituto è, come si vedrà, ormai scomparsa), gli interpreti si focalizzano sul rischio di discriminazione che un eccesso di delega comporta, dando vita a quell'aspetto della *ratio* della *vagueness* descritto al

---

<sup>63</sup> P.H. ROBINSON, *Fair Notice*, cit., pp. 356-363.

paragrafo 1.2.4. come *prevention of arbitrary enforcement*, dai contenuti spiccatamente più garantistici.

Nel già citato caso *United States v. Reese*<sup>64</sup> avevamo visto la *Supreme Court* di Washington alle prese con una fattispecie dai contorni alquanto incerti, volta a punire qualsiasi condotta impeditiva dell'esercizio del diritto di voto. Il governo degli Stati Uniti proponeva alla corte di definire con maggiore precisione, in via interpretativa, il fuoco della norma. Questa richiesta veniva avanzata quando era testualmente chiara la vaghezza della formulazione.

La Corte rigettava decisamente la proposta "interpretazione ortopedica", motivando che:

"Sarebbe certamente dannoso se il legislatore fosse autorizzato a costruire una "rete" abbastanza estesa così da "catturare" tutti i possibili criminali, lasciando che siano poi le corti a decidere chi condannare e chi assolvere. Questa operazione comporterebbe, in un certo senso, la sostituzione del potere giudiziario a quello legislativo."<sup>65</sup>

Il punto era chiaro già dal 1875 ai giudici federali di Washington ed espresso in modo elaborato ma categorico, tanto che poche righe dopo si legge che "limitare interpretativamente la fattispecie nel modo richiesto equivarrebbe a creare una nuova

---

<sup>64</sup> *United States v. Reese, cit.*

<sup>65</sup> "It would certainly be dangerous if the legislature could set a net large enough to catch all possible offenders, and leave it to the courts to step inside and say who could be rightfully detained, and who should be set at large." *United States v. Reese, cit.*, p. 221.

fattispecie e non solo ad applicarne una già esistente. Ciò che ci viene richiesto non è parte del nostro dovere.”<sup>66</sup>

Escludendo per un momento la necessità di una formulazione vaga di certe fattispecie, sono state avanzate in dottrina tre possibili ragioni che potrebbero motivare un corpo legislativo a creare previsioni penali imprecise. In primo luogo, la formulazione imprecisa di una fattispecie, con correlativa delega del potere legislativo al giudice, potrebbe funzionare come scusa precostituita per il legislatore qualora la previsione non funzioni, imputando la mancanza d’efficacia al potere giudiziario. Inoltre, in maniera forse più convincente, una fattispecie formulata in termini vaghi consentirebbe di raccogliere il consenso dei parlamentari più velocemente. Infine, l’imprecisione lascerebbe più margine di manovra al rappresentante politico per giustificare ogni volta in modo diverso l’esistenza della legge a ciascun segmento dell’elettorato.<sup>67</sup>

Sorprendentemente però dopo molte convinte affermazioni del principio, il massimo giudice federale ha negli ultimi decenni progressivamente abbandonato la *separation of powers* come principio fondante della *vagueness doctrine*. Ciò è probabilmente avvenuto per ragioni pratiche più che dogmatiche. In tema, però, è solo possibile fare delle ipotesi. Fra queste, una è abbastanza plausibile. Nel corso degli anni, con l’avvento dell’era dei diritti civili a partire dalla metà degli anni ’50, in cima all’agenda della Corte, all’epoca di spiccata tendenza *liberal*, balzò la tutela delle minoranze dagli abusi della maggioranza. Per raggiungere questo fine, serviva una versione della *vagueness doctrine* più spiccatamente garantistica, focalizzata

---

<sup>66</sup> “To limit this statute in the manner now asked for would be to make a new law, not to enforce an old one. This is no part of our duty.”

<sup>67</sup> G. K. HADFIELD, *Weighing the Value of Vagueness: An Economic Perspective on Precision in the Law*, in *California Law Review*, vol. 82, p. 550.

sulla tutela dei diritti dalle prevaricazioni del potere statale. La Corte, allora, operò, più o meno deliberatamente, un forte *maquillage* al volto della *vagueness doctrine*, abbandonando il più neutro elemento del mantenimento della separazione dei poteri a favore dell'oggi dominante "prevenzione di un uso discriminatorio della legge".

In definitiva, se nel precedente paragrafo abbiamo analizzato come una fattispecie formulata in modo vago non fornisca al soggetto gli strumenti sufficienti per orientare la propria condotta, nel presente paragrafo abbiamo visto che la stessa imprecisione costituisce una delega implicita al giudice della funzione legislativa.

Tuttavia, come anticipato, nonostante la loro forza intuitiva, queste due possibili giustificazioni della *vagueness doctrine* lasciano in ombra alcuni lati oscuri dell'istituto e non sono oggi da annoverarsi fra i suoi elementi principali. Infatti, a ben vedere, certe dichiarazioni d'incostituzionalità per *vagueness* non sono affatto basate né sull'una né sull'altra di queste ragioni. È necessario dunque concludere che la *vagueness* esorbita da quelli che possiamo considerare i suoi confini "classici" per arrivare a proteggere la libertà del singolo in ulteriori situazioni. È per questo che la Corte Suprema ha, nel corso degli anni, svalutato il requisito della *fair notice* e della *separation of powers* favore della *prevention of arbitrary enforcement*, di cui ora ci accingiamo a parlare.

#### **1.2.4. La prevenzione dell'uso arbitrario o discriminatorio della legge penale**

Nella giurisprudenza costituzionale della Corte Suprema oggi si evidenzia in modo preminente che la *vagueness doctrine* è argine contro applicazioni arbitrarie o, peggio, discriminatorie della legge. Tale aspetto garantistico mette in luce l'intima connessione che l'istituto ha più o meno esplicitamente sempre mostrato con la tutela

dei diritti individuali.<sup>68</sup> L'insegnamento ormai costante è che le fattispecie indeterminate forniscono eccessiva discrezionalità a chi le applica, che si trova dunque a determinare, di fatto, il contenuto della previsione normativa. In questa determinazione, slegata da parametri legalmente dati e ancorata alla sola discrezione dell'autorità, si nasconde una potenziale discriminazione, perché gli operatori useranno, come parametro di giudizio, ciò che essi ritengono essere giusto e conforme alla legge. Questo parametro, oltre che essere difficilmente individuabile, sarà anche inevitabilmente soggettivo.<sup>69</sup> In questo senso, dunque, l'elemento in esame svolge una funzione simile al divieto imposto ai giudici di creare nuovi reati, ma si focalizza sull'agire non dei giudici ma piuttosto di pubblici ministeri e agenti di polizia.<sup>70</sup>

In un'ottica più generale, l'aspetto garantistico della *ratio* della *vagueness doctrine* rientra nell'alveo della tradizione più classica della *rule of law* come argine all'esercizio arbitrario dei poteri coercitivi dello stato, che si pone come obiettivo un'azione pubblica prevedibile ed imparziale. Da qui, l'importanza di avere, nel più limitato ambito della *vagueness doctrine*, leggi chiare che da un lato guidino con vigore l'azione pubblica<sup>71</sup> mentre dall'altro rendano più facile la scoperta di

---

<sup>68</sup> A. G. AMSTERDAM, *The Void-for-Vagueness Doctrine*, cit., p. 88, T. W. SUN, *Equality by Other Means: The Substantive Foundations of the Vagueness Doctrine*, in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 46 (2011), 149, pp. 157-170 e P.H. ROBINSON, *Fair Notice*, cit., pp. 356-363.

<sup>69</sup> J. F. DECKER, *Addressing Vagueness*, cit., p. 253.

<sup>70</sup> R. BATEY, *Balancing Acts*, cit., p. 6.

<sup>71</sup> Opportunamente si è ricordato (J. C. JEFFRIES, *Legality*, cit., p. 213) che leggi chiare a guida dell'azione pubblica non per forza portano ad una maggiore garanzia dei diritti individuali. Infatti, se si pensa al sistema sudafricano dell'*apartheid*, si capirà subito come l'intero ordinamento può essere piegato per sopprimere anziché tutelare i diritti individuali.

eventuali abusi tramite il confronto fra parametro di condotta scritto e azione effettivamente intrapresa.<sup>72</sup>

Sia nel primo che nel secondo senso, non è difficile notare forti connessioni con la necessità di certezza del diritto. Se infatti questo ideale si concretizza anche attraverso l'implementazione del principio d'uguaglianza, nel senso della parità di trattamento, è evidente che una fattispecie che lasci arbitrariamente ai *law enforcement officers* il compito di riempire di significato la norma non possa essere consonante con la necessità di un diritto certo ma soprattutto prevedibile.

I soggetti cui viene fornito impropriamente il potere discrezionale, si diceva, sono gli agenti delle forze di polizia ma anche pubblici ministeri, giudici e giurie. La *vagueness doctrine*, dunque, si preoccupa solo superficialmente dall'azione delle corti, in quanto:

“Il fatto che le corti operano alla luce del sole, osservando un sistema di motivazione [delle decisioni] soggetto allo scrutinio di un pubblico professionale e laico interessato, impedisce quasi tutte le invasioni dei valori che il principio di legalità rappresenta, fatte salve le più marginali.”<sup>73</sup>

Così non è tuttavia per pubblici ministeri e forze di polizia, che si trovano spesso ad operare in un contesto (spesso emergenziale) di segretezza e di non pubblicità delle linee guida seguite.

---

<sup>72</sup> J. C. JEFFRIES, *Legality*, cit., pp. 212-213.

<sup>73</sup> H. PACKER, *The Limits*, cit., p. 88: “The fact that courts operate in the open according to a system of reasoning that is subjected to the scrutiny of an interested audience, both professional and lay, militates against any but the most marginal invasions of the values represented by the principle of legality.”

Per quanto oggi fondamentale, la prima affermazione di quest'aspetto primario della *ratio* dell'istituto si registra solo nel 1945 nel caso *Screws v. United States*<sup>74</sup>. Nella specie, tre agenti di polizia della Georgia avevano arrestato e percosso a morte un giovane afroamericano.

Gli agenti furono condannati ai sensi di una sezione del *Civil Rights Act* del 1866 che puniva chiunque, agendo in nome della legge, avesse privato taluno dei diritti lui garantiti dalla Costituzione federale. A fronte della oggettiva indeterminatezza della previsione, la Corte Suprema federale, con il giudice Douglas a scrivere la *majority opinion*, reinterpretava la condotta proibita in senso restrittivo.<sup>75</sup> Ciò avveniva aggiungendo una "postilla" giurisprudenziale alla fattispecie: la Corte specificava che i diritti la cui lesione era punita penalmente erano solo quelli indicati o dalla Costituzione stessa, o da una successiva legge o da una decisione giurisprudenziale interpretativa delle due fonti.

Il giudice Roberts, con i colleghi Frankfurter e Jackson, scriveva la *dissenting opinion*, obiettando che la fattispecie, pur reinterpretata, esorbitava comunque per eccessiva imprecisione dai limiti costituzionali, e ciò per una ragione all'epoca nuova:

"Considerato che l'uso distorto del processo penale è uno dei più potenti e familiari strumenti di un governo dispotico, un giusto riguardo per le esigenze di

---

<sup>74</sup> *Screws v. United States*, 325 U.S. 91 (1945).

<sup>75</sup> Si tratta della fattispecie introdotta dalla § 2 del Civil Rights Act del 1866, 14 Stat. 27, che modifica il titolo 18 dello United States Code, § 52, sezione 20: "*Whoever, under color of any law, statute, ordinance, regulation, or custom, willfully subjects . . . any inhabitant of any State . . . to the deprivation of any rights, privileges, or immunities secured or protected by the Constitution and laws of the United States . . . shall be fined not more than one thousand dollars, or imprisoned not more than one year, or both.*"

determinatezza delle leggi penali è fondamentale per le libertà civili. Tale requisito è compreso nella garanzia costituzionale del *due process*.<sup>76</sup>

La funzione principale della *dissenting opinion* è influenzare la decisione di casi futuri. Infatti l'opinione dissenziente, tutto sommato irrilevante per il risultato del caso in cui viene espressa, offre solitamente una teoria alternativa per la risoluzione della controversia nella speranza che una futura maggioranza della corte, di fronte a un caso simile, ne adotti la sostanza.

Così è accaduto per l'opinione dissenziente di Justice Roberts nel caso *Screws v. United States* appena esaminato. Nel 1961, a sedici anni di distanza, in *Cramp v. Board of Public Instruction*<sup>77</sup>, giungeva all'esame della corte una previsione normativa della Florida che obbligava tutti i dipendenti statali a giurare di non aver mai prestato in alcun modo aiuto, supporto, consiglio o svolto attività professionale a favore o comunque appoggiato il partito comunista. La previsione, pur non essendo penale *stricto sensu*, comportava tuttavia conseguenze penali in caso di falso giuramento.

La Corte Suprema dichiarava la fattispecie incostituzionale per *vagueness* non essendo sufficientemente chiaro, da un lato, quali fossero le condotte interessate dal giuramento, e statuendo altresì che “non si può non riconoscere che alcuni fra di noi sono sempre pronti ad etichettare persone le cui idee oppongono come “comunisti”.

---

<sup>76</sup> *Screws v. United States*, cit., *dissenting opinion* di J. ROBERTS, p. 324: “As misuse of the criminal machinery is one of the most potent and familiar instruments of arbitrary government, proper regard for the rational requirement of definiteness in criminal statutes is basic to civil liberties. As such, it is included in the constitutional guaranty of due process of law.”

<sup>77</sup> *Cramp v. Board of Public Instruction*, 368 U.S. 278 (1961).

E l'esperienza insegna che gli stessi pubblici ministeri sono, a questo proposito, esseri umani [esposti cioè alle medesime "tentazioni"].<sup>78</sup>

L'aspetto garantistico della *ratio* della *vagueness* faceva così la sua prima apparizione sulla scena, in punta di piedi, per poi assurgere al rango di protagonista nel caso *Papachristou v. City of Jacksonville*<sup>79</sup> del 1972. Il caso è interessante anche perché riguarda un c.d. *vagrancy statute*, cioè una legge anti-vagabondaggio, della città di Jacksonville in Florida. Analizzando brevemente la condotta punita, non si può non vedere come l'intenzione fosse di punire l'agente non per ciò che fa, ma per ciò che è:

"[m]alviventi, vagabondi o persone dissolute che si aggirano mendicando, giocatori d'azzardo abituali, persone adite a giochi di prestigio o giochi illeciti, ubriachi abituali, vagabondi abituali [*night walkers*], ladri [...], ricettatori di oggetti rubati, persone lascive e libertine, gestori di case da gioco, "attaccabrighe" abituali, soggetti che vagano senza uno scopo lecito, fannulloni abituali [...] dovranno essere dichiarati vagabondi e [puniti con la pena della reclusione per 90 giorni in aggiunta o in alternativa ad una multa di \$ 500]."<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> *Cramp v. Board of Public Instruction*, 368 U.S. 278 (1961), pp. 286-287.

<sup>79</sup> *Papachristou v. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972).

<sup>80</sup> Così recitava il *Jacksonville Ordinance Code 26-57*: "Rogues and vagabonds, or dissolute persons who go about begging, common gamblers, persons who use juggling or unlawful games or plays, common drunkards, common night walkers, thieves, pilferers or pickpockets, traders in stolen property, lewd, wanton and lascivious persons, keepers of gambling places, common railers and brawlers, [405 U.S. 156, 157] persons wandering or strolling around from place to place without any lawful purpose or object, habitual loafers, disorderly persons, persons neglecting all lawful business and habitually spending their time by frequenting houses of ill fame, gaming houses, or places where alcoholic beverages are sold or served, persons able to work but habitually living upon the earnings of their wives or minor children shall be deemed vagrants and, upon conviction in the Municipal Court shall be punished as provided for Class D offenses."

Agli occhi del giurista italiano, la fattispecie menzionata è, sotto tutti gli aspetti, sorprendente. L'ordinanza in esame mostra tanti macroscopici difetti ulteriori rispetto alla semplice imprecisione nella descrizione della condotta proibita. Infatti, pur con una minuziosa elencazione casistica, la previsione non raggiunge affatto l'obiettivo di circoscrivere l'area di punibilità, forse perché ciò che viene punito non è neppure una condotta, ma un modo di essere, come ad esempio essere una "persona lasciva", scontrandosi frontalmente, si direbbe in Italia, con il principio di materialità.<sup>81</sup>

Tuttavia, nonostante possa sembrare un'aberrazione normativa, va precisato che tali tipi di ordinanze erano molto diffuse a livello locale negli Stati Uniti e non erano sconosciute neppure alla *common law*. Queste previsioni erano utilizzate infatti come strumento per arrestare i c.d. socialmente indesiderabili, sollevando le forze dell'ordine dall'onere di incasellare la condotta in una fattispecie di taglio più classico. Tuttavia, progressivamente, queste previsioni sono andate diminuendo in numero, anche grazie alla decisa opposizione della giurisprudenza.<sup>82</sup>

La Corte Suprema, dichiarando incostituzionale il *vagrancy statute*, fornì una spiegazione piuttosto esaustiva dei rischi connessi all'indeterminatezza di una fattispecie:

---

<sup>81</sup> In proposito, si veda anche il più risalente *Lanzetta v. New Jersey*, 306 U.S. 451 (1939) dove viene dichiarata incostituzionale per non conformità alla *Due Process Clause* del XIV Emendamento una fattispecie del New Jersey che richiedeva che venisse dichiarato un *gangster* chiunque fosse "non impegnato in alcuna occupazione lecita, noto per essere membro di una banda composta da due o più persone, condannato almeno tre volte per essere una persona turbolenta o comunque condannato per qualsiasi crimine, [in New Jersey] o in altro Stato [...]" Si veda anche H. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford, 1968, pp. 71-79.

<sup>82</sup> Si vedano, ad esempio, i casi *Lanzetta v. New Jersey*, 306 U.S. 451 (1939), *Papachristou v. City of Jacksonville*, *cit.*, *Farber v. Rochford*, 407 F. Supp. 529 (N. D. Ill. 1975) e *Chicago v. Youkhana*, 660 N.E.2d 34 (Ill. App. Ct. 1995). Secondo J.F. DECKER, *Addressing Vagueness*, *cit.*, pp. 340-342, l'atteggiamento delle corti verso tali fattispecie che puniscono un modo di essere piuttosto che una condotta, veicolato dall'*enforcement prong* della *vagueness doctrine*, è divenuto di assoluto rifiuto.

“Dove, come in questo caso, non è fornita alcuna indicazione su come orientare l’esercizio del potere discrezionale garantito dall’ordinanza, la fattispecie permette e incoraggia un’applicazione arbitraria e discriminatoria della legge. La norma fornisce un comodo strumento “perché l’autorità locale applichi la legge in modo discriminatorio e rigoroso nei confronti di certi soggetti meritevoli della loro disapprovazione”<sup>83</sup>.

I casi successivi a *Papachristou*<sup>84</sup> confermarono la nuova linea interpretativa assunta dal massimo giudice federale. Già quattro mesi dopo il caso in parola, la Corte si trovava a decidere il già citato *Grayned v. City of Rockford*, dove si esaminava sotto la lente della *vagueness* un’ordinanza locale che proibiva il disturbo delle attività scolastiche tramite schiamazzi o rumori molesti. Nonostante la fattispecie non venga dichiarata incostituzionale, la decisione è di interesse perché da un lato confermava come la necessità di impedire un’applicazione discriminatoria di una fattispecie indeterminata fosse entrata a pieno titolo nella *vagueness doctrine*, mentre dall’altro fornisce un’esaustiva articolazione dei presupposti dell’istituto, che diventerà non a caso la più citata nei casi degli anni successivi<sup>85</sup>:

---

<sup>83</sup> *Papachristou v. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972), opinione della Corte: “*Those generally implicated by the imprecise terms of the ordinance - poor people, nonconformists, dissenters, idlers - may be required to comport themselves according to the lifestyle deemed appropriate by the Jacksonville police and the courts. Where, as here, there are no standards governing the exercise of the discretion granted by the ordinance, the scheme permits and encourages an arbitrary and discriminatory enforcement of the law. It furnishes a convenient tool for “harsh and discriminatory enforcement by local prosecuting officials, against particular groups deemed to merit their displeasure.”*” La citazione all’interno dell’estratto è presa da *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940), pp. 97-98.

<sup>84</sup> Si fa riferimento a *Grayned v. City of Rockford*, cit., e *Kolender v. Lawson*, 461 U.S. 352 (1983).

<sup>85</sup> *Grayned v. City of Rockford*, cit., pp. 108-109: “*It is a basic principle of due process that an enactment is void for vagueness if its prohibitions are not clearly defined. Vague laws offend several important values. First, because we assume that man is free to steer between lawful and unlawful*

“[è] principio fondamentale del *due process* che una fattispecie è incostituzionale per *vagueness* se la condotta proibita non è chiaramente definita. Le leggi indeterminate sono contrarie a diversi importanti valori. In primo luogo, siccome è necessario presumere che l’uomo sia capace di destreggiarsi fra condotta lecita e illecita, richiediamo che la legge dia alla persona di ordinaria intelligenza una ragionevole opportunità di conoscere ciò che è proibito, così che questa possa regolarsi di conseguenza. Le fattispecie imprecise rischiano di intrappolare l’innocente tramite la mancanza del *fair warning*. In secondo luogo, se si vuole evitare un’applicazione arbitraria o discriminatoria della legge, le fattispecie devono fornire degli regole esplicite per coloro che le applicano. Una norma penale indeterminata delega in modo non consentito la soluzione di questioni di base di politica criminale ad agenti di polizia, giudici e giurie su base casistica e soggettiva, con il connesso rischio di applicazione arbitraria e discriminatoria. In terzo luogo, ma connesso con i precedenti, dove una fattispecie indeterminata “confina con l’area sensibile di libertà protetta dal I Emendamento, essa “opera per inibire l’esercizio di [quelle] libertà.” La poca chiarezza di significato porta inevitabilmente i cittadini a “tenersi ben più lontani dall’area del penalmente rilevante” [...] di quanto non farebbero se i confini della zona proibita fossero chiaramente segnalati”.

---

*conduct, we insist that laws give the person of ordinary intelligence a reasonable opportunity to know what is prohibited, so that he may act accordingly. Vague laws may trap the innocent by not providing fair warning. Second, if arbitrary and discriminatory enforcement is to be prevented, laws must provide explicit standards for those who apply them. A vague law impermissibly delegates basic policy matters to policemen, judges, and juries for resolution on an ad hoc and subjective basis, with the attendant dangers of arbitrary and discriminatory application. Third, but related, where a vague statute "abut[s] upon sensitive areas of basic First Amendment freedoms," it "operates to inhibit the exercise of [those] freedoms." Uncertain meanings inevitably lead citizens to "'steer far wider of the unlawful zone' . . . than if the boundaries of the forbidden areas were clearly marked."*

Il *test* giudiziale attualmente utilizzato per valutare la determinatezza di una fattispecie, però, verrà poi articolato nel caso *Kolender v. Lawson*<sup>86</sup>, riguardante un *vagrancy statute*:

“[L]a *void-for-vagueness doctrine* richiede che una legge penale definisca la fattispecie [1] con precisione sufficiente a far sì che le persone comuni possano capire quale condotta è proibita [2] in un modo che non ne incoraggi un’applicazione arbitraria e discriminatoria.”<sup>87</sup>

La *vagueness* era stata, nel frattempo, trasformata in un istituto volto a garantire l’adempimento dell’obbligo di informazione sulla condotta punita ai consociati e ad evitare eventuali applicazioni arbitrarie delle fattispecie indeterminate. Il massimo giudice federale, infatti, facendo da guida alla giurisprudenza delle corti inferiori, sfumò l’aspetto della *fair notice* al soggetto agente insieme con quello della separazione dei poteri, a favore di una maggiore attenzione al *risk of arbitrary enforcement*, tramite il quale tutelare ad ampio spettro quelle situazioni in cui la legge, formulata in modo impreciso, è ad alto rischio di essere applicata in modo diseguale ed arbitrario. La stessa separazione dei poteri, tuttavia, mantiene una forte connessione logica con il rischio di applicazione discriminatoria: è solo delegando il potere di determinare il contenuto della fattispecie a forze dell’ordine, pubblici ministeri e giudici, che si spinge questi ultimi a sostituire il loro giudizio soggettivo e *ad hoc* a quello legislativo. Tale giudizio soggettivo sarà, nella maggior parte dei

---

<sup>86</sup> *Kolender v. Lawson*, cit..

<sup>87</sup> *Kolender v. Lawson*, cit., p. 357: “[T]he void-for-vagueness doctrine requires that a penal statute define the criminal offense with sufficient definiteness that ordinary people can understand what conduct is prohibited and in a manner that does not encourage arbitrary and discriminatory enforcement.”

casi, equilibrato e imparziale ma con un rischio sempre presente di implementazione delle antipatie personali del singolo soggetto. Il problema dunque, secondo la Corte, non è tanto l'impermissibile delega della funzione legislativa, quanto il potenziale danno che ne può derivare.<sup>88</sup>

La trasformazione dell'istituto, oggettivamente rilevabile nella giurisprudenza della Corte Suprema, è stata probabilmente determinata dal mutare dei tempi. Quando, all'inizio del XX secolo, l'imprecisione redazionale era lamentata da grandi *corporations* scontente dell'incisiva normativa antitrust federale, la preoccupazione poteva essere quella che i responsabili della politica d'impresa in effetti non riuscissero a determinare il discrimine fra condotta lecita e punita: da qui, la concentrazione dell'attenzione sulla *fair notice*. Quando invece le fattispecie indeterminate divennero un veicolo di repressione del dissenso o di implementazione di una politica di *law and order*, la Corte avvertì con più forza l'esigenza di tutelare i soggetti interessati da condotte discriminatorie, accentuando così la vocazione garantistica della *vagueness doctrine*.

Tuttavia, la graduale trasformazione dell'istituto in senso garantistico dei diritti individuali e più in generale del principio d'uguaglianza non si può forse comprendere se non si considera la *vagueness* nel contesto di altre figure del diritto costituzionale statunitense. Infatti, perlomeno in teoria, esistono molti altri strumenti esplicitamente previsti per rettificare violazioni dell'uguaglianza formale e sostanziale. In particolare, si vuole fare riferimento all'applicazione giurisprudenziale della *equal protection clause* che promana da un diverso periodo

---

<sup>88</sup> In questo senso si esprime la più alta corte federale in *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972), pp. 108-109.

del XIV Emendamento.<sup>89</sup> In molte pubblicazioni di taglio comparatistico, non a caso, si trova il riferimento alla *equal protection* come parallelo transoceanico del principio d'uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione italiana.

Perché allora la necessità di operare un “lifting” strutturale alla *vagueness doctrine* quando già esisteva uno strumento disegnato appositamente per rispondere a tali violazioni? La risposta è da ricercarsi nella giurisprudenza della Corte Suprema. Il massimo giudice federale ha infatti innalzato ostacoli insormontabili ad un utilizzo significativo della *equal protection clause*. Chiunque, a fronte di una legge dall'aspetto neutro e cioè non esplicitamente discriminatoria, sostenga comunque di essere stato discriminato dovrà riuscire a dimostrare che il pubblico ufficiale lo ha fatto con intenzione<sup>90</sup>, nel senso che l'antipatia razziale, di genere o basata sulla provenienza geografica dovrà essere stata il fattore motivante l'azione discriminatoria<sup>91</sup>. Per arrivare a dimostrare l'elemento soggettivo del pubblico ufficiale, poi, non basterà una pur schiacciante base statistica (es. il 95% degli arrestati era di sesso femminile) ma bisognerà fornire ulteriori elementi (per raggiungere i quali non si avrà neanche accesso ad una piena *discovery*<sup>92</sup>). In una parola, se il giudice riuscirà ad immaginare un solo motivo valido (non discriminatorio) che in potenza avrebbe potuto giustificare l'azione intrapresa dal pubblico ufficiale, il ricorso ai sensi della *equal protection* fallirà.<sup>93</sup>

---

<sup>89</sup> *Fourteenth Amendment, Constitution of the United States of America*, § 1: “[...] *No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.*”

<sup>90</sup> *United States v. Whren*, 517 U.S. 806 (1996), p. 813.

<sup>91</sup> *Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corporation*, 429 U.S. 252 (1977), pp. 265-266.

<sup>92</sup> Nel caso di *prosecutorial discrimination* nell'esercizio dei poteri dei *prosecutors* si veda il caso *United States v. Armstrong*, 517 U.S. 456 (1996).

<sup>93</sup> T. W. SUN, *Equality by Other Means*, *cit.*, pp. 174-178.

Inoltre, l'uso della *equal protection clause* è anche istituzionalmente scomodo per le stesse corti, perché implica una decisione nella quale si certifica, “nero su bianco”, che un pubblico ufficiale, come sono i membri della corte stessi, ha discriminato dolosamente una categoria di soggetti protetta.

Infine, la *equal protection* non si mostra particolarmente adatta a rispondere a problemi di sistema ad ampio raggio. Il punto focale di questo peculiare istituto, già di per sé di applicazione farraginoso, è individuare e porre rimedio a istanze individuali di discriminazione e non a preoccupazioni ad ampio respiro come la *vagueness doctrine*.

L'ultimo stadio della “trasfigurazione garantistica” della *void-for-vagueness doctrine* si verificava nel caso *Smith v. Goguen*<sup>94</sup>. In quella circostanza giungeva all'esame del massimo giudice federale una fattispecie del Massachusetts volta a punire la condotta di chi, in luogo pubblico, oltraggiasse la bandiera degli Stati Uniti.<sup>95</sup> L'imputato, nel caso di specie, portava cucita sul retro dei pantaloni proprio la *Old Glory*. La Corte, nel dichiarare incostituzionale la fattispecie, notava che la previsione di legge fosse, in primo luogo, insufficiente dal punto di vista informativo. Infatti, dato per certo che l'area di punibilità era da restringersi perlomeno ai soli usi della bandiera intrinsecamente offensivi, la formulazione non rendeva chiaro il discrimine fra lecito e illecito.<sup>96</sup>

Inoltre, in via principale, la fattispecie non forniva alcuna indicazione alle autorità per la sua attuazione, consentendo e, forse, promuovendo un'applicazione

---

<sup>94</sup> *Smith v. Goguen*, 415 U.S. 566 (1974)

<sup>95</sup> *Smith v. Goguen*, cit., p. 569: “Whoever publicly mutilates, tramples upon, defaces or treats contemptuously the flag of the United States [...] whether such flag is public or private property [...] shall be punished by a fine of not less than ten nor more than one hundred dollars or by imprisonment for not more than one year, or both.”

<sup>96</sup> *Smith v. Goguen*, cit., p. 573-574.

arbitraria e discriminatoria. La Corte specificava, elevando l'aspetto garantistico dell'istituto ad una posizione superiore rispetto all'aspetto informativo, che:

“Probabilmente, l'aspetto più significativo della *vagueness doctrine* non è tanto quello informativo, ma l'altro elemento principale dell'istituto – la necessità che il legislatore stabilisca delle linee guide minime per guidare l'applicazione della fattispecie.”<sup>97</sup>

Sulla stessa linea si pone il caso *City of Chicago v. Morales*<sup>98</sup>. In questa decisione del 1999, la massima corte federale dichiarava incostituzionale un'ordinanza della città di Chicago che rendeva punibile penalmente la condotta di chi, ritenuto da un agente di polizia essere membro di una banda criminale di strada (*criminal street gang member*), aggirandosi senza alcun apparente motivo in un'area, ricevuto dall'agente l'ordine di allontanarsi, non esegua tale ordine. Il caso è interessante, fra l'altro, perché almeno tre dei sei giudici componenti la maggioranza ritenevano l'ordinanza incostituzionale unicamente perché di stimolo ad una applicazione discriminatoria della stessa, senza considerare necessaria anche una mancanza di *fair notice* ai consociati.<sup>99</sup> Infatti, proprio da questo aspetto è possibile desumere ulteriore conferma della graduale attenuazione del principio della *fair notice* e della spiccata importanza del requisito della *prevention of arbitrary enforcement*: è chiaro che chi riceve un ordine da un agente di polizia di allontanarsi da un area dietro minaccia di sanzione penale non può certo lamentare mancanza di

---

<sup>97</sup> *Smith v. Goguen*, cit., p. 574: “[P]erhaps the most meaningful aspect of the *vagueness doctrine* is not actual notice, but the other principal element of the doctrine -- the requirement that a legislature establish minimal guidelines to govern law enforcement.”

<sup>98</sup> *City of Chicago v. Morales*, 527 U.S. 41 (1999).

<sup>99</sup> *City of Chicago v. Morales*, cit., p. 63-64.

“adeguata informazione” sulle conseguenze della sua condotta; può tuttavia lamentare una discriminazione operata nei suoi confronti, data dalla mancanza di principi guida (es. per determinare chi sia un *criminal street gang member*) per la condotta dell’agente che impartisce l’ordine.

In conclusione, l’espansione della *ratio* garantistica della *vagueness* e il superamento parziale dell’elemento formativo era stata, in qualche modo, anticipata da chi aveva notato, analizzando la giurisprudenza, che molti casi non quadravano e non quadrano affatto in termini di *fair notice*. Non solo: l’impostazione fino a quel momento seguita non riusciva a spiegare perché le leggi statali venissero invalidate molto più di frequente di quelle federali, o perché reati di *common law* estremamente imprecisi continuavano a vivere indisturbati. Da qui, l’idea che l’intero istituto non è oggi tanto motivato dalla preoccupazione di regolare correttamente il rapporto fra legge e cittadino, ma piuttosto è strumento di mediazione fra poteri coercitivi dello Stato e le garanzie che la Costituzione prevede e che il sistema delle corti protegge.<sup>100</sup>

### **1.2.5. Espansione dell’elemento della *prevention of arbitrary enforcement*: aspetti critici**

L’evoluzione giurisprudenziale della *vagueness doctrine* in senso sempre più garantistico, a tutela di ogni forma di applicazione “ingiusta” di una norma, non è stata esente da critiche.<sup>101</sup> Infatti l’istituto di origine giurisprudenziale era stato creato per garantire il rispetto del principio di determinatezza partendo dal dato testuale,

---

<sup>100</sup> Davvero straordinaria l’intuizione, nel 1960, di A. G. AMSTERDAM, *The Void-for-Vagueness Doctrine*, cit., pp. 80-85. Che certi casi di *vagueness* non si possano reggere sulla *fair notice* da sola è chiaro anche a J. C. JEFFRIES, *Legality*, cit., pp. 217-218.

<sup>101</sup> A. E. GOLDSMITH, *The Void-for-Vagueness Doctrine*, cit., p. 290.

attraverso una valutazione della sua capacità informativa, per esaminare in che misura la norma rendesse i cittadini in grado di determinare consapevolmente la propria condotta.

I confini della *vagueness doctrine* sono stati però, nel suo sviluppo, notevolmente allargati e la sua funzione si è potenziata fino ad includere esigenze di tutela a più ampio scopo. Per di più, nell'analisi del coefficiente di determinatezza delle fattispecie, le corti si sono spinte spesso oltre il dato letterale, considerando parte della valutazione anche elementi ulteriori, quali le circostanze di adozione del provvedimento.<sup>102</sup> Per esempio, nel caso *Papachristou v. City of Jacksonville*<sup>103</sup> la formulazione imprecisa della fattispecie “anti-vagabondaggio” (vista *supra*) spingeva le forze dell'ordine a discriminare verso i c.d. socialmente indesiderabili ed era perciò stata etichettata dalla Corte Suprema come “un chiaro tentativo della “Jacksonville borghese” di identificare e mettere al bando chi non condivide l'attitudine disciplinata e produttiva della classe media.”<sup>104</sup> Così è avvenuto anche nel caso *City of Chicago v. Morales*<sup>105</sup>, dove la mancata precisazione di un metro di giudizio per decidere chi fosse o meno un membro di una banda criminale di strada (*criminal street gang member*) portava gli agenti di polizia ad affidarsi a stereotipi razziali, con la conseguenza di un numero sproporzionato di arresti di soggetti afro-americani e ispanici.<sup>106</sup>

In ogni caso, prima e fondamentale obiezione all'espansione di funzioni della *vagueness doctrine* è quella che mette in luce come, abbandonando il sicuro approdo

---

<sup>102</sup> A. E. GOLDSMITH, *The Void-for-Vagueness Doctrine*, cit., p. 290.

<sup>103</sup> *Papachristou v. City of Jacksonville*, cit..

<sup>104</sup> R. C. POST, *Reconceptualizing Vagueness: Legal Rules and Social Orders*, in *California Law Review*, vol. 82 (1994), 491, p. 496.

<sup>105</sup> *City of Chicago v. Morales*, cit..

<sup>106</sup> D. E. ROBERTS, *Foreword: Race, Vagueness, and the Social Meaning of Order-Maintenance Policing*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 89 (1999), 775, pp. 779-780.

della *fair notice* in favore della *prevention of arbitrary enforcement* si sarebbe creato un nuovo standard difficilmente governabile, senza appigli sicuri, reso ancor meno controllabile dal recente allargamento dell'uso del c.d. esame frontale<sup>107</sup>, che scollega l'analisi dalle circostanze concrete per privilegiare una valutazione in astratto, invertendo un *trend* individuabile in giurisprudenza fin dal 1963.<sup>108</sup> Chi sostiene questa tesi propone di ritornare al solo utilizzo del parametro della *fair notice* (come era in uso nei primi casi decisi sotto l'egida della *vagueness doctrine*) da misurarsi secondo il metro dell'uomo di comune intelligenza, in uno con il restringimento dell'"esame frontale" (*facial challenge*) ai soli casi più gravi, quali quelli d'esercizio di diritti costituzionalmente garantiti e quelli in cui l'imputato in prima battuta dimostri l'incostituzionalità della norma per come applicata alla sua condotta.<sup>109</sup>

Si potrebbe tuttavia ribattere alla menzionata obiezione che la valutazione dell'imprecisione di una fattispecie utilizzando unicamente il parametro della *fair notice* è tutto fuorché foriera di certezze, se non altro per la difficile individuazione del metro di giudizio da utilizzarsi. In particolare, non si riuscirebbe a capire, escluso che si tratti della conoscenza attuale della condotta punita, a che specie di "conoscibilità" debba farsi riferimento. Inoltre, non si può nascondere una certa difficoltà nell'individuare con precisione la figura della "persona di comune intelligenza" o della "persona ragionevole". Come già evidenziato<sup>110</sup>, il metro della *fair notice* a cui si auspica il ritorno, parametrato su *men of common intelligence*,

---

<sup>107</sup> Si rimanda ai successivi paragrafi per l'analisi della distinzione fra "esame frontale" ed "esame *as-applied*."

<sup>108</sup> Per la definizione e la disamina del c.d. *facial challenge* e *as-applied challenge* si veda *infra* il paragrafo 1.4.

<sup>109</sup> C. D. LOCKWOOD, *Defining indefiniteness*, cit., pp. 296-338.

<sup>110</sup> Si veda *supra* il paragrafo 1.2.2.

sembra, ad un'analisi più approfondita, a sua volta piuttosto irrealistica e difficile da governare, anche se in certa misura irrinunciabile.

Inoltre, anche ammettendo che la valutazione della probabilità di applicazione discriminatoria della legge sia in effetti un parametro ingovernabile, alla medesima conclusione si dovrebbe giungere per tanti altri simili parametri utilizzati nel diritto statunitense, come quelli usati nel contesto della *freedom of speech* del I Emendamento. In questa diversa area di tutela costituzionale ci si domanda se una previsione potenzialmente restrittiva del *free speech* provochi un “*chilling effect*”<sup>111</sup> sostanziale sull'esercizio della libertà d'espressione della generalità dei consociati. Per quanto questa analisi sembri molto astratta e sostanzialmente svincolata da principi saldi che guidino il giudice nell'analisi, in pochi si sono mai spinti a criticarla.<sup>112</sup>

Diversamente, si è argomentato che, nel presente sistema, caratterizzato da numerose micro-infrazioni e da una tutela più accentuata della “qualità della vita” tramite la sanzione penale, la discrezionalità accordata alle forze di polizia sarebbe necessaria *in bonam partem* per consentire loro di non perseguire ogni singola infrazione e di tralasciare le ipotesi meno gravi. La *vagueness* come oggi strutturata minaccerebbe di limitare eccessivamente questa discrezionalità.<sup>113</sup>

Inoltre, la tutela accordata dall'istituto è strutturalmente limitata dal fatto che anche la più precisa delle fattispecie avrebbe comunque un momento di applicazione discrezionale nel momento in cui l'agente di polizia interviene sulla scena del delitto,

---

<sup>111</sup> Si rimanda, sul punto, ai paragrafi precedenti per una breve spiegazione del fenomeno del *chilling-effect*.

<sup>112</sup> T. W. SUN, *Equality by Other Means*, cit., p. 180.

<sup>113</sup> A. HILL, *Vagueness and Police Discretion: The Supreme Court in a Bog*, in *Rutgers Law Review*, vol. 51 (1999), 1289, p. 1307 e D. LIVINGSTON, *Police Discretion and the Quality of Life in Public Places: Courts, Communities, and the New Policing*, in *Columbia Law Review*, vol. 97 (1997), 551, pp. 613-618 e pp. 621-627.

operando una prima sussunzione informale delle circostanze osservate nella fattispecie. L'operatore avrebbe infatti quasi sempre la scelta fra effettuare un arresto (quando possibile), fare rapporto lasciando a piede libero l'indagato, risolvere i casi meno gravi in via informale o addirittura ignorare del tutto la situazione.<sup>114</sup>

La *vagueness* si dimostrerebbe poi arma spuntata nei confronti di leggi chiare ma dai confini molto ampi (es. leggi "coprifuoco") o violate molto frequentemente (limiti di velocità). Infine, all'ombra del IV Emendamento alla Costituzione federale<sup>115</sup> come interpretato nel caso *Terry v. Ohio*<sup>116</sup>, gli agenti di polizia hanno il notevolissimo potere di effettuare uno *stop and frisk* (letteralmente "ferma e perquisisci") di un qualsiasi soggetto, a condizione di avere un ragionevole sospetto che questi abbia compiuto, stia compiendo o sia in procinto di compiere un reato e che sia al contempo armato e attualmente pericoloso. Sarebbe quindi uno sforzo vano concentrarsi sulla discrezionalità accordata da leggi imprecise quando esiste un potere così ampio e dai limiti molto flessibili.<sup>117</sup>

In risposta a queste critiche è stato proposto di limitare il secondo elemento del *test* di determinatezza a quelle fattispecie che "incoraggiano" piuttosto che semplicemente "permettono" un'applicazione discriminatoria, così che l'esercizio di una certa discrezionalità sia concesso pur che la formulazione legislativa non ecceda nella delega.<sup>118</sup>

---

<sup>114</sup> D. LIVINGSTON, *Police Discretion*, cit., p. 593.

<sup>115</sup> *Fourth Amendment, Constitution of the United States of America*: "The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized."

<sup>116</sup> *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968).

<sup>117</sup> D. LIVINGSTON, *Gang Loitering*, cit., pp. 167-176 e pp. 176-179.

<sup>118</sup> A. E. GOLDSMITH, *The Void-for-Vagueness Doctrine*, cit., pp. 292-293.

Tuttavia, in opposizione a queste critiche pur ben ragionate, l'espansione di funzioni dell'istituto è stata in primo luogo accolta con favore, argomentando che il problema dell'eccessiva discrezionalità concessa a chi si trova ad applicare in concreto le fattispecie è tutto fuorché inesistente. Infatti, con particolare riguardo alle forze di polizia, tali operatori si muovono in un contesto largamente informale, considerato il quale non si può realisticamente pretendere che il singolo agente sia cosciente delle esigenze di sistema e si regoli adottando standard uniformi. Ciò premesso, una legge che determini con una certa precisione regole di condotta cui parametrarsi indirizza meglio l'azione delle forze di polizia (con anche riguardo alla condotta del singolo agente) e rende più facile l'individuazione di eventuali abusi.<sup>119</sup>

Inoltre, in modo più convincente, sono stati messi in luce alcune caratteristiche strutturali della *vagueness doctrine* che la rendono particolarmente adatta a svolgere una funzione di tutela sistemica del principio di uguaglianza e quindi, in certa misura, del principio di certezza del diritto.

In primo luogo, attraverso il suo volto egalitario, l'istituto mira alla valutazione della probabilità che la formulazione incoraggi o perlomeno consenta un uso discriminatorio della fattispecie. Questa indagine probabilistica è naturalmente più adatta ad una tutela ad ampio respiro e si concentra sul bilanciamento fra potere statale e libertà del cittadino in generale.<sup>120</sup> In questo, la *vagueness* si mostra più adatta della farraginoso applicazione data alla *equal protection clause*, che si concentra unicamente sul singolo caso all'attenzione del giudice, fra mille ostacoli sostanziali e procedurali.<sup>121</sup>

---

<sup>119</sup> A. G. AMSTERDAM, *The Void-for-Vagueness Doctrine*, cit., pp. 72-73 e J. C. JEFFRIES, *Legality*, cit., p. 215-216.

<sup>120</sup> T. W. SUN, *Equality by Other Means*, cit., p. 179.

<sup>121</sup> Si veda *supra* il paragrafo 1.2.4.

Poi, la *vagueness* consentirebbe di tutelare l'uguaglianza sostanziale parlando il linguaggio neutro dei diritti costituzionali. In questo senso, preoccupandosi di mantenere la discrezionalità dei pubblici ufficiali opportunamente imbrigliata dalla legge formulata in termini tassativi si tutela l'uguaglianza di fronte alla legge di quei gruppi che solitamente fanno le spese di norme formulate in termini troppo imprecisi. Questa tutela avviene, come già evidenziato, tramite il mezzo dei *constitutional rights* senza costringere le corti ad affrontare direttamente il tema caldo della discriminazione razziale o di genere, il che rende le pronunce (specialmente se caricate di significati politici come quelle della Corte Suprema) più facilmente "digeribili" dall'opinione pubblica.<sup>122</sup>

Infine, la *vagueness doctrine* in versione garantistica promuoverebbe il dialogo istituzionale. Una dichiarazione d'incostituzionalità per *vagueness* incoraggerebbe da un lato il legislatore a redigere la norma con maggior attenzione (infatti, si badi, a differenza di quanto avviene nei casi che riguardano il I Emendamento, la legittimità della penalizzazione della condotta è fuori discussione); inoltre, nel campo della *vagueness* il giudice compie una valutazione abbastanza "asettica" della legge, soppesando il rischio di deriva discriminatoria della fattispecie. Nel già menzionato settore della *equal protection clause* invece, il giudice che decreta una violazione del principio d'uguaglianza, sancisce esplicitamente il disprezzo che un altro organo dello Stato ha mostrato per un determinato gruppo nel suo esercizio del potere pubblico.<sup>123</sup>

---

<sup>122</sup> T. W. SUN, *Equality by Other Means*, cit., pp. 181-187.

<sup>123</sup> T. W. SUN, *Equality by Other Means*, cit., pp. 187-188.

### 1.2.6. Rapporti fra *fair notice* e *prevention of arbitrary enforcement*

Altro punto interessante nell'analisi della *vagueness doctrine* è poi il tema dei rapporti fra *fair notice* e *prevention of arbitrary enforcement*. Qualora una fattispecie fornisca una "adeguata informazione" al cittadino sulla condotta proibita, può la medesima essere dichiarata comunque incostituzionale perché incoraggia un uso distorto della legge penale? La risposta è sicuramente sì. È possibile dare una risposta così netta semplicemente leggendo decisioni come *Kolender v. Lawson*<sup>124</sup>, dove in primo luogo viene scritto che l'elemento più importante della *vagueness doctrine* "non è quello informativo ma l'altra componente della *doctrine* – la necessità che il legislatore stabilisca delle linee guida minime per governare la fase applicativa della legge".<sup>125</sup> Infatti, *Kolender* è stato il primo caso in cui una fattispecie è stata invalidata facendo riferimento esclusivamente alla prevenzione di un uso arbitrario e discriminatorio.<sup>126</sup>

Bisogna però chiedersi se sia vero il contrario: una fattispecie carente sotto il profilo informativo ma che non rischia di trasformarsi in un veicolo di discriminazione può essere dichiarata incostituzionale? La risposta è duplice. Se si considerano certi *statutes* del tipo visti in *Kolender*<sup>127</sup> o *Papachristou*<sup>128</sup> la risposta è probabilmente sì. Infatti, come abbiamo visto, questi c.d. *street-cleaning statutes* ("leggi di pulizia stradale") lasciano davvero la persona comune confusa sul loro significato. Se però si considerasse una fattispecie di tipo diverso, dove il problema

---

<sup>124</sup> *Kolender v. Lawson, cit.*

<sup>125</sup> *Kolender v. Lawson, cit.*, pp. 357-358, citando *Smith v. Goguen, cit.*, p. 574: "[I]s not actual notice, but the other principal element of the doctrine - the requirement that a legislature establish minimal guidelines to govern law enforcement."

<sup>126</sup> C. D. LOCKWOOD, *Defining indefiniteness, cit.*, p. 292.

<sup>127</sup> *Kolender v. Lawson, cit.*

<sup>128</sup> *Papachristou v. City of Jacksonville, cit.*

interpretativo fosse più specialistico e connesso a tecnicità dell'esegesi della norma, la risposta sarebbe probabilmente negativa.<sup>129</sup>

Fino a questo punto sono state poste due domande, la cui risposta è breve e abbastanza netta. Gli aspetti problematici, a detta di alcuni, si scoprirebbero solo analizzando il retroscena dell'espansione della *ratio* egalitaria della *vagueness doctrine*. Per fare ciò, è necessario anticipare alcuni punti che verranno trattati più in dettaglio *infra* al paragrafo 1.4..

In origine, la giurisprudenza del massimo giudice federale si focalizzava quasi esclusivamente sul requisito della “adeguata informazione” al cittadino. Il quadro che ne risultava era questo: se l'imputato aveva ricevuto *fair notice* della condotta proibita, non poteva lamentarsi dell'imprecisione della fattispecie, né per come applicata al suo caso né tantomeno per come applicata ad altre ipotetiche situazioni; eccezione al principio erano però i casi riguardanti l'esercizio di diritti costituzionali, con particolare riferimento alla libertà d'espressione.<sup>130</sup>

Successivamente, la Corte Suprema rese più difficile arrivare ad una dichiarazione d'incostituzionalità per *vagueness* stabilendo che, per essere espunta dall'ordinamento, una fattispecie dovesse essere indeterminata in ogni sua applicazione.<sup>131</sup> Con ciò si vuole dire che si sarebbe giunti all'espunzione se non fosse stato possibile, nemmeno con una buona dose di fantasia, immaginare una situazione ipotetica di conformità costituzionale. È evidente che questa “asticella” era quasi impossibile da superare: ci sarà sempre un caso in cui anche una fattispecie

---

<sup>129</sup> J. C. JEFFRIES, *Legality, cit.*, pp. 216-217.

<sup>130</sup> Si fa riferimento ai casi *United States v. L. Cohen Grocery Co.*, 255 U.S. 81 (1921), *Champlng Refining Co. v. Corporation Commission of Oklahoma*, 286 U.S. 210 (1932) e *Lanzetta v. New Jersey*, 306 U.S. 451 (1939).

<sup>131</sup> Si fa riferimento ai casi *Parker v. Levy*, 417 U.S. 733 (1974) e *United States v. Mazurie*, 419 U.S. 544 (1975).

molto imprecisa (es. una norma che faccia divieto di compiere atti “sbagliati”) fornisce una “adeguata informazione” al cittadino alla luce delle circostanze (es. omicidio mediante lenta tortura).<sup>132</sup>

In disaccordo con questa circoscrizione sostanziale dell’operatività della *vagueness doctrine*, alcuni *Justices*, spinti probabilmente dalle circostanze storiche, avevano pensato di “virare” verso una *ratio* più garantistica attraverso l’elemento della prevenzione di applicazioni discriminatorie ed arbitrarie che non solo è stato elevato a parità con il tradizionale elemento informativo della *fair notice* ma anzi lo ha scalzato dalla sua posizione di assoluta preminenza nel giro di pochissimi anni.<sup>133</sup> Ai fini della *prevention of discriminatory or arbitrary enforcement* poco importa che la fattispecie sia indeterminata in ogni sua applicazione o meno; conta invece che la fattispecie non dia il destro ai *law enforcement officers* per riempire il vuoto lasciato dalla norma con giudizi imprevedibili e parziali.<sup>134</sup>

Dato conto dello sfondo storico all’evoluzione giurisprudenziale, è ora possibile comprendere il problema. Scollegando l’aspetto informativo e l’aspetto garantistico della *ratio* della *vagueness doctrine* si sarebbe compiuta un’operazione rischiosa per due motivi. In primo luogo, ai fini di questo paragrafo, questa nuova impostazione, maggiormente incentrata sulla valutazione del rischio di applicazioni distorte della norma penale, lascia le corti senza un preciso riferimento sul come effettuare la valutazione, fra l’altro incoraggiando valutazioni metagiuridiche dal sapore politico (si veda *infra* il paragrafo 1.3.1). In secondo luogo (si veda *infra* il paragrafo 1.4), si sarebbe complicato, al punto di renderlo inutilizzabile, la tradizionale distinzione fra

---

<sup>132</sup> A. HILL, *Vagueness and Police Discretion*, cit., p. 1317-1318.

<sup>133</sup> Il riferimento è in particolare ai casi *Kolender v. Lawson*, cit., e *City of Chicago v. Morales*, cit..

<sup>134</sup> A. HILL, *Vagueness and Police Discretion*, cit., p. 1317-1318.

esame “frontale” della fattispecie ed esame della fattispecie “per come applicata” nel caso concreto, che da decenni orientava l’analisi nei casi di *vagueness*.

### **1.3. Il *test* giurisprudenziale della determinatezza. Fattori considerati nel bilanciamento**

Per dare maggiore stabilità nell’applicazione giurisprudenziale del parametro di determinatezza, la Corte Suprema ha elaborato un *test* applicativo del canone costituzionale, il che equivale a dire che la fattispecie va esaminata in distinti passaggi, ciascuno dei quali funziona da filtro, secondo una formula verbale in grado di orientare il giudice nella decisione. Inevitabilmente, la formula impiegata è a sua volta imprecisa e lascia comunque uno spazio (salutare) all’interprete.

Il *test* di determinatezza attualmente utilizzato dalla Corte Suprema è quello elaborato nel caso *Kolender v. Lawson*<sup>135</sup> e consiste in due parti. In primo luogo, occorre che la legge definisca la fattispecie penale con precisione tale che “persone comuni” siano in grado di comprendere che condotta sia proibita. In secondo luogo, la fattispecie deve essere formulata in modo tale da non incoraggiare un’applicazione arbitraria e discriminatoria della legge penale. Se l’analisi della fattispecie porta a concludere che anche solo uno delle due parti del *test* non è soddisfatta, la fattispecie sarà dichiarata incostituzionale<sup>136</sup>:

“[L]a *void-for-vagueness doctrine* richiede che una legge penale definisca la fattispecie [1] con precisione sufficiente a far sì che le persone comuni possano capire

---

<sup>135</sup> *Kolender v. Lawson, cit.*

<sup>136</sup> J. F. DECKER, *Addressing Vagueness, cit.*, p. 246.

quale condotta è proibita [2] in un modo che non ne incoraggi un'applicazione arbitraria e discriminatoria.”<sup>137</sup>

Tuttavia, scorrendo la giurisprudenza della massima corte federale, si trovano diverse formulazioni non troppo dissimili che, probabilmente, sono da considerarsi sostanzialmente equivalenti.

Il primo requisito, che riguarda l'aspetto informativo della condotta del cittadino, è anche formulato come “una legge che proibisce o richiede il compimento di un atto in termini così vaghi che uomini di comune intelligenza possono solo supporre il significato e non trovarsi d'accordo sulla sua applicazione viola il primo fondamento del giusto processo [*due process*]”<sup>138</sup> o ancora come la necessità che “le leggi diano alla persona di ordinaria intelligenza una ragionevole opportunità di conoscere ciò che è proibito.”<sup>139</sup>

Il secondo elemento, in versione alternativa, richiede che la fattispecie fornisca una “misura di colpevolezza accertabile”<sup>140</sup> (in particolare se rivolta a giudici e giurie) o che non sia così imprecisa da non riuscire “a prescrivere indicazioni per la polizia e il pubblico che siano sufficienti a salvaguardare contro l'arbitraria privazione delle libertà.”<sup>141</sup>

---

<sup>137</sup> Riportiamo, come già fatto nel paragrafo precedente, la citazione tratta dal caso *Kolender v. Lawson*, cit., p. 357: “[T]he void-for-vagueness doctrine requires that a penal statute define the criminal offense with sufficient definiteness that ordinary people can understand what conduct is prohibited and in a manner that does not encourage arbitrary and discriminatory enforcement.”

<sup>138</sup> *Connally v. General Construction Co.*, 269 U.S. 385, p. 391 (1926): “a statute which either forbids or requires the doing of an act in terms so vague that men of common intelligence must necessarily guess at its meaning and differ as to its application violates the first essential of due process of law.”

<sup>139</sup> *Grayned v. City of Rockford*, cit., pp. 108-109: “laws give the person of ordinary intelligence a reasonable opportunity to know what is prohibited”.

<sup>140</sup> *Palmer v. City of Euclid*, 402 U.S. 544 (1971): “[A]scertainable standards of guilt”.

<sup>141</sup> *City of Chicago v. Morales*, cit., p. 52: “[F]ails to establish standards for the police and the public that are sufficient to guard against the arbitrary deprivation of liberty interests”.

