

Police Brutality, Qualified Immunity e conflitto razziale nell'esperienza statunitense*

Laura Fabiano

SOMMARIO: 1. La *police brutality* nelle vicende di cronaca statunitensi: un problema di difficile soluzione. – 2. Diritto alla sicurezza v. Diritto della sicurezza. – 3. La disciplina (costituzionale e legislativa) statunitense sulla responsabilità civile e penale di chi agisce *under the color of law*. – 4. L'accertamento della *police liability* in base al 18 USC 242. – 5. La *qualified immunity doctrine* nella valutazione della responsabilità civile. – 6. La giurisprudenza sulla *vicarious liability* delle amministrazioni di appartenenza dei *police officers*. – 7. Il dibattito interno alla Corte suprema sulla *qualified immunity doctrine*. – 8. La proposta di riforma normativa in discussione al Congresso: il *George Floyd Justice in Policing Act* del 2021.

1. La *police brutality* nelle vicende di cronaca statunitensi: un problema di difficile soluzione

Con cadenza quasi regolare il tema della legittimità e dei limiti dell'uso della forza brutale o letale da parte delle forze di polizia ritorna ad essere fonte di dibattito e conflitto politico nell'esperienza statunitense¹.

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

¹ L'argomento medesimo riveste ovviamente grande interesse anche al di fuori dell'esperienza statunitense. Con riguardo alle vicende italiane sono più che noti ad esempio i casi susseguenti al G8 a Genova nel 2001 (in particolare con riguardo all'irruzione della polizia nella scuola Diaz il 21 luglio del 2001) su cui cfr. F. Viganò, *La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura. La sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano*, in *Dir. pen. cont.*, <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/> (9 aprile 2015). Cfr. anche F. Cancellaro, *A Bolzaneto e ad Asti fu tortura. Tre nuove condanne inflitte dalla Corte di Strasburgo all'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU*, in *Dir. pen. cont.*, <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/> (16.11.2017); F. Cassibba, *Violato il divieto di tortura: condannata l'Italia per i fatti della scuola Diaz Pertini*, in *Dir. pen. cont.*, <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/> (27.4.2015). Altrettanto note sono le vicende riguardanti Stefano Cucchi, Federico Aldrovandi, Giuseppe Uva su cui si rinvia a L. Manconi, V.

Incidenti come la morte di Michael Brown a Ferguson nel 2014 o di George Floyd a Minneapolis nel 2020² hanno provocato importanti movimenti di protesta nei confronti della cd *police brutality* alimentando sia il mai risolto conflitto razziale³ sia il dibattito circa la necessità di rivalutare la disciplina e la giurisprudenza in tema di responsabilità civile e penale degli esponenti delle forze dell'ordine nel corso delle loro operazioni.

Il tema dell'uso (eccessivo) della forza da parte dei rappresentanti delle forze di polizia è questione sulla quale si gioca evidentemente un importante e complesso compromesso politico che si collega alla necessità di bilanciare la garanzia efficace dell'ordine e della sicurezza pubblica con la tutela dei diritti civili individuali.

Nel contemperamento di tali due finalità, così come in tutte le altre vicende nelle quali si trovano a confrontarsi in termini dialettici l'interesse pubblico e i diritti individuali⁴, le scelte adottate tendono (o dovrebbero tendere) a perseguire l'efficace raggiungimento dell'interesse pubblico anche sacrificando, se e quando necessario, la pienezza del godimento dei diritti dei singoli (preservandone, dunque, un nucleo minimo essenziale) e ponendo tuttavia delle procedure di garanzia per gli stessi.

Nell'esperienza statunitense, tuttavia, con riguardo alle questioni attinenti il tema in discussione a fronte di una (scarna) normativa (costituzionale e statutaria) la quale in effetti pare seguire tali direttrici si riscontra una giurisprudenza di rango costituzionale che nel tempo ha progressivamente eroso il fronte delle

Calderone, *Quando hanno aperto la cella. Stefano Cucchi e gli altri*, con prefazione di G. Zagrebelsky, Milano, 2011.

² Oltre alle dette vicende ve ne sono tantissime altre. Fra le più note: la morte per soffocamento di Eric Garner a Staten Island su cui cfr. <http://www.nytimes.com/2015/06/14/nyregion/eric-garner-police-chokehold-staten-island.html>; la sparatoria nella quale ha perso la vita il dodicenne Tamir Rice a Cleveland mentre giocava una pistola giocattolo su cui cfr. <https://www.nytimes.com/2014/11/24/us/boy-12-dies-after-being-shot-by-cleveland-police-officer.html>; la morte del diciassettenne Laquan McDonald, che è stato colpito sedici volte da un agente di polizia di Chicago senza che avesse opposto alcuna resistenza su cui cfr. <https://www.nytimes.com/2018/10/06/us/race-related-laquan-mcdonald-lupe-valdez-ole-miss.html>.

³ Sul rapporto fra l'uso della forza brutale delle forze di polizia e il tema razziale specificatamente cfr. Mitchell F. Crusto, *Black Lives Matter: Banning Police Lynchings*, in *Hastings Const. L.Q.* vol. 48, n. 3, 2020, p. 3 ss.

⁴ Recentemente, nella vicenda pandemica, l'esperienza della parziale (ma a volte anche dolorosamente consistente) compressione di alcuni diritti individuali (libertà di circolazione, di culto, di iniziativa economica privata etc.) al fine di garantire l'interesse alla salute pubblica ne è un evidente esempio. Sul punto nella oramai sterminata bibliografia si rinvia ai numerosi contributi presenti nella Sezione «emergenza e prove di tenuta istituzionale» del volume *Speciál Issue 1/2020* della Rivista *Bio Law Journal* dedicato all'esperienza pandemica.

garanzie dei diritti individuali elaborando dei *test* di valutazione di legittimità dei comportamenti degli esponenti delle forze di polizia (sia in sede di accertamento di possibili responsabilità penali sia in ambito di valutazione di responsabilità civile) i quali, pur teoricamente orientati a punire i comportamenti colpevoli ed irragionevoli, hanno finito per definire uno scudo difensivo a favore degli ufficiali della forza pubblica che alimenta tensioni sociali e scarsa fiducia di gran parte della pubblica opinione nelle forze dell'ordine⁵.

Nel dicembre del 2014, a seguito dei tumulti innescati dalle vicende di Ferguson, il Presidente Obama ha istituito la *Task force on 21st century policing* con l'obiettivo di identificare *best practices* ed elaborare raccomandazioni su come le forze di polizia possono perseguire l'effettiva riduzione del crimine costruendo altresì un rapporto di fiducia con la società civile⁶. La *Task force* ha presentato 2 rapporti (uno intermedio ed uno finale) ed elaborato 59 raccomandazioni che sono state oggetto di ulteriore analisi e dibattito nell'ambito di un successivo *forum* convocato nel luglio del 2015 dalla Presidenza e dal Dipartimento di giustizia degli Stati Uniti cui hanno partecipato esponenti delle forze dell'ordine, dei governi locali e delle comunità sociali.⁷

Il dibattito innescato da tali vicende ha peraltro condotto negli ultimi anni alla elaborazione di diverse proposte normative orientate a superare lo stato di sostanziale deresponsabilizzazione nel quale si muovono gli agenti delle forze dell'ordine statunitensi ed in effetti è attualmente in corso di approvazione al Congresso statunitense una proposta legislativa piuttosto articolata la quale, facendo anche tesoro di quanto previsto in precedenti progetti di legge non approvati, elabora un disegno normativo il più completo possibile su questi temi⁸.

L'estrema polarizzazione politica che caratterizza tale tematica rende tuttavia difficile l'approdo a soluzioni normative condivise e, a ben guardare, rivela la necessità di approcciarsi al problema non solo lavorando per ridefinire i termini e i confini del concetto di responsabilità civile e penale a carico degli esponenti delle forze di polizia ma anche elaborando strategie parallele: ci si riferisce, ad esempio, alla possibilità di prevedere meccanismi premiali a favore

⁵ Cfr. *Public Trust and Law Enforcement – A Discussion for Policymakers*, (july 13, 2020), *Congressional Research Service*, <https://crsreports.congress.gov>, R43904.

⁶ Cfr. *President's Task Force on 21st Century Policing, Final Report of the President's Task Force on 21st Century Policing* (Washington, DC: *Office of Community Oriented Policing Services*, 2015), http://www.cops.usdoj.gov/pdf/taskforce/TaskForce_FinalReport.pdf.

⁷ Cfr. *President's Task Force on 21st Century Policing Implementation Guide: Moving from Recommendations to Action*. Washington, DC: *Office of Community Oriented Policing Services*, 2021.

⁸ Si tratta del *George Floyd Justice in Policing Act* del 2021 su cui più diffusamente nel presente lavoro.

dei comportamenti virtuosi così come all'introduzione di normative che prevedano una maggiore responsabilità istituzionale a fronte della violazione di diritti costituzionalmente garantiti con l'obiettivo di innescare un circolo virtuoso per il quale le istituzioni che rappresentano le forze dell'ordine siano spinte a premiare le condotte competenti e a reprimere i comportamenti illegittimi⁹.

2. Diritto alla sicurezza v. Diritto della sicurezza

Il rapporto intercorrente fra sicurezza pubblica e garanzia dei diritti individuali è caratterizzato da sempre da una contemporanea relazione di continuità e di dicotomia. La nascita stessa dell'apparato statale, in termini hobbesiani, rappresenta l'uscita dalla condizione di incertezza estrema dell'*homo homini lupus* e dunque affonda le proprie radici nell'esigenza degli individui di associarsi fra loro ed organizzarsi con la finalità di garantirsi, in primo luogo, sicurezza¹⁰; d'altra parte la garanzia di sicurezza offerta dall'apparato statale richiede, a volte, una limitazione nella libertà personale e un sacrificio nella pienezza del godimento del diritto dei singoli.

Lo Stato nasce dunque per garantire sicurezza¹¹ e tuttavia nel dispiegarsi delle proprie funzioni pone in essere scelte normative e politiche ove il diritto alla sicurezza e la sicurezza dei diritti più che in rapporto di continuità si pongono in rapporto di dicotomia¹².

⁹ Cfr. E.R. Feldman, *Strict Tort Liability for Police Misconduct*, in *Columbia Journal of Law and Social Problems*, vol. 53, n. 1, p. 90 ss.

¹⁰ «in primo luogo è necessario per la pace che ciascuno sia protetto contro la violenza altrui così da poter vivere con sicurezza [...] La sicurezza, infatti, è il fine per cui gli uomini si sottomettono gli uni agli altri; se non la conseguissero, non si capisce perché si sarebbero sottomessi, o avrebbero rinunciato al loro diritto di difendersi secondo giudicano meglio. E d'altra parte non si potrebbe capire perché avrebbero contratto degli obblighi, o rinunciato al diritto su tutto, prima che si fosse provveduto alla loro sicurezza», T. Hobbes, *Elementi filosofici sul cittadino*, trad. it. N. Bobbio, Torino, 1959, p. 157. Sulla filosofia hobbesiana in tema di sicurezza cfr. F. M. De Sanctis, *Diritto, libertà, sicurezza. Fra inizio e compimento della modernità*, in *Rivista di scienze della comunicazione e della argomentazione giuridica*, n. 2, 2015, p. 19 ss.

¹¹ Oltre che, secondo l'insegnamento di John Locke, per garantire i diritti di libertà e proprietà. Il contrattualismo liberale di matrice lockiana sarà peraltro alla base, come noto, della teoria del buon governo elaborata da Thomas Jefferson nella Dichiarazione di indipendenza degli Stati Uniti d'America del 4 luglio 1776. Sul punto cfr. A. Rinella, *La Carta della Rivoluzione Americana*, in *Dichiarazione di Indipendenza degli Stati Uniti d'America*, Macerata, 2007.

¹² R. Ruotolo, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, Editoriale in *Democrazia e sicurezza*, n. 2, 2013.

Il rompicapo, secondo l'insegnamento di Alessandro Baratta, è "il risultato di una costruzione costituzionale falsa e perversa"¹³ del concetto stesso di sicurezza (e delle correlate politiche criminali¹⁴): alle origini della cattiva comprensione del tema vi è difatti la pretesa di concepire una distinzione logica tra politica della sicurezza e politica sociale, giustapposizione della quale andrebbe invece riconosciuta la connotazione di tipo essenzialmente ideologico¹⁵. Ciò giacché le scelte in tema di prevenzione e repressione della criminalità sono (o dovrebbero essere) parte integrante del più ampio tema delle scelte di politica di tutela dei diritti fondamentali mentre accade che l'inversione del *focus* attraverso cui si guarda alla questione sicurezza (non sicurezza dei diritti ma diritto della sicurezza) conduce ad un sostanziale svuotamento del significato intrinseco del concetto stesso. Di qui, a ricaduta, l'ipertrofia del diritto penale¹⁶ (che da reazione punitiva limitata e razionale¹⁷, *extrema ratio* nelle scelte di politica criminale, diviene invece strumento di governo della società¹⁸) con una conseguente delegittimazione dell'intero sistema penale dal quale non può che derivare un

¹³ A. Baratta, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in M. Palma – S. Anastasia (a cura di), *La bilancia e la misura*, Milano, 2001, p. 21 ss.

