

# ***Il penumbral reasoning* nella giurisprudenza nordamericana**

**Giacomo Viggiani**

**Abstract:** In the U.S landmark case *Griswold v. Connecticut* (1965) Justice William O. Douglas wrote that the Constitution implies the existence of a fundamental right to privacy. This right was to be found in the grey zone of other constitutional protections, which he called penumbra. The essay addresses the concept of penumbra and its usage in the U.S Federal Justice case-law from the nineteenth century. At the end, it is suggested that the issue can be considered an exemplary case of American realism.

[**Keywords:** penumbra, United States, North America, Griswold, vagueness]

## **Introduzione**

Secondo un vecchio precetto aristotelico non si può chiedere a un matematico di essere persuasivo e a un retore di fare delle dimostrazioni. Il giurista, che deve coniugare entrambe queste professioni, si trova invece a dover analizzare documenti normativi redatti in linguaggio ordinario, con tutto il corredo di indeterminatezza e vaghezza che questo comporta, e a tentare di giustificare la bontà delle proprie posizioni ermeneutiche. Ciò vale a maggior ragione quando si interpreta il diritto in un momento particolarissimo della sua vigenza, quello contenzioso. Prima di giungere al momento topico del giudizio di sussunzione, molte delle implicazioni tratte dai giudici si basano inoltre su metafore che pretendono di descrivere il comportamento scientifico degli eventi presi in considerazione. Ne consegue che la correttezza e la rigosità delle conclusioni inferite dipende dal tipo di metafora o dalla adeguatezza della metafora che viene utilizzata per descrivere un fatto giuridico. Tra i compiti del giurista c'è dunque anche quello di valutare la correttezza esplicativa di queste figure retoriche. Tra le tante metafore che attraversano il mondo del diritto<sup>1</sup> si è scelto di analizzarne in particolare una, quella di *penombra*, con riferimento all'ordinamento statunitense.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Per un contributo in lingua italiana sulla metafora nel linguaggio giuridico, si veda F. Galgano, *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2010.

<sup>2</sup> Nonostante le mie ricerche, ho trovato solo i seguenti lavori dedicati a questo specifico tema dagli anni '60 a oggi: P.G., Kauper, "Penumbra, Peripheries, Emanations, Things Fundamental and Things Forgotten: The Griswold Case", *Michigan Law Review*, 64 (1965), pp. 235-282; B. Henly, "'Penumbra': The Roots of a Legal Metaphor", *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 15 (1987), pp. 81-100; H.T. Greely, "A Footnote to 'Penumbra' in *Griswold v. Connecticut*", *Constitutional Quarterly*, 6 (1989), pp. 251-265; G.H. Reynolds, "Penumbral Reasoning on the Right", *University of Pennsylvania Law Review*, 140 (1992), pp. 1333-1348; B.P. Denning e G.H. Reynolds, "Comfortably Penumbral", *Boston University*



La scelta può sembrare singolare. Si noterà subito infatti che penombra non è un vocabolo che si trova comunemente nel dizionario del giurista; piuttosto in quello dell'astronomo. E a voler essere precisi lo si rinviene in effetti per la prima volta nel trattato *Ad Vitellionem Paralipomena, Quibus Astronomiæ Pars Optica Traditur* (1604) di Giovanni Keplero, un'opera scientifica di immenso valore dove il noto astronomo applica per la prima volta le leggi della fisica – in particolare dell'ottica – alla astronomia e allo studio del fenomeno delle eclissi. Studiando i testi antichi e quelli degli astronomi suoi contemporanei si accorse che nei resoconti sulle stesse eclissi c'erano delle discordanze inconciliabili, non attribuibili a mere imprecisioni empiriche, per quanto ancora frequenti (l'osservazione era spesso fatta ancora a occhio nudo). Studiando a fondo il problema, Keplero si rese conto che la fonte della discordia stava nel modo in cui era stata considerata la sorgente luminosa. L'ottica ci insegna che una sorgente luminosa puntiforme differisce da una estesa, quando viene interposto un corpo opaco tra esse e uno schermo. Poiché il corpo opaco ha un coefficiente di trasparenza nullo, la luce si infrange, determinando un'ombra sullo schermo. Se la fonte luminosa è puntiforme, si determinerà un solo cono d'ombra e uno stacco netto tra ombra e luce sulle tangenti; se è estesa, si avranno due coni, uno di ombra e uno di penombra – come la definì Keplero –, ovvero sia una zona di graduale passaggio dall'ombra alla luce.

Queste conoscenze si rivelarono fondamentali per comprendere il fenomeno dell'eclissi, che consiste appunto nell'interposizione di un corpo opaco tra il Sole, una sorgente luminosa estesa, e un qualsiasi corpo celeste. Keplero comprese che i predecessori avevano considerato il Sole una fonte di luce di tipo puntiforme, convinti di essere all'interno delle tangenti del cono d'ombra; al contrario, alcuni di loro avevano osservato l'eclissi dal cono di penombra – e dunque assistevano a un'eclissi parziale –, da cui la discordanza tra le testimonianze. In un'accezione figurata, la penombra è dunque una condizione intermedia tra l'ombra e la luce, tra ciò che è chiaro e ciò che invece non lo è. Il concetto di penombra evoca insomma quelli di vaghezza e di indeterminatezza, cari ai giuristi.

---

*Law Review*, 77 (1998), pp. 1089-1127; J.C. Rideout, "Penumbral Thinking Revisited: Metaphor in Legal Argumentation", *Legal Communication & Rhetoric*, 7 (2010), pp. 155-242; L.J. Sirico, "Failed Constitutional Metaphors: The Wall of Separation and the Penumbra", *University of Richmond Law Review*, 45 (2011), pp. 459-89.



### **Penombra, vaghezza e indeterminatezza**

L'astronomia non è tuttavia campo di indagine dei giuristi, mentre lo è quello dell'interpretazione del diritto. Interpretazione che è sempre necessitata dall'indeterminatezza di tutte le norme, derivante a sua volta dalla vaghezza di ogni linguaggio naturale. Ci possono ovviamente essere vari gradi di vaghezza e quindi indeterminatezza, a seconda delle capacità stilistiche del compilatore, ma la lettera della disposizione rimarrà sempre in parte intrinsecamente vaga. A ciò si possono aggiungere alcune fonti di equivocità, quali i diversi sentimenti di giustizia degli interpreti, i metodi interpretativi non condivisi e la dogmatica giuridica.<sup>3</sup> Pertanto, al di fuori del linguaggio puro e artificiale della logica, tutti i predicati del linguaggio del diritto sono affetti da vaghezza e hanno, di conseguenza, un riferimento dubbio, una *penombra* di casi in cui l'applicabilità della norma è opinabile.<sup>4</sup>

La strutturale polisemia e molteplicità di referenti del linguaggio naturale impossibilita l'interprete a una rigorosa applicazione del principio di bivalenza della logica classica a ogni suo enunciato e *a fortiori* a ogni enunciato normativo. Lo si evince chiaramente dall'antico ma sempre valido paradosso del sorite: dato un mucchio di sabbia, se eliminiamo un granello dal mucchio avremo ancora un mucchio; se ne eliminiamo un altro, sarà ancora un mucchio. Quando è che il mucchio non sarà più tale? Un solo granello di sabbia è ancora un mucchio? Posto che zero granelli di sabbia non sono un mucchio e cento sì, tutte le quantità che stanno nell'intervallo tra i due poli possono essere egualmente vere o false, o meglio non sono né vere né false. L'esistenza dell'intervallo – di una penombra – deriva ovviamente dalla vaghezza irrimediabile del nostro concetto di “mucchio”. Tant'è che Leibniz nel terzo libro dei *Nuovi saggi sull'intelletto umano* giungeva alla conclusione che nel caso del sorite tutte le risposte “dubbie” erano egualmente accettabili. Più recentemente Russell<sup>5</sup> ha acutamente fatto notare come ci possa essere anche una vaghezza di secondo livello. Si potrebbero infatti organizzare le risposte al paradosso del sorite in tre differenti insiemi: uno dove le risposte sono sicuramente vere, uno dove sono sicuramente false, e uno dove non sono

---

<sup>3</sup> R. Guastini, *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 388-390.