Dopo aver più volte sottolineato come l'elemento informativo della *vagueness doctrine* sia nel tempo sfumato a favore dell'elemento garantistico, è bene dare alla *fair notice* quel che le spetta, ricordando che questa mantiene comunque un posizione importante nell'equilibrio dell'istituto. Da questo punto di vista, a seconda del grado d'informazione che forniscono, secondo alcuni è possibile suddividere i termini utilizzabili dal legislatore nella formulazione di una fattispecie in tre categorie. La prima è quella dei termini "precisamente conati"; la seconda è quella delle "astrazioni dalla conoscenza comune", che hanno un referente esterno sicuro che le riempie di significato; la terza quella degli "elementi aperti", che hanno bisogno dell'integrazione di giudizi di valore.<sup>142</sup>

Escludendo la prima categoria, che per definizione mai appare nei casi di *vagueness*, la seconda categoria appare problematica ma, una volta trovato il referente esterno tramite l'interpretazione giurisprudenziale, la precisione dovrebbe essere assicurata. Un esempio si ha nel caso *Bandini Petroleum Co. v. Superior Court*<sup>143</sup> che riguarda una fattispecie statale che proibiva uno "spreco irragionevole" (*unreasonable waste*) di gas naturale nel processo d'estrazione. Sebbene il termine "spreco irragionevole" sembri indeterminato, la corte statale lo aveva interpretato (con precisione notevole) come indicante quello spreco di gas caratterizzato dalla non piena utilizzazione della capacità del medesimo di portare in superficie una quantità ottimale di idrocarburo. La terza categoria, invece, riguarda quei termini che sono nient'altro che contenitori vuoti, pronti ad essere riempiti dei giudizi di valore di chi si trova ad applicare la norma. Esempi ne sono termini come quello del caso *Winters v. New York*, dove una fattispecie, interpretata dalla massima corte statale di

---

<sup>142</sup> A. G. AMSTERDAM, *The Void-for-Vagueness Doctrine*, cit., p. 90-96.

<sup>143</sup> *Bandini Petroleum Co. v. Superior Court*, 284 U.S. 8 (1931).

New York, proibiva la distribuzioni di pubblicazioni principalmente dedicate a storie criminali o a gesta lussuose o sanguinose, se “in quantità tale da essere un veicolo per l’incitamento di delitti violenti e depravati contro la persona”<sup>144</sup>, senza alcun referente esterno cui il giudicante possa appoggiarsi per governare il significato della locuzione.<sup>145</sup>

Nonostante parte della dottrina sia preoccupata del fatto che la *vagueness doctrine*, come oggi formulata, dia troppo potere al giudice (il controllo di costituzionalità è, fra l’altro, diffuso e non accentrato, salvo controllo delle corti superiori), le corti la utilizzano con una certa dose di *self-restraint*, esemplificata dal fatto che nell’analisi di determinatezza esiste una presunzione in favore della costituzionalità della fattispecie e dal fatto che, se possibile, il giudice esaminante può effettuare una glossa interpretativa del linguaggio impreciso, facendolo rientrare nei parametri costituzionali.<sup>146</sup>

Allo stesso tempo però, la facoltà di operare interpretazioni restrittive che “salvino” la legge imprecisa chiarificandone il significato incontra dei limiti. Infatti, se l’operazione ermeneutica, tenuto presente il testo della fattispecie, è troppo estrema da risultare imprevedibile *ex ante*, si creerebbero gli stessi problemi di *fair notice* che la *vagueness doctrine* tenta di prevenire.<sup>147</sup> Il fatto che una corte inferiore

---

<sup>144</sup> *Winters v. New York*, 303 U.S. 507 (1948): “so massed as to become vehicles for inciting violent and depraved crimes against the person.”

<sup>145</sup> A. G. AMSTERDAM, *The Void-for-Vagueness Doctrine*, cit., p. 90-96.

<sup>146</sup> J. F. DECKER, *Addressing Vagueness*, cit., p. 247 e A. E. GOLDSMITH, *The Void-for-Vagueness Doctrine*, cit., pp. 295-296. La Corte Suprema ha menzionato questa facoltà di effettuare una interpretazione restrittiva in diversi casi, fra cui *Hamling v. United States*, 418 U.S. 87 (1974), *United States Civil Serv. Comm’n v. National Ass’n of Letter Carriers*, 413 U.S. 548 (1973) e *Screws v. United States*, cit..

<sup>147</sup> A proposito di “interpretazione imprevedibili”, è necessario compiere un veloce parallelo con i paragrafi finali del capitolo II e del capitolo III. In tali sedi, infatti, si vedrà come tale *unforeseeable interpretation* crei problemi di “*fair notice*” che non vengono affrontati solo con lo strumento della *vagueness doctrine* ma anche semplicemente impedendo un’applicazione retroattiva “occulta”

abbia fornito un'interpretazione restrittiva della fattispecie non impedisce al giudice di ultima istanza di ritenere tale nuova interpretazione insufficiente o imprevedibile e di dichiarare la fattispecie non conforme ai canoni costituzionali.<sup>148</sup>

La verità è che la giurisprudenza, nel decidere quando un'interpretazione può limitare l'imprecisione di una fattispecie, opera un bilanciamento fra due esigenze contrapposte. Da un lato, consentire interpretazioni troppo fantasiose pur di non dichiarare incostituzionale una fattispecie significherebbe, come detto, creare problemi ancora maggiori di *notice*, mentre dall'altro è fisiologico (e inevitabile) che nel processo di interpretazione di una norma la giurisprudenza ne specifichi il significato e che questo entri a far parte, a pieno titolo, della norma stessa.<sup>149</sup>

L'operazione, superficialmente ragionevole, sarebbe tuttavia inconsistente con la *ratio* della *fair notice*: infatti se uno dei valori tutelati dall'istituto è la necessità che il cittadino sia al corrente della condotta proibita, sembra eccessivo chiedere all'uomo comune di conoscere anche l'eventuale interpretazione giudiziale della medesima.<sup>150</sup> Sul punto si è tuttavia replicato che l'inconveniente può essere almeno in parte ovviato ricalibrando il requisito della *fair notice*, come proposto da alcuni *supra* al paragrafo 1.2.2.<sup>151</sup>

L'esame giudiziale della determinatezza si spinge però anche più in là, considerando come fonte potenzialmente produttiva di *fair notice* una solitamente

---

dell'interpretazione imprevedibile. Problemi specifici saranno poi posti dai casi in cui l'affidamento su una specifica esegesi di una norma sia "scolpito" in un precedente vincolante.

<sup>148</sup> Si veda in proposito, ancora una volta, il caso *Kolender v. Lawson*, già citato, dove le generalità fornite dal soggetto richiesto dall'agente dovevano essere "credibili e attendibili". La Corte d'Appello della California aveva interpretato la locuzione come richiedente generalità la cui autenticità appaia ragionevole e idonee a consentire alle forze di polizia di rintracciare il soggetto che si era identificato. La Corte Suprema federale, dichiarando la fattispecie indeterminata ai sensi della *vagueness doctrine*, non aveva ritenuto valida l'interpretazione restrittiva.

<sup>149</sup> A. E. GOLDSMITH, *The Void-for-Vagueness Doctrine*, cit., p. 296.

<sup>150</sup> A. G. AMSTERDAM, *The Void-for-Vagueness Doctrine*, cit., pp. 73-74.

<sup>151</sup> Si veda il paragrafo 1.2.2 *supra*.

ritenuta “rischiosa” dagli interpreti: i lavori preparatori.<sup>152</sup> In sostanza il ragionamento è semplice e consiste nell’analizzare la documentazione del procedimento legislativo per arrivare a chiarire il significato di un termine altrimenti oscuro. Ciò avviene più di frequente per le leggi federali che per quelle statali, in quanto il Congresso di Washington è assai più minuzioso dei parlamenti statali nella tenuta di tali documenti. Nonostante non manchino opinioni favorevoli all’utilizzo dei lavori preparatori nell’interpretazione giurisprudenziale di una norma, pur con qualche accorgimento,<sup>153</sup> in generale non sembra opportuno incoraggiare l’uso di tale strumento interpretativo. Infatti, la *legislative history* avrebbe, di per sé, un valore limitato. Ciò che viene consegnato alla storia è infatti il testo finale della norma, mentre i lavori preparatori sono solo rappresentativi delle fasi intermedie e delle frequenti negoziazioni che hanno portato al prodotto finale. Inoltre, considerando che il concetto di *fair notice* già è molto criticato per essere astratto ed irrealistico, se si sprona l’uso di uno strumento ai più inaccessibile come i lavori preparatori, si finirebbe per svuotarlo del tutto di significato.

Oltre a ciò, nel considerare della determinatezza di una norma penale incriminatrice, la giurisprudenza ha anche considerato il fattore temporale, sulla scorta dell’intuitiva considerazione che se per tanto tempo nessuno ha mai “lamentato” l’imprecisione di una fattispecie, ciò è buon indizio della chiarezza del suo significato, sia come guida all’agire dei soggetti che all’agire delle forze dell’ordine.<sup>154</sup>

---

<sup>152</sup> Si vedano i casi *United States Civil Serv. Comm’n v. National Ass’n of Letter Carriers, cit.*, e *United States v. Bramblett*, 384 U.S. 503 (1955).

<sup>153</sup> A. E. GOLDSMITH, *The Void-for-Vagueness Doctrine, cit.*, p. 298.

<sup>154</sup> Si vedano in proposito i casi *United States v. Ragen*, 314 U.S. 513 (1942), e *United States v. Screws, cit.*, con riferimento all’opinione del giudice Rutledge.

Altro fattore nel delicato bilanciamento che compone la *vagueness doctrine* è il tipo di fattispecie considerata. In primo luogo, in ragione della diversa entità delle conseguenze prescritte, il giudizio di determinatezza ha necessariamente più mordente in campo penale che in campo civile. Secondariamente, *in criminalibus*, se la fattispecie proibisce un comportamento individuale opposto a una condotta collettiva, quale quelle in campo economico, il coefficiente informativo della fattispecie deve essere più alto, in quanto è plausibile che un organismo collettivo (diversamente dal singolo individuo) pianifichi in anticipo il suo comportamento, consultando professionisti ed eventualmente chiedendo chiarimenti all'autorità, in caso di dubbi.<sup>155</sup> Poi, se la fattispecie è rivolta sono ad un novero limitato di soggetti, è possibile che una locuzione dal significato vago per la persona comune, sia invece sufficientemente chiara a chi opera nel settore interessato dalla norma.<sup>156</sup>

Infine, se la fattispecie coinvolge potenzialmente l'esercizio di diritti costituzionalmente garantiti (es. libertà d'espressione), la determinatezza della fattispecie dovrà essere particolarmente elevata.<sup>157</sup> Ciò è dovuto al fatto che una norma imprecisa scoraggia tutte quelle condotte che si situano al confine fra lecito ed illecito.<sup>158</sup> Se molte di queste costituiscono anche esercizio di un diritto costituzionale, sorgono alcuni problemi, dati dal fatto che queste attività non sono

---

<sup>155</sup> P.H. ROBINSON, *Fair Notice and Fair Adjudication: Two Kinds of Legality*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 154 (2005), 334, p. 358.

<sup>156</sup> Si veda, ad esempio, il caso *McGowan v. Maryland*, 366 U.S. 420 (1961), dove una fattispecie dello stato del Maryland, parte delle c.d. *Sunday Closing Laws*, proibiva lo svolgimento di gran parte delle attività commerciali di domenica, esentando però la vendita di "merce [...] solitamente venduta o incidentale all'utilizzo di spiagge, parchi divertimenti [...] nella contea Anne Arundel." La Corte stabilì che il significato della parola "merce" nell'estratto citato era chiaro se parametrato non tanto alla persona comune, ma al commerciante comune adito alla vendita di materiale simile.

<sup>157</sup> J. F. DECKER, *Addressing Vagueness, cit.*, p. 249 che cita, quale esempio di variazione in base agli elementi evidenziati del giudizio di determinatezza, il caso *Johnson v. Athens-Clarke County*, 529 S.E. 2d 613 (Ga. 2000), della Corte Suprema della Georgia.

<sup>158</sup> Si veda *infra* al paragrafo 1.4. per una descrizione più ampia di questo c.d. *chilling effect* (effetto congelamento).

meramente lecite ma desiderabili. Se massima attenzione viene dedicata al diritto ad esprimere liberamente il proprio pensiero<sup>159</sup>, non mancano comunque esempi riguardanti altri diritti quale la libertà di movimento<sup>160</sup> e il diritto all'interruzione della gravidanza<sup>161</sup>.

All'interno dello stesso campo penale, abbiamo visto, non tutte le fattispecie sono uguali. In via di approfondimento ulteriore, tenendo presente soprattutto il requisito della *fair notice*, la giurisprudenza non ha difficoltà ad ammettere che se un reato appartiene alla categoria dei *malum in se*, il percorso per arrivare ad una dichiarazione d'incostituzionalità per indeterminatezza si fa molto accidentato. Al contrario, se la condotta punita fosse un *malum prohibitum*, si porrebbero maggiori problemi di riconoscibilità dell'illiceità del comportamento e, quindi, di *fair notice*.<sup>162</sup> Ad esempio, nel caso *United States v. Donahue* giungeva all'esame di una *Court of Appeals* federale la fattispecie di "rapina d'istituto di credito". L'imputato lamentava l'eccessiva imprecisione della fattispecie, con particolare riferimento al fatto che questa non prescriveva che si dovesse provare il dolo dell'agente. La Corte replicava nettamente che:

“non bisogna essere ingegneri missilistici per sapere che rapinare le banche è un reato; la legge rende *malum prohibitum* (punito dalla legge federale) quello che già è un *malum in se*.”<sup>163</sup>

---

<sup>159</sup> R. BATEY, *Balancing Acts*, cit., pp. 16-18.

<sup>160</sup> *Kolender v. Lawson*, cit., p. 358

<sup>161</sup> *Colautti v. Franklin*, 439 U.S. 379 (1979), p. 394.

<sup>162</sup> J. F. DECKER, *Addressing Vagueness*, cit., pp. 331-332.

<sup>163</sup> *United States v. Donahue*, 948 F.2d 438 (8<sup>th</sup> Cir. 1991), p. 441: “[O]ne does not have to be a rocket scientist to know that bank robbery is a crime; and the statute merely makes *malum prohibitum* (and punishable in federal court) that which already is *malum in se*.”

Qui, però, il terreno si fa accidentato, come vedremo nel paragrafo 1.3.1 immediatamente successivo. Infatti, le stesse corti sembrano a volte considerare nella valutazione l'importanza della fattispecie nell'architettura complessiva dell'ordinamento e la meritevolezza dell'obiettivo legislativo. Questa operazione, a differenza della precedente, sembra travalicare i confini del ruolo del giudice per arrivare a sindacare scelte politiche del legislatore anche se fra le due corre, a ben vedere, un confine assai sottile.

Del tutto particolare è poi un ulteriore elemento solitamente considerato nel delicato bilanciamento che costituisce il nucleo centrale della *vagueness doctrine*. È insegnamento costante della giurisprudenza che se la fattispecie contiene un elemento intenzionale, tale regime d'imputazione soggettivo può parzialmente scusare l'imprecisione della fattispecie. Si è lasciato il pensiero il più indefinito possibile perché la giurisprudenza oscilla pericolosamente riguardo all'oggetto dell'intenzione dell'agente.<sup>164</sup>

Se oggetto di questa intenzione (che non vogliamo chiamare dolo) è il fatto tipico allora il requisito, per quanto radicato, è assolutamente mal parametrato. Infatti, esso confonde la volontarietà della condotta con la conoscenza dell'illiceità penale della stessa. È stato fatto in proposito l'esempio del caso *Hill v. Colorado*, dove la fattispecie in esame puniva chiunque, fuori da una struttura sanitaria, con intenzione, si avvicinasse a meno di 3 metri da una persona al fine di passargli un volantino, fargli vedere un manifesto o manifestare oralmente il proprio pensiero.<sup>165</sup> La norma, messa in contesto, voleva impedire il disturbo recato dai manifestanti anti-abortisti a chi si recasse in una struttura sanitaria per interrompere la gravidanza. Nel caso di

---

<sup>164</sup> J. F. DECKER, *Addressing Vagueness, cit.*, p. 249.

<sup>165</sup> *Hill v. Colorado*, 530 U.S. 703(2000).

specie, la Corte Suprema dichiarò la previsione conforme ai canoni costituzionali (anche) perché punibile solo a titolo di dolo. Si è fatto notare, in proposito, che il punto focale del requisito di *fair notice* è la conoscenza dell'illiceità della propria condotta e non la volontarietà e intenzionalità della medesima.

Ciò considerato, l'unica circostanza in cui lo *scienter requirement* (requisito di intenzionalità) dovrebbe rilevare, nell'analisi di determinatezza, dovrebbe essere quella in cui ad essere oggetto di rappresentazione debba essere l'illiceità penale della condotta.<sup>166</sup> La migliore dottrina dimostra di aver ben compreso il problema e considera l'elemento intenzionale in grado di ridurre il grado d'indeterminatezza solo se inteso in quest'ultima accezione.<sup>167</sup> La giurisprudenza della Corte Suprema, invece, intende lo *scienter requirement* esclusivamente nel primo senso<sup>168</sup>, cioè come sinonimo di dolo inteso come, prendendo in prestito la definizione manualistica italiana, rappresentazione e volizione di tutti gli elementi del fatto tipico.<sup>169</sup> È proprio in quest'ultimo senso che ai fini della misurazione del grado di precisione di una fattispecie l'elemento intenzionale è assolutamente irrilevante.

Considerando l'accezione con cui lo intende la giurisprudenza, il coefficiente intenzionale sarebbe poi altrettanto irrilevante anche se si considerasse il requisito in base al quale la legge deve provvedere a fornire un metro di giudizio appropriato alle autorità, così da non incoraggiare un'applicazione discriminatoria e arbitraria della fattispecie penale. Infatti, è stato osservato, quando le forze di polizia decidono di effettuare un arresto si baserebbero sempre e solo sulla condotta osservabile, senza

---

<sup>166</sup> A. E. GOLDSMITH, *The Void-for-Vagueness Doctrine*, cit., p. 302.

<sup>167</sup> R. BATEY, *Constitutional Orphan*, cit., p. 120.

<sup>168</sup> Si veda, da ultimo, *Holder v. Humanitarian Law Project*, 130 S.Ct 2705, p. 2720.

<sup>169</sup> A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, V edizione, Padova, 2012, pp. 305-306.

riguardo all'intenzione dell'agente nel compiere tale condotta.<sup>170</sup> Tuttavia, non tutti concordano sul punto. È stato infatti da altri rilevato che imponendo agli operatori del *law enforcement* di limitare la loro azione alle sole condotte dolose, si restringerebbe di molto il fuoco applicativo di una norma dai contorni altrimenti imprecisi.<sup>171</sup>

### **1.3.1. Altri fattori considerati: fattori d'analisi impliciti**

Fin qui si è parlato di fattori nell'equazione della *vagueness* che, a ben vedere, rientrano nella fisiologia dell'interpretazione giudiziale. Difatti, ad esempio, la considerazione del tipo di diritto interessato dall'esame di determinatezza e la valutazione dell'interpretazione giurisprudenziale per decidere del coefficiente di precisione sono elementi che un giudice, nell'ambito delle sue competenze e della sua posizione all'interno dell'ordinamento, può legittimamente inserire nell'analisi. Tuttavia un'analisi franca della giurisprudenza, operata con maggiore profondità, mostra una certa quantità di fattori *lato sensu* politici o discrezionali che entrano nell'equazione e che, per comprensibili ragioni, le corti non esplicitano con troppo clamore.

Un primo elemento fra questi è la necessità dell'uso del linguaggio impreciso o, se si vuole, la fattibilità dell'utilizzo di un linguaggio alternativo per raggiungere l'obiettivo di politica criminale. Poi, in diretta connessione con questo primo fattore, un secondo elemento è invece l'importanza dell'obiettivo di politica criminale perseguito. Di conseguenza, il grado di "tolleranza" dell'imprecisione, per quanto

---

<sup>170</sup> D. LIVINGSTON, *Gang Loitering, the Court, and Some Realism About Police Patrol*, in *Supreme Court Review*, 1999, 141, p. 169.

<sup>171</sup> R. BATEY, *Balancing Acts*, *cit.*, p. 7-8.

necessaria, è dato dalla combinazione fra l'inevitabilità del linguaggio indeterminato e l'importanza della fattispecie nella struttura del sistema penale. In conclusione, una previsione normativa formulata in modo impreciso supererà più facilmente lo scrutinio di costituzionalità se di importanza basilare per l'ordinamento (es. *core crimes* come omicidio e furto) o comunque non trascurabile (es. la c.d. *R.I.C.O.*<sup>172</sup>, *statute* federale per la lotta contro il crimine organizzato)<sup>173</sup>.

Un esempio di valutazione politica “mascherata” lo si può trovare esaminando la “stringa” di casi del 1973 della Corte Supreme federale riguardanti la tematica dell'osceno, fra cui i più noti sono *Miller v. California*<sup>174</sup> e *Paris Adult Theatre I v. Slaton*<sup>175</sup>. Leggendo queste decisioni, si nota come sia i giudici in maggioranza che in dissenso si avventurino, per quanto riguarda i primi, in una difesa dell'utilità delle fattispecie in parola, giustificandone l'esistenza a tutela della qualità della vita in comune, mentre i secondi in una critica delle medesime, tracciandone le origini al moralismo puritano ormai non più parte della cultura della maggioranza del popolo statunitense. Il senso di queste articolate difese e puntuali critiche alle norme penali riguardanti l'osceno si coglie solo se si considera come la diversa valutazione in ordine all'importanza della fattispecie in esame influisca in modo notevole sull'esito dell'analisi ai sensi della *vagueness doctrine*.<sup>176</sup>

---

<sup>172</sup> *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*, 18 U.S.C., §§ 1961-1968.

<sup>173</sup> R. BATEY, *Vagueness and the Construction of Criminal Statutes – Balancing Acts*, in *Virginia Journal of Social Policy & the Law*, vol. 5 (1997), 1, pp. 10-12.

<sup>174</sup> *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

<sup>175</sup> *Paris Adult Theatre v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1979).

<sup>176</sup> R. BATEY, *Balancing Acts*, *cit.*, pp. 10-12.

L'esempio, preso da casi finora non trattati, potrebbe sembrare *ad hoc*. È per questo che, ad ulteriore riprova dell'esistenza di fattori politici d'analisi, useremo, ancora una volta, il caso *Kolender v. Lawson*<sup>177</sup>.

Una fattispecie della California richiedeva, dietro sanzione penale, a chiunque si aggiri in un luogo di identificarsi e giustificare la propria presenza, se così veniva ordinato da un agente di polizia. La giurisprudenza federale, in via interpretativa, aveva stabilito che un'identificazione soddisfacente ai fini della norma dovesse avere gli attributi della credibilità e della affidabilità.<sup>178</sup>

La Corte Suprema da un lato riconosceva, come evidenziato dal governo, “che la riduzione della criminalità è certamente un tema che richiede l'attenzione di ogni settore del governo” ma dall'altro cassava la fattispecie come eccessivamente imprecisa. Così facendo, secondo alcuni, la Corte implicitamente segnalava che la norma in esame non era poi così fondamentale nel perseguire l'obiettivo della riduzione della criminalità.<sup>179</sup> L'impressione diventava poi certezza quando la maggioranza, tramite il giudice O'Connor, segnalava che “questo non è un caso in cui una maggiore precisione [nella redazione normativa] sarebbe stata poco pratica o impossibile.”<sup>180</sup>

Inoltre, così come i giudici assegnano peso diverso a obiettivi legislativi o anche agli stessi *statutes*, così sembrano fare anche per i diritti costituzionali, dove la *freedom of expression* si vede assegnata il peso maggiore mentre altri diritti, come il

---

<sup>177</sup> *Kolender v. Lawson, cit.*

<sup>178</sup> *Kolender v. Lawson, cit.*, pp. 353-355.

<sup>179</sup> *Kolender v. Lawson, cit.*, p.361: “The concern of our citizens with curbing criminal activity is certainly a matter requiring the attention of all branches of government.”

<sup>180</sup> *Kolender v. Lawson, cit.*, p. 361: “this is not a case where further precision in the statutory language is either impossible or impractical.”

diritto (in tempo di pace) a non aver soldati accampati nella propria abitazione senza il consenso del proprietario<sup>181</sup>, hanno peso minore.<sup>182</sup>

Ancora una volta, ad esempio, è opportuno citare il caso *Kolender v. Lawson*<sup>183</sup>: il giudice O'Connor, per giustificare l'utilizzo dell'esame frontale della fattispecie<sup>184</sup>, operava un lungo *distinguishing* fra la decisione in parola e i precedenti *Flipside*<sup>185</sup> e *Levy*<sup>186</sup>, dove non era stata applicato tale tipo d'esame. Se infatti *Kolender* riguardava il diritto a non essere discriminati nell'applicazione della legge, in *Flipside* la fattispecie "regolava semplicemente un'attività commerciale" mentre *Levy* "riguardava [la regolamentazione] della vita militare, da tenersi distinta dalla vita civile". In realtà, il giudice O'Connor dice qualcosa ma forse non dice tutto, nascondendo probabilmente una valutazione dei diritti interessati nelle tre occasioni: nel caso *Flipside* il diritto coinvolto era la libertà d'espressione finalizzata alla vendita di materiale progettato per il consumo di stupefacenti, mentre il caso *Levy* riguardava la libertà d'espressione del pensiero di un medico dell'esercito che si esprimeva contro la guerra in Vietnam.

Questi ultime due istanze di libera espressione del pensiero vengono forse dalla Corte valutate meno importanti del più sostanzioso "diritto alla non discriminazione" del caso *Kolender*, tale da giustificare l'esame *on the face of the law*.

In conclusione, ci sarebbe una forte componente politica nella *vagueness doctrine*. Per riprendere uno schema tracciato in dottrina, se la fattispecie non è

---

<sup>181</sup> *Third Amendment to the United States Constitution*: "No Soldier shall, in time of peace be quartered in any house, without the consent of the Owner, nor in time of war, but in a manner to be prescribed by law."

<sup>182</sup> R. BATEY, *Balancing Acts*, *cit.*, pp. 17-20.

<sup>183</sup> *Kolender v. Lawson*, *cit.*, pp. 358-359, nota 8.

<sup>184</sup> Si veda subito *infra* il paragrafo 1.4.

<sup>185</sup> *Village of Hoffman Estates v. Flipside, Hoffman Estates, Inc.*, *cit.*.

<sup>186</sup> *Parker v. Levy*, 417 U.S. 733 (1974).

annoverabile fra i *core crimes* già noti alla *common law*, la cui importanza è presunta *iuris et de iure*, il giudice valuterà l'importanza dell'obiettivo di politica criminale per il cui raggiungimento si sta utilizzando un linguaggio impreciso. Se tale obiettivo è ritenuto meritevole (si ricordi l'esempio del *R.I.C.O.* per la lotta al crimine organizzato) il linguaggio impreciso verrà in una certa misura tollerato. Se invece l'obiettivo è ritenuto di non grande importanza, come nel caso dei c.d. *vagrancy statutes*, la fattispecie sarà maggiormente vulnerabile ad un attacco ai sensi della *vagueness doctrine*.<sup>187</sup> Una volta valutata l'importanza dell'obiettivo di politica criminale, la giurisprudenza soppeserà, da un lato, la necessità dell'utilizzo del linguaggio impreciso, cercando di capire se sarebbe stato possibile ottenere il medesimo risultato utilizzando un linguaggio più preciso, mentre dall'altro il giudice misurerà l'impatto che l'imprecisione potrebbe avere su condotte costituenti esplicazione di diritti costituzionali.<sup>188</sup>

#### **1.4. Modalità d'esame della norma: esame “frontale” e “applicato”**

Dopo aver visto il delicato “bilanciamento” che rappresenta il nucleo centrale della *vagueness doctrine*, il presente paragrafo si occupa di una questione che, nell'analisi dell'istituto, occupa solitamente un posto di rilievo e cioè quella relativa alle condizioni necessarie per arrivare ad invalidare una fattispecie perché eccessivamente indeterminata. Il punto di partenza della distinzione fra esame “frontale” ed esame “applicato” è che la determinatezza di una fattispecie non è data dal testo soltanto, ma è anche prodotto della situazione concreta in cui è stata

---

<sup>187</sup> R. BATEY, *Balancing Acts*, *cit.*, pp. 4-39.

<sup>188</sup> *Id.*

applicata. Ciò significa che l'interprete deve prestare attenzione al "significato" della norma inteso in senso ampio e non ristretto a quello trasparente dalla formulazione testuale soltanto; deve cioè prestare attenzione al senso concreto che la fattispecie ha acquistato per l'agente immerso nella situazione concreta. Una norma penale, dunque, può risultare chiara in un certo contesto e indeterminata in un contesto diverso.

La domanda da porsi è, pertanto, se il giudice, richiesto di valutare il grado di determinatezza di una norma, la analizzi semplicemente per come è scritta (valutando il testo in astratto senza particolare attenzione alle circostanze di fatto) oppure la esamini per come è applicata nel caso concreto portato alla sua attenzione. La risposta a questa domanda dipende, a sua volta, dalle circostanze. Alcune di queste legittimano il giudice a procedere ad una analisi a prescindere dal caso concreto, mentre altre lo autorizzano solo ad una più limitata disamina, ancorata ai fatti a lui presentati. Presa dal punto di vista dell'imputato, la questione è leggermente diversa: se questi personalmente non ha ricevuto adeguata informazione sulla condotta proibita, potrà efficacemente sostenere un *vagueness challenge*; se invece questi aveva in concreto contezza della condotta proibita, ma ciò nonostante lamenti una generale imprecisione della fattispecie, il giudice esaminerà nel merito il motivo solo in presenza di determinate condizioni, evidenziate al prossimo paragrafo.

L'insegnamento giurisprudenziale tradizionale, come anticipato, è che se il giudice analizza la fattispecie senza considerazione del particolare caso in esame, si dirà che egli analizza la fattispecie *on its face* e si avrà un esame frontale (*facial challenge*).

In una prima fase d'operatività della *vagueness doctrine* la giurisprudenza utilizzava l'istituto con più disinvoltura e tendenzialmente analizzava le fattispecie sempre "frontalmente", per come scritte, senza riguardo alla situazione di fatto del caso di specie. Infatti, nel caso del 1939 *Lanzetta v. New Jersey*<sup>189</sup> la Corte Suprema affrontava "di petto" la norma, dichiarandola incostituzionale senza attenzione esplicita alla situazione concreta:

"Se la fattispecie a prima vista è contraria alla *Due Process Clause*, non servirà a salvarla la specificazione dei dettagli del reato che si vuole imputare [...] È infatti la legge e non il capo d'imputazione sottostante che prescrive la regola che governa la condotta e mette in guardia dalla trasgressione."<sup>190</sup>

La tendenza ad un utilizzo disinvolto del *facial challenge* proseguiva ininterrotta dal 1939 fino al 1963<sup>191</sup>, quando, si vedrà, il *trend* veniva gradualmente invertito. In una parola, in questa prima fase, a differenza degli sviluppi successivi, l'esame di costituzionalità "frontale" era la norma.<sup>192</sup>

Se la norma, così esaminata, viene dichiarata incostituzionale, ciò significa che è inapplicabile in ogni circostanza e totalmente invalida. Tale tipo d'esame è ovviamente molto appetibile per l'imputato perché consente, indipendentemente dai

---

<sup>189</sup> *Lanzetta v. New Jersey*, *cit.*

<sup>190</sup> *Lanzetta v. New Jersey*, *cit.*, 453: "If, on its face, the challenged provision is repugnant to the *Due Process Clause*, specification of details of the offense intended to be charged would not serve to validate it. [...] It is the statute, not the accusation under it, that prescribes the rule to govern conduct and warns against transgression."

<sup>191</sup> Appartengono all'epoca del *facial challenge* "indiscriminato" i casi *United States v. Petrillo*, 332 U.S. 1 (1947) e *United States v. Harriss*, 347 U.S. 612 (1954). La considerazione dell'esame frontale come esame di regola utilizzato iniziava a cambiare con il caso *United States v. National Dairy Products Corp.*, 372 U.S. 29 (1963).

<sup>192</sup> C. D. LOCKWOOD, *Defining Indefiniteness*, *cit.*, pp. 275-277.

fatti in esame (che magari evidenziano la chiara conoscenza della condotta proibita e della sua illiceità in capo all'accusato) di arrivare ad una dichiarazione d'incostituzionalità.

La giurisprudenza, allora, ne ha limitato progressivamente l'utilizzabilità al caso in cui la fattispecie riguardi potenzialmente delle condotte costituenti esplicazioni di diritti costituzionalmente garantiti (con particolare e costante riferimento alla libera espressione del pensiero).<sup>193</sup> Se così non fosse, l'esame frontale sarà consentito solo se l'imputato riesca a superare un primo filtro: l'incostituzionalità della norma per *vagueness* per come applicata alla sua condotta.<sup>194</sup> Tuttavia, lo stesso orientamento della Corte Suprema non è perfettamente chiaro, al punto che, in certi casi, il massimo giudice federale ha invalidato norme utilizzando l'esame frontale senza neppure riconoscere il compimento della delicata operazione. Inoltre, lo stesso principio per il quale una legge sarà dichiarata incostituzionale *on its face* perché indeterminata in tutte le sue applicazioni subisce notevoli temperamenti. Infine, c'è persino che si è spinto a dire che la distinzione classica abbia perso molta della sua rilevanza con lo spostamento del baricentro della *vagueness doctrine* dalla "adeguata informazione" alla prevenzione di applicazioni discriminatorie.<sup>195</sup>

Conseguenza della oggettiva restrizione dei casi in cui l'analisi di costituzionalità avviene frontalmente è che, oggi, la regola seguita nei casi di *vagueness* è quella dell'esame della norma per come applicata nel caso concreto. In questa modalità di scrutinio, come si vedrà meglio *infra* al paragrafo 1.5, la norma non viene letta

---

<sup>193</sup> *United States v. National Dairy Products Corp., cit.*, p. 36.

<sup>194</sup> J. F. DECKER, *Addressing Vagueness, cit.*, pp. 275-276. La formulazione è stata da molti criticata perché completamente fittizia. Infatti, come si diceva *sub* 1.2.5. è davvero difficile una norma formulata in modo tale da essere sempre indeterminata.

<sup>195</sup> Si veda anche *supra* il paragrafo 1.2.5..

semplicemente per come scritta e analizzata in astratto ma viene considerata per come ha preso forma alla luce delle circostanze.

#### 1.4.1. L'esame di costituzionalità frontale (c.d. "*facial challenge*")

Lo scrutinio di costituzionalità c.d. frontale è stato definito "non ortodosso" dai commentatori, perché abbastanza distante dalla mentalità del giudice di *common law* in generale e statunitense in particolare. La *forma mentis* del magistrato d'oltreoceano concepisce solo a fatica un giudizio (di qualsiasi genere) scollegato dal caso concreto<sup>196</sup>. Inoltre, i requisiti di legittimazione a contraddire (*standing*) sono solitamente molto stringenti, il che fa apparire strano un caso in cui un soggetto lamenti l'incostituzionalità di una norma perché potenzialmente lesiva di diritti altrui. Inoltre, le corti statunitensi sono tradizionalmente maestre di *self-restraint* e solo in casi estremi si avventurano in giudizi astratti e implicitamente politici come quelli richiesti dalla *vagueness doctrine* applicata "frontalmente".<sup>197</sup>

Perché dunque fare violenza a costumi tanto radicati?

La necessità di permettere un esame di costituzionalità maggiormente flessibile, in un primo caso, discende dall'importanza delle condotte proibite dalla norma penale. Le condotte a cui si fa riferimento sono quelle costituenti esplicitazione di diritti costituzionalmente garantiti, fra i quali un posto di assoluta preminenza occupa la manifestazione del pensiero. Queste condotte non sono meramente lecite ma piuttosto incoraggiate in quanto, nel disegno costituzionale, sono essenziali alla vitalità del sistema democratico statunitense. Il termine tradizionalmente usato per

---

<sup>196</sup> Tale particolare aspetto culturale delle corti statunitensi verrà ripreso parlando di *prospective overruling* nel capitolo III. Questa tecnica di decisione *pro futuro* è infatti astrattamente appetibile perché realizza una quadratura del cerchio fra evoluzione e prevedibilità del diritto, ma è poco utilizzata anche a causa dell'idiosincrasia dei giudici di *common law* per le c.d. *advisory opinions*.

<sup>197</sup> R. BATEY, *Balancing Acts*, cit., pp. 19-20.

descrivere le conseguenze delle leggi imprecise su tali condotte è quella di “*chilling effect*” (effetto congelamento). Abbiamo già incontrato tale interessante locuzione, che in sostanza significa che molti potenziali fruitori di un diritto costituzionale, intimoriti dalla difficoltà di determinare la condotta effettivamente proibita, eviteranno di esercitare tale diritto per paura di cadere nelle maglie della sanzione penale. Per usare le parole della corte d’appello federale del *Tenth Circuit* (decima giurisdizione)<sup>198</sup>:

“Viene concesso di impugnare la fattispecie perché frontalmente imprecisa a chi è perseguito per una condotta che lo Stato può legittimamente vietare [...] perché coloro che non eserciteranno il loro diritto d’espressione del pensiero non avranno mai la possibilità di impugnarla davanti a un giudice. In questo modo, le ragioni di chi è costretto al silenzio verranno ascoltate.”<sup>199</sup>

Il discorso è diverso quando la fattispecie penale non tocchi diritti costituzionalmente garantiti. In questo caso, la regola seguita (almeno in teoria) è quella enunciata dal giudice White nella sua *dissenting opinion* del caso *Coates v. City of Cincinnati*<sup>200</sup>: nei casi riguardanti le libertà protette dal I Emendamento

---

<sup>198</sup> Il sistema federale di corti statunitense vede, al primo livello, le *District Courts*, che sono 94. Al secondo d’appello ci sono le *Court of Appeals*, che sono 13. La giurisdizione di queste corti è chiamata *circuit* e comprende alcuni stati (ad esempio, la *Court of Appeals of the Second Circuit* funziona da giudice d’appello per le *District Courts* del Connecticut, New York e Vermont). All’ultimo livello troviamo la *United States Supreme Court*. Tale corte ha tuttavia un ruolo rilevante anche come giudice di ultima istanza dei casi statali (e non federali) se si lamenti una violazione costituzionale. I giudici federali sono nominati a vita dal presidente e devono ricevere un voto di conferma dal senato federale. Si veda in proposito il sito governativo [www.uscourts.gov](http://www.uscourts.gov).

<sup>199</sup> *United States v. Gaudreau*, 860 F.2d 357, p. 360 (10<sup>th</sup> Cir. 1988): “*We allow a person who is prosecuted for conduct which the state may constitutionally [sic] forbid to challenge the statute as vague on its face [...] because those who refrain from speech will never have a chance to make their claims in court. In this way the claims of those who would be silenced are heard.*”

<sup>200</sup> *Coates v. Cincinnati*, 402 U.S. 611 (1971).

(libertà di espressione del pensiero e libertà di stampa) bisognerà preferire l'esame frontale, prescindendo dal caso concreto. Se invece tali libertà non siano coinvolte, l'imputato dovrà prima dimostrare l'incostituzionalità della legge per come applicata al suo caso, per poi eventualmente passare ad esaminare la fattispecie per come potenzialmente applicabile ad altre situazioni ulteriori.<sup>201</sup>

Lo strumento del *facial challenge* si presenta, in teoria, molto potente ma nella pratica è dunque fortemente limitato, a tal punto che il successo di tale tipo d'analisi rappresenta l'eccezione piuttosto che la regola.<sup>202</sup> Infatti, pur essendo già circoscritto, le limitazioni nell'uso di questa variante della *vagueness doctrine* sono spesso insormontabili. Tale stato di cose si desume dall'analisi della giurisprudenza. Di specifico interesse sono i casi *United States v. Gaudreau*<sup>203</sup> e *Village of Hoffman Estates v. Flipside, Hoffman Estates, Inc.*<sup>204</sup> Nel primo caso, deciso dalla Corte d'Appello per il *Tenth Circuit* federale, la fattispecie all'esame del giudice prevedeva il delitto di corruzione di dirigente di società se in violazione dolosa di un obbligo fiduciario (*duty of fidelity*). Nella specie, l'esame frontale della norma penale veniva semplicemente negato perché la condotta proibita non riguardava, appunto, un'attività protetta dalla costituzione.

Nel secondo caso, invece, deciso dalla Corte Suprema federale, un'ordinanza locale richiedeva ai commercianti di munirsi di licenza qualora intendessero vendere oggetti "progettati o commerciati per essere utilizzati con cannabis o droghe

---

<sup>201</sup> *Coates v. Cincinnati, cit.*, pp. 619-620.

<sup>202</sup> Due casi in cui il *facial challenge* per *vagueness* ha portato alla dichiarazione d'incostituzionalità sono *Coates v. Cincinnati, cit.*, e *Colautti v. Franklin*, 439 U.S. 379 (1979). In entrambi i casi l'esame frontale di costituzionalità era scattato a causa del potenziale intrusivo delle fattispecie in esame nella libera esplicazione del diritto alla libera manifestazione del pensiero.

<sup>203</sup> *United States v. Gaudreau, cit.*

<sup>204</sup> *Village of Hoffman Estates v. Flipside, Hoffman Estates, Inc.*, 455 U.S. 489 (1982)

illegali”.<sup>205</sup> Nel rigettare la domanda, la Corte da un lato notava che la condotta non era da considerarsi esercizio della libertà d’espressione ma solo una forma d’espressione del pensiero in ambito commerciale (c.d. *commercial speech*) e perciò non soggetta alle medesime protezioni.<sup>206</sup> Dall’altro lato, la massima corte federale valutava se la fattispecie fosse indeterminata in ogni sua applicazione, trovando che in certe situazioni, come nel caso di vendita di “pipe” le cui caratteristiche non potevano non corrispondere che ad un uso illecito, la norma fosse chiara nel suo significato. La condotta era poi punita a titolo esclusivamente doloso, il che, come abbiamo accennato *supra*<sup>207</sup>, viene considerato (erroneamente) diminutivo del coefficiente di imprecisione.<sup>208</sup>

Tuttavia, la *case law* della Corte Suprema è, ad un esame più approfondito, meno chiara di quel che sembra e la regola enunciata dal giudice White non è sempre seguita in pratica. Le acque sono “intorbidite” dai numerosi casi in cui o il massimo giudice ha invalidato norme con il *facial challenge* senza che queste coinvolgessero l’esercizio di diritti costituzionali e addirittura senza riconoscere affatto l’utilizzo del potente strumento. Con questo procedimento, la corte di Washington ha espunto dal sistema numerose fattispecie statali che riguardavano l’assembramento di membri di bande criminali<sup>209</sup>, certe procedure abortive<sup>210</sup>, leggi anti-vagabondaggio<sup>211</sup> e

---

<sup>205</sup> *Village of Hoffman Estates v. Flipside, Hoffman Estates, Inc., cit.*, p. 491: “*designed or marketed for use with illegal cannabis or drugs.*”

<sup>206</sup> La giurisprudenza costituzionale della Corte Suprema considera infatti il *commercial speech* di “grado” inferiore rispetto all’espressione del pensiero non “inquinata” dall’elemento commerciale o pubblicitario. La conseguenza è che il primo tipo di manifestazione del pensiero riceve una tutela attenuata.

<sup>207</sup> Si veda il paragrafo 1.3.

<sup>208</sup> *Village of Hoffman Estates v. Flipside, Hoffman Estates, Inc., cit.*, pp. 494-503.

<sup>209</sup> *City of Chicago v. Morales, cit.*

<sup>210</sup> *Colautti v. Franklin*, 439 U.S. 379 (1979).

<sup>211</sup> *Papachristou v. City of Jacksonville, cit.*

operazioni anticoncorrenziali<sup>212</sup>. D'altro canto però, a rendere le acque ancor meno limpide, è intervenuta nel 2010 la decisione *Holder v. Humanitarian Law Project*<sup>213</sup> dove la Corte Suprema (con autore il *Chief Justice* Roberts) ha sostanzialmente chiuso a qualsiasi utilizzo dell'esame frontale, scrivendo, senza alcuna discussione, che "il ricorrente che ha compiuto una condotta chiaramente proibita dalla norma non può lamentarsi dell'imprecisione di questa per come applicata alla condotta di altri"<sup>214</sup> senza alcuna eccezione per le condotte protette ai sensi del I Emendamento, citando a supporto il caso *Flipside*<sup>215</sup> e il caso *Parker*<sup>216</sup>, nei confronti dei quali era stato tuttavia operato un *distinguishing* dalla medesima Corte nelle successive decisioni *Kolender*<sup>217</sup> e *Morales*<sup>218</sup>.

Fatta questa considerazione, è opportuno riportare un'impostazione per la quale l'esame frontale è legittimo solo in caso d'esercizio di diritti costituzionali o di imprecisione descrittiva "estrema" (e forse, a prestare attenzione al caso *Humanitarian Project*, nemmeno in questi casi). Infatti, se la *ratio* predominante della *vagueness doctrine* è la prevenzione dell'uso discriminatorio dello strumento punitivo, per proteggere l'imparzialità dell'azione di polizia, sarebbe forse più sensato rendere l'esame frontale la regola piuttosto che l'eccezione. Se invece, come sembra fare la giurisprudenza nei casi citati, si dà rilievo all'aspetto informativo della *fair notice*, allora è corretto preferire l'esame alla luce delle circostanze concrete.

---

<sup>212</sup> *Cline v. Frink Dairy Co.*, 274 U.S. 445 (1927).

<sup>213</sup> *Holder v. Humanitarian Law Project*, 130 S.Ct. 2705 (2010).

<sup>214</sup> *Holder v. Humanitarian Law Project*, *cit.*, p. 2719: "[a] plaintiff who engages in some conduct that is clearly proscribed cannot complain of the vagueness of the law as applied to the conduct of others."

<sup>215</sup> *Village of Hoffman Estates v. Flipside, Hoffman Estates*, *cit.*.

<sup>216</sup> *Parker v. Levy*, *cit.*.

<sup>217</sup> *Kolender v. Lawson*, *cit.*.

<sup>218</sup> *City of Chicago v. Morales*, *cit.*.

Infatti, la situazione concreta in cui si trova l'agente (come vedremo *infra*) illumina spesso il significato della fattispecie.<sup>219</sup>

L'obiezione probabilmente coglie nel segno. Se difatti una fattispecie è formulata in modo tale da incoraggiarne un uso discriminatorio, sarà tale in virtù del suo testo e della sua storia, mentre le circostanze concrete saranno tutto sommato irrilevanti. Secondo questa opinione, dunque, la scelta fra esame frontale e esame della fattispecie per come applicata in concreto andrebbe operata seguendo questo criterio: se la fattispecie pone un problema di *fair notice*, si dovrà preferire l'esame c.d. "*as applied*"; al contrario, se la norma pone un problema di *discriminatory enforcement*, si dovrebbe optare per l'esame frontale.<sup>220</sup>

Tuttavia, si è anche segnalato con preoccupazione che un utilizzo più frequente dell'esame frontale, data la ormai predominante importanza dell'aspetto garantistico del *prevention of arbitrary enforcement*, lascerebbe le corti senza più un metro di giudizio certo per valutare la determinatezza delle fattispecie. La notazione è curiosa, in quanto l'espansione della *ratio* della *vagueness doctrine* è stata probabilmente operata proprio come risposta di alcuni *Justices* all'eccessivo *self-restraint* di altri colleghi. La stessa espansione infatti, pur migliorando l'incidenza dell'istituto, avrebbe l'effetto negativo di renderlo astratto, facendo inutilmente violenza a quella *forma mentis* del giudice statunitense di cui si diceva poco sopra.<sup>221</sup>

In conclusione, è difficile individuare un *trend* nell'evoluzione giurisprudenziale. Da un lato, questa sembra essere nel senso di limitare sempre più il sindacato "frontale" di costituzionalità (con la probabile ma non certa eccezione del caso di

---

<sup>219</sup> A. E. GOLDSMITH, *The Void-for-Vagueness Doctrine*, cit., pp. 311-312.

<sup>220</sup> A. E. GOLDSMITH, *The Void-for-Vagueness Doctrine*, cit., pp. 311-312.

<sup>221</sup> A. HILL, *Vagueness and Police Discretion*, cit., p. 1317-1318.

diritti costituzionalmente garantiti). Non solo: non basta un minimo effetto limitativo di tali diritti per giustificare l'uso della versione "frontale" della *vagueness doctrine* ma occorre, secondo l'insegnamento del caso *Young v. American Mini-Theaters*<sup>222</sup>, un *chilling effect* "sostanziale" accompagnato da un'impresione "non prontamente assoggettabile ad interpretazione restrittiva".<sup>223</sup> Se la potenziale lesione di tali diritti non viene rilevata, l'impugnante dovrà poi dimostrare l'incostituzionalità in ogni circostanza che, come immaginabile, è impresa assai ardua.<sup>224</sup>

Tuttavia, se si può dire che il requisito quantitativo del *chilling effect* sia allo stato regola assodata, la sua rilevanza dipende dalla possibilità di utilizzo del *facial challenge* nel caso di diritti costituzionali, la cui vitalità sembra essere tutto fuorché certa, come visto sopra: infatti se i casi *Kolender*<sup>225</sup> e *Morales*<sup>226</sup> avevano indicato una strada, *Humanitarian Law Project*<sup>227</sup> rappresenta una inversione decisa di tendenza.

In aggiunta, sul requisito della dimostrazione di completa indeterminatezza della norma in ogni situazione, se nel caso *Flipside*<sup>228</sup> è stato detto che la dichiarazione d'incostituzionalità verrà pronunciata solo se verrà dimostrata l'indeterminatezza della fattispecie in ogni applicazione, nel caso *Kolender*<sup>229</sup> è stato deciso che ciò non è necessario, mentre nel caso *United States v. Salerno*<sup>230</sup> sembra che la Corte sia tornata alla prima regola, scrivendo che "il ricorrente deve provare che non esiste alcuna situazione concreta nella quale la legge sia valida". Nondimeno, nel caso

---

<sup>222</sup> *Young v. American Mini-Theaters*, 427 U.S. 50 (1976).

<sup>223</sup> *Young v. American Mini-Theaters*, *cit.*, pp. 59-60.

<sup>224</sup> J. F. DECKER, *Addressing Vagueness*, *cit.*, p. 280.

<sup>225</sup> *Kolender v. Lawson*, *cit.*.

<sup>226</sup> *City of Chicago v. Morales*, *cit.*.

<sup>227</sup> *Holder v. Humanitarian Law Project*, *cit.*.

<sup>228</sup> *Village of Hoffman Estates v. Flipside, Hoffman Estates, Inc.*, *cit.*.

<sup>229</sup> *Kolender v. Lawson*, *cit.*.

<sup>230</sup> *United States v. Salerno*, 481 U.S. 739 (1987).

*Morales*<sup>231</sup>, l'opinione dei giudici Stevens, Souter e Ginsburg qualificò tale affermazione come *obiter dictum*, quindi non dotata di valore vincolante.

Dall'altro lato però, si è aperto un fronte completamente nuovo. Lo spostamento del centro di gravità dell'istituto verso la prevenzione dell'uso discriminatorio della legge ha avuto l'effetto collaterale di sfumare e rendere meno rilevante la distinzione fra *facial challenge* e *as-applied challenge*. Infatti, se la preoccupazione è quella di evitare che la norma imprecisa incoraggi un uso discriminatorio, l'unica valutazione rilevante sarà quella operata in astratto sul testo di legge. La domanda da porsi sarà se la norma come formulata non confini a sufficienza la discrezionalità dei *law enforcement officers*, prestando il fianco ad applicazioni arbitrarie.<sup>232</sup>

Concludendo sul punto, sembra corretto dire che regna l'incertezza. I dubbi sono rilevanti riguardo all'aspetto della *fair notice*, dove il "filtro" dell'esercizio di diritti di rango costituzionale sembra essere ora incerto, così come altrettanto incerta sembra essere la necessità di dimostrare l'imprecisione della norma penale in ogni applicazione per arrivare ad espungerla dal sistema. Tuttavia, è da considerare il fatto che l'aspetto informativo è sempre meno importante nell'economia dell'istituto. Tuttavia, se l'attenzione si sposta sul secondo aspetto della *ratio* della *vagueness doctrine*, si nota un'incertezza altrettanto marcata. Le corti, infatti, nella valutazione della probabilità di uso arbitrario o discriminatorio, sono apparentemente lasciate ad operare utilizzando criteri incerti dai risultati difficilmente prevedibili.

---

<sup>231</sup> *City of Chicago v. Morales, cit.*, p. 55.

<sup>232</sup> A. HILL, *Vagueness and Police Discretion, cit.*, p. 1317-1318.

### 1.4.2. L'esame di costituzionalità della norma per come applicata in concreto (c.d. "as applied" challenge)

Se l'esame frontale di una fattispecie in base alla *vagueness doctrine* avviene esaminando la fattispecie per come è scritta, pur tenendo presente l'interpretazione giurisprudenziale, il tipo di analisi più frequente è quella compiuta sulla norma per come applicata ad una particolare situazione concreta. Tale tipo d'esame prende il nome di "as applied" challenge: un soggetto che lamenti l'eccessiva imprecisione della legge ai sensi della quale è perseguito dovrà dimostrarne la contrarietà ai dettami costituzionali per come applicata alla sua condotta.<sup>233</sup> Di conseguenza, a differenza del *facial challenge*, chi impugna la norma perché imprecisa non potrà farsi carico delle ragioni di altri soggetti potenziali ed utilizzarle a proprio vantaggio ma dovrà fare riferimento solo alla legge per come utilizzata nel caso che lo riguarda.

Tale metodo di valutazione del grado di determinatezza della norma penale nel suo momento applicativo concreto è quello statisticamente più frequente e forse è più confacente alla mentalità del giudice incardinato in un sistema di *common law*, tradizionalmente avverso ad analisi astratte e scollegate dalle circostanze del caso. Ciò si riflette nell'assenza di tensioni sul punto fra dottrina e giurisprudenza, all'opposto di quanto avviene in tema di esame "frontale" di determinatezza. Comunque, un aspetto interessante e già segnalato dell'"as applied challenge" consiste nel riconoscimento che la precisione di una norma varia da caso a caso e non è solo prodotto del testo di legge considerato isolatamente.

Per comprendere meglio il funzionamento di tale tipo d'analisi, è opportuno ora considerare un esempio tratto dalla giurisprudenza. Prendiamo in considerazione la

---

<sup>233</sup> J. F. DECKER, *Addressing Vagueness, cit.*, p. 280.

decisione *Davis v. State*, decisa dalla corte d'appello statale dell'Indiana.<sup>234</sup> Il caso spiega in modo esemplare come la determinatezza di una fattispecie vari al variare delle circostanze. La norma penale dell'Indiana in esame prevede tuttora il reato di abbandono di persona a carico, stabilendo che “chiunque abbia una persona a carico [...] e (1) mette questa persona in una situazione che ne mette in pericolo la vita o la salute” sarà punito con la pena della reclusione da 6 mesi a 3 anni.<sup>235</sup> Nel caso di specie gli imputati avevano abbandonato il figlio, nato poche ore prima, a lato di una strada sterrata in una località di campagna dell'Indiana. Una volta tratti in giudizio, i due lamentavano l'eccessiva imprecisione della locuzione “mette in pericolo la vita o la salute”, argomentando che anche il genitore che consente al figlio di praticare uno sport di contatto (quale, ad esempio, il *football* americano) potrebbe ricadere nelle maglie della fattispecie.

La *Indiana Court of Appeals* in primo luogo rifiutava di esaminare “frontalmente” la fattispecie, ricordando che tale esame può essere effettuato solo nei casi che interessano diritti quali la libertà di manifestazione del pensiero. Di conseguenza, l'impossibilità per gli appellanti di rifarsi ad una situazione ipotetica di vaghezza della fattispecie (quale quella sopra riassunta). In secondo luogo, passando alla sostanza dell'esame della fattispecie per come applicata, i giudici dell'Indiana evidenziavano che, nei casi di *vagueness*, la domanda da porsi sia “se un individuo di ordinaria intelligenza fosse ragionevolmente in grado di capire che la sua condotta è penalmente illecita”. Nella specie, continuava la corte, se si considera la situazione concreta di abbandono di un neonato di poche ore di vita a lato di una strada, l'uomo

---

<sup>234</sup> *Davis v. State*, 476 N.E.2d 127 (Ind. Ct. App. 1985).

<sup>235</sup> *Indiana Code*, 35-46-1-4, *Neglect of a dependent; child selling*: “(a) A person having the care of a dependent [...] who knowingly or intentionally: (1) places the dependent in a situation that endangers the dependent's life or health; [...] commits neglect of a dependent, a Class D felony.”

ragionevole di ordinaria intelligenza avrebbe sicuramente avuto contezza dell'illiceità penale della sua condotta, determinando una situazione di sicura chiarezza della fattispecie.<sup>236</sup>

In conclusione, come detto, l'esame di determinatezza della fattispecie per come applicata ad un caso concreto è, allo stato, la forma d'analisi standard nei casi di *vagueness*. Infatti, se tante parole si sono spese in dottrina nel cercare di trovare un senso compiuto all'evoluzione giurisprudenziale in tema di *facial challenge*, così poco o nulla si è detto sul più sicuro *as-applied challenge*. Ciò è dovuto ad una molteplicità di ragioni, fra cui la più rilevante è la conformità alle regole vigenti in tema di legittimazione a contraddire (*standing*). Infatti, permettere ad un soggetto del tutto consapevole della condotta punita e delle sue conseguenze di sostenere l'imprecisione della fattispecie per come potenzialmente applicabile ad altri, è operazione consentita solo in limitati casi. Tali regole di legittimazione, poi, sono espressione specifica della mentalità di *common law*, piuttosto intollerante verso analisi astratte, disgiunte dalle circostanze fattuali del caso, come quella richieste da un *facial challenge* ai sensi della *void-for-vagueness doctrine*.