¹⁴ Ove per politica criminale potrà intendersi «in un'accezione allargata al massimo, ogni altra misura "politica" o amministrativa, formalizzata o meno in istituti giuridici, avente come obbiettivo o come effetto calcolabile l'incidenza sugli stessi fenomeni devianti, che il diritto penale assume a suo oggetto», D. Pulitanò, *Politica criminale*, in G. Marinucci - E. Dolcini (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 6 ss.

¹⁵ A. Baratta, *Droits de l'homme e politique criminelle*, in *Déviance et société*, vol. 23, n 3, 1999, p. 239-257.

¹⁶ Cfr. sul punto E. Luna, *The Overcriminalization Phenomenon*, in *Am. U.L. Rev.* Vol. 54, 2005, p. 703 ss.; W.J. Stunz, *The Pathological Politics of Criminal Law*, in *Mich L. Rev.*, vol. 100, 2001, p. 505 ss.; S. Beale, *The Many Faces of Overcriminalization: From Morals and Mattress Tags to Overfederalization*, in *American University Law Review*, vol. 54, 2005, p. 747 ss.

¹⁷ «[A]ttraverso un processo di autolimitazione, la forza punitiva è diventata diritto penale (*jus puniendi*), attraverso la recezione dell'idea dello scopo la cieca e sfrenata reazione si è trasformata in pena giuridica e l'azione dominata dall'istinto è divenuta azione controllata dalla volontà. La potestà dello Stato ha impugnato la spada della Giustizia per tutelare l'ordinamento giuridico contro lo scellerato che vi si ribella», F. Von Liszt, *La teoria dello scopo nel diritto penale* (1905), Milano, 1962, p. 33. Cfr. V. Manes, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Questione giustizia*, n. 1, 2019, p. 86 e ss.

¹⁸ Sul rapporto di sussidiarietà fra politica criminale e politica penale cfr. M. Donini, *La riforma del codice penale fra politica e cultura giuridica*, in *Questione Giustizia*, n. 2-3, 2004, p. 487; F. Bricola, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX, Torino, 1973.; Id., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative*, in M. De Acutis - G. Palombarini (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale*, Padova, 1984, p. 3 ss.; Id., *Carattere 'sussidiario' del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, vol. I, Milano, 1984, p. 99 ss.

indebolimento della funzione di prevenzione generale¹⁹ e il rischio che le politiche di lotta al crimine da normative orientate alla protezione dei deboli ne divengano strumenti di repressione²⁰.

3. La disciplina (costituzionale e legislativa) statunitense sulla responsabilità civile e penale di chi agisce under the color of law

Nell'esperienza statunitense la questione della legittimità e dei limiti della discrezionalità dell'uso della forza da parte delle forze di polizia è tema che ricade nella protezione di diverse clausole costituzionali.

Nel 1989, nella decisione *Graham v. Connor*²¹, la Corte suprema ha posto il principio per il quale il concetto di “forza eccessiva” non può essere definito secondo un unico *standard* generalizzato e assoluto²². Posto che le attività di “*search and seizure*” (dunque i diritti del sospettato) ricadono nei limiti posti dal IV emendamento, le garanzie del *due process* concernono i diritti dell'indagato ed infine i principi posti dall'VIII emendamento riguardano coloro che sono stati condannati, il giudice Rehnquist, relatore per la Corte, chiarì in tale decisione come l'utilizzo legittimo della forza da parte della polizia vada inquadrato in relazione al momento nel quale avviene e valutato a partire dalla clausola costituzionale che si presume violata da quello specifico comportamento²³; ciò comportando che, a partire dalla decisione *Graham*, i precedenti (i *test* e gli *standards*) in tema di illegittimità dell'uso della forza (brutale o letale) elaborati interpretando la *due process* non sono più utilizzabili per valutare la legittimità di comportamenti (altrettanto brutali o letali) inquadrabili nelle fattispecie di cui al IV emendamento o dell'VIII.

Sul versante del diritto statutario, per quel che concerne i profili penalistici, la norma federale che si applica ai casi di condotta delle forze di polizia lesiva di diritti fondamentali dell'uomo è la 18 U.S. Code § 242 - *Deprivation of rights under color of law* (in alcuni casi in combinato disposto con la 18 U.S. Code § 241

¹⁹ Nell'esperienza statunitense cfr. D. Husak, *Is the Criminal Law Important?*, *Ohio St. J. Crim. L.*, n. 1, 2003, p. 261 ss.; per la dottrina italiana cfr. G. Fiandaca, *Controllo di razionalità e legislazione penale*, in G. Fiandaca, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002, p. 84 ss.

²⁰ A. Baratta, *Droits de l'homme e politique criminelle*, cit.

²¹ 490 US 386 (1989).

²² 490 US at 394.

²³ 490 US at 394. Su questo aspetto della decisione *Graham* si rinvia a M. W. Karsch, *Excessive Force and the Fourth Amendment: When Does Seizure End?*, in *Fordham L. Rev.*, n. 58, 1990 p. 823 ss.; B.E. MacDonald, *Graham v. Connor: A Reasonable Approach to Excessive Force Claims against Police Officers*, in *Pac. L. J.*, vol. 22, 1990, p. 157 ss.

– *Conspiracy against rights*); in ambito civilistico, invece, il riferimento normativo (con riguardo ai pubblici ufficiali dipendenti statali) è alla Sezione 1983 del Titolo 42 del Codice degli Stati Uniti (Azione civile per privazione dei diritti) in base alla cui dicitura è stabilito il diritto di citare in giudizio i dipendenti (del governo statale) che agiscono «sotto il colore della legge statale» per violazioni dei diritti civili. Nel 1971 con la decisione *Bivens v. Six Unknown Named Agents of Federal Bureau of Narcotics*²⁴, la Corte suprema ha statuito la possibilità di un rimedio analogo nei confronti degli atti compiuti da ufficiali federali (la cd. azione *Bivens*)²⁵.

Tanto la disciplina prevista nel paragrafo 242 del Capitolo 18 dello *US Code* quanto il paragrafo 1983 del capitolo 24 sono da ricomprendere, nelle loro origini storiche, nell'ambito di quelle numerose previsioni normative adottate dal Congresso in risposta alla violenza sistematica ed alle ingiustizie perpetrate nei confronti della popolazione di colore del sud a ridosso della guerra civile²⁶. In particolare le discipline dette sono state poste rispettivamente dal *Civil Rights Act* del 1866 e dal *Civil Rights Act* del 1871 (altrimenti noto come *Ku Klux Klan Act*)²⁷

²⁴ 403 US 388 (1971).

²⁵ 403 U.S. 388 (1971). Su cui cfr. J. E. Pfander, *The Story of Bivens v. Six Unknown-Named Agents of the Federal Bureau of Narcotics*, in *Northwestern University School of Law Faculty Working Papers*, Paper 189, 2009, <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/facultyworkingpapers/189> (ultima consultazione, 14/04/2021).

²⁶ Cfr. sul punto D. Strazzari, *Discriminazione e diritto*, Cedam, 2008, spec. p. 223 e ss.

²⁷ *La previsione e l'interpretazione giurisprudenziale dei detti rimedi non può dunque prescindere dalla più ampia storia della normativa federale sui diritti civili: sulla base degli emendamenti adottati a ridosso della fine della guerra civile (il XIII, XIV e il XV emendamento) e della previsione in essi di un potere federale di adozione di normative volte a dare esecuzione ai principi in essi previsti, il Congresso provvide ad emanare diversi Statutes volti a ad assicurare alla popolazione di colore appena liberata dalla schiavitù il godimento dei diritti civili e politici. Vennero pertanto adottati sulla scorta di tali intenti atti come il Civil Rights Act del 1866, gli Enforcement Acts del 1870 e del 1871, il Ku Klux Klan Act del 1871, il Civil Rights Act del 1875.*

*Tuttavia, l'interpretazione che il Congresso aveva fatto dei Reconstruction Amendments e dei poteri del legislatore federale in essi previsti venne pesantemente ridimensionata dalla giurisprudenza della Corte suprema in sentenze altrettanto note quali gli Slaughterhouse cases del 1873 (cfr. anche United States v. Cruikshank, 92 US 542 (1876)) nelle quali il giudice costituzionale distinguendo fra diritti di cittadinanza statale e federale offrì una interpretazione decisamente restrittiva del concetto di privileges and immunities of citizens of United States riducendo drasticamente, di conseguenza, la portata dei poteri del Congresso federale. Sul punto la bibliografia è ovviamente sterminata e ci si limita a rinviare a J.M. Balkin, *The Reconstruction Power*, in *N.Y.U. L. Rev.*, vol. 85, 2010, p. 1801 ss.; E. Foner, *The Supreme Court and the History of Reconstruction—and Vice-Versa*, in *Colum. L. Rev.*, vol. 112, 2012, p. 1585 ss.*

e si collegano dunque strettamente, sin dalle loro origini, con la questione razziale che tuttora tristemente innerva i termini del problema.

Una delle questioni legali sulle quali la Corte suprema si pronunciò sin da subito con una certa chiarezza riguardò la portata applicativa delle disposizioni citate in relazione all'espressione in esse utilizzate: «*Under the color of law*»²⁸.

Difatti, secondo un'interpretazione restrittiva, l'espressione detta consentiva la possibilità di procedere sulla base del paragrafo 242 (o intentare una causa sulla base del paragrafo 1983) solo quando l'imputato (o il convenuto) avesse agito sulla base di uno *Statute* statale che lo avesse autorizzato specificamente ad agire in modo tale da violare la Costituzione federale e i diritti in essa garantiti²⁹.

Tale interpretazione finiva per escludere dall'ambito di applicazione delle due disposizioni tutti quei comportamenti (moltissimi) adottati da funzionari statali i quali avessero agito nelle loro capacità ufficiali ma in violazione della legge statale.

Tale lettura esegetica venne superata dalla Corte suprema nella decisione *Screw v. United States*³⁰ con riguardo al paragrafo 242 e con la decisione *Monroe v. Pape*³¹ in relazione alla sezione 1983. In entrambe le decisioni la Corte chiarì difatti la portata applicativa dell'espressione come riguardante i comportamenti assunti da pubblici ufficiali (legittimamente o meno) nel corso dello svolgimento delle proprie funzioni o comunque sulla base dell'autorità che gli è conferita.

In entrambe le decisioni dissentiva su tale punto il giudice Frankfurter per il quale un'azione compiuta in violazione di una legge di uno Stato (ad opera tanto di un privato cittadino o quanto di un pubblico ufficiale) era faccenda di competenza statale e non federale ed una diversa interpretazione finiva per risolversi in una sorta di sovvertimento della separazione delle competenze del governo multilivello statunitense³².

²⁸ Cfr. S.L. Winter, *The Meaning of "Under Colour of" Law*, in *Mich. L. Rev.*, n. 91, 1992, p. 3 ss.; R. H. W. Maloy, *"Under Color of" - What Does It Mean*, in *Mercer Law Review*, vol. 56, no. 2, 2005, p. 565-648.

²⁹ E.H. Zagrans, *"Under Color of" What Law: A Reconstructed Model of Section 1983 Liability*, in *Va. L. Rev.*, vol. 71, 1985, p. 499 ss.

³⁰ 325 US 91 (1945). *Il caso era stato portato all'attenzione della suprema corte come emblema della problematica della violenza brutale della polizia a sfondo razziale in alcune zone del paese e nelle intenzioni dell'allora procuratore generale del paese Frank Murphy (il futuro giudice Murphy) avrebbe potuto essere la decisione di svolta nella ripresa della marcia federale per il riconoscimento e la garanzia dei diritti delle persone di colore. Cfr. T.C. Clark, A Federal Prosecutor Looks at the Civil Rights Statutes*, in *Colum. L. Rev.*, vol. 47, 1947, p. 175 ss.

³¹ 365 U.S. 167 (1961).

³² Cfr. in particolare quanto affermato dal giudice Frankfurter in *Screw v. United States* at 144.

