

NOTIZIE DAGLI U.S.A.

Si segnala la sentenza *Sessions v. Dimaya*, 584 U.S. (2018), sul **principio di determinatezza** della legge penale (cd. *vagueness doctrine*)¹.

La Corte Suprema statunitense è stata chiamata a valutare la costituzionalità della normativa federale [*Immigration and Nationality Act (INA)*, 8 U.S.C. §§1227(a)(2)(A)(iii)] che prevede l'espulsione (cd. *removal*) di soggetti non dotati di cittadinanza, anche se risiedono lecitamente sul territorio statunitense, qualora sia accertata con sentenza definitiva la commissione di reati aggravati (*aggravated felonies*).

La normativa definisce tali reati in modo ampio, tramite rinvii a normative penali federali. È prevista una disposizione «di chiusura», che, ai fini dell'applicabilità dell'espulsione, definisce come crimine di violenza (*crime of violence*), nella cd. *residual clause* di cui al 18 U.S.C. §16(b) – censurata nel caso di specie – «ogni altro reato classificato come *felony* e che, per la sua natura, implica un rischio sostanziale che nel corso della commissione del reato possa essere utilizzata forza fisica contro la persona o la proprietà di un altro soggetto».

Tale clausola residuale, formulata in termini imprecisi, è molto simile a quella invalidata nella precedente decisione *Johnson v. United States*, 135 S.Ct. 2551 (2015), che assoggettava ad una pena minima obbligatoria di 15 anni di reclusione il soggetto trovato in possesso di un'arma da fuoco, già condannato in tre precedenti occasioni per *violent felonies*. Le *violent felonies* venivano definite in base alla § 924(e)(2)(B)(ii) come reati «tali da implicare una condotta che presenta un grave rischio potenziale di lesione fisica ad un'altra persona». La Corte invalidò la disposizione in parola per indeterminatezza, statuendo che la *due process clause* proibisce di «privare una persona della libertà in forza di una legge penale così vaga che non riesce a fornire un chiaro preavviso all'uomo medio della condotta punita o è così priva di criteri precisi che causa un'applicazione arbitraria».

Le stesse istanze di prevedibilità soggettiva e di separazione dei poteri sono ulteriormente sviluppate nella pronuncia qui segnalata *Sessions v. Dimaya*. L'opinione della Corte, anzitutto, richiama il «diritto vivente», ossia l'interpretazione diffusa nelle *lower federal courts*, per desumere il preciso significato della disposizione. I giudici federali inferiori, conformandosi all'insegnamento

¹ Per un approfondimento, sia consentito il rinvio a P. INSOLERA, *Il «vento delle garanzie» soffia oltre l'Atlantico? «Nozione di «materia penale» e principio di determinatezza del testo della legge penale. Riflessioni a margine di U.S. Supreme Court, Sessions v. Dimaya, 584 U.S. (2018), in Dir. pen. XXI sec., 2019, p. 257 ss.* Il principio di determinatezza della legge penale, peraltro, è stato nuovamente applicato nella decisione più recente della Corte suprema statunitense *United States v. Davis*, 588 U.S. (2019), sulla quale, volendo, cfr. P. INSOLERA, *La giurisprudenza penale-costituzionale della Corte suprema statunitense: rassegna di sintesi della sessione 2018/2019 ed alcune previsioni sulla sessione 2019-2020*, in *Criminal Justice Network*, 3 ottobre 2019.

della Corte suprema, hanno aderito al cd. *categorical approach*: per stabilire se un dato delitto rientra nella definizione normativa, non si sono focalizzati sui «particolari fatti» della condotta oggetto di giudizio, né sugli elementi strutturali propri del reato, ma hanno proceduto a verificare se il «caso ordinario» (*ordinary case*) di un determinato tipo delittuoso, ipotizzabile dal giudice, integra il rischio previsto dalla lettera della legge. La successiva disamina è dedicata all'esegesi testuale *in parallelo* delle due disposizioni, per giungere alla constatazione che gli sviluppi interpretativi inerenti ad entrambe le «clausole residuali» non sono stati in grado di attribuire alle stesse un *significato sufficientemente preciso* da soddisfare il requisito di determinatezza.

La richiamata sentenza *Johnson v. U.S.* – con *reasoning* riproducibile nel caso di specie – aveva individuato specificamente le due caratteristiche del testo della U.S.C. § 924(e)(2)(B)(ii), che insieme producevano una «indeterminatezza senza speranza». Da un canto, la disposizione – come interpretata nel diritto vivente – creava «una grave incertezza su come valutare il rischio posto da un reato», poiché «collegava la valutazione giudiziale del rischio» ad un'ipotesi relativa al «caso ordinario» del reato. L'analisi del giudice doveva cioè «immaginare un caso ordinario idealizzato del reato», identificando la «tipologia di condotta che il caso ordinario di un reato implica». Ma come riempire di significato una nozione così vaga? «utilizzando i dati di un'analisi statistica? una ricerca? delle perizie? Google? l'istinto viscerale?». La *littera legis* non forniva alcun criterio, rendendo l'analisi interamente speculativa. Ma tale vizio non era da solo sufficiente a violare la Costituzione. La norma, infatti, non riusciva neanche ad indicare il *livello minimo* di rischio tale da integrare il requisito di violenza del reato: «Combinando l'indeterminatezza delle modalità con le quali misurare il rischio con l'indeterminatezza su quale livello di rischio è richiesto perché il reato si qualifichi come delitto violento, la clausola residuale» viola il *due process*. È la *somma* dei due vizi del testo a comportare l'incostituzionalità: nella legge penale sono infatti presenti numerosi parametri qualitativi indeterminati, ma è inaccettabile che essi debbano essere accertati innestandosi non su un fatto di reato oggetto del giudizio, ma su un reato solamente ipotizzato in via giudiziale.