<sup>4</sup> Per una disamina del problema della vaghezza nel linguaggio giuridico si veda C. Luzzati, *La vaghezza delle norme*, Milano, Giuffrè, 1990.

<sup>5</sup> B. Russell, “Vagueness”, *Australasian Journal of Philosophy*, 1 (1923), 2, pp. 84-92.



immediatamente né vere né false, che Russell definisce anche penombra o frangia (*fringe*). A questo punto il terzo insieme potrebbe a sua volta avere una penombra o una frangia, perché i suoi confini sono sfumati e ci potrà essere un sottoinsieme di ipotesi marginali a cavallo tra due sfumature della penombra stessa.<sup>6</sup> Novantanove granelli e un granello appartengono all'intervallo dei casi né veri né falsi, ma il primo sarà sicuramente “più” un mucchio del secondo. Novantotto granelli saranno a loro volta “meno” mucchio di novantanove, ma comunque sempre più di un granello, e così via potenzialmente all'infinito, se si vogliono considerare anche le porzioni decimali di un singolo granello. In questo senso la vaghezza non è tanto una qualità che c'è o non c'è, ma solamente una questione di grado con cui bisogna necessariamente avere a che fare.

Nella storia della filosofia, non tutti hanno assunto e assumono posizioni scettiche. Gli Stoici per esempio sostenevano che la difficoltà di risoluzione del paradosso non risiedesse nell'inesistenza di una risposta giusta, ma nella nostra ignoranza su quale fosse. In questa ottica, la vaghezza è un problema di ignoranza, non di imprecisione. I casi dubbi lo sono solo per il parlante, non per il linguaggio in sé. Questa posizione è stata ripresa in tempi più recenti da Williamson,<sup>7</sup> il quale ha definito la vaghezza un fenomeno epistemico: le affermazioni rimangono vere o false (con buona pace della logica classica e del principio di bivalenza), ma il parlante non lo sa. Una prospettiva teorica che espone il fianco alle critiche già sofferte dal noumeno kantiano: affermare che qualcosa è esistente e allo stesso tempo inconoscibile non può non rappresentare una contraddizione, a meno che questa ignoranza epistemica possa essere chiarita, il che non sembra possibile.

Comunque sia, gli Stoici, mentre percorrevano o cercavano di percorrere la via della verità, si astenevano dal dare una risposta immediata nei casi dubbi e ben può farlo anche il filosofo del linguaggio contemporaneo come Williamson. Il *non liquet* non è invece più un'opzione per quel tecnico del diritto che è il giudice. E tracciare una linea discrezionale nella penombra tra il caso in cui la norma è sicuramente applicabile e quello in cui non lo è può non essere così semplice in concreto, quando invece che con dei granelli di sabbia si ha a che fare con il tema dell'interruzione di gravidanza, la sua

---

<sup>6</sup> Su questo si veda anche M. Black, “Vagueness. An Exercise in Logical Analysis”, *Philosophy of Science*, 4 (1937), pp. 427-455, p. 435.

<sup>7</sup> T. Williamson, *Vagueness*, New York, Routledge, 1996, p. 3.



regolamentazione giuridica e lo spettro di un pendio scivoloso (in entrambe le direzioni). Tanto più che il ventaglio di variabilità delle fattispecie concrete è particolarmente ampio e impossibile da prevedere in astratto nella sua totalità. Un problema certo non nuovo per i giuristi: già Ulpiano<sup>8</sup> si interroga su come interpretare il vocabolo *turba* all'interno di un illecito penale: quante persone sono necessarie affinché si abbia una *turba*? Almeno due? Almeno quattro?

### **Penombra e giurisprudenza nordamericana**

Venendo qui al proficuo rapporto tra concetto di penombra e diritto, non si deve quindi rimanere stupiti se lo si rinviene all'interno di una famosa *querelle* dottrinale tra Fuller<sup>9</sup> e Hart,<sup>10</sup> comparsa sulla prestigiosa *Harvard Law Review* alla fine degli anni '50. La controversia tra i due è nota e riguarda la separazione tra diritto e morale. Mentre Fuller assume una prospettiva giusnaturalista e sostiene il ruolo della morale nel sostenere il diritto e nell'orientare l'interpretazione, Hart, collocandosi nell'alveo giuspositivista, afferma che le controversie devono essere risolte basandosi soltanto sulla lettera della legge. Per meglio illustrare la sua posizione, Hart utilizza il modello *core/penumbra*.<sup>11</sup> Ci sono dei casi in cui la norma è sicuramente applicabile e casi ai quali non può certamente essere applicata (*core cases*), mentre ce ne sono altri per i quali l'applicabilità è opinabile (*penumbra cases*). Nell'opinione di Hart la presenza di un numero indefinito di *penumbra cases* è connaturato a ogni enunciato normativo, ma non è necessariamente un difetto; anzi, permette un migliore e più facile adeguamento dell'ordinamento al mutare dei fenomeni sociali, cosa che non potrebbe fare un rigido linguaggio artificiale.

L'esempio classico del modello *core/penumbra* è rappresentato dal divieto di accesso ai veicoli in un parco. Il divieto è evidentemente inteso per vietare l'accesso alle

---

<sup>8</sup> *Digesto*, 47, 8, 4, 1-3.

<sup>9</sup> L.L. Fuller, "Positivism and Fidelity to Law — A Reply to Professor Hart", *Harvard Law Review*, 71 (1958), 4, pp. 630-672.

<sup>10</sup> H.L.A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, 71 (1958), 4, pp. 593-629.

<sup>11</sup> Ivi, p. 610: "He [il giudice] either does not see or pretends not to see that general terms of this rule are susceptible of different interpretations and that he has a choice left open uncontrolled by linguistic conventions. He ignores, or is blind to, the fact that he is in the area of the penumbra and is not dealing with a standard case". Lo stesso modello ritorna qualche anno più tardi in H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961, p. 119: "Nothing can eliminate this duality of a core of certainty and a penumbra of doubt when we are engaged in bringing particular situations under general rules".



automobili, su cui non sorgono dubbi circa l'applicabilità del divieto. Situazione diversa è invece quella di un bambino che volesse entrare nel parco con un triciclo. Qui la norma risulta indeterminata, a causa della vaghezza del linguaggio in cui è scritta: il triciclo può essere considerato un veicolo?

Orbene, nel decidere in una direzione o nell'altra il giudice, secondo Hart, dovrebbe semplicemente ragionare sul significato delle parole presenti nella disposizione senza fare riferimento al diritto naturale o a posizioni di carattere morale. Per Fuller, al contrario, non essendo possibile separare il diritto dalla morale, la creazione del diritto stesso risulta orientata dai valori del compilatore, d'ausilio nell'interpretazione. Il fatto che ci siano alcuni casi in cui la legge è intuitivamente applicabile – i *core cases* – è meramente casuale; il senso di un enunciato normativo per Fuller deve dipendere sempre dall'intenzione di chi lo ha proferito e dal contesto in cui è stato proferito. In quest'ottica il dilemma dell'ingresso del triciclo nel parco è facilmente risolvibile: se lo scopo della norma è quello di evitare l'inquinamento acustico e ambientale nel parco, ecco che non c'è motivo di vietare l'ingresso al bambino e al suo triciclo.