4. L'accertamento della police liability in base al 18 USC 242

Con quanto stabilito nella sentenza *Screw* la Corte sancisce la sussistenza di una giurisdizione di garanzia federale nell'attività dei funzionari pubblici statali con riguardo al rispetto da parte loro dei diritti civili. A fronte dell'importanza di tale aspetto del precedente (in termini di ampliamento delle possibilità di tutela dei diritti) il caso *Screw*, nell'interpretazione sostanziale del paragrafo 242, non approdò tuttavia a conclusioni altrettanto garantiste. Difatti, nell'interpretare la disciplina posta nel paragrafo 242, la Corte si concentrò sulla dicitura in esso utilizzata: ove la normativa imponeva una responsabilità nei confronti di «*Whoever, under color of any law, ..., willfully subjects any person ...to the deprivation of any rights, privileges, or immunities secured or protected by the Constitution or laws of the United States...*», il giudice Douglas, relatore nell'opinione di maggioranza, sottolineò l'importanza dell'espressione «*willfully*» interpretandola come la necessità per l'accusa di dimostrare che l'imputato avesse agito con lo specifico intento di privare la vittima di un proprio diritto civile. Tale interpretazione, nell'idea di Douglas, consentiva di superare il problema a monte, posto dalla difesa nella vicenda in oggetto, per la quale la disciplina costituzionale in tema di diritti civili fosse caratterizzata da una eccessiva vaghezza e che il suo carattere indeterminato sollevasse l'imputato dalle proprie responsabilità³³.

Nel 1952 nella decisione *Rochin v. California*³⁴ la Corte suprema ritornò sul tema della vaghezza della disciplina costituzionale in tema di diritti garantiti

³³ Sulle argomentazioni di Douglas nella decisione *Screws* cfr. P. J. Watford, *Hallows Lecture: Screws v. United States and the Birth of Federal Civil Rights Enforcement*, *Marq. L. Rev.*, vol. 98, 2014, p. 465 ss. In senso critico cfr. P. Savoy, *Reopening Ferguson and Rethinking Civil Rights Prosecutions*, in *NYU Review of Law & Social Change*, vol. 41, p. 277 e ss.; M. Teitelbaum, *Willful Intent: US v. Screw and the Legal Strategies of the Department of Justice and NAACP*, in *Univ. of Penns. Jou. of Law and Social Change*, vol. 20., n. 3, p. 185 e ss. La questione si collega alla *Void-for-Vagueness Doctrine* (ciò che nel diritto italiano è il c.d. principio di "determinatezza" del reato penale) su cui, per la giurisprudenza della Corte Suprema cfr. le decisioni *Johnson v. United States*, 135 S. Ct. 2551, 2557 (2015), *Welch v. United States*, 136 S. Ct. 1257, 1268 (2016), *Beckles v. United States*, 137 S. Ct. 886, 892 (2017), *Sessions v. Dimaya*, 138 S. Ct. 1204 (2018); per la dottrina cfr. A.E. Goldsmith, *The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court, Revisited*, in *Am. Journ. Crim. Law*, vol. 30, 2003, spec. p. 284; P. Insolera, *Da Scalia a Gorsuch: giudici "originalisti" e limiti costituzionali al punire nell'interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense*, in *Riv. dir. comp.*, n. 3, 2017, p. 132 ss. Sul principio di "determinatezza" nel diritto italiano si rinvia ad A. Bonomi, *Il principio di determinatezza delle fattispecie criminose: un parametro costituzionale sempre più "inesistente"*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2020, www.rivistaaic.it (ultima consultazione 12/04/2021).

³⁴ 342 US 165 (1952).

attraverso il *due process* stabili che sono in ogni caso vietate le condotte talmente violente da “sconvolgere la coscienza”³⁵. La vicenda riguardava l’arresto e la successiva condanna di Rochin, uno spacciatore, che al fine di far sparire le prove a proprio carico aveva ingoiato delle pillole di narcotici. Gli agenti di polizia lo avevano percosso con violenza sullo stomaco per farlo vomitare e non riuscendo nell’intento lo avevano condotto in ospedale dove gli avevano fatto somministrare un emetico. Le prove così ottenute vennero considerate illegittimamente reperite dalla Corte suprema proprio in virtù del comportamento raccapricciante degli agenti di polizia.

Sulla base della decisione *Rochin*, nel 1973, la Corte di appello del secondo circuito, nella decisione *Johnson v. Glick*³⁶ elaborò un test composto da quattro fattori di valutazione per determinare se un comportamento violento potesse considerarsi illegittimo in quanto non rispettoso delle garanzie offerte dal principio del *due process*. Affermando che «non tutte le strattonate e le spinte, anche quelle che sembrano successivamente non necessarie nella calma dell’ufficio del giudice, violano di per loro i diritti costituzionali di un prigioniero» la Corte ritenne che «nel valutare se è stato oltrepassato un confine tracciato nella Costituzione, una Corte deve considerare alcuni fattori quali: 1) la necessità di utilizzare la forza, 2) la relazione intercorrente fra la necessità e il grado di forza utilizzata, 3) la quantità di danno inferta e 4) se la forza è stata utilizzata in buona fede con l’obiettivo di mantenere o ristabilire la disciplina oppure maliziosamente e sadicamente con il vero obiettivo di infliggere dolore»³⁷.

La considerazione dell’elemento soggettivo nella valutazione del comportamento di un agente nell’esercizio delle proprie funzioni viene affermato, con riguardo alle garanzie poste dal IV emendamento, nella decisione *Tennessee v. Garner*³⁸, del 1985, nella quale il giudice White, estensore della sentenza, chiarì che «Ai sensi del IV emendamento della Costituzione degli Stati Uniti, un ufficiale di polizia può usare la forza letale per prevenire la fuga di un sospettato solo se in

³⁵ 342 US at. 172.

³⁶ *Johnson v. Glick*, 481 F.2d 1028 (1973).

³⁷ Traduzione dell’autrice. In lingua originale: «*Not every push or shove, even if it may later seem unnecessary in the peace of a judge’s chambers, violates a prisoner’s constitutional rights. In determining whether the constitutional line has been crossed, a court must look to such factors as: 1) The need for the application of force, 2) The relationship between the need and the amount of force that was used, 3) The extent of injury inflicted, and 4) Whether force was applied in a good faith effort to maintain or restore discipline or maliciously and sadistically for the very purpose of causing harm*» *Johnson v. Glick*, 481 F.2d 1028 (1973).

³⁸ 471 US 1 (1985).

buona fede ritiene che il sospetto costituisce una minaccia significativa di morte o di grave ingiuria fisica per lo stesso poliziotto o per altri»³⁹.

Quattro anni dopo, nel 1989, la Corte suprema si pronuncia sul caso *Graham v. Connor*.

La vicenda sottesa alla decisione riguardava il brutale arresto di Dethorne Graham, un ragazzo diabetico, che sotto l'effetto di una crisi per ipoglicemia, in compagnia di un amico, aveva acquistato in tutta fretta in un negozio di alimentari un succo di frutta al fine di far fronte alla propria condizione sanitaria. Un agente di polizia, William Berry, aveva ritenuto sospetto l'atteggiamento frettoloso di Graham nel negozio e lo aveva fermato. Nonostante l'amico di Graham avesse informato l'agente della situazione, William Berry ritenne che l'atteggiamento «scomposto» di Graham alla sua richiesta di fermarsi e mostrare i documenti (il ragazzo camminava intorno alla propria auto e sembrava non prestare attenzione alle intimazioni di fermarsi dell'agente) fosse minacciosa e procedette ad un arresto nel corso del quale Graham si ruppe un piede e riportò alcune altre lesioni.

La decisione *Graham* è importante, come già evidenziato, sulla base del fatto che in detta sentenza la Corte suprema ripudia l'idea che esista un unico *standard* generalizzato che possa definire in assoluto il concetto di «forza eccessiva»⁴⁰, posto che l'utilizzo legittimo della forza da parte della polizia va inquadrato in relazione al momento nel quale avviene e valutato a partire dalla clausola costituzionale che si presume violata da quel comportamento⁴¹; in particolare nella decisione *Graham* il giudice Rehnquist definisce con nettezza la differenza in termini di garanzie, e dunque di valutazione dei comportamenti, che attengono il IV emendamento piuttosto che la *due process clause*⁴². Sulla base di tali preliminari considerazioni Rehnquist, conclude che il caso concreto ricadeva nelle garanzie offerte dal IV emendamento e non della *due process clause* e che dunque, alla vicenda in oggetto, non fosse applicabile il precedente *Rochin*.

La sentenza *Graham* è importante in secondo luogo in quanto è in tale decisione che la Corte pone il precedente per il quale, nella valutazione circa la legittimità del comportamento di un agente che trattiene e arresta un sospettato,

³⁹ *Tennessee v. Garner, Primary Holding*. Traduzione dell'autrice. La vicenda riguardava la morte di un quindicenne di colore sparato da un agente di polizia mentre tentava di fuggire scavalcando una recinzione dopo un'effrazione in un'abitazione. Durante il processo l'agente ammise di essere consapevole che il ragazzo in fuga era disarmato e tuttavia aveva sparato sulla base del fatto che uno Statuto del Tennessee prevedeva che la polizia potesse utilizzare «tutta la forza necessaria» per eseguire un arresto dopo aver intimato ad un sospetto l'obbligo di fermarsi e proclamato l'intenzione di eseguire l'arresto stesso. La Corte suprema nella decisione *Garner* dichiarò questo *Statute* statale incostituzionale in quanto in violazione del IV emendamento.

⁴⁰ 490 US at 394.

⁴¹ 490 US at 394.

⁴² 490 US at 395.

un giudice deve prescindere dalla considerazione della buona fede dell'ufficiale di polizia attenendosi invece ad un *objectively reasonable standard*; ciò in quanto, come osserva la Corte, «Le cattive intenzioni di un ufficiale non costituiranno una violazione del Quarto Emendamento a causa di un uso della forza oggettivamente ragionevole; né le buone intenzioni di un ufficiale renderanno costituzionale un uso della forza oggettivamente irragionevole»⁴³.

Il principio dell' *objective reasonable standard*, come declinato nella decisione *Graham*, impone che le azioni di un pubblico ufficiale di polizia siano «oggettivamente ragionevoli» alla luce dei fatti e delle circostanze che egli deve affrontare (il c.d. *totality of the circumstances approach*), indipendentemente dall'intento o dalla motivazione sottostante; tuttavia, nel definire i parametri sulla base dei quali valutare la legittimità di un comportamento violento di un esponente della forza pubblica la Corte sancisce che la «ragionevolezza» di un particolare uso della forza deve essere giudicata dal punto di vista di un ufficiale ragionevole sulla scena, e il suo calcolo deve comprendere una tolleranza per il fatto che gli agenti di polizia sono spesso costretti a prendere decisioni in una frazione di secondo circa la quantità di forza necessaria in una situazione particolare⁴⁴.

La valutazione «oggettiva» della ragionevolezza del comportamento di un pubblico ufficiale viene dunque stimata, nella decisione *Graham*, attraverso uno *standard* che così oggettivo non sembra dato che è collegato alla percezione dell'agente e che difatti è stato dalla dottrina statunitense efficacemente definito di «*subjective objectivity*»⁴⁵.

L' *objective reasonable doctrine*, come delineata nella decisione *Graham* (ovvero ancorata non alla valutazione della reale minaccia con la quale può trovare a misurarsi un agente di polizia che successivamente viene imputato in un procedimento per eccesso di uso della forza ma alla percezione che il medesimo può aver avuto di una possibile minaccia in quel momento) costituisce la pietra tombale posta sull'efficacia del divieto di «*Deprivation of rights under color of*

⁴³ 490 US at 397.

⁴⁴ 490 US at 397.

⁴⁵ G.P. Alpert-W.C. Smith, *How Reasonable is the Reasonable Man?: Police and Excessive Force*, *J. Crim. L. & Criminology*, vol. 85, 1994, p. 481 ss. Sull' *objective reasonable standard* in senso critico cfr. B. Garrett - S. Stoughton, *A Tactical Fourth Amendment*, in *Virginia Law Review*, vol. 103, n. 2, 2017, p. 211 ss.; B.L. Garrett, *Constitutional Reasonableness*, in *Minnesota Law Review*, vol. 102, 2017, p. 61 ss.; K.J. Jacob, *From Garner to Graham and Beyond: Police Liability for Use of Deadly Force — Ferguson Case Study*, in *Chi.-Kent L. Rev.*, vol. 91, 2016, p. 325 ss.; S. W. Stoughton, *How the Fourth Amendment Frustrates the Regulation of Police Violence*, in *Emory L.J.*, vol. 70, n. 3, 2021, p. 521 ss.; B.E. MacDonald, *Graham v. Connor: A Reasonable Approach to Excessive Force Claims against Police Officers*, in *Pac. L. J.*, vol. 22, 1990, p. 157 ss.

law» come stabilito nel paragrafo 242 del titolo 18 dello *US Code*. La medesima dottrina costituisce peraltro elemento di valutazione anche nelle richieste risarcitorie sulla base del paragrafo 1983 del 24 *US code*⁴⁶ contribuendo anche in ambito di accertamento della responsabilità civile a garantire l'irresponsabilità dei *public officers* statunitensi.