Il medesimo duplice vizio di indeterminatezza inficia la clausola residuale scrutinata in *Dimaya*. Alla lettura della disposizione consolidata nel *case law*, metodologia distaccata dalla materialità del fatto concreto, si aggiunge in questo caso il parametro qualitativo indeterminato, del «rischio sostanziale», determinando un'intollerabile incertezza nell'accertamento del livello di rischio. Quest'ultima caratteristica, che sarebbe tollerabile in un diverso contesto interpretativo, amplifica l'indeterminatezza del significato della disposizione, contravvenendo al divieto costituzionale di *vagueness*. La clausola residuale di cui all'U.S.C. § 16(b) – in definitiva – «presenta le stesse due caratteristiche che rendevano la clausola residuale dell'*Armed Career Criminal Act* incostituzionalmente vaga. Anch'essa richiede ad una corte di immaginarsi la

tipologia di condotta, che il reato implica nel caso ordinario, e di giudicare se quella astrazione presenta un qualche grado di rischio non ben specificato, ma comunque sufficientemente alto. La disposizione del § 16(b) produce, proprio come faceva la clausola residuale dell'ACCA, più imprevedibilità e arbitrarietà di quanto il *due process* tolleri».

Vale la pena segnalare anche l'opinione concorrente del giudice Gorsuch. Svolta una analisi delle fonti storiche del *common law* e delle decisioni nelle corti statunitensi nei secoli XVIII e XIX, egli si dice «convinto che la *void for vagueness doctrine* costituisce una fedele espressione di antichi principi del *due process* e della separazione dei poteri che i redattori della Carta fondamentale riconoscevano come essenziali per la libertà stabilita nella nostra Costituzione».

Unitamente alla consolidata *ratio* della prevedibilità soggettiva, il secondo caposaldo della *vagueness doctrine* è il principio della separazione dei poteri. Mentre l'art. I § 1 della Costituzione assegna l'esercizio di «tutti i poteri legislativi» al Congresso degli Stati Uniti, l'art. III § 2 attribuisce ai giudici il «potere giudiziario» di decidere «casi» e «controversie». Ciò non li autorizza alla creazione di nuove norme per disciplinare condotte future, ma soltanto «a discernere la direzione prescritta dalla legge» e a seguirla nel risolvere le controversie. Tramite la redazione di testi normativi vaghi si tradisce la *ratio* democratica sostanziale della divisione dei poteri: si delega a soggetti privi di legittimazione un «compito difficile», che dovrebbe essere «il prodotto di un dibattito aperto e pubblico tra un ampio e diversificato numero di rappresentanti eletti ... i giudici e le pubbliche accuse non agiscono nel foro legislativo, aperto e chiamato a rispondere politicamente, ma nei confini relativamente oscuri dei casi e delle controversie».

Alla luce di queste premesse, occorre invalidare la clausola residuale oggetto di scrutinio, inficiata da una «indeterminatezza senza speranza»: «Ogni dubbio è per me risolto considerando solo alcune delle questioni che i giudici, nell'applicare l'analisi del 'caso ordinario', dovrebbero affrontare. Una condanna per il reato di intimidazione di testimoni implica di norma la minaccia di essere gambizzati o semplicemente la promessa di una tangente? Una condanna per sequestro di persona di norma implica che qualcuno sia gettato all'interno del bagagliaio di un'auto o che un genitore che non ha diritto alla custodia legale del figlio lo vada comunque a prendere all'asilo? Queste domande non indicano risposte chiare. La corte deve tenere delle udienze probatorie per chiarirle, considerando consulenze con versioni e statistiche confliggenti, prima di decidere come si presenti il caso ordinario di un dato crimine e quanto rischio di violenza esso ponga? Che cosa deve fare il giudice se non sono disponibili statistiche affidabili? ... Quella oggetto di giudizio non è la normativa ambigua di tutti i giorni. Abbandona le persone a cercare di indovinare quello che la legge richiede e lascia ai giudici di crearlo. Non si possono scorgere risposte per le domande che questa legge pone ricorrendo ai tradizionali canoni di interpretazione della legge. Nessuno sforzo di

analisi del testo, della struttura o della storia della normativa produrrà una idea precisa. Né la normativa richiede l'applicazione di qualche preesistente corpo normativo noto al potere giudiziario. La legge non richiede neanche l'applicazione della comune esperienza. È richiesta una pura e semplice scelta. La volontà, non il giudizio, determina il risultato».

AVV. PIETRO INSOLERA

Ph.D. in Studi Giuridici Comparati ed Europei - Diritto penale