### **1.5. Conclusioni provvisorie sui rapporti fra *void-for-vagueness doctrine* e certezza del diritto**

Al termine di questa disamina, bisogna chiedersi quale sia il vero volto della *vagueness doctrine* e come si rapporti all'obiettivo del raggiungimento di un diritto certo, stabile e prevedibile.

---

<sup>236</sup> *Davis v. State, cit.*, pp. 130-131.

In una prima fase di applicazione giurisprudenziale dell'istituto ci si focalizzava sull'aspetto informativo della fattispecie nei confronti del cittadino (requisito della *fair notice*). La *vagueness doctrine* tutelava il rispetto del principio di determinatezza in modo classico, per il quale una fattispecie formulata in termini eccessivamente indeterminati non consente al cittadino di effettuare informate scelte d'azione. La preoccupazione era dunque quella di sondare la capacità esplicativa delle fattispecie, parametrandola all'"uomo di comune intelligenza" o alla "persona ragionevole". La conoscenza richiesta in capo al soggetto era niente più che la conoscenza potenziale della norma, per la quale bastava la formale pubblicazione della norma incriminatrice. La dottrina ha criticato incisivamente l'aspetto della *fair notice* della *vagueness doctrine*, senza però sortire effetti rilevanti in giurisprudenza. Tuttavia, senza negarne i punti critici, la *fair notice* è aspetto imprescindibile nella tutela della certezza del diritto inteso come prevedibilità.

In una seconda fase, si è accentuata in modo sostanziale la *ratio* egualitaria della *vagueness doctrine* e la si è posta a presidio del rispetto dell'uguaglianza, data anche l'insufficienza degli altri strumenti predisposti dall'ordinamento. L'obiettivo era diventato la salvaguardia da applicazioni distorte della legge penale e lo si è cercato di raggiungere stabilendo che una fattispecie non può essere così indeterminata da consentire o, perlomeno, incoraggiare i *law enforcement officers* ad applicarla in modo arbitrario o discriminatorio. Il cambiamento, lo si è detto, è stato motivato in gran parte dalla contingenza storica che richiedeva una *vagueness doctrine* rinnovata per far fronte a nuove esigenze di tutela.

Dal punto di vista generale della certezza del diritto, è da notare, in via preliminare, lo spostamento di baricentro dall'implementazione del principio di determinatezza come parte del *legality principle* in materia penale a una tutela a più

ampio spettro della *rule of law*, intesa come contenimento dei poteri statuali (personificati, in questo caso, nella discrezionalità del singolo pubblico ufficiale) ad opera della legge. In tali poteri, si annida sempre una potenziale discriminazione che può essere evitata o, alla peggio, identificata *ex post* grazie a fattispecie chiare che indichino chiari parametri di condotta per l'azione pubblica. In questo senso, la “nuova” *vagueness doctrine* si inserisce perfettamente in quella tradizione autenticamente statunitense che aspira ad avere un “*government of laws, and not of men*”.<sup>237</sup>

Entrambe le declinazioni della *void-for-vagueness doctrine* sono perfettamente consonanti con il nostro oggetto d'indagine. Più in particolare, la doppia natura della *vagueness doctrine* tutela la certezza del diritto toccando due aspetti diversi e complementari di questo fondamentale principio.

La preoccupazione per la *fair notice* tutela la certezza intesa come prevedibilità delle conseguenze penali della condotta, in quanto una fattispecie formulata in termini “indeterminati” è di per sé stessa inidonea ad orientare la condotta dei consociati. L'obiettivo di evitare applicazioni discriminatorie e arbitrarie, invece, tutela la certezza per come collegata al principio di uguaglianza.<sup>238</sup> Un diritto incerto, infatti, minaccia di essere applicata in modo diseguale e, in certi casi di particolare gravità, in modo discriminatorio.

Se in astratto la duplice *ratio* dell'istituto è *idonea* all'obiettivo, occorre però chiedersi fino a che punto la *vagueness doctrine* sia *efficace* nel raggiungere un

---

<sup>237</sup> La frase è di John Adams, primo vicepresidente e secondo presidente degli Stati Uniti, nel settimo scritto dei “*Novanglus; or, A History of the Dispute with America, From Its Origin, in 1754, to the Present Time*”, pubblicato originariamente nel 1774 nella *Boston Gazette*.

<sup>238</sup> Si veda, sui rapporti strettissimi fra determinatezza ed uguaglianza, A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, II ed., Torino, 2014, p. 42 e, più in generale, i paragrafi dedicati al principio di determinatezza.

diritto maggiormente certo e prevedibile. Un punto sicuramente a favore è la fusione delle prospettive *in the books* e *in action*: l'istituto è ampiamente teorizzato dagli *scholars* e costantemente applicato dai giudici che, a loro volta, con le loro *opinions*, compiono un'importante opera di raffinamento teorico. Di conseguenza, tale angolo visuale aiuta a superare le difficoltà dottrinali tramite l'applicazione pratica. Ciò va di frequente a scapito della purezza concettuale ma, dall'altro lato, potenzia l'efficacia della *vagueness doctrine*.

Di certo, non è impossibile immaginare alcuni miglioramenti da importare a questa fondamentale funzione di tutela dell'esigenza di certezza del diritto. In particolare, si potrebbe pensare ad un utilizzo maggiormente coerente del *test* giurisprudenziale della *vagueness doctrine*, che spesso tradisce l'utilizzo di parametri discrezionali e non è sempre utilizzato in maniera coerente con le premesse.

Tuttavia, posti di fronte ad esigenze concrete e notevoli pressioni politiche e sistematiche, il ruolo dei giudici non è sempre facile e spesso l'armonia della costruzione astratta deve cedere il passo a tali schiacciati necessità. In definitiva, però, il giudizio non può che essere positivo. La *vagueness doctrine* è strumento di grande efficacia nel raggiungere la certezza del diritto, in particolare perché costringe l'interprete a valutare la determinatezza di una norma in uno con le circostanze applicative, dando così dimensione concreta alla tensione verso un diritto stabile e prevedibile. La tutela della certezza, in sincronia con i valori della legalità penale, avviene tutelando la capacità di orientamento delle scelte di azione tramite il parametro della *fair notice* ma anche tutelando il principio d'uguaglianza, declinato come divieto di far della legge strumento di discriminazione o di arbitrio.



## **2. Criminal law e principio di irretroattività: Ex Post Facto Clause, legge scritta e giurisprudenza**

SOMMARIO: 2.1. Il divieto di retroattività negli Stati Uniti: introduzione; 2.2. La *Ex Post Facto Clause*: cenni storici; 2.3. All'origine dell'interpretazione della *Ex Post Facto Clause*: *Calder v. Bull*; 2.4. L'evoluzione giurisprudenziale successiva a *Calder v. Bull*: l'applicazione della clausola alle norme processuali; 2.4.1. Conclusioni provvisorie in tema di distinzione fra norme sostanziali e processuali ai fini della *Ex Post Facto Clause*; 2.5. (segue) La *Ex Post Facto Clause* e la nozione di "pena": le c.d. *sex offender laws*; 2.5.1. Cenni introduttivi; 2.5.2. La definizione di "sanzione penale" secondo la Corte Suprema degli Stati Uniti; 2.5.3. Le *sex offender laws* al vaglio della giurisprudenza; 2.5.4. Conclusione: l'impatto delle decisioni in tema di *sex offender laws* sull'interpretazione della *Ex Post Facto Clause*; 2.6. (segue) retroattività e discrezionalità in fase di determinazione della pena: le *United States Sentencing Guidelines*; 2.6.1. Origini delle *sentencing guidelines*. La sfiducia verso il paradigma rieducativo della pena; 2.6.2. Un esempio di funzionamento delle *sentencing guidelines*; 2.6.3. Il tormentato rapporto fra *sentencing guidelines* ed *Ex Post Facto Clause*. Il c.d. periodo pre-*Booker*; 2.6.4.(segue) Le *guidelines* tornano ad essere delle *guidelines*. Il caso *United States v. Booker*; 2.6.5. L'importante è la sostanza: *Peugh v. United States* del 2013; 2.6.6. Il significato della *case law* in tema di *sentencing guidelines* ai fini dell'indagine; 2.7. *Stare decisis, overruling* e retroattività: rinvio; 2.8. *Due Process Clause* e limiti alla "retroattività occulta"; 2.8.1. Retroattività e interpretazione: il caso *Bowie v. City of Columbia*; 2.8.2. L'erosione della regola del caso *Bowie*: *Rogers v. Tennessee* e lo standard della "prevedibilità del mutamento interpretativo"; 2.9. Conclusioni provvisorie in tema di retroattività in rapporto all'obiettivo della certezza del diritto nell'ordinamento statunitense.

## 2.1. Il divieto di retroattività negli Stati Uniti: introduzione.

Se la *vagueness doctrine* mirava a garantire il raggiungimento di un grado di precisione costituzionalmente accettabile nella formulazione delle fattispecie penali, così il divieto di retroattività della legge penale, incastonato nella *Ex Post Facto Clause*, ha come obiettivo di proibire che la legge penale venga applicata retroattivamente, sia in via esplicita che in via occulta. Tracciando un rapido parallelo con l'Italia, si vedrà nel prosieguo della trattazione che l'analisi ci porterà a toccare tutti i punti che nella nostra dottrina vengono trattati nell'ambito del divieto di retroattività. Quest'ultimo principio, di sicuro, non manca di *pedigree* nell'ordinamento statunitense. Alexander Hamilton, nel *Federalista*, scriveva:

“Sottoporre a pena gli uomini per cose che, quando furono compiute, non violavano alcuna legge e la pratica della detenzione arbitraria, sono stati, in ogni tempo, il preferito e più formidabile strumento della tirannia.”

1

Fonte principale di disciplina del divieto di retroattività è la *Ex Post Facto Clause*, che ha la assoluta peculiarità di essere stata inserita dai Padri costituenti direttamente nel testo originale della Costituzione all'articolo I, che disciplina i poteri del Congresso degli Stati Uniti. Così, alla sezione IX, III clausola, di tale articolo è previsto che: “*No Bill of Attainder or Ex Post Facto Law shall be passed.*”

---

<sup>1</sup>*The Federalist*, n. 84, p. 533 (A. HAMILTON): “[T]he subjecting of men to punishment for things which, when they are done, were breaches of no law, and the practice of arbitrary imprisonments have been, in all ages, the favorite and most formidable instruments of tyranny”. La citazione è presa da C.R. YUNG, *The Disappearing Ex Post Facto Clause: from Substantive Bulwark to Procedural Nuisance*, in *Syracuse Law Review*, vol. 61 (2010-2011), 447, p. 447.

Alla successiva sezione X, I clausola, il medesimo limite viene posto ai singoli Stati: “*No State shall [...] pass any Bill of Attainder, Ex Post Facto Law [...]*.”<sup>2</sup> Generalmente, le corti statali, nell’affrontare il tema delle leggi penali retroattive sfavorevoli, hanno indicato che i corrispondenti divieti di cui alle costituzioni statali sono da considerarsi equivalenti a quello imposto dalla Costituzione federale.<sup>3</sup> Vi sono però almeno due eccezioni.<sup>4</sup> La prima è quella del Tennessee: la massima corte di quello Stato, trovandosi a dover applicare un precedente della Corte Suprema federale<sup>5</sup> ed essendo con questo in disaccordo, decise che il divieto di retroattività di cui alla Costituzione statale aveva portata più ampia del corrispondente principio federale.<sup>6</sup> La seconda recente eccezione è quella del Maryland ed è discussa in dettaglio *infra* al paragrafo 2.5.3..

Per la nostra trattazione, la parte di maggior interesse è quella relativa alla promulgazione di leggi che dispongono per il passato, quali che esse siano, mentre di minore importanza è il divieto imposto contro l’emanazione di *bills of attainders* che sostanzialmente sono quegli atti legislativi a contenuto punitivo, alla stregua di una decisione giudiziaria, rivolte a una persona o un gruppo di persone in specifico.

La trattazione della *Ex Post Facto Clause* è dunque la prima area tematica da trattare nell’ambito del divieto di retroattività. La previsione di cui all’art. 1 della Costituzione statunitense si rivolge però solo alla legge scritta e riguarda

---

<sup>2</sup> *Constitution of the United States of America, Article I, § 10, 1<sup>st</sup> Clause: “No State shall enter into any Treaty, Alliance, or Confederation; grant Letters of Marque and Reprisal; coin Money; emit Bills of Credit; make any Thing but gold and silver Coin a Tender in Payment of Debts; pass any Bill of Attainder, Ex Post Facto Law, or Law impairing the Obligation of Contracts, or grant any Title of Nobility.”*

<sup>3</sup> N.C. MCCABE, C.A. BELL, *Ex Post Facto Provisions of State Constitutions*, in *Emerging Issues in State Constitutional Law*, vol. 4 (1991), 133, p. 138.

<sup>4</sup> N.C. MCCABE, C.A. BELL, *Ex Post Facto*, *cit.*, pp. 148-151.

<sup>5</sup> Si tratta di *Dobbert v. Florida*, 432 U.S. 282 (1977).

<sup>6</sup> *Miller v. State*, 584 S.W.2d 758 (Tenn. 1979).

principalmente il problema della retroattività palese. Ad un livello d'analisi più profondo, rimane da affrontare il problema della retroattività causata non dal legislatore ma dalla giurisprudenza, in via interpretativa. È infatti ormai acquisizione pacifica che l'interpretazione imprevedibile o il mutamento interpretativo possano causare problemi simili a quelli che si ottengono operando in via esplicita sulle norme.

Tale seconda tematica concerne dunque i rapporti fra retroattività ed interpretazione giurisprudenziale e sarà trattato in parte in questo capitolo II e in parte al termine del capitolo III. L'oggetto dell'analisi sembra infatti essere trasversale ad entrambi: da un lato infatti, il tema della c.d. *adjudicative retroactivity* si inserisce nella trattazione del divieto di retroattività mentre dall'altro mostra notevoli interferenza con l'analisi del vincolo del precedente, a cui si procederà nel prossimo capitolo.

Per quanto d'interesse nella presente sede, l'interpretazione ad effetti sostanzialmente retroattivi pone i medesimi problemi e richiede il rispetto dei medesimi valori di cui alla *Ex Post Facto Clause* e infatti, per un certo periodo, la giurisprudenza estendeva la tutela offerta dal canone costituzionale all'attività giudiziale per mezzo della *Due Process Clause* di cui al V e XIV Emendamento alla Costituzione federale. Tali valori, lo si vedrà, sono sostanzialmente coincidenti con quelli visti al capitolo I in tema di *vagueness doctrine*: il riferimento è al principio di *fair notice* ai consociati e al rispetto della parità di trattamento nell'applicazione concreta del diritto.

Inizieremo dunque con un'analisi complessiva della *Ex Post Facto Clause*, per poi passare alla trattazione dei rapporti fra divieto di retroattività e opera interpretativa della giurisprudenza.

## 2.2. La *Ex Post Facto Clause*: cenni storici

Si è notato, al capitolo precedente, che la *vagueness doctrine* ha un solido appiglio costituzionale nella *Due Process Clause* del V e XIV Emendamento, ma va immediatamente rilevato che tale fondamentale previsione è, pur nella sua importanza, un contenitore nel quale i giudici statunitensi, con la Corte Suprema in testa, hanno progressivamente inserito numerose *judicial doctrines* bisognose di un aggancio nella carta fondamentale. In ciò sta la differenza con la *Ex Post Facto Clause* che disciplina direttamente il divieto di leggi penali retroattive.

Allargando l'ottica al livello più generale possibile, la legge, normalmente, dispone per il futuro e perciò le leggi che, contrariamente a ciò, dispongono per il passato sono sempre state viste con sospetto. Il principio fa la sua comparsa fin a partire dall'epoca greca<sup>7</sup> e, in epoca romana, il *Corpus Iuris Civilis* conteneva una regola del tenore di “*Nemo potest mutare consilium suum in alterius iniuriam*”<sup>8</sup> ma anche, più chiaramente, la prescrizione che le leggi e le consuetudini dovevano applicarsi solo a rapporti futuri, salvo che si stabilisse espressamente il contrario. Tale principio valeva generalmente sia per le leggi civili che per le leggi penali.<sup>9</sup> Tuttavia, sarebbe errato pensare che per tutta la storia di Roma il principio abbia avuto applicazione costante, tanto che bisogna attendere alcuni secoli dopo la caduta dell'impero per vederlo applicato nella sua accezione moderna.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> J. HALL, *Nulla Poena Sine Lege* in *Yale Law Journal*, vol. 47 (1937), 165, p. 165.

<sup>8</sup> *Corpus Iuris Civilis, Digesta*, 50, 17, 75. Le puntuali citazioni dal *Corpus Iuris Civilis* sono prese da E.E. SMEAD, *The Rule Against Retroactive Legislation: A Basic Principle of Jurisprudence*, in *Minnesota Law Review*, vol. 20 (1936), 775, p. 775.

<sup>9</sup> *Corpus Iuris Civilis, Codex*, 1, 14, 7: “*Leges et consuetudines futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim etiam de praeterito tempore adhuc pendentibus negotiis cautum sit.*”

<sup>10</sup> J. HALL, *Nulla Poena, cit.*, p. 165.

In ogni caso, dal *Corpus Iuris* alla *common law*, contrariamente a quel che si potrebbe pensare, il passo è breve e ciò grazie all'opera di Henry de Bracton. Il suo *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* della metà del XIII secolo trasportò molti dei principi del diritto romano nel sistema inglese. Fu tuttavia Sir Edward Coke, giurista inglese attivo fra il XVI e XVII secolo a dare definitiva sistemazione al principio che, da quel momento in poi, entrò a pieno diritto nel patrimonio di principi della *common law* inglese, anche se, al tempo, non come limite al potere legislativo ma solo come criterio interpretativo, nel senso che questi era libero di promulgare leggi retroattive, purché ne rendesse chiara la loro operatività in tal senso.<sup>11</sup>

In proposito, Jeremy Bentham scrive:

“Questa è una delle caratteristiche più nobili delle corti inglesi: queste hanno generalmente seguito la volontà espressa del legislatore con scrupolosa fedeltà o si sono fatti guidare per quanto possibile dalle decisioni precedenti [...] La rigida osservanza delle leggi potrebbe aver avuto qualche svantaggio in un sistema incompleto ma è il vero spirito della libertà che infonde negli inglesi tanto orrore per quelle che vengono chiamate leggi Ex Post Facto.”<sup>12</sup>

Nel sistema statunitense post-indipendenza il principio si sviluppò in modo diverso. I padri costituenti americani, tuttavia, avevano ben presente l'esperienza romana e britannica in tema di leggi retroattive. Ciò è dovuto anche all'influsso

---

<sup>11</sup> E.E. SMEAD, *The Rule Against Retroactive Legislation*, cit., pp. 775-780.

<sup>12</sup> *Works of Jeremy Bentham*, a cura di W. BOWRING, Edimburgo, 1843, p. 326: “*This is one of the noblest characteristics of the English tribunals: they have generally followed the declared will of the legislator with scrupulous fidelity, or have directed themselves as far as possible by previous judgments [...] This rigid observance of the laws may have had some inconveniences in an incomplete system, but it is the true spirit of liberty which inspires the English with so much horror for what is called an Ex Post Facto law.*” La citazione è presa da J. HALL, *Nulla Poena*, cit., pp. 170-171.

fondamentale dei *Commentaries on the Laws of England* di Sir William Blackstone, pubblicati originariamente dal 1765 al 1769. Il noto trattato era infatti per i *Framers* il testo giuridico su cui molti di essi si erano formati ed è, non a caso, colmo di riferimenti ai principi del diritto romano.<sup>13</sup> Parlando dei casi in cui il legislatore penalizza una condotta *ex post facto*, l'influente autore inglese scrive:

“In questo caso, è impossibile che la parte avrebbe potuto prevedere che la condotta, innocente quando fu commessa, sarebbe stata poi in seguito punita a causa di una legge successiva: di conseguenza, non aveva motivo di non compierla; e qualsiasi punizione inflitta per non essersi astenuto dal compiere [quella condotta] deve essere perciò crudele ed ingiusta.”<sup>14</sup>

Blackstone esemplifica il principio diverse volte e, nella maggioranza dei casi, fa riferimento a leggi civili e non penali, dimostrando così che, come nel diritto romano, il canone sarebbe dovuto valere per entrambi i tipi di leggi. Influenzati fortemente dall'onnipresente trattato, il principio trovò il suo spazio in importanti documenti pre-costituzionali quali la *Delaware Declaration of Rights* e la *Northwest Ordinance* del Congresso della Confederazione (l'organo legislativo nazionale attivo dal 1781 al 1789).<sup>15</sup> È tuttavia da notare che il primo documento si riferisce solo alle

---

<sup>13</sup> R.G. NATELSON, *Statutory Retroactivity: The Founder's View*, in *Idaho Law Review*, vol. 39 (2003), 489, p. 499.

<sup>14</sup> W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, 1765, p. 46: “Here it is impossible that the party could foresee that an action, innocent when it was done, should be afterwards converted to guilt by a subsequent law: he had therefore no cause to abstain from it; and all punishment for not abstaining must of consequence be cruel and unjust.” La citazione è di R.G. NATELSON, *Statutory Retroactivity*, cit., p. 503.

<sup>15</sup> R.G. NATELSON, *Statutory Retroactivity*, cit., pp. 503-504.

leggi penali mentre il secondo parla anche di leggi civili, menzionando “contratti privati” precedentemente conclusi.

Nelle deliberazione dell’Assemblea costituente prese subito corpo il dibattito circa l’ambito di applicabilità della *Ex Post Facto Clause*. I precedenti all’epoca non erano chiari, in quanto le fonte più risalenti, come visto, impiegavano il concetto riferendolo sia alle leggi civili che penali ma, allo stesso tempo, fonti contemporanee ai *Framers*, quali le costituzioni del Maryland e della Nord Carolina la riferivano solo all’ambito criminale. Nella discussione, James Madison affermò che la clausola poteva intendersi riferita anche alle leggi civili ma John Dickinson ribatté (erroneamente) che i noti *Commentaries* citavano, sul punto, solo leggi penali retroattive. Il suggerimento fece breccia e a nulla valsero i tentativi di delegati come Elbridge Gerry di mutare il consenso venutosi a creare in tema.<sup>16</sup>

Il dibattito non si placò dopo la pubblicazione della Costituzione ma, col passare dei mesi, l’opinione pubblica sembrò solidificarsi nell’interpretazione della clausola come riferita alle sole leggi penali: nei *Federalist Papers*, Alexander Hamilton accoglie questa tesi, così come altri autorevoli voci dell’epoca.<sup>17</sup>

Scontati questi primi dubbi interpretativi, che verranno comunque approfonditi, la *Ex Post Facto Clause* statunitense, dato il suo inserimento diretto nell’articolo I della Costituzione, è limite diretto al potere statale e non mero criterio d’interpretazione.

Il principio, così come scritto, sembra proibire la promulgazione di leggi retroattive. Questo, infatti, ci pare essere il significato che un individuo, del tutto

---

<sup>16</sup> Id., pp. 517-522.

<sup>17</sup> Id., pp. 517-522.

ignaro della storia e della interpretazione data alla clausola, le assegnerebbe ad una primissima lettura: *no [...] Ex Post Facto Law shall be passed.*

Al giurista, invece, un principio sì formulato suscita naturalmente una congerie di domande e perplessità. Fra queste, il nostro ipotetico operatore del diritto potrebbe chiedersi, appunto, se il canone si applichi solo alle leggi penali o anche a quelle civili. Poi, limitandosi al campo penale, ci si potrebbe chiedere se ad essere proibite siano solo le leggi retroattive *contra reum*, che inaspriscono il trattamento dell'imputato (o del condannato), o anche quelle *pro reo*, volte a mitigare il rigore della legge penale. Ancora, non sarebbe insolito chiedersi che cosa possa essere considerato "legge penale" o, infine, se ad essere vietata sia solo la promulgazione di norme retroattive o anche la loro interpretazione retroattiva. In particolare, quest'ultimo punto è interessante. Se gli altri quesiti posti possono dirsi tutto sommato risolti, quest'ultimo pare a tutt'oggi "agitare il sonno" di dottrina e giurisprudenza molto più dei precedenti.<sup>18</sup>

Di per sé, dunque, affermare che le leggi penali retroattive sono vietate dice qualcosa ma non dice tutto. Infatti, come notava la Corte Suprema già nel caso *Calder v. Bull* del 1798<sup>19</sup>, la *Ex Post Facto Clause* non ha significato autonomo al di fuori dell'universo giuridico e necessita perciò di elaborazione:

---

<sup>18</sup> In generale, il problema viene però inquadrato autonomamente come parte dell'interpretazione della *Due Process Clause*. Si tratterà infatti della questione dell'ammissibilità dell'interpretazione retroattiva al termine del presente capitolo nonché nei paragrafi finale del successivo.

<sup>19</sup> *Calder v. Bull*, 3 U.S. (3 Dall.) 386 (1798). Il caso è tuttora l'imprescindibile punto di partenza di ogni analisi della *Ex Post Facto Clause*.

Il divieto per il quale “nessuno Stato può promulgare alcuna legge *Ex Post Facto*” necessariamente richiede una spiegazione; ciò perché, spoglio e senza illustrazione, è incomprensibile e non significa nulla.”<sup>20</sup>

Tuttavia, per quanto l’interpretazione storica della locuzione non sia affatto sicura, i padri costituenti americani hanno inserito la *Ex Post Facto Clause* – unica fra tutti i principi costituzionali rilevanti per la nostra analisi – nel corpo originale dei sette articoli della Costituzione. Tale parte primigenia del documento fondamentale ha una funzione organizzativa dei poteri del governo federale e di imposizione di correlativi limiti al potere dei singoli Stati. Se si considera quindi che principi fondamentali come la libertà d’espressione o la libertà religiosa sono stati inseriti solo nel successivo *Bill of Rights*<sup>21</sup>, si comprende perlomeno l’importanza che per i *Framers* rivestiva la *Ex Post Facto Clause*.<sup>22</sup> Apparentemente, a intuito, le ragioni del valore assegnato dai costituenti sembrano essere ovvie: le leggi penali retroattive sono strumento di tirannia.

In conclusione, occorre notare che la *Ex Post Facto Clause* ha comunanza di *ratio* con la *void-for-vagueness doctrine*, di cui si è parlato al capitolo I.<sup>23</sup> Infatti, da

---

<sup>20</sup> Così il giudice Chase in *Calder v. Bull*, *cit.*, p. 390: “*The prohibition, “that no state shall pass any Ex Post Facto law,” necessarily requires some explanation; for, naked and without explanation, it is unintelligible, and means nothing.*”

<sup>21</sup> L’espressione *Bill of Rights* indica collettivamente i primi dieci emendamenti alla Costituzione federale. Il passaggio del documento è da attribuirsi al fatto che il corpo originale dei sette articoli costituzionali non prevede, di fatto, libertà fondamentali ma si occupa soprattutto dell’architettura statale e della divisione fra i poteri dello Stato. Il *Bill of Rights* è stato proposto nel 1789 ed entrato in vigore nel 1791.

<sup>22</sup> B. P. MCALLISTER, *Ex Post Facto Laws in the Supreme Court of the United States*, in *California Law Review*, vol. XV (1927), 269.

<sup>23</sup> Si veda, in generale H. PACKER, *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford, 1968, pp. 79-80 e 84-87.

un lato si ritrova l'aspetto informativo della *fair notice*.<sup>24</sup> Come nel caso del principio di necessaria precisione nella formulazione delle fattispecie penali, anche nell'ambito del divieto di retroattività si ritrova la preoccupazione per l'ingiustizia che deriverebbe dal rendere punibile ciò che non lo era al momento del fatto:

“[L]a presunzione negativa che accompagna la legislazione retroattiva è profondamente radicata nella nostra giurisprudenza e personifica un principio giuridico che risale a molti secoli prima della nostra Repubblica. Elementari considerazioni di equità impongono che i soggetti dovrebbero avere l'opportunità di conoscere ciò che la legge dice e di conformare la propria condotta di conseguenza; aspettative consolidate non dovrebbero essere disturbate con leggerezza.”<sup>25</sup>

Dall'altro lato, si ritrova l'aspetto più autenticamente egualitario della *ratio* delle due dottrine costituzionali.<sup>26</sup> I costituenti, ponendo un limite siffatto al potere legislativo, volevano tutelare la giovane repubblica dall'uso arbitrario, diseguale e vendicativo dello strumento della legislazione. Tali distorsioni non erano affatto sconosciute ai *Framers* e ne erano a tal punto preoccupati da inserire il principio di irretroattività direttamente all'articolo I della Costituzione.<sup>27</sup> Lo stesso influentissimo

---

<sup>24</sup> *Weaver v. Graham*, 450 U.S. 24 (1981), p.29. Si veda anche P.H. ROBINSON, *Fair Notice, cit.*, pp. 351-352.

<sup>25</sup> *Landgraf v. United States*, 511 U.S. 244 (1994), p. 265: “*The presumption against retroactive legislation is deeply rooted in our jurisprudence, and embodies a legal doctrine centuries older than our Republic. Elementary considerations of fairness dictate that individuals should have an opportunity to know what the law is and to conform their conduct accordingly; settled expectations should not be lightly disrupted.*” La citazione è di W.A. LOGAN, *The Ex Post Facto Clause and the Jurisprudence of Punishment*, in *American Criminal Law Review*, vol. 35 (1997-1998), 1261, p. 1276.

<sup>26</sup> *Weaver v. Graham*, 450 U.S. 24 (1981), p.29. Si veda anche P.H. ROBINSON, *Fair Notice, cit.*, pp. 351-352.

<sup>27</sup> C.R. YUNG, *The Disappearing Ex Post Facto Clause: from Substantive Bulwark to Procedural Nuisance*, in *Syracuse Law Review*, vol. 61 (2010-2011), 447, p.447, W.A. LOGAN, *The Ex Post Facto Clause, cit.*, p. 1277.

*Chief Justice* Marshall, nella decisione *Fletcher v. Peck*<sup>28</sup> afferma, parlando della *Ex Post Facto Clause*, che:

Qualsiasi fosse stata la considerazione che questi nutrivano nei confronti delle sovranità statali, non bisogna nascondersi che i Padri costituenti osservavano con una certa apprensione gli atti violenti che potevano scaturire dagli impulsi del momento. Né tantomeno [ci si può nascondere] che i cittadini degli Stati Uniti, nell'adottare quello strumento, hanno manifestato la volontà di proteggere loro e la loro proprietà dagli effetti delle forti ed improvvise passioni alle quali gli uomini sono soggetti. Le limitazioni imposte al potere legislativo degli Stati sono ovviamente fondate su questa idea e la Costituzione degli Stati Uniti contiene quello che può essere chiamato un *bill of rights* per i cittadini di ciascuno Stato.<sup>29</sup>

Come già visto anche per la *vagueness doctrine* al capitolo precedente, esistono ottime ragioni per ritenere che il significato della proibizione di leggi *Ex Post Facto* non possa essere compreso a pieno senza considerare quest'ultimo aspetto. Infatti, focalizzandosi unicamente sull'aspetto informativo della legge ci si accorge della mancanza di qualcosa, da ritrovarsi nella necessità di un'applicazione equa, imparziale e non arbitraria della legge.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> *Fletcher v. Peck*, 10 U.S. (1 Cranch) 87 (1810).

<sup>29</sup> *Fletcher v. Peck*, *cit.*, pp. 137-138: "Whatever respect might have been felt for the State sovereignties, it is not to be disguised that the framers of the Constitution viewed with some apprehension the violent acts which might grow out of the feelings of the moment, and that the people of the United States, in adopting that instrument, have manifested a determination to shield themselves and their property from the effects of those sudden and strong passions to which men are exposed. The restrictions on the legislative power of the States are obviously founded in this sentiment, and the Constitution of the United States contains what may be deemed a bill of rights for the people of each State."

<sup>30</sup> J. HALL, *General Principles of Criminal Law*, Indianapolis, 1960, pp. 62-64.

### 2.3. All'origine dell'interpretazione della *Ex Post Facto Clause*:

#### *Calder v. Bull*

Gli interpreti, con le corti a fare ancora una volta in posizione preminente, si sono trovati fin da subito a fare i conti con un principio costituzionale decisamente prescrittivo ma con molte zone d'ombra. Si diceva *supra* nel paragrafo 2.2 che qualsiasi giurista che per la prima volta si approcci all'interpretazione di una previsione costituzionale del tenore di “no [...] *Ex Post Facto law shall be passed*” si porrà subito dopo diverse domande. È bene dunque procedere con ordine nella discussione dell'interpretazione data alla clausola partendo dal caso più risalente ma anche più importante.

La Corte Suprema già nel 1798 produceva il suo *landmark case* in tema di *Ex Post Facto Clause: Calder v. Bull*<sup>31</sup>. Ogni trattazione del canone costituzionale che si rispetti comincia proprio con la decisione in parola.<sup>32</sup> La fattispecie concreta, tuttavia, non riguarda neppure una legge penale. Di conseguenza, la lucida analisi del giudice Samuel Chase che segue, da 216 anni patrimonio del penalista statunitense, è un *obiter dictum* e quindi, a rigore, parte non vincolante del noto precedente.<sup>33</sup>

I fatti del caso sono i seguenti: un tale Norman Morrison, alla sua morte, dispone della sua successione per testamento. Tale documento, impugnato, è ritenuto invalido dalla *Court of Probate* di Hartford, Connecticut. Due anni dopo tale decisione, il parlamento di quello Stato promulga una legge che supera espressamente la pronuncia in parola e concede la possibilità agli attori di adire di nuovo il medesimo

---

<sup>31</sup> *Calder v. Bull, cit.*

<sup>32</sup> Inizia da qui, per citare un grande classico, J. HALL, *General Principles of Criminal Law*, Indianapolis, 1960, pp. 60-61.

<sup>33</sup> Così il giudice Ginsburg nella sua *dissenting opinion* in *Carmell v. Texas*, 529 U.S. 213 (2000), p. 567.

giudice entro il termine di sei mesi. Questa stessa corte, considerata la nuova legge, dichiara il testamento valido. Di conseguenza, l'originario beneficiario del testamento, vistosi spogliato dell'eredità, propone appello.

La Corte Suprema, dunque, si trovava a decidere se la legge del Connecticut di cui occupa fosse stata promulgata in violazione della *Ex Post Facto Clause*<sup>34</sup> della Costituzione. Il giudice Chase riassumeva con chiarezza il punto controverso:

“L'unica domanda da porsi è se questa risoluzione o legge del Connecticut, che possiede un tale effetto, è una legge *Ex Post Facto* rientrante nel divieto di cui alla Costituzione federale.”<sup>35</sup>

La corte usa l'espressione “risoluzione o legge” per sottolineare il problema centrale del precedente in esame. Una legge promulgata espressamente per annullare una decisione di una corte non merita, forse, neanche il nome di “legge”; infatti, il legislatore americano, statale o federale che sia, ha tanti poteri ma “non può trasformare l'innocente in colpevole o punire l'innocenza come se fosse un crimine o ancora violare i diritti stabiliti da un precedente valido contratto fra privati né tantomeno violare il diritto di proprietà.”<sup>36</sup>

In primo luogo, la Corte stabilisce che la decisione della *Court of Probate* non aveva conferito ai ricorrenti alcun diritto, inteso come aspettativa legittima, e perciò era da considerarsi valida.<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> Ci si riferisce alla clausola di cui alla § 10, citata *supra*, che fa riferimento ai singoli Stati.

<sup>35</sup> *Calder v. Bull*, *cit.*, p. 387: “*The sole enquiry is, whether this resolution or law of Connecticut, having such operation, is an Ex Post Facto law, within the prohibition of the Federal Constitution?*”

<sup>36</sup> *Calder v. Bull*, *cit.*, p. 388: “[B]ut they cannot change innocence into guilt; or punish innocence as a crime; or violate the right of an antecedent lawful private contract; or the right of private property.”

<sup>37</sup> W.A. LOGAN, “*Democratic Despotism*”, *cit.*, p. 445.

Ciò nonostante, la Corte si profonde in una spiegazione articolata di che cosa sia, in effetti, una *Ex Post Facto law*. Prima di tutto, il giudice Chase conclude che, anche se il provvedimento del legislatore del Connecticut avesse in effetti violato una aspettativa legittima dei ricorrenti, la previsione costituzionale non avrebbe comunque recato loro alcun giovamento. Infatti, afferma la Corte, la clausola si riferisce solo ed esclusivamente alle leggi penali. Una conclusione, bisogna dire, di non poco momento, che tuttavia viene raggiunta attraverso un *iter* logico non troppo articolato:

“Il divieto in parola non riguarda ogni legge che disponga per un fatto già avvenuto, ma bensì il significato semplice ed ovvio della proibizione è questo; che i legislatori dei vari Stati non devono promulgare leggi dopo il fatto commesso da un suddito, o cittadino, che siano in relazione con tale fatto e che puniscano tale soggetto per averlo commesso”.<sup>38</sup>

La Corte parla di interpretazione “semplice e ovvia”, il che dona tranquillità alla maggior parte degli interpreti, propensi a “fidarsi” delle parole dell’autorevole giudice. Inoltre, decidendo il caso nel 1798, con la maggior parte dei padri costituenti ancora attivi sulla scena pubblica, il giudice Chase poteva sicuramente vantare una conoscenza quasi inarrivabile dell’*original intent* dei *Framers*. Se poi si aggiunge che lo stesso giudice Samuel Chase è stato uno dei firmatari della Dichiarazione d’Indipendenza, le sue parole acquisiscono il valore di un aristotelico (o pitagorico)

---

<sup>38</sup> *Calder v. Bull*, cit., p. 390: “The prohibition, in the letter, is not to pass any law concerning and after the fact; but the plain and obvious meaning and intention of the prohibition is this; that the Legislatures of the several states shall not pass laws, after a fact done by a subject, or citizen, which shall have relation to such fact, and shall punish him for having done it.”

*ipse dixit*. In realtà, la “semplice e ovvia” interpretazione della clausola non è affatto tale e successivi studi hanno dimostrato che l’*original intent* era, probabilmente, tutt’altro.<sup>39</sup>

In ogni caso, in poche righe, il giudice Chase aveva confinato l’applicazione del principio alle sole fattispecie penali. Il limite si rivelerà estremamente duraturo, non venendo mai messo seriamente in discussione in oltre due secoli di interpretazione della *Ex Post Facto Clause*. Delimitata così l’area d’operatività del canone costituzionale, l’illustre magistrato dà alla luce una citazione che, nella dottrina e giurisprudenza americana, è un grande classico:

“Ora illustrerò quali leggi considero essere *Ex Post Facto*, in base alle parole e alla *ratio* del divieto: 1) Ogni legge che rende criminale un’azione, determinandone la pena, che, quando fu compiuta, era innocente 2) Ogni legge che aggrava un crimine, [cioè] lo rende più grande di come era quando fu commesso 3) Ogni legge che cambia la punizione per un crimine e ne infligge una maggiore rispetto alla legge connessa al crimine stesso al tempo del fatto commesso. 4) Ogni legge che modifica le regole giuridiche in tema di prova e accetta, per la condanna del reo, una testimonianza diversa o minore rispetto a quella richiesta per legge al tempo del commesso reato.”<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> Si fa riferimento a W.W. CROSSKEY, *The True Meaning of the Constitutional Prohibition of Ex-Post-Facto Laws*, in *University of Chicago Law Review*, vol. 14 (1947), 539, O.P. FIELD, *Ex Post Facto in the Constitution*, in *Michigan Law Review*, vol. 20 (1921-1922), 315 e B. P. MCALLISTER, *Ex Post Facto*, *cit.*. Gli Autori citati hanno dimostrato, in maniera convincente, che al tempo della redazione della Costituzione federale del 1787 non esisteva affatto un’opinione comune sull’applicabilità della clausola alle sole fattispecie penali. In ogni caso, la pur interessante analisi non ha fatto breccia e dal 1798 in poi l’ambito applicativo della *Ex Post Facto Clause* è rimasto confinato all’ambito penalistico.

<sup>40</sup> *Calder v. Bull*, *cit.*, p. 390: “I will state what laws I consider *Ex Post Facto* laws, within the words and the intent of the prohibition. 1st. Every law that makes an action done before the passing of the law, and which was innocent when done, criminal; and punishes such action. 2d. Every law that aggravates a crime, makes it greater than it was, when committed. 3d. Every law that changes the punishment, and inflicts a greater punishment, than the law annexed to the crime, when committed.

Tuttavia, il fondamentale contributo di *Calder v. Bull* all'interpretazione della *Ex Post Facto Clause* non si esaurisce qui e il giudice Chase fa in tempo a delineare un ulteriore limite all'applicabilità del divieto:

“Ma non considero rientrante nel divieto ogni legge, promulgata dopo il fatto commesso, che attenua il rigore del diritto penale, ma solo quelle che creano, o sommano, il reato; o aumentano le pene, o cambiano le regole in tema di prova con l'obiettivo di condannare.”<sup>41</sup>

Il caso *Calder v. Bull*, dunque, è considerato a ragione il punto di partenza necessario per comprendere l'interpretazione data alla *Ex Post Facto Clause*. La decisione in esame, infatti, risolve o perlomeno imposta una grande quantità di questioni generali che concernono il divieto di retroattività. È bene fare una breve panoramica, riservando un esame più completo per il prosieguo della trattazione.

In primo luogo, dunque, il divieto si applica solo alle fattispecie penali. Poco importa che l'argomentazione non sia delle più convincenti o, meglio, sia quasi inesistente. Difatti, il limite non è mai stato messo in discussione in giurisprudenza ed è ormai acquisito; in dottrina, si sono levate solo alcune sparute voci, comunque giunte con circa 130 anni di ritardo, che hanno dimostrato in modo convincente che

---

*4th. Every law that alters the legal rules of evidence, and receives less, or different, testimony, than the law required at the time of the commission of the offence, in order to convict the offender.”*

<sup>41</sup> *Calder v. Bull, cit.*, p. 391: “*But I do not consider any law Ex Post Facto, within the prohibition, that mollifies the rigor of the criminal law, but only those that create, or aggregate, the crime; or encrease the punishment, or change the rules of evidence, for the purpose of conviction.*”

l'opinione comune, al tempo dell'Assemblea di Philadelphia, non era affatto nel senso di limitare l'efficacia della clausola alle leggi penali.<sup>42</sup>

In secondo luogo, sicuramente rientrando nel fuoco della norma sono le leggi che rendono punibile ciò che non lo era al tempo del fatto commesso (che costituiscono la prima categoria di leggi *Ex Post Facto*). Decisamente oscura invece la seconda categoria di leggi comprese nel divieto: “*Every law that aggravates a crime, makes it greater than it was, when committed.*” La Corte Suprema, dopo aver ignorato per secoli l'oscura formulazione, solitamente considerandola parte della categoria contrassegnata dal numero 3), le ha donato nuova linfa vitale nel caso *Stogner v. California*<sup>43</sup>, che si discuterà *infra* al paragrafo 2.4. La terza categoria, poi, sembra essere, ad un prima lettura, abbastanza chiara e pare riferirsi al divieto di aumenti di pena *Ex Post Facto*. Come prevedibile, però, il punto di tensione interpretativo sta nel concetto di pena, come si vedrà successivamente nei casi relativi alle *sex offender laws*. Infine, anche la quarta categoria sembra, tutto sommato, chiara, ma ha ricevuto letture contrastanti nel corso degli anni.

In ultimo luogo, il contributo di *Calder v. Bull* all'interpretazione della clausola si chiude con l'enunciazione che il divieto di promulgare *Ex Post Facto laws* si applica solo alle leggi penali retroattive sfavorevoli. In conclusione, sono vietate solo le leggi penali retroattive *contra reum*, mentre è legittima l'applicazione retroattiva delle modifiche alla legge penale *pro reo*, quali i casi di *abolitio criminis*, di diminuzione della cornice edittale o di promulgazione di una nuova *defense*. Tuttavia, anche in

---

<sup>42</sup> Si veda la nota 39.

<sup>43</sup> *Stogner v. California*, 539 U.S. 607 (2003).

questo caso non sono mancate le tensioni interpretative e il concetto, di sapore molto “illuministico”, trova limiti sostanziali piuttosto rigorosi.<sup>44</sup>

## **2.4. L’evoluzione giurisprudenziale successiva a *Calder v. Bull*:**

### **l’applicazione della clausola alle norme processuali**

La prima area tematica sviluppatasi successivamente al caso *Calder v. Bull* non riguarda l’area centrale dell’interpretazione della *Ex Post Facto Clause*<sup>45</sup>, ma piuttosto la sua periferia. Infatti, le quattro categorie di fattispecie *Ex Post Facto* descritte nel 1798 nel caso *Calder* sono tutt’oggi citate con costanza nelle decisioni giurisprudenziali. Tuttavia, a dispetto della premessa, non si può certo dire che la loro applicazione pratica sia stata lineare: pur in assenza di clamorosi ribaltamenti, il massimo giudice federale ha più volte ridisegnato i margini interpretativi della clausola, con conseguenze di non poco momento, soprattutto, in tempi recenti, in tema di *sex offender laws* e *sentencing guidelines*, che si analizzeranno in dettaglio

---

<sup>44</sup> Si veda, in particolare, S.D. MITCHELL, *In With the New, Out With the Old: Expanding the Scope of Retroactive Amelioration*, in *American Journal of Criminal Law*, vol. 37 (2009-2010), 1, per una disamina completa della tematica.

<sup>45</sup> Per un riassunto efficace, ma da maneggiare con cautela, dato che rispecchia una visione piuttosto *liberal* della *Ex Post Facto Clause*, si veda *Weaver v. Graham*, 450 U.S. 24 (1981), pp. 28-31: “*The Ex Post Facto prohibition forbids the Congress and the States to enact any law which imposes a punishment for an act which was not punishable at the time it was committed; or imposes additional punishment to that then prescribed. Through this prohibition, the Framers sought to assure that legislative Acts give fair warning of their effect and permit individuals to rely on their meaning until explicitly changed. The ban also restricts governmental power by restraining arbitrary and potentially vindictive legislation. In accord with these purposes, our decisions prescribe that two critical elements must be present for a criminal or penal law to be Ex Post Facto: it must be retrospective, that is, it must apply to events occurring before its enactment, and it must disadvantage the offender affected by it. Contrary to the reasoning of the Supreme Court of Florida, a law need not impair a “vested right” to violate the Ex Post Facto prohibition. [...] Critical to relief under the Ex Post Facto Clause is not an individual’s right to less punishment, but the lack of fair notice and governmental restraint when the legislature increases punishment beyond what was prescribed when the crime was consummated. Thus, even if a statute merely alters penal provisions accorded by the grace of the legislature, it violates the Clause if it is both retrospective and more onerous than the law in effect on the date of the offense.*” L’estratto, pur molto utile a fini didattici, non va preso in parola, in quanto decisioni successive a *Weaver v. Graham* ne hanno messo in dubbio la validità.

*infra*. Al termine del presente capitolo, poi, si esaminerà il problema della retroattività occulta, dovuta all'interpretazione "imprevedibile", che è compreso nel *genus* più ampio del principio di irretroattività ma che allo stesso tempo pone problemi del tutto specifici.

In ogni caso, rimanendo alla *Ex Post Facto Clause*, un primo punto controverso, che deriva dall'interpretazione della quarta categoria enunciata da *Justice Chase in Calder v. Bull*, è la distinzione fra modifiche al diritto penale sostanziale e modifiche procedurali. Il famoso enunciato proibiva le leggi *ex post facto* che "modifica[no] le regole giuridiche in tema di prova e accetta[no], per la condanna del reo, una testimonianza diversa o minore rispetto a quella richiesta per legge al tempo del commesso reato." Dunque, certe modifiche processuali sembrano essere accettabili ma altre, con conseguenze che ricadono direttamente sul versante sostanziale, non sembrano possibili.

Nel caso *Kring v. Missouri*<sup>46</sup>, il ricorrente era stato accusato di omicidio di primo grado ma si era infine dichiarato colpevole di omicidio di secondo grado e il giudice di prime cure lo aveva condannato per questo secondo delitto a venticinque anni di reclusione. In appello, questa prima decisione veniva ribaltata, sulla base di una legge intervenuta fra la prima e la seconda sentenza in base alla quale veniva consentito di procedere per omicidio di primo grado pur essendosi l'imputato dichiarato colpevole di un delitto minore. Con la decisione di rinvio, il giudice condannava l'imputato per omicidio di primo grado e lo condannava a morte.

Portata di fronte alla Corte Suprema, il supremo giudice decideva che la norma del Missouri, applicata al caso in esame, era in effetti una *Ex Post Facto law*,

---

<sup>46</sup> *Kring v. Missouri*, 107 U.S. 221 (1883).

per due motivi. In primo luogo, la norma, consentendo di ridiscutere un'ammissione di colpevolezza ratificata dal primo giudice, era equivalente ad un cambio nel *quantum* di prova necessario per condannare – il che rientra in pieno nella quarta categoria di leggi *Ex Post Facto*. Infatti, dopo tale ammissione, non sarebbe più stato possibile ridiscutere della colpevolezza dell'imputato quanto all'omicidio di primo grado; in secondo luogo, la norma cambiava retroattivamente la pena per il fatto commesso, in quanto, in assenza della nuova previsione, l'imputato, dichiarandosi colpevole di omicidio di secondo grado, in nessuna circostanza avrebbe potuto ricevere la pena di morte – il che rientra nella terza categoria enunciata da *Justice Chase*.<sup>47</sup>

Più nel dettaglio, il caso *Kring* è rilevante per la distinzione fra le leggi “sostanziali” e leggi “processuali”. Contrariamente a quanto sostenuto dai resistenti, la Corte afferma che la quarta categoria enunciata in *Calder* comprende, perlomeno in parte, norme processuali, quali quelle relative al campo della prova. Con maggiore astrazione, prosegue poi il giudice, la distinzione stessa è in sé troppo imprecisa per poter essere utilizzata in pratica. In particolare, sono tantissime le norme definite “processuali” che tuttavia hanno pesanti ricadute sostanziali, quali quelle che regolano il processo con giuria. In una parola, il solo accettare una divisione del genere sarebbe contrario allo spirito del canone costituzionale, che è da ritrovarsi nella protezione dei diritti individuali. Questi stessi diritti, infatti, sono spesso presidiati da norme che vengono inserite nell'ambito della procedura penale.<sup>48</sup>

Fatte queste doverose premesse concettuali, la Corte Suprema conclude che:

---

<sup>47</sup> *Kring v. Missouri, cit.*, pp. 222-224.

<sup>48</sup> W.A. LOGAN, “*Democratic Despotism*”, *cit.*, pp. 448-451.

“[U]na legge *Ex Post Facto* è quella che, nella sua applicazione, rende penalmente rilevante ciò che non lo era al tempo del fatto commesso o che ne aumenta la pena o che, in breve, in relazione all’offesa o alle sue conseguenze, modifica la situazione della parte a suo svantaggio.”<sup>49</sup>

La Corte, nel 1883, dava dunque un’interpretazione molto *liberal* della *Ex Post Facto Clause*, adottando una formula di chiusura piuttosto ampia che vietava qualsiasi modifica retroattiva, sostanziale o processuale che fosse, che modificasse la situazione della parte a suo svantaggio.

Nonostante l’arresto giurisprudenziale in parola, la distinzione fra leggi sostanziali e processuali e, nell’ambito di queste ultime, quali facciano scattare il divieto costituzionale e quali no, avrebbe tormentato la giurisprudenza della massima corte federale per lungo tempo. Come detto sopra, l’interpretazione *liberal* di *Kring v. Missouri* del 1883 rappresenta il punto di più alta tutela, ma da quella decisione della fine del XIX secolo, il percorso è stato “in discesa” fino agli anni 2000.

Già nel caso *Thompson v. Missouri* del 1898<sup>50</sup> veniva aggiunta una postilla alla “massima” distillata da *Kring v. Missouri*<sup>51</sup>: le modifiche alle leggi processuali sono accettabili purché non modifichino la situazione della parte a suo svantaggio, sempre che la legge precedente abbia a questa attribuito un “diritto sostanziale” del quale la parte non può essere privata. Per riprendere il già citato *Kring*, in quel caso l’imputato aveva un “diritto sostanziale” a non vedersi applicata la pena di morte, in

---

<sup>49</sup> *Kring v. Missouri*, *cit.*, p. 285: “an *Ex Post Facto* law is one which, in its operation, makes that criminal which was not so at the time the action was performed, or which increases the punishment, or, in short, which, in relation to the offense or its consequences, alters the situation of a party to his disadvantage.”

<sup>50</sup> *Thompson v. Missouri*, 171 U.S. 380 (1898).

<sup>51</sup> *Kring v. Missouri*, *cit.*.

quanto la legge non prevedeva tale sanzione nella situazione concreta al momento del fatto.<sup>52</sup> Ancora, nel caso *Thompson v. Utah* del 1898<sup>53</sup>, la Corte scriveva che le norme processuali che violano la *Ex Post Facto Clause* sono quelle che violano il diritto dell'imputato a vedere la sua colpevolezza stabilita in base alla legge in vigore al tempo del fatto commesso.

Successivamente, la più alta corte federale operava alcune modifiche alle stesse originali quattro categorie enunciate dal giudice Chase in *Calder v. Bull*<sup>54</sup>. In primo luogo, in *Beazell v. Ohio*<sup>55</sup>, la definizione di quali fattispecie penali siano da considerare contrarie al canone costituzionale veniva modificata così da includere, ovviamente, quelle fattispecie che rendono penalmente rilevante ciò che al tempo del fatto non lo era, quelle norme che aumentano la pena rispetto a quella in vigore al momento della condotta e infine, il che rappresentava una novità, quelle fattispecie che abrogano retroattivamente una causa di giustificazione (*defense*).

In secondo luogo, raggiungendo il punto di minor tutela da modifiche processuali sfavorevoli, in *Collins v. Youngblood*<sup>56</sup>, la corte operava un *overruling* esplicito dei casi *Kring v. Missouri* e *Thompson v. Utah*, citati sopra, stabilendo che l'annosa distinzione fra norme processuali e sostanziali era da considerarsi superata, così come il criterio della "violazione di un diritto sostanziale". Il superamento avveniva con una nuova ridefinizione dell'ambito di applicazione della *Ex Post Facto Clause*, limitata alle fattispecie retroattive incriminatrici e a quelle che modificano in aumento il *quantum* di pena.<sup>57</sup>

---

<sup>52</sup> *Thompson v. Missouri*, *cit.*, p. 171.

<sup>53</sup> *Thompson v. Utah*, 170 U.S. 343 (1898).

<sup>54</sup> *Calder v. Bull*, *cit.*.

<sup>55</sup> *Beazell v. Ohio*, 269 U.S. 167 (1925).

<sup>56</sup> *Collins v. Youngblood*, 497 U.S. 37 (1990).

<sup>57</sup> *Collins v. Youngblood*, *cit.*, p. 43.

Tuttavia, la tenuta del sistema dopo la cancellazione delle norme processuali dall'elenco di norme *Ex Post Facto* veniva messa a dura prova nel caso *Carmell v. Texas* del 2000.<sup>58</sup>

L'imputato, nel caso di specie, aveva abusato sessualmente della propria figliastra quindicenne. Al tempo del fatto, la legge stabiliva che non era possibile arrivare a dimostrare la colpevolezza di un soggetto sulla base della sola testimonianza della vittima se questa era maggiore di quattordici anni al tempo del fatto. Il legislatore texano, dopo il fatto, modificava la legge portando tale soglia a diciotto anni: di conseguenza, l'imputato veniva così condannato sulla base della sola testimonianza della vittima quindicenne.

In poche parole, *Carmell* consisteva in un collaudo della tenuta del sistema post-*Collins*: il legislatore aveva promulgato una norma che “suonava” molto come una “legge che modifica le regole giuridiche in tema di prova e accetta, per la condanna del reo, una testimonianza diversa o minore rispetto a quella richiesta per legge al tempo del commesso reato.”<sup>59</sup>

La Corte, all'esito del collaudo, non era pronta a certificare la dipartita della formulazione delle leggi *Ex Post Facto* del noto caso del 1798. L'alta corte federale, con il giudice Stevens a scrivere per la maggioranza, evidenziò che la *ratio* della *Ex Post Facto Clause* è molto simile a quella della *vagueness doctrine*. In primo luogo, c'è sempre l'ovvia preoccupazione per l'aspetto informativo delle norme penali (*fair notice*). Tuttavia, in molti casi, non si può certo dire che ci siano problemi di *unfair surprise* per il reo. In questi casi però emerge con maggiore chiarezza l'aspetto garantistico della *Ex Post Facto Clause*:

---

<sup>58</sup> *Carmell v. Texas*, 529 U.S. 513 (2000)

<sup>59</sup> Il linguaggio riportato non è altro che la quarta categoria enunciate in *Calder v. Bull*, *cit.*, p. 390.

“C’è un chiaro interesse di giustizia, scollegato da qualsiasi problema d’informazione, nel vedere il potere pubblico sottostare alle regole giuridiche che questo stesso promulga per regolare quelle circostanze nelle quali può privare una persona della vita o della libertà.”<sup>60</sup>

Di particolare interesse, anche perché collegato al tema dei *sex offenders* che sarà oggetto del successivo paragrafo, è il caso *Stogner v. California*<sup>61</sup>, deciso nel 2003 dalla Corte Suprema degli Stati Uniti. Si vedrà immediatamente *infra* al paragrafo 2.5 che le corti statunitensi, con particolare riferimento ai giudici federali, hanno assunto nei confronti della “crociata” contro i criminali sessuali, un atteggiamento pilatesco, nel senso che non hanno disturbato con pronunce d’incostituzionalità queste particolari determinazioni legislative che, a ben vedere, suscitano più di un dubbio di conformità alla carta fondamentale. Il caso *Stogner v. California*<sup>62</sup> è l’eccezione che conferma la regola e dimostra che, pur a fronte di norme forse troppo “popolari” presso l’opinione pubblica per essere dichiarate incostituzionali, esistono limiti che neppure giudici molto attenti alla dimensione politica delle proprie decisioni sono disposti a valicare.