5. La qualified immunity doctrine nella valutazione della responsabilità civile

Anche sul versante della responsabilità civile la Corte suprema dopo aver inizialmente posto le premesse per un possibile percorso federale di garanzia dei diritti costituzionali elabora una dottrina giuridica, la *qualified immunity doctrine*, sulla base della quale finisce per risultare quasi impossibile riuscire a dimostrare una responsabilità in sede civile di un pubblico ufficiale che ne compatti una condanna.

Difatti negli stessi anni nel corso dei quali la Corte, con la decisione *Bivens*, espande le garanzie della sezione 1983 (sancendo la possibilità di intentare una causa per risarcimento danni in sede civile non solo nei confronti di funzionari statali ma anche di pubblici ufficiali dipendenti dell'amministrazione federale) riconosceva altresì che ai pubblici ufficiali e alle forze di polizia dovesse essere accordato un margine di errore nello svolgimento del proprio dovere per evitare che essi svolgessero le proprie funzioni nel costante timore, anche in buona fede, di violare qualche diritto costituzionalmente garantito e di risponderne successivamente in sede risarcitoria.

Nel 1967, nella decisione *Pierson v. Ray*⁴⁷, il giudice Warren pronunciandosi su di un caso nel quale alcuni sacerdoti episcopali di colore erano stati arrestati in quanto avevano stazionato (per protesta) in una sala d'attesa riservata ai bianchi, afferma che «Secondo l'opinione prevalente in questo paese, un ufficiale di polizia

⁴⁶ Cfr. a titolo esemplificativo il caso *Plumhoff v. Rickard* 572 US 765 (2014) ove la Corte suprema ha annullato la condanna ad un risarcimento danni da parte della *Appellate Court*. La vicenda sottesa al processo principale riguardava l'uccisione con 15 colpi di pistola di un guidatore di una autovettura e del suo passeggero ad opera della polizia dell'Arkansas che li aveva fermati per un controllo (perché l'automobile presentava un fanale non funzionante). Il guidatore dell'auto non si era fermato all'alt impostogli e nell'inseguimento che ne era derivato gli agenti avevano aperto il fuoco. La *Supreme Court* ha annullato la sentenza della *Appellate Court* ritenendo che il comportamento della persona alla guida del mezzo, provocando un inseguimento durato circa 5 minuti, aveva creato un serio rischio per l'incolumità delle persone ("posed a grave public safety risk"), e pertanto era stato ritenuto sufficiente per considerare giustificata la condotta della polizia e la scelta di usare la forza legittima e non eccessiva.

⁴⁷ 386 US 547 (1967).

che effettua un arresto sulla base di una ragione probabile non è responsabile di un arresto ingiusto solo perché successivamente viene provata l'innocenza del sospettato ... La sorte di un poliziotto non è così infelice tanto da trovarsi a scegliere fra essere accusato di negligenza dal suo dovere perché non ha effettuato un arresto in presenza di una causa probabile o essere sanzionato per una richiesta di risarcimento se lo fa. Sebbene la questione non sia del tutto esente da dubbi, il medesimo ordine di considerazioni dovrebbe comportare che egli venga sollevato da ogni responsabilità per aver agito sulla base di una normativa che egli ragionevolmente credeva essere valida ma che successivamente è stata dichiarata incostituzionale di per sé o sulla base di una sua particolare applicazione»⁴⁸.

Sulla base di queste considerazioni la Corte stabilì dunque che alla valutazione dei comportamenti di un pubblico ufficiale accusato di violazione di diritti costituzionali doveva essere riconosciuta una *qualified immunity*⁴⁹ per le loro azioni compiute «*in good faith and with probable cause in making an arrest under a statute that they believed to be valid*»⁵⁰.

Il tema della *qualified immunity* si sviluppa negli anni successivi in una giurisprudenza della Corte che non riguarda esclusivamente l'attività e l'uso della forza da parte degli esponenti delle forze di polizia in quanto, più ampiamente, concerne la discrezionalità nel margine di azione di ogni genere di funzionario pubblico (chiunque agisca «*under the colour of law*»). Seppure inizialmente la Corte sembra ventilare l'ipotesi che sia opportuno porre delle distinzioni fra tipologie di funzionari⁵¹ questo tipo di differenziazione non viene definita

⁴⁸ *Pierson v. Ray*, 386 US at 555. Traduzione dell'autrice. In originale «*Under the prevailing view in this country, a peace officer who arrests someone with probable cause is not liable for false arrest simply because the innocence of the suspect is later proved ... A policeman's lot is not so unhappy that he must choose between being charged with dereliction of duty if he does not arrest when he has probable cause and being mulcted in damages if he does. Although the matter is not entirely free from doubt, the same consideration would seem to require excusing him from liability for acting under a statute that he reasonably believed to be valid, but that was later held unconstitutional, on its face or as applied*».

⁴⁹ Nella decisione *Pierson*, oltre ad introdurre la *qualified immunity doctrine* per le azioni compiute da pubblici ufficiali nello svolgimento delle loro funzioni, la Corte conferma la *absolute immunity doctrine* riguardante l'irresponsabilità dei giudici. Sul tema si consenta di rinviare a L. Fabiano, *La responsabilità civile del giudice statunitense: absolute immunity doctrine v. Due process of law*, in *Studi in onore di Sara Volterra*, Torino, 2017, p. 341 ss.

⁵⁰ *Pierson v. Ray*, 386 US at 555.

⁵¹ Nella decisione *Scheuer v. Rhodes*, 416 US 232 (1974) la Corte, valutando la possibile responsabilità in sede civile di un Governatore di Stato che aveva autorizzato la guardia nazionale ad irrompere in un campus provocando la morte di alcuni studenti, afferma «*since the options which a chief executive and his principal subordinates must consider are far broader and far more subtle than those made by officials with less responsibility, the range of discretion must be comparably broad*» aggiungendo che «*in varying scope, a qualified immunity is available to*

adeguatamente e, a ragione di ciò, la giurisprudenza costituzionale sulla *qualified immunity* diviene nel tempo caotica dovendo contemperare le esigenze di valutazione della discrezionalità di funzionari pubblici con responsabilità e funzioni estremamente diverse (dai componenti di un Consiglio scolastico di una scuola pubblica del caso *Wood v. Strickland*⁵² agli assistenti presidenziali della decisione *Harlow v. Fitzgerald*⁵³)⁵⁴

Il tema della immunità qualificata viene così ripreso e definito in un *test* dalla Corte suprema sette anni dopo *Pierson* nella decisione *Scheuer v. Rhodes*⁵⁵, ove la Corte statuì che il *qualified immunity test* si componeva di due elementi di valutazione: in primo luogo un pubblico ufficiale doveva avere ragionevoli motivi per ritenere che le proprie azioni fossero legittime e in secondo luogo doveva aver agito in buona fede⁵⁶

Un anno dopo *Scheuer*, nella decisione *Wood v. Strickland*, la Corte ulteriormente conferma il *qualified immunity test* come composto di un elemento di valutazione soggettivo (la convinzione del pubblico ufficiale di aver agito correttamente) e di un elemento di valutazione oggettivo (la violazione di diritti costituzionalmente garantiti)⁵⁷.

Infine, nel 1982, nella decisione *Harlow v. Fitzgerald*, la Corte restringe il *test* sulla immunità qualificata definito nelle decisioni precedenti ponendo le basi per una valutazione in tema di responsabilità dei funzionari pubblici esclusivamente oggettiva.

Partendo dalla considerazione per la quale «*bare allegations of malice should not suffice to subject government officials either to the costs of trial or to the burdens of broad*»⁵⁸ nella decisione *Harlow* la Corte stabilisce che l'immunità qualificata protegge funzionari pubblici che agiscono nell'ambito del proprio potere discrezionale a meno che la loro condotta violi diritti costituzionalmente stabiliti che una persona ragionevole avrebbe dovuto conoscere⁵⁹

officers of the executive branch of government, the variation being dependent upon the scope of discretion and responsibilities of the office and all the circumstances as they reasonably appeared at the time of the action on which liability is sought to be based», 416 US at 247.

⁵² 420 US 308 (1975).

⁵³ 457 U.S. 800, 815 (1982).

⁵⁴ Sulle conseguenze negative della omogenizzazione della giurisprudenza circa la responsabilità di funzionari pubblici molto diversi cfr. J.D. Kirby, *Qualified Immunity for Civil Rights Violations: Refining the Standard*, *Cornell L. Rev.*, vol. 85, 2000, p. 461 ss.

⁵⁵ 416 US 232 (1974).

⁵⁶ 416 U.S. at 247-48.

⁵⁷ 420 U.S. at 313-322.

⁵⁸ 457 U.S. at 817-818.

⁵⁹ Id. at 818.

Sulla base del *test* definito in *Harlow*, in una causa per risarcimento in sede civile il tribunale può archiviare il caso ogni volta che il ricorrente non sia in grado di dimostrare che sia stato violato un «*clearly established constitutional right*»⁶⁰.

Il concetto di «*clearly established constitutional rights*» diviene, a partire dalla decisione *Harlow*, il “buco nero” nel quale viene risucchiata ogni speranza di poter accertare la responsabilità di un pubblico ufficiale nell’esercizio delle sue funzioni giacché il medesimo parametro finisce per esigere (affinché possa evidenziarsi una tale responsabilità) uno specifico precedente identico sulla base del quale è possibile dimostrare che l’imputato doveva essere consapevole che, date certe circostanze, il suo comportamento corrispondeva alla violazione di un diritto costituzionale⁶¹.

È stato affermato che forse non c’è altra dottrina della Corte Suprema statunitense che abbia generato tanta confusione e divisione tra i giudici delle corti inferiori quanto le istruzioni amorphe offerte dalla *Supreme Court* su come valutare se un determinato diritto sia «chiaramente stabilito»⁶² ed in effetti la

⁶⁰ Il medesimo *standard* è previsto anche nelle c.d. azioni *Bivens* ove la Corte valuta la responsabilità di funzionari federali cfr. *Saucier v. Katz*, 533 US 194 (2001).

⁶¹ Moltissimi sono gli esempi di casi ove l’*immunity doctrine* collegata al *clearly established constitutional rights* ha fatto da scudo alla responsabilità di esponenti delle forze dell’ordine. Fra i molti si cita a titolo esemplificativo: *Mullenix v. Luna*, 136 S. Ct. 305, 312 (2015) (*per curiam*); *Taylor v. Barkes*, 135 S. Ct. 2042, 2045 (2015) (*per curiam*); *City and Cty. of S.F. v. Sheehan*, 135 S. Ct. 1765, 1778 (2015); *Carroll v. Carman*, 135 S. Ct. 348, 352 (2014) (*per curiam*); *Lane v. Franks*, 134 S. Ct. 2369, 2383 (2014); *Wood v. Moss*, 134 S. Ct. 2056, 2068–69 (2014); *Plumhoff v. Rickard*, 134 S. Ct. 2012, 2024 (2014); *Stanton v. Sims*, 134 S. Ct. 3, 7 (2013) (*per curiam*); *Reichle v. Howards*, 132 S. Ct. 2088, 2096–97 (2012); *Messerschmidt v. Millender*, 132 S. Ct. 1235, 1250 (2012); *Ryburn v. Huff*, 132 S. Ct. 987, 992 (2012) (*per curiam*); *Ashcroft v. al-Kidd*, 131 S. Ct. 2074, 2085 (2011); *Safford Unified Sch. Dist. #1 v. Redding*, 557 U.S. 364, 378–79 (2009); *Pearson*, 555 U.S. at 243–44; *Brosseau v. Haugen*, 543 U.S. 194, 201 (2004) (*per curiam*); *Saucier v. Katz*, 533 U.S. 194, 209 (2001).