Tuttavia, se la posizione di Fuller offre una soluzione ai *penumbra cases* di Hart, certo non risolve interamente il problema della vaghezza, ma anzi lo sposta solo a un altro livello, da uno semantico a uno psicologico. Si supera la vaghezza del linguaggio solo per rimanere intrappolati in quella dei fini. Quali saranno i fini da prendere in considerazione (del compilatore, del legislatore, la *ratio legis*, ecc.) riaprirà nuovamente una non facile questione ermeneutica e, in un certo senso, di penombra.

Parallelamente ad Hart, anche la giurisprudenza nordamericana ha fatto uso della metafora della penombra all'incirca negli stessi anni, ma con accezioni altalenanti. Particolarmente nota (e dibattuta) è stata la sua ricorrenza nella decisione della Corte Suprema statunitense in *Griswold v. Connecticut*.<sup>12</sup> La controversia verteva sulla legittimità di una legge dello Stato del Connecticut<sup>13</sup> che vietava qualsiasi consulenza sui metodi anticoncezionali, inclusa la vera e propria interruzione di gravidanza. Nell'invalidare la normativa *de qua* il giudice estensore fece riferimento a un parametro costituzionale che la Carta costituzionale non rubricava. Tale parametro poteva essere

---

<sup>12</sup> 381 U.S. 479 (1965).

<sup>13</sup> Conn. Gen. Stat. §§ 53-32, 54-196 (rev. 1958).



comunque invocato, perché – a suo dire – viveva nella *penombra* della lettera costituzionale. Uno strano posto dove trovare un diritto all'uso degli anticoncezionali. Nonostante ciò *Griswold* è diventato uno dei precedenti più influenti della storia giurisprudenziale americana e anche tra i più fecondi in termini di diritti sostanziali. *Griswold* è stato per lungo tempo considerato il primo esempio giudiziale dell'uso della parola *penombra* nella giurisprudenza statunitense.

Le banche dati elettroniche e l'indicizzazione di sentenze anche risalenti, i nuovi utensili della cassetta degli attrezzi del giurista, hanno oggi invece mostrato un uso precedente, seppur limitato e con diverso significato metaforico.<sup>14</sup> Prima di analizzare il ragionamento di *Griswold v. Connecticut*, è opportuno quindi verificare in che modo è stato utilizzato il termine *penombra*, tanto più perché ci troviamo in un ordinamento di *common law*, dove il precedente è tutto (o quasi). Il passato potrebbe esserci utile a chiarire il presente di *Griswold*.

La prima ricorrenza della metafora della *penombra* risale a una controversia di fronte alla giustizia federale nella seconda metà dell'800. Il caso è relativo al trasferimento di proprietà di un appezzamento di terra vicino San Francisco. La complessità della vicenda è dovuta al fatto che l'alienatario era scomparso – per non apparire mai più – alcuni giorni prima di prendere effettivamente possesso del terreno. Trascorsi i sette anni previsti dalla legge per la dichiarazione di morte presunta, il padre ed erede del *de cuius* si fa avanti per entrare in possesso dell'immobile. Il trasferimento di proprietà a una persona defunta, tuttavia, è nullo. L'alienatario era ancora vivo, seppur scomparso, quando l'alienante ha trasferito la proprietà a suo vantaggio? Il padre lo può quindi ereditare dal figlio defunto? In caso contrario, l'immobile andrebbe al demanio pubblico, non essendoci alcun proprietario. Nel dirimere la controversia il giudice Field afferma che

---

<sup>14</sup> In particolare H.T. Greely, *op. cit.*, ha compulsato le banche dati di Lexis e Westlaw, scoprendo che prima di *Griswold* il termine *penombra* ricorre trentasei volte nelle Corti Distrettuali, trentotto volte nelle Corti dei Circuiti e ventotto volte nelle decisioni della Corte Suprema. Di queste novantasette ricorrenze, quarantasei sono citazioni di casi precedenti che contengono la parola *penombra*. Delle cinquantuno rimanenti, ventisei sono fatte da solo quattro giudici, tra cui si annovera anche l'estensore di *Griswold*. La compulsazione di Greely è comunque aggiornata al 1989 e una rapida ricerca nelle stesse banche dati mostra che il termine *penombra* è stato utilizzato anche negli anni successivi. In ogni caso in questo lavoro ci si concentrerà soltanto sulle ricorrenze antecedenti a *Griswold* e dunque al 1965.





There is no presumption in favor of the continuance of life during the *penumbra*, or death period, of seven years, for if such presumption prevailed for one day after disappearance proved, it would necessarily prevail for six years and three hundred and sixty-four days, and the whole basis upon which the presumption of death rests would become absurd.<sup>15</sup>

La penombra qui è un periodo transitorio tra la dichiarazione di scomparsa e la dichiarazione di morte presunta in cui si ignora se la persona sia viva o morta. È questa una riproposizione in chiave moderna del paradosso del sorite: se si considerasse il soggetto vivo un giorno dopo la scomparsa, bisognerebbe considerarlo altrettanto vivo dopo due giorni, e poi dopo tre, dopo quattro, ecc., fino ad arrivare a sei anni e trecentosessantaquattro giorni, mentre solo al settimo anno sarebbe formalmente deceduto. Qui la penombra non attiene però tanto al diritto, alla sua produzione o alla sua interpretazione, quanto a un'incertezza relativa a una condizione di fatto, ovvero se il soggetto sia vivo o morto. Possiamo chiamarla “penombra-fatto”.

Dopo Field il termine penombra scompare per decenni dai dizionari dei giudici per ricomparire nell'inchostro di uno dei pilastri della storia giurisprudenziale statunitense, Oliver Wendell Holmes, giudice della Corte Suprema dal 1902 al 1935. Già un anno prima della sua nomina, in *Danforth v. Groton Water Company*,<sup>16</sup> un caso relativo al sindacato di legittimità di una riforma del diritto processuale, Holmes afferma che

[i]t may be that sometimes it would have been as well not to attempt to make out that the judgment of the court was consistent with constitutional rules, if such rules were to be taken to have the exactness of mathematics. It may be that it would have been better to say definitely that constitutional rules, like those of the common law, end in a *penumbra* where the Legislature has a certain freedom in fixing the line.<sup>17</sup>

Elevato ai marmi della Corte Suprema, ribadisce lo stesso concetto diversi anni dopo in un'opinione dissenziente:

The great ordinances of the Constitution do not establish and divide fields of black and white. Even the more specific of them are found to terminate in a *penumbra* shading gradually from one extreme to the other. [...] When we come to the fundamental distinctions it is still more

---

<sup>15</sup> *Montgomery v. Bevens*, 17 F. Cas. 628, 632 (9th C.C.D.Cal. 1871) (No. 9,735). Corsivo mio.

<sup>16</sup> 178 Mass 472, 59 NE 1033 (1901).

<sup>17</sup> *Ivi*, 1034. Corsivo mio.





obvious that they must be received with a certain latitude or our government could not go on.<sup>18</sup>

Il messaggio che Holmes intende qui veicolare è che gli enunciati normativi di rango costituzionale – in verità gli enunciati di qualsiasi rango – non sono leggi matematiche, non conducono a un risultato aritmeticamente necessitato. La norma è sempre un'interpretazione della disposizione. Inoltre, a differenza di altre fonti, quelle di rango costituzionale non dividono i fatti in black and white, ma sono volutamente generiche. Per non parlare dei principi, i quali sono norme che presentano una particolare forma di indeterminatezza. La fisiologica incertezza interpretativa di qualsiasi disposizione redatta in linguaggio ordinario unitamente alla genericità caratterizzante gli enunciati di rango costituzionale fa sì che il legislatore si trovi a svolgere il suo compito in un'area sì perimetrata, ma non asfittica. Se così non fosse, l'attività legislativa sarebbe di fatto impossibile, perché tutto sarebbe già stabilito in Costituzione (il che, a sua volta, sarebbe altrettanto impossibile). Lo stesso ragionamento viene applicato al funzionamento del *common law*, ovvero al principio dello *stare decisis* e all'arte del *distinguishing*. Proprio perché il *distinguishing* è un'arte (e non una scienza), l'interpretazione della ratio del precedente dipende, in ultima analisi, dalla sensibilità giuridica del magistrato e dalla sua capacità di leggere i precedenti, sebbene ogni discostamento debba essere sorretto da una razionalità argomentativa. Questa area grigia che la disposizione condivide con il corpus della *common law* è definita da Holmes come una sorta di penombra, una zona intermedia tra il buio dell'arbitrarietà e la luce di un diritto ideale non soggetto a incertezze ermeneutiche. È questo un uso del vocabolo che possiamo chiamare “penombra interpretativa”.