La decisione in parola riguarda la disciplina della prescrizione (*statute of limitations*). L’imputata, nel 1998, veniva accusata dalla sua presunta vittima di aver commesso, fra il 1955 e il 1973, numerosi abusi sessuali su minore. Tali condotte

---

<sup>60</sup> *Carmell v. Texas*, *cit.*, pp. 532-533: “There is plainly a fundamental fairness interest, even apart from any claim of reliance or notice, in having the government abide by the rules of law it establishes to govern the circumstances under which it can deprive a person of his or her liberty or life.” La citazione è tratta da W.A. LOGAN, “Democratic Despotism”, *cit.*, p. 461.

<sup>61</sup> *Stogner v. California*, 539 U.S. 607 (2003).

<sup>62</sup> *Stogner v. California*, *cit.*.

erano cadute in prescrizione a tre anni dalla loro commissione e, quindi, per l'ultima di esse, nel 1976. Tuttavia, nel 1993, lo stato della California promulgava una legge in base alla quale, per i delitti a sfondo sessuale perpetrati a danno di minori, la prescrizione, già trascorsa, può ritornare a correre se: 1) la vittima denuncia il fatto; 2) tale denuncia è corroborata in modo chiaro e convincente da indizi ulteriori; 3) l'azione penale [sulla base di questa denuncia] è iniziata nel termine massimo di un anno.

La Corte Suprema dichiarava la legge californiana incostituzionale. Dal punto di vista della *ratio* della *Ex Post Facto Clause*, la fattispecie della California creava sia problemi di *fair notice* che di *arbitrary or vindictive legislation*. Infatti, se si considera che, in effetti, il decorso del termine prescrizione significa che l'imputato non sarà mai più perseguibile per la propria condotta, questi potrebbe, ad esempio, aver cessato di conservare le prove della propria innocenza. Di conseguenza, l'estensione retroattiva della prescrizione già trascorsa causerebbe quella *unfair surprise* che la *Ex Post Facto Clause* vuole evitare. Inoltre, consentire allo Stato di scegliere a suo piacimento per quali condotte estendere la prescrizione già decorse equivale a consentire di scegliere retroattivamente, nell'insieme quasi infinito delle condotte criminose già prescritte, quali rendere di nuovo punibili, il che si scontra frontalmente con lo sforzo di impedire la promulgazione di leggi retroattive dal sapore vendicativo e arbitrario. Tale operazione, dunque, veniva dichiarata fondamentalmente ingiusta e contraria in radice allo spirito del dettato costituzionale.<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup> *Stogner v. California, cit.*, pp. 610-611.

Inoltre, da un punto di vista più strettamente tecnico, la Corte chiariva, dopo più di due secoli, il significato della seconda categoria di leggi retroattive stigmatizzate nel caso *Calder v. Bull*<sup>64</sup> (“Ogni legge che aggrava un crimine, [cioè] lo rende più grande di come era quando fu commesso”). Il giudice Chase, nel *landmark case* del 1798, arrivava all’enunciazione delle quattro categorie di leggi *Ex Post Facto* citando esempi di legislazione retroattiva del parlamento britannico. Quale esempio della seconda categoria, veniva citato il caso di quelle fattispecie che “imponivano una sanzione, quando alla parte, per legge, non poteva essere inflitta alcuna sanzione”<sup>65</sup>. Questa è, secondo la Corte, la collocazione corretta di una legge che ricomincia a far decorrere un termine prescrizione già esaurito, pur non escludendo che la medesima possa anche rientrare nel concetto di norma che modifica il *quantum* di prova necessario a condannare, come negli altri casi di cui si è parlato nel presente paragrafo.<sup>66</sup>

#### **2.4.1. Conclusioni provvisorie in tema di distinzione fra norme sostanziali e processuali ai fini della *Ex Post Facto Clause*.**

In conclusione di questa sezione, si può affermare che, in generale, il dettato dello storico caso *Calder v. Bull*<sup>67</sup> sia ancora intatto, anche se, nell’evoluzione giurisprudenziale in tema di distinzione fra norme processuali e sostanziali, ha corso più di un rischio: infatti, in casi come *Beazell*<sup>68</sup> e *Collins*<sup>69</sup> lo si poteva dare per

---

<sup>64</sup> *Calder v. Bull, cit.*

<sup>65</sup> *Calder v. Bull, cit.*, p. 389: “[at other times they] inflicted punishments, where the party was not, by law, liable to any punishment.”

<sup>66</sup> *Stogner v. California, cit.*, pp. 613-621.

<sup>67</sup> *Calder v. Bull, cit.*

<sup>68</sup> *Beazel v. Ohio, cit.*

<sup>69</sup> *Collins v. Youngblood, cit.*

superato. Tuttavia, si può forse dire che il cambio d'opinione in *Carmell v. Texas*<sup>70</sup>, che ha definitivamente ristabilito l'originaria impostazione nell'analisi della *Ex Post Facto Clause*, sia da attribuirsi ad una combinazione di riflessione giuridica e alla comparsa del “caso giusto” per testare i limiti del canone costituzionale, ma non al cambio di composizione della Corte: infatti, dal 1990 (*Collins*) al 2000 (*Carmell*) la corte ha visto avvicinarsi quattro giudici, che però, a detta dei commentatori, avevano fatto tendere la Corte più dal lato *conservative*, creando di conseguenza un clima forse più “ostile” ad un'interpretazione *liberal* della clausola. Allo stato dunque, si può affermare che (oltre alle norme retroattive incriminatrici e che aumentano la pena) siano sicuramente proibite modifiche al *quantum* di prova necessario per condannare, in particolare se “smaccate” come nel caso *Carmell v. Texas*, appena citato. Rimane invece più di un dubbio su norme processuali più periferiche, quali la possibilità per due imputati di essere giudicati congiuntamente piuttosto che disgiuntamente<sup>71</sup> o nel numero di componenti la giuria<sup>72</sup>. Infine, il caso *Stogner v. California*<sup>73</sup> si segnala in positivo perché, pur in un caso carico di significati politici come gli abusi sessuali su minori la Corte Suprema, per una volta, non è stata disposta ad accettare la guerra senza quartiere portata dai legislatori statunitensi ai criminali sessuali e, dopo un periodo di relativa crisi, ha rimarcato con forza la *ratio* informativa ed egualitaria della *Ex Post Facto Clause*. In questa prospettiva, non si può che salutare con favore gli ultimi sviluppi della giurisprudenza statunitense: il massimo giudice federale, infatti, ha mostrato grande sensibilità ai valori della prevedibilità e dell'uguaglianza, evitando gravi lesioni della

---

<sup>70</sup> *Carmell v. Texas, cit.*

<sup>71</sup> *Beazell v. Ohio, cit.*

<sup>72</sup> *Thompson v. Utah, cit.*

<sup>73</sup> *Stogner v. California, cit.*

certezza del diritto come quelli derivanti dalla “riattivazione” di un periodo di prescrizione già esauritosi.

Tuttavia, occorre ora esaminare alcuni casi recenti che interessano uno degli strumenti legislativi principali della “guerra” ai pedofili e ai predatori sessuali, e cioè le *sex offender laws*. Il massimo giudice federale, in questi casi, non è stato altrettanto “coraggioso” come nel caso *Stogner v. California*. Si tenga presente che le vicissitudini legate alle leggi mirate ai *sex offenders* sono interessanti perché riguardano norme che più apertamente sembrano rientrare nel divieto costituzionale, in quanto sembrano modificare verso l’alto la misura della pena.

## **2.5. (segue) La *Ex Post Facto Clause* e la nozione di “pena”: le**

### **c.d. *sex offender laws***

#### **2.5.1. Cenni introduttivi**

A partire dal 1990, gli Stati Uniti sono stati investiti da un'ondata di *statutes* che avevano l'unico obiettivo di inasprire il trattamento riservato a una categoria specifica di rei: i criminali sessuali.<sup>74</sup> Fra questi, poi, fonte di particolare preoccupazione erano coloro colpevoli di crimini perpetrati a danno di minori.

Premesso che, dal punto di vista criminologico, queste previsioni normative, che possono essere riassunte col nome di *sex offender laws*<sup>75</sup>, sono basate sul

---

<sup>74</sup> W.A. LOGAN, *The Ex Post Facto Clause*, cit., pp. 1263-1264.

<sup>75</sup> In generale, pare opportuno rimandare sul punto alla cospicua dottrina occupatasi del problema. Si vedano, tra gli altri C. BAINS, *Next-Generation Sex Offender Statutes: Constitutional challenges to residency, work, and loitering restrictions*, in *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, Summer 2007, L.G. FARLEY, *The Adam Walsh Act: The Scarlet Letter of the Twenty-First Century*, in *Washburn Law Journal*, Winter 2008, M. HAMILTON, *Public Safety, Individual Liberty, and Suspect Science: Future Dangerousness assessments and Sex offender Laws*, in *Temple Law Review*, Spring 2011, HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION, *Making outcasts out of outlaws: the unconstitutionality*

supposto alto tasso di recidivismo dei criminali sessuali, tali fattispecie hanno la caratteristica di essere applicate ai *sex offenders* solo al termine della loro pena detentiva. Inoltre, non osta generalmente all'applicazione delle misure il fatto che, al momento del fatto commesso, queste non fossero ancora in vigore. Le *sex offender laws* si dividono in tre categorie: il primo tipo consiste nell'obbligo di registrazione, al rilascio dal carcere, in un registro pubblicamente accessibile (*registration requirements*), così che le forze di polizia ma anche il pubblico possano avere sempre sotto controllo il luogo di residenza di questi soggetti.

Il secondo tipo di misure adottate per controllare il comportamento dei c.d. *sex offenders* rilasciati al termine della pena detentiva sono le c.d. *community notification laws*. In breve, per ulteriormente rafforzare la capacità di autotutela del pubblico, si tratta dell'obbligo, imposto alle autorità competenti, di informare la cittadinanza del fatto che un *sex offender* ha deciso di stabilire la propria residenza nella loro comunità. L'obiettivo sperato è quello di suscitare una reazione difensiva spontanea nei residenti del luogo.

La terza ed ultima categoria di misure adottate per rispondere al problema del recidivismo fra i criminali sessuali è quella delle *residency restrictions*, che altro non sono se non divieti di stabilire la propria dimora in determinate aree imposti a carico di questi soggetti. L'obiettivo di quest'ultimo tipo di previsioni è invece quello di

---

*of Sex offender Registration and Criminal Alien detention*, in *Harvard Law Review*, June 2004, L. HENDERSON, *Sex Offenders: you are now free to move about the Country. An analysis of Doe v. Miller's effects on Sex Offender Residential Restrictions*, in *UMKC Law Review*, Spring 2005, A.R. HODGES, *Balancing Evils: State Sex Offender Registration and Notification Laws*, in *Journal of Law in Society*, Fall 2008, P.A. POWERS, *Making a spectacle of Panopticism: a theoretical evaluation of Sex offender registration and notification*, *New England Law Review*, Summer 2004, M. VITIELLO, *Punishing sex offenders: when good intentions go bad* in *Arizona State Law Journal*, Spring 2008, R. G. WRIGHT, *Sex offender post-incarceration sanctions: are there any limits?*, in *New England Journal on Criminal and Civil Confinement*, Winter 2008, C.R. YUNG, *Banishment by a thousand laws: Residency Restrictions on Sex Offenders*, *Washington University Law Review*, 2007.

ridurre le “occasioni” per la reiterazione di reati a sfondo sessuale, in particolare verso minori. Infatti, i luoghi nelle vicinanze dei quali viene fatto divieto di stabilirsi sono generalmente luoghi frequentati da minori quali scuole, chiese, piscine pubbliche e parchi giochi.

*Dulcis in fundo*, l’omessa registrazione al rilascio dalla pena detentiva o il mancato aggiornamento periodico dei dati richiesti sono sanzionabili penalmente.

La promulgazione di queste leggi, intuitivamente, molto attraente per qualsiasi legislatore. Infatti, il loro costo politico è pari a zero, in quanto non esiste una *lobby* dei criminali sessuali né tantomeno la categoria suscita grande simpatia fra il pubblico. In più, per la medesima ragione, una volta che previsioni simili sono proposte, nessun politico che voglia avere una minima chance di rielezione si opporrebbe mai al loro passaggio e altresì non ne proporrà l’abrogazione.

Il propellente di queste leggi che tanto infiammano l’opinione pubblica non poteva che essere un clamoroso caso di cronaca. Il riferimento è al caso di Jacob Wetterling, un minore che, nel 1989, fu rapito da uno sconosciuto mentre giocava con il fratello e mai più ritrovato.

A ruota dei legislatori statali (il primo *registration requirement* fu imposto dallo stato di Washington nel 1990) e spinto da esigenze di risposta ad un’opinione pubblica scossa da delitti così gravi ma anche dall’intento di rendere il sistema più protettivo ed efficace, nel 1994 il Congresso federale promulgò il *Jacob Wetterling Act*<sup>76</sup>, cui obiettivo dichiarato era di fornire una base comune a tutti gli Stati al fine di

---

<sup>76</sup> Il testo, così come approvato da Camera e Senato Federali (che, nel loro insieme, costituiscono il Congresso Federale) è disponibile al sito <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-103hr3355enr/pdf/BILLS-103hr3355enr.pdf>. Il *Jacob Wetterling Act* è il XXVII Titolo del *Violent Crime Control and Law Enforcement Act* of 1994, una legge di riforma del sistema penale statunitense ad ampio respiro.

rendere obbligatoria, in ciascuno di questi, la registrazione dei criminali sessuali al loro rilascio dal carcere.

La legge federale venne di nuovo modificata nel 1996 con un iter molto simile: nel 1994, Megan Kanka, una bambina di sette anni residente in New Jersey, fu rapita, violentata e uccisa dal vicino di casa, già in passato condannato per violenze su minori. Nel 1996, a fronte di un'opinione pubblica sinceramente scossa dalla tragedia, il Legislatore modificò la sezione e) del *Jacob Wetterling Act*, rendendo obbligatoria e non più discrezionale la notifica alle comunità di residenti della presenza di un *sex offender*<sup>77</sup>.

### **2.5.2. La definizione di “sanzione penale” secondo la Corte Suprema degli Stati Uniti**

I problemi che affliggono questo tipo di misure sono tanti. In via esemplificativa, la criminologia ha smentito l'assunto in base al quale i *sex offenders* presenterebbero un più alto tasso di recidivismo rispetto alla generalità dei rei; ancora, le misure previste dalle *sex offenders laws*, già minate alla base, sarebbero oltretutto inefficaci; infine, ci sarebbero violazioni del diritto alla privacy dovute *in primis* agli onerosi *registration requirements*. Purtroppo, tutti questi pur interessanti profili vanno tralasciati perché esorbitanti rispetto all'oggetto del presente lavoro.<sup>78</sup>

In questa sede, occorre focalizzare l'attenzione sul rapporto delle *sex offender laws* con la *Ex Post Facto Clause*. Queste particolarissime misure di contrasto, come

---

<sup>77</sup> L.G. FARLEY, *The Adam Walsh Act: The Scarlet Letter of the Twenty-First Century*, in *Washburn Law Journal*, Winter 2008, pp. 475-476.

<sup>78</sup> Sul punto, sia consentito rimandare a M. BOGGIANI, *All'origine delle nuove misure introdotte all'art. 609 nonies/3° comma c.p.: le sex offender laws statunitensi*, in *L'Indice Penale*, n. 2/2012, 569, per una disamina completa dei profili problematici che in questa sede non è possibile esaminare.

detto, sono applicate a questi soggetti solo una volta scontata la pena principale loro inflitta all'esito del processo. Dall'altro lato, non importa che al tempo del fatto queste fossero già in vigore o meno, in quanto verranno applicate comunque. Infine, l'applicazione è automatica e, nella maggior parte dei casi, non passa attraverso un momento valutativo di alcun genere.

In una parola, il tema è solo uno: si tratta di decidere se queste misure abbiano natura penale o meno. Se infatti queste avessero natura penale, sarebbero palesemente incostituzionali perché contrastanti con la *Ex Post Facto Clause*. In particolare, rientrerebbero nella terza categoria di leggi retroattive, per come definite nel caso *Calder v. Bull*<sup>79</sup>, in quanto comportano una modifica in aumento della pena rispetto al tempo della commissione del fatto.

Inoltre, la decisione di categorizzare una misura come penale o meno avrebbe, probabilmente, effetti ulteriori rispetto all'applicazione del divieto di cui alla *Ex Post Facto Clause*: in uno con questa, scatterebbero infatti il divieto di doppia incriminazione (*double jeopardy clause*) nonché la clausola di cui all'VIII Emendamento che proibisce trattamenti crudeli e disumani (*cruel and unusual punishment*), oltre che le complesse garanzie del V e VI Emendamento (fra cui, il diritto al processo con giuria, all'imputazione approvata da un *grand jury* e il beneficio contro l'autoincriminazione).<sup>80</sup>

Per decidere della natura penale o meno di una norma è necessario comprendere se si tratti di *punishment* (che tradurremo con "sanzione penale"): per compiere questa operazione è necessario indagare a fondo l'intenzione del

---

<sup>79</sup> *Calder v. Bull*, cit..

<sup>80</sup> W.A. LOGAN, *The Ex Post Facto Clause and the Jurisprudence of Punishment*, in *American Criminal Law Review*, vol. 35 (1998), 1261.

legislatore, tramite l'analisi testuale e la lettura dei lavori preparatori<sup>81</sup>. Bisogna ricordarsi che la ragione dell'esistenza della *Ex Post Facto Clause* è da ritrovarsi nella preoccupazione per un'adeguata informazione dei cittadini ma, soprattutto, nella prevenzione di un uso arbitrario o vendicativo dello strumento legislativo (che è declinazione specifica del principio d'uguaglianza). Ciò rammentato, è agevole comprendere l'importanza dell'indagine sullo scopo perseguito dal legislatore: se l'intenzione era promulgare una misura di tipo regolamentare, la preoccupazione scemerà grandemente; se al contrario, la volontà legislativa (espressa o implicita) era invece nel senso di imporre una punizione senza le garanzie del caso, la fattispecie verrà inesorabilmente espunta dal sistema.<sup>82</sup>

Tuttavia, pur con le migliori intenzioni, una norma promulgata a fini puramente regolamentari può avere effetti sostanzialmente punitivi. Giunti a questo punto, dunque, bisogna chiedersi in quali circostanze gli effetti sanzionatori di una misura possano superare l'espressa volontà legislativa di promulgare una misura di natura non penale.

Sul punto, è opportuno partire dal caso *Kennedy v. Mendoza-Martinez*<sup>83</sup>. In questa decisione del 1963 la Corte articolava un *test* in due parti per decidere del

---

<sup>81</sup> P.H. ROBINSON, *Fair Notice and Fair Adjudication: Two Kinds of Legality*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 154 (2005), 334, pp. 350-351.

<sup>82</sup> Si vedano *Cummings v. Missouri, cit., DeVeau v. Braisted*, 363 U.S. 144 (1960), *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 56 (1958), *Doe v. Pataki*, 120 F.3d 1263 (2d Cir. 1997).

<sup>83</sup> *Kennedy v. Mendoza-Martinez*, 372 U.S. 144 (1963). Il caso riguarda l'evasione alla coscrizione obbligatoria per la II Guerra Mondiale. L'imputato, cittadino americano e messicano, aveva lasciato gli Stati Uniti nel 1942 per riparare in Messico al solo scopo di evitare la coscrizione (per stessa ammissione dell'imputato). Nel 1944, era entrata in vigore una norma che sanzionava con la perdita della cittadinanza americana chiunque, in tempo di guerra o di emergenza nazionale, al solo scopo di evitare la coscrizione, avesse lasciato o fosse rimasto fuori dagli Stati Uniti. Ritornato negli Stati Uniti nel 1947, dopo essersi dichiarato colpevole di aver evaso la coscrizione obbligatoria ed essere stato condannato perciò a un anno e un giorno, nel 1953 veniva iniziato un procedimento di espulsione nei suoi confronti sulla base della norma del 1944, non ancora in vigore al tempo della condotta (1942).

punto alla nostra attenzione.<sup>84</sup> Il primo filtro, come detto, consiste nell'esaminare l'intenzione del legislatore nel promulgare la misura: se questi intendeva attribuirle natura penale, sarà giudicata tale. Se così non è, si passa alla seconda fase, che prevede una valutazione in base a diversi fattori che si mostra assai complessa.

Prima di arrivare a questa seconda fase, è stato notato che, in realtà, le corti, per i motivi sopra evidenziati, assegnano grande peso all'intenzione espressa nel testo dello *statute*, con una spiccata predilezione per le etichette legislative, al punto che mai una previsione denominata "civile" dal legislatore è stata dalla Corte qualificata come penale. La ragione di ciò è semplice è da ritrovarsi nel *quantum* di prova richiesto per "superare" quanto dichiarato in sede di promulgazione: se infatti il legislatore attribuisce a una previsione sanzionatoria la qualifica di misura civile, chiunque volesse provare il contrario lo dovrà fare al rigoroso metro della *clearest proof* che, per essere chiari, si situa un solo gradino al di sotto del ben più noto *beyond a reasonable doubt*. Questo atteggiamento, è stato evidenziato, non fa onore alla giurisprudenza statunitense e tradisce una certa indifferenza al contesto in cui una legge viene promulgata: la Costituzione statunitense, come detto, prevede molte garanzie applicabili solo in campo penale che il legislatore ha tutto l'interesse a non veder applicate e ciò non per crudeltà ma semplicemente per evitare costi notevoli connessi all'operatività delle stesse.<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup> La struttura dell'analisi giurisprudenziale che ci si accinge ad esplicitare non è stata in realtà sempre seguita in modo meccanico dalla Corte Suprema. Questa, a dire il vero, ha oscillato fra decisioni in cui ha dato importanza predominante agli aspetti storici (*Austin v. United States*, 509 U.S. 602 del 1993), altre in cui ha rivestito peso decisivo la possibilità di categorizzare gli effetti come retributivi o preventivi (*United States v. Halper*, 490 U.S. 435 del 1989), oltre ad altre in cui invece si è professata assoluta fedeltà al test di *Kennedy v. Mendoza-Martinez* (*United States v. Ursery*, 518 U.S. 267 del 1996).

<sup>85</sup> P.H. ROBINSON, *Fair Notice*, cit., p. 351, W.A. LOGAN, *The Ex Post Facto Clause*, cit., pp. 1288-1291.

In ogni caso, se la volontà del legislatore era nel senso di categorizzare la misura come civile, si apre un secondo passaggio dove il giudice prende in considerazione se la sanzione sia “così punitiva, nell’intenzione o nell’effetto, da negare la volontà dello Stato nel dichiararla “civile””<sup>86</sup>. Nel valutare gli effetti concreti della previsione adottata si prendono in considerazione sette fattori che normalmente contraddistinguono la sanzione penale. In una parola:

Se la sanzione integra una costrizione o limitazione positiva<sup>87</sup>, se questa è stata storicamente considerata di tipo penale, se per essere applicata occorre provare il dolo [dell’imputato], se la sua applicazione risponde ai tradizionali scopi della pena – retribuzione e deterrenza, se la condotta cui si applica è già punita come reato, se è possibile rinvenire uno scopo alternativo per la sua esistenza e se la sanzione appare eccessiva in relazione a questo scopo sono tutti fattori rilevanti nell’analisi e potrebbero indirizzare in direzioni diverse. Se non viene definitivamente provata l’intenzione del legislatore di assegnare natura penale alla misura, questi elementi vanno rapportati alla fattispecie per com’è scritta.<sup>88</sup>

---

<sup>86</sup> *Kansas v. Hendricks*, 521 U.S. 346 (1997), p. 361: “so punitive either in purpose or effect as to negate [the State's] intention’ to deem it ‘civil’”.

<sup>87</sup> In originale, il secondo fattore è così formulato: “Whether the sanction involves an affirmative disability or restraint”. La classica “affirmative disability or restraint” è la sanzione detentiva.

<sup>88</sup> *Kennedy v. Mendoza-Martinez*, cit., pp. 168-169: “Whether the sanction involves an affirmative disability or restraint, whether it has historically been regarded as a punishment, whether it comes into play only on a finding of scienter, whether its operation will promote the traditional aims of punishment - retribution and deterrence, whether the behavior to which it applies is already a crime, whether an alternative purpose to which it may rationally be connected is assignable for it, and whether it appears excessive in relation to the alternative purpose assigned are all relevant to the inquiry, and may often point in differing directions. Absent conclusive evidence of congressional intent as to the penal nature of a statute, these factors must be considered in relation to the statute on its face.”

Questo articolatissimo doppio filtro, con sette diversi elementi da prendere in considerazione è stato in realtà applicato in maniera nient'affatto costante nella giurisprudenza del massimo giudice federale. Infatti, è già stato ricordato che storicamente non si rinviene nemmeno un caso in cui il *test* sia stato superato. Inoltre, i diversi giudici trovatisi a qualificare diverse previsioni sanzionatorie come civili o penali hanno “rimodellato” il doppio filtro con una certa libertà, a volte rifuggendo dall'applicazione meccanica dei “sette fattori” di cui sopra, altre volte limitando la portata degli stessi all'originario ambito costituzionale del caso *Mendoza-Martinez* (V e VI Emendamento<sup>89</sup>).<sup>90</sup>

### **2.5.3. Le *sex offender laws* al vaglio della giurisprudenza.**

Ciò che conta ai fini del presente lavoro è, da un lato, la definizione di “sanzione penale” adottata dalla giurisprudenza ma, dall'altro, se le c.d. *sex offender laws*, considerate come insieme di *registration requirements*, *community notification* e *residency restrictions* siano da considerare di natura penale e, perciò, incostituzionali, oppure no.

La Corte Suprema ha avuto più di un'occasione di affrontare la questione e, in quei casi, ha mostrato una certa fedeltà al dettato di *Kennedy v. Mendoza-Martinez*, pur impiegando l'articolata analisi in modo flessibile<sup>91</sup>.

---

<sup>89</sup> *Sixth Amendment, Constitution of the United States of America*: “In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defense.”

<sup>90</sup> W.A. LOGAN, *The Ex Post Facto Clause*, cit., pp. 1282-1286.

<sup>91</sup> *Kennedy v. Mendoza-Martinez*, cit..

Già nel 1997, pur non con riferimento diretto ai descritti obblighi di registrazione, alle *community notification* né tantomeno alle restrizioni alla libertà di stabilire il proprio domicilio (che all'epoca erano ancora nel limbo delle intenzioni dei legislatori statunitensi), la Corte Suprema giudicava della costituzionalità di un tipo particolare di *sex offender law*.

Il caso cui si fa riferimento è *Kansas v. Hendricks*<sup>92</sup> e la misura in esame, introdotta in Kansas nel 1994 con il *Sexually Violent Predator Act*, è il ricovero (per un tempo potenzialmente indeterminato) in istituto psichiatrico per soggetti che, a causa di un disturbo mentale o disturbo della personalità possono compiere condotte predatorie sessuali violente. L'imputato, quasi giunto al termine della sua pena detentiva per diversi abusi sessuali su minore, veniva sottoposto al ricovero obbligatorio che, fra i numerosi motivi di ricorso, sosteneva essere una sanzione penale applicata retroattivamente in quanto questa non era ancora in vigore al momento del fatto.

La Corte, accertato che l'intenzione espressa del legislatore era promulgare una norma di natura civile (il che si evinceva dalla dicitura *civil commitment* e dal fatto che fosse stata inserita fuori dal codice penale), utilizza lo schema d'analisi del caso *Mendoza-Martinez*. In tale ambito, occorre che l'imputato provi, con il metro della *clearest proof*, che l'intenzione espressa del legislatore è smentita dagli effetti o dall'obiettivo chiaramente penale della misura.<sup>93</sup>

Il giudice federale nota, in primo luogo, che la misura non serve né obiettivi retributivi né deterrenti: infatti, il ricovero in istituto non è necessariamente collegato alla commissione di alcun reato; poi, il fatto stesso che i soggetti siano disturbati

---

<sup>92</sup> *Kansas v. Hendricks*, 521 U.S. 346 (1997).

<sup>93</sup> *Kansas v. Hendricks*, *cit.*, pp. 360-369.

mentalmente rende improbabile che questi si astengano dal commettere condotte sessuali violente perché prevenuti dalla presenza della norma. Inoltre, per l'applicazione della misura, non occorre la prova del dolo (che se richiesto è segno distintivo di un procedimento penale) ma solo la prova del disturbo mentale predatorio. Infine, è pure vero che il ricovero, come la detenzione, limita la libertà personale, ma ciò è semplicemente incidentale alla tutela del pubblico da soggetti affetti da una patologia che li rende violenti e pericolosi. Il massimo giudice federale concludeva dunque per la natura non penale delle previsioni del *Sexually Violent Predator Act* del Kansas.<sup>94</sup>

La decisione della Corte Suprema in *Kansas v. Hendricks*, pur riguardando una misura atipica, presagiva forse già la sorte giudiziale delle *sex offender laws* “vere e proprie”. Il caso cui fare riferimento è *Smith v. Doe*<sup>95</sup>, deciso il 5 marzo 2003. Oggetto del caso era l'*Alaska Sex Offender Registration Act*, molto simile, in ogni aspetto, ai sopradescritti obblighi di registrazione con conseguente notificazione alle comunità di residenti. I ricorrenti, i cui nomi sono fittizi, condannati per abuso di minori venivano entrambi rilasciati al termine della pena detentiva nel 1990, non senza peraltro aver completato un programma riabilitativo per *sex offenders*. Il provvedimento in parola veniva promulgato solo nel 1994. I ricorrenti, pur avendo sia commesso il fatto che faceva scattare l'obbligo di registrazione sia scontata l'intera pena prima della promulgazione del *Registration Act*, erano comunque sottoposti all'obbligo di registrazione, che il parlamento dello Stato artico esplicitava essere una misura di natura civile. Nei primi due gradi di giudizio federali, presso la *District Court* e la *Court of Appeals* competenti, i ricorrenti incassavano una doppia

---

<sup>94</sup> *Kansas v. Hendricks, cit.*, pp. 360-369.

<sup>95</sup> *Smith v. Doe*, 538 U.S. 84 (2003).

vittoria, in quanto entrambi i giudici, applicando il *test* del caso *Mendoza-Martinez*, consideravano lo schema di registrazione più notificata alle comunità residenti di “natura penale” e pertanto lo dichiaravano incostituzionale per violazione della *Ex Post Facto Clause*.

La Corte Suprema, con il giudice Kennedy a scrivere per la maggioranza, partiva analizzando quale sia lo scopo legislativo perseguito nel promulgare l'*Alaska Sex Offender Registration Act*, come prescritto dalla prima parte del *test* giurisprudenziale sopra descritto. Dall'esame del testo di legge, emergeva, secondo la massima corte, che la *ratio legis* era quella di costruire un sistema atto a ridurre il rischio di reiterazione del reato, per garantire la sicurezza pubblica, tramite misure a diretto impatto deterrente. L'ovvia obiezione dei ricorrenti era stata che quella preventiva altro non è che una delle due principali funzioni della pena, insieme a quella retributiva. L'altrettanto ovvia risposta della Corte è che l'obiettivo della prevenzione, sicuramente da annoverarsi fra le funzioni del sistema penale, in questo caso è solo un effetto collaterale nel quale si incorre nel garantire la pubblica sicurezza. A nulla vale neppure il rilievo che le misure siano state inserite nell'*Alaska Code of Criminal Procedure*, in quanto lo stesso contiene altre misure patentemente di natura civile, connesse tuttavia al processo penale.<sup>96</sup>

Stabilito così l'obiettivo del legislatore nel progettare un sistema di tal fatta, la Corte procedeva al secondo momento d'analisi, focalizzando l'attenzione sugli effetti concreti della misura “etichettata” come civile. Necessitava prendere in considerazione i sette fattori enunciati in *Mendoza-Martinez*, definiti “utili punti di riferimento” ma “né esaustivi né dispositivi”. La premessa aveva l'obiettivo di

---

<sup>96</sup> *Smith v. Doe, cit.*, pp. 92-96.

conferire flessibilità all'analisi ed infatti la Corte, dei sette "utili punti di riferimento" ne vagliava solo i cinque più rilevanti<sup>97</sup>: se il tipo di misura fosse stato storicamente considerato appartenente al *genus* delle sanzioni penali, se sottoponesse il soggetto a limitazioni della libertà personale alla stregua di una sanzione detentiva, se corrispondesse ai tradizionali scopi della pena, se avesse una connessione razionale con uno scopo non punitivo e se fosse eccessivo rispetto all'obiettivo perseguito.<sup>98</sup>

Prima di tutto, dal punto di vista storico, non esisteva un corrispondente esatto delle *sex offender laws*. Si notava però una certa, superficiale somiglianza con certe sanzioni di epoca coloniale volte ad infliggere, talvolta letteralmente, il marchio della riprovazione sociale sul condannato: fra queste, si può sicuramente menzionare l'usanza di marchiare a fuoco gli assassini con la "M" di *murderer* o i ladri con la "T" di *thief* o anche la pena dell'esilio. Tuttavia, era una somiglianza solo superficiale e l'eventuale stigma che derivava dalla semplice disseminazione, anche tramite internet, di informazioni veritiere e in larga parte già pubbliche era semplicemente un effetto collaterale di misure volte non a umiliare il soggetto ma semplicemente a proteggere il pubblico.<sup>99</sup>

Inoltre, le previsioni della legge dell'Alaska non imponevano alcun restringimento fisico paragonabile a quello imposto dalla reclusione. Inoltre, pur essendo potenzialmente vero che l'essere inserito nel registro pubblico rendeva a questi soggetti più difficile trovare un impiego o trovare casa (dato che il datore di lavoro o il proprietario avrebbe potuto controllare i precedenti del potenziale

---

<sup>97</sup> *Smith v. Doe, cit.*, p. 105.

<sup>98</sup> *Smith v. Doe, cit.*, p. 97: "[H]as been regarded in our history and traditions as a punishment; imposes an affirmative disability or restraint; promotes the traditional aims of punishment; has a rational connection to a nonpunitive purpose; or is excessive with respect to this purpose."

<sup>99</sup> *Smith v. Doe, pp.* 97-99.

lavoratore o conduttore con poco sforzo), ciò non era provato. Il giudice federale raggiungeva la medesima conclusione quanto all'imposizione dell'obbligo positivo di aggiornamento periodico dei dati che, se non ottemperato, portava ad una sanzione penale: tale obbligo, di nuovo, era considerato meramente incidentale ad un programma volto a tutelare il pubblico e l'eventuale procedimento penale che ne sarebbe potuto conseguire era da considerarsi completamente separato dalle conseguenze della condotta originale.<sup>100</sup>

Poi, per stessa ammissione dei rappresentanti dello Stato, la legge aveva il probabile effetto di prevenire nuovi reati, il che corrisponde anche ad uno degli scopi della pena per come intesi negli Stati Uniti (funzione preventiva e retributiva): tuttavia, si notava come fossero molte le norme di natura non penale che hanno come effetto la prevenzione di nuovi reati. Inoltre, pur essendo vero che la durata dell'obbligo di registrazione era connessa alla gravità del reato commesso, tale connessione era spiegata evidenziando che più grave il reato a sfondo sessuale, più alto il rischio di ricaduta.<sup>101</sup>

Oltre a ciò, proseguiva la Corte, era evidente la connessione fra la misura adottata dal legislatore dell'Alaska con un obiettivo di tipo non sanzionatorio, da rinvenirsi, come già evidenziato, nella pubblica sicurezza, tutelata attraverso la riduzione del rischio di reiterazione del reato.<sup>102</sup>

Infine, concludeva l'alta corte federale, le previsioni normative non erano eccessive rispetto all'obiettivo di tutelare il pubblico. Tale valutazione non richiede che il legislatore operi la miglior scelta possibile ma semplicemente che l'opzione

---

<sup>100</sup> *Smith v. Doe, cit.*, pp. 99-102.

<sup>101</sup> *Smith v. Doe, cit.*, p. 102.

<sup>102</sup> *Smith v. Doe, cit.*, pp. 102-103.

scelta sia ragionevole. Ciò detto, da un lato, era stato dimostrato l'alto rischio di ricaduta del reato di questa categoria di rei, mentre dall'altro era stato provato come nuove condotte criminose ad opera del medesimo soggetto non necessariamente avvengono a breve distanza di tempo, ma anzi possono avvenire a distanza di molti anni.<sup>103</sup>

La decisione della Corte, secondo i commentatori, è altamente discutibile, in particolare alla luce del fatto che la criminologia pare aver smentito il presupposto stesso dell'intero sistema di gestione post-sanzione dei *sex offenders*, e cioè l'alto tasso di recidivismo.<sup>104</sup> Nondimeno, è comprensibile come una corte non sia necessariamente il luogo adatto per smentire l'efficacia e i presupposti di un sistema di contrasto di origine legislativa, essendo più consona l'aula parlamentare dove tale sistema è stato prodotto.

Tuttavia, anche dal punto di vista prettamente giuridico, la decisione non è certo ineccepibile. In particolare, il supremo giudice federale considera i numerosi e gravi effetti punitivi delle misure come mere coincidenze, così come considera casuali il fatto che la durata del periodo di registrazione sia direttamente collegata alla gravità del reato e il suo inserimento nel codice di procedura penale. Allo stesso tempo, tenendo a mente l'obiettivo di tutelare la pubblica sicurezza, non si può certo dire che le previsioni adottate non siano, almeno in parte, eccessive: il riferimento è

---

<sup>103</sup> *Smith v. Doe, cit.*, pp. 103-106.

<sup>104</sup> Si vedano in particolare C. ANDERSON, *Study: Released sex offenders less likely to be arrested again* in *The Star Ledger*, Nov. 17, 2003, p. 22, BUREAU OF JUSTICE STATISTICS, *Recidivism of Sex Offenders released from Prison in 1994*, U.S. Department of Justice, 2003, R.K. HANSON E K.E. MORTON-BOURGON, *The characteristics of persistent sexual offenders*, in *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 2005, pp. 1154-1163, J.Q. LAFOND, *Therapeutic Jurisprudence: Can Therapeutic Jurisprudence be Normatively Neutral? Sexual Predator Laws: Their Impact on Participants and Society* in *Arizona Law Review*, 1999 e C. LEON, *The contexts and politics of evidence-based sex offender policy* in *Criminology and Public Policy*, Volume 10, Issue 2, 2011, p. 423.

alla indiscriminata disponibilità online delle informazioni, quando sarebbe stato possibile limitarne l'accesso o alle forze di polizia oppure consentire l'accesso al pubblico solo relativamente alla propria zona di residenza.

Pochi anni dopo, nel caso *Doe v. Miller*<sup>105</sup>, giungevano all'attenzione della giurisprudenza (in particolare della *Court of Appeals* dell'ottava giurisdizione) le *residency restrictions*, che costituivano il nuovo *trend* in tema di *sex offender laws*. La decisione del giudice federale non aggiunge nulla al *test* impiegato nel caso *Smith v. Doe*<sup>106</sup> e il risultato è il medesimo: le limitazioni alla libertà di stabilire la propria dimora vengono giudicate di natura civile, pur in presenza di notevoli effetti punitivi, che tuttavia vengono considerati, di nuovo, semplici effetti collaterali di una misura che il legislatore promulgava al semplice scopo di tutelare la pubblica sicurezza.

Investita dell'appello, la *Supreme Court* federale lo declinava, ritenendo condivisibile l'interpretazione della *Court of Appeals*, che infatti si pone in linea con i principi stabiliti in *Smith v. Doe*, appena citato.

Se ci si sposta dal piano federale al piano statale, tuttavia, il panorama cambia radicalmente. Infatti, se le corti federali inferiori sono obbligate a seguire il precedente *Smith v. Doe* della Corte Suprema<sup>107</sup>, così non è per le corti statali in materia di diritto statale. Un esempio è il caso *Doe v. Department of Public Safety and Correctional Services*<sup>108</sup>, deciso il 4 marzo 2013 dalla *Court of Appeals* del Maryland. Nel caso di specie, che riguarda il *registration requirement* del Maryland, la corte statale non affronta direttamente la questione della conformità alla Costituzione federale della misura (la questione infatti è oggetto diretto di *Smith v.*

---

<sup>105</sup> *Doe v. Miller*, 405 F.3d 700 (8<sup>th</sup> Cir. 2005).

<sup>106</sup> *Smith v. Doe*, *cit.*.

<sup>107</sup> Si parlerà del vincolo verticale del precedente negli Stati Uniti nel prossimo capitolo.

<sup>108</sup> *Doe v. Department of Public Safety and Correctional Services*, 430 Md. 535 (2013).

*Doe*<sup>109</sup>) ma piuttosto si appoggia all'articolo 17 della Costituzione del Maryland (*Art. 17. That retrospective Laws, punishing acts committed before the existence of such Laws, and by them only declared criminal are oppressive, unjust and incompatible with liberty; wherefore, no Ex Post Facto Law ought to be made; nor any retrospective oath or restriction be imposed, or required.*)<sup>110</sup>

La *Court of Appeals*, dopo aver premesso che la protezione offerta dal canone costituzionale statale è più ampia della controparte federale, definisce le *ex post facto laws* come quelle che, applicate retroattivamente, pongono l'imputato in una situazione peggiore rispetto a quella presente al momento della condotta. Senza affrontare direttamente il tema della definizione di "sanzione penale" il giudice, citando sul punto la stessa Corte Suprema<sup>111</sup>, afferma che la fattispecie del Maryland è chiaramente una legge retroattiva applicata a svantaggio dell'imputato.<sup>112</sup>

La Corte statale sembra caratterizzare le due modalità d'analisi (teoria dello "svantaggio" v. verifica della "natura penale") come modi alternativi per affrontare il tema della *Ex Post Facto Clause*. Logicamente, però, le due teorie non ci sembrano parallele, ma poste in verticale: la prima presuppone la seconda, in quanto, se è vero che la *Ex Post Facto Clause* si applica solo alle norme penali, solo una volta deciso della natura della previsione si potrà valutare se la fattispecie pone il soggetto in una posizione sostanzialmente di svantaggio rispetto al momento del fatto.

Ciò considerato, ci sembra che il giudice, pur raggiungendo un risultato auspicabile, aggiri la questione della natura penale o meno delle norme, concludendo

---

<sup>109</sup> *Smith v. Doe, cit.*. In questo caso, infatti, la corte statale è obbligata a seguire il precedente della Corte Suprema federale, che è giudice di ultima istanza sulle questioni attinenti alla Costituzione federale.

<sup>110</sup> *Doe v. Department of Public Safety and Correctional Services, cit.*, pp. 548-558.

<sup>111</sup> *Kring v. Missouri*, 107 U.S. 221, (1883), che peraltro abbiamo già incontrato, e *Weaver v. Graham*, 450 U.S. 24 (1981).

<sup>112</sup> *Doe v. Department of Public Safety and Correctional Services, cit.*, pp. 548-558.

implicitamente per la risposta positiva. La soluzione scelta è probabilmente da attribuirsi alla volontà di non entrare in diretto contrasto con la massima corte federale. Infatti, per evitare di “affrontare” quest’ultima sul suo stesso terreno, la *Court of Appeals* proclama la sua fedeltà alla teoria alternativa (che aveva già seguito in passato) e che trova anche agganci nella giurisprudenza della corte di Washington.

In una parola, ritornando ora ad una prospettiva più strettamente centrata sulla Costituzione federale, le vicissitudini giurisprudenziali delle *sex offender laws* sembrano essere, da questo punto di vista, terminate e una rivisitazione del tema nel prossimo futuro sembra da escludere.<sup>113</sup>

#### **2.5.4. Conclusione: l’impatto delle decisioni in tema di *sex offender laws* sull’interpretazione della *Ex Post Facto Clause*.**

Occorre ora chiedersi quale sia il portato della *case law* sviluppatasi in tema di *sex offender laws* ai più ampi fini della *Ex Post Facto clause* e del divieto di retroattività. Sicuramente, l’impatto maggiore di queste decisioni sull’interpretazione della *Ex Post Facto Clause* è da ritrovarsi nella definizione di “sanzione penale” (si ricorderà infatti che il divieto costituzionale si applica solo *in criminalibus*), considerando che la decisione *Smith v. Doe*<sup>114</sup> è stata, ad oggi, l’ultima parola della Corte Suprema sul punto.

Ancora una volta, l’indicazione che si può trarre dalla giurisprudenza della massima corte federale non è esattamente chiara, anche se è nondimeno possibile

---

<sup>113</sup> È evidente la rassegnazione di A.R. HODGES, *Balancing Evils, cit.*, p. 149, quando dice che: “*The Supreme Court decisions in both cases* [il riferimento è anche al caso *Connecticut Department of Public Safety v. Doe*, che riguarda anch’esso la conformità a costituzione delle misure di cui occupa] *effectively put the last nails in the coffin of constitutional challenges to registration and notification laws.*”

<sup>114</sup> *Smith v. Doe, cit.*

individuare una tendenza. In nome del rispetto delle prerogative degli organi dotati di potere legislativo, la qualificazione di una norma come penale o come non penale ha una presunzione di correttezza difficilmente scalfibile. Infatti, il primo gradino nel *test* giurisprudenziale attualmente utilizzato dalla Corte Suprema è proprio quello di accertare se la volontà legislativa era nel senso di attribuire alla norma natura penale o meno.

Questa espressione di volontà non è dotata di valore assoluto. Infatti, se, in scopo o effetto, la norma, mascherata come civile, tradisce in realtà una natura sanzionatoria penale, la statuizione legislativa verrà superata. La valutazione degli effetti concreti avverrà con un'analisi complessa, nella quale il giudice si può orientare utilizzando tutti o anche solo alcuni dei sette elementi evidenziati nel caso *Kennedy v. Mendoza-Martinez*, che non occorre qui ripercorrere, essendo già stati espliciti in dettaglio *supra* al paragrafo 2.5.2..

Tuttavia, l'elemento che rende la determinazione parlamentare in pratica invincibile è il metro di prova necessario per superare, sulla base degli effetti, l'affermazione legislativa. Questo metro è quello della *clearest proof* che, nella ideale scala di intensità probatoria, si situa vicino alla vetta. La riprova più convincente di questa difficoltà è che, dal 1963 ad oggi, nessuna misura è mai stata dichiarata di natura penale partendo dall'analisi degli effetti secondo i criteri di *Mendoza-Martinez*.<sup>115</sup>

Le corti, insomma, sono piuttosto restie a qualificare come “penale” quello che gli organi parlamentari avevano categorizzato come “non penale”. Lo si è visto bene

---

<sup>115</sup> W.A. LOGAN, *The Ex Post Facto Clause*, cit., p. 1282 e G.Y. PORTER, *Uncivil Punishment: The Supreme Court's Ongoing Struggle with Constitutional Limits on Punitive Civil Sanctions*, in *Southern California Law Review*, vol. 70 (1997), 517.

in tema di *registration requirements* e *community notifications* (anche se il medesimo risultato si è raggiunto in merito alle *residency restrictions*). Queste norme, qualificate come “civili” dal legislatore, sono state ritenute tali anche dalle corti, nonostante mostrassero segni evidenti della loro natura sanzionatoria e non solo preventiva.

In senso meno strettamente tecnico, tuttavia, le decisioni giurisprudenziali in tema di *sex offender laws* rivestono un significato tutto sommato preoccupante se ci si pone dal punto di vista della *ratio* della *Ex Post Facto Clause* e, quindi, del principio di legalità nel suo complesso. Lo spirito del divieto di retroattività nel diritto penale statunitense è duplice: da un lato, c’è l’aspetto informativo al cittadino, riassumibile nel concetto di *fair notice*; dall’altro, però, c’è l’aspetto di garanzia dell’uguaglianza, dove il “male da combattere” è l’applicazione arbitraria e discriminatoria dello strumento legislativo.

Se si riprendono le parole autorevoli del *Chief Justice* Marshall in *Fletcher v. Peck* del 1810<sup>116</sup>, i costituenti, inserendo la *Ex Post Facto Clause*, volevano tutelarsi principalmente contro le “forti ed improvvise passioni” dell’uomo che portano, sul piano legislativo, alla promulgazione di leggi avventate e vendicative. Nelle menti dei *Framers*, queste erano il tipo di norme che più nitidamente ricollegavano al ricordo della tirannia.<sup>117</sup>

È stato notato che, nella giurisprudenza federale recente in tema, si è affrontato spesso il problema dal lato della *fair notice*, chiedendosi, di conseguenza, se le multiformi *sex offender laws* creassero problemi di adeguata informazione. La risposta, come si potrà intuire, è stata negativa. Ciò, se si considera il trend

---

<sup>116</sup> *Fletcher v. Peck, cit.*, pp. 137-138.

<sup>117</sup> Si veda la citazione presa da Alexander Hamilton nella prima nota di questo capitolo.

individuabile nelle decisioni dei giudici statunitensi, non sorprende affatto ma, d'altra parte, pur creando enormi problemi di *fair notice* (sono infatti misure palesemente retroattive), non si può certo dire che i problemi delle *sex offender laws* si esauriscano con la mancanza di una adeguata informazione a coloro che vi sono sottoposti.<sup>118</sup>

Infatti, pur accettando per un momento, dal punto di vista tecnico, l'interpretazione nient'affatto convincente offerta dalla Corte Suprema nel *leading case Smith v. Doe*<sup>119</sup>, le *sex offender laws*, intese come espressione di un'opinione pubblica in preda a una specie di "febbre punitiva" rivoltasi contro i criminali sessuali, assomigliano proprio a quel genere di fattispecie prodotto delle "forti ed improvvise passioni" che tanto preoccupavano i costituenti statunitensi e il Chief Justice Marshall in *Fletcher v. Peck*<sup>120</sup>. Questo tipo di previsioni, insomma, sembrano essere state create e mantenute allo scopo di punire un particolare gruppo meritevole dell'odio e del disprezzo pubblico. Le corti, dunque, sembrano essersi convenientemente "dimenticate" di analizzare le *sex offender laws* sotto il profilo garantistico<sup>121</sup> sostanziale che caratterizza la *Ex Post Facto Clause*.

In ogni caso, la popolarità di queste leggi spiega anche il continuo insuccesso dei tentativi di vederle dichiarate incostituzionali. Le corti statunitensi, infatti, sono da sempre molto attente alla dimensione politica delle loro decisioni, il che significa

---

<sup>118</sup> C.R. YUNG, *The Disappearing Ex Post Facto Clause*, cit., pp. 456-457.

<sup>119</sup> *Smith v. Doe*, cit..

<sup>120</sup> *Fletcher v. Peck*, cit..

<sup>121</sup> La Corte Suprema, tuttavia, nel caso *Carmell v. Texas*, cit., p. 546, del 2000, aveva dato rilievo all'aspetto garantistico della *ratio* della *Ex Post Facto Clause*. La decisione, discussa *supra*, riguardava la diminuzione retroattiva del *quantum* di prova necessario per arrivare alla condanna di un individuo colpevole di abuso sessuale su minori. Pur riguardando un *sex offender* solo incidentalmente, è interessante notare come l'impressione che si ricava dal caso in parola sia che le due componenti principali della *Ex Post Facto Clause* vengano manipolate a seconda del risultato da ottenere.

che la correttezza giuridica di una conclusione non è ragione sufficiente per adottarla, in assenza del giusto clima sociale e politico che la renda accettabile. Le *sex offenders laws* mostrano in effetti molte caratteristiche spiccatamente penali ma, ciò nonostante, pochi giudici hanno avuto il “coraggio” di dichiararle incostituzionali.

Tirando le fila del discorso relativo al rapporto fra divieto di retroattività e *sex offender laws*, si possono trarre, in primo luogo, utili indizi sulla definizione di “sanzione penale” che, se effettivamente presente, comporta l’applicazione di numerose garanzie costituzionali fra cui, appunto, quella di cui alla *Ex Post Facto Clause*. In secondo luogo, invece, le vicissitudini di queste particolari misure ci consegnano una *Ex Post Facto Clause* indebolita. Nel momento in cui non era conveniente dichiarare incostituzionali norme tanto popolari presso il pubblico e i membri dell’organo legislativo, i giudici hanno notevolmente affievolito la potenza del canone costituzionale, ripiegandolo sul solo aspetto “procedurale” della *fair notice*, senza adeguata considerazione della sua *ratio* di protezione sostanziale contro applicazioni discriminatorie e vendicative dello strumento legislativo.<sup>122</sup> Considerati questi preoccupanti profili critici, è ragionevole concludere che in tema di *sex offender laws* la giurisprudenza statunitense non abbia reso un gran servizio alla certezza del diritto, avallando espressamente norme retroattive dal sapore non solo punitivo ma addirittura vendicativo. La lesione appare evidente se si considerino distintamente i profili della prevedibilità e del rispetto della parità di trattamento. Dal primo punto di vista, vi è poco da aggiungere: le *sex offender laws* sono per definizione “imprevedibili” perché non esistenti al momento della condotta (che le precede, a volte, di decenni). Nel secondo caso, sono forse il caso di maggior lesione

---

<sup>122</sup> C.R. YUNG, *The Disappearing Ex Post Facto Clause*, cit., pp. 456-458.

palese della parità di trattamento, dato che i legislatori statali e federali hanno scelto una categoria di soggetti meritevoli del disprezzo pubblico per essere ulteriormente sanzionata a pena già interamente scontata.

## **2.6. (segue) retroattività e discrezionalità in fase di determinazione della pena: le *United States Sentencing Guidelines*.**

Occorre ora esaminare sotto la lente del divieto di retroattività un particolare fenomeno del diritto penale statunitense: le *sentencing guidelines*. Il giudice italiano, all'interno della cornice edittale, è abbastanza libero di muoversi, perlomeno se paragonato al collega statunitense. Oltreoceano, dagli anni '70 a questa parte, la discrezionalità che la forbice edittale assegna al giudicante viene vista molto criticamente e perciò, a partire dalla promulgazione del *Sentencing Reform Act*<sup>123</sup> del 1984, le si è imposto un freno potentissimo: il giudice, in base alla riforma, avrebbe dovuto obbligatoriamente seguire, nel determinare in concreto la pena, un rigido e dettagliato schema predisposto da un apposito testo<sup>124</sup> pubblicato da un'agenzia governativa espressamente creata dal nome *United States Sentencing Commission*.<sup>125</sup> Per un lungo periodo, queste "linee guida" non tenevano affatto fede al significato che il termine assume nel linguaggio comune, in quanto erano obbligatorie per il

---

<sup>123</sup> Pub. L. 98-473, 98 Stat. 1987 (1984).

<sup>124</sup> Il nome ufficiale di questa pubblicazione è *United States Sentencing Guidelines Manual*. La versione entrata in vigore il 1° Novembre 2013 è disponibile al sito [www.ussc.gov/Guidelines/2013\\_Guidelines/Manual\\_PDF/2013\\_Guidelines\\_Manual\\_Full\\_Optimized.pdf](http://www.ussc.gov/Guidelines/2013_Guidelines/Manual_PDF/2013_Guidelines_Manual_Full_Optimized.pdf)

<sup>125</sup> B. HOLLEY, *The Constitutionality of Post-Crime Guidelines Sentencing*, in *William Mitchell Law Review*, Vol. 37 (2010-2011), 533, p. 535.

giudice e dunque avevano, di fatto, forza di legge.<sup>126</sup> Tuttavia, i giudici erano e sono liberi di non seguire le linee guida se il giudice considera esistente “una circostanza aggravante o attenuante di un tipo o di un’intensità non considerata adeguatamente dalla *Sentencing Commission* nel formulare le linee guida che porterebbero all’imposizione di una pena diversa da quella descritta.”<sup>127</sup>

Nella scelta di non seguire la misura della pena suggerita, il “Manuale” a volte suggerisce in che misura il giudice debba distaccarsi dalle linee guida, mentre in altri casi lo lascia maggiormente libero. Tuttavia, le corti sono sempre state incentivate a seguire le linee guida dal fatto che una sentenza non in linea con quanto prescritto dalla Commissione correva e corre un alto rischio di essere riformata in appello.

A tutt’oggi, le *guidelines* vengono riviste dalla Commissione entro il 1° Maggio e la versione modificata entra in vigore, se il Congresso non interviene (quindi con un meccanismo di silenzio-assenso), il 1° Novembre di ciascun anno.<sup>128</sup>

L’uso delle *guidelines* ha posto, comprensibilmente, alcuni problemi: per esempio, nel caso che la revisione avesse modificato *in peius* le linee guida per un determinato fatto, quale sarebbe stata la sorte degli imputati che avevano commesso il fatto nel vigore di una versione precedente delle linee guida ma la cui sentenza veniva emessa nel vigore di una versione aggiornata delle medesime. Il problema dell’applicazione retroattiva delle *sentencing guidelines* venne prontamente inquadrato nell’ambito della *Ex Post Facto Clause*.

---

<sup>126</sup> Così la Corte Suprema federale in *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361 (1989), p. 391 e *Stinson v. United States*, 508 U.S. 36 (1993), p. 42.

<sup>127</sup> U.S.S.C. Guidelines Manual, ed. 2013, p. 6: “finds “an aggravating or mitigating circumstance of a kind, or to a degree, not adequately taken into consideration by the Sentencing Commission in formulating the guidelines that should result in a sentence different from that described.””

<sup>128</sup> B. HOLLEY, *The Constitutionality*, cit., p. 536.

La questione, data l'obbligatorietà delle linee guida, era risolta abbastanza agevolmente, pur non senza qualche controversia. Poi arrivò nel 2005 il caso *United States v. Booker*<sup>129</sup> della Corte Suprema. La decisione complicò non poco le cose, dichiarando le *guidelines* non più obbligatorie ma solo consigliate.<sup>130</sup> La *Ex Post Facto Clause* avrebbe dovuto applicarsi alle linee guida divenute non vincolanti? Dopo alcuni anni di marcate controversie nella *case law* federale, la Corte Suprema ha recentemente risolto la questione in *Peugh v. United States*<sup>131</sup>.