⁶² Cfr. J.R. Schweikert, *Qualified Immunity, A Legal, Practical and Moral Failure*, in *Policy Analysis. Cato Institute*, September 14, 2020, n. 901, www.cato.org (ultima consultazione 14/04/2021) il quale a tal proposito richiama a titolo esemplificativo diverse opinioni espresse in decisioni di Corti inferiori ove i giudici hanno espresso perplessità sulla dottrina da applicare: *Zadeh v. Robinson*, 902 F.3d 483, 498 (5th Cir. 2018) (Willett, J., *concurring*) («[T]he ‘clearly established’ standard [is] neither clear nor established among our Nation’s lower courts»); and *Golodner v. Berliner*, 770 F.3d 196, 205 (2d Cir. 2014) («Few issues related to qualified immunity have caused more ink to be spilled than whether a particular right has been clearly established»). Sul punto cfr. anche A.K. Chen, *The Intractability of Qualified Immunity*, *Notre Dame Law Review*, vol. 93, no. 5, 2018, p. 1951 ss. (*qualified immunity* «has been a nightmare for litigators and judges who confront its implementation on a routine basis»); E. Chemerinsky, *Federal Jurisdiction*, 7th ed., New York, 2016, p. 595 ss. («[T]here is great confusion in the lower courts as to whether and when cases on point are needed to overcome qualified immunity»); and J.C. Schwartz, *How Qualified Immunity Fails*, *The Yale Law Journal*, vol. 127, n. 1, 2018, p. 75

contraddittorietà delle indicazioni della Corte suprema per l'applicazione della dottrina in discussione non potrebbe essere più evidente ove la Corte, nella medesima decisione, afferma in un primo momento che « *While this Court's case law "do[es] not require a case directly on point" for a right to be clearly established, "existing precedent must have placed the statutory or constitutional question beyond debate"* »⁶³ e chiarisce tuttavia a solo un paragrafo di distanza che « *Today, it is again necessary to reiterate the longstanding principle that "clearly established law" should not be defined "at a high level of generality."* *Ashcroft v. al-Kidd*, 563 U. S. 731, 742 (2011). *As this Court explained decades ago, the clearly established law must be "particularized" to the facts of the case* »⁶⁴.

Il grado di «particolarizzazione» richiesto ha tuttavia condotto alla prassi adottata nelle Corti inferiori per la quale, ove il caso in discussione non presenti a proprio suffragio un precedente sostanzialmente identico, si applica la *qualified immunity doctrine* e la richiesta di risarcimento è respinta⁶⁵.

Emblematico esempio di tale situazione è il caso *Baxter v. Bracey*⁶⁶: nel 2014, due agenti di polizia di Nashville, Brad Bracey e Spencer Harris, dopo aver inseguito un senzatetto di nome Alexander Baxter in risposta alle notizie secondo cui il sospettato aveva tentato di svaligiare alcune abitazioni, lo avevano infine trovato seduto per terra in un seminterrato con le mani in aria. Anche se Baxter si era chiaramente arreso, Harris, aveva lasciato che il cane poliziotto che era con loro attaccasse Baxter mordendolo e ferendolo gravemente. Baxter aveva intentato una richiesta risarcitoria sulla base della Sezione 1983 contro gli ufficiali di polizia che lo avevano arrestato. Un precedente caso del Sesto Circuito aveva già ritenuto che un agente avesse chiaramente violato il Quarto Emendamento quando aveva usato un cane poliziotto contro un sospetto di furto con scasso disarmato che giaceva a terra con le mani lungo i fianchi⁶⁷. Tuttavia nel caso *Baxter* la Corte sostenne che il precedente non fosse sufficiente perché si riferiva

(« *[T]he restrictive manner in which [the court] defines 'clearly established law' . . . creates confusion in the lower courts* »).

⁶³ *White v. Pauly*, 137 S. Ct. 548 (2017) (*per curiam*) at 551.

⁶⁴ *Id.* at. 552.

⁶⁵ Sull'utilizzo in senso degenerativo della tecnica del *distinguishing* in tale ambito si rinvia al contributo (pubblicato mentre il presente lavoro era in fase di referaggio) di E. Grande, *La condanna di Derek Chauvin per la morte di George Floyd: giustizia è fatta?*, in *questionegiustizia.it* (14/05/2021).

⁶⁶ 751 F. App'x 869 (6th Cir. 2018).

⁶⁷ *Campbell v. City of Springsboro*, 700 F.3d 779, 789 (6th Cir. 2012).

ad un sospettato steso a terra con le mani lungo i fianchi e non seduto con le mani alzate⁶⁸.

Il risultato finale di una tale applicazione della dottrina del *clearly established constitutional right* nelle Corti inferiori non consiste, peraltro, solo nel fatto di negare il risarcimento alle vittime di un fatto illecito private dei loro diritti civili ma anche (forse soprattutto) nel fatto che il criterio della «legge chiaramente stabilita» (ancorato sostanzialmente al precedente identico) impedisce lo sviluppo stesso dei precedenti (a parte la considerazione per la quale l'effetto paradossale di una tale situazione è che la dottrina così interpretata produce l'effetto perverso di rendere particolarmente difficile la possibilità di superare l'immunità qualificata tanto più un caso di cattiva condotta sia particolarmente eclatante)⁶⁹.

Nel 2001, con la decisione *Saucier v. Katz*⁷⁰ la Corte aveva affermato che le Corti inferiori non dovessero confondere immunità con irresponsabilità⁷¹ affermando che nel corso di un processo intentato a fini risarcitori nei confronti di un'azione di un pubblico ufficiale fosse necessario in primo luogo verificare se effettivamente fosse stato violato un diritto civile e solo successivamente, ai fini della valutazione della sussistenza della *qualified immunity*, considerare se tale diritto fosse *a clearly established constitutional right*⁷². Tale decisione avrebbe potuto essere il primo passo verso una giurisprudenza più dinamica nell'interpretazione dei limiti della *qualified immunity*⁷³; tuttavia otto anni dopo, nella causa *Pearson v. Callahan*⁷⁴, la Corte ha ribaltato il precedente *Saucier* e ha stabilito la possibilità discrezionale per i tribunali inferiori di accertare la sussistenza di un'immunità qualificata sulla base del fatto che la legge non era chiaramente stabilita senza pronunciarsi sulla lesione del diritto in sé. Nella

⁶⁸ Il caso è citato da J.R. Schweikert, *Qualified Immunity, A Legal, Practical and Moral Failure*, cit.

⁶⁹ Sul punto ancora J.R. Schweikert, *Qualified Immunity. A Legal, Practical and Moral Failure*, cit.; cfr. anche A.L. Nielsen – C.J. Walker, *The New Qualified Immunity*, *Southern California Law Review*, vol. 89, 2015, p. 34–35.

⁷⁰ 533 US 194 (2001).

⁷¹ « *Such immunity is an entitlement not to stand trial, not a defense from liability* », 533 US *Holding*.

⁷² 533 US at 201

⁷³ Lo evidenzia la medesima Corte nella decisione quando afferma: « *In the course of determining whether a constitutional right was violated on the premises alleged, a court might find it necessary to set forth principles which will become the basis for a holding that a right is clearly established. This is the process for the law's elaboration from case to case, and it is one reason for our insisting upon turning to the existence or nonexistence of a constitutional right as the first inquiry. The law might be deprived of this explanation were a court simply to skip ahead to the question whether the law clearly established that the officer's conduct was unlawful in the circumstances of the case* » 533 US at 201.

⁷⁴ 555 U.S. 223 (2009).

decisione *Pearson*, il giudice Alito, relatore per la Corte, considerò che il precedente *Saucier* avesse imposto effettivamente una sequenza nell'accertamento dei fatti da parte delle Corti inferiori del tutto appropriata: ciò in quanto, in primo luogo, contribuiva a promuovere lo sviluppo dei precedenti e in secondo luogo consentiva di valutare (in alcuni casi), al di là della sussistenza dell'immunità, l'effettiva innocenza dei convenuti. Le considerazioni dette tuttavia vengono bilanciate dal giudice Alito con considerazioni di economia processuale ovvero con la necessità di ridurre i costi processuali dei casi nei quali l'accertamento della violazione di un diritto non condurrà in ogni caso ad un risarcimento. A fronte di tali considerazioni la decisione *Pearson* ribalta il precedente *Saucier* stabilendo che le Corti inferiori godono della discrezionalità di decidere direttamente sulla sussistenza dell'immunità senza necessariamente accertare preliminarmente la sussistenza della violazione di un diritto civile con ciò contribuendo nuovamente ad alimentare la natura circolare del rapporto fra condotta illecita e diritto chiaramente violato sulla base del quale la *qualified immunity* è divenuto uno scudo sostanzialmente invalicabile.

6. *La giurisprudenza sulla vicarious liability delle amministrazioni di appartenenza dei police officers*

Ad una giurisprudenza estremamente protettiva nei confronti degli agenti di polizia nell'ambito delle loro funzioni corrisponde una giurisprudenza altrettanto restrittiva in tema di *vicarious liability* delle amministrazioni di appartenenza dei *police officers*, ipotesi resa possibile a partire dalla decisione del 1978 nel processo *Monell v. Department of Social Services of the City of New York*⁷⁵, con la quale, ribaltando il precedente *Monroe v. Pape*⁷⁶ la Corte suprema

⁷⁵ 436 US 658 (1978).

⁷⁶ La decisione *Pape*, come già evidenziato, è stata molto importante in quanto in quella sentenza la Corte stabilì (richiamando il caso *Screws*) che l'espressione *under the color of laws* riferiva a qualunque comportamento posto in essere da un pubblico ufficiale che comportasse la violazione di diritti civili e dunque anche ad attività compiute in violazione di leggi statali. La portata innovativa della decisione venne ridimensionata dalla contemporanea valutazione della Corte circa il fatto che sebbene fosse affermato che gli ufficiali denunciati potevano essere ritenuti individualmente responsabili per le proprie azioni, la Corte considerava altresì che Monroe non potesse chiedere un risarcimento, in quella circostanza, anche alla città di Chicago in quanto "datore di lavoro" dei poliziotti denunciati. Questa parte della decisione della Corte si basava sul linguaggio del *Ku Klux Klan Act* che applicava le sue protezioni alle azioni delle «persone». Sebbene le entità aziendali e le città fossero spesso classificate come persone per scopi legali, Douglas ritenne che il Congresso non intendesse autorizzare azioni legali contro le città.

ha ammesso la possibilità di agire in giudizio a fini risarcitori nei confronti di una persona giuridica per i danni causati dai suoi dipendenti⁷⁷.

Il criterio portante elaborato dalla giurisprudenza per verificare tale tipo di responsabilità risale alla stessa decisione *Monell v. Department of Social Services of the City of New York* ove la Corte ha stabilito che la responsabilità risarcitoria dell'ente datore di lavoro (*employer*) per i danni cagionati dal dipendente (*employee*) nello svolgimento delle sue mansioni presupponeva l'accertamento di lacune nell'addestramento di quest'ultimo oppure nei sistemi di controllo del suo operato, con la conseguenza che il datore di lavoro non potesse essere condannato al risarcimento dei danni solo per la posizione ricoperta ma gli dovesse essere imputata una condotta quantomeno colposa legata da un nesso di causalità all'evento lesivo e al danno conseguenza (in altri termini, la responsabilità deve derivare da una errata *policy* e non può basarsi sulla *respondeat superior theory*)⁷⁸.

Nella definizione di tale nesso di causalità sulla base del principio espresso in *Monell* per il quale «*The plaintiff must also demonstrate that, through its deliberate conduct, the municipality was the "moving force" behind the injury alleged*»⁷⁹ la giurisprudenza successiva della Corte suprema ha contribuito a comprimere strettamente le possibilità di dimostrazione della sussistenza di una *vicarious liability* delle amministrazioni di appartenenza di poliziotti accusati di *misconduct*.

Nel 1985 nel caso *City of Oklahoma v. Tuttle*⁸⁰ la Corte ha stabilito che un singolo caso di uso eccessivo della forza non consente di dimostrare una responsabilità dell'amministrazione di appartenenza del poliziotto imputato in quanto una singola vicenda non dimostra l'esistenza di una prassi interna alla detta amministrazione di inadeguate procedure di addestramento e formazione.

Nella successiva decisione *City of Canton, Ohio v. Harris*⁸¹, la *Supreme Court* ha ulteriormente ristretto i margini di dimostrazione di una tale responsabilità ponendo il c.d. *deliberate indifference standard* sulla base del quale «*The inadequacy of police training may serve as the basis for § 1983 liability only where the failure to train in a relevant respect amounts to deliberate indifference to the constitutional rights of persons with whom the police come into contact*»⁸².

⁷⁷ Cfr. F. Aragona, *Il caso Brawn e la giurisprudenza della US Supreme Court*, in *Questione Giustizia* (8/09/2014), questionegiustizia.it (ultima consultazione 14/04/2021).

⁷⁸ 436 US at 690-691.

⁷⁹ 436 US at 694.

⁸⁰ 471 US 808 (1985).

⁸¹ 489 US 378 (1989).