Holmes, tuttavia, offre una seconda accezione del termine penombra in un'opinione dissenziente. In *Schlesinger v. Wisconsin*<sup>19</sup> il vocabolo è rivestito di un diverso significato, quando egli scrive che:

[W]hile I should not dream of asking where the line can be drawn, since the great body of the law consists in drawing such lines, yet, when you realize that you are dealing with a matter of degree, you must realize that reasonable men may differ widely as to the place

---

<sup>18</sup> *Springer v. Government of the Philippine Islands* 277 U.S. 189, 209-210 (1928). Corsivo mio.

<sup>19</sup> 270 U.S. 230 (1926).



where the line should fall. I think that our discussion should end if we admit what I certainly believe, that reasonable men might regard six years as not too remote. Of course many gifts will be hit by the tax that were made with no contemplation of death. But the law allows a *penumbra* to be embraced that goes beyond the outline of its object in order that the object may be secured.<sup>20</sup>

Contrariamente agli stralci precedenti, in questo passaggio *penombra* non sembra indicare un'area di dubbio/libertà interpretativa/legislativa, bensì assume un significato geometrico,<sup>21</sup> una “*penombra spaziale*”. Cerchiamo di capire meglio. La controversia riguardava una nuova legge dello Stato del Wisconsin in ambito di diritto delle successioni. Il Wisconsin, allora come oggi, permetteva un particolare tipo di alienazioni, cosiddette *gifts in contemplation of death*. Il soggetto che vede approssimarsi la fine della propria vita a causa di una grave malattia o indisposizione può trasferire la proprietà dei beni di cui è titolare a terzi, anche se questi ultimi non ne potranno entrare in possesso fino alla morte dell'alienante. Inutile dire che la maggior parte di queste alienazioni non sono a titolo oneroso, ma a titolo gratuito, cioè donazioni. Le alienazioni *in contemplation of death* hanno però una clausola speciale: se il soggetto supera l'infermità e torna in salute, il passaggio di proprietà può essere revocato. Per quanto riguarda la tassazione, e qui ci avviciniamo alla parte che più rileva, tali alienazioni sono assoggettate alla normale tassazione sulle successioni, con la differenza che sarà necessario attendere la dipartita dell'alienante per procedere al prelievo fiscale. Al fine forse di combattere l'evasione fiscale, lo Stato del Wisconsin stabilisce che tutte le alienazioni realizzate fino a sei anni prima della morte di un soggetto, devono essere considerate come se fatte *in contemplation of death* (e quindi tassate).

Mettendo adesso da parte i dettagli della questione di legittimità, possiamo meglio comprendere cosa intende Holmes con *penombra* nel passo citato. Il diritto è fatto di regole e prescrizioni intorno a vari fatti, comportamenti o cose. Nel redigere queste regole, il legislatore traccia dei confini intorno agli oggetti per i quali la regola è pensata. Nel caso presente l'oggetto è la tassazione dei beni alienati *causa mortis* – su cui non pende l'ombra di illegittimità – e il confine sono i sei anni precedenti la morte

---

<sup>20</sup> Ivi, 241. Corsivo mio.

<sup>21</sup> Per questo uso di *penombra* in Holmes, si veda F.R. Black, “The ‘Penumbra Doctrine’ in Prohibition Enforcement”, *Illinois Law Review*, 27 (1933), pp. 511-521.



dell'alienante. Può il giudice stabilire se questa linea di displuvio è un termine valido? Troviamo qui un'altra riproposizione del paradosso del sorite. Posto che non esiste un metodo scientifico per stabilire quale sia il termine temporale migliore, nell'opinione di Holmes compito del giudice è quello di valutare se il termine fissato sia ragionevole, non fissare un limite egli stesso. Tutti accetterebbero un limite di sei mesi e nessuno uno di dieci anni. Tra questi due opposti c'è una *penombra*, un intervallo dove la scelta compete al legislatore nella sua discrezionalità, il quale può stabilirne uno ampio per meglio assicurarsi che lo scopo sia raggiunto (combattere l'evasione?). In questa seconda accezione, *penombra* non ha a che fare con l'ermeneutica costituzionale o l'arte del *distinguishing*, ma denota la discrezionalità del legislatore nello stabilire il contenuto materiale delle regole.<sup>22</sup> Il ragionamento riecheggia un passaggio che lo stesso Holmes aveva vergato molti anni prima in un suo articolo accademico sulla natura dell'illecito civile:

The growth of law is very apt to take place in this way: two widely different cases suggest a general distinction, which is a clear one when stated broadly. But as new cases cluster around the opposite poles, and begin to approach each other, the distinction becomes more difficult to trace; the determinations are made one way or the other on a very slight preponderance of feeling, rather than articulate reason; and at last a mathematical line is arrived at by the contact of contrary decisions, which is so far arbitrary that it might equally well have been drawn a little further to the one side or to the other. The distinction between the groups, however, is philosophical, and it is better to have a line drawn somewhere in the *penumbra* between darkness and light, than to remain in uncertainty.<sup>23</sup>

Qui egli enuclea una teoria dell'evoluzione del diritto attraverso poli oppositivi stabiliti dal legislatore, entro i quali il giudice deve esercitare l'attività di sussunzione. L'accumularsi dei precedenti chiarirà progressivamente il campo di applicazione della norma, fino a giungere a dei confini abbastanza netti, ma che comunque non discendono tanto dalla norma in sé, quanto dalla casistica della sua applicazione. Tuttavia, è sempre

---

<sup>22</sup> Questa seconda accezione di *penombra* era già emersa *in nuce* anche in un'altra decisione di alcuni anni prima, *Hanover Star Milling Co. v. Metcalf*, 240 U.S. 403, 426 (1916): "If this view be adopted, we get rid of all questions of *penumbra* of shadowy marches where it is difficult to decide whether the business extends to them. We have sharp lines drawn upon the fundamental consideration of the jurisdiction originating the right". Corsivo mio.

<sup>23</sup> O.W. Holmes, "The Theory of Torts", *American Law Review*, 7 (1873), pp. 652-670, p. 654. Corsivo mio.



meglio per Holmes avere questa bussola, per quanto intrinsecamente imprecisa, che navigare nell'incertezza.

Infine Holmes offre ancora una terza accezione della parola penombra in *Olmstead v. United States*,<sup>24</sup> una vicenda giudiziaria avente a oggetto l'utilizzo in sede processuale di alcune tipi di prove – nella specie intercettazioni telefoniche – ancorché illecitamente costituite. Tali intercettazioni erano state anche usate nei processi dei ricorrenti, i quali sostenevano davanti alla Corte Suprema che da prove inammissibili non potevano derivare effetti ai loro danni. In questa occasione, Holmes afferma che

While I do not deny it, I am not prepared to say that the *penumbra* of the Fourth and Fifth Amendments covers the defendant, although I fully agree that Courts are apt to err by sticking too closely to the words of a law where those words import a policy that goes beyond them.<sup>25</sup>

Il significato di penombra si differenzia sensibilmente rispetto ai due già visti. Stavolta sembra indicare una zona di possibile protezione per la parte convenuta tra i due parametri costituzionali di riferimento, il Quarto e il Quinto Emendamento, quasi fosse un'aura (scarsamente) luminosa. Egli non spiega bene però – forse perché, secondo lui, questa “penombra-aura” non copre il caso in esame – cosa sia questa zona di oscurità intermedia e da cosa si origini. Forse Holmes intende che la controversia potrebbe essere ricondotta in via potenziale sia all'alveo del Quarto che a quello del Quinto Emendamento; ma potrebbe anche intendersi come interpretazione sistematica, ovvero sia come combinato disposto tra due frammenti dei due Emendamenti. D'altronde l'uso della parola penombra potrebbe anche far pensare a una norma implicita in qualche modo collegata al Quarto o al Quinto Emendamento.