Nel presente paragrafo descriveremo il *background* storico delle *sentencing guidelines* e la loro interpretazione giurisprudenziale ai sensi della *Ex Post Facto Clause*. Queste "linee guida" atipiche rivestono grande importanza ai fini del presente lavoro perché la loro applicazione è controversa e rappresentano la più moderna applicazione del divieto di retroattività. Le *guidelines* incarnano questo ruolo ancora di più delle *sex offender laws* di cui al precedente paragrafo 2.4, in quanto queste ultime sono state dibattute ai sensi della *Ex Post Facto Clause* solo in dottrina, mentre la giurisprudenza, particolarmente quella federale, ha mostrato in tema una sicurezza interpretativa invidiabile.

### **2.6.1. Origini delle *sentencing guidelines*. La sfiducia verso il paradigma rieducativo della pena.**

L'adozione delle prime linee guida nel 1984 è dovuta ad una progressiva sfiducia nei confronti della discrezionalità giudiziale al momento dell'irrogazione della sentenza. L'ampia libertà garantita al giudice, a sua volta, era strumentale al

---

<sup>129</sup> *United States v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005).

<sup>130</sup> B. HOLLEY, *The Constitutionality of Post-Crime Guidelines Sentencing*, in *William Mitchell Law Review*, Vol. 37 (2010-2011), 533, p. 533.

<sup>131</sup> *United States v. Peugh*, 133 S.Ct. 2072 (2013).

raggiungimento di obiettivi di politica criminale di ampio respiro. Con ciò si vuole fare riferimento alla concezione della pena come rieducazione, in quello che è stato efficacemente definito il “modello medico” di giustizia penale: in questa struttura, il reo è, prima di tutto, un “paziente bisognoso di cure” che il sistema deve, perciò, riabilitare. In questo *framework*, è evidente che, per il raggiungimento degli obiettivi evidenziati, era bene lasciare al giudice la più ampia libertà possibile nel determinare la pena adatta a “rieducare” con successo il reo. Ciò comprendeva anche la possibilità di concedere amplissime possibilità di accedere alla liberazione condizionale, all’esito dell’esame positivo del *Board of Parole*.<sup>132</sup>

Questo sistema, sorretto dalla scelta di privilegiare l’aspetto rieducativo della pena, rimase in piedi dalla fine del XIX secolo agli anni ’70 del XX secolo. Nel corso dei decenni, però, l’insoddisfazione verso l’idea della “pena rieducativa” era andato crescendo e studi specialistici avevano dimostrato la sua inefficacia in modo abbastanza convincente.<sup>133</sup>

Data la perdita sostanziale di fiducia nel “modello medico” di giustizia penale, le critiche si rivolsero all’ampia discrezionalità garantita ai giudici da generose cornici edittali che, a questo punto, avevano perso la principale ragione della loro esistenza. Troppa discrezionalità, come è stato visto al capitolo I parlando della *vagueness doctrine*, porta solitamente ad una applicazione arbitraria, iniqua e

---

<sup>132</sup> J.R. DILLON, *Doubting Demaree: the Application of Ex Post Facto Principles to the United States Sentencing Guidelines after United States v. Booker*, in *West Virginia Law Review*, vol. 110 (2007-2008), 1033, p. 1038.

<sup>133</sup> In particolare un progetto dal titolo *Parole Release Decisionmaking and the Sentencing Process*, pubblicato nel volume 84 (1975) del *Yale Law Journal*, p. 810 (citato da J.R. DILLON, *Doubting Demaree, cit.*, p. 1039), aveva concluso che, considerando soggetti colpevoli dei medesimi reati e con una storia criminale simile, i tradizionali strumenti rieducativi (programmi di reinserimento o supervisione post-rilascio), la condotta tenuta in carcere o le previsioni fatte da esperti psicologi e criminologi non sono in alcun modo connessi al positivo reinserimento del soggetto né tantomeno sono in grado di pronosticarlo efficacemente. Inoltre, lo studio aveva dimostrato che il tempo speso in carcere aveva, semmai, un effetto leggermente negativo sulle *chance* rieducative del reo.

discriminatoria della legge. In effetti, non sorprende che le critiche mosse all'ampio potere dei giudici nel determinare la pena fossero proprio di questo tenore. In particolare, il giudice Marvin Frankel scrisse che “il potere ampio e praticamente incontrollato che diamo ai giudici nel decidere le pene è spaventoso e intollerabile per una società che professi fedeltà alla *rule of law*.”<sup>134</sup>

L'obiettivo del *Sentencing Reform Act* del 1984 era proprio limitare questa “intollerabile discrezionalità”. La legge di riforma istituì la *United States Sentencing Commission*, un'agenzia governativa indipendente che, con delega parlamentare, avrebbe operato nel promulgare annualmente il *U.S.S.C. Guidelines Manual*. La prima edizione del testo entrò in vigore nel 1987. Le corti federali, nel decidere della misura della pena, era per legge obbligate a seguire le indicazioni del Manuale alla § 3553(b)(1) del Titolo XVIII dello *United States Code*.<sup>135</sup> Prima di addentrarci nell'analisi del rapporto fra *Ex Post Facto Clause* e *sentencing guidelines*, è opportuno esemplificarne il funzionamento *in action* per capire meglio di che cosa si tratti e del perché il sistema rappresentava (e, in certa misura, rappresenta) un potente freno alla discrezionalità giudiziale.

---

<sup>134</sup> La citazione (originariamente di J.R. DILLON, *Doubting Demaree*, *cit.*, p. 1040) è tratta da M.E. FRANKEL, *Criminal Sentences: Law Without Order*, New York, 1973, p. 5: “[T]he almost wholly unchecked and sweeping powers we give to judges in the fashioning of sentences are terrifying and intolerable for a society that professes devotion to the rule of law.”

<sup>135</sup> 18 U.S. Code §3553(b)(1) (oggi dichiarato incostituzionale in *United States v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005)): “Except as provided in paragraph (2), the court shall impose a sentence of the kind, and within the range, referred to in subsection (a)(4) unless the court finds that there exists an aggravating or mitigating circumstance of a kind, or to a degree, not adequately taken into consideration by the Sentencing Commission in formulating the guidelines that should result in a sentence different from that described [...]”

### 2.6.2. Un esempio di funzionamento delle *sentencing guidelines*.

Al fine di comprendere il modo in cui operano in concreto le *guidelines*, prendiamo ad esempio il delitto di violenza sessuale che, nella giurisdizione federale è definito come “[c]hiunque [...] con dolo (1) compie atti sessuali con una persona per mezzo di minaccia o ponendola in uno stato di timore [...] o (2) compie atti sessuali con una persona se questa persona è – (A) incapace di comprendere la natura della condotta; o (B) fisicamente incapace di rifiutare di partecipare o di comunicare di non voler intraprendere quegli atti sessuali.”<sup>136</sup>

Il primo passo nella determinazione della sentenza è l’*Offense Level*. Il “livello base dell’offesa” è 30. In base a specifiche caratteristiche dettagliatamente descritte della fattispecie concreta, questo livello può subire un aumento e il giudice dovrà ritenere provate queste circostanze aggravanti e attenuanti secondo il metro della *preponderance of the evidence*. Per esempio, poniamo che la vittima abbia riportato lesioni gravi: in questo caso, il “livello dell’offesa” aumenta di 2 punti, fino a 32. Tuttavia, se la violenza sessuale fosse di gruppo, ossia se la vittima è stata violentata da più persone, il giudice può uscire dalla cornice di pena che verrà determinata, aumentandola discrezionalmente.

---

<sup>136</sup> 18 U.S. Code § 2242 - *Sexual abuse*: “Whoever, in the special maritime and territorial jurisdiction of the United States or in a Federal prison, or in any prison, institution, or facility in which persons are held in custody by direction of or pursuant to a contract or agreement with the head of any Federal department or agency, knowingly—  
(1) causes another person to engage in a sexual act by threatening or placing that other person in fear (other than by threatening or placing that other person in fear that any person will be subjected to death, serious bodily injury, or kidnapping); or  
(2) engages in a sexual act with another person if that other person is—  
(A) incapable of appraising the nature of the conduct; or  
(B) physically incapable of declining participation in, or communicating unwillingness to engage in, that sexual act;  
or attempts to do so, shall be fined under this title and imprisoned for any term of years or for life.”

Il secondo passo (*Adjustments*) consiste nel correggere il valore della *offense* in base ad alcuni parametri ulteriori, incentrati sulla vittima, il ruolo del reo, l'ostruzione alle indagini, il concorso di reati o l'ammissione di responsabilità. Poniamo che la vittima fosse stata particolarmente vulnerabile in ragione della superiore forza fisica del reo: in questo caso, il valore di 32 determinato prima aumenterà a 34. Tuttavia, supponiamo che l'ipotetico criminale sessuale abbia ammesso la sua responsabilità fin da subito, impedendo lo spreco di preziose risorse processuali: in questo caso, il valore di 34 scenderà di tre punti fino a 31.

Il terzo passo è la determinazione della *Criminal History Category*. In base alle condotte criminose precedenti (non per forza limitate a quelle che avevano portato ad una condanna definitiva), si determina la categoria della *criminal history*: ne esistono sei, ma se il risultato ottenuto non rispecchia accuratamente la serietà della storia criminale del reo e le sue possibilità di ricaduta nel reato, il giudice potrà decidere di collocare il soggetto in una categoria più alta o più bassa. Ogni condanna superiore a un anno e un mese di reclusione determina l'acquisizione di tre punti nella scala della *criminal history* e, salvo la prima, ogni categoria ha un *range* di tre punti. Nel nostro caso, poniamo che il soggetto sia al primo reato e quindi che rientri nella categoria I.

Nel quarto ed ultimo passaggio, in base alla *sentencing table* riportata in calce al paragrafo si determina la cornice edittale applicabile all'ipotetico soggetto resosi colpevole di violenza sessuale nei confronti di vittima vulnerabile, che ha riportato lesioni gravi ma che ha ammesso tempestivamente la propria responsabilità. Tale cornice è da ritrovarsi all'intersezione dell'*offense level* 31 e della categoria di *criminal history* I: da 108 a 135 mesi di reclusione, cioè da 9 a 12 anni di reclusione.

Illustrato il meccanismo di funzionamento delle linee guida, appare chiaro come queste limitino effettivamente la discrezionalità del giudice. In particolare, colpisce il livello di dettaglio nel prendere in considerazione così tante circostanze. Tale analiticità è strumentale all'obiettivo di delimitare la libertà del giudicante. Questo, da un lato, può distaccarsi dalle linee guida, come sopra evidenziato, nel caso in cui il Manuale applicativo non consideri adeguatamente una particolare caratteristica dell'offesa (rischiando però una riforma della sentenza in appello), ma dall'altro la precisione descrittiva del testo predisposto dalla *Sentencing Commission* rende obiettivamente difficile il verificarsi di tale evenienza. In ogni caso, chiarito il funzionamento del sistema, è ora opportuno passare ad analizzare il rapporto fra *sentencing guidelines* ed *Ex Post Facto Clause*.

<b>SENTENCING TABLE</b> (in months of imprisonment)						
Offense Level	Criminal History Category (Criminal History Points)					
	I (0 or 1)	II (2 or 3)	III (4, 5, 6)	IV (7, 8, 9)	V (10, 11, 12)	VI (13 or more)
1	0-6	0-6	0-6	0-6	0-6	0-6
2	0-6	0-6	0-6	0-6	0-6	1-7
3	0-6	0-6	0-6	0-6	2-8	3-9
4	0-6	0-6	0-6	2-8	4-10	6-12
5	0-6	0-6	1-7	4-10	6-12	9-15
6	0-6	1-7	2-8	6-12	9-15	12-18
7	0-6	2-8	4-10	8-14	12-18	15-21
8	0-6	4-10	6-12	10-16	15-21	18-24
9	4-10	6-12	8-14	12-18	18-24	21-27
10	6-12	8-14	10-16	15-21	21-27	24-30
11	8-14	10-16	12-18	18-24	24-30	27-33
12	10-16	12-18	15-21	21-27	27-33	30-37
13	12-18	15-21	18-24	24-30	30-37	33-41
14	15-21	18-24	21-27	27-33	33-41	37-46
15	18-24	21-27	24-30	30-37	37-46	41-51
16	21-27	24-30	27-33	33-41	41-51	46-57
17	24-30	27-33	30-37	37-46	46-57	51-63
18	27-33	30-37	33-41	41-51	51-63	57-71
19	30-37	33-41	37-46	46-57	57-71	63-78
20	33-41	37-46	41-51	51-63	63-78	70-87
21	37-46	41-51	46-57	57-71	70-87	77-96
22	41-51	46-57	51-63	63-78	77-96	84-105
23	46-57	51-63	57-71	70-87	84-105	92-115
24	51-63	57-71	63-78	77-96	92-115	100-125
25	57-71	63-78	70-87	84-105	100-125	110-137
26	63-78	70-87	78-97	92-115	110-137	120-150
27	70-87	78-97	87-108	100-125	120-150	130-162
28	78-97	87-108	97-121	110-137	130-162	140-175
29	87-108	97-121	108-135	121-151	140-175	151-188
30	97-121	108-135	121-151	135-168	151-188	168-210
31	108-135	121-151	135-168	151-188	168-210	188-235
32	121-151	135-168	151-188	168-210	188-235	210-262
33	135-168	151-188	168-210	188-235	210-262	235-293
34	151-188	168-210	188-235	210-262	235-293	262-327
35	168-210	188-235	210-262	235-293	262-327	292-365
36	188-235	210-262	235-293	262-327	292-365	324-405
37	210-262	235-293	262-327	292-365	324-405	360-life
38	235-293	262-327	292-365	324-405	360-life	360-life
39	262-327	292-365	324-405	360-life	360-life	360-life
40	292-365	324-405	360-life	360-life	360-life	360-life
41	324-405	360-life	360-life	360-life	360-life	360-life
42	360-life	360-life	360-life	360-life	360-life	360-life
43	life	life	life	life	life	life

### 2.6.3. Il tormentato rapporto fra *sentencing guidelines* ed *Ex Post*

#### *Facto Clause*. Il c.d. periodo pre-Booker.

Al momento dell'entrata in vigore delle linee guida per la determinazione della pena, né il Congresso né la *Sentencing Commission* pensavano che questo insieme di principi avrebbe creato problemi di retroattività sfavorevole della legge

penale. Ciò è infatti quanto la stessa Commissione afferma in una vecchia edizione del Manuale.<sup>137</sup>

Non appena entrate in vigore, la Corte Suprema, in *Miller v. Florida*<sup>138</sup> dichiarò che la *Ex Post Facto Clause* andava considerata applicabile alle *guidelines* di quello stato, contrariamente all'intenzione legislativa. La decisione non riguarda, quindi, la versione federale delle linee guida ma, nondimeno, il sistema ideato dal *Sunshine State* si presentava simile al primo. Una differenza degna di nota è che le *guidelines* della Florida erano redatte non grazie ad una delega ad una commissione ma direttamente dal parlamento statale. Inoltre, queste imponevano al giudice oneri maggiori in caso avesse voluto distaccarsi dalla previsione normativa.<sup>139</sup>

Infatti, va considerato che lo schema disegnato dal manuale statale prevedeva la possibilità per il giudice (che lo avesse adeguatamente motivato) di allontanarsi dalla cornice risultante dai parametri dati ma allo stesso tempo l'imputato avrebbe avuto la possibilità di impugnare la sentenza, quanto alla misura della pena, solo nel caso il giudice si fosse distaccato (ovviamente, verso l'alto) dalla cornice consigliata, mentre gli era impedito in caso si fosse attenuto a questa.<sup>140</sup>

Nel caso di specie, l'imputato era stato accusato di molestie sessuali (*sexual battery*) oltre che di altri reati e, al momento della commissione del fatto, avrebbe dovuto ricevere una sentenza compresa fra i tre anni e sei mesi e i quattro anni e sei mesi di reclusione. Tuttavia, nelle more del giudizio, le *guidelines* della Florida venivano modificate di tal modo che la pena "consigliata" per il caso di specie

---

<sup>137</sup> Così la U.S. Sentencing Commission nell'*U.S. Sentencing Guidelines Manual* del 2002 alla § 1B1.11, citato da J.R. DILLON, *Doubling Demaree*, *cit.*, p. 1048.

<sup>138</sup> *Miller v. Florida*, 482 U.S. 423 (1987).

<sup>139</sup> *Miller v. Florida*, *cit.*, pp. 433-435.

<sup>140</sup> *Miller v. Florida*, *cit.*, p. 426.

avrebbe dovuto essere compresa fra i cinque anni e sei mesi e i sette anni di reclusione. Il giudice, applicando la versione più recente delle linee guida, condannava l'imputato a sette anni di reclusione.<sup>141</sup>

La Corte Suprema giudicava la modifica retroattiva delle *sentencing guidelines* come violazione del divieto di retroattività. In primo luogo Justice O'Connor, autrice dell'opinione, ricordava che una legge è da considerarsi *Ex Post Facto* se retroagisce ad eventi accaduti prima della sua promulgazione e se peggiora la situazione di chi ne è sottoposto rispetto a quella esistente al momento del fatto.<sup>142</sup>

Ciò premesso, proseguiva la Corte, è evidente che l'applicazione delle linee guida modifica in *peius* il trattamento sanzionatorio applicabile all'imputato rispetto al tempo della condotta. Si tratta, in primo luogo, di un problema di *fair warning*, in quanto il soggetto, al momento del fatto, non era nelle condizioni di conoscere la pena applicabile per il suo delitto, specificando che a nulla vale precisare in calce alle *guidelines* che queste sono soggette a revisione periodica.<sup>143</sup>

Non solo: oltre a problemi di *fair warning*, la modifica in aumento della cornice consigliata per il caso di specie comportava un peggioramento reale della situazione del soggetto. Infatti, nel vigore del vecchio regime, è vero che il giudice avrebbe potuto imporre comunque la pena di sette anni di reclusione ma solo dietro motivazione e comunque, in questo caso, l'imputato avrebbe potuto proporre appello.

---

<sup>141</sup> *Miller v. Florida, cit.*, pp. 426-427.

<sup>142</sup> *Miller v. Florida, cit.*, p. 430: "As was stated in *Weaver* [Il riferimento è al caso *Weaver v. Graham*, citato *supra*], to fall within the *Ex Post Facto* prohibition, two critical elements must be present: first, the law "must be retrospective, that is, it must apply to events occurring before its enactment"; and second, "it must disadvantage the offender affected by it."

<sup>143</sup> *Miller v. Florida, cit.*, pp. 430-431.

Nel caso concreto, invece, l'appello era lui precluso, data l'imposizione di una sentenza compresa nella cornice consigliata.<sup>144</sup>

In conclusione, la Corte dichiarava che l'applicazione all'imputato delle *sentencing guidelines* della Florida nella versione modificata ha comportato un aumento di pena retroattivo ai danni dell'imputato ed è perciò da considerarsi incostituzionale per violazione della *Ex Post Facto Clause*.<sup>145</sup>

Per quanto *Miller v. Florida*<sup>146</sup> non parlasse affatto della conformità costituzionale delle linee guida federali ma solo di quelle dello stato della Florida, le corti federali inferiori interpretarono la decisione come pacificamente applicabile anche alle *sentencing guidelines* federali.<sup>147</sup>

Nel 1992 la *Sentencing Commission* prendeva atto, pur rimanendo in disaccordo<sup>148</sup>, del *trend* giurisprudenziale che si era venuto a formare e modificava la parte introduttiva del Manuale. Di conseguenza il giudice, al momento di imporre la sentenza, avrebbe dovuto usare il *Sentencing Manual* in vigore in quel momento ma, se avesse reputato l'esistenza di contrasti con la *Ex Post Facto Clause*, avrebbe dovuto impiegare la versione in vigore al tempo del fatto.<sup>149</sup> Allo stesso tempo, se un imputato fosse risultato colpevole di due o più reati di cui almeno uno commesso prima della modifica delle linee guida, si sarebbe dovuta utilizzare solo la disciplina in vigore al tempo del fatto (c.d. *One Book Rule*, peraltro subito emendata<sup>150</sup>).

---

<sup>144</sup> *Miller v. Florida, cit.*, pp. 431-433.

<sup>145</sup> *Miller v. Florida, cit.*, p. 435.

<sup>146</sup> *Miller v. Florida, cit.*

<sup>147</sup> B. HOLLEY, *The Constitutionality, cit.*, p. 536, J.R. DILLON, *Doubting Demaree, cit.*, p. 1048.

<sup>148</sup> Si veda *supra* nel primo periodo di questo paragrafo, nonché B. HOLLEY, *The Constitutionality, cit.*, p. 536.

<sup>149</sup> *U.S. Sentencing Guidelines Manual* (1992), §§ 1B1.11(a) e (b)(1)-(2).

<sup>150</sup> La "*One Book Rule*" fu subito cambiata l'anno successivo (1993), prescrivendo che si sarebbe dovuto utilizzare solo il Manuale in vigore al tempo dell'irrogazione della pena.

La situazione, interpretativamente parlando, era risolta. Ai giudici federali veniva espressamente chiesto di evitare problemi di innalzamento retroattivo di pena applicando solo le *guidelines* in vigore al momento del fatto, se avessero ravvisato potenziali discrasie. La soluzione, sulla spinta delle corti federali inferiori, era obbligatoria dato il valore di legge che veniva assegnato alle linee guida. Nel 2005, però, la Corte Suprema decise il caso *United States v. Booker*.<sup>151</sup>

#### **2.6.4. (segue) Le *guidelines* tornano ad essere delle *guidelines*. Il caso *United States v. Booker*.**

La dottrina insiste, a ragione, nell'assegnare alla decisione *United States v. Booker*<sup>152</sup> l'etichetta di “caso spartiacque” (*watershed case*). Nella storia interpretativa delle *sentencing guidelines* esista infatti un “prima” e un “dopo”, dove il discrimine è proprio il caso in parola. Si tenga a mente, però, che la discussione del caso è solo strumentale ai nostri fini e non riguarda direttamente la *Ex Post Facto Clause*.

Prima di iniziare l'analisi, è appena il caso di notare che il nuovo regime di *sentencing* venutosi a creare con dell'introduzione delle “linee guida” a carattere obbligatorio non era andato esente da critiche negli ambienti della magistratura federale e nella dottrina. I principali temi controversi riguardavano la mancanza di flessibilità nell'individualizzare la sanzione (il che non sorprende, dato che le *guidelines* erano state promulgate proprio per irrigidire la fase di *sentencing*) e

---

<sup>151</sup> *United States v. Booker, cit.*

<sup>152</sup> *United States v. Booker, cit.*

l'imposizione di sentenze che, per la loro severità, i giudici sentivano come sproporzionate.<sup>153</sup>

Nel caso *Booker*, la situazione arrivò a una apparente svolta. Il primo dei due imputati era stato trovato in possesso di 92 grammi di *crack* e per questo portato a giudizio e dichiarato colpevole. Per il delitto di detenzione di stupefacenti in quantità superiore ai 50 grammi, la pena applicabile, secondo le *guidelines*, era individuata in una cornice che andava da 17 anni e 6 mesi a 21 anni e 10 mesi di reclusione.

Tuttavia, si ricorderà dall'esempio di funzionamento delle *guidelines* illustrato sopra che il giudice, nella fase di determinazione della pena, può affermare l'esistenza di ulteriori "circostanze" che possono portare all'applicazione di una cornice edittale superiore (per esempio, nel nostro caso, la vulnerabilità della vittima), modificando l'*offense level*. Per compiere questa operazione il *quantum* di prova necessario è *preponderance of the evidence*, che si situa ad un livello inferiore rispetto allo standard necessario per condannare (*beyond a reasonable doubt*). Il vero punto cruciale, però, è che questi fatti addizionali non devono essere sottoposti a una giuria (come lo sono invece gli elementi del reato) ma sono rilevabili dal giudice autonomamente.

Così era in effetti avvenuto nel caso di specie: il giudice aveva autonomamente ritenuto che l'imputato avesse avuto in suo possesso ulteriori 566 grammi di *crack* e che fosse inoltre colpevole di *obstruction of justice*. In base a questi fatti ulteriori, la cornice di pena così determinata era compresa fra 30 anni di reclusione e l'ergastolo.

---

<sup>153</sup> Si veda J.R. DILLON, *Doubling Demaree, cit.*, p. 1042 e dottrina ivi citata.

Il problema, secondo la Corte (con il giudice Stevens autore di questa prima parte della *opinion of the Court*), sta nel contrasto con il VI Emendamento alla Costituzione federale, che prescrive, fra l'altro, che: "In ogni procedimento penale, l'accusato avrà diritto a un sollecito e pubblico processo da parte di una giuria imparziale dello Stato e del distretto in cui il reato è stato commesso [...]."<sup>154</sup> Il canone costituzionale è stato interpretato nel senso che tutti e ciascuno degli elementi del reato di cui l'imputato è accusato debbano essere provati di fronte a una giuria secondo lo standard del *beyond reasonable doubt*.<sup>155</sup> Con più specifico riguardo agli aumenti di pena basati su fatti ulteriori non provati con questo sistema, la Corte<sup>156</sup>, in *Apprendi v. New Jersey*<sup>157</sup> aveva stabilito che: "Escluse le condanne precedenti, ogni altra circostanza che aumenta la pena per un reato oltre il massimo edittale deve essere sottoposto a una giuria e provato oltre ogni ragionevole dubbio."<sup>158</sup>

Il contrasto con il requisito del *trial by jury* si origina solo perché le *sentencing guidelines* hanno, a tutti gli effetti, forza di legge<sup>159</sup> e sono obbligatorie per tutti i giudici federali. È pur sempre vero, prosegue la Corte, che in limitate circostanze il giudice può distaccarsi dalle linee guida, ma è anche vero che questa opzione è aperta solo nel caso in cui le *guidelines* non abbiano adeguatamente considerato la questione sottoposta alla corte (il che capita assai raramente, data la loro analiticità). In conclusione, il sistema delle *guidelines*, così come esistente fino a

---

<sup>154</sup> *Sixth Amendment, Constitution of the United States of America*: "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed [...]."

<sup>155</sup> *United States v. Gaudin*, 515 U.S. 506 (1995), p. 511.

<sup>156</sup> *United States v. Booker, cit.*, pp. 229-233.

<sup>157</sup> *Apprendi v. New Jersey*, 530 U.S. 466 (2000), p. 490.

<sup>158</sup> *Apprendi v. New Jersey, cit.*, p. 490: "Other than the fact of a prior conviction, any fact that increases the penalty for a crime beyond the prescribed statutory maximum must be submitted to a jury, and proved beyond a reasonable doubt."

<sup>159</sup> Si veda *supra* all'inizio del paragrafo 2.5 e decisioni ivi citate.

quel momento, viene dichiarato incostituzionale per contrasto con il VI Emendamento alla Costituzione federale.<sup>160</sup>

Questa, però, è solo la prima parte dell'opinione della Corte. Potremmo chiamarla, in effetti, *pars destruens*. Vi è una seconda parte, con autore *Justice* Breyer, che è *pars costruens*, nel senso che ridisegna l'ambito di operatività delle linee guida per renderle conformi a Costituzione.

La soluzione proposta dalla Corte è espungere quelle parti dello *U.S. Code*, titolo XVIII, che rendono le *guidelines* obbligatorie e con forza di legge. Il giudice costituzionale, quindi, elimina la §3553(b)(1) del titolo XVIII dello U.S. Code, che prescriveva che il giudice dovesse imporre una sentenza del tipo e nella misura prevista dalle *guidelines*; in secondo luogo, viene espunta anche la sezione §3742(e) che prevedeva che il giudice d'appello avesse dovuto considerare, nel decidere della riforma della sentenza di primo, l'imposizione di una sentenza conforme o meno alle linee guida federali.<sup>161</sup>

Le *guidelines*, in conclusione, all'esito di *United States v. Booker*<sup>162</sup> rimanevano comunque un fattore da prendere in considerazione nelle operazioni di *sentencing*, anche se, a quel punto, di valore non obbligatorio; inoltre, con l'eliminazione della norma sul giudizio di secondo grado, il giudice di appello avrebbe dovuto giudicare della correttezza della misura di pena assegnata dal giudice di primo grado con il metro della *reasonableness*.<sup>163</sup>

Nel periodo compreso fra il caso *Booker* e il 2013, il nuovo sistema appena descritto è stato implementato *in action* dalle corti federali inferiori partendo

---

<sup>160</sup> *United States v. Booker, cit.*, pp. 243-244.

<sup>161</sup> *United States v. Booker, cit.*, pp. 244-268.

<sup>162</sup> *United States v. Booker, cit.*

<sup>163</sup> *United States v. Booker, cit.*, pp. 244-268.

comunque dalle prescrizione del *Sentencing Manual*. Da qui, la corte di prima istanza, pur prendendo a guida le prescrizioni del Manuale, doveva determinare la pena autonomamente ma giustificando le deviazioni dalle *guidelines*. Tuttavia, in grado di appello, il giudice può applicare una “presunzione di ragionevolezza”<sup>164</sup> alla misura di pena determinata all’interno della cornice consigliata dalle *guidelines* oltre che considerare esplicitamente il grado di deviazione dalla cornice<sup>165</sup>.

Dal punto di vista statistico, nell’anno 2006, il *New York Council of Defense Lawyers* ha analizzato il tema del *sentencing* nel sistema di *guidelines* non più obbligatorie: su 1152 casi di pena determinata in primo grado all’interno delle linee guida, solo l’1,4% è stato riformato in appello; nel caso di variazioni in aumento, queste sono state confermate in appello nel 95,4% dei casi; le variazioni in diminuzione impugnate dal governo, invece, sono state confermate solo nel 16% dei casi.<sup>166</sup>

Considerati questi due aspetti, non è mancato chi ha commentato che le *guidelines*, pur formalmente sprovviste di esplicita forza di legge, sono sostanzialmente rimaste obbligatorie per i giudici e molto influenti sulla determinazione della misura della pena.<sup>167</sup>

Dopo aver minuziosamente esaminato le *guidelines* e la *case law* relativa, facciamo un passo indietro e cerchiamo di vedere la questione nel suo insieme. Ai nostri fini, la discussione del caso *Booker* è stata solo strumentale alla comprensione

---

<sup>164</sup> Tale presunzione è applicata in sette delle tredici giurisdizioni d’appello federali (denominate, come si ricorderà, *circuits*) e la Corte Suprema l’ha espressamente avallata in *Rita v. United States*, 551 U.S. 338 (2007), p. 347.

<sup>165</sup> La Corte Suprema ha autorizzato tale modalità d’analisi in *Gall v. United States*, 552 U.S. 38 (2007).

<sup>166</sup> Lo studio, introdotto davanti alla Corte Suprema nel caso *Rita v. United States*, 551 U.S. 338 (2007), è citato da J.R. DILLON, *Doubting Demaree, cit.*, pp. 1091-102.

<sup>167</sup> G.C. MULLEN, J.P. DAVIS, *Mandatory Guidelines: The Oxymoronic State of Sentencing After United States v. Booker*, in *University of Richmond Law Review*, vol. 41 (2007), 625.

del fatto che, in questa fase, le *guidelines*, da obbligatorie, erano diventate solo informative, ma con “obbligo” di presa in considerazione. Inoltre, il giudice di appello poteva considerare “presuntivamente ragionevole” la misura di pena che rientrasse nelle *guidelines* e avrebbe potuto tenere conto di quanto la sentenza di primo grado si fosse discostata dal *range* consigliato. Infine, alcune statistiche sembravano confermare la persistente “forza” delle *sentencing guidelines*.

La domanda, seguendo il discorso, sorge abbastanza spontanea: in che rapporto si pongono le linee guida (non più obbligatorie ma comunque molto influenti) con la *Ex Post Facto Clause*? Sul punto, considerato che il canone costituzionale è formulato come “*No Bill of Attainder or Ex Post Facto Law shall be passed*” viene da chiedersi se le “nuove” *guidelines* siano da considerarsi come “legge” ai fini del divieto di retroattività. La risposta è che la domanda è mal posta. La Corte Suprema non ha mai formulato una definizione di “legge”, ma ha piuttosto impostato la sua analisi sugli effetti del provvedimento analizzato, sulla scorta del principio che, concentrandosi sulla forma piuttosto che sulla sostanza della misura, si sarebbe perso di vista il significato della *Ex Post Facto Clause* come baluardo di libertà. Se infatti bastasse “travestire” una legge retroattiva come regolamento amministrativo o come principio non obbligatorio, allora la garanzia di cui all’art. 1, §§ 9 e 10 della Costituzione perderebbe di senso.<sup>168</sup>

A tal proposito la Corte Suprema, in *Garner v. Jones*<sup>169</sup> ha deciso che, per verificare l’applicabilità della *Ex Post Facto Clause* occorre verificare che esista “un rischio sufficiente che la misura della pena per i reati commessi venga aumentata” a

---

<sup>168</sup> J.R. DILLON, *Doubting Demaree, cit.*, pp. 1065-1066. Si vedano i casi *California Department of Corrections v. Morales*, 514 U.S. 499 (1995) e *Garner v. Jones*, 529 U.S. 244 (2000).

<sup>169</sup> *Garner v. Jones, cit.*

causa dell'utilizzo retroattivo della regola modificata.<sup>170</sup> Occorre a questo fine verificare se, in primo luogo, dall'analisi del testo, emerge questo rischio; qualora non emergesse, bisognerà passare a verificare se l'applicazione pratica della regola retroattiva in effetti risulti in un innalzamento concreto delle pene.<sup>171</sup>

La *Court of Appeals* del *Seventh Circuit* nel caso *United States v. Demaree*<sup>172</sup> del 2006 aveva deciso per la non applicabilità della *Ex Post Facto Clause* alle “nuove” linee guida, così come la corte omonima del *Sixth Circuit* in *United States v. Barton*<sup>173</sup>. Tuttavia, all'opposto, la corte d'appello per la giurisdizione federale (*D.C. Circuit*) aveva deciso per l'applicabilità delle *guidelines* anche sotto l'egida del nuovo sistema.<sup>174</sup> Nel 2013, tuttavia, la Corte Suprema è intervenuta a risolvere il contrasto sincronico venutosi a creare nella giurisdizione d'appello federale.

#### **2.6.5. L'importante è la sostanza: *Peugh v. United States* del 2013.**

La *Supreme Court*, nel recente caso *Peugh v. United States*<sup>175</sup> ha probabilmente messo la parola “fine” alle vicissitudini delle “linee guida” federali messe a confronto con il divieto di retroattività costituzionale. La decisione del giugno 2013 è ancora troppo recente per aver suscitato commenti significativi nella dottrina, ma tuttavia pare di poter affermare che la Corte, nel caso di specie, ha tenuto alta la bandiera garantistica della *Ex Post Facto Clause*, rimanendo fedele alla sua giurisprudenza che non fornisce una definizione chiara di che cosa debba essere considerato “legge” ai fini dell'applicazione del canone costituzionale ma piuttosto

---

<sup>170</sup> *Garner v. Jones, cit.*, p. 250.

<sup>171</sup> *Garner v. Jones, cit.*, pp. 252-256.

<sup>172</sup> *United States v. Demaree*, 459 F.3d 791 (2006).

<sup>173</sup> *United States v. Barton*, 455 F.3d 649 (2006).

<sup>174</sup> *United States v. Turner*, 548 F.3d 1094 (D.C. Cir. 2008), p. 1100.

<sup>175</sup> *Peugh v. United States*, 133 S.Ct. 2072 (2013).

preferisce focalizzarsi sul testo e sugli effetti concreti della “regola” che viene applicata retroattivamente all’imputato.

Il caso, come si immaginerà, assomiglia molto ad altri già visti in questa sezione. L’imputato era stato dichiarato colpevole di frode bancaria per cinque distinti episodi avvenuti tra il 1999 e il 2000. Nel 2009, al momento della commisurazione della pena, la cornice di pena raccomandata secondo le *sentencing guidelines* federali in quel momento in vigore andava da cinque anni e dieci mesi a sette anni e tre mesi. L’imputato chiedeva che venisse applicata al suo caso la versione delle *guidelines* in vigore al momento del fatto, e cioè la versione del 1998, che, per la medesima condotta, prevedeva una pena compresa fra due anni e sei mesi e tre anni e un mese.

La Corte descrive la situazione venutasi a creare a seguito del caso *Booker* come una in cui le corti, tenendo in “rispettosa considerazione” le *guidelines*, nondimeno sono autorizzate ad assegnare una pena che tenga in conto anche altri fattori. Caratteristiche di questo sistema sono che il Manuale è da considerarsi il punto di partenza per la determinazione in concreto della pena ma senza che sia considerato presuntivamente corretto in primo grado. Allo stesso tempo, il giudice d’appello può considerare come “presuntivamente ragionevole” la pena determinata nei confini tracciati dalle *guidelines*, senza tuttavia presumere irragionevole la sentenza che non rientri in queste.<sup>176</sup>

Il massimo giudice federale prosegue citando ancora una volta le “quattro categorie” enunciate dal giudice Samuel Chase in *Calder v. Bull*. In questo caso, la categoria interessata è la terza, cioè quelle leggi che “cambia[no] la punizione per un

---

<sup>176</sup> *Peugh v. United States, cit.*, pp. 2079-2081.

crimine e ne infligg[ono] una maggiore rispetto alla legge connessa al crimine stesso al tempo del fatto commesso.” Nel caso di specie, scrive la Corte, occorre determinare se esiste “un rischio sufficiente che la misura della pena per i reati commessi venga aumentata”<sup>177</sup>.

Tenendo presente la sostanza più che la forma del provvedimento retroattivo considerato e prestando attenzione alle caratteristiche concrete del sistema di *guidelines* concrete venutosi a creare a seguito del caso *Booker*, è necessario concludere per una violazione della *Ex Post Facto Clause* nel caso in esame. Infatti, le *guidelines*, pur private della loro natura obbligatoria, di fatto continuano a costituire la base per ogni decisione di *sentencing* in ambito federale. Inoltre, in grado di appello, sia la *case law* delle corti intermedie che alcuni studi statistici dimostrano che la determinazione di pena conforme alle *guidelines* ha ben maggiori *chances* di successo rispetto ad una decisione di segno opposto.<sup>178</sup> Infine, tracciando un’analogia con il caso *Miller* (discusso *supra*), non importa che il giudice possa in teoria distaccarsi dal dettato del Manuale della *Sentencing Commission*.<sup>179</sup> Ciò che davvero conta è che questo allontanamento è reso assai meno probabile dalla presenza di numerosi ostacoli sostanziali e procedurali che portano i giudici sovente ad “appiattirsi” (o forse sarebbe meglio dire, ad “elevarsi”) sul livello di pena determinato grazie alle linee guida. In una parola, pur private della loro natura obbligatoria, l’applicazione retroattiva di una versione modificata delle *sentencing guidelines* determina un “sufficiente rischio” di imposizione di una pena maggiore tale da far scattare il divieto imposto dalla *Ex Post Facto Clause*.<sup>180</sup>

---

<sup>177</sup> La Corte cita, in questo caso, il caso *Garner v. Jones*, citato al paragrafo precedente.

<sup>178</sup> *Peugh v. United States, cit.*, pp. 2079-2081.

<sup>179</sup> *Peugh v. United States*, pp. 2085-2088.

<sup>180</sup> *Peugh v. United States*, pp. 2082-2085.

## 2.6.6. Il significato della *case law* in tema di *sentencing guidelines* ai fini dell'indagine.

L'analisi delle *sentencing guidelines* nel sistema federale statunitense riveste, come si diceva, all'inizio, grande importanza per la nostra indagine sulla *Ex Post Facto Clause* e, più in generale, sul divieto di retroattività penale come strumento fondamentale per il raggiungimento di un diritto maggiormente certo.

Nel diritto moderno, a ben vedere, abbiamo poche o nessuna occasione di vedere il principio di irretroattività della legge penale violato in maniera esplicita.<sup>181</sup> In poche parole, non troveremo mai una fattispecie del tenore di “chiunque getti rifiuti cartacei per strada è punito con la pena di un anno di reclusione, sia che la condotta sia avvenuta prima sia che sia avvenuta dopo l'introduzione del presente articolo”. Le vicissitudini delle *sentencing guidelines* sono, a parere di chi scrive, quanto di più vicino esista a questo esempio impossibile. Le *sentencing guidelines* avevano infatti fin da subito mostrato un potenziale contrasto con la *Ex Post Facto Clause*. Al problema, fortunatamente, le corti avevano posto un freno praticamente immediato col caso *Miller v. Florida*.<sup>182</sup>

La situazione si era poi paradossalmente complicata con l'eliminazione del carattere di obbligatorietà delle *sentencing guidelines*. La creazione di un sistema compromissorio ad opera del caso *United States v. Booker*<sup>183</sup> aveva portato alcune corti a ritenere le linee guida escluse dal concetto di “legge” rilevante per l'applicazione del divieto costituzionale di retroattività. Altri giudici, invece,

---

<sup>181</sup> H. PACKER, *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford, 1968, p. 80.

<sup>182</sup> *Miller v. Florida*, cit..

<sup>183</sup> *United States v. Booker*, cit..

avevano ignorato il problema giungendo però, incredibilmente, alla soluzione corretta del caso.

La questione si mostrava spinosa perché se le *guidelines* sono obbligatorie e hanno forza di legge, allora non possono essere certo applicate retroattivamente. Se però a queste viene tolta il potere vincolante proprio di una legge, allora la situazione si complica. La domanda sembrava essere se una “regola”, non qualificabile formalmente come legge, ma comunque in grado di influenzare pesantemente le decisioni dei giudici, potesse essere ricompresa nel fuoco della *Ex Post Facto Clause*.

La Corte Suprema, da ultimo, in *Peugh v. United States*<sup>184</sup>, ha risposto positivamente, mostrando come la propria giurisprudenza in punto di divieto di retroattività abbia uno spiccato orientamento sostanzialistico. Non importa, dunque, che una legge non sia qualificata formalmente come tale ma è al contrario importante verificarne gli effetti *in action*, sulla base del metro del “sufficiente rischio” che la sua applicazione porti ad un aumento di pena in concreto.

Proprio quest’ultima regola rappresenta, ai nostri fini, l’insegnamento fondamentale dell’analisi svolta: la Corte Suprema, perlomeno in quest’area, ha mostrato di voler privilegiare la sostanza sulla forma. Il risultato è senza dubbio apprezzabile perché proietta l’obiettivo della certezza del diritto in una dimensione concreta, *in action*, che non può che essere salutata con favore. Abbiamo però visto, nella sezione precedente, che quando la materia si è fatta politicamente “scottante”, l’autorevole giudice di Washington si è mostrato molto meno coraggioso.

---

<sup>184</sup> *Peugh v. United States, cit.*

Allargando ulteriormente la visuale, bisogna domandarsi quale sia il significato di questa particolare impostazione della Corte Suprema. L'obiettivo che il massimo giudice si è solitamente posto nell'affrontare problemi di retroattività della legge penale è, in primo luogo, il garantire il *fair warning* ai cittadini (aspetto informativo) rispetto alle conseguenze della condotta proibita e, dall'altro, alzare un baluardo verso applicazione vendicative ed arbitrarie della legge (aspetto egalarior). È con questi due aspetti della *ratio* della *Ex Post Facto Clause* in mente che la Corte ha improntato la propria analisi delle *sentencing guidelines* non sulla forma ma sulla sostanza di esse.

### **2.7. *Stare decisis, overruling e retroattività: rinvio.***

In apertura del presente capitolo, nell'illustrare i principali nodi interpretativi in tema di divieto di retroattività era stato assegnato un ruolo preminente al tema dell'ammissibilità del mutamento giurisprudenziale sfavorevole.

Il tema, in astratto, potrebbe anche essere affrontato nella presente sede, in quanto rientra nella trattazione dei limiti applicativi della norma penale retroattiva sfavorevole. Tuttavia, ci sembra opportuno affrontarlo nel contesto più ampio del vincolo del precedente nel sistema statunitense, anche se spesso in dottrina viene affrontato in un'unica soluzione con il problema della "interpretazione imprevedibile".

Infatti, il mutamento giurisprudenziale *in criminalibus* è pur sempre una "rottura" dello *stare decisis*, il che equivale a dire che è un caso di *overruling*, cioè il cambiamento della regola precedente in vigore e la sua sostituzione con una nuova. Intuitivamente, le criticità emergeranno in caso di svolta sfavorevole perché,

qualora la svolta fosse favorevole al reo, sarà ragionevole concludere per l'ammissibilità dell'applicazione del nuovo principio già dal caso di specie.

Nel primo caso, invece, la "rottura" del vincolo del precedente provocherà un problema di applicazione retroattiva *contra reum* della legge penale e bisognerà analizzare la possibilità di gestire al meglio gli effetti dell'*overruling*, che a sua volta è necessario per l'evoluzione del diritto. In ogni caso, la *Due Process Clause* della Costituzione federale, come si dirà, pone un qualche limite a tale retroattività. Per il momento, non si può che rimandare l'analisi al capitolo successivo e concentrarsi sui rapporti fra *Ex Post Facto Clause*, *Due Process* e interpretazione.

## **2.8. *Due Process Clause* e limiti alla "retroattività occulta".**

Insieme al mutamento giurisprudenziale sfavorevole, che tratteremo nel prossimo capitolo, nel primo paragrafo del presente capitolo si era posto come nodo da sciogliere quello dell'interpretazione "imprevedibile" della legge penale. Si noti la differenza con il mutamento giurisprudenziale sfavorevole: quest'ultimo caso presuppone l'esistenza di un precedente vincolante sul punto (sarà infatti trattato nell'ambito dello *stare decisis*) mentre il primo caso presume l'assenza di tale precedente per concentrarsi sulla prevedibilità dell'interpretazione testuale.

I due temi condividono però la fonte costituzionale che li regola, individuata nella *Due Process Clause*. Non solo: nella cospicua dottrina sviluppatasi sull'intricato rapporto fra *Ex Post Facto Clause*, *Due Process Clause* e interpretazione imprevedibile non si distingue chiaramente fra casi di *first impression* e casi di *overruling* "sfavorevole".

Nonostante ciò, l'area tematica che concerne in generale i rapporti fra *fair warning* e decisione giudiziale (ed è, a questo punto, trasversale) va analizzata in

prima battuta in questa sede, perché rientra a pieno titolo nell'ambito del divieto di retroattività, ma occorrerà aggiungere alcune considerazioni specifiche sui rapporti con lo *stare decisis*.

In ogni caso, il problema della retroattività derivante dall'interpretazione giurisprudenziale pone problemi specifici: in questi casi, non vi è stata infatti alcuna modifica testuale della norma, che è rimasta invariata negli *statutes*, ma solo una interpretazione della fattispecie. Tale esegesi, in certi casi, minaccia di avere i medesimi effetti di una modifica, che però non è avvenuta: da qui il nome di "retroattività occulta".<sup>185</sup> L'interpretazione giudiziale di una fattispecie è fatto fisiologico dell'ordinamento sia italiano che statunitense e a nessuno verrebbe in mente di gridare alla violazione del divieto di retroattività, se non nel caso in cui questa interpretazione sia imprevedibile o irragionevole: in questo caso, coglierà "di sorpresa" l'agente e sarà equivalente ad un allargamento del fuoco del penalmente rilevante in senso retroattivo.

L'inquadramento costituzionale del problema esula però dagli stretti confini della tanto citata *Ex Post Facto Clause* e rientra invece nella *Due Process Clause* del V e XIV emendamento, già vista al Capitolo I in tema di *void-for-vagueness doctrine*. La nozione di "legge" di cui alla *Ex Post Facto Clause*, fin dal caso *Calder v. Bull*<sup>186</sup>, è stata interpretata come unicamente applicabile alla funzione legislativa. La ragione storica dell'inserimento della clausola in Costituzione, si ricorderà, era la necessità di cautelarsi contro il fenomeno del *vindictive lawmaking* (legislazione punitiva): tale

---

<sup>185</sup> A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 114.

<sup>186</sup> *Calder v. Bull*, cit..

preoccupazione non si estendeva in modo diretto alle corti, che possono solo interpretare leggi già esistenti.<sup>187</sup>

Tuttavia, il divieto di “interpretazione imprevedibile” garantisce i medesimi valori tutelati dalla *Ex Post Facto Clause*. In primo luogo, il principio di *fair warning*, che prescrive che i consociati debbano essere in grado di identificare l’ambito del penalmente rilevante e che, allo stesso tempo, possano pianificare le proprie azioni su questa base, confidando che non muterà in futuro. In secondo luogo, come già menzionato sopra, la *Ex Post Facto Clause* tutela il principio di uguaglianza, intesa come necessità che il potere pubblico non applichi il diritto in modo arbitrario o discriminatorio.<sup>188</sup>

In conclusione, occorre analizzare la portata del principio per il quale, come è fatto divieto al legislatore di punire una condotta innocente al momento del fatto tramite la promulgazione di una nuova legge, così dovrebbe essere impedito al giudice di ottenere il medesimo risultato tramite l’interpretazione.

### **2.8.1. Retroattività e interpretazione: il caso *Bouie v. City of Columbia*.**

Per scoprire la reale portata del principio esposto occorre fare riferimento alla giurisprudenza della Corte Supreme federale. Prima di entrare nel vivo, occorre premettere che l’illustre corte di Washington non è sempre stato inflessibile nel rispetto dei valori della prevedibilità e dell’uguaglianza. Nel tempo, infatti, si sono alternate pronunce di ammirevole lungimiranza ad altre che, in modo non del tutto

---

<sup>187</sup> *James v. United States*, 366 U.S. 213 (1961), p. 247, nota 3.

<sup>188</sup> T.J. MORRISON, *Fair Warning and the Retroactive Judicial Expansion of Federal Criminal Statutes*, in *Southern California Law Review*, vol. 74 (2000-2001), 455, pp. 463-464.

convincente, hanno ristretto il campo applicativo del principio di irretroattività “illuminato” dalla *Ex Post Facto Clause*.

Partiamo però dalle basi costituzionali del principio, che vede come protagonista il concetto di *fair warning*. Il tema non è nuovo ed è già stato affrontato nel capitolo I, dedicato alla *vagueness doctrine*. La nozione di *fair warning* (“giusto avvertimento”) si traduce, in pratica, in tre manifestazioni diverse: la *void-for-vagueness doctrine*, la *rule of lenity* e il divieto di applicazione di “una nuova interpretazione di una fattispecie penale a condotte che né lo *statute* stesso né una decisione giurisprudenziale precedente facevano ragionevolmente presumere che potessero rientrare nel fuoco della norma.”<sup>189</sup>

Se della *vagueness doctrine* si è già parlato *supra*, al capitolo I, la *rule of lenity*, a nostro avviso esula dallo scopo del presente lavoro. Tale regola interpretativa, detta anche *strict construction* impone che l’interprete, nell’esegesi di una fattispecie penale, scelga fra i vari significati possibili quello più favorevole all’imputato. Ciò premesso, esistono prima di tutto dubbi sulla sua persistente validità, nonostante il *pedigree* storico della regola, nel senso che le corti, pur invocandola di frequente, sembrano utilizzarla più in senso argomentativo che decisivo della controversia, optando poi, di fatto, per l’interpretazione che pare più corretta e non per quella più restrittiva.<sup>190</sup> Inoltre, anche prescindendo da questo aspetto fondamentale, la *strict construction of penal statutes* non “aiuta” particolarmente la certezza del diritto e opera, semmai, come ultima “rete di protezione”, appena prima della “caduta”. In

---

<sup>189</sup> *United States v. Lanier*, 520 U.S. 259 (1997), p. 266: “[...] novel construction of a criminal statute to conduct that neither the statute nor any previous judicial decision has fairly disclosed to be within its scope.”

<sup>190</sup> Non si può che rimandare, per una completa disamina della *rule of lenity*, a J.C. JEFFRIES, *Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes*, in *Virginia Law Review*, vol. 71 (1985), 189, e riferimenti ivi citati.

una parola, la regola non è di grande ausilio nella pianificazione della propria condotta, perché di incerta applicazione e di dubbia esistenza.

Torniamo ora al divieto di nuova interpretazione “imprevedibile” e arriviamo alla giurisprudenza della *Supreme Court*: nel caso *United States v. Lanier*<sup>191</sup>, la Corte Suprema aveva deciso che, qualora il giudice decida per una nuova interpretazione che renda la condotta, lecita quando commessa, penalmente rilevante, egli non potrà applicare tale interpretazione retroattivamente, a meno che non fosse ragionevolmente chiara fin dall’inizio la sua illiceità.<sup>192</sup> Dunque, come si nota, non è rilevante la presenza di un *precedent* sul punto: ciò che conta è la prevedibilità della nuova interpretazione, la cui originalità si manifesta sia nel caso di uno *statute* mai prima interpretato che nel caso di nuova interpretazione causata da un mutamento giurisprudenziale, cioè da un *overruling*.

A nostro avviso, il caso fondamentale in tema di *fair warning* e interpretazione di *first impression* è *Bouie v. City of Columbia* del 1964<sup>193</sup>, che si caratterizza per l’aver portato l’interpretazione del *fair warning* ai suoi estremi logici ma anche perché la successiva giurisprudenza del massimo giudice federale ne ha sostanzialmente minato la validità, salvi incerti *distinguishing*.

Partiamo dai fatti del caso. Nel 1960, due studenti afroamericani entravano in un negozio nella città di Columbia nella Sud Carolina. Il negozio in questione non era “segregato”, nel senso che l’accesso era consentito a bianchi e a neri, con l’eccezione della zona ristorante, dove però non era presente alcun cartello o avviso che indicasse la peculiare destinazione dell’area.

---

<sup>191</sup> *United States v. Lanier*, cit., p. 267.

<sup>192</sup> T.J. MORRISON, *Fair Warning and the Retroactive Judicial Expansion of Federal Criminal Statutes*, in *Southern California Law Review*, vol. 74 (2000-2001), 455, p. 456.

<sup>193</sup> *Bouie v. City of Columbia*, 378 U.S. 347 (1964).

Gli studenti, in segno di protesta, si sedevano al bancone, riservato alla clientela bianca. In un primo momento, il personale del locale li ignorava ma poi chiamava la polizia affinché venissero allontanati. Il capo della polizia della città di Columbia intimava loro di allontanarsi. Gli studenti rifiutavano e venivano arrestati.

Nel corso dei vari gradi di giudizio nella giurisdizione statale, i due venivano condannati per *criminal trespass* (traducibile, con molta approssimazione, in “violazione di proprietà”).<sup>194</sup> Il nocciolo interpretativo della questione era che, scorrendo il testo della fattispecie riportato in nota, il fatto tipico sembra essere quello di ingresso nella proprietà altrui *dopo aver ricevuto avviso dal proprietario o conduttore che proibisca l'ingresso* oppure dopo aver preso visione di un avviso che vieti l'ingresso che sia posto ai confini della proprietà. Nel caso di specie, invece, vi era stato un rifiuto di abbandonare i luoghi a seguito di espresso invito ma la *Supreme Court* della Carolina del Sud riteneva che, in via interpretativa, tale condotta rientrasse nel fatto tipico come sopra descritto.

La Corte Suprema, per “penna” di *Justice Brennan*, un vero campione *liberal*, iniziava affermando che la *Due Process Clause* del V e XIV Emendamento richiede che “nessuno può essere ritenuto penalmente responsabile per una condotta la cui penale rilevanza non poteva essere da lui colta.”<sup>195</sup> Il principio del *fair warning* si adatta a fornire un aggancio costituzionale sia alla *vagueness doctrine*, perché una

---

<sup>194</sup> Così recitava la § 16—386 del *South Carolina Code* del 1952 (1960 Cum.Supp.) al momento dei fatti: “Entry on lands of another after notice prohibiting same. Every entry upon the lands of another where any horse, mule, cow, hog or any other livestock is pastured, or any other lands of another, after notice from the owner or tenant prohibiting such entry, shall be a misdemeanor and be punished by a fine not to exceed one hundred dollars, or by imprisonment with hard labor on the public works of the county for not exceeding thirty days. When any owner or tenant of any lands shall post a notice in four conspicuous places on the borders of such land prohibiting entry thereon, a proof of the posting shall be deemed and taken as notice conclusive against the person making entry as aforesaid for the purpose of trespassing.”

<sup>195</sup> *Bouie v. City of Columbia*, cit., p. 352: “no man shall be held criminally responsible for conduct which he could not reasonably understand to be proscribed.”

fattispecie formulata in termini troppo indeterminati non è idonea a fungere da guida ai cittadini, ma anche al divieto di interpretazioni imprevedibili e retroattive. Infatti, proseguiva la Corte, lo *statute* della Carolina del Sud era sicuramente formulato in termini piuttosto precisi ma era stato interpretato in modo imponderabile rispetto alla formulazione testuale.

Con notevole enfasi, citando sul punto l'opinione di diversi autori<sup>196</sup>, la Corte affermava che:

“[L’] espansione giurisprudenziale imprevedibile di una fattispecie penale, applicata retroattivamente, agisce precisamente come una legge *Ex Post Facto*, vietata dall’art. 1, § 10 della Costituzione. Una legge di tal fatta è stata definita da questa Corte come quella “che rende criminale un’azione, determinandone la pena, che, quando fu compiuta, era innocente” o che “aggrava un crimine, [cioè] lo rende più grande di come era quando fu commesso.”<sup>197</sup> [...] Se al legislatore è proibita la promulgazione di una legge siffatta dalla *Ex Post Facto Clause*, ne segue che a una Corte Suprema statale è vietato raggiungere il medesimo risultato attraverso l’interpretazione giurisprudenziale. [...] Il principio fondamentale per il quale “doveva esistere una fattispecie penale sul punto quando la condotta ha avuto luogo”<sup>198</sup> [...] deve necessariamente applicarsi per proibire sia le norme penali retroattive provenienti dalle corti che dal legislatore. Se l’interpretazione giurisprudenziale è “imprevista e

---

<sup>196</sup> I tre autori menzionati nell’opinione della corte sono i già citati J. HALL, *General Principles, cit.*, A.G. AMSTERDAM e P.A. FREUND. Si veda, per gli opportuni riferimenti, la bibliografia posta in calce al presente lavoro.