⁸² 489 US at 388. La Corte aggiunge «*Only where a municipality's failure to train its employees in a relevant respect evidences a "deliberate indifference" to the rights of its inhabitants*

Nella medesima decisione *City of Canton*, la Corte ha inoltre stabilito che in una causa intentata a fini risarcitori la vittima (o la famiglia di una vittima) di un comportamento brutale (o letale) della polizia non deve solo comprovare l'esistenza di una qualche carenza nell'attività di formazione del personale correlata alla vicenda che ha condotto al danno né che il danno avrebbe in effetti potuto essere evitato attraverso un addestramento migliore⁸³; la prova necessaria a configurare una *vicarious liability* è posta difatti nella circostanza che «la carenza identificata nel programma di addestramento deve essere strettamente correlata alla lesione finale»⁸⁴.

Il risultato di una tale giurisprudenza consiste nel delineare un criterio valutativo della responsabilità del datore di lavoro in base al quale la vittima che agisce in giudizio deve dimostrare che l'ente datore di lavoro ha deliberatamente scelto di adottare pratiche di addestramento inadeguate e che le dette carenze hanno condotto inevitabilmente all'evento dannoso.

Il *deliberate indifference standard* è stato ribadito dalla Corte suprema con riguardo alla fase dell'assunzione (e dunque non solo al momento dell'addestramento del personale) nella decisione *Board of the County Commissioners of Bryan County, Oklahoma v. Brown case*⁸⁵ nel 1997.

Il caso riguardava l'arresto brutale di una donna (successivamente rilasciata) da parte del vicesceriffo della Contea di Bryan (Oklahoma) e dalla contestazione in sede di responsabilità civile circa il fatto che il vicesceriffo Burns era stato assunto dallo sceriffo della Contea, Moore (suo prozio), nonostante in anni passati il giovane fosse stato arrestato e condannato per diversi reati penali fra cui aggressione e percosse.

Nella decisione *Bryan County* la Corte definisce in maniera stringente il concetto di *deliberate indifference* ove afferma che «uno screening inadeguato della richiesta di assunzione di un dipendente può riflettere un' "indifferenza" per il background del medesimo. Tuttavia, ai fini della valutazione legale della responsabilità municipale sulla base del § 1983, questa non costituisce "indifferenza rilevante". Un ricorrente deve dimostrare che una decisione municipale riflette la deliberata indifferenza al rischio che a tale decisione seguirà una violazione di un particolare diritto legislativo o costituzionale. Solo ove un' adeguata valutazione del background di colui che chiede di essere assunto porterebbe un ragionevole valutatore a concludere che la più evidente e ovvia conseguenza della decisione di assumere il richiedente sarebbe la privazione per

can such a shortcoming be properly thought of as a city "policy or custom" that is actionable under § 1983», 489 US at 389.

⁸³ 489 US at 390-391.

⁸⁴ 489 US at 391.

⁸⁵ 520 US 397 (1997).

un soggetto terzo dei suoi diritti federali costituzionalmente garantiti si verificherebbe la circostanza per la quale l'errore nel valutare adeguatamente il curriculum di un possibile dipendente costituisce "indifferenza deliberata"⁸⁶ ed introduce in tal modo un onere probatorio quasi impossibile da soddisfare.

Fra i casi che in modo emblematico evidenziano le carenze del modello delineato dalla Corte suprema statunitense figura certamente la decisione *Connick v. Thompson*⁸⁷.

La vicenda originava dalla richiesta di risarcimento danni avanzata nei confronti della procura di New Orleans da John Thompson un cittadino afroamericano che era stato condannato a 50 anni di carcere per rapina a mano armata (e alla pena di morte per omicidio) riuscendo a dimostrare la propria innocenza solo dopo aver scontato 14 anni della propria condanna. La difesa di Thompson era riuscita a dimostrare che l'accusa non aveva reso nota alla controparte una prova (derivante da un test del DNA) di cui era pienamente a conoscenza e che avrebbe senz'altro scagionato Thompson. Tale comportamento si poneva in contrasto con la regola posta dalla stessa Supreme court nella decisione *Brady v. Maryland*⁸⁸ che ha sancito l'obbligo per l'accusa di consegnare alla difesa tutte le prove di cui è a conoscenza e che potrebbero essere rilevanti a fini assolutori.

Nella decisione *Connick v. Thompson* la *Supreme Court* (con un sentenza adottata 5 voti a 4) ha tuttavia annullato la sentenza favorevole alla vittima (adottata nei precedenti gradi di giudizio) affermando sia che la vicenda costituiva un singolo caso di violazione della regola *Brady* sia che, posto che nell'ufficio della procura distrettuale si accede solo dopo un'attenta formazione giuridica (laurea in legge ed esame di abilitazione), il fatto che nelle procedure di formazione dei dipendenti previste dalla procura non si accertasse la consapevolezza della regola posta nel caso *Brady* non poteva costituire dimostrazione di una carenza di formazione.

⁸⁶ « an inadequate screening of an applicant's record may reflect "indifference" to the applicant's background. For purposes of a legal inquiry into municipal liability under § 1983, however, that is not the relevant "indifference". A plaintiff must demonstrate that a municipal decision reflects deliberate indifference to the risk that a violation of a particular constitutional or statutory right will follow the decision. Only where adequate scrutiny of an applicant's background would lead a reasonable policymaker to conclude that the plainly obvious consequence of the decision to hire the applicant would be the deprivation of a third party's federally protected right can the official's failure to adequately scrutinize the applicant's background constitute "deliberate indifference" » Cfr. 520 US at 411.

⁸⁷ 563 US 51 (2011).

⁸⁸ 373 US 83 (1963).

7. Il dibattito interno alla Corte Suprema sulla qualified immunity doctrine

La coerenza storica e la funzionalità ai fini istituzionali della dottrina della *qualified immunity* è attualmente argomento di ampio dibattito non solo per l'opinione pubblica⁸⁹ e la dottrina giuridica⁹⁰ ma anche da parte di diversi giudici ordinari⁹¹ e della Corte Suprema.

Da ultimo, nel 2020, il giudice Thomas (pur relatore della decisione *Connick*) ha ribadito i propri dubbi sulla *qualified immunity doctrine* ed ha espresso il suo convincimento circa l'opportunità che la Corte ne riesamini i termini.

Il giudice Thomas ha espresso tali considerazioni in diverse opinioni dissenzienti⁹² oltre che in occasione del rifiuto da parte della *Supreme Court* di concedere un *writ of certiorari* per il caso *Baxter*⁹³.

La questione ha a che fare con l'origine in termini giurisprudenziali della dottrina sull'immunità dei funzionari pubblici⁹⁴. Difatti, né il paragrafo 242 del 24 *US Code* né il paragrafo 1983 del 18 *US Code* prevedono in termini espliciti una qualche forma di immunità (assoluta o qualificata) da applicare a favore di chi «*under the color of law*», violando i diritti civili di qualcuno, si trovi ad incorrere in qualche forma di responsabilità civile e penale. La Corte suprema tuttavia ha elaborato nel corso del tempo la dottrina sulla immunità dei pubblici funzionari collegandola ai principi di *common law* vigenti all'epoca dell'adozione dei *Civil Rights Act* e del *Ku Klux Klan Act*. I giudici della Corte suprema hanno più volte evidenziato come, sussistendo tali principi, qualora il Congresso

⁸⁹ Cfr. la sezione del sito internet del *Cato Institute* dedicata alla *qualified immunity*: <https://www.cato.org/qualified-immunity>.

⁹⁰ Cfr. W. Baude, *Is Qualified Immunity Unlawful?*, in *Calif. L. Rev.*, vol. 106, n. 45, 2018; J. C. Schwartz, *The Case against Qualified Immunity*, in *Notre Dame L. Rev.*, vol. 93, 2018, p. 1797 ss.

⁹¹ Cfr. ad es. *McCoy v. Alamu*, 950 F.3d 226, 237 (5th Cir. 2020) (Costa, J., *dissenting in part*); *Horvath v. City of Leander*, 946 F.3d 787, 800-01 (5th Cir. 2020) (Ho, J., *concurring in the judgment in part and dissenting in part*); *Cole v. Carson*, 935 F.3d 444, 473 (5th Cir. 2019) (Willett, J., *dissenting*); *Reich v. City of Elizabethtown*, 945 F.3d 968, 989 n.1 (6th Cir. 2019) (Moore, J., *dissenting*); *Morrow v. Meachum*, 917 F.3d 870, 874 n.4 (5th Cir. 2019); *Echols v. Lawton*, 913 F.3d 1313, 1325 (11th Cir. 2019); *Thompson v. Cope*, 900 F.3d 414, 421 n.1 (7th Cir. 2018); *Rodriguez v. Swartz*, 899 F.3d 719, 732 n.40 (9th Cir. 2018), *vacated and remanded* 140 S. Ct. 1258 (2020) (mem.).

⁹² *Ziglar v. Abbasi* 582 US _ (2017) *Justice Thomas Concurring in part and dissenting in part*. Cfr. *Constitutional Remedies — Bivens Actions — Ziglar v. Abbasi*, in *Harvard Law Review*, vol. 131, 2017, p. 313 e ss.; *Crawford-El v. Britton*, 523 US 574 (1998).

⁹³ *Petition for Writ of Certiorari at 32, Baxter v. Bracey*, 140 S. Ct. 1862 (2020).

⁹⁴ Sul tema cfr. S.A. Keller, *Qualified and Absolute Immunity at Common Law*, in *Stan.L. Rev.*, vol. 73 (*forthcoming* 2021).

dell'epoca avesse voluto adottare delle normative in termini di responsabilità civile e penale dei pubblici funzionari che superassero i principi della *common law* avrebbe dovuto esplicitamente farne previsione⁹⁵. Nel silenzio della disciplina del Congresso, dunque, la Corte ha ritenuto che la normativa prevista nei paragrafi 242 e 1983 sottointendesse la sussistenza di una dottrina sull'immunità.

Il punto è che nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, soprattutto a partire dalla decisione *Harlow*, con l'elaborazione del *clearly established law doctrine* (come la stessa Corte suprema ha più volte riconosciuto⁹⁶), la giurisprudenza ha completamente riformulato i principi interpretativi della *qualified immunity* allontanandoli dalla *common law*.

Fra i giudici orientati secondo una lettura originalista della Costituzione, mentre Thomas deduce da tali circostanze la necessità di rivalutare le basi di legittimità della dottrina⁹⁷ arguta e peculiare è invece la posizione di Scalia. Nella decisione *Crawford-El v. Britton*⁹⁸ il giudice Scalia affronta la questione in un'opinione dissenziente (sottoscritta da Thomas) nella quale, ricostruendo la giurisprudenza costituzionale concernente il paragrafo 1983, sostiene che la Corte abbia avallato una interpretazione svincolata dalla volontà originaria del Congresso con l'adozione, nel 1961, della decisione *Monroe v. Pape* «che ha convertito uno statuto del 1871 che copriva le violazioni costituzionali commesse “sotto il colore di qualsiasi statuto, ordinanza, regolamento, consuetudine o uso di qualsiasi Stato”, Rev. Stat. §1979, 42 USC § 1983 (enfasi aggiunta), in uno statuto che copre le violazioni costituzionali commesse *senza* l'autorità di qualsiasi statuto, ordinanza, regolamento, consuetudine o uso di qualsiasi Stato, e in effetti anche violazioni costituzionali commesse in grave violazione dello stato civile o diritto penale»⁹⁹. Posta tale premessa Scalia considera dunque del tutto

⁹⁵ *Buckley v. Fitzsimmons*, 509 U.S. 259, 276 (1993) *Holding*; Cfr. inoltre *Filarsky v. Delia*, 566 U.S. 377, 384 (2012) (citing *Tower v. Glover*, 467 U.S. 914, 920 (1984)); *Wyatt v. Cole*, 504 U.S. 158, 170 (1992) (*Kennedy, J., concurring*); id. at 175 (*Rehnquist, C.J., dissenting*); *Burns v. Reed*, 500 U.S. 487, 497-98 (1991) (*Scalia, J., concurring in the judgment in part and dissenting in part*); *Malley v. Briggs*, 475 U.S. 335, 340 (1986); *Briscoe v. LaHue*, 460 U.S. 325, 345 (1983).

⁹⁶ *Wyatt v. Cole*, 504 U.S. 158, 166 (1992) «*That Harlow 'completely reformulated qualified immunity along principles not at all embodied in the common law,' Anderson v. Creighton, 483 U.S. 635, 645 (1987), was reinforced by our decision in Mitchell v. Forsyth, 472 U.S. 511 (1985).*».