Nel 1932 Holmes è sostituito dal giudice Benjamin Nathan Cardozo. Tenendo come riferimento le tre accezioni del termine penombra enucleate dal predecessore, possiamo affermare che Cardozo lo utilizza nelle prime due, quella “interpretativa” e quella “spaziale”:

Much that the framers of a schedule are at liberty to do this Court, in the exercise of its supervisory jurisdiction, may not require them to do. For the legislative process, at least

---

<sup>24</sup> 277 U.S. 438 (1928)

<sup>25</sup> Ivi, 470.



equally with the judicial, there is an indeterminate *penumbra* within which choice is uncontrolled.<sup>26</sup>

Qui Cardozo ritiene che nell'interpretare la volontà dei costituenti attraverso la carta costituzionale, sia da parte del legislatore che da parte del giudice, ci sia una penombra, un orizzonte di possibilità ermeneutiche, necessariamente *uncontrolled*, di carattere discrezionale. Nei due stralci seguenti troviamo invece un uso di penombra col secondo significato dato da Holmes:

The law is not indifferent to considerations of degree. [...] What is near and what is distant may at times be uncertain. There is no *penumbra* of uncertainty obscuring judgment here.<sup>27</sup>

E ancora:

The line must still be drawn between one welfare and another, between particular and general. Where this shall be placed cannot be known through a formula in advance of the event. There is a middle ground, or certainly a *penumbra*, in which discretion is at large. The discretion, however, is not confided to the courts. The discretion belongs to Congress, unless the choice is clearly wrong, a display of arbitrary power, not an exercise of judgment.<sup>28</sup>

Mentre il giudice può individuare i due estremi della legittimità e dell'illegittimità di una legge, dove far cadere la linea mediana – i sei anni delle alienazioni – è *a display of arbitrary power* del legislatore, su cui il giudice non deve intervenire. Ciò anche in ragione del fatto che non si conosce a priori (ma spesso nemmeno a posteriori) quale sia il punto migliore dove tracciare la linea di dispartizione.

Cardozo è a sua volta sostituito da Felix Frankfurter nel 1938. Frankfurter pare aver usato il vocabolo penombra una sola volta, nel passo che segue:

Clearly a Kansas legislator would have no standing had he brought suit in a federal court. Can the Kansas Supreme Court transmute the general interest in these constitutional claims into the individualized legal interest indispensable here? No doubt the bounds of such legal interest have a *penumbra* which gives some freedom in judging fulfillment of our jurisdictional requirements.<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> *Dayton Power & Light Co. v. Public Util. Comm'n*, 292 U.S. 290, 309 (1934). Corsivo mio.

<sup>27</sup> *A. L. A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495, 554 (1935). Corsivo mio.

<sup>28</sup> *Helvering v. Davis*, 301 U.S. 619, 640 (1937). Corsivo mio.

<sup>29</sup> *Coleman v. Miller*, 307 U.S. 433, 465 (1939). Corsivo mio.



La controversia era relativa al limite temporale in cui una proposta di modifica della Costituzione poteva restare pendente. Nell'ordinamento statunitense, infatti, la procedura aggravata di modifica della carta costituzionale federale prevede che ogni atto del Congresso di questo tipo debba essere ratificato dai tre quarti degli Stati per diventare effettivo. Più nel dettaglio, la vicenda giudiziaria era stata occasionata dal *Child Labor Amendment*, sottoposta alla ratifica degli Stati dal Congresso nel 1924, ma non conclusa ancora nel 1939 (e tuttora pendente). In particolare, poi, il Kansas lo aveva rigettato nel 1924, ma intendeva ritornare sulla sua decisione – era cambiata la maggioranza politica? – nel 1939. Le questioni da dirimere erano molte: se uno Stato poteva ratificare una modifica costituzionale che aveva precedentemente rifiutato, se si poteva in generale procedere a ratificare una modifica vecchia di tredici anni, se il governatore poteva essere l'ago della bilancia della votazione per la ratifica in un Parlamento perfettamente diviso a metà e, infine, se l'attore aveva la necessaria legittimazione ad agire in giudizio. Proprio questo ultimo aspetto è quello che più rileva ai fini del commento dello stralcio di cui sopra. La parte ricorrente era composta da venti senatori del Kansas, coloro che avevano votato contro la ratifica. Il *punctum pruriens* ruotava attorno alla questione se questi senatori avessero o no un interesse legittimo, cioè se il legislatore (o una parte di esso) del Kansas potesse impugnare una sua stessa decisione di fronte la giustizia federale.

Lasciando da parte le questioni inerenti la legittimazione processuale statunitense, Frankfurter afferma che nello stabilire la sussistenza o meno di un interesse legittimo ai sensi della Costituzione, c'è una flessibilità, una penombra, che lascia uno spazio discrezionale di libertà al giudice. Si può quindi affermare che Frankfurter usa penombra nella versione “interpretativa”.

Mentre la parola penombra non godeva comunque di un grande successo presso i giudici supremi, il giudice Billings Learned Hand ne faceva ampio uso presso le Corti federali inferiori, ben undici volte. Il significato metaforico però è quasi sempre lo stesso, quello di una regola di cui è o non è possibile stabilire in modo completo i casi di applicazione e quindi sempre come “penombra interpretativa”. Per esempio in *Van Vlaanderen v. Peyet Silk Dyeing Corp. Hand*, nell'interrogarsi se la figura del manager rientra nella definizione di *employee*, afferma che:



the word “employee” is defined in section 2 as “mechanic, workingman or labourer”. But these three words are plain enough, and there remains no *penumbra* of uncertainty, such as over-shadowed the use of “employee” in the act.<sup>30</sup>

Come nel caso del divieto di accesso di veicoli nel parco, così la parola *employee* sicuramente include gli operai (*core case*), ma include anche il manager dell’azienda (*penumbra case*)? Nel caso di specie, per Hand, la norma non ha *penumbra*, è cristallina.

Talvolta l’accento si sposta però più sulla vaghezza del linguaggio ordinario in generale. Per esempio nell’opinione dissenziente in *Commissioner v. Ickelheimer* scrive che:

the colloquial words of a statute have not the fixed and artificial content of scientific symbols; they have a *penumbra*, a dim fringe, a connotation, for they express an attitude of will, into which it is our duty to penetrate and which we must enforce ungrudgingly when we can ascertain it, regardless of imprecision in its expression.<sup>31</sup>

In questo secondo passaggio Hand sembra avvicinarsi alla prima definizione data da Holmes, quando quest’ultimo afferma che le disposizioni non hanno la “exactness of mathematics”. Se però per Holmes ciò comportava un moderato scetticismo interpretativo – la norma è sempre il risultato di un certo grado di discrezionalità – Hand nel passo di cui sopra appare un cognitivista di ferro: compito del giudice è di penetrare la scorza del linguaggio ordinario e accedere alla linfa della verità occultata sotto di essa.