<sup>197</sup> Il riferimento è alle famose quattro categorie di leggi *Ex Post Facto* elencate nel 1798 in *Calder v. Bull, cit.*, p. 390.

<sup>198</sup> J. HALL, *General Principles, cit.*, pp. 58-59.

indifendibile con riferimento alla legge per come enunciata prima della condotta in esame<sup>199</sup>, non bisogna darle effetto retroattivo.<sup>200</sup>

Incardinato solidamente il principio del *fair warning*, la Corte, pur rispettando la prerogativa della Corte Suprema della Sud Carolina di interpretare le norme statali liberamente<sup>201</sup>, riteneva che non fosse possibile per i due studenti aver ricevuto, dal solo testo della norma, un *fair warning* della penale rilevanza della propria condotta. Infatti una cosa è violare una proprietà dopo che è stato proibito l'ingresso, altra è rifiutarsi di abbandonarla dopo esservi stati intimati.<sup>202</sup>

Prescindendo dal testo della norma, il risultato non cambiava. Lo *statute* in questione era stato promulgato nel 1866. In 95 anni d'interpretazione, mai era stata adottata un'interpretazione che facesse rientrare nel fatto tipico di *criminal trespass* la condotta di chi si rifiuti di abbandonare i luoghi a seguito di espresso avviso. Nel dicembre 1961, in *City of Charleston v. Mitchell*<sup>203</sup>, in pendenza del procedimento

---

<sup>199</sup> J. HALL, *General Principles*, cit., p. 61.

<sup>200</sup> *Bouie v. City of Columbia*, cit., pp. 354-355: “[A]n unforeseeable judicial enlargement of a criminal statute, applied retroactively, operates precisely like an Ex Post Facto law, such as Art. I, s 10, of the Constitution forbids. An Ex Post Facto law has been defined by this Court as one ‘that makes an action done before the passing of the law, and which was innocent when done, criminal; and punishes such action,’ or ‘that aggravates a crime, or makes it greater than it was, when committed.’ [...] If a state legislature is barred by the Ex Post Facto Clause from passing such a law, it must follow that a State Supreme Court is barred by the Due Process Clause from achieving precisely the same result by judicial construction. [...] The fundamental principle that ‘the required criminal law must have existed when the conduct in issue occurred,’ [...] must apply to bar retroactive criminal prohibitions emanating from courts as well as from legislatures. 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.”

<sup>201</sup> Ritene infatti T.W. MORRISON, *Fair Warning*, cit., pp. 477-47 che, se si fosse trattato di un caso di interpretazione della legge federale, la Corte Suprema avrebbe impiegato i tradizionali mezzi d'interpretazione per dare una lettura correttiva della fattispecie. Tuttavia, è prerogativa della massima corte di ciascuno Stato fornire un'interpretazione vincolante della legge statale. Da ciò si deriva che il massimo giudice federale, non potendo formalmente disconoscere tale interpretazione ma essendo sostanzialmente in disaccordo con la stessa, ha risolto il problema appoggiandosi alla Costituzione.

<sup>202</sup> *Bouie v. City of Columbia*, cit., p. 356.

<sup>203</sup> *City of Charleston v. Mitchell*, 239 S.C. 376 (1961).

contro i due studenti, la massima corte dello Stato aveva adottato tale interpretazione (senza, si badi, citare alcuno dei numerosi casi decisi in senso contrario dal 1866 a quel momento) e, nel febbraio 1962, condannava i due studenti sulla base della nuova interpretazione. Di conseguenza, il caso *Mitchell* di certo non poteva svolgere alcuna funzione orientativa nei confronti della condotta degli imputati, essendo stato deciso *ex post facto*. Si aggiunga poi che nel maggio 1960 il legislatore della Sud Carolina, esattamente 2 mesi e 2 giorni dopo il *sit-in* degli studenti, emendava la fattispecie aggiungendo al *criminal trespass statute* il caso di mancato abbandono dei luoghi dopo averne ricevuto intimazione.<sup>204</sup>

In conclusione, la Corte Suprema federale riteneva che la nuova interpretazione data dalla massima corte statale fosse equivalente a una modifica della fattispecie, al punto da non fornire agli imputati sufficiente *fair warning* della condotta proibita. Di conseguenza, applicare loro tale nuova interpretazione era incostituzionale per violazione del *due process*.<sup>205</sup>

Così, la Corte annullava le condanne a carico dei due studenti. Il portato del caso *Bouie v. City of Columbia* è ai nostri fini abbastanza chiaro. Vi è in primo luogo un onesto e indiscutibile riconoscimento dell'efficacia creativa delle decisioni giurisprudenziali che, lungi dall'interpretare le norme come *bouche de la loi*, nel compiere questa operazione ne modificano il significato.

A tal proposito, poco importa che si tratti di nuova interpretazione che deriva dal testo della norma o che si tratti di un *revirement* giurisprudenziale che scardina tramite un *overruling* un'interpretazione fino a quel momento vincolante. Al

---

<sup>204</sup> *Bouie v. City of Columbia*, *cit.*, pp. 357-362.

<sup>205</sup> N.J. KEMPHAUS, *Rogers v. Tennessee: Is the Judiciary Permitted to Violate the Ex Post Facto Clause of the United States Constitution?*, in *Northern Kentucky Law Review*, vol. 30 (2003), 415, p. 421.

contrario, ciò che importa è che, per rispettare il ruolo di guida delle azioni del corpo sociale, la legge deve essere prevedibile nella sua interpretazione e non, per richiamare le parole di *Justice* Brennan, “imprevista e indifendibile”. Tale risultato è comandato dalla Costituzione e condivide la sua *ratio* con la *Ex Post Facto Clause*, che diventa applicabile alle decisioni giurisprudenziali attraverso la “valvola” della *Due Process Clause*.

Allarghiamo un attimo l’angolo visuale, connettendoci idealmente con il prossimo capitolo che parlerà di *stare decisis* e, in particolare, di mutamento giurisprudenziale sfavorevole. In *Bowie* l’oggetto dell’affidamento era il testo della norma e non un qualche precedente oggetto di *overruling*. Nonostante ciò, la Corte Suprema, creava un *test* giurisprudenziale (basato sul *due process*) applicabile ad un novero di situazioni più ampio rispetto a quella oggetto del caso.

In base a questo *test*, la “soglia minima” costituzionalmente richiesta è quella dell’interpretazione non “imprevista e indifendibile”. *Bowie*, sul punto, ha voluto dettare la regola costituzionale da seguire sia in caso di *intepretazione testuale imprevedibile in assenza di precedenti* sia in caso di *mutamento giurisprudenziale imprevedibile* dove un precedente, per definizione, esiste.

Ciò detto, la soluzione che la Corte aveva raggiunto nel caso *Bowie* era, tutto sommato, soddisfacente perché metteva la prevedibilità dell’interpretazione al centro della scena e, di conseguenza, la certezza del diritto. Il diritto certo, lo si è visto, è diritto prevedibile e la decisione appena analizzata aveva per l’appunto stabilito che una nuova interpretazione della norma (derivata dal testo o da una decisione precedente) che sia imprevedibile non può essere applicata a condotte commesse prima della nuova esegesi per contrasto con la *Due Process Clause*.

### 2.8.2. L'erosione della regola del caso *Bouie v. Tennessee* e lo standard della “prevedibilità del mutamento interpretativo”.

La larghezza definitoria della regola del caso *Bouie v. City of Columbia*<sup>206</sup>, pur nella sua ammirabile coerenza sistematica, ne ha probabilmente segnato il declino. Con ciò si vuole fare riferimento, in particolare, al caso *Rogers v. Tennessee*<sup>207</sup> dove la stessa Corte Suprema ha caratterizzato il principio espresso nel precedente del 1964 con contestuale definizione dei limiti interpretativi della *Due Process Clause* come *obiter dictum*.

È opportuno iniziare dai fatti del caso *Rogers*. Il 6 maggio 1994 l'imputato, a seguito di un litigio, aveva accoltellato la vittima, senza però ucciderla. Questi infatti era rimasto in vita, in stato comatoso, fino al 7 agosto 1995, per un periodo totale di quindici mesi. A decesso avvenuto, l'imputato veniva ritenuto colpevole di omicidio, definito come “*the unlawful killing of another person which may be first degree murder, second degree murder, voluntary manslaughter, criminally negligent homicide or vehicular homicide*”.<sup>208</sup>

Tuttavia, al momento dei fatti, nel diritto del Tennessee era in vigore un principio di *common law* noto come la *year-and-a-day rule*, che nei casi di omicidio impediva di ritenere accertato il nesso di causalità fra condotta e morte qualora fosse intercorso tra i due un periodo superiore a un anno e un giorno. La regola era una specie di requisito negativo della causalità e, pur non essendo stabilita in alcuno *statute* del Tennessee, faceva tuttavia parte del diritto statale grazie all'antico recepimento della

---

<sup>206</sup> *Bouie v. City of Columbia, cit.*

<sup>207</sup> *Rogers v. Tennessee*, 532 U.S. 451 (2001).

<sup>208</sup> *Rogers v. Tennessee, cit.*, pp. 454-455.

*common law*. La *ratio* della regola era da ritrovarsi nella difficoltà di accertare il percorso causale quando fosse intercorso un periodo di tempo troppo lungo, a causa dei limiti che incontrava la scienza medica fino all'avvento dei moderni metodi scientifici. Di conseguenza, a metà degli anni '90 del secolo scorso, la *year-and-a-day rule* era solo un "rudere normativo" pronto ad essere "demolito" ma tuttavia ancora in piedi.<sup>209</sup>

La Corte Suprema del Tennessee, sul punto, riconosceva l'esistenza della *year-and-a-day rule* ma la abrogava per la sua evidente obsolescenza (notando soprattutto gli avanzamenti della scienza medica e la sua eliminazione in numerosi altri Stati) ed estendeva gli effetti di tale abrogazione retroattivamente all'imputato che, pertanto, veniva condannato per *second-degree murder*.

Il giudice statale affermava la legittimità di tale operazione argomentando, sulla base di *Bouie v. City of Columbia*<sup>210</sup>, che l'imputato aveva avuto *fair warning* dell'imminente cancellazione della regola.<sup>211</sup> La *year-and-a-day rule* era stata infatti privata di significato a tal punto che, pur essendo ancora formalmente in vigore, aveva "i minuti contati". Così facendo, il giudice statale interpretava *Bouie* in modo peculiare e affermava dunque che le modifiche cui si addiène in via interpretativa

---

<sup>209</sup> N.J. KEMPHAUS, *Rogers v. Tennessee, cit.*, pp. 418-423.

<sup>210</sup> *Bouie v. City of Columbia, cit.*

<sup>211</sup> *State v. Rogers*, 992 S.W.2d 393 (Tenn. 1999), pp. 397-493. Secondo N.J. KEMPHAUS, *Rogers v. Tennessee, cit.*, p. 425, le ragioni per le quali veniva ritenuto che la modifica era prevedibile dall'imputato erano: 1) la regola *year-and-a-day* non era mai stata usata per decidere un caso in Tennessee; 2) il Tennessee aveva abrogato tutte le *common law defenses* e, secondo una certa linea interpretativa non avallata dal giudice statale di vertice, la regola in parola era fra queste; 3) ogni giudice statale statunitense trovatosi a confrontarsi con la regola aveva deciso di abrogarla; 4) l'abolizione della regola non contrastava con la quarta categoria di leggi *Ex Post Facto* del caso *Calder v. Bull* (si veda il secondo paragrafo del presente capitolo) perché non era da ritenersi equivalente ad una diminuzione dello standard probatorio necessario per condannare.

possono essere applicate retroattivamente se l'agente ne ha avuto *fair warning*, cioè se queste erano da lui prevedibili.<sup>212</sup>

La Corte Suprema federale, in *Rogers v. Tennessee*<sup>213</sup>, iniziava identificando, come *controlling precedent*, proprio *Bouie v. City of Columbia*<sup>214</sup>. *In primis*, il supremo giudice notava che la *Due Process Clause* implicava certi limiti all'applicazione retroattiva di una nuova interpretazione giurisprudenziale. Questi limiti trovano il loro fondamento nella *Ex Post Facto Clause* e sono riassumibili nella nozione di *fair warning*, che vieta mutamenti interpretativi che siano “inaspettati e indifendibili”.<sup>215</sup>

I ricorrenti, però, rifacendosi a *Bouie* nella parte in cui affermava “[s]e al legislatore è proibita la promulgazione di una legge siffatta dalla *Ex Post Facto Clause*, ne segue che a una Corte Suprema statale è vietato raggiungere il medesimo risultato attraverso l'interpretazione giurisprudenziale”<sup>216</sup> sostenevano che, se la *year-and-a-day rule* fosse stata abrogata per via legislativa, tale eliminazione non avrebbe avuto effetti per l'imputato perché così imposto dall'articolo I della Costituzione: di conseguenza, non si poteva aggirare il divieto abrogando la regola per via giurisprudenziale.<sup>217</sup>

L'argomento pareva ragionevole. La Corte Suprema, nelle parole di *Justice O'Connor*, concedeva “sportivamente” la fondatezza *prima facie* del motivo: “Sicuramente, nella nostra *opinion* nel caso *Bouie* vi è una parte “espansiva” che

---

<sup>212</sup> N.J. KEMPHAUS, *Rogers v. Tennessee, cit.*, p. 425.

<sup>213</sup> *Rogers v. Tennessee, cit.*

<sup>214</sup> *Bouie v. City of Columbia, cit.*

<sup>215</sup> D.J. WHITE, *Ex Post Facto Excepted, cit.*, pp. 1150-1155.

<sup>216</sup> *Bouie v. City of Columbia, cit.*, pp. 353-354: “[i]f a state legislature is barred by the *Ex Post Facto Clause* from passing [...] a law, it must follow that a State Supreme Court is barred by the *Due Process Clause* from achieving precisely the same result by judicial construction.”

<sup>217</sup> *Rogers v. Tennessee, cit.*, pp. 459-460.

evoca l'ampia interpretazione suggerita dal ricorrente"<sup>218</sup>, cioè la parte in cui viene detto che "[s]e al legislatore è proibita la promulgazione di una legge siffatta dalla *Ex Post Facto Clause*, ne segue che a una Corte Suprema statale è vietato raggiungere il medesimo risultato attraverso l'interpretazione giurisprudenziale."

Tuttavia, fulminando a ciel sereno il ricorrente, la Corte affermava che quella parte dell'*opinion* di *Bouie* era solo un *obiter dictum*. La decisione del 1964 si riferiva solo ai "valori" protetti dalla *Ex Post Facto Clause* e non intendeva affatto estendere *de plano* il portata del canone costituzionale alle decisioni giurisprudenziali.<sup>219</sup>

La nozione di *fair warning* che *Bouie* con tanto vigore protegge è saldamente ancorata alla *Due Process Clause* e significa che la giurisprudenza non può modificare retroattivamente l'interpretazione di una norma se l'avvento di tale nuova esegesi è "inaspettato e indifendibile". Infatti, prosegue il massimo giudice, "un'applicazione rigida dei principi della *Ex Post Facto Clause* [nel contesto della *common law doctrines*] comprometterebbe in modo eccessivo lo sviluppo incrementale e ragionato dei precedenti, che sono le fondamenta di un sistema di *common law*."<sup>220</sup>

Di conseguenza, la Corte Suprema federale applicava i principi esposti al caso di specie, confermando la condanna dell'imputato. Questi, infatti, avrebbe dovuto aspettarsi l'abrogazione della *year-and-a-day rule* (che quindi, nei suoi confronti, non era né inaspettata né indifendibile) perché la sua *ratio* era stata minata dai

---

<sup>218</sup> *Rogers v. Tennessee, cit.*, p. 459: "To be sure, our opinion in *Bouie* does contain some expansive language that is suggestive of the broad interpretation for which petitioner argues."

<sup>219</sup> L'estensione avrebbe comportato, secondo la Corte Suprema federale, l'applicazione rigida delle "quattro categorie di leggi *Ex Post Facto*" del caso *Calder v. Bull, cit.*

<sup>220</sup> *Rogers v. Tennessee, cit.*, p. 461: "Strict application of *Ex Post Facto* principles [in that context] would unduly impair the incremental and reasoned development of precedent that is the foundation of the common law system."

progressi della scienza, era stata progressivamente abolita negli altri Stati e, infine, il suo *status* era incerto anche nello stesso Tennessee.<sup>221</sup>

La decisione ha ricevuto numerose critiche in dottrina<sup>222</sup> ma soprattutto nelle *dissenting opinion*. In particolare, si segnala l'intervento di *Justice* Scalia.<sup>223</sup> L'illustre giurista, di certo non un difensore dei criminali, segnala diversi punti critici della decisione.

Il primo è che la parte in cui *Justice* Brennan nel caso *Bouie* estendeva il portato della *Ex Post Facto Clause* al potere giudiziario non sarebbe affatto un *obiter dictum* ma piuttosto parte integrante dell'*holding*: “[I]a *ratio decidendi* di *Bouie* è che il principio applicato al legislatore tramite la *Ex Post Facto Clause* è, per quanto riguarda il potere giudiziario, implicito nella *Due Process Clause*.”<sup>224</sup>

Poi, la decisione in *Rogers* avrebbe interpretato il precedente del 1964 in modo errato. Il metro dell'interpretazione “inaspettata e indifendibile”, cioè imprevedibile, è il punto *oltre* il quale la legge è retroattiva, non il punto *prima* del quale è permessa un'interpretazione i cui effetti retroagiscono nel tempo. In una parola, *Bouie* proibiva tutte le modifiche retroattive alla legge penale, non solo quelle “inaspettate”: “il *fair warning* a cui *Bouie* e i casi seguenti facevano riferimento non era il “*fair warning*

---

<sup>221</sup> *Rogers v. Tennessee, cit.*, pp. 464-467.

<sup>222</sup> N.J. KEMPHAUS, *Rogers v. Tennessee, cit.*, T.S. JONES, *Reviving Saucier: Prospective Interpretations of Criminal Laws*, in *George Mason Law Reviews*, vol. 14 (2007), 725, D.J. WHITE, *Ex Post Facto Excepted: Rogers v. Tennessee and the Permissible Retroactive Application of Judge Made Law*, in *University of Cincinnati Law Review*, vol. 71 (2002-2003), 1141 e H.D. ARMSTRONG, *Rogers v. Tennessee: An Assault on Legality and Due Process*, in *North Carolina Law Review*, vol. 81 (2002), 317.

<sup>223</sup> *Rogers v. Tennessee, cit.*, *dissenting opinion* di *Justice* SCALIA, pp. 467-481.

<sup>224</sup> *Rogers v. Tennessee, cit.*, p. 469: “*The ratio decidendi of Bouie was that the principle applied to the legislature though the Ex Post Facto Clause was contained in the Due Process Clause insofar as judicial action is concerned.*”

che la legge potrebbe essere cambiata” ma *fair warning* di ciò che costituiva reato al tempo del fatto commesso.”<sup>225</sup>

Inoltre, non sarebbe vero che l’applicazione dei limiti della *Ex Post Facto Clause* al potere giudiziario impedirebbe alle corti di esercitare il loro potere di *precedent-setting*. La funzione di stabilire precedenti non viene esercitata cambiando retroattivamente i medesimi, ma applicando la legge in vigore a nuovi casi.<sup>226</sup>

Infine, strettamente inerente al merito della causa, l’imputato non avrebbe avuto *fair warning* (neppure nella nuova formulazione della Corte) perché non avrebbe potuto anticipare la “mossa di sapore legislativo” della *Supreme Court of Tennessee* e di certo, anche se avesse potuto prevedere l’abrogazione, di certo non avrebbe potuto presumere l’effetto retroattivo della pronuncia, anche considerando che, in altri Stati, la *year-and-a-day rule* era stata sì abolita, ma solo *pro futuro*.<sup>227</sup>

Tuttavia, per quanto ben argomentata una *dissenting opinion* possa essere, rimane pur sempre niente più di critica autorevole alla decisione della Corte. Il *dissent* può sicuramente fornire la base per una futura rivisitazione della *case law* ma è priva di potere cogente immediato.

D’altro canto, anche la dottrina si è profusa in critiche convincenti della decisione *Rogers v. Tennessee* che, fra l’altro, aprirebbe a potenziali violazioni non solo del *fair warning* (com’è evidente) ma anche del divieto, più volte espresso in tema di *vagueness*, di *arbitrary and discriminatory enforcement*.<sup>228</sup> Inoltre, come notato implicitamente anche dalla *dissenting opinion* di Justice Scalia, si creerebbe una

---

<sup>225</sup> *Rogers v. Tennessee, cit.*, p. 470: “The “fair warning” to which *Bowie* and subsequent cases referred was not “fair warning that the law might be changed,” but fair warning of what constituted the crime at the time of the offense.”

<sup>226</sup> *Rogers v. Tennessee, cit.*, p. 471.

<sup>227</sup> *Rogers v. Tennessee, cit.*, p. 479.

<sup>228</sup> N.J. KEMPHAUS, *Rogers v. Tennessee, cit.*, pp. 434-435.

disparità di trattamento fra modifiche di origine legislativa e modifiche di origine giurisprudenziale. Ammesso che anche le seconde hanno, talvolta, effetti sostanzialmente creativi e notato che il nuovo standard di valutazione è la prevedibilità del mutamento interpretativo, perché si applica al legislatore il più rigoroso metro della *Ex Post Facto Clause* che vieta tutte le modifiche retroattive *in peius*? Esistono, è vero, differenze sostanziali fra legislatore e potere giudiziario. Tuttavia, limitandoci al caso di *abolitio* di una norma sostanziale, poco importa che a farlo sia il legislatore o il giudice, specie considerando gli effetti precedenziali vincolanti della decisione di quest'ultimo.<sup>229</sup>

Al di là delle pur giuste critiche, preso atto dello stato di cose, in tema di interpretazione retroattiva della legge penale, il metro sembra essere, salvo improbabili *distinguishing*, quello della prevedibilità della nuova interpretazione. Non può certo salutarsi con favore l'esito di *Rogers v. Tennessee* dove la Corte ha minato alle fondamenta il precedente *Bouie v. City of Columbia*, la cui persistente validità è da considerarsi, allo stato, in forte dubbio<sup>230</sup>. Quest'ultimo caso aveva portato il divieto di retroattività di cui alla *Ex Post Facto Clause* alle sue logiche conseguenze e aveva dato una forte accelerazione alla tutela della certezza del diritto. Se infatti il diritto certo è diritto prevedibile, cosa meglio del tanto citato *fair warning* riferito all'ambito del penalmente rilevante poteva servire allo scopo? Riparametrando l'analisi sulla "prevedibilità del mutamento", la Corte Suprema ha reso l'operazione più incerta, data la strutturale difficoltà di anticipare i *revirement* giurisprudenziali.

---

<sup>229</sup> D.J. WHITE, *Ex Post Facto Excepted*, cit., pp. 1159-1161.

<sup>230</sup> D.J. WHITE, *Ex Post Facto Excepted*, cit., p. 1141.

Si noti, ancora una volta, che sia *Bouie v. City of Columbia*<sup>231</sup> che *Rogers v. Tennessee*<sup>232</sup> non riguardano casi di *overruling* vero e proprio (questi verranno affrontati al termine del proprio capitolo, perché presuppongono la comprensione del vincolo *stare decisis* negli Stati Uniti).

Nel primo caso, la massima corte della Sud Carolina, al momento del fatto mai si era espressa per un'interpretazione dello *statute* del taglio di quella applicata agli imputati. Lo aveva fatto in un caso deciso nella finestra temporale fra la condotta e la decisione sulla medesima, per cui si tratta pur sempre di un caso di estensione retroattiva degli effetti *in peius* di una nuova interpretazione e non di un caso di *overruling*. A nostro avviso, la differenza è cruciale e sta nel fatto che tale caso non poteva esser stato oggetto dell'affidamento degli imputati. Trattando di *overruling*, infatti, sarà importante capire fino a che punto i precedenti siano degni di affidamento, cioè comprendere in che misura siano idonei a fungere da parametro delle scelte d'azione dei consociati, il che a sua volta significa misurarne l'impatto sulla certezza del diritto.

Neanche *Rogers v. Tennessee* riguarda un caso di *overruling* ma semmai un caso di “abrogazione giurisprudenziale” nel peculiare contesto della *common law*. In tale situazione, impensabile nell'ordinamento italiano, il giudice può agire sulla *common law* (negli angusti spazi tuttora concessale nell'ordinamento penale statunitense), ottenendo effetti che noi inquadreremmo nel fenomeno della successione di leggi penali nel tempo. Se si fa riferimento ai rapporti fra *Rogers* e *Bouie*, il risultato non cambia: la prima decisione ha di fatto svuotato di significato la seconda, ma non ha formalmente “spezzato” la catena di precedenti, che è quello che a noi interessa nei

---

<sup>231</sup> *Bouie v. City of Columbia, cit.*

<sup>232</sup> *Rogers v. Tennessee, cit.*

rapporti fra *overruling* e certezza del diritto. La Corte ha ottenuto questo risultato dando una rilettura (prontamente stigmatizzata da *Justice Scalia*) di *Bouie* così da tentare di armonizzarlo con la decisione del caso *Rogers*.

In definitiva, gli effetti del mutamento nei casi c.d. di *first impression* e nei casi di *overruling* sono molto simili: sia in un caso che nell'altro si assiste ad un fenomeno di *unfair surprise* ai danni dell'imputato. È perciò corretto sostenere che le due situazioni potrebbero essere trattate congiuntamente. Tuttavia, per il peculiare scopo del presente lavoro e per la rilevanza del rapporto fra *stare decisis* e certezza del diritto, si ritiene più opportuno trattarli separatamente.

## **2.9. Conclusioni provvisorie in tema di retroattività in rapporto all'obiettivo della certezza del diritto nell'ordinamento statunitense.**

Tenendo presente l'analisi svolta, è opportuno distillare alcune notazioni di respiro più ampio sul rapporto fra divieto di retroattività e certezza del diritto nell'ordinamento statunitense.

In primo luogo, la *Ex Post Facto Clause* è, allo stato attuale, un baluardo garantistico e parte vitale dell'implementazione pratica del fondamentale principio nell'ordinamento penale statunitense. La conclusione, apparentemente scontata, non lo è affatto, e ciò alla luce della *case law* che si è presa in carico l'onere di interpretare il canone costituzionale. Il divieto di retroattività nel sistema statunitense ha passato, infatti, parecchi "momenti difficili" che hanno rischiato di oscurare il suo significato profondo per la *rule of law* e, di conseguenza, per l'ottenimento di un diritto certo, stabile e prevedibile.

Inoltre, come si è visto nel primo capitolo, lo stesso principio di determinatezza, implementato attraverso la *vagueness doctrine*, pur nella sua indubbia importanza ai nostri fini, non sempre ha la forza che ci si aspetterebbe dalla sua centralità.

La giurisprudenza statunitense, con la Corte Suprema federale in testa, non è però stata sempre inflessibile nell'applicazione della *Ex Post Facto Clause* e talvolta non ha rispettato il ruolo che i *Framers* avevano pensato per la clausola. Tale ruolo, si è visto, è di assoluta preminenza e vede il canone impiegato come primissimo limite al potere legislativo. I Padri costituenti lo avevano inserito sulla scorta di una genuina preoccupazione per le subitane passioni che possono, umanamente, forzare la mano del legislatore e abbandonarsi a provvedimenti legislativi di taglio vendicativo e arbitrario.

Le corti statunitensi, si diceva, hanno talvolta “dimenticato” il disegno costituzionale nel suo complesso. Il riferimento è, in primo luogo, alla storia della distinzione fra norme “sostanziali” e norme “processuali”. Nonostante il *landmark case Calder v. Bull*<sup>233</sup>, scritto alla fine del XVIII secolo, avesse già reso chiaro che la manipolazione retroattiva di certe norme inserite nel codice di procedura penale (quali, ad esempio, quelle relative al *quantum* di prova necessario per condannare) può di fatto avere il medesimo effetto di una modifica *in peius* di una norma incriminatrice, la *Supreme Court* ha diluito tale fondamentale arresto fino al punto di eliminare la distinzione in *Collins v. Youngblood*<sup>234</sup>, lasciando senza copertura costituzionale tale ultima categoria di norme. Tuttavia, la Corte Suprema tornava

---

<sup>233</sup> *Calder v. Bull, cit.*

<sup>234</sup> *Collins v. Youngblood, cit.*

positivamente sui suoi passi, dando nuovo vigore al portato del caso *Calder* in *Carmell v. Texas*<sup>235</sup> e *Stogner v. California*<sup>236</sup>.

Oltre tale ambito, si pensi anche e soprattutto alle recenti vicissitudini giurisprudenziali delle c.d. *sex offender laws*, dove le corti statunitensi, a detta dei più, non hanno tenuto fede al significato più profondo della clausola costituzionale. La *case law*, sul punto, non lascia alcun dubbio sull'orientamento preso dalla giurisprudenza in favore della costituzionalità di tale forma di legislazione. Alla dottrina, però, non è affatto sfuggito che tali decisioni sono state forse “macchiate” da un eccessivo *self-restraint* nel manipolare una materia politicamente scottante. Infatti, un'analisi onesta di tali misure ha portato gli *scholars* statunitensi a concludere per l'incostituzionalità delle *sex offender laws*.

Tuttavia, quando la materia si è fatta più tecnica e politicamente più inerte, la giurisprudenza ha implementato la *Ex Post Facto Clause* con maggior vigore. L'esempio è quello delle *sentencing guidelines*, dove la Corte Suprema non ha particolarmente esitato nel tenere alta il vessillo “garantistico” che anima il divieto di retroattività. Queste ultime decisioni, a detta di molti, danno nuove speranze nel vedere realizzata l'autentica promessa che sta dietro all'inserimento, all'articolo I della Costituzione, del principio in parola.

Se si abbandona il terreno della *Ex Post Facto Clause* e si cerca di scoprire il grado di fedeltà ai valori tutelati dal principio costituzionale in senso più ampio, ci sono alcune sgradite sorprese. Il divieto di retroattività incastonato nella carta fondamentale è infatti fondamentale per garantire un diritto certo e prevedibile, tramite il familiare concetto di *fair warning* nonché per mezzo del rispetto del

---

<sup>235</sup> *Carmell v. Texas, cit.*

<sup>236</sup> *Stogner v. California, cit.*

principio di uguaglianza. Sul punto, il caso *Bouie v. City of Columbia* aveva portato alle logiche conseguenze l'applicazione del principio di irretroattività: ciò significava che il giudice, per merito della *Due Process Clause*, non può, con le sue decisioni, ottenere quel risultato che al legislatore è impedito dalla *Ex Post Facto Clause*. Di conseguenza, secondo un'interpretazione condivisibile, *Bouie* considerava retroattiva quell'interpretazione della legge che non fosse prevedibile con riferimento allo stato del diritto al momento del fatto (comprensivo di *statutes* e *case law* collegata).

Il caso *Rogers v. Tennessee* ha tuttavia “tarpato le ali” a tale auspicabile presa di posizione, svincolando, in primo luogo, il potere giudiziario dal rispetto della *Ex Post Facto Clause*. Il risultato è stato ottenuto “etichettando” quella parte della sentenza *Bouie* come *obiter dictum*; in secondo luogo, il caso del 2001 ha ritenuto accettabile una qualche forma di applicazione retroattiva della nuova interpretazione, se questa nuova esegesi fosse stata prevedibile (rileggendo così, in modo discutibile, l'*holding* del caso precedente). Sul punto, dato per scontato che la certezza del diritto ne ha subito un duro colpo, data la difficoltà di pronosticare con precisione tali mutamenti, rimane da vedere come si ponga la certezza del diritto rispetto allo *stare decisis*.

All'esito dell'analisi complessiva, dunque, la *Ex Post Facto Clause* risulta fondata su due principi. Il primo canone è quello della *fair notice* che, come già visto, richiede che i cittadini siano messi anticipatamente di fronte a chiare scelte di azione con logica predisposizione delle conseguenze. Il secondo è il principio di uguaglianza: la *Ex Post Facto Clause* è tesa a garantire il rispetto della parità di trattamento mediante la predisposizione di un argine (quasi) invalicabile contro applicazione arbitrarie e rancorose della legge penale.

Il portato del canone costituzionale di irretroattività si dimostra più efficace nei confronti della legge scritta che non nei confronti delle decisioni giurisprudenziali.

Queste ultime, allo stato, sono parzialmente svincolate dal rispetto del divieto, sempre che il mutamento giurisprudenziale, i cui effetti retroagiscono al momento del fatto, fosse prevedibile.

In conclusione dunque, il divieto di retroattività, inserito nel primo articolo della notissima Carta costituzionale, è un ingranaggio funzionante del principio di legalità penale nel sistema statunitense e, di conseguenza, svolge generalmente un buon lavoro in funzione di tutela della certezza del diritto. Tuttavia, con riferimento ai rapporti fra divieto di retroattività e giurisprudenza, occorrerebbe che le corti statunitensi, a partire dalla Corte Suprema, ritornassero sui loro passi e adottassero di nuovo un'interpretazione che estenda la copertura garantita dalla *Ex Post Facto Clause* per le leggi scritte anche alle decisioni delle corti, sulla scorta della conclusione che entrambe hanno capacità innovativa del diritto vigente e il potere di causare quella *unfair surprise* che il divieto di retroattività mira ad evitare.



### **3. *Stare decisis* nell'ordinamento statunitense: il problema dell'*overruling* sfavorevole.**

SOMMARIO: 3.1. Introduzione; 3.2. *Stare decisis* nell'ordinamento statunitense: le origini inglesi; 3.3. (segue) I “primi passi” dello *stare decisis* negli Stati Uniti e sua consolidazione; 3.4. L'attuale conformazione del vincolo del precedente negli Stati Uniti; 3.4.1. Fondamenta dello *stare decisis* e concetti cardine; 3.4.2. *Stare decisis* verticale e orizzontale: in particolare, la diversa conformazione del vincolo nelle corti statunitensi; 3.4.3. *Stare decisis* e corti inferiori: in particolare, le *Courts of Appeals* e le *District Courts* federali; 3.4.4. *Stare decisis* e Corte Suprema federale; 3.4.5. Il controllo degli effetti del superamento del precedente: il *prospective overruling*; 3.5. Rapporti tra principio di irretroattività, *stare decisis* e *overruling*; 3.5.1. Il caso *Marks v. United States*: l'*overruling* di un precedente della Corte Suprema federale; 3.5.2. Il caso *United States v. Rodgers*: l'*overruling* di un precedente di una *Court of Appeals* federale; 3.5.3. Conclusioni provvisorie: proposte *de iure condendo* in tema di *stare decisis* e *adjudicative retroactivity*; 3.6. Conclusioni in tema di *stare decisis* nell'ordinamento statunitense e rapporti con la certezza del diritto.

#### **3.1. Introduzione**

Abbiamo anticipato che il problema della retroattività del mutamento giurisprudenziale richiede un'analisi distinta rispetto al tema generale della *adjudicatory retroactivity*. Il canone costituzionale che detta i valori da rispettare è per entrambi la *Ex Post Facto Clause*, che a stretto rigore è applicabile soltanto alla *lex scripta*. Tuttavia, tramite la *Due Process Clause* si estendono anche all'interpretazione i medesimi principi.

Infatti, se si tengono presenti i valori della *fair notice* e dell'uguaglianza, ci si imbatte subito nel principale nodo interpretativo. In generale, viene da chiedersi come mai ciò che è proibito al legislatore, cioè penalizzare *ex post* una condotta che,

al momento della sua messa in atto, era lecita, dovrebbe essere concesso invece al giudice. La domanda sorge perché, lo si è già visto, interpretando una norma si può far rientrare nel suo campo di applicazione quello che, per giurisprudenza costante o a una ragionevole lettura della fattispecie, era escluso. Tale operazione in certi casi equivale a modificare la portata della fattispecie dopo il fatto commesso.

Le ragioni del trattamento differente delle due situazioni sono molteplici e non sempre soddisfacenti. In ogni caso, la tematica della *adjudicatory retroactivity*, di specifico interesse per il penalista, è fortemente intrecciata nel più ampio tema del vincolo del precedente o *stare decisis*. Infatti, perlomeno nei casi non di *first impression*, mutamento giurisprudenziale significa, almeno in apparenza, sottrarsi al vincolo del precedente. Tale decisione vincolante, a sua volta, poteva aver formato la base su cui l'agente aveva parametrato la propria condotta: superarla con un *overruling*, dunque, pone problemi di affidamento, cioè di *fair notice*. A cagione della complessità del vincolo del precedente negli Stati Uniti, che lo sottrae a facile inquadramento, occorrerà iniziare illustrando cosa si intenda per *stare decisis* nell'ordinamento statunitense prima di affrontare *vis-à-vis* la questione più specifica menzionata.

Dopo aver illustrato il complesso ordito dello *stare decisis*, si passerà ad analizzare il tema dei rapporti fra precedente e divieto di retroattività. Nell'analisi, bisognerà tenere presente che il metro con il quale approssimativamente "valutare" i risultati dell'indagine è, ancora una volta, quello della certezza del diritto, che si dimostra fondamentale per garantire libere scelte d'azione ai consociati e il rispetto del principio d'uguaglianza.

Lo *stare decisis*, intuitivamente, si collega alla certezza in modo diretto ed è indiscutibilmente uno dei principali strumenti per raggiungere tale certezza. Il

vincolo del precedente subisce però una rottura in caso di interpretazione cangiante o imprevedibile *in criminalibus*, minacciando così la medesima certezza. A questo punto, sarà necessario ponderare quanto la risposta statunitense in caso di *overruling* sia consonante con il menzionato principio.

### **3.2. *Stare decisis* nell'ordinamento statunitense: le origini inglesi.**

Com'è noto gli Stati Uniti, nella loro storia giuridica, sono stati fortissimamente influenzati dal diritto inglese. Tale influsso è insuscettibile di esagerazione ed è tale che raggiunge quasi l'intensità del rapporto di filiazione. I primi abitanti di quelle che, significativamente, erano chiamate colonie provenivano dall'Inghilterra e, fino alla Dichiarazione d'Indipendenza del 1776, erano anche sudditi inglesi.

Tuttavia, la storia giuridica americana ha avuto occasione, col tempo, di differenziarsi da quella della “madrepatria”. Sul tema specifico dello *stare decisis* esistono, sul rapporto fra versione inglese e statunitense, eccellenti e numerosi studi.<sup>237</sup> Prima dunque di addentrarci nei meandri del vincolo del precedente in versione *yankee*, è necessario partire dalle sue origini, passando per la sua evoluzione nel periodo coloniale e post-indipendenza.

Com'è stato saggiamente evidenziato, la storia della *stare decisis* è inevitabilmente intrecciata con quella della tecnica del *law reporting*, ossia quell'attività che consiste nell'organizzare in “raccolte”, ordinate in volumi per annate, i casi giurisprudenziali decisi in una determinata giurisdizione nell'arco di

---

<sup>237</sup> Nella dottrina italiana, si vedano in particolare A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, II ed., Torino, 2014 (nella parte a ciò dedicata) e U. MATTEI, *Stare decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*.

tempo considerato. Si converrà che non è possibile pensare ad un sistematico vincolo del precedente in assenza di un'adeguata fonte conoscitiva dei "precedenti" stessi.<sup>238</sup>

L'esistenza di *law reports* non è però indice definitivo per stabilire la contemporanea esistenza di un sistema di precedenti vincolanti. Infatti, il consultare le decisioni passate per orientarsi e il considerarle "obbligatorie" per la risoluzione del caso di specie sono due ipotesi del tutto diverse.

In Inghilterra, una prima raccolta di *cases* fu la *Year Books*, pubblicata dal 1283 alla metà del XVI secolo. Tale raccolta, tuttavia, a stento può essere chiamata tale nel senso moderno del termine: questa infatti descriveva con grande dettaglio le tesi degli avvocati e molti altri dettagli del caso ma spesso non riportava la decisione della corte e neppure le motivazioni! Col tempo, però, la *Year Books* si fece più completa (anche a cagione del passaggio graduale verso un processo maggiormente scritto) anche se mai i casi in essa contenuti vennero considerati *binding*: i giudici infatti li consultavano solo per acquisire indicazioni utili.<sup>239</sup> In conclusione, nell'Inghilterra medievale, esisteva già una *common law* consuetudinaria, anche se le sue fondamenta erano da ritrovarsi non nella vincolatività del precedente ma in una naturalistica "ragione".<sup>240</sup>

La tecnica di *reporting* iniziò poi gradualmente ad affinarsi. A tal proposito, fu fondamentale l'opera del giudice Sir Edward Coke che, da un lato, produceva una mastodontica opera in tredici volumi intitolata "*The Reports*", niente di meno che la

---

<sup>238</sup> A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 179.

<sup>239</sup> T.R. LEE, *Stare Decisis in Historical Perspective: From the Founding Era to the Rehnquist Court*, in *Vanderbilt Law Review*, vol. 52 (1999), 647, p. 660.

<sup>240</sup> T. HEALY, *Stare Decisis as a Constitutional Requirement*, in *West Virginia Law Review*, vol. 104 (2001-2002), 43, p. 60-61.

raccolta di *cases* inglesi più completa mai apparsa all'epoca<sup>241</sup>; dall'altro lato Sir Coke, impegnato, nel suo ruolo di *Chief Justice* prima della *Court of Common Pleas* e poi della *King's Bench*, ad affermare l'esclusività del potere giurisdizionale in capo alle corti rispetto a Re e Parlamento, poneva al centro delle sue argomentazioni proprio lo studio dei *precedents* la cui conoscenza, a suo dire, era necessaria per *ius dicere* mentre la sola "ragione" non sarebbe stata sufficiente.<sup>242</sup> Tuttavia, lo stesso illustre giudice inglese riteneva che "il fatto che una regola porti a risultati sconvenienti [...] è una buona ragione per dimostrare che tale regola non è legge."<sup>243</sup>

Il "trionfo" dello *stare decisis* avvenne però solo a cavallo fra XVIII e XIX secolo. Sicuramente fondamentale fu l'opera del già citato Sir William Blackstone e del suo influentissimo *Commentaries on the Laws of England*, pubblicato, lo si ricorderà, tra il 1765 e il 1769.<sup>244</sup> Secondo l'autorevole giudice, la vincolatività delle decisioni precedenti nei successivi giudizi promuoveva la certezza del diritto, l'uguaglianza di trattamento ed era consonante con il dovere del giudice inglese di "scoprire" il significato della *common law*, secondo la teoria dichiarativa.<sup>245</sup> Tuttavia, lo stesso Blackstone lasciava un qualche margine di movimento alle corti, svincolandole dal rispetto del precedente in casi di manifesta irragionevolezza o ingiustizia.<sup>246</sup>

---

<sup>241</sup> U. MATTEI, *Stare decisis, cit.*, p. 14. La raccolta era un indubbio passo in avanti rispetto agli *Year Books*, che non erano né sistematizzati né tanto meno ordinati

<sup>242</sup> C.D. BOWEN, *The Lion and the Throne: The Life and Times of Sir Edward Coke*, New York, 1957, pp. 304-305.

<sup>243</sup> Così W.S. HOLDSWORTH, *Case Law*, in *Law Quarterly Review*, vol. 50 (1934), 180, p. 185: "[T]he fact that a rule would lead to inconvenient results [...] is a good argument to prove that the rule is not law."

<sup>244</sup> T.R. LEE, *Stare Decisis, cit.*, p. 661.

<sup>245</sup> A. CADOPPI, *Il valore del precedente, cit.*, pp. 179-180.

<sup>246</sup> T. HEALY, *Stare Decisis, cit.*, p. 70.

Durante il XIX secolo, però, anche questa limitata eccezione scomparve, al punto che dal 1861 al 1966 la *House of Lords* dichiarò di ritenersi assolutamente vincolata alle sue decisioni precedenti, senza eccezioni.<sup>247</sup> L'aumento di forza del vincolo del precedente fu graduale e, come ricordato, accompagnato dalla nascita di un sistema di *reports* affidabile e sistematico: se ai tempi di Blackstone lo *stare decisis* era ancora un canone di esercizio della giurisdizione<sup>248</sup>, solo nel corso dell'epoca vittoriana divenne una regola ineludibile. La forza del principio, lo si tenga presente, era sia verticale che orizzontale: non solo i giudici inferiori erano vincolati dalle decisioni dei giudici superiori (il che non è mai stato discusso neanche negli Stati Uniti) ma anche i giudici dello stesso livello dalle decisioni dei loro pari grado, nonché, a maggior ragione, dalle loro stesse decisioni.<sup>249</sup>

### **3.3. (segue) I “primi passi” dello *stare decisis* negli Stati Uniti e sua consolidazione.**

Le prime colonie inglesi furono stabilite sulla odierna *East Coast* degli Stati Uniti a partire dall'inizio del XVII secolo. La società di quegli insediamenti, lo si può immaginare facilmente, era in costante mutamento. Nasceva perciò il bisogno di una legge che tenesse il passo dell'evoluzione sociale piuttosto che di un sistema stabile e tendenzialmente immutabile: se la *common law* dunque costituiva una base di partenza, lo *stare decisis*, invece, non si mostrava di grande utilità. Inoltre, la

---

<sup>247</sup> Tale vincolo assoluto durò fino al 1966, quando con un *practice statement* la *House of Lords* si svincolò da tale ineludibile giogo, ci ricorda A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 183.

<sup>248</sup> J. EVANS, *Precedent in the Nineteenth Century*, in L. GOLDSTEIN (a cura di), *Precedent in Law*, Oxford, 1987, p. 45.

<sup>249</sup> A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., pp. 179-180.

madrepatria non impose mai il proprio diritto alle colonie<sup>250</sup>. Se si aggiunge poi che codici, *reports* e giuristi di certo non abbondavano e le corti dell'epoca erano largamente "amatoriali", non è difficile concludere che il vincolo del precedente era generosamente disatteso.<sup>251</sup>

Nonostante una graduale e selettiva introduzione della *common law of England* negli ordinamenti coloniali, le corti si sentivano piuttosto "libere" nell'esercitare la funzione giurisdizionale, pur tenendo in considerazione, quando disponibili, i casi elencati nelle raccolte giurisprudenziali provenienti dalla madrepatria.<sup>252</sup> Criterio sovrano nella decisione di applicare o meno la *common law* inglese era la sua adattabilità alle circostanze locali, con una scelta che oggi chiameremmo di *policy*.<sup>253</sup> Non si dimentichi, poi, che gran parte del diritto coloniale era di origine statutaria e piuttosto diversificato fra i vari insediamenti. Per di più, gli stessi giudici iniziarono gradualmente a produrre decisioni che, a loro volta, formarono un corpo di decisioni di *common law*, che tuttavia non vennero ritenute vincolanti nei casi successivi.<sup>254</sup>

Quest'epoca di creatività giurisprudenziale continuò, comprensibilmente, dopo la Rivoluzione americana, con la nascita della nazione statunitense. In questo periodo, si ritrova il linguaggio tipico del periodo inglese di formazione dello *stare decisis*: i *cases* inglesi infatti non erano seguiti se "contrari alla ragione", "inadatti alle circostanze domestiche" o più semplicemente ingiusti. Altresì, se il diritto

---

<sup>250</sup> U. MATTEI, *Stare decisis, cit.*, p. 20.

<sup>251</sup> T. HEALY, *Stare Decisis, cit.*, pp. 73-74.

<sup>252</sup> F.G. KEMPIN, *Precedent and Stare Decisis: The Critical Years, 1800 to 1850*, in *American Journal of Legal History*, vol. 3 (1959), 30, p. 64.

<sup>253</sup> U. MATTEI, *Stare decisis, cit.*, pp. 35-36.

<sup>254</sup> U. MATTEI, *Stare decisis, cit.*, pp. 9, 21, 38-39. La mancanza di vincolatività del precedente è stata sicuramente influenzata da fattori pratici, quale la mancata pubblicazione delle decisioni della massima autorità giudiziaria coloniale, il *Privy Council*.

inglese pre-rivoluzione costituiva innegabilmente la base del sistema giuridico del nuovo Stato, vi era una certa diffidenza verso la produzione dei giudici inglesi posteriore al 1776.<sup>255</sup> Questa produzione infatti, pur condividendo le radici con quella americana, proveniva non più dalla “madrepatria” ma piuttosto da una nazione straniera e inizialmente ostile.

Tuttavia, sarebbe un errore affermare che l’influenza del diritto inglese su quello statunitense sia cessata con la Dichiarazione di Philadelphia, se si pone di nuovo a mente l’influenza che ebbe Blackstone sui costituenti (si vedano i paragrafi introduttivi del capitolo II). Più nello specifico, non è certo esagerato dire che la stessa, peculiare attitudine statunitense nei confronti dello *stare decisis* sia dovuta, almeno in parte all’influente giudice inglese: questi infatti spiegava che il vincolo del precedente serviva i valori della certezza e dell’uniformità di giudizio ma allo stesso tempo pensava ad un vincolo flessibile, respingendo, nell’ambito della teoria dichiarativa, i precedenti che si mostravano “patentemente assurdi o ingiusti.”<sup>256</sup>

Le neonate corti statunitensi, altresì, mostravano una certa libertà nel discostarsi dalla loro stessa produzione interna. Diversi giudici statali mostravano, nelle loro *opinions*, grande rispetto per le decisioni precedenti, in quanto, come già affermato da Blackstone, queste erano *the best evidence of the law*. Tuttavia, in tema di precedente, l’uso del termine “rispetto” per le decisioni passate inevitabilmente significa libertà di discostarsene, perlomeno in presenza di determinate circostanze. Così i giudici statunitensi, dicono le fonti storiche, consultavano con attenzione i

---

<sup>255</sup> T. HEALY, *Stare Decisis*, cit., pp. 78-81.

<sup>256</sup> M.N.S. SELLERS, *The Doctrine of Precedent in the United States of America*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 54 (2006), 67, pp. 70-71. Tale influenza, peraltro, va messa nel contesto di scarsità di materiale disponibile al giurista del XVIII secolo. I *Commentaries* di Blackstone erano completi ed economicamente accessibili, pur se talvolta criticati dal punto di vista contenutistico.

*precedents* (che quindi erano *persuasive*) ma, seppur con cautela, optavano per soluzioni giuridicamente opposte se questi fossero stati erroneamente decisi o oramai inadatti alle mutate circostanze.<sup>257</sup>

Tuttavia, le tesi qui riportate sono tutto fuorché universalmente accettate. Infatti, altre fonti riportano una più stretta adesione al vincolo del precedente a far tempo dal periodo immediatamente successivo alla guerra d'indipendenza. Gli stessi Padri fondatori, fra cui Alexander Hamilton e James Madison, si esprimevano con eloquenza in favore dello *stare decisis*, pur temperato da notevoli eccezioni.<sup>258</sup> Tuttavia, ci pare che le pur autorevoli dichiarazioni di due “mostri sacri” della storia americana vadano prese *cum grano salis*. I loro scritti, sicuramente di taglio più politico che giuridico, non avevano di certo l'ambizione di descrivere lo *status quo* nella giurisprudenza di fine '700. A questo proposito, sembrano avere peso maggiore altre opinioni, peraltro solidamente ancorate ad una stringente analisi delle decisioni dell'epoca.<sup>259</sup>

La Corte Suprema federale, massimo interprete della Costituzione degli Stati Uniti e, di conseguenza, fra i protagonisti del presente lavoro, iniziò a funzionare nel 1789 ma di certo non si distinse per un'adamantina adesione allo *stare decisis*.

Va infatti notato che, fino agli anni '30 del XIX secolo, le sue decisioni erano emesse principalmente in forma orale, il che di certo non facilitava le cose, se si pone a mente che l'esistenza di un vincolo del precedente presuppone l'esistenza di una fonte di conoscenza delle decisioni che sia ad un tempo attendibile e completa. A causa della spiccata oralità, i primi *reports*, che prendono il nome dai loro

---

<sup>257</sup> T. HEALY, *Stare Decisis*, cit., pp. 81-83.

<sup>258</sup> T.R. LEE, *Stare Decisis*, cit., pp. 663-666.

<sup>259</sup> T. HEALY, *Stare Decisis*, cit., nelle parti già citate nel presente paragrafo.

compilatori Dallas e Cranch, non brillavano per tempestività e completezza.<sup>260</sup> Ciò significava che le decisioni della massima corte federale erano in larga parte ignote alla classe forense. Se a ciò si aggiunge che, in quelle stesse sentenze, non proliferavano i riferimenti alla giurisprudenza precedente<sup>261</sup>, si comprende come lo *stare decisis*, al di là di ogni disputa sulla sua bontà e convenienza, si scontrava con insormontabili difficoltà pratiche. Oltre a ciò, un gigante della classe giudiziaria statunitense come il *Chief Justice* Marshall mostrava notevole “disattenzione”, non interamente giustificata dall’assenza di *reports*, per i precedenti della corte da lui stesso presieduta: l’illustre giudice preferiva di gran lunga basare le proprie *opinions* sulla sola forza delle sue argomentazioni.<sup>262</sup>

Non si pensi però che la Corte Suprema si sentisse completamente svincolata dallo *stare decisis*. Ciò che qui si vuole suggerire è semplicemente l’idea di un legame flessibile con le *past decisions*.<sup>263</sup>

Nel corso del XIX secolo, tuttavia, il vincolo del precedente penetrò finalmente nel diritto statunitense. I fattori di tale consolidamento sembrano essere, di nuovo, l’emersione di un sistema di *law reporting* affidabile e metodico, oltre che la “perdita di quota” della concezione naturalistica del diritto e l’affermarsi della

---

<sup>260</sup> C. JOYCE, *The Rise of the Supreme Court Reporter: An Institutional Perspective on Marshall Court Ascendancy*, in *Michigan Law Review*, vol. 83 (1985), pp. 1294-1305, T.R. LEE, *Stare Decisis*, cit., pp. 667-668.

<sup>261</sup> L.M. FRIEDMAN, *A History of American Law*, II ed., New York, 1973, pp. 90-91.

<sup>262</sup> T. HEALY, *Stare Decisis*, cit., p. 85.

<sup>263</sup> Tuttavia, la stessa tesi “minima” qui espressa non è inequivocabilmente accettata. Infatti P.J. PRICE in *Precedent and Judicial Power after the Founding*, in *Boston College Law Review*, vol. 42 (2000-2001), 81, pp. 98-99, ritiene che, nel periodo immediatamente successivo alla Rivoluzione il vincolo *stare decisis* fosse sentito molto più stringente di quanto sopra esposto. Tuttavia, è ammesso, ciò può essere dovuto all’area d’analisi scelta (*property rights*) solitamente considerata fra le più “stabili” dell’intero ordinamento.

visione positivista.<sup>264</sup> Lo *stare decisis*, tuttavia, non toccò mai le vette d'intensità raggiunte in Inghilterra<sup>265</sup> e, ferma la sua efficacia verticale, le corti statunitensi mantennero sempre la libertà di discostarsi in senso orizzontale dai propri precedenti e da quelli delle corti pari ordinate in caso di interpretazione palesemente erronea o superata.<sup>266</sup>

In via riassuntiva dell'*American approach* allo *stare decisis* nel XIX secolo, si possono citare le conclusioni di James Kent, illustre giurista, nei suoi *Commentaries on American Law*, ben riassunte in un recente lavoro:

“(1) [L]a miglior prova della *common law* è da ritrovarsi nelle decisioni delle corti; (2) i casi decisi fungono da precedente per i casi futuri basati sui medesimi fatti; (3) i giudici devono seguire queste decisioni, a meno che non si dimostri che la legge fu male interpretata; ciò perché (4) il corpo sociale ha il diritto di regolare le proprie azioni e contratti in base alla legge; così che (5) quando una regola è adottata e dichiarata, non dovrebbe essere rimessa in discussione, salvo che ciò avvenga ad opera di una [corte superiore] e mai dalla stessa corte, con l'eccezione della presenza di motivi cogenti e a seguito della dimostrazione di un chiaro errore.”<sup>267</sup>

---

<sup>264</sup> F.G. KEMPIN, *Precedent and Stare Decisis: The Critical Years, 1800 to 1850*, in *American Journal of Legal History*, vol. 3 (1959), pp. 36-51.

<sup>265</sup> M.N.S. SELLERS, *The Doctrine of Precedent*, cit., p. 72.

<sup>266</sup> L.M. FRIEDMAN, *A History*, cit., p. 21.

<sup>267</sup> M.N.S. SELLERS, *The Doctrine of Precedent*, cit., p. 72: “(1) the best evidence of the common law is found in the decisions of the courts; (2) adjudged cases become precedents for future cases resting on analogous facts; (3) judges are bound to follow these decisions, unless it can be shown that the law was misunderstood; because (4) the community has a right to regulate their actions and contracts by law; so that, (5) “when a rule has been deliberately adopted and declared, it ought not to be disturbed, unless by a court of appeal or review, and never by the same court, except for very cogent reasons, and upon clear manifestation of error.”” L'estratto si riferisce, in particolare, al vincolo del precedente riguardo alla *common law*, ma si ritiene di poter generalizzare il discorso, con le dovute cautele, anche alla *statutory law* del XIX secolo.

In definitiva, dunque, i “primi passi” della dottrina del precedente vincolante negli Stati Uniti sono stati quanto mai incerti. Infatti, occorre considerare che, in epoca pre-rivoluzionaria, la situazione era tale da scoraggiare fortemente una stretta adesione allo *stare decisis*. L’organizzazione sociale nelle colonie era in costante mutamento, vi era notevole scarsità di giuristi professionisti, di libri e, soprattutto, di *reports*. Le stesse raccolte, se disponibili, erano sicuramente consultate ma con altrettanta sicurezza si può affermare che i giudici non se ne sentissero vincolati.