⁹⁷ «Because our analysis is no longer grounded in the common-law backdrop against which Congress enacted the 1871 Act, we are no longer engaged in “interpret[ing] the intent of Congress in enacting” the Act. *Malley, supra*, at 342; see *Burns, supra*, at 493. Our qualified immunity precedents instead represent precisely the sort of “freewheeling policy choice[s]” that we have previously disclaimed the power to make», *Ziglar v. Abbasi* 582 US _ (2017) *Justice Thomas Concurring in part and dissenting in part*.

⁹⁸ 523 US 574 (1998).

⁹⁹ *Crawford-El v. Britton (Scalia dissenting)*.

inopportuno da parte della Corte pretendere di applicare i principi della *common law* ad una normativa che la Corte ha sovvertito nei suoi contenuti e, sulla base di tale ragionamento, ritiene che sia più coerente per la giurisprudenza costituzionale continuare ad applicare con rigore la teoria della *qualified immunity* quale sorta di rimedio dell'errore compiuto con la decisione *Monroe* del 1961¹⁰⁰.

Il rilievo interpretativo originalista avanzato dal giudice Thomas, e la conseguente convinzione che sia necessario per la Corte rivedere i parametri della *qualified immunity* era condiviso sul fronte liberal della *Supreme Court* dal giudice Kennedy il quale nel 1992, in un'opinione concordante nel caso *Wyatt v. Cole*¹⁰¹, affermò che «*In the context of qualified immunity for public officials, however, we have diverged to a substantial degree from the historical standards. In Harlow v. Fitzgerald, 457 U. S. 800 (1982), we "completely reformulated qualified immunity along principles not at all embodied in the common law, replacing the inquiry into subjective malice so frequently required at common law with an objective inquiry into the legal reasonableness of the official action." Anderson v. Creighton, 483 U. S. 635, 645 (1987)*».

Nella giurisprudenza concorrente o dissenziente di rango costituzionale, tuttavia, la più accorata proposta argomentativa avverso la dottrina della *qualified immunity* è attualmente rintracciabile nella *dissenting opinion* del giudice Sonia Sotomayor (sottoscritta dal giudice Ginsburg) nel 2018 nella decisione *Kisela v. Hughes*¹⁰².

¹⁰⁰ «*Monroe* ha cambiato uno statuto che aveva generato solo 21 casi nei primi 50 anni della sua esistenza in uno che riversava nei tribunali federali decine di migliaia di cause ogni anno, e impegna questa Corte in una lotta persa per evitare che la Costituzione degeneri in una generale illecito civile. (L'attuale causa, che coinvolge la violazione costituzionale di aver deviato un pacchetto, è un buon esempio.) L'applicazione delle normali regole di *common law* allo statuto che *Monroe* ha creato ci porterebbe sempre più lontano da ciò che qualsiasi Congresso sano di mente avrebbe potuto emanare.

Ci troviamo, quindi, impegnati nell'attività essenzialmente legislativa di elaborare uno schema ragionevole di immunità qualificate per lo statuto che abbiamo inventato, piuttosto che applicare la *common law* incorporata nello statuto che il Congresso ha scritto. La mia preferenza è, in forma non diluita, l'approccio suggerito dall'opinione concordante del giudice Silberman nella Corte d'Appello: estendere il test di "ragionevolezza oggettiva" di *Harlow v. Fitzgerald* (*Crawford-El v. Britton, Scalia dissenting*). Sulla teoria della *qualified immunity* come rimedio W. Baude, *Is qualified immunity unlawful*, cit.

¹⁰¹ 504 US 158 (1992).

¹⁰² 584 US _ (2018).

Il caso riguardava il grave ferimento con quattro colpi di pistola di una donna, Amy Hughes, ad opera della polizia di Tucson in Texas. La polizia aveva risposto ad una chiamata radiofonica nella quale si diceva che una donna si trovava in strada con un coltello in mano; L'agente di polizia Andrew Kisela e altri suoi colleghi erano intervenuti sul posto e avevano trovato la vittima impegnata in una conversazione (pacifica) con una vicina di casa. Amy Kisela impugnava un coltello ma non aveva manifestato in alcun modo la volontà di utilizzarlo minacciosamente. Gli agenti avevano intimato alla donna di far cadere il coltello e immediatamente dopo avevano sparato. La donna colpita a terra aveva manifestato il proprio stupore per l'accaduto dimostrando di non essersi neanche accorta dell'arrivo degli agenti.

Nella sua decisione dissenziente il giudice Sotomayor ha contestato alla Corte il fatto che i precedenti adottati dalla querelante erano stati considerati inappropriati per provare la violazione di una *clearly established law* anche se in effetti si trattava di casi ove era stata accertata una violazione di diritti costituzionali in vicende anche meno emblematiche di quelle del caso in discussione (la Corte aveva per esempio sostenuto che un precedente adottato era diverso perché il sospettato impugnava un "grosso coltello" mentre la lama impugnata dalla signora Hughes non poteva considerarsi grande) ed ha evidenziato il fatto che «questa Corte mostra regolarmente una ferma volontà "di ribaltare sommariamente le decisioni dei tribunali inferiori in quanto negano ingiustamente agli ufficiali la protezione dell'immunità qualificata", ma "raramente interviene quando i tribunali concedono erroneamente agli ufficiali il beneficio dell'immunità qualificata in questi stessi casi". Un tale approccio unilaterale all'immunità qualificata trasforma la dottrina in uno scudo assoluto per le forze dell'ordine, sventrando l'effetto deterrente del Quarto Emendamento. La maggioranza oggi esaspera questa preoccupante asimmetria. La sua decisione non è solo sbagliata in base alla legge; invia anche un segnale allarmante alle forze dell'ordine ed al pubblico. Dice agli agenti che possono prima sparare e poi pensare, e dice al pubblico che una condotta palpabilmente irragionevole rimarrà impunita. Poiché in questo ai sensi della legge non c'è nulla di corretto o giusto, dissenso rispettoso»¹⁰³.

8. *La proposta di riforma normativa in discussione al Congresso: il George Floyd Justice in Policing Act del 2021*

¹⁰³ *Kisela v. Hughes (Sotomayor dissent)*.

In alcuni recenti casi la Corte suprema ha adottato decisioni volte a limitare, in parte, le conseguenze abnormi della dottrina della immunità qualificata.

Si tratta di vicende giurisdizionali in occasione delle quali la Corte ha valutato l'applicazione della *qualified immunity doctrine* al personale di polizia penitenziaria, dunque in relazione alla violazione delle garanzie dell'VIII emendamento, ed ha rinviato il caso al giudice inferiore affermando che, in circostanze particolarmente gravi, un pubblico ufficiale ragionevole è certamente in grado di comprendere di star violando la Costituzione (anche se non vi sono precedenti identici)¹⁰⁴. A fronte di chi ha salutato tali decisioni come una possibile inversione di tendenza nella giurisprudenza della Corte¹⁰⁵ vi è stato chi¹⁰⁶, più cautamente, ha fatto notare come in queste decisioni la Corte ha semplicemente consentito che si formassero dei nuovi precedenti per identificare delle violazioni certe di diritti civili il che non significa affatto che la *Supreme Court* sia intenzionata a rivedere di per sé la dottrina sulla *qualified immunity*.

Peraltro, in decisioni altrettanto recenti, la Corte ha ribadito altresì l'applicabilità della dottrina nei casi ove non si rilevano precedenti che possono essere considerati significativi: ci si riferisce al caso *Hernández v. Mesa*¹⁰⁷. In tale vicenda processuale la Corte, con una sentenza 5-4, ha confermato una decisione assunta dal Quinto circuito riguardante l'uccisione, per mano di un poliziotto di frontiera, di un ragazzo messicano di 15 anni (Sergio Adrián Hernández Güereca) che, sul confine fra Stati Uniti e Messico, giocava con alcuni amici a varcare la frontiera ed a tornare indietro. La Corte suprema, nella detta sentenza, ha confermato la decisione del Quinto circuito di non dare corso all'azione *Bivens* sollevata dalla famiglia del giovane messicano sottolineando in particolare la natura extraterritoriale della vicenda e le implicazioni internazionali di sicurezza nazionale della stessa¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Si tratta dei casi *Taylor v. Riojas*, 592 U. S. ____ (2020) e *Mc Coy v. Alamu*, Docket number 20-31 (2020). I detti precedenti, elaborati in fattispecie concernenti la lesione delle garanzie del VIII emendamento, sono ritenuti utilizzabili anche nei procedimenti sorti per violazioni delle garanzie offerte dal IV emendamento in quanto interpretano il concetto di *qualified immunity* e non la definizione della forza legittima utilizzabile in determinate circostanze (e dunque non ricadono nella circoscrizione dei casi tracciata nella decisione *Graham*).

¹⁰⁵ A. Bidwell – P. Jaicomo, *Lower courts take notice: The Supreme Court is Rethinking Qualified Immunity*, editoriale in *USA Today*, (3/02/2021); reperibile all'url <https://eu.usatoday.com/story/opinion/2021/03/02/supreme-court-might-rethinking-qualified-immunity-column/4576549001/>.

¹⁰⁶ J. Schweikert, *The Supreme Court Won't Save Us from Qualified Immunity*, reperibile all'url <https://www.cato.org/blog/supreme-court-wont-save-us-qualified-immunity>.

¹⁰⁷ 589 US_ (2020).

¹⁰⁸ Sul Caso *Hernández* cfr. S. I Vladeck, *The Disingenuous Demise and Death of Bivens*, in *Cato Supreme Court Review 2019-2020*, Cato Institute, 2020, p. 263 ss.

Con riguardo alle garanzie poste specificatamente dal IV emendamento la Corte si è invece da ultimo pronunciata in senso ampliativo nella decisione *Torres v. Madrid*¹⁰⁹ stabilendo che l'applicazione della forza fisica nei confronti di un individuo con l'intento di trattenerlo è considerato «sequestro» (*seizures*) ai sensi del IV emendamento anche qualora il soggetto riesca a sfuggire a tale intento¹¹⁰.

È innegabile infine l'impatto emotivo e mediatico rivestito dalla recentissima condanna in primo grado dell'agente Derek Chauvin per aver provocato la morte di George Floyd¹¹¹.

La decisione della giuria è stata salutata quale momento di significativa svolta per il paese rispetto alle numerose vicende di brutalità ed illegittimo utilizzo della forza letale da parte della polizia soprattutto nei confronti della popolazione di colore.

Tuttavia se si guarda alla vicenda processuale rileva constatare come l'accusa in relazione a tale fattispecie abbia costruito il caso sottolineando il fatto che l'agente Chauvin, nell'inginocchiarsi sul collo di Floyd per nove minuti e trentanove secondi senza che la situazione intorno a lui ne rappresentasse la necessità, si è discostato del tutto dai parametri di comportamento impartiti sulla base dei protocolli di addestramento del Dipartimento di polizia cui appartiene. Nei giorni immediatamente successivi al verdetto di condanna il procuratore

¹⁰⁹ 592 US _ (2021).

¹¹⁰ La vicenda riguardava il caso di una donna la quale, nel corso di un'operazione di polizia, veniva avvicinata da degli agenti che ritenevano sospetto il suo lungo sostare in macchina fuori da un edificio. La signora Torres, sotto effetto di metanfetamine, piuttosto che obbedire alle richieste dei poliziotti, decideva di darsi alla fuga e gli agenti di polizia nel tentativo di fermarla esplose numerosi colpi di arma da fuoco raggiungendo la donna con diverse pallottole. Pur ferita, la Torres riusciva a sfuggire alla polizia. Il giorno successivo veniva nondimeno arrestata mentre si trovava in ospedale dove si era recata per farsi curare dalle ferite riportate. La Torres (la quale ammetteva i reati da lei commessi in relazione alla detta vicenda) decideva successivamente di avanzare una richiesta di risarcimento danni sulla base della sezione 1983 contestando come eccessivo il comportamento degli agenti in relazione alla sua fuga. La difesa dei poliziotti aveva replicato sostenendo che la fattispecie non ricadesse nelle garanzie poste dal IV emendamento giacché il medesimo si riferisce ai casi nei quali una persona è trattenuta e perquisita dalla forza pubblica mentre, nel caso in oggetto, la ricorrente non veniva trattenuta giacché, di fatto, era riuscita a fuggire. La Corte, circoscrivendo la portata del suo precedente sul tema (*California v. Hodari D.*, 499 U.S. 621 (1991)) approda invece ad una conclusione diversa stabilendo che il concetto di "sequestro", ai sensi del IV emendamento, ha un carattere dinamico per cui si è soggetti all'autorità della forza pubblica ogni volta che si è sottoposti ad una limitazione fisica indipendentemente dal fatto che la stessa sia definitiva o che dalla medesima si riesca a sfuggire. Sul caso *Torres* Cfr. P. G. Berris, *Torres v. Madrid: Police Use of Force, Fourth Amendment Seizures, and Fleeing Suspect*, in *Congressional Research Service*, <https://crsreports.congress.gov>, LSB10552, (November 12, 2020).