William O. Douglas, il futuro estensore di *Griswold v. Connecticut*, si unisce alla Corte Suprema lo stesso anno di Frankfurter, nel 1938. È nominato dal Presidente Franklin D. Roosevelt all’età di quarant’anni, uno dei più giovani giudici mai elevati ai marmi della Corte Suprema. Vi resterà per ben trentasei anni, un record tuttora imbattuto. In quasi quattro decenni, usa la parola *penombra* ben undici volte e con un’accezione di significato leggermente diversa dai suoi predecessori. La prima ricorrenza avviene all’interno di una controversia avente a oggetto un illecito penale relativo alle elezioni primarie. In un’opinione dissenziente Douglas afferma che:

It is not enough for us to find in the vague *penumbra* of a statute some offense about which Congress could have legislated, and then to particularize it as a crime because it is highly

---

<sup>30</sup> 278 F. 993, 994 (S.D.N.Y. 1921). Corsivo mio.

<sup>31</sup> 132 F.2d 660, 662 (2d Cir. 1943). Corsivo mio.





offensive. Civil liberties are too dear to permit conviction for crimes which are only implied, and which can be spelled out only by adding inference to inference.<sup>32</sup>

Alcuni anni più tardi, lo stesso concetto di penombra è veicolato in *Textile Workers v. Lincoln Mills*, dove nel discutere i doveri del datore di lavoro ai sensi di un contratto collettivo afferma che alcuni sono chiaramente esplicitati, mentre altri

will lie in the *penumbra* of express statutory mandates. Some will lack express statutory sanction, but will be solved by looking at the policy of the legislation and fashioning a remedy that will effectuate that policy. The range of judicial inventiveness will be determined by the nature of the problem.<sup>33</sup>

Contrariamente a Holmes e Hand, Douglas non sembra utilizzare penombra nella variante “interpretativa”, come metafora per designare una difficoltà nel tracciare una distinzione tra due casi o nel significato di un concetto. Piuttosto il messaggio trasmesso è quello di un’area periferica che circonda una legge o una disposizione, il cui perimetro è però difficile da tracciare a causa di una parziale oscurità, vicino alla terza accezione di Holmes, la “penombra-aura”. Tant’è che nel primo passaggio esclude che si possa trovare in questa penombra una sanzione penale: nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente previsto dalla legge come reato. Il diritto penale non ha penombra (o non la dovrebbe avere, secondo il principio di determinatezza e il principio di tassatività, pena l’incostituzionalità). Inoltre, nel secondo passaggio, Douglas riconosce che il penetrare questa parziale oscurità comporta una certa dose di *judicial inventiveness*, benché tenendo sempre come parametro di riferimento la *ratio legis*. Se Hand era un cognitivista, Douglas appare più come uno scettico-realista.

### ***Griswold v. Connecticut* e le zone di penombra**

Il più importante e il più noto degli usi di penombra di Douglas resta comunque *Griswold v. Connecticut*.<sup>34</sup> La vicenda oggetto di sindacato costituzionale affonda le sue radici in

---

<sup>32</sup> *United States v. Classic*, 313 U.S. 299, 331-332 (1941).

<sup>33</sup> *Textile Workers v. Lincoln Mills*, 353 U.S. 448, 457 (1957).

<sup>34</sup> Su *Griswold v. Connecticut* si vedano *ex multis* J.L. Dolgin, “The Family in Transition: From *Griswold* to *Eisenstadt* and Beyond”, *Georgetown Law Journal*, 82 (1994), pp. 1519-1571; D. Helscher, “*Griswold v. Connecticut* and the Unenumerated Right of Privacy”, *Northern Illinois University Law Review*, 15 (1994), pp. 33-45; L. Kalman e D. Garrow, “Review: The Promise and Peril of Privacy”, *Reviews in American History*, 22 (1994) 4, 1994, pp. 725-731; A. Lockhart, “*Griswold v. Connecticut*: A Case Brief”, in *Journal of Contemporary Legal Issues*, 14 (1997), pp. 35-50; J.W. Johnson, *Griswold v.*



ben due casi precedenti. In *Tileston v. Ullman*,<sup>35</sup> un medico aveva chiesto l'invalidazione di una legge che proibiva l'uso di anticoncezionali e sanzionava chi offriva assistenza per prevenire il concepimento. La normativa impediva infatti di offrire qualsiasi tipo di consulenza o prescrivere medicinale contraccettivo alle pazienti il cui stato fisico non era in grado di sopportare una gravidanza. La Corte, tuttavia, rifiutò di affrontare il caso per motivi procedurali, in quanto Tileston non poteva ricorrere contro una legge a nome delle sue pazienti. Tileston non si dette per vinto e ripresentò la doglianza, dopo essersi accordato proprio con le sue pazienti. Ancora una volta però la controversia venne cassata dalla Corte Suprema in *Poe v. Ullman*,<sup>36</sup> perché la normativa di cui si richiedeva l'invalidazione era *unripe*.<sup>37</sup> In altre parole, la Corte non poteva pronunciarsi sull'incostituzionalità di una legge ragionando in astratto sulla possibile ricorrenza concreta di casi sanzionabili da quest'ultima. Il sindacato di legittimità verrà finalmente effettuato con *Griswold v. Connecticut*. Tuttavia, *Poe v. Ullman* è una decisione rimasta famosa per le opinioni dissenzienti dei giudici Douglas e Marshall Harlan. Entrambi, *mutatis mutandis*, oltre a contestare la decisione della maggioranza in chiave procedurale, riscontrano una violazione della *Due Process Clause*<sup>38</sup> del Quattordicesimo Emendamento, “a rational continuum which, broadly speaking, includes a freedom from all substantial arbitrary impositions and purposeless restraints”.<sup>39</sup> All'interno di questo *continuum*, Harlan individua anche un diritto implicito della coppia sposata alla propria

---

*Connecticut: Birth control and the constitutional right of privacy*, Kansas, University Press of Kansas, 2005; M.J. Bailey, “Momma’s Got the Pill’: How Anthony Comstock and *Griswold v. Connecticut* Shaped US Childbearing”, *American Economic Review*, 100 (2010), 1, pp. 98-129; D.J. Garrow, “Human Rights Hero: The Legal Legacy of *Griswold v. Connecticut*”, *Human Rights*, 1 (2011), pp. 26-25.

<sup>35</sup> 318 U.S. 44 (1943).

<sup>36</sup> 367 U.S. 497 (1961).

<sup>37</sup> L'attributo di *unripeness*, letteralmente “non maturo” o “non pronto”, indica generalmente quelle leggi che, pur essendo già in vigore, non sono state ancora mai applicate e sulle quali un sindacato di legittimità potrebbe avere conseguenze precludenti la ricerca di altre soluzioni costituzionalmente conformi. Finché dunque la legge non diventa *ripe* – non si occasiona almeno una controversia – non se ne può chiedere l'annullamento.

<sup>38</sup> Il Quattordicesimo Emendamento, sezione prima, recita che “...nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law...”. Letteralmente, quindi, il Quattordicesimo Emendamento vieta allo Stato di privare un individuo della vita, della libertà e della proprietà senza un giusto processo. Nel tempo la dottrina e poi la giurisprudenza ha interpretato questo passaggio in modo evolutivo, sancendo un passaggio da una mera *procedural due process clause* a una *substantive due process clause*, cioè come volta a garantire, oltre all'*habeas corpus* e al diritto alla difesa, alcuni diritti ritenuti fondamentali, ma non citati esplicitamente in Costituzione.

<sup>39</sup> *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 522 (1965).



intimità, inteso come una libertà di prendere scelte intime e private riguardo la propria persona senza l'ingerenza dello Stato.