Nella fase post-rivoluzionaria si consolidò un sistema di corti autenticamente statunitensi. Tuttavia, una notevole e rapida fluidità sociale sconsigliavano di adottare il vincolo del precedente, più adatto a una società stabile e tradizionale come quella inglese.

L’approccio complessivo va analizzato partitamente. Per iniziare, l’atteggiamento verso i *precedents* inglesi anteriori al 1776 era di rispetto (li si considerava *persuasive*) ma non di obbligo, con il più il *caveat* dell’applicabilità alle peculiari circostanze statunitensi. Poi, per quanto riguarda le decisioni inglesi posteriori al 1776, le corti statunitensi, pur tenendole in considerazione, progressivamente se ne sentirono sempre meno influenzate, in quanto il diritto del nuovo Stato si sviluppò secondo proprie direttive. Infine, quanto ai casi nazionali, valgono le considerazioni di poco sopra: l’abbondare, come ovvio, di casi di *first impression* e la necessità di adattare il diritto a situazioni sempre nuove, sconsigliava una troppo stretta adesione allo *stare decisis*. Come sempre, poi, le difficoltà pratiche avevano grande peso: i *reports* erano, nonostante gli sforzi, incompleti e non attendibili.

Con la situazione resasi maggiormente stabile e con l’affinamento delle tecniche di *law reporting*, lo *stare decisis* diventò progressivamente più appetibile

per i giudici statunitensi: difatti, nel corso del XIX secolo, il vincolo si consolidò, assumendo una forma peculiare e distinta rispetto al rigido obbligo in vigore sull'altra sponda dell'Atlantico.<sup>268</sup> Tuttavia, la strada verso una compiuta definizione dello *stare decisis* nel diritto statunitense non fu affatto lineare: esistono prove consistenti per affermare che, alla metà del XIX secolo, i giudici statunitensi non erano affatto convinti nella loro adesione al principio e lo stesso si mostrava come “vaga obbligazione a tener conto dei precedenti all'interno della propria giurisdizione”.<sup>269</sup>

### **3.4. L'attuale conformazione del vincolo del precedente negli Stati Uniti.**

#### **3.4.1. Fondamenta dello *stare decisis* e concetti cardine.**

La vincolatività del precedente, lo abbiamo visto, si era sviluppata negli Stati Uniti nel vigore incontrastato della c.d. “teoria dichiarativa” della *common law* dove “[i] giudici si limitavano a «dichiarare» un diritto che già esisteva, nell'inesplorato fondale del mare della legge consuetudinaria.”<sup>270</sup> Attenuandosi il vigore della citata teoria, che venne finalmente svelata quale era, cioè una *fictio* neanche troppo credibile ma incredibilmente resistente, bisognava ripensare lo *stare decisis* senza ricorrere allo stratagemma della *declaratory nature*.<sup>271</sup> I primi teorizzatori americani

---

<sup>268</sup> A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 181.

<sup>269</sup> La frase è presa da U. MATTEI, *Stare decisis*, cit., p. 73. Si noti l'abile critica a F.G. KEMPIN, *Precedent*, cit., ad opera di MATTEI, per il quale i casi citati nel primo lavoro a sostegno della tesi dell'esistenza di *stare decisis* nella prima metà del XIX secolo possono essere in realtà interpretati come dimostrazione del contrario.

<sup>270</sup> A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 180.

<sup>271</sup> U. MATTEI, *Stare decisis*, cit., p. 197.

del vincolo del precedente enfatizzano, quali ragioni della sua esistenza<sup>272</sup>, “la certezza del diritto, l’uniformità delle decisioni, la sicurezza delle posizioni soggettive”.<sup>273</sup> Più di recente, la Corte Suprema, in *Hohn v. United States*, ha affermato che:

“*Stare decisis* è la strada preferibile perché promuove l’imparziale, prevedibile e coerente sviluppo dei principi giuridici, favorisce l’affidamento nelle decisioni giudiziali e contribuisce a far percepire il processo come dotato d’integrità, oltre che all’integrità stessa.”<sup>274</sup>

Si ritrovano dunque i concetti di *fairness* e di *predictability*. Quest’ultimo termine, in un certo senso, acquisisce valore anteriormente al processo, consentendo ai consociati di compiere scelte d’azione informate da norme la cui interpretazione sia ragionevolmente prevedibile. Il concetto di *fairness*, invece, richiama l’idea di uguaglianza e acquista valore nel processo, garantendo il trattamento uguale di situazioni uguali e la ragionevole diversificazione di situazione diverse. Allo stesso tempo, la regola *stare decisis* implica *justice*, nel senso di una minore discrezionalità in capo al giudicante che deve seguire regole stabilite, è vero, da altri giudici, ma che hanno perso i loro connotati di discrezionalità nel processo di cristallizzazione. Collegato a questo concetto, vi è la *appearance of justice*, intesa come percezione

---

<sup>272</sup> Sui valori tutelati dallo *stare decisis* si veda, per una disamina completa, A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., pp. 261-280.

<sup>273</sup> U. MATTEI, *Stare decisis*, cit., p. 200.

<sup>274</sup> *Hohn v. United States*, 524 U.S. 236 (1998): “*Stare decisis* is “the preferred course because it promotes the evenhanded, predictable, and consistent development of legal principles, fosters reliance on judicial decisions, and contributes to the actual and perceived integrity of the judicial process.”

della “giustizia” del processo in capo al corpo sociale.<sup>275</sup> Infine, *last but not least*, la presenza di un vincolo *stare decisis* nell’ordinamento statunitense promuove l’efficienza decisionale delle corti. In presenza del vincolo i giudici possono contare sull’interpretazione stabile e autoritativa di un gran numero di principi che, perciò, possono essere richiamati citando i *precedents* senza che sia necessario ridiscuterli. Di conseguenza, il giudice potrà riservare la maggior parte del suo tempo alla discussione approfondita dei punti di maggior interesse della controversia.<sup>276</sup>

Tuttavia, in una prospettiva di certezza del diritto e di rispetto del principio di legalità, acquisiscono maggiore importanza quelle giustificazioni dello *stare decisis* che siano consonanti con questa idea fondamentale. Tali giustificazioni sembrano essere principalmente due. La prima è la tensione verso la prevedibilità e la costanza del diritto che consenta ai consociati<sup>277</sup> di pianificare le proprie azioni secondo un *corpus* di norme stabile.<sup>278</sup> La seconda, a nostro avviso, è lo sforzo di rispettare il principio di uguaglianza, così da assicurare che le regole giuridiche siano applicate in

---

<sup>275</sup> J.W. MEAD, *Stare Decisis in the Inferior Courts of the United States*, in *Nevada Law Journal*, vol. 12 (2011-2012), 787, p. 793.

<sup>276</sup> B. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, 1921, p. 144, R.A. WASSERSTROM, *The Judicial Decision: Toward a Theory of Legal Justification*, Stanford, 1961, p. 39, T. HEALY, *Stare Decisis*, *cit.*, pp. 108-109.

<sup>277</sup> Sul concetto di *fair notice* si veda ampiamente il Capitolo I del presente lavoro. È chiaro che, utilizzando il termine “consociati” o “cittadini” si fa riferimento ad un significato contemporaneamente più ampio e più ristretto del termine. Da un lato, ci si riferisce alla percezione del “diritto” che il consociato ha e che non necessita della consultazione delle pronunce, mentre dall’altro lato il riferimento è, se così si può dire, al consociato “qualificato” che o conosce in prima persona le norme o perché è assistito da un professionista: in questo caso è realistico pensare che questo soggetto ideale tragga reale giovamento dalla consultazione dei *report*. In entrambi i casi, comunque, che la fonte di conoscenza del diritto siano le “norme di cultura” o la raccolta di giurisprudenza, è fondamentale per il rispetto della *fair notice* che il diritto sia certo, cioè stabile e prevedibile.

<sup>278</sup> Vi sul punto sostanziale consonanza in dottrina. Si vedano, fra i tanti, F. SCHAUER, *Precedent*, in *Stanford Law Review*, vol. 39 (1987) 571, p. 597, T. HEALY, *Stare Decisis*, *cit.*, p. 108.

modo giusto ed equanime.<sup>279</sup> La stessa Corte Suprema federale, nel noto caso *Planned Parenthood v. Casey*<sup>280</sup>, che rincontreremo presto, ha affermato che:

“[I]l concetto stesso di *rule of law* alla base della nostra Costituzione richiede una tale continuità nel tempo da rendere il rispetto per il precedente indispensabile per definizione.”<sup>281</sup>

Spiegati brevemente i valori fondanti lo *stare decisis* come strumento atto al raggiungimento di un diritto maggiormente certo, occorre tentare di *chiarire* alcuni termini fondamentali nel lessico dello *stare decisis*. Iniziamo dai concetti di *ratio decidendi* e di *obiter dictum*, dove il primo assume valore precedenziale, mentre il secondo ha valore solo argomentativo.

Il primo, chiamato di sovente *holding* negli Stati Uniti, pur nella consapevolezza della difficoltà di una definizione, è sostanzialmente la ragione giuridica della decisione, cioè l’interpretazione che il giudice ha dato della norma considerata in rapporto ai fatti che si rende necessaria per la decisione. La *ratio decidendi*, tuttavia, è strettamente legate alle circostanze del caso concreto ed è, lo si ribadisce, indispensabile per la risoluzione della controversia stessa e, ad un tempo, identificata non dal primo giudice ma dai giudici successivi che la dovranno applicare.<sup>282</sup>

---

<sup>279</sup> J. WALDRON, *Stare Decisis and the Rule of Law: a Layered Approach*, in *Michigan Law Review*, vol. 111 (2012-2013), 1, p. 4, T. HEALY, *Stare Decisis*, p. 108, E. MALTZ, *The Nature of Precedent*, in *North Carolina Law Review*, vol. 66 (1988), 367, p. 368.

<sup>280</sup> *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

<sup>281</sup> *Planned Parenthood v. Casey*, *cit.*, p. 854: “the very concept of the rule of law underlying our own Constitution requires such continuity over time that a respect for precedent is, by definition, indispensable.”

<sup>282</sup> A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, *cit.*, p. 176.

L'ineffabilità di tale sfuggente concetto è ben fissata dalla seguente descrizione: “[...] essa è ovviamente fondata nei fatti ma è capace di essere da questi astratta e generalizzata sotto forma di una proposizione giuridica [...]”.<sup>283</sup> È dunque assimilabile ad una massima giurisprudenziale? La risposta è sì, ma anche no. La *ratio decidendi* è un principio di diritto risolutivo della controversia, ma allo stesso tempo concretizzato tramite un inscindibile collegamento coi fatti del caso.<sup>284</sup> Infine, si consideri che la stessa operazione con cui si “distilla” la *ratio decidendi* ha contorni sfumati e può largamente variare nei risultati a seconda della corte decidente.<sup>285</sup>

Passiamo all'*obiter dictum*. In prima approssimazione, lo si può definire come tutto ciò che non è giuridicamente necessario per definire la controversia. Esso consta dunque di tutte quelle parti non essenziali della sentenza che, per quando spesso illustrative e molto utili, non hanno fondato la decisione del caso. Per questa ragione, l'*obiter dictum* è sicuramente *persuasive* ma mai *binding*.<sup>286</sup>

Viene da chiedersi perché la *ratio decidendi* dovrebbe essere vincolante mentre l'*obiter dictum* no. Una risposta la prova a fornire il *Chief Justice* Marshall in *Cohen v. Virginia*:

“È una massima da non trascurare che le espressioni generale, in ciascuna *opinion*, debbano essere considerate in connessione con il caso nel quale sono espresse. Se queste vanno oltre il caso, potranno essere rispettate ma non dovrebbero controllare la decisione di un caso successivo dove lo stesso punti sia presentato per

---

<sup>283</sup> U. MATTEI, *Stare decisis*, cit., p. 203.

<sup>284</sup> A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 176.

<sup>285</sup> U. MATTEI, *Stare decisis*, cit., pp. 285-286.

<sup>286</sup> A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 177, U. MATTEI, *Stare decisis*, cit., p. 205.

essere deciso. La ragione di questa massima è ovvia. Il punto di diritto presentato alla Corte è analizzato con cura e considerato in ogni sua implicazione. Gli altri principi che possono servire ad illustrarlo sono considerati in relazione al caso deciso ma le loro possibili implicazioni in tutti gli altri casi sono raramente analizzate fino in fondo.”<sup>287</sup>

È altresì necessario distinguere i concetti di *distinguishing* e di *overruling*.

Il primo, in via di approssimazione, consiste nel riconoscere l'esistenza di un precedente, con la sua *ratio decidendi*, e nel dichiararlo inapplicabile al caso concreto. Si ricorderà che la “ragione della decisione” non è equivalente alla nostra “massima” ma si caratterizza per un legame forte con le circostanze fattuali dalla quale è scaturita. Se queste circostanze fattuali variano, il precedente (pur individuato) verrà “distinto” dal caso oggetto di giudizio, perché troppo dissimile in aspetti fondamentali rispetto alla decisione precedente.<sup>288</sup>

Al contrario del *distinguishing*, l'*overruling* presuppone il superamento netto della regola di diritto enunciata in una precedente decisione. Tale tecnica, dunque, afferma l'erroneità o l'obsolescenza del vecchio precetto e lo sostituisce con uno nuovo. L'*overruling*, dunque, è la negazione dello *stare decisis*, perché se il brocardo latino da cui è presa la locuzione è “*stare decisis et non quieta movere*”, con l'*overruling* si fa l'esatto opposto: si “disturbano” punti di diritto già decisi,

---

<sup>287</sup> *Cohen v. Virginia*, 19 U.S. (6 Wheat.) 264 (1821), pp. 399-400: “*It is a maxim not to be disregarded, that general expressions, in every opinion, are to be taken in connection with the case in which those expressions are used. If they go beyond the case, they may be respected, but ought not to control the judgment in a subsequent suit when the very point is presented for decision. The reason of this maxim is obvious. The question actually before the Court is investigated with care, and considered in its full extent. Other principles which may serve to illustrate it, are considered \*400 in their relation to the case decided, but their possible bearing on all other cases is seldom completely investigated.*”

<sup>288</sup> A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 177, U. MATTEI, *Stare decisis*, cit., p. 213.

dichiarandoli superati e non più vincolanti.<sup>289</sup> È stato correttamente osservato che la contrapposizione fra i due, lungi dall'essere patologica, è al contrario rientrante nella fisiologia di sistema: lo *stare decisis* assicura la certezza mentre l'*overruling* garantisce l'evoluzione del diritto. Il nodo interpretativo da sciogliere riguarderà poi in che misura contemperare l'uno e l'altro.<sup>290</sup> Tuttavia, è altresì molto importante tenere i due concettualmente separati: l'*overruling* presuppone l'esistenza dello *stare decisis*. Quest'ultimo ha ben precise ragioni che giustificano la sua esistenza, mentre il primo (nel *framework* di un vincolo del precedente già esistente) dovrà essere effettuato in presenza di certe altre ragioni.<sup>291</sup>

In teoria, ovviamente, la distinzione è chiarissima ma in pratica si può assistere a *distinguishing* che sono solo stratagemmi per “salvare le apparenze”. Infatti i giudici, abili esegeti, spesso trovano differenze fra casi difficilmente “distinguibili” così da mantenere in vita formalmente il vecchio precedente, pur superato nella pratica. Ad ulteriore conseguenza di ciò, nei *case books* non si trovano solo decisioni nel pieno del loro vigore di precedenti, ma anche tanti *cases* per i quali è difficile dire se siano o meno *good law* o *bad law*. Ciò a cagione del fatto che un precedente può essere stato oggetto di tanti e poco convincenti *distinguishing* da aver perso la sua forza, come un edificio privato delle sue fondamenta, in procinto di collassare su sé stesso.

---

<sup>289</sup> A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 177.

<sup>290</sup> S.J. BURTON, *The Conflict Between Stare Decisis and Overruling in Constitutional Adjudication*, in *Cardozo Law Review*, vol. 35 (2013-2014), 1687, p. 1688.

<sup>291</sup> J. WALDRON, *Stare Decisis*, cit., pp. 5-6.

### **3.4.2. *Stare decisis* verticale e orizzontale: in particolare, la diversa conformazione del vincolo nelle corti statunitensi.**

In ogni caso, negli Stati Uniti il potere di superare i propri precedenti è riconosciuto a tutte le corti di ultima istanza. Più difficile stabilire con esattezza quando sia consigliabile effettuare un *overruling*: di certo, se il precedente è palesemente in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento o nettamente obsoleto, l'*overruling* dovrebbe essere una necessità. Nel coacervo di casi che si situano nella "zona grigia" fra questo primo caso e il *precedent* pienamente applicabile, la risposta è molto difficile e, in ogni caso, dipendente dalla discrezionalità della corte.<sup>292</sup>

Chiariti i concetti di *holding* e di *obiter dictum* e la differenza fra *distinguishing* e *overruling*, occorre illustrare come il vincolo del precedente si divida in vincolo verticale e vincolo orizzontale.

Il primo presuppone un sistema di corti verticistico. Le corti inferiori sono, in tale sistema, obbligate dal vincolo verticale a rispettare le decisioni delle corti superiori. Il secondo invece è distinguibile in due sottocategorie: la prima implica che una corte deve rispettare le decisioni delle altre corti situate al suo stesso grado; la seconda implica invece la necessità per la corte di rispettare le sue stesse decisioni precedenti. Negli Stati Uniti, la situazione è complicata da un doppio ordine di ragioni. Infatti, per cominciare, la giurisdizione statale è distinta da quella federale, con notevoli punti di contatto fra le due. Inoltre, è bene ricordare che esistono 50 giurisdizioni statali diverse, il che porta all'attenzione il tema della efficacia delle decisioni emesse da corti, superiori o pari ordinate, di altri Stati.

---

<sup>292</sup> U. MATTEI, *Stare decisis*, cit., p. 214-220.

Quel che è certo è che all'interno della medesima giurisdizione, esiste un vincolo verticale rigido: le corti superiori vincolano le corti inferiori. Nelle giurisdizioni "parallele" (es. New York e Connecticut), tali decisioni saranno *persuasive* ma non *binding*. Sul vincolo orizzontale, gli approdi non sono altrettanto sicuri ma l'esistenza di un potere di *overruling*, di cui si parlerà, dai contorni sfumati rende la sicurezza di tale obbligo altrettanto incerta.<sup>293</sup>

### **3.4.3. *Stare decisis* e corti inferiori: in particolare, le *Courts of Appeals* e le *District Courts* federali.**

Si è già anticipato che, come logico in un sistema gerarchico di corti, se lo *stare decisis* ha un significato minimo, questo è il rispetto della sua portata verticale: detto in modo conciso, la corte inferiore deve seguire il precedente sul punto della corte superiore, pena una lesione sostanziale della certezza del diritto. L'assunto non è, allo stato, seriamente contestabile negli Stati Uniti anche se vi sono stati lodevoli sforzi di discutere e "puntellare" scientificamente questo dogma apparentemente non bisogno di alcuna giustificazione.<sup>294</sup>

Vi è tuttavia un'angusta "possibilità di fuga" per la *lower court*. Si vuole con ciò fare riferimento al concetto di *anticipatory overruling*<sup>295</sup>. Nella maggioranza dei casi, infatti, la pura "ribellione" al precedente vincolante del giudice sovraordinato è futile, in quanto, in grado di appello, la decisione del giudice inferiore verrà semplicemente *reversed*. Così non è nel caso in esame: una corte che ritenga, con

---

<sup>293</sup> U. MATTEI, *Stare decisis*, cit., p. 277.

<sup>294</sup> Conclude per la bontà dell'esistenza di un vincolo verticale, pur dopo una puntuale e nient'affatto scontata discussione, E.H. CAMINKER, *Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents?*, in *Stanford Law Review*, vol. 46 (1994), 817, pp. 873-874.

<sup>295</sup> A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 181.

ragionevole grado di certezza, in base ad un'analisi delle decisioni del giudice superiore (comprese le *dissenting opinion*), che tale corte non seguirà più il precedente fino ad allora vincolante, può decidere di non applicarlo “anticipando” il futuro *overruling*<sup>296</sup>. La pratica non era esplicitamente avallata dalla Corte Suprema (che, se l'avesse autorizzata, avrebbe dato la stura a “evasioni” troppo facili dai vincoli precedentiiali) ma, almeno fino al 1989, era tollerata.<sup>297</sup>

Tuttavia, nel caso *Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express Inc.*<sup>298</sup>, il massimo giudice federale ha notevolmente “ristretto le maglie” per l'utilizzo della tecnica dell'*anticipatory overruling*, invitando le corti inferiori, pur in presenza di forti dubbi sulla validità del precedente, a seguirlo, lasciando alla corte superiore il controllo della validità precedenteiale delle sue decisioni.<sup>299</sup> Quel che è certo, a maggior ragione dopo il caso *Rodriguez* è che l'incidenza dell'istituto, pur nel suo interesse ai fini della definizione dei contorni dello *stare decisis*, non è sicuramente tale da inficiare la forza del vincolo verticale, tuttora punto fermo del sistema statunitense di *stare decisis*.<sup>300</sup> La conclusione deriva dal fatto che, all'esito di una recente analisi che invoca l'*overruling* di *Rodriguez*, sembra emergere che le corti inferiori continuano, in una certa misura, ad esercitare l'*anticipatory overruling*, confermando la flessibilità del vincolo del precedente nel sistema americano: un

---

<sup>296</sup> Le ragioni della decisione di non seguire il precedente sono simili a quelle che si vedranno nel successivo paragrafo in tema di *stare decisis* orizzontale nella Corte Suprema in casi di *statutory interpretation*: obsolescenza, assenza di un giustificato affidamento dei consociati e progressiva erosione ad opera di altre decisioni successive.

<sup>297</sup> U. MATTEI, *Stare decisis*, cit., pp. 300-302.

<sup>298</sup> *Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express Inc.*, 490 U.S. 477 (1989).

<sup>299</sup> C.S. BRADFORD, *Following Dead Precedent: The Supreme Court's Ill-advised Rejection of Anticipatory Overruling*, in *Fordham Law Review*, vol. 59 (1990), 39, pp. 39-41.

<sup>300</sup> U. MATTEI, *Stare decisis*, cit., pp. 300-302.

precedente, sentito come “non solido” o “impraticabile”, viene eluso nei limiti del possibile.<sup>301</sup>

Al di là dell'*anticipatory overruling*, che riguarda il vincolo in senso verticale, nella discussione dello *stare decisis* orizzontale si presenta interessante il caso delle *Court of Appeals* federali che, come visto nel primo capitolo, sono divise in diversi *Circuits*. Ciascuna di queste corti (salvo forse la corte d'appello per il *Seventh Circuit*) si caratterizza per l'esistenza di un peculiare vincolo al rispetto dei propri precedenti e tale vincolo è sorprendentemente piuttosto intenso. La sorpresa deriva dalla storia dello *stare decisis* negli Stati Uniti, dove il vincolo orizzontale del precedente non ha mai avuto grande fortuna.

I giudici di ciascuna corte d'appello federale sono numerosi e giudicano tipicamente in collegi di tre componenti. Altresì, in epoca moderna, per fronteggiare quella che è stata definita efficacemente come “la marea montante dei precedenti”<sup>302</sup>, si è sviluppata nella giurisprudenza statunitense la tendenza a “selezionare” quali decisioni pubblicare, attribuendo loro forza di precedente, e quali no.

Orbene, la pronuncia di un qualsiasi collegio di una certa corte d'appello federale su un punto di diritto, contenuta in una decisione pubblicata, vincolerà in senso orizzontale tutti i successivi *panel* di quella corte d'appello, che non potranno discostarsene, salvo revisione del *plenum* (c.d. revisione *en banc*) o della Corte Suprema federale.<sup>303</sup> Le ragioni sono probabilmente da rintracciarsi nell'aumento del

---

<sup>301</sup> B.S. SHANNON, *Overruled by Implication*, in *Seattle University Law Review*, vol. 33 (2009), 151, p. 190. La ragione della persistente vitalità dell'*anticipatory overruling* risiede, fra l'altro, nel fatto che il passaggio del caso *Rodriguez* in cui si stigmatizza l'utilizzo di questa tecnica predittiva sarebbe un *obiter dictum*, quindi a stretto rigore non vincolante sulle altre corti, pur essendo tuttavia una forte indicazione di *policy*.

<sup>302</sup> U. MATTEI, *Stare decisis, cit., passim*.

<sup>303</sup> Si veda ad esempio il caso *Hinchman v. Moore*, 312 F.3d 198 (6th Cir. 2002), p. 203. La consolidazione della regola è avvenuta progressivamente negli anni '60 e '70 del XX secolo.

numero di decisioni e di giudici, il che minacciava di far scoppiare pericolosi contrasti sincronici, ma anche nella stessa consuetudine di distinguere fra decisioni *published* e *unpublished*.<sup>304</sup> Anche in questo caso, dunque, emerge lo spirito pratico tipico degli ordinamenti di *common law* e il rifiuto di qualsiasi petizione di principio<sup>305</sup>: anche un'idea bistrattata oltreoceano come lo *stare decisis* orizzontale è stata, senza troppi indugi, “ripescata” quando i tempi lo hanno richiesto.

L'esistenza di un vincolo orizzontale forte per quanto riguarda la *law of the circuit* favorisce i valori tradizionalmente protetti dallo *stare decisis*. Oltre agli aspetti di *judicial economy* e *appearance of justice*, visti in apertura del presente paragrafo, è necessario notare gli effetti benefici in punto di prevedibilità e uguaglianza.

*In primis*, il punto di diritto così deciso è ragionevolmente molto stabile e potrà essere modificato solo dalla Corte Suprema federale (che “concede” solo 90 ricorsi all'anno) o dalla corte d'appello *en banc*. Di conseguenza, la prevedibilità del diritto è rinforzata in modo notevole.<sup>306</sup>

In secondo luogo, viene anche assicurato il rispetto della parità di trattamento. Un *panel* della medesima corte sarà inflessibilmente costretto ad applicare la medesima regola in situazioni simili e, se si escludono “vie di fuga” poco nobili come certi *distinguishing* troppo forzati, non avrà margine di scelta.<sup>307</sup>

Invece, le corti federali di primo grado (*District Courts*), subordinate alle *Court of Appeals*, non si sentono generalmente vincolate in senso orizzontale, né nei

---

<sup>304</sup> J.W. MEAD, *Stare Decisis*, cit., pp. 794-796. Altra eccezione alla vincolatività di questa *law of the Circuit* è il caso in cui una *higher authority* abbia dichiarato la decisione del *panel* come errata o superata. In questo caso, i successivi collegi saranno liberi di superare la pronuncia del primo collegio.

<sup>305</sup> A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., pp. 183-184.

<sup>306</sup> J.W. MEAD, *Stare Decisis*, cit., pp. 811-812.

<sup>307</sup> J.W. MEAD, *Stare Decisis*, cit., pp. 811-812.

confronti delle decisioni passate delle corti pari ordinate del medesimo distretto, né dalle proprie sentenze precedenti. In quest'ultimo caso, pur non sentendosi assoggettate all'obbligo, sicuramente tenderanno a seguire, com'è quasi naturale, una linea interpretativa uniforme. Le ragioni di tale impostazione sono molteplici ma, se si tiene presente che una decisione assume valore precedenziale solo se pubblicata e che le sentenze delle *District Courts* raramente lo sono, è facile concludere che una di queste ragioni è la mancata pubblicazione. Di conseguenza, non esiste neppure una seppur auspicabile *law of the district* (opposta alla rigida *law of the circuit* in vigore nelle corti di secondo grado). Non è mancato chi in dottrina ha auspicato l'estensione del meccanismo presente nelle corti d'appello alle corti di primo grado. Tale sistema, infatti, garantirebbe un'applicazione maggiormente uniforme del diritto e non potrebbe che essere visto con favore dal punto di vista della certezza. Allo stato, tuttavia, ostano all'adozione di tale soluzione molte difficoltà di ordine teorico e pratico (come, per l'appunto, la mancata pubblicazione delle decisioni di questi giudici).<sup>308</sup>

#### **3.4.4. *Stare decisis* e Corte Suprema federale.**

Occorre ora passare all'illustrazione del vincolo del precedente nella Corte Suprema federale. Tale corte è posta al vertice della giurisdizione federale e svolge, oltre che il ruolo di arbitro ultimo in tema di *federal law*, anche la funzione di giudice costituzionale, pur nell'ambito di un sistema a controllo diffuso: di conseguenza, non esiste una corte ad essa "parallela" e si parlerà solo di *stare decisis* orizzontale relativo ai propri precedenti.

---

<sup>308</sup> J.W. MEAD, *Stare Decisis, cit.*, pp. 809-817

In tema di interpretazione della Costituzione e *stare decisis*, la citazione classica è del giudice Brandeis in *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*:

“Stare decisis non è, a differenza della regola che impone il rispetto del giudicato, un obbligo universale inesorabile. ‘La regola dello stare decisis, anche se, di solito, tende al raggiungimento della coerenza e dell’uniformità, non è inflessibile. È interamente nella discrezione della corte decidere se seguirla o meno, nel momento in cui riconsidera una questione già decisa.’ [...] Stare decisis è solitamente la scelta più saggia, perché nella maggior parte dei casi è più importante che il principio di diritto sia stabile piuttosto che correttamente stabilito. [...] Ciò è vero anche quando l’errore sia causa di grande preoccupazione, dato che può essere corretto per via legislativa. Però, nei casi riguardanti la Costituzione federale, che non possono di fatto essere corretti dal legislatore, questa corte ha spesso respinto i propri precedenti. [...] [In questi casi] la posizione di questa corte è diversa da quella della più alta corte d’Inghilterra, dove lo *stare decisis* venne formulato e rigidamente applicato in ogni categoria di casi. Il Parlamento è libero di correggere ogni errore giudiziale; e il rimedio può essere richiesto con prontezza.”<sup>309</sup>

---

<sup>309</sup> *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393 (1931), *dissenting opinion* di J. BRANDEIS, pp. 405-410: “*Stare decisis* is not, like the rule of *res judicata*, universal inexorable command. ‘The rule of *stare decisis*, though one tending to consistency and uniformity of decision, is not inflexible. Whether it shall be followed or departed from is a question entirely within the discretion of the court, which is again called upon to consider a question once decided.’ [...] *Stare decisis* is usually the wise policy, because in most matters it is more important that the applicable rule of law be settled than that it be settled right. [...] This is commonly true even where the error is a matter of serious concern, provided correction can be had by legislation. But in cases involving the Federal Constitution, where correction through legislative action is practically impossible, this court has often overruled its earlier decisions. [...] In cases involving the Federal Constitution the position of this court is unlike that of the highest court of England, where the policy of *stare decisis* was formulated and is strictly applied to all classes of cases. Parliament is free to correct any judicial error; and the remedy may be promptly invoked.”

È difficile trovarsi in disaccordo con le sagge parole dell'illustre giurista. La Costituzione statunitense è davvero “rigida”, in quanto la procedura di emendamento è estremamente gravosa. In 227 anni di storia, la carta fondamentale è stata emendata solo ventisette volte, ma se si considera che, ad esempio, il c.d. *Bill of Rights* (nome collettivo dato ai primi dieci di questi emendamenti) fu promulgato in un'unica soluzione, la frequenza delle modifiche cala drasticamente. Di conseguenza, non sarebbe ragionevole pensare ad un vincolo orizzontale del precedente nella Corte Suprema, per quanto riguarda la *constitutional adjudication*. Tuttavia, pur non essendo “rigido”, non vi è chi non ritenga che un qualche vincolo esista.

Occorre poi riportare un'interessante opinione per la quale, nei casi di *constitutional adjudication*, il vincolo del precedente sarebbe addirittura incostituzionale. Se infatti la Corte ha l'obbligo di dichiarare incostituzionale uno *statute* per contrasto con la Costituzione, lo stesso risultato dovrebbe seguire se il contrasto fosse con una decisione precedente che “interpreta” con forza di legge la carta costituzionale. In una parola, se il massimo giudice federale, riesaminando il proprio precedente, concludesse per la sua erroneità, avrebbe l'obbligo costituzionale di *non* seguirlo. In via di ulteriore conseguenza, un precedente che non viene seguito solo perché sbagliato non merita neppure il nome di precedente.<sup>310</sup>

Al di là di queste suggestive teorie, va ricordato che, qualche anno dopo le parole di *Justice Brandeis* sopra riportate, la massima corte federale, nel famoso caso *Planned Parenthood of Pennsylvania v. Casey*<sup>311</sup> (riguardante il diritto all'aborto) definiva lo *stare decisis* nei confronti delle proprie decisioni non come un *inexorable*

---

<sup>310</sup> Si veda nella sua interezza il lavoro di G. LAWSON, *The Constitutional Case Against Precedent*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 17 (1994), 23.

<sup>311</sup> *Planned Parenthood of Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

*command* (ripetendo le parole di Brandeis nel caso *Burnet*) ma un procedimento d'analisi dei casi passati "prudenziale e pragmatico", informato ai criteri di "pratica utilizzabilità" della regola precedenziale e alla valutazione di quel particolare "affidamento che darebbe alle conseguenze dell'*overruling* una speciale durezza e che aggiungerebbe l'iniquità al costo del ripudio [della regola]". Inoltre, occorre secondo la Corte considerare se i principi di diritto appartenenti alla medesima materia "si siano tanto sviluppati da aver fatto della vecchia regola niente più che un relitto di una teoria abbandonata" e se "i fatti siano così cambiati o visti oggi in maniera tanto diversa da sottrarre al vecchio principio ogni applicazione sostanziale o giustificazione".<sup>312</sup>

Per comprendere l'utilizzo dei criteri di cui sopra, si pongano a confronto il già citato caso *Planned Parenthood con Lawrence v. Texas*<sup>313</sup>, nel quale la suprema corte federale ha dichiarato incostituzionali le numerose fattispecie statali di *deviate sexual intercourse* (atti sessuali "contro natura"), compiendo un esplicito *overruling* di *Bowers v. Hardwick*<sup>314</sup>. In *Lawrence* si decideva di superare il principio stabilito in *Bowers* perché non vi era alcun problema di affidamento, la regola di diritto era diventata "inutilizzabile" e il cambiamento radicale delle circostanze e la stessa giurisprudenza, col tempo, avevano svuotato la medesima regola della sua *ratio*.<sup>315</sup>

Al contrario, la stessa analisi compiuta in *Planned Parenthood* portava a conclusioni

---

<sup>312</sup> *Planned Parenthood of Pennsylvania v. Casey, cit.*, pp. 854-855. Si tenga però presente che, all'interno della stessa Corte non tutti i *Justices* approcciano il problema nello stesso modo: in particolare, si distingue tra *mistake approach*, *prudential approach* e "*special justification*" *approach* (rispettivamente, il precedente andrebbe cambiato in caso sia errato, oppure all'esito dell'analisi di alcuni fattori – come nell'esempio nel testo – oppure in presenza di una speciale giustificazione, il che però assomiglia molto al secondo approccio). La distinzione è di S.J. BURTON, *The Conflict, cit.*, pp. 1690-1695.

<sup>313</sup> *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

<sup>314</sup> *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

<sup>315</sup> Le considerazioni sono di M.N.S. SELLERS, *The doctrine of precedent, cit.*, pp. 82-83.

opposte e, di conseguenza, la corte decideva di confermare l'*holding* di *Roe v. Wade*<sup>316</sup>.

Se invece, anziché un caso di *constitutional adjudication*, il caso di fronte alla Corte Suprema è uno di *statutory interpretation*, serve maggiore cautela e il vincolo *stare decisis* si fa più intenso. Le ragioni sono abbastanza intuitive (si veda l'enunciato del caso *Burnet*): se l'errore nella decisione fosse davvero intollerabile, il legislatore potrebbe semplicemente cambiare la legge, superando la decisione della corte. Il massimo giudice federale, nel caso *Patterson v. McLean Credit Union*<sup>317</sup> ha fornito indicazioni utili in tema di *statutory overruling*, indicando che tali precedenti andrebbero superati solo se l'evoluzione giurisprudenziale successiva li ha privati della loro validità concettuale oppure li ha resi incompatibili con altre posizioni interpretative; inoltre, occorre considerare se tali decisioni, col tempo, siano diventate più dannose che beneficali, a causa della loro pratica inapplicabilità, oppure se, al vaglio dell'esperienza, si siano dimostrate contrarie al senso di giustizia o di benessere sociale.<sup>318</sup>

In proposito, di particolare interesse per la presente indagine che ha sullo sfondo il *fil rouge* della certezza del diritto, è una interessante proposta per limitare la discrezionalità della Corte nell'utilizzo del potere di *overruling*. Tale costruzione, che in fondo è una variante più articolata dell'analisi fattoriale oggi impiegata dalla *Supreme Court*, consiste in una doppia valutazione dove il primo livello consiste nell'analisi della persistente validità del precedente tramite un confronto con i valori della *rule of law*: se il precedente pone in pericolo questi valori si potrà considerare il

---

<sup>316</sup> *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

<sup>317</sup> *Patterson v. McLean Credit Union*, 491 U.S. 164 (1989).

<sup>318</sup> Ben sintetizza la posizione della Corte Suprema M.N.S. SELLERS, *The doctrine of precedent, cit.*, p. 85.

suo superamento. Fra questi, spicca al primo posto l'elemento della “*notice and predictability*” che, ai nostri fini, è di primaria importanza, in quanto di fatto costituisce il nocciolo stesso del concetto di certezza del diritto. In conclusione, la tesi sommariamente esposta ha il pregio di agganciare lo *stare decisis* alla *rule of law*, che in un certo senso richiederebbe la presenza di un vincolo del precedente nel sistema, mentre dall'altro di dare primario risalto, nel più ampio schema d'analisi, ai valori della conoscibilità e prevedibilità del diritto.<sup>319</sup>

Più in generale, avviandoci alla conclusione del presente paragrafo, non si può non smorzare gli entusiasmi riguardo alla possibilità di fissare, una volta per tutte, la regola che la *Supreme Court* seguirà nel decidere se effettuare un *overruling*, il che equivale a misurare la forza del vincolo orizzontale nell'autorevole corte. Nella perenne dialettica che vede opposti sostenitori del superamento vincolo se il precedente è “erroneo” e alfieri dello scavalco del medesimo solo in presenza di una *special justification*, non è forse possibile individuare un vincitore o una anche solo una posizione definitiva. Tutto ciò che è auspicabile è un dialogo aperto e pubblico sulle ragioni dell'una e dell'altra impostazione nelle cesellate *opinion* del massimo giudice.<sup>320</sup>

Considerato ciò e per concludere sullo *stare decisis* orizzontale nella massima corte federale, si ritiene opportuno rifarsi alle conclusioni riportate in una dettagliata opera interamente dedicata al tema del vincolo del precedente nel sistema statunitense.<sup>321</sup> Ad un vaglio aggiornato dei dati ivi riportati<sup>322</sup>, si ritiene di

---

<sup>319</sup> S.J. BURTON, *The Conflict*, cit., pp. 1703-1704. Superato il primo filtro, l'operazione di *overruling* dovrebbe avvenire solo se sia possibile un'alternativa migliore e se il precedente sia, in effetti, errato.

<sup>320</sup> Così conclude M.J. GERHARDT, *The Role of Precedent in Constitutional Decisionmaking and Theory*, in *George Washington Law Review*, vol. 60 (1991-1992), 68

<sup>321</sup> Il riferimento è al citato U. MATTEI, *Stare decisis*, cit., p. 292.

concordare pienamente con l'analisi svolta: *in primis*, l'*overruling* rientra sicuramente nei poteri della massima corte federale ma si ritiene debba essere *principled*, cioè basato su una solida giustificazione (pur con la consapevolezza che tale posizione non può essere ritenuta definitivamente adottata); in secondo luogo, nella distinzione fra *constitutional cases* e *statutory cases* vale la regola del caso *Burnet* per la quale il potere di *overruling* è massimo nel primo caso ma scema nel secondo, data la disponibilità di mezzi di correzione legislativi; poi, anche nei casi più recenti, i giudici che si trovano a scrivere in *dissent* spesso si rifanno alla “retorica” del precedente per contestare un *overruling* o un *distinguishing* poco convincente della maggioranza della Corte; infine, la Corte non ha dubbi sul vigore dello *stare decisis* verticale, ritenendo le corti inferiori strettamente vincolate alle sue decisioni. A conclusione, si tenga presente anche la divisione *ratione materiae* fra le diverse decisioni: il vincolo del precedente si irrigidisce notevolmente nel caso si decida di contratti, proprietà o libertà civili, che sono aree che, quasi per loro natura, vedono l'affidamento dei consociati assoluto protagonista, il che porta a un notevole aumento del “costo sociale” dell'*overruling*.<sup>323</sup>

---

<sup>322</sup> L'Autore appena citato riportava, a pag. 292, nota 40, all'esito di una ricerca Westlaw per il decennio 1978-1988, 106 casi nei quali la Corte Suprema aveva discusso del tema *stare decisis* e *overruling*. I dati sono sostanzialmente confermati per i decenni successivi: 89 casi nel decennio 1988-1998, 98 nel decennio 1998-2008 e, nei sette anni da allora trascorsi, si contano già 59 casi (dato aggiornato al 3 agosto 2014).

<sup>323</sup> M.N.S. SELLERS, *The doctrine of precedent*, cit., p. 88.

### 3.4.5. Il controllo degli effetti del superamento del precedente: il *prospective overruling*.

Un istituto caratteristico dello *stare decisis* statunitense è il *prospective overruling*.<sup>324</sup> Tale tecnica di applicazione dell'*overruling* consiste superamento della regola giuridica precedente con effetti *pro futuro*. Di conseguenza, nel caso in cui si effettua l'*overruling*, si applicherà il principio superato, predisponendo al contempo che, nei casi futuri (*rectius*, nei casi i cui fatti avranno luogo dopo il mutamento giurisprudenziale), si applicherà la nuova regola.

La categoria di riferimento per comprendere l'utilità dello strumento in parola è quella degli effetti dell'*overruling*. La decisione precedente che interpreta un punto di diritto è legge, cioè detta la regola di condotta per i consociati. Questi hanno il dovere di conoscere la legge, come dimostra il principio *ignorantia legis non excusat*. Ovviamente, la padronanza delle regole di condotta è possibile solo se tali regole sono, come minimo, conoscibili. All'interno delle norme non conoscibili e quindi incapaci di guidare le azioni degli individui vi sono sicuramente quelle regole che non esistevano al momento del fatto. Se, al momento della decisione sulla condotta, la regola che l'aveva guidata viene cambiata tramite l'*overruling*, è chiara l'ingiustizia nel giudicare un'azione pregressa con il metro di una nuova regola che, per forza di cose, era sconosciuta perché inesistente. Per porre rimedio alla situazione, che presuppone l'accettazione, si badi, del ruolo creativo e non solo dichiarativo della giurisprudenza, si è pensato allo strumento del *prospective*

---

<sup>324</sup> Lo definisce così W. FRIEDMANN, *Limits of Judicial Lawmaking and Prospective Overruling*, in *Modern Law Review*, vol. 29 (1966), 593, p. 602. Altresì U. MATTEI, *Stare decisis*, cit., p. 310, lo richiama come tratto caratterizzante il vincolo del precedente statunitense, insieme all'*anticipatory overruling*.

*overruling*, cioè il mutamento giurisprudenziale ad effetti esclusivamente prospettici.<sup>325</sup>

Il *prospective overruling*, in base alle fonti, può considerarsi prodotto della peculiare conformazione che lo *stare decisis* assume al di là dell'Atlantico. Negli Stati Uniti, infatti, il vincolo precedenziale si è assestato su coordinate piuttosto flessibili e si è nel tempo differenziato notevolmente dalle sue origini inglesi. Di qua l'esigenza di sperimentare una tecnica che, data per assodata la possibilità in determinati casi di superare il precedente orizzontale, consentisse di regolarne gli effetti retroattivi.

Ovviamente, nel vigore della teoria dichiarativa della *common law* l'esistenza del *prospective overruling* era semplicemente impossibile. Tuttavia, si ricorderà che il diritto statunitense è in gran parte scritto (nel caso del diritto penale, quasi interamente<sup>326</sup>) per cui il discorso va necessariamente allargato alla *statutory law*. Anche in quest'ultimo caso, l'impiego dello strumento, infatti, presuppone l'accettazione della funzione creativa della giurisprudenza e mira precisamente ad evitare il fenomeno della "retroattività occulta".<sup>327</sup> Tale calibrazione dell'efficacia temporale dell'*overruling* appare particolarmente interessante dove la retroattività può potenzialmente danneggiare la libertà personale dei consociati, come nel caso *Rogers v. Tennessee*<sup>328</sup>. Sul punto, però, si tornerà in dettaglio.

Pur essendo istituto caratteristico del diritto statunitense, ciò non deve far pensare ad un suo utilizzo cospicuo né all'assenza di profili problematici sulla sua pratica

---

<sup>325</sup> O.C. SNYDER, *Retrospective Operation of Overruling Decisions*, in *Illinois Law Review*, vol. 35 (1940-1941), 121, pp. 146-148.

<sup>326</sup> Si veda l'introduzione al presente lavoro per gli opportuni riferimenti agli angusti spazi che rimangono alla *common law* nel diritto penale statunitense.

<sup>327</sup> A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., pp. 181-183.

<sup>328</sup> *Rogers v. Tennessee*, 532 U.S. 451 (2001).

utilizzabilità. Al contrario, il *prospective overruling*, a fronte di un certo successo applicativo, non è utilizzato di frequente negli Stati Uniti in campo penale ed è sottoposto a critiche severe: *nemo propheta in patria*.<sup>329</sup>

I punti discussi dalla dottrina e dalla giurisprudenza in tema sono stati diversi e, come sempre, non è mancata la fantasia. Il più interessante e il più aderente all'oggetto del presente capitolo è quello per il quale la parte della decisione che dispone per il futuro, applicando la regola vecchia al caso di specie ma annunciando che, dal caso successivo, si applicherà la regola nuova, sarebbe in sé stessa non vincolante.

La ragione risulterà immediatamente chiara richiamando a mente il concetto di *ratio decidendi*, visto nei paragrafi precedenti: tale è la parte della decisione che assume valore precedenziale ed è definita come la ragione di diritto, strettamente legata ai fatti del caso, necessaria per la risoluzione della controversia. Dalla sua capacità risolutiva discende il suo valore precedenziale: come autorevolmente dice il *Chief Justice* Marshall (già citato in apertura del presente capitolo): “il punto di diritto presentato alla Corte è analizzato con cura e considerato in ogni sua implicazione. Gli altri principi che possono servire ad illustrarlo sono considerati in relazione al caso deciso ma le loro possibili implicazioni in tutti gli altri casi sono raramente analizzate fino in fondo.”<sup>330</sup>

Quindi, dal momento che tutto ciò che non è necessario alla decisione è *obiter dictum* e che i *dicta* non sono vincolanti per le ragioni appena esposte, ne discende

---

<sup>329</sup> A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 182, 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 *Il Foro italiano*, 1990, fasc. 2, 415.

<sup>330</sup> *Cohen v. Virginia*, 19 U.S. (6 Wheat.) 264 (1821), pp. 399-400: “*The question actually before the Court is investigated with care, and considered in its full extent. Other principles which may serve to illustrate it, are considered \*400 in their relation to the case decided, but their possible bearing on all other cases is seldom completely investigated.*”

che la parte “prescrittiva per il solo futuro” sarebbe un *obiter dictum* e, come tale, non vincolante.<sup>331</sup> Una critica, è il caso di dirlo, piuttosto stringente. Tuttavia, può venirci in soccorso la tradizionale flessibilità dello *stare decisis* statunitense: pur non essendo a stretto rigore vincolante, la prescrizione per il futuro, motore del *prospective overruling*, sarà difficilmente ignorata dalle corti successive. Ciò potrebbe essere dovuto al fatto che, perso nel tempo il valore *formale* assoluto delle sentenze come “stella polare” dello *stare decisis* statunitense, era stato trovato, secondo una condivisibile opinione, un sostituto nel valore *sostanziale* delle medesime: così si spiegherebbe il successo, in campo extra penale, di una tecnica che non produce risultati *stricto sensu* vincolanti, come quella in esame.<sup>332</sup>

Dal nostro punto di vista, dunque, il *prospective overruling* si prospetta come la panacea di tutti i mali, perché coniuga le esigenze di tutela dell’affidamento con quelle di evoluzione del diritto. Da un lato infatti, la certezza è assicurata, almeno in via tendenziale, dalla riconfermata affidabilità della regola di condotta, anche in caso di *overruling*. Dall’altro lato, invece, si dà atto della necessità, in certi casi, di mutare indirizzo interpretativo.

All’interno dei casi nei quali sia necessario un “cambiamento di rotta” ve ne sono infatti alcuni in cui il mutamento può essere davvero dannoso, se lo si guarda sotto il punto di vista della *fair notice* intesa come “giusto avvertimento” al consociato delle condotte proibite. In caso di mutamento *in peius*, cosa salverà l’imputato dal vedersi applicata la nuova disciplina? La risposta è almeno duplice<sup>333</sup>,

---

<sup>331</sup> R. VON MOSCHZISKER, *Stare Decisis in Courts of Last Resort*, in *Harvard Law Review*, vol. 37 (1924), 409, pp. 426-427.

<sup>332</sup> U. MATTEI, *Stare decisis*, *cit.*, p. 308.

<sup>333</sup> W.R. LAFAVE, *Substantive Criminal Law*, II ed. 2012, disponibile online sul portale Westlaw, § 2.2(m).

ma di sicuro il metodo più promettente e in armonia sistemica è il *prospective overruling*. Non è un caso, infatti, che nel sistema statunitense, tale particolare tecnica di rottura del vincolo del precedente abbia avuto un notevole successo.<sup>334</sup> Tale popolarità, tuttavia, non si è mai estesa alla *criminal law*, dove si è sempre preferito usare il secondo dei due rimedi menzionati: la *mistake of law defense*, cioè l'errore di diritto scusabile, che però ha il difetto di essere, in un certo senso, solo una "rete di sicurezza" per evitare all'ultimo dolorose "cadute", oltre al fatto che presuppone un reale affidamento sulla decisione oggetto di *overruling*.

### **3.5. Rapporti tra principio di irretroattività, *stare decisis* e *overruling*.**

Alla fine del precedente capitolo si era rimandata la discussione dei rapporti fra retroattività della legge penale e *overruling*. La divisione del tema della "retroattività occulta", cioè di quella non dovuta ad una modifica legislativa esplicita ma a una nuova interpretazione giurisprudenziale (o di *first impression* oppure ottenuta scardinando i *precedents*) è stata strumentale alla nostra analisi. Il tema, infatti, poteva oggetto di trattazione unitaria ma, per meglio evidenziarne i rapporti con lo *stare decisis*, si è ritenuto opportuno dividerlo fra questo capitolo e quello che lo ha preceduto.

Le conclusioni raggiunte nel paragrafo 2.8.1, 2.8.2 e 2.9 del capitolo II vanno così integralmente richiamate. In particolare, occorre ricordare che il problema di fondo è la compatibilità fra principio del *fair warning* (ricavabile dalla *Due Process* e dalla *Ex Post Facto Clause* della Costituzione federale) ed effetti retroattivi della

---

<sup>334</sup> Per una disamina accurata e completa del tema del *prospective overruling* non si può non rimandare a U. MATTEI, *Stare decisis, cit.*, pp. 309-325.

legge penale. Fra questi effetti, vi sono quelli in qualche misura dissimulati dalla natura giurisprudenziale dell'interpretazione. Sul punto, la conclusione raggiunta (anche se insoddisfacente) può essere pressappoco così riassunta: è costituzionalmente legittimo applicare retroattivamente una “nuova” interpretazione della legge penale purché tale mutamento fosse prevedibile, nel senso di non “inaspettato e indifendibile”. La prevedibilità della variazione esegetica è dunque il livello minimo di *fair warning* richiesto dalla Costituzione per come interpretata dalla *Supreme Court* federale.<sup>335</sup>

Ciò richiamato, il caso in cui la nuova interpretazione sia conseguenza di un *overruling* pone problemi particolari, dato che la presenza di un precedente genera particolari problemi di affidamento.

Infatti, il caso *Rogers v. Tennessee*<sup>336</sup> e il caso *Bouie v. City of Columbia*<sup>337</sup> (nei limiti della sua rimanente forza precedenziale) dettano la regola generale da seguire in caso di *adjudicative retroactivity*, con la quale si vuole intendere sia il caso in cui la base interpretativa di partenza sia il testo di uno *statute*, sia il caso in cui questa sia una decisione avente valore di *precedent*. Fino a che punto, insomma, si può fare affidamento su un decisione antecedente che stabilisca autoritativamente “*what the law is*”?

La risposta non è univoca e, lo si anticipa, la Corte Suprema non ha mai esplicitamente affrontato la questione dei rapporti fra la regola di *Rogers* (o *Bouie*) e il caso di *overruling*. Tuttavia, tenteremo di dare una soluzione con l'aiuto delle fonti e della *case law*.

---

<sup>335</sup> Il caso di riferimento è *Rogers v. Tennessee*, 532 U.S. 451 (2001), in uno con *Bouie v. City of Columbia*, 378 U.S. 347 (1964) che però va ritenuto almeno parzialmente superato.

<sup>336</sup> *Rogers v. Tennessee*, 532 U.S. 451 (2001).

<sup>337</sup> *Bouie v. City of Columbia*, 378 U.S. 347 (1964).

### 3.5.1. Il caso *Marks v. United States*: l'overruling di un precedente della Corte Suprema federale.

Un primo punto fermo è il caso *Marks v. United States* del 1977.<sup>338</sup> Nel caso di specie, gli imputati venivano accusati nel febbraio 1973 del delitto di “*transporting obscene materials in interstate commerce*”, un reato federale. A quel tempo, la linea di discriminazione fra materiale osceno e materiale protetto dalla *freedom of speech* del I Emendamento era tracciata dal caso *Memoirs v. Massachusetts*<sup>339</sup>. Nel giugno 1973, tuttavia, la Corte Suprema decideva il caso *Miller v. California*<sup>340</sup>, che cambiava *in peius* la definizione di “materiale osceno” attraverso un *overruling* abbastanza esplicito della regola del caso *Memoirs*. Nell'ottobre 1973 iniziava il processo agli imputati.

Secondo la Corte Suprema, si trattava di un caso di *adjudicative retroactivity*, in quanto l'applicazione dei più stringenti parametri di valutazione dell'osceno del caso *Miller* minacciava di espandere retroattivamente l'area del penalmente rilevante. Sul punto, scriveva la Corte, i principi da applicare erano quelli del caso *Bouie (Rogers, infatti, non era stato ancora deciso)*, il che significava imporre il rispetto del requisito del *fair warning* di cui alla *Ex Post Facto Clause* (attraverso il meccanismo della *Due Process Clause*) nell'applicazione retroattiva di una nuova interpretazione.<sup>341</sup> Allo stesso tempo, scriveva la Corte, il caso si distingueva da *Bouie* perché quest'ultimo era un caso in cui la condotta punita era definita in modo preciso dallo

---

<sup>338</sup> *Marks v. United States*, 430 U.S. 188 (1977).

<sup>339</sup> *Memoirs v. Massachusetts*, 383 U.S. 413 (1966). Il materiale osceno doveva essere “senza alcun valore sociale che lo riscatti” (“*utterly without redeeming social value*”).

<sup>340</sup> *Miller v. California*, 413 U.S. 15, (1973). Il materiale era osceno se, fra l'altro, “considerato complessivamente, non ha alcun serio valore letterario, artistico, politico, sociale o scientifico” (“*taken as a whole, [it does]not have serious literary, artistic, political, or scientific value*”).

<sup>341</sup> *Marks v. United States, cit.*, pp. 191-192.

*statute* e l'interpretazione novella fornita, in quel caso, dalla corte statale della Sud Carolina privava gli imputati del necessario *fair warning*.

Nel caso in esame, invece, la formulazione dello *statute* era quanto mai ampia<sup>342</sup>: ciò significava che il compito di restringere interpretativamente l'area di penale rilevanza passava alle corti, il che, a sua volta, rendeva i parametri stabiliti nei casi *Memoirs* e *Miller* di estrema importanza per orientare la condotta di chi si fosse voluto avventurare nel “*dicey business*” del commercio di materiale erotico.<sup>343</sup> In una parola, il compito di “reggere il peso” dell'affidamento dei consociati era passato integralmente sulle “spalle” del *precedent*.

Passando ad analizzare il *fair warning*, la Corte affermava che gli imputati non avevano avuto quel “giusto avvertimento” che la loro condotta sarebbe stata giudicata in base ad uno standard diverso e di conseguenza la “*Due Process Clause* impedisce l'applicazione [...] dei parametri annunciati in *Miller v. California*, in quanto questi nuovi criteri potrebbe portare al riconoscimento dell'illiceità di condotte non penalmente rilevanti ai sensi di *Memoirs*.”<sup>344</sup>

Si noti la differenza con *Bouie v. City of Columbia*, descritto nel paragrafo 2.8.1 del capitolo II. Se si considera solo il testo dello *statute* federale che vieta il trasporto di materiale osceno nell'*interstate commerce*, riportato in nota *supra*, i nuovi parametri enunciati nel caso *Miller* non sono affatto *unforeseeable*, dato che la

---

<sup>342</sup> *United States Code*, Titolo 18, § 1465 (versione in vigore nel 1973): “Whoever knowingly transports in interstate or foreign commerce for the purpose of sale or distribution any obscene, lewd, lascivious, or filthy book, pamphlet, picture, film, paper, letter, writing, print, silhouette, drawing, figure, image, cast, phonograph recording, electrical transcription or other article capable of producing sound or any other matter of indecent or immoral character, shall be fined not more than \$5,000 or imprisoned not more than five years, or both.”

<sup>343</sup> *Marks v. United States*, cit., p. 195.