¹¹¹ La giuria ha giudicato l'agente Chauvin colpevole di omicidio colposo di secondo e terzo grado oltre che di omicidio preterintenzionale il 20 aprile 2021.

generale Merrick Garland ha annunciato che il Dipartimento di giustizia ha intenzione di avviare un procedimento per verificare effettivamente la correttezza delle procedure e delle prassi di addestramento impartite dal Dipartimento di polizia di Minneapolis. È innegabile quanto un tale procedimento rivesta, in effetti, maggiore significato nella evoluzione delle vicende sul controllo della brutalità della polizia nell'esperienza statunitense¹¹².

È probabilmente anche a causa della particolare dinamica della vicenda processuale detta che lo stesso Presidente Biden nel commentare il verdetto di condanna di Chauvin ha sottolineato come, in ogni caso, sul tema dell'uso della forza da parte della polizia occorra un intervento del Congresso.

Di fatto, l'alternativa alla revisione della dottrina della *qualified immunity* per via giurisprudenziale, che consentirebbe peraltro di affrontare il tema della legittimità dell'uso della forza da parte delle forze di polizia e della responsabilizzazione degli agenti e delle amministrazioni cui appartengono in termini sistematici, è la previsione di una riforma normativa di tipo legislativo¹¹³.

Proprio sulla scorta dello scandalo e delle gravi proteste che sono susseguite alla morte di George Floyd, è stata elaborata e presentata al Congresso (su proposta della rappresentante democratica Karen Bass) un progetto di legge intitolato *George Floyd Justice in Policing Act*¹¹⁴.

Il progetto di legge è stato approvato dalla Camera dei Rappresentanti il 3 marzo 2021 ed è dunque passato al Senato ove risulta in attesa di discussione e di voto.

La proposta legislativa incide in più modi sul tema del controllo dell'uso della forza da parte delle forze dell'ordine e sui rimedi possibili ad un suo uso sconsiderato ed illegittimo.

Si tratta dunque di un progetto di legge complesso e articolato che si compone di numerose parti.

In primo luogo nella proposta di legge viene modificato lo *standard* di valutazione dell'intento criminale necessario a considerare responsabile un agente delle forze dell'ordine per cattiva condotta nell'ambito di un procedimento giudiziario federale azionato sulla base del 18 USC 242: alla parola *willful* (intenzionale) si sostituiscono i termini «*knowing or reckless*» (consapevole o

¹¹² Sul verdetto nel caso Floyd e sulle prospettive che esso apre nel sistema statunitense cfr. la raccolta di interventi prodotti da 21 esperti pubblicati su politico.com (ultima consultazione 24/04/2020).

¹¹³ Cfr. tuttavia S. Michelman, *The Branch Best Qualified to Abolish Immunity*, in *Notre Dame Law Review*, vol. 93, n. 5, 2000, p. 1999 ss. il quale ritiene che sia compito della Corte suprema intervenire sulla dottrina dell'immunità qualificata piuttosto che responsabilità del Congresso.

¹¹⁴ H.R. 1280.

sconsiderato), superando in tal modo i limiti posti dalla giurisprudenza costituzionale sin dalla decisione *Screw*¹¹⁵.

La proposta di legge reintroduce poi l'elemento soggettivo della buona fede fra i parametri da considerare nella previsione della *qualified immunity* e affianca al concetto di *clearly established law* la nozione di ragionevole conoscenza della sussistenza di un diritto¹¹⁶.

Sul versante della responsabilizzazione delle amministrazioni di polizia (oltre che dei singoli individui) la proposta legislativa attribuisce ai procuratori generali statali la possibilità di dare avvio a cause civili nei confronti delle amministrazioni di polizia coinvolte in vicende di brutalità per verificare la sussistenza di pratiche consolidate di formazione e addestramento del personale che producono incidenti mortali o danni fisici alle persone¹¹⁷. Ai procuratori generali di Stato è anche attribuito un ruolo importante nel complesso meccanismo di accreditamento e di vigilanza delle amministrazioni di polizia (collegato peraltro al conferimento di fondi) ed inoltre il progetto di legge sancisce uno stretto legame fra l'implementazione di buone prassi nelle attività di reclutamento e formazione con la giusta sovvenzione economica prevedendo il conferimento di fondi alle amministrazioni virtuose e la sospensione degli stessi per le amministrazioni ove si verificano dei casi di condotta illegittima¹¹⁸.

A questi fini, oltre che per la valutazione individuale dei componenti delle forze dell'ordine, il progetto di legge istituisce il *National Police Misconduct Registry*¹¹⁹.

La proposta legislativa affronta poi il grave tema della questione razziale strettamente collegato alla problematica della *police brutality*. Il titolo terzo della proposta legislativa è, a questo proposito, dedicato al tema del miglioramento dei processi di formazione del personale di polizia ed è suddiviso in diversi sottotitoli e parti dedicati, in primo luogo, all'imposizione di divieto di profilazione

¹¹⁵ Il paragrafo 242 del 18 US Code è modificato anche attraverso l'aggiunta in coda della specificazione per la quale «*For purposes of this section, an act shall be considered to have resulted in death if the act was a substantial factor contributing to the death of the person.*» *Title 1, Subtitle A sec.101 del George Floyd Justice in Policing Act 2021*».

¹¹⁶ *Title 1, Subtitle A, sect.102 del George Floyd Justice in Policing Act 2021*.

¹¹⁷ *Title 1, Subtitle A, sect. 103*.

¹¹⁸ *Subtitle B- Lawenforcement Act and Integrity Act 2021*.

¹¹⁹ *Subtitle II- Policy Transparency Through Data; Subtitle A- National Policy Misconduct Registry*. Si tratta dell'istituzione di un registro nazionale di cattiva condotta dei poliziotti ovvero di un *database* ove siano raccolte tutte le informazioni sul comportamento dei rappresentanti delle forze dell'ordini utili a ricostruire le loro prassi di comportamento. Cfr. N. James -K. Finklea, *Proposals for Systems of Records on Decertified Officers and Police Misconduct*, *Crs Report of Congress*, 2/03/2021, <https://crsreports.congress.gov>.

razziale¹²⁰ da parte delle forze dell'ordine (sia individualmente sia da parte delle amministrazioni) con la previsione di sanzioni specifiche in sede civile in caso di violazioni e, in secondo luogo, programmi volti ad eliminare la profilazione razziale da parte di tutte le amministrazioni ed agenzie statali e federali impegnate nel comparto sicurezza del Paese.

La proposta di legge prevede inoltre l'obbligo per le forze dell'ordine federali di indossare delle videocamere che filmino le loro attività e ne disciplina eccezioni, tempi di conservazione e utilizzabilità¹²¹. In ultimo, nella parte nominata *Closing the Law Enforcement Consent Loophole*, il progetto di legge affronta e disciplina il grave tema delle attività sessuali intraprese durante l'attività di servizio. In questa parte viene ripreso quanto già si tentò di prevedere nel *Closing the Law Enforcement Consent Loophole Act* del 2019¹²² ovvero rendere illegale qualunque atto sessuale fra un individuo sottoposto a qualunque forma di limitazione della libertà personale (arresto, detenzione ecc) e il personale delle forze dell'ordine anche in presenza di qualunque tipo di consenso.

Si tratta, evidentemente, di una proposta normativa di grande rilievo che segue a numerose altre proposte di legge già avanzate in passato le quali non hanno tuttavia raggiunto una definitiva approvazione: peraltro, anche con riguardo allo stesso *George Floyd Justice in Policing*, il medesimo progetto (con piccole differenze non di grande significato) era in realtà già stato approvato nel 2020 dalla Camera bassa del 116 Congresso ma, dopo le elezioni del 2020, si è dovuto procedere ad una nuova approvazione.

A parere di chi scrive, nonostante sia doveroso riconoscere il rilievo dello sforzo normativo che tale proposta di legge rappresenta, stupisce il fatto che nel dibattito in seno all'opinione pubblica sul tema dell'uso eccessivo della forza da parte della polizia, siano ancora numerosi i fronti politici e sociali che si rifiutano di collegare tale ambito tematico con l'altrettanto grave e sentito tema dell'estrema facilità di accesso alle armi da fuoco e del conseguente eccesso di diffusione delle medesime nel contesto statunitense.

Il diritto delle persone a detenere un'arma, sancito nel II emendamento e confermato nella interpretazione di quest'ultimo in termini individualistici dalla

¹²⁰ Sul *racial profiling* cfr. R.G. Dunham, *Transforming citizens into suspects: Factors that Influence the Formation of Police Suspicion*, in *Police Quarterly*, vol. 8, n. 3, 2005 pp. 366 – 393; J. Goodey, *Ethnic Profiling, Criminal (In) Justice and Minority Populations*, in *Critical Criminology*, Vol. 14, 2006, p 207 – 212; R. Weitzer - S.A. Tuch, *Perceptions of racial profiling: race, class and personal experience*, in *Criminology*, Vol. 40, Iss. 2, March 2006, p. 435 -456.

¹²¹ *Subtitle C- Law Enforcement Body Cameras*.

¹²² Proposta normativa che approvata alla Camera dei Rappresentati non ottenne tuttavia il consenso necessario al Senato nel 2019.

Corte suprema¹²³, contribuisce innegabilmente alla costruzione di un contesto sociale i cui tassi di violenza tendono ad essere particolarmente alti e ove, di conseguenza, si alimenta un clima nell'ambito delle forze dell'ordine di lotta alla guerriglia in ambito urbano più che di garanzia della sicurezza pubblica. È in tale contesto che poi, più facilmente, si possono presentare problemi conseguenti ovvero l'accesso nelle forze del personale di polizia di persone particolarmente violente, razziste, a volte addirittura poco equilibrate (di cui la vicenda della morte di Floyd è caso emblematico) o, sotto altro profilo, si possono verificare incidenti drammatici quali vicende ove la polizia spara a persone che crede armate e che invece impugnano un semplice cellulare¹²⁴.

Un ulteriore rilievo critico, a parere di chi scrive, riguarda la coerenza intima della dottrina della immunità qualificata con gli obiettivi per i quali essa è stata elaborata. Tale valutazione si estende peraltro oltre che alla *qualified immunity* anche alla parallela giurisprudenza sulla *absolute immunity doctrine* accordata ai magistrati nell'esercizio delle loro funzioni¹²⁵. Entrambe le dottrine sono state elaborate dalla Corte suprema nella decisione *Pierson* e fanno riferimento alla necessità di garantire la serenità d'azione per i poliziotti (e l'indipendenza per i magistrati) nello svolgimento delle proprie funzioni, obiettivi che il rischio di incorrere in successive condanne per responsabilità civile minerebbero¹²⁶. Tali

¹²³ Nella decisione *District of Columbia v. Heller*, 554 US 570 (2008), la maggioranza della Corte, in un'opinione redatta dal Giudice Scalia, ha chiarito che il secondo emendamento va interpretato come diritto individuale a detenere un'arma. Le opinioni dissenzienti dei giudici Stevens e Breyer (ad entrambe le quali si associò il giudice Ginsburg) sottolinearono invece la natura di diritto collettivo del II emendamento considerando che il medesimo aveva la finalità di garantire il diritto degli Stati membri della federazione a poter costituire una propria milizia. Due anni dopo, con la decisione *Mc Donald v. Chicago*, 561 US 742 (2010), la corte ha peraltro ribadito la propria interpretazione di maggioranza sottolineandone l'estensione anche per il diritto statale.

¹²⁴ Da ultimo un caso in Virginia cfr. <https://edition.cnn.com/2021/04/24/us/virginia-deputy-shooting-isaiah-brown/index.html>. Sul rapporto fra le eccessive reazioni violente della polizia alle situazioni di avvertito pericolo e l'estrema diffusione delle armi nell'esperienza statunitense sarà interessante la lettura della decisione *New York Rifle & Pistol Association v. Corlett* di prossima discussione alla Corte suprema. Il caso verterà sulla legittimità costituzionale una legge dello Stato di New York che ha imposto il divieto del "trasporto nascosto" di armi da fuoco ovvero, nell'impossibilità di vietare la detenzione delle armi (per rispetto del II emendamento), una normativa la quale impone che le stesse possano essere portate dai legittimi proprietari al di fuori delle loro abitazioni solo per giustificato motivo. Obiettivo teorico della normativa (i cui risultati effettivi sarebbero tutti da valutare) è evidentemente la riduzione della circolazione effettiva di armi da fuoco.

¹²⁵ Sulla quale si rinvia a L. Fabiano, *La responsabilità civile