*Griswold v. Connecticut* viene deciso nel 1965, quattro anni dopo *Poe v. Ullman*. Douglas e Harlan sono di nuovo dalla stessa parte – che stavolta è quella della maggioranza –, ma il primo abbandona la precedente posizione ermeneutica. Douglas, che è anche l'estensore della sentenza, stavolta dichiara che la legge del Connecticut non viola la *Due Process Clause* del Quattordicesimo Emendamento, ma il penumbratile diritto alla privacy. Il ragionamento che Douglas dispiega per arrivare a questa conclusione è tutto fuorché ellittico; anzi, si potrebbe dire che *Griswold v. Connecticut* contiene il tentativo ben più ambizioso di elaborare una vera e propria teoria operativa dei diritti impliciti. È nella penombra del Primo Emendamento,<sup>40</sup> afferma Douglas, che la Corte Suprema ha scorto negli anni la libertà di associazione, che invece l'Emendamento non rubrica, così come il diritto a educare i propri figli<sup>41</sup> o il diritto delle scuole private di insegnare una lingua straniera come il tedesco.<sup>42</sup> Allo stesso modo la libertà di parola e di stampa include anche il diritto di distribuire il materiale stampato, di riceverlo e finanche di leggerlo.<sup>43</sup> Senza l'affermazione di questi diritti periferici, le stesse libertà sancite dalla lettera dell'Emendamento sarebbero meno certe, incomplete. Fra questi diritti impliciti sarebbero rintracciabili, secondo Douglas, quelle che egli stesso definisce “zones of privacy”:

The foregoing cases suggest that specific guarantees in the Bill of Rights have *penumbras*, formed by emanations from those guarantees that help give them life and substance. Various guarantees create zones of privacy. The right of association contained in the penumbra of the First Amendment is one, as we have seen. The Third Amendment, in its prohibition against the quartering of soldiers “in any house” in time of peace without the consent of the owner, is another facet of that privacy. The Fourth Amendment explicitly affirms the “right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures”. The Fifth Amendment, in its Self-Incrimination Clause, enables the

---

<sup>40</sup> “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”.

<sup>41</sup> *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U. S. 510.

<sup>42</sup> *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923).

<sup>43</sup> *Martin v. Struthers*, 319 U. S. 141.



citizen to create a zone of privacy which government may not force him to surrender to his detriment.<sup>44</sup>

Dalla presenza penumbratile di questa “periferia costituzionale” fatta di frazionati diritti, Douglas ricava un principio generale che a tutti sottende come un fiume carsico e che tutti condividono come una categoria trascendentale, il concetto di privacy, che assurge quindi a uno dei principi supremi dell’ordinamento (“older than the Bill of Rights, older than our political parties, older than our school system”).<sup>45</sup> Ecco dunque che sanzionare con il crisma della costituzionalità una legge come quella del Connecticut sarebbe invece “repulsive to the notions of privacy surrounding the marriage relationship”.<sup>46</sup>

Leggendo il testo della sentenza, si nota innanzitutto che la parola penombra ricorre spesso insieme a quelle di “emanazione” e “periferia” e Douglas si mostra coerente coi suoi stessi precedenti, dove la metafora di penombra rimandava a una zona tutta intorno al nucleo della norma, i cui confini erano però sbiaditi e non immediatamente individuabili (e dunque espandibili). In *Griswold*, il concetto di “penombra-aura” fa però un passo avanti. Innanzitutto nei casi precedenti si parlava sempre della penombra di una singola legge o di una singola disposizione. Nel caso di specie invece Douglas ricava un diritto alla privacy astruendo da una costellazione di diritti periferici, a loro volta rinvenuti dalla *judicial inventiveness* nella penombra dei vari enunciati costituzionali. Da un insieme di penombre costituzionali ricava un principio fondamentale. Da dei diritti impliciti egli ricava un principio implicito per astrazione. Inoltre, afferma che i vari diritti penumbratili periferici, pur essendo “scoperti” *ex post*, sono necessari a proteggere la stessa fonte di luce, cioè il diritto effettivamente rubricato. Una teoria un po’ spiazzante. Ma cosa o chi è la fonte di luce? Da cosa è rappresentato il corpo opaco? Douglas non è per niente chiaro su questo aspetto. Si potrebbe considerare la normativa del Connecticut come la sorgente di luce (estesa) e gli enunciati costituzionali come corpo opaco: l’ombra e la penombra sarebbero a quel punto le aree “protette”. Tuttavia, non avrebbe più senso l’affermazione secondo la quale i diritti penumbratili sono essenziali per garantire il

---

<sup>44</sup> *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 484 (1965). Corsivo mio.

<sup>45</sup> *Ivi*, 486.

<sup>46</sup> *Ibid.*



diritto esplicitato. Un'altra possibilità potrebbe essere quella di considerare gli enunciati costituzionali la fonte di luce e la legge del Connecticut come corpo interposto. Nell'ombra la legge non si applicherebbe, nella penombra a discrezione del giudice. Ma si arriverebbe all'assurdo che la penombra deriva dalla normativa del Connecticut.

In un modo o nell'altro, l'uso della metafora che fa Douglas sembra poco convincente. Secondo Greely, Douglas usa penombra come sinonimo di zona periferica, senza alcun riferimento alle leggi dell'ottica, alla stregua dei suoi casi precedenti, non tenendo conto che il lettore avrebbe potuto risultare disorientato. Greely finisce per definirla “a poor word to express this concept”<sup>47</sup> e sottolinea che sarebbe stato più convincente affermare che i vari diritti rubricati hanno un'aura, più che una penombra, che si estende oltre il loro più stretto perimetro. Kanter<sup>48</sup> sembra condividere la chiave di lettura di Greely, ma senza le conclusioni. La metafora di penombra di Douglas, che egli definisce *Basic/Core Penumbra Model*, non avrebbe niente di eccezionale: ogni diritto rubricato nella lettera costituzionale sarebbe dotato di un *protective shell* e di un catalogo di diritti impliciti o di sue specificazioni. Se non ci fosse un diritto a diffondere il materiale stampato, che senso avrebbe un più generale diritto di stampa? Secondo Rideout l'uso di penombra in *Griswold* “is consistent with the historical usage of that entailment by prior federal and Supreme Court judges, as well as with Douglas's own prior usage”.<sup>49</sup> Sulla stessa linea si colloca anche Henly,<sup>50</sup> a parere del quale Douglas si limita ad accettare l'eredità holmesiana, forzandola un po'. Era Holmes ad aver affermato, in *Schlesinger v. Wisconsin*, che talvolta gli enunciati normativi hanno una zona centrale di luce e dei confini penumbratili e che talvolta questi ultimi sono necessari per garantire la luminosità del centro; era sempre Holmes, in *Olmstead v. United States*, a lasciare intendere che una penombra potesse risultare dalla lettura sincretica di due Emendamenti. Senonché questa interpretazione fa sorgere una perplessità non indifferente in un ordinamento di *common law*: in *Griswold* Douglas non cita Holmes. Perché? Si potrebbe supporre che i precedenti di Holmes, pur offrendo all'erede gli strumenti linguistici e concettuali, non sarebbero

---

<sup>47</sup> H.T. Greely, *op. cit.*, p. 263.

<sup>48</sup> S. Kanter, “The *Griswold* Diagrams: Toward a Unified Theory of Constitutional Rights”, *Cardozo Law Review*, 28 (2006), pp. 623-713, p. 626.

<sup>49</sup> C. Rideout, *op. cit.*, p. 184.

<sup>50</sup> B. Henly, *op. cit.*, p. 94.



stati giuridicamente molto di sostegno. In *Olmstead*, in fondo, Holmes si rifiuta di estendere la penombra al caso di specie, mentre in *Schlesinger* scrive un'opinione dissenziente. Secondo Rideout,<sup>51</sup> Tushnet<sup>52</sup> e Reynolds<sup>53</sup> il ragionamento di Douglas può essere considerato “a legitimate mode of textual interpretation”,<sup>54</sup> mentre secondo Sirico “the Constitution provided no firm textual basis for finding a right to privacy”<sup>55</sup> e definisce la penombra una *failed constitutional metaphor*.