<sup>344</sup> *Marks v. United States*, cit., p. 196: “*Due Process Clause* precludes the application [...] of the standards announced in *Miller v. California*, to the extent that those standards may impose criminal liability for conduct not punishable under *Memoirs*.”

formulazione testuale è molto ampia. L'aspetto davvero importante, ai nostri fini, è che *Memoirs* era il *controlling precedent* in tema di definizione di “materiale osceno” e non il *naked text* della fattispecie. *Memoirs* aveva notevolmente contenuto il portato dell'enunciazione testuale ed è a questo precedente che il parametro del *fair warning* va riferito.<sup>345</sup>

Dal caso *Marks*, dunque, si può ragionevolmente ricavare che, quando la Corte Suprema effettua un *overruling* di una propria decisione precedente (*Miller* aveva “cancellato” *Memoirs*), tale decisione, in vigore al momento del fatto, continua ad applicarsi alle condotte avvenute durante il suo vigore, se maggiormente favorevole. Se, per avventura, fosse la nuova decisione ad essere più favorevole, si applicherà però quest'ultima: è possibile argomentare in questo senso a partire dai principi espressi dalla *Ex Post Facto Clause* per come interpretata nel caso *Calder v. Bull*<sup>346</sup> e dal combinato disposto dei casi *Marks* e *Hamling v. United States*.<sup>347</sup> L'assunto è tutto sommato pacifico e dovrebbe aver ragionevolmente valore anche per quanto esposto in tema di interpretazione imprevedibili in assenza di *precedents* al termine del capitolo II.

### **3.5.2. Il caso *United States v. Rodgers*: l'*overruling* di un precedente di una *Court of Appeals* federale.**

Passiamo ora ad analizzare il caso *United States v. Rodgers*<sup>348</sup>, nel quale ad essere oggetto di superamento è il precedente di una corte d'appello federale (da non

---

<sup>345</sup> T.W. MORRISON, *Fair Warning*, *cit.*, pp. 482-483.

<sup>346</sup> *Calder v. Bull*, *cit.*, p. 391: “*But I do not consider any law Ex Post Facto, within the prohibition, that mollifies the rigor of the criminal law, but only those that create, or aggregate, the crime; or increase the punishment, or change the rules of evidence, for the purpose of conviction.*”

<sup>347</sup> *Marks v. United States*, *cit.*, pp. 196-197 e *Hamling v. United States*, 418 U.S. 87 (1974), p. 100.

<sup>348</sup> *United States v. Rodgers*, 466 U.S. 475 (1984).

confondere con il caso *Rogers v. Tennessee*, analizzato al paragrafo 2.8.2 del capitolo II).

L'imputato era accusato del delitto di "dichiarazioni false, fittizie o fraudolenti" per alcune affermazioni fatte al *Federal Bureau of Investigation* (F.B.I.) ai sensi del Titolo 18, *United States Code*, § 1001.<sup>349</sup> Nel primo grado di giudizio, svoltosi in una *District Court* federale del Missouri, l'imputato veniva assolto perché sul punto esisteva un precedente della corte direttamente sovraordinata al primo giudice (la *Court of Appeals of the Eighth Circuit*) che escludeva che le dichiarazioni fatte all'F.B.I. rientrassero nell'ambito del penalmente rilevante. Nello specifico, tale *precedent* stabiliva che la fattispecie non comprendeva le false dichiarazioni che portino ad un'indagine, ma solo quelle fatte nell'ambito di procedimenti amministrativi che portino ad una decisione della pubblica amministrazione (questo era, secondo la corte, il significato di "*within the jurisdiction*" nel testo riportato in nota *supra*).

La *Court of Appeals*, in secondo grado, confermava il proprio precedente, notando però l'esistenza di un contrasto orizzontale sincronico, in quanto altri giudici federali d'appello in altri *circuits* avevano interpretato la fattispecie in modo diverso. Tuttavia, il precedente della corte era, in quella giurisdizione, *law of the circuit* e quindi vincolante.<sup>350</sup>

Di fronte alla Corte Suprema, incaricata fra l'altro di risolvere i contrasti interpretativi tra le corti d'appello subordinate, l'imputato sosteneva che anche

---

<sup>349</sup> *United States Code*, Titolo 18, § 1001 (ver. 1982): "Whoever, in any matter within the jurisdiction of any department or agency of the United States knowingly and willfully falsifies, conceals or covers up by any trick, scheme, or device a material fact, or makes any false, fictitious or fraudulent statements or representations, or makes or uses any false writing or document knowing the same to contain any false, fictitious or fraudulent statement or entry, shall be fined not more than \$10,000 or imprisoned not more than five years, or both."

<sup>350</sup> *United States v. Rodgers*, *cit.*, pp. 476-479.

qualora si fosse risolto il contrasto in senso a lui sfavorevole, egli aveva agito nel vigore del precedente a lui favorevole che, al contrario che negli altri *circuits*, era “legge” nella sua giurisdizione.

La Corte Suprema si “sbarazza” del pur interessante argomento in una sola frase, l’ultima della sentenza: “Qualsiasi rilievo da parte dell’imputato che tenti di contrastare l’applicazione retroattiva della nostra decisione odierna al suo caso è inefficace, e ciò anche se riuscisse a provare di aver fatto affidamento sul caso *Friedman* [il precedente della *Court of Appeals of the Eighth Circuit*]. Ciò a cagione del fatto che l’esistenza di decisioni contrastanti provenienti da altre *Courts of Appeals* rendeva ragionevolmente prevedibile che questa Corte avrebbe rivisitato il punto controverso e che lo avrebbe risolto in senso sfavorevole all’imputato.”<sup>351</sup>

La *Supreme Court*, dunque, ha applicato retroattivamente la nuova regola alla condotta compiuta sotto il vigore del vecchio principio. Il risultato pare esser stato imposto dal fatto che la presenza di contrasti sincronici rendevano lo stato del diritto piuttosto fluido. Tuttavia, si ricordi (paragrafo 3.4.3) che ciò che una corte d’appello federale decide è legge in quella giurisdizione fino a che non intervenga una revisione *en banc* o una presa di posizione contraria della Corte Suprema federale (come nel nostro caso).

Di conseguenza, il portato del caso *United States v. Rodgers* pare essere il seguente: “se a livello di corti d’appello federali esiste un contrasto sull’interpretazione di una fattispecie, una decisione della Corte Suprema che

---

<sup>351</sup> *United States v. Rodgers, cit.*, p. 484: “[A]ny argument by respondent against retroactive application to him of our present decision, even if he could establish reliance upon the earlier *Friedman* decision, would be unavailing since the existence of conflicting cases from other *Courts of Appeals* made review of that issue by this Court and decision against the position of the respondent reasonably foreseeable.”

intervenga successivamente a dirimere tale contrasto può essere applicata retroattivamente all'imputato, anche se sullo specifico punto esisteva una decisione vincolante della *Court of Appeals* della sua giurisdizione e anche se egli aveva fatto specifico affidamento su quella decisione.”<sup>352</sup>

Tuttavia, decisioni successive della stessa Corte fanno pensare che tale principio, di certo non il più esaltante in vista della tutela della certezza del diritto, sia da ritenersi in via di superamento, anche se solo in via predittiva, data la mancanza di una esplicita decisione sul punto.<sup>353</sup>

### **3.5.3. Conclusioni provvisorie: proposte *de iure condendo* in tema di *stare decisis* e *adjudicative retroactivity*.**

Dall'analisi appena svolta, appare evidente come non sempre i precedenti siano completamente “affidabili” per fungere da guida all'agire del corpo sociale. In via generale, è bene subito specificare che i casi in cui il precedente si dimostra punto di partenza “instabile” non sono poi molti.

Le decisioni della Corte Suprema, ad esempio, sono approdi sicuri e, in caso di mutamento giurisprudenziale ad opera della stessa Corte, si dovrebbe continuare ad applicare la regola contenuta nel precedente *overruled* alle condotte avvenute sotto il suo vigore. Il *leading case* sul punto è *Marks v. United States*<sup>354</sup> del 1977, che sembra tuttora essere *good law*. Una potenziale erosione di tale decisione è tuttavia

---

<sup>352</sup> Così T.W. MORRISON, *Fair Warning*, *cit.*, p. 472.

<sup>353</sup> T.W. MORRISON, *Fair Warning*, *cit.*, pp. 485-486. La decisione successiva cui si fa riferimento è il caso *United States v. Lanier*, 520 U.S. 259 (1997) che, pur non decidendo il punto specifico (se lo avesse fatto, avremmo concluso per l'*overruling* di *Rodgers*), sembra indicare una certa propensione al superamento di *Rodgers*. È altresì vero che dal 1997 a oggi le cose, all'interno della Corte Suprema, sono cambiate e cambiati sono gli stessi *Justices* (Rehnquist, Stevens, Souter e O'Connor sono stati sostituiti da Roberts, Kagan, Sotomayor e Alito). Ciò considerato, ogni previsione sarebbe troppo azzardata.

<sup>354</sup> *Marks v. United States*, *cit.*...

avvenuta: il riferimento è al caso *Rogers v. Tennessee*<sup>355</sup>, dove, lo si ricorderà, il massimo giudice federale ha svincolato le corti statunitensi dal “giogo” della *Ex Post Facto Clause*.

La sentenza *Rogers* ha ottenuto questo risultato svuotando dall’interno il proprio precedente *Bouie v. City of Columbia*<sup>356</sup>, pur mantenendolo formalmente *on the books*. Quest’ultimo caso, secondo una condivisibile interpretazione, poteva essere letto come portante il divieto di applicazioni retroattive “occulte” della legge penale (la giurisprudenza non può raggiungere, per via giurisprudenziale, quello che è proibito al parlamento per via legislativa) perché contrastanti con il principio del *fair warning*. Un’interpretazione era da considerarsi *de facto* retroattiva se, con riferimento alla legge (comprensiva di testo e interpretazione giudiziale) esistente al momento della condotta, questa era *unforeseeable*.

*Rogers v. Tennessee*<sup>357</sup> ha riletto la decisione del 1964 in senso restrittivo: sono proibite solo alcuni mutamenti interpretativi retroattivi *in peius*, cioè quei “cambi di direzione” che erano *unforeseeable*. Prima, ciò che doveva essere “prevedibile” era l’*interpretazione data nel caso di specie*: se non lo fosse stata, non poteva essere applicata. Poi, a dover essere “prevedibile” è diventato il *mutamento giurisprudenziale*, che deve essere pronosticato o meno come imminente.

Ciò ricordato, che rimane di *Marks v. United States*<sup>358</sup>? Probabilmente, il caso *Rogers v. Tennessee*<sup>359</sup> ha fatto capire che, specialmente in casi “pesanti” come quello di specie (omicidio di *second degree*) la Corte potrebbe non essere troppo

---

<sup>355</sup> *Rogers v. Tennessee, cit.*

<sup>356</sup> *Bouie v. City of Columbia, cit.*

<sup>357</sup> *Rogers v. Tennessee, cit.*

<sup>358</sup> *Marks v. United States, cit.*

<sup>359</sup> *Rogers v. Tennessee, cit.*

incline a tutelare l'affidamento degli imputati<sup>360</sup>, ma allo stesso tempo va considerato che il caso *Marks* riguarda un affidamento “qualificato”, cioè quello che cade su un precedente vincolante della massima corte statunitense. Di conseguenza, in questo senso maggiormente ristretto, la regola di *Marks* va considerata tuttora valida.

*Marks* soddisfa sicuramente le aspettative di tutela dell'affidabilità dei precedenti, ma non si può dire lo stesso del caso *United States v. Rodgers*<sup>361</sup>, dove la *Supreme Court* ha applicato retroattivamente *in peius* un nuovo principio di diritto stabilito a seguito di *overruling* del precedente della *Court of Appeals* che dettava la regola superata e che era, a tutti gli effetti, “legge” del caso concreto. Ciò era avvenuto apparentemente a causa della presenza di contrasti sincronici fra le diverse corti d'appello federali.

Salvo che intervenga una presa di posizione più in linea con le esigenze di *fair warning* e, quindi, con la garanzia di un diritto certo, stabile e prevedibile, occorre chiedersi che soluzioni si prospettino nel breve periodo?

Una prima possibilità è un ampio utilizzo della *mistake of law defense*<sup>362</sup>. Considerato che il precedente della *Court of Appeals* federale è vincolante con forza di legge nella sua giurisdizione, fino a che non intervenga revisione ad opera del *plenum* o per mano della Corte Suprema, si potrebbe ipotizzare l'utilizzo dell'*error iuris* scusabile, perlomeno nel caso in cui l'imputato abbia fatto reale affidamento sul precedente *overruled*.<sup>363</sup> Ciò consentirebbe di ovviare in modo abbastanza

---

<sup>360</sup> Si veda anche *Metrish v. Lancaster*, 133 S.Ct. 1781 (2013).

<sup>361</sup> *United States v. Rodgers*, *cit.*.

<sup>362</sup> Si veda estensivamente sul punto E. MEESE III, P.J. LARKIN JR., *Reconsidering the Mistake of Law Defense*, in *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 102 (2012), 725.

<sup>363</sup> L'interessante proposta è di T.W. MORRISON, *Fair Warning*, *cit.*, pp. 497-498.

soddisfacente al problema dei contrasti sincronici fra diverse giurisdizioni federali d'appello.

La seconda possibilità è l'utilizzo del *prospective overruling*: al fine di risolvere i contrasti sincronici in modo definitivo, si potrebbe pensare al superamento della regola di diritto precedente con effetti solo *pro futuro*. Tuttavia, la tecnica non pare avere grande fortuna nell'ordinamento penale statunitense<sup>364</sup>, principalmente perché la parte che dispone, in via prospettica, l'*overruling* sarebbe a stretto rigore un *obiter dictum*.<sup>365</sup> Tuttavia, non sono mancate in dottrina critiche condivisibili a questa definizione troppo rigida di *ratio decidendi* (detta anche *holding*): in breve, il concetto di "*holding*" andrebbe definito come tutti quei punti di diritto, toccati nel percorso verso la decisione del caso, che ne supportino la *ratio*; nel nostro caso, si interpreterà lo statuto *in peius*, si analizzerà l'applicabilità della nuova regola all'imputato tenendo presente la *Due Process Clause* e si raggiungerà la conclusione che un *overruling* è necessario ma non può essere applicato al *defendant* del caso di specie.<sup>366</sup> Pur non essendo mai stato impiegato nel senso proposto, tale schema d'analisi viene utilizzato nella diversa area della *qualified immunity* e se ne auspica un'implementazione a tutela del *fair warning* nei casi di *adjudicatory retroactivity*.<sup>367</sup>

Una terza strada per rendere i precedenti federali di livello intermedio maggiormente stabili sarebbe quella di unificare i *Circuits*<sup>368</sup> e di adottare una regola

---

<sup>364</sup> A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 182, 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 *Il Foro italiano*, 1990, fasc. 2, 415.

<sup>365</sup> Si vedano le considerazioni svolte nel paragrafo dedicato al *prospective overruling* nel presente capitolo.

<sup>366</sup> M. DORF, *Dicta and Article III*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 142 (1994), 1997 e T.W. MORRISON, *Fair Warning*, cit., pp. 507-510.

<sup>367</sup> T.W. MORRISON, *Fair Warning*, cit., pp. 486-489.

<sup>368</sup> La proposta è di T.E. BAKER, *Rationing Justice on Appeal: The Problems of the U.S. Courts of Appeal*, Saint Paul, 1994, p. 191.

simile al vincolo orizzontale che vincola oggi ciascuna *Court of Appeals* alle proprie precedenti pronunce (*supra* al paragrafo 3.4.3). Così facendo si renderebbero i precedenti delle corti d'appello degni di affidamento ma, in senso più ampio, si eliminerebbero anche i contrasti sincronici che la Corte Suprema ha tentato di risolvere adottando la regola enunciata nel caso *United States v. Rodgers*<sup>369</sup>.

### **3.6. Conclusioni in tema di *stare decisis* nell'ordinamento statunitense e rapporti con la certezza del diritto.**

In definitiva, dunque, occorre tracciare un bilancio del contributo che il vincolo *stare decisis* dà alla certezza del diritto negli Stati Uniti.

In primo luogo, la sicurezza dello *stare decisis* verticale è verità indiscutibile negli Stati Uniti, forse perché provvista di “sanzione”, che rende esercizio futile per il potenziale giudice “ribelle” il tentativo di liberarsi dal vincolo: la sua decisione contrastante con il precedente della corte superiore verrà inevitabilmente *reversed* da questa stessa istanza sovraordinata. Unica “ribellione” tollerata ma formalmente stigmatizzata dalla Corte Suprema è il caso dell'*anticipatory overruling*. Tale tecnica interpretativa è sicuramente interessante e promuove lo sviluppo del diritto, ma altrettanto vero è che per sua natura si presenta di difficile utilizzo, in quanto ciò che viene chiesto al giudice inferiore è un giudizio predittivo sulla persistente bontà dei vecchi precedenti della corte superiore. Tale analisi è a volte più semplice (si pensi al caso del *precedent* ormai svuotato radicalmente di significato per il completo mutamento sociale intervenuto nel frattempo), altre volte meno ed è, soprattutto, esplicitamente scoraggiata dalla corte di vertice del sistema federale.

---

<sup>369</sup> *United States v. Rodgers, cit.*

Quanto al vincolo orizzontale, l'esistenza della possibilità di *overruling*, non chiarissima nella sua portata pratica, rendono lo *stare decisis* “una obbligazione dai contorni vaghi in capo ad un giudice successivo, volta a prevenire il suo discostarsi da regole giurisprudenziali precedentemente stabilite.”<sup>370</sup>

Sul punto vanno effettuate, come visto, numerose distinzioni. Focalizzandoci sul sistema federale, le corti di distretto di primo livello si distinguono per l'assenza di vincoli orizzontali. Com'è naturale, tali giudici tenderanno a seguire le proprie decisioni precedenti e consulteranno quanto deciso dai propri colleghi situati nella medesima giurisdizione, riservandosi però di seguirli nella loro linea interpretativa solo se la loro giurisprudenza è *persuasive*. Nelle corti d'appello, viceversa, vige un vincolo rigido e il punto di diritto deciso da una composizione di ciascuna corte è vincolante per la medesima nonché all'interno del proprio *circuit*, salvo revisione *en banc* o della Corte Suprema. Tuttavia, data che le *Court of Appeals* sono tredici, si pone spesso il problema dei contrasti sincronici, solitamente risolti dalla Corte Suprema, pur con il limite delle poche decisioni emesse ogni anno da quest'ultimo giudice.

Il discorso è poi diverso proprio in relazione alla *Supreme Court* di Washington. Comprensibilmente, l'analisi dello *stare decisis* orizzontale del massimo giudice è stato oggetto delle maggiori attenzioni della dottrina. Di assolutamente certo c'è poco sul punto, anche perché la *Supreme Court* è l'unica guardiana dei suoi stessi precedenti. Fra i pochi punti saldi, vi è la flessibilità del vincolo che da un lato non è un “*inexorable command*” ma dall'altro non è neppure privo di una qualche rigidità.

---

<sup>370</sup> U. MATTEI, *Stare decisis, cit.*, p. 277.

Nell'ambito della *constitutional adjudication*, la forza precedenziale è al minimo perché, si dice tradizionalmente, il legislatore non ha mezzi prontamente disponibili per cambiare la Costituzione qualora fosse in disaccordo. Allo stesso tempo, però, si faccia attenzione: se, considerati numerosi fattori quali la persistente praticabilità della regola e la tutela di aspettative legittime, oltre che la materia considerata (es. contratti, proprietà, libertà civili), il vincolo può acquistare maggiore rigidità.

Nei casi di *statutory interpretation*, invece, la flessibilità dello *stare decisis* orizzontale nella Corte Suprema perde la sua tradizionale giustificazione: il legislatore federale, qualora in disaccordo con un *precedent* che cada sull'interpretazione di un *federal statute*, può semplicemente emendarlo, superando così la decisione *invisa*.

Mettendo a confronto le considerazioni svolte con l'obiettivo della certezza del diritto, non si può che concludere per l'esistenza di una profonda sinergia fra tale valore e il vincolo *stare decisis* in versione statunitense.

In primo luogo, per quanto di particolare interesse per la nostra analisi, il vincolo del precedente, già da sé tradizionalmente promuove la certezza del diritto, intesa come prevedibilità e stabilità.<sup>371</sup> Inoltre, l'esistenza dello *stare decisis*, enfatizzando l'importanza di un diritto stabile e prevedibile, spinge verso il raggiungimento dell'uguaglianza, intesa come parità di trattamento.

Il vincolo del precedente negli Stati Uniti è però anche dotato di notevole flessibilità, il che permette una salutare evoluzione del diritto attraverso l'interpretazione giurisprudenziale, senza che si rilevino eccessivi contrasti che

---

<sup>371</sup> A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 262, F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova, 1979.

minimo l'obiettivo della certezza. Da questo punto di vista, è fondamentale il ruolo delle corti supreme statali e federale, che sovente concedono il *certiorari* per risolvere gli eventuali contrasti. Allo stesso tempo, la malleabilità del vincolo di *stare decisis* consente di evitare casi di palese ingiustizia, il che è, tradizionalmente, il principale costo del rispetto del vincolo.

Tuttavia, vi sono casi in cui il sistema di vincolatività del precedente potrebbe migliorare e garantire un diritto non tanto stabile quanto maggiormente prevedibile, o perlomeno che non colga spiacevolmente di sorpresa i consociati. Inutile dire che tale esigenza si manifesta soprattutto in campo penale, dove in gioco sono la libertà personale e, talvolta, persino la vita. La giurisprudenza ha elaborato diversi criteri che mirano ad evitare “cambi di direzione” imprevedibili e irragionevoli, con risultati non sempre soddisfacenti. Infatti, se l'uso dell'*overruling* è indispensabile per un sano sviluppo del diritto, non è detto che tale sviluppo debba corrispondere a casi di applicazione sfavorevole e retroattiva della legge penale. Il riferimento è a quei casi in cui al superamento del vincolo del precedente tramite la fissazione di una nuova regola di diritto segue l'immediata applicazione *in peius* di tale regola all'imputato.

Il quadro generale in cui rientrano tali situazioni era stato delineato al termine del capitolo II. In questa sede, si è specificato il grado di “sicurezza” in caso di *overruling* dei precedenti provenienti dalle varie corti. In proposito, grande affidabilità hanno le decisioni della Corte Suprema: in caso di *overruling*, si continuerà ad applicare la vecchia regola se più favorevole all'imputato. La certezza del diritto a stento tollererebbe che persino i precedenti dell'autorevolissima Corte fossero così instabili.

Molto meno stabili sono i precedenti delle *Court of Appeals* che, a tacer d'altro, sono “legge” all'interno della loro giurisdizione. In caso di *overruling* della

Corte Suprema a risoluzione di contrasti orizzontali sincronici con altre corti d'appello, non è detto che all'imputato si applichi la vecchia regola, neppure in caso riesca a dimostrare di avervi fatto specifico affidamento.

Sul punto, non può che auspicarsi un uso più largo della tecnica del *prospective overruling* che però negli Stati Uniti, come già detto, incontra ostacoli di ordine pratico nella sua applicazione ma anche una mentalità poco incline ad accogliere dichiarazioni di principio non sottoposte al vaglio dell'*adversarial process*. Poi, da un punto di vista più formale ma strettamente collegato, la parte di una decisione, non necessaria alla risoluzione del caso, che disponesse una regola di diritto diversa solo a partire dai casi successivi sarebbe, a stretto rigore, un *obiter dictum* non vincolante, anche se interessanti opinioni hanno proposto una definizione di *ratio decidendi* più elastica.

In definitiva, il vincolo *stare decisis* è sicuramente sinergico con l'obiettivo della certezza del diritto. Ciò è vero in particolare negli Stati Uniti, dove con notevole spirito pratico si è flessibilizzato questo vincolo per superare le critiche tradizionalmente mosse a sistemi ad obbligo troppo rigido. Allo stesso tempo, a un'analisi attenta, si è scoperta qualche tensione con il principio di certezza (coincidente in larga parte con quello che oltreoceano viene chiamato *fair notice*) quando il vincolo *stare decisis* cade. Sul punto, la dottrina si è spesa con profitto e ha elaborato molte soluzioni convincenti: spetta poi alla giurisprudenza risolvere la tensione garantendo la massima prevedibilità delle norme di condotta quando il vincolo del precedente viene a cadere.

## 4. Conclusioni.

Al termine di questa indagine, non si può che cercare di tessere in un ordito coerente le molte considerazioni svolte in merito alla certezza nel diritto penale statunitense.

Si ricorderà dall'introduzione che fra gli aspetti più interessanti dello studio che ci si apprestava a svolgere era quello di poter vedere da vicino l'azione di un sistema ibrido come quello statunitense. Tale ordinamento, infatti, contempera la propria intima natura di sistema di *common law* con numerose caratteristiche proprie di un sistema di *civil law*. Per fare un esempio, esiste un vincolo del precedente, che tuttavia è molto flessibile e di certo non un "*inexorable command*", com'è invece in altri ordinamenti più tradizionali. Inoltre, le fattispecie penali sono quasi interamente scritte ma l'interpretazione giurisprudenziale è equiparata alla legge. Poi, esiste un principio di determinatezza forte che però esce dagli articoli di dottrina per fondersi con la *law in action*. Infine, il divieto di retroattività della legge penale è dogma indiscusso nell'ambito della *lex scripta* ma da decenni il diritto statunitense fa seriamente i conti con la creatività giurisprudenziale.

Per iniziare, al capitolo I si era analizzata in dettaglio la *void-for-vagueness doctrine*. L'analisi di determinatezza in versione statunitense si era mostrata come un delicato bilanciamento fra innumerevoli fattori. Tale complessità non dovrebbe stupire eccessivamente: se infatti si vuole uno strumento di garanzia della certezza che funzioni nel diritto vivente, questo non potrà che essere complesso com'è complessa la realtà giuridica che vuole dominare. L'articolata *doctrine* è governata dai principi di *fair notice* e di uguaglianza (*prevention of arbitrary or discriminatory enforcement*), implementati attraverso il parametro dell'uomo ragionevole.

La concretezza della *vagueness doctrine* si esprime innanzitutto nel fatto che (salvo casi particolarmente delicati) la fattispecie non si analizza per come scritta *in the books* ma in stretto legame con le circostanze del caso all'esame del giudice. Si noterà una certa consonanza, anche se non un'identità, con il concetto di "sotto-norma" enunciato nella dottrina italiana<sup>372</sup>: in particolare, l'affinità si mostra nel momento in cui viene presa ad oggetto d'analisi, dal punto di vista dell'uomo ragionevole, non la fattispecie astratta ma una "versione" di questa maggiormente concretizzata il cui significato, in un certo senso, è illuminato dalle circostanze.

Da questa prima area tematica, considerati i profili menzionati, giungono, a nostro parere, segnali positivi per la certezza del diritto. Come tutti i dispositivi complessi, la *vagueness doctrine* ha di tanto in tanto qualche guasto meccanico, che però non inficia la sua indubbia utilità nel raggiungimento di un diritto certo, stabile e prevedibile. Le corti infatti, nell'implementazione della *doctrine*, pongono grande attenzione agli aspetti di certezza del diritto e non trascurano di valutare l'idoneità di ciascuna fattispecie a fungere da guida alla condotta dei consociati e nel soppesare quanto le stesse siano in grado di orientare le azioni dei *law enforcement officers*. La *fair notice*, dunque, non si rivolge solo ai cittadini ma, se intesa in senso meno tradizionale, la si può parametrare all'azione del potere pubblico, così fondendo la prevedibilità con l'uguaglianza, che viene lesa quando la legge è applicata in modo arbitrario.

Al capitolo II, invece, si è affrontato il tema del divieto di retroattività. Partiamo dall'applicazione del principio alla *lex scripta*. Sul punto, la *Ex Post Facto Clause* è un approdo sicuro. La giurisprudenza statunitense ha sviscerato la clausola in ogni

---

<sup>372</sup> A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., pp. 166-171.

suo aspetto fin dal risalente caso *Calder v. Bull* del 1798, con risultati che appartengono alle nozioni classiche in tema di retroattività (es. il divieto non osta all'applicazione retroattiva della *lex mitior*).

Per una volta, però, il bilancio del rapporto fra divieto di retroattività e *lex scripta* non è positivo come in altri casi: la giurisprudenza statunitense non ha brillato su materie scottanti come le *sex offender laws*, manipolando la definizione di “sanzione penale” in modo non giuridicamente limpido. Purtroppo, se c'era un settore dell'ordinamento penale in cui serviva un intervento vigoroso era proprio questo. In proposito, infatti, si è presa di mira la categoria forse più odiata dalla *public opinion* e (mascherando pesanti sanzioni penali da misure civili) la si è punita non solo a fatto compiuto ma anche a sanzione detentiva già scontata.

Sul punto, la “caduta” è abbastanza pesante, soprattutto a livello di principio. La vera potenza di una garanzia come il divieto di retroattività poteva risplendere proprio per impedire che il meritato odio del pubblico verso questi soggetti si trasformasse in legge. Sotto questo profilo, si sarebbe evitato un'evidente caso di uso vendicativo della legge, a tutto vantaggio della parità di trattamento. Così non è stato e l'estrema sensibilità delle corti statunitensi alla dimensione sociale delle proprie decisioni ha mostrato il suo “lato oscuro”: neanche l'autorevole *Supreme Court* se l'è sentita di sacrificare leggi tanto popolari sull'altare del principio di irretroattività.

In altri settori dell'area tematica del principio di irretroattività, tuttavia, le aspettative sono state rispettate. Il caso è quello delle *sentencing guidelines*. Queste linee guida erano state inventate per limitare la discrezionalità del giudice in fase di determinazione della pena ma, col succedersi di una prima fase caratterizzata da un loro valore vincolante e da una seconda con effetti di segno opposto, si sono evidenziati profili critici dal punto di vista del rispetto del divieto di retroattività.

In questo caso la giurisprudenza non ha avuto particolari difficoltà a sovrapporre un'analisi di carattere sostanziale a una meramente formale, forse anche per il carattere politicamente più inerte del tema. Preso atto che, nonostante il valore non vincolante delle *guidelines*, queste di fatto influenzavano pesantemente i giudici, la Corte Suprema ha esteso anche alla nuova versione *light* delle linee guida il portato della *Ex Post Facto Clause*.

Nel complesso, dunque, i rapporti fra divieto di retroattività e legge scritta sono in buona misura informati al rispetto della certezza del diritto. I principi seguiti sono sempre la prevedibilità, connaturata al concetto stesso di irretroattività, e la tutela dell'uguaglianza attraverso la preoccupazione di evitare applicazioni arbitrarie della legge. Tuttavia, il bilancio è solo parzialmente positivo: a fronte di un sufficiente grado di tutela generalizzato, nel caso specifico delle *sex offender laws* non si è posto argine sufficiente ad una forma di legislazione patentemente vendicativa.

Passando oltre, occorre chiedersi in che misura sia compatibile con l'obiettivo di certezza del diritto il trattamento riservato a quella particolare area interpretativa nella quale si incrociano il divieto di retroattività e l'attività interpretativa della giurisprudenza. Nel diritto statunitense, questo settore d'analisi è riassunto mirabilmente con il termine di *adjudicative retroactivity*.

Si nota, in primo luogo, che il riconoscimento dell'apporto creativo della giurisprudenza è acquisizione consolidata sia per la dottrina che per le corti stesse. Questo già di per sé aiuta a fronteggiare il problema apertamente, senza nascondersi dietro finzioni sostenibili solo con difficoltà.

Verificato che un'interpretazione *unforeseeable* può creare problemi alla certezza del diritto, inteso come prevedibilità, si assiste ad un orientamento non del tutto chiaro della giurisprudenza. La decisione *Bouie v. City of Columbia*, già nel

1964, aveva esteso *de plano* le garanzie previste per la *lex scripta* al diritto vivente: ciò che è proibito al legislatore dalla *Ex Post Facto Clause* è proibito alla giurisprudenza dalla *Due Process Clause*. Tuttavia, tale lodevole presa di posizione è stata “smontata” da *Rogers v. Tennessee* del 2001, che ha marchiato come *obiter dictum* tale passaggio fondamentale del caso *Bouie*.

Quest’ultima decisione aveva messo al primissimo posto proprio il tanto agognato concetto di prevedibilità, disponendo che le interpretazioni *unforeseeable* sono proibite perché equivalenti ad una modifica retroattiva *in peius* (ferma restando la libera retroattività delle decisioni *pro reo*). *Rogers* non ha del tutto scardinato tale principio, ma lo ha modificato nella sua portata, disponendo che certi *mutamenti interpretativi* sono applicabili retroattivamente, purché prevedibili. I due casi, dunque, parlano l’uno di un caso di *first impression* mentre l’altro di *mutamento giurisprudenziale*. Quindi, per “salvare” *Bouie* innalzando di nuovo l’“interpretazione prevedibile” a pietra di paragone del rispetto della *fair notice*, rimane solo la strada del *distinguishing*, che però pare molto accidentata, date le considerazioni già svolte.

In definitiva, pur riconoscendo il ruolo creativo della giurisprudenza e i potenziali problemi di prevedibilità che ne derivano, tale illuminato riconoscimento non è stato portato alle sue conseguenze logiche, il che avrebbero garantito una maggior tutela della certezza del diritto, declinata questa volta in prevedibilità interpretativa. Tuttavia, ancora una volta, il bilancio è parzialmente positivo: la *foreseeability* è tutelata, perlomeno se viene riferita al mutamento giurisprudenziale e non alla formulazione testuale della norma, ma è lecito aspettarsi di più.

Un settore dove si registra una consonanza pressoché totale con l’obiettivo di certezza del diritto è quello dello *stare decisis*. Il vincolo del precedente, nel sistema

statunitense, è caratterizzato da un'estrema flessibilità che consente una notevole affidabilità delle decisioni giurisprudenziali ma dall'altro permette una salutare evoluzione del diritto. Non sono assenti pericolosi contrasti sincronici ma, data la separazione delle giurisdizioni d'appello a livello federale e la presenza di un vincolo orizzontale all'interno di ciascuna di queste, la portata dei contrasti è annullata su scala locale. Inoltre, al vertice, la Corte Suprema ha la funzione di dirimere questi contrasti ed esercita di frequente tale potere.

L'atteggiamento dell'autorevole corte federale stessa nei confronti dei propri precedenti è espressione specifica del salubre approccio statunitense alla tematica del precedente: la *Supreme Court*, infatti, rispetta in linea di massima le proprie decisioni ma se ne svincola qualora sia fortemente consigliato da ragioni sia pratiche che di principio (articolate in dettaglio). La libertà di rottura del vincolo, poi, è parametrata al settore di riferimento: massima in tema di diritto costituzionale (ma l'affidamento dei consociati è valutato con attenzione, come in *Planned Parenthood v. Casey*), minima nell'ambito del diritto civile o delle *civil liberties*. Da questo punto di vista, dunque, il giudizio non può che essere positivo.

Un ultimo tema che è stato toccato è quello del rapporto fra *overruling* e certezza del diritto, il che equivale a misurare il grado di affidabilità dei precedenti e le possibili soluzioni per evitare delle *unfair surprises*.

L'indagine si intreccia inevitabilmente sia con il vincolo del precedente che con il tema della *adjudicative retroactivity*, in quanto l'*overruling* è il superamento del precedente ma anche un caso in cui una nuova regola di origine giurisprudenziale può essere potenzialmente applicata in via retroattiva.

Il vincolo del precedente negli Stati Uniti è caratterizzato da grande flessibilità ma allo stesso tempo le decisioni che compongono la *case law* sono dotate di un buon grado di affidabilità.

Partendo dalle decisioni delle *Court of Appeals* federali, il loro grado di affidabilità è sicuramente buono, anche se non inattaccabile. Nella normalità dei casi, in assenza di contrasti sincronici fra le diverse corti d'appello, il precedente di una di queste (che è legge nella sua giurisdizione) è dotato di grande attendibilità e dovrebbe resistere, come regola delle condotte già avvenute, anche in caso di *overruling* ad opera o della stessa corte o della *U.S. Supreme Court*.

Apparentemente però, analizzando il caso *United States v. Rodgers*, se sono presenti contrasti sincronici fra le diverse giurisdizioni d'appello, il precedente di ciascuna corte non è idoneo a fondare l'affidamento dei consociati. Il risultato è dovuto al fatto che, secondo la corte di Washington, la presenza di contrasti sincronici fra le diverse *Court of Appeals* rende i loro precedenti, che sono *law of the circuit* nelle rispettive circoscrizioni, suscettibili di *overruling* a risoluzione del contrasto. In via di ulteriore conseguenza, questi mutamenti giurisprudenziali vanno considerati sempre prevedibili.

Al contrario, sono sicuramente idonee ad essere utilizzate come sicuro parametro di condotta le decisioni della Corte Suprema federale, al punto che, nel caso siano soggette ad *overruling*, si continuerà ad applicare la regola superata alle condotte avvenute nel suo vigore. Il meccanismo è simile ad un *prospective overruling* ma non identico: nel caso portato ad esempio (*Marks v. United States*) l'*overruling* non era avvenuto in quella stessa decisione, ma in una precedente intervenuta fra la condotta e la decisione.

Quest'ultima notazione ci porta a parlare proprio del *prospective overruling*, che anche nella dottrina italiana riceve numerosi e meritati plausi. La tecnica decisoria in parola rappresenta la quadratura del cerchio fra certezza ed evoluzione del diritto, dato che consente il superamento della regola obsoleta o sbagliata, predisponendo però che venga applicata solo alle condotte avvenute dopo tale *revirement* o perlomeno dalla decisione successiva. Pur essendo stata “inventata” negli Stati Uniti, in campo penale lo strumento non ha avuto fortuna in patria, per diverse ragioni attinenti sia al meccanismo di funzionamento dello *stare decisis* che a requisiti costituzionali. Sul punto, maggior fortuna ha avuto la *defense* della *mistake of law*.

In conclusione, in caso di *overruling*, si raggiunge un grado sufficiente di certezza del diritto. In particolare, le decisioni della Corte Suprema sono praticamente inattaccabili e quindi pienamente idonee a far da parametro per le libere scelte d'azione. Tuttavia, non si può che lamentare un uso troppo ristretto del promettente *prospective overruling*, anche se gli ostacoli a una sua implementazione sembrano francamente insormontabili.

A chiusura del presente lavoro, occorre chiedersi quali siano i risultati di quest'indagine sul funzionamento del sistema statunitense in rapporto alla certezza del diritto.

Di certo, la sua natura ibrida ha portato risultati interessanti. Ad esempio, il principio di determinatezza, preso sul serio dalle corti, è diventato un potente strumento *in action*, passando attraverso momenti di grande attrattiva, come la considerazione delle norme in uno con il contesto applicativo.

Inoltre, la stessa creatività giurisprudenziale, sia nei casi di pura interpretazione che nei casi di *overruling*, una volta identificata, è stata affrontata a viso aperto e i risultati raggiunti sono espressi in un lessico familiare per il penalista italiano (in

particolare se si occupi di Corte Europea dei Diritti dell'Uomo): il principio guida deve essere quello della prevedibilità del mutamento giurisprudenziale, anche se è possibile teorizzare un metro ancor più "sicuro", quale la prevedibilità dell'interpretazione sulla base della legge e dei precedenti al momento del fatto.

Infine, la stessa tematica del precedente, una volta analizzata sotto la lente della certezza del diritto, ci ha portato a concludere per la bontà dell'utilizzo di uno *stare decisis* in versione flessibile, che medi fra le istanze evolutive e quelle conservative.

Nel presente lavoro si sono voluti analizzare i principali strumenti per raggiungere un diritto certo, stabile e prevedibile ma con la consapevolezza che ve ne sono molti altri. Nel complesso, comunque, l'ordinamento statunitense raggiunge un buon grado di certezza del diritto, sia che la si declini come prevedibilità che come uguaglianza. Assoluti protagonisti della scena sono, a nostro avviso, le corti statunitensi: di certo, i giudici d'oltreoceano non possono essere instancabili paladini di ciascuna petizione di principio, come vorrebbero gli *scholars*, in quanto si scontrano ogni giorno con la dura realtà del loro *caseload*<sup>373</sup>, ma scontate queste difficoltà pratiche assumono un atteggiamento di sano realismo, che li porta, per quanto possibile, a contemperare esigenze pratiche con il rispetto dei principi. Tuttavia, nel compiere questa operazione, si rendono spesso autori di mirabili decisioni che, per abilità argomentativa, non hanno niente da invidiare agli accademici di professione e che fungono da guida per la dottrina stessa.

In definitiva, dunque, l'analisi di tale ordinamento consente forse di scoprire che grado di certezza del diritto sia realisticamente possibile *in action*. Se si abbandona il mondo dei libri e si entra con decisione nel regno del diritto vivente, si scopre che

---

<sup>373</sup> Il termine è traducibile con "ruolo", inteso come carico di lavoro dell'ufficio.

per raggiungere un diritto maggiormente certo, la giurisprudenza ha articolato diverse soluzioni che non sono sempre le migliori ma spesso le migliori possibili.

## **RINGRAZIAMENTI**

Il presente lavoro non sarebbe mai potuto nascere senza la collaborazione di tanti che mi hanno supportato, consigliato e guidato nel mio percorso. In primo luogo, un grande ringraziamento va al mio relatore, Professor Alberto Cadoppi, senza la cui guida non vedo come avrei potuto districarmi nella giungla del diritto penale e della comparazione. Se mi trovo qui a scrivere questi ringraziamenti, gran parte del merito è senz'altro suo. Ringrazio anche con gratitudine il Professor Paolo Veneziani, che sempre ha saputo consigliarmi ed indirizzarmi nel mio percorso. Poi, non posso che ringraziare Malaika Bianchi, che mi ha seguito dalla mia infanzia accademica fino a questa prima prova di maturità. Infine, ringrazio di cuore Francesco, Massimiliano, Matteo, Ernesto, Salvatore, Elena, Mattia, Giovanna e tutti gli amici colleghi di dottorato con cui ho avuto l'indubbio onore di condividere questa fantastica esperienza.

## BIBLIOGRAFIA

- R. AIGLER, *Legislation in Vague or General Terms*, in *Michigan Law Review*, vol. 21 (1923), 831.
- F.A. ALLEN, *The Erosion of Legality in American Criminal Justice: Some Latter-Day Adventures of the Nulla Poena Principle*, in *Arizona Law Review*, vol. 29 (1987), 385.
- A.G. AMSTERDAM, *The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court – A Means to an End*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 109 (1960), 67.
- H.D. ARMSTRONG, *Rogers v. Tennessee: An Assault on Legality and Due Process*, in *North Carolina Law Review*, vol. 81 (2002), 317.
- T. BAKER, *The Virtues of Uncertainty in Law: An Experimental Approach*, in *Iowa Law Review*, vol. 89 (2004), 443.
- T.E. BAKER, *Rationing Justice on Appeal: The Problems of the U.S. Courts of Appeal*, Saint Paul, 1994.
- R. BATEY, *Vagueness and the Construction of Criminal Statutes – Balancing Acts*, in *Virginia Journal of Social Policy & the Law*, vol. 5 (1997), 1.
  - *The Vagueness Doctrine in the Roberts Court: Constitutional Orphan*, in *UMKC Law Review*, vol. 80 (2011), 113.
- C.D. BOWEN, *The Lion and the Throne: The Life and Times of Sir Edward Coke*, New York, 1957.
- C.S. BRADFORD, *Following Dead Precedent: The Supreme Court's Ill-advised Rejection of Anticipatory Overruling*, in *Fordham Law Review*, vol. 59 (1990), 39.
- D.C. BRATZ, *Stare Decisis in Lower Courts: Predicting the Demise of Supreme Court Precedent*, in *Washington Law Review*, vol. 60 (1984), 87.

- S.J. BURTON, *The Conflict Between Stare Decisis and Overruling in Constitutional Adjudication*, in *Cardozo Law Review*, vol. 35 (2013-2014), 1687.
- E.H. CAMINKER, *Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents?*, in *Stanford Law Review*, vol. 46 (1994), 817.
- A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, II ed., Torino, 2014.
- A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, V edizione, Padova, 2012.
- B. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, 1921.
- R.A. COLLINGS JR., *Unconstitutional Uncertainty – An Appraisal*, in *Cornell Law Quarterly*, vol. 40 (1955), 195.
- W.W. CROSSKEY, *The True Meaning of the Constitutional Prohibition of Ex-Post-Facto Laws*, in *University of Chicago Law Review*, vol. 14 (1947), 539.
- M.B. DASHJIAN, *The Prospective Application of Judicial Legislation*, in *Pacific Law Journal*, vol. 24 (1992-1993), 317.
- J.F. DECKER, *Addressing Vagueness, Ambiguity, and Other Uncertainty in American Criminal Laws*, in *Denver University Law Review*, vol. 80 (2002), 241.
- J.R. DILLON, *Doubting Demaree: the Application of Ex Post Facto Principles to the United States Sentencing Guidelines after United States v. Booker*, in *West Virginia Law Review*, vol. 110 (2007-2008), 1033.
- M. DORF, *Dicta and Article III*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 142 (1994), 1997.
- W.N. ESKRIDGE, JR., *Overruling Statutory Precedents*, in *Georgetown Law Journal*, vol. 76 (1988), 1361.
- J. EVANS, *Precedent in the Nineteenth Century*, in L. GOLDSTEIN (a cura di), *Precedent in Law*, Oxford, 1987.

- R.H. FALLON, *Stare Decisis and the Constitution: An Essay on Constitutional Methodology*, in *New York University Law Review*, vol. 76 (2001), 570.
- R.H. FALLON, D.J. MELTZER, *New Law, Non-Retroactivity, and Constitutional Remedies*, in *Harvard Law Review*, vol. 104 (1990-1991), 1731.
- E.A. FARNSWORTH, *An Introduction to the Legal System of the United States*, IV ed., 2010.
- W.P. FERRANTI, *Revised Sentencing Guidelines and the Ex Post Facto Clause*, in *University of Chicago Law Review*, vol. 70 (2003), 1011.
- O.P. FIELD, *Ex Post Facto in the Constitution*, in *Michigan Law Review*, vol. 20 (1921-1922), 315.
- P.A. FREUND, *The Supreme Court and Civil Liberties*, in *Vanderbilt Law Review*, vol. 4 (1951), 533.
- L.M. FRIEDMAN, *A History of American Law*, II ed., New York, 1973.
- W. FRIEDMANN, *Limits of Judicial Lawmaking and Prospective Overruling*, in *Modern Law Review*, vol. 29 (1966), 593.
- M.J. GERHARDT, *The Role of Precedent in Constitutional Decisionmaking and Theory*, in *George Washington Law Review*, vol. 60 (1991-1992), 68.
  - *The Power of Precedent*, New York, 2008.
- A.E. GOLDSMITH, *The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court, Revisited*, in *American Journal of Criminal Law*, vol. 30 (2003), 279.
- 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 *Il Foro italiano*, 1990, fasc. 2, 415
- G.K. HADFIELD, *Weighing the Value of Vagueness: An Economic Perspective on Precision in the Law*, in *California Law Review*, vol. 82 (1994), 541.
- J. HALL, *Nulla Poena Sine Lege*, in *Yale Law Journal*, vol. 47 (1937), 165.

- *Theft, Law, and Society*, II ed., Indianapolis, 1952.
- *General Principles of Criminal Law*, II ed., Indianapolis, 1960.
- HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION, *Due Process Requirements of Definiteness in Statutes*, in *Harvard Law Review*, vol. 62 (1948), 77.
- T. HEALY, *Stare Decisis as a Constitutional Requirement*, in *West Virginia Law Review*, vol. 104 (2001-2002), 43.
- B. HOLLEY, *The Constitutionality of Post-Crime Guidelines Sentencing*, in *William Mitchell Law Review*, vol. 37 (2010-2011), 533.
- A. HILL, *Vagueness and Police Discretion: The Supreme Court in a Bog*, in *Rutgers Law Review*, vol. 51 (1999), 1289.
- W.S. HOLDSWORTH, *Case Law*, in *Law Quarterly Review*, vol. 50 (1934), 180.
- D.N. HUSAK, C.A. CALLENDER, *Wilful Ignorance, Knowledge, and the "Equal Culpability" Thesis: a Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality*, in *Wisconsin Law Review*, vol. 1994 (1994), 29.
- C.A. IANACONE, *Stogner v. California: U.S. Supreme Court Rewrites more than 200 Years of Case Law Interpreting the Ex Post Facto Clause*, in *Widener Law Journal*, vol. 13 (2003-2004), 893.
- J.C. JEFFRIES, *Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes*, in *Virginia Law Review*, vol. 71 (1985), 189.
- T.S. JONES, *Reviving Saucier: Prospective Interpretations of Criminal Laws*, in *George Mason Law Reviews*, vol. 14 (2007), 725.
- C. JOYCE, *The Rise of the Supreme Court Reporter: An Institutional Perspective on Marshall Court Ascendancy*, in *Michigan Law Review*, vol. 83 (1985), 1291.
- D.M. KAHAN, *Some Realism About Retroactive Criminal Lawmaking*, in *Roger Williams University Law Review*, vol. 3 (1997-1998), 95.

- N.J. KEMPHAUS, *Rogers v. Tennessee: Is the Judiciary Permitted to Violate the Ex Post Facto Clause of the United States Constitution?*, in *Northern Kentucky Law Review*, vol. 30 (2003), 415.
- F.G. KEMPIN, *Precedent and Stare Decisis: The Critical Years, 1800 to 1850*, in *American Journal of Legal History*, vol. 3 (1959), 28.
- H.J. KRENT, *Should Bouie Be Buoyed?: Judicial Retroactive Lawmaking and the Ex Post Facto Clause*, in *Roger Williams University Law Review*, vol. 3 (1997-1998), 35.
- W.R. LAFAVE, *Criminal Law*, V ed., St. Paul, 2010.
  - *Substantive Criminal Law*, II ed. 2012, disponibile online sul portale Westlaw.
- G. LAWSON, *The Constitutional Case Against Precedent*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 17 (1994), 23.
- T.R. LEE, *Stare Decisis in Historical Perspective: From the Founding Era to the Rehnquist Court*, in *Vanderbilt Law Review*, vol. 52 (1999), 647.
- D. LIVINGSTON, *Police Discretion and the Quality of Life in Public Places: Courts, Communities, and the New Policing*, in *Columbia Law Review*, vol. 97 (1997), 551.
  - *Gang Loitering, the Court, and Some Realism About Police Patrol*, in *Supreme Court Review*, 1999, 141.
- C.D. LOCKWOOD, *Defining Indefiniteness: Suggested Revisions to the Void-for-Vagueness Doctrine*, in *Cardozo Public Law, Policy and Ethics Journal*, vol. 8 (2009-2010), 255.
- W.A. LOGAN, *The Ex Post Facto Clause and the Jurisprudence of Punishment*, in *American Criminal Law Review*, vol. 35 (1997-1998), 1261.
  - *“Democratic Despotism” and Constitutional Constraint: an Empirical Analysis of Ex Post Facto Claims in State Courts*, in *William & Mary Bill of Rights Journal*, vol. 12 (2003-2004), 439.

- E. MALTZ, *The Nature of Precedent*, in *North Carolina Law Review*, vol. 66 (1988), 367
- U. MATTEI, *Stare decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1988.
- B.P. MCALLISTER, *Ex Post Facto Laws in the Supreme Court of the United States*, in *California Law Review*, vol. 15 (1927), 269.
- N.C. MCCABE, C.A. BELL, *Ex Post Facto Provisions of State Constitutions*, in *Emerging Issues in State Constitutional Law*, vol. 4 (1991), 133.
- J.W. MEAD, *Stare Decisis in the Inferior Courts of the United States*, in *Nevada Law Journal*, vol. 12 (2011-2012), 787.
- E. MEESE III, P.J. LARKIN JR., *Reconsidering the Mistake of Law Defense*, in *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 102 (2012), 725.
- J.F. MITCHELL, *Stare Decisis and Constitutional Text*, in *Michigan Law Review*, vol. 110 (2011-2012), 1.
- S.D. MITCHELL, *In With the New, Out With the Old: Expanding the Scope of Retroactive Amelioration*, in *American Journal of Criminal Law*, vol. 37 (2009-2010), 1
- A. MOKHTAR, *Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege: Aspects and Prospects*, in *Statute Law Review*, vol. 26 (2005), 41.
- H.P. MONAGHAN, *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*, in *Columbia Law Review*, vol. 88 (1988), 723.
- T.J. MORRISON, *Fair Warning and the Retroactive Judicial Expansion of Federal Criminal Statutes*, in *Southern California Law Review*, vol. 74 (2000-2001), 455.
- G.C. MULLEN, J.P. DAVIS, *Mandatory Guidelines: The Oxymoronic State of Sentencing After United States v. Booker*, in *University of Richmond Law Review*, vol. 41 (2007), 625.

- R.G. NATELSON, *Statutory Retroactivity: The Founder's View*, in *Idaho Law Review*, vol. 39 (2003), 489.
- C. NELSON, *Stare Decisis and Demonstrably Erroneous Precedents*, in *Virginia Law Review*, vol. 87 (2001), 1.
- NOTE, *Void for Vagueness: an Escape from Statutory Interpretation*, in *Indiana Law Journal*, vol. 23 (1947-1948), 272.
  - *Ex Post Facto Limitations on Legislative Power*, in *Michigan Law Review*, vol. 73 (1974-1975), 1491.
- H. PACKER, *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford, 1968.
- F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova, 1979.
- S. POMORSKI, *American Common Law and the Principle Nullum Crimen Sine Lege*, II ed., Parigi, 1975.
- G.Y. PORTER, *Uncivil Punishment: The Supreme Court's Ongoing Struggle with Constitutional Limits on Punitive Civil Sanctions*, in *Southern California Law Review*, vol. 70 (1997), 517.
- R.C. POST, *Reconceptualizing Vagueness: Legal Rules and Social Orders*, in *California Law Review*, vol. 82 (1994), 491.
- R. POUND, *The Spirit of the Common Law*, Francetown, 1921.
  - *The Theory of Judicial Decision*, in *Harvard Law Review*, vol. 36 (1923), 641, 802, 940.
  - *What of Stare Decisis?*, in *Fordham Law Review*, vol. 10 (1941), 1.
- P.J. PRICE, *Precedent and Judicial Power after the Founding*, in *Boston College Law Review*, vol. 42 (2000-2001), 81.
- D.E. ROBERTS, *Foreword: Race, Vagueness, and the Social Meaning of Order-Maintenance Policing*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 89 (1999), 775.

- P.H. ROBINSON, *Legality and Discretion in the Distribution of Criminal Sanctions*, in *Harvard Journal on Legislation*, vol. 25 (1988), 393.
  - *Criminal Law*, New York, 1997.
  - *Fair Notice and Fair Adjudication: Two Kinds of Legality*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 154 (2005), 334.
- F. SCHAUER, *Precedent*, in *Stanford Law Review*, vol. 39 (1987) 571.
- A.W. SCOTT JR., *Constitutional Limitations on Substantive Criminal Law*, in *Rocky Mountain Law Review*, vol. 29 (1957), 275.
- M.N.S. SELLERS, *The Doctrine of Precedent in the United States of America*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 54 (2006), 67.
- B.S. SHANNON, *The Retroactive and Prospective Application of Judicial Decisions*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 26 (2003), 811.
  - *Overruled by Implication*, in *Seattle University Law Review*, vol. 33 (2009), 151.
- E.E. SMEAD, *The Rule Against Retroactive Legislation: A Basic Principle of Jurisprudence*, in *Minnesota Law Review*, vol. 20 (1936), 775.
- O.C. SNYDER, *Retrospective Operation of Overruling Decisions*, in *Illinois Law Review*, vol. 35 (1940-1941), 121.
- W.J. STUNTZ, *The Pathological Politics of Criminal Law*, in *Michigan Law Review*, vol. 100 (2001), 505.
- T.W. SUN, *Equality by Other Means: The Substantive Foundations of the Vagueness Doctrine*, in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 46 (2011), 149.
- C.R. SUNSTEIN, *Legal reasoning and political conflict*, New York, 1996.
- A.N. STEINMAN, *To Say What the Law Is: Rules, Results, and the Dangers of Inferential Stare Decisis*, in *Virginia Law Review*, vol. 99 (2013), 1737.
- R.B. TANNER, *A Legislative Miracle: Revival Prosecutions and the Ex Post Facto Clauses*, in *Emory Law Journal*, vol. 50 (2001), 397.

- R.J. TRAYNOR, *Quo Vadis, Prospective Overruling: A Question of Judicial Responsibility* in *Hastings Law Journal*, vol. 28 (1977), 533.
- A. VERMEULE, *Veil of Ignorance Rules in Constitutional Law*, in *Yale Law Journal*, vol. 111 (2001-2002), 399.
- R. VON MOSCHZISKER, *Stare Decisis in Courts of Last Resort*, in *Harvard Law Review*, vol. 37 (1924), 409.
- J. WALDRON, *Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues*, in *California Law Review*, vol. 82 (1994), 509.
  - *Stare Decisis and the Rule of Law: a Layered Approach*, in *Michigan Law Review*, vol. 111 (2012-2013), 1.
- R.A. WASSERSTROM, *The Judicial Decision: Toward a Theory of Legal Justification*, Stanford, 1961.
- D.J. WHITE, *Ex Post Facto Excepted: Rogers v. Tennessee and the Permissible Retroactive Application of Judge Made Law*, in *University of Cincinnati Law Review*, vol. 71 (2002-2003), 1141.
- C.R. YUNG, *The Disappearing Ex Post Facto Clause: from Substantive Bulwark to Procedural Nuisance*, in *Syracuse Law Review*, vol. 61 (2010-2011), 447.
  - *One of These Laws is Not Like the Others: Why the Federal Sex Offender Registration and Notification Act Raises New Constitutional Questions*, in *Harvard Journal on Legislation*, vol. 46 (2009), 369.