### **Conclusioni: una questione di realismo giuridico?**

Come si è appena mostrato, la dottrina si è divisa in posizioni varie e spesso contraddittorie, tanto che si sarebbe portati a sposare il lapidario commento di Fein: “In sum, the reasoning in *Griswold* is utterly incomprehensible”.<sup>56</sup> Tuttavia, si potrebbe ancora, se non trovare una solida giustificazione teorica, almeno considerare la vicenda un esempio paradigmatico di realismo giuridico americano, all'interno di quel che restava del giudizio *ex aequo et bono*, che già ai tempi si andava formalizzando e quindi snaturando.<sup>57</sup>

Innanzitutto, *Griswold* potrebbe essere una rivincita su Frankfurter, l'estensore di *Poe v. Ullman*, dove Douglas era rimasto in minoranza. L'idiosincrasia tra i due era nota.<sup>58</sup> In secondo luogo, potrebbe essere interpretata come un “duello” giuridico tra il giudice Douglas e il giudice Hugo Black, che invece in *Griswold* scrive un'opinione dissenziente. A sua volta questa contrapposizione potrebbe assumere tre diverse versioni, a seconda del punto di vista. Henly suggerisce, per esempio, che i due si siano sfidati per l'eredità morale di Holmes.<sup>59</sup> Abbiamo già visto come Douglas riprenda Holmes, ma senza citarlo. Un peccato mortale nel *common law*. Al contrario Black lo richiama

---

<sup>51</sup> C. Rideout, *op. cit.*, p. 172.

<sup>52</sup> M. Tushnet, “Two Notes on the Jurisprudence of Privacy”, *Constitutional Commentary*, 8 (1991), pp. 78-85.

<sup>53</sup> G.H. Reynolds, *op. cit.*

<sup>54</sup> Ivi, p. 1336.

<sup>55</sup> L.J. Sirico, *op. cit.*, p. 483.

<sup>56</sup> B. Fein, “*Griswold v. Connecticut*: Wayward Decision-Making in the Supreme Court”, *Ohio Northern University Law Review*, 16 (1989), pp. 551-559, p. 554.

<sup>57</sup> Si vedano R. Pound, “The Decadence of Equity”, *Columbia Law Review*, 5 (1905), 1, pp. 20-35 e W.F. Walsh, “Is Equity Decadent?”, *Minnesota Law Review*, 22 (1937), pp. 479-495.

<sup>58</sup> Si veda a questo proposito M. Ufrosky (a cura di), *The Douglas letters: Selections from the private papers of Justice William O. Douglas*, New York, Adler & Adler, 1987.

<sup>59</sup> B. Henly, *op. cit.*, p. 93.





estensivamente a sostegno della sua posizione contraria a Douglas, ma omette tutti i casi in cui Holmes usava la metafora di penombra. Un uso dei precedenti un po' tendenzioso, si potrebbe dire. Holmes, probabilmente, non sarebbe stato d'accordo con nessuno dei due: Douglas utilizza le sue idee, forzandole in avanti, mentre Black comprimendole nella direzione opposta.

Una seconda versione della rivalità tra Douglas e Black potrebbe invece riguardare le regole della buona ermeneutica e la fedeltà alla lettera costituzionale. Musante,<sup>60</sup> per esempio, ha creduto di poter individuare in Douglas una forma di *strong textualism* e in Black una di *weak textualism*. Douglas sarebbe partito dal testo, avrebbe stabilito delle analogie tra vari precedenti anche apparentemente irrelati, per poi compiere un processo di astrazione e affermare l'esistenza di un trascendentale diritto alla privacy, che il testo stesso non rubrica. Il suo *textualism* è *strong* nella misura in cui l'interpretazione della disposizione costituzionale non conduce alla creazione di una norma, ma semplicemente a una sua "scoperta" attraverso le distinzioni semantiche e l'uso intelligente dei precedenti. Reynolds, che sembra aderire a questa posizione, la definisce "a realistic application of textualism".<sup>61</sup> Al contrario il giudice Black nella sua opinione dissenziente critica la "ginnastica semantica" di Douglas, sostenendo che il potere di riconfigurare il linguaggio e la cultura di una società spetta al Parlamento nella sua sovranità. Fare altrimenti sarebbe antidemocratico. La cassetta degli attrezzi del giudice supremo, prosegue Black, contiene solo la Costituzione e l'interpretazione più o meno letterale delle disposizioni lì contenute, da cui *weak textualism*. La Corte non può semplicemente "scoprire" nuovi diritti nel non detto di alcuni articoli o invocare qualche vago principio di diritto naturale. La Costituzione ha un perimetro normativo che non può essere varcato, pena rendere l'attività giudiziale arbitraria o, peggio, sostitutiva a quella legislativa. Bisogna restare il più fedele possibile al testo, senza cercare di trascenderlo o ricercare qualche principio immanente. Si noti comunque come entrambi sostengano di fare riferimento al significato primario della Costituzione, benché Douglas a quello implicito e Black a quello esplicito.

---

<sup>60</sup> A. Musante, "Black and White: What Law and Literature Can Tell Us About the Disparate Opinions in *Griswold v. Connecticut*", *Oregon Law Review*, 85 (2006), pp. 853-894.

<sup>61</sup> G.H. Reynolds, *op. cit.*, p. 1346.





Una terza opzione, infine, potrebbe essere considerare l'uso della metafora della penombra come un tentativo di evitare la resa dei conti con Black. Quest'ultimo in *Adamson v. California*<sup>62</sup> aveva fortemente stigmatizzato “the natural law due-process formula”,<sup>63</sup> utilizzata dalle Corti, senza il supporto del testo, “to trespass, all too freely, on the legislative domain of the States as well as the Federal Government”.<sup>64</sup> Ai tempi Douglas si era schierato con Black e forse sperava che mantenendo un qualche legame con la lettera costituzionale attraverso la metafora della penombra e delle emanazioni avrebbe allontanato lo spettro del diritto naturale e convinto Black a sostenerlo in *Griswold*. Non ha funzionato.

Si può solo speculare su quale sia l'interpretazione più corretta e quali fossero le reali intenzioni di Douglas. Qualcuno ha anche suggerito che alla base di tutto ci sia l'educazione protestante impartitagli dal padre sacerdote.<sup>65</sup> Certo è che successivamente la Corte Suprema, facendo propria la visione del giudice Harlan in *Poe v. Ullman*, ha ricondotto il diritto alla privacy da metadiritto penumbratile a diritto implicito del Quattordicesimo Emendamento, chiarendo così molti dubbi interpretativi. Ciononostante non è detto che in futuro la metafora della penombra potrebbe tornare a turbare i sonni dei giuristi statunitensi.<sup>66</sup> Dopo tutto, era stato proprio Karl Nickerson Llewellyn, uno dei padri del realismo americano, a scrivere in tempi non sospetti che “whatever one takes as being this working Constitution, he will find the edges of his chosen material not sharp, but *penumbra-like*”.<sup>67</sup>

Giacomo Viggiani  
Università di Brescia  
[giacomo.viggiani@unibs.it](mailto:giacomo.viggiani@unibs.it)

---

<sup>62</sup> 332 U.S. 46 (1947).

<sup>63</sup> *Ivi*, 80.

<sup>64</sup> *Ivi*, 90.

<sup>65</sup> J.B. White, *Justice as Translation. An Essay in Cultural and Legal Criticism*, Chicago, University of Chicago Press, 1990, p. 172.

<sup>66</sup> Secondo B.P. Denning e G.H. Reynolds, *Comfortably Penumbral*, cit., anche se il vocabolo penombra è stato solo relativamente utilizzato, il *penumbral reasoning*, ovvero ragionare a partire dal testo per poi scoprire/creare un metaprincipio o diritto che lo tiene insieme, non è così eccezionale e se ne possono trovare vari esempi in tutta la storia giurisprudenziale degli Stati Uniti, prima e dopo *Griswold*.

<sup>67</sup> K.N. Llewellyn, “The Constitution as an Institution”, *Columbia Law Review*, 34 (1934), pp. 1-40, p. 26. Corsivo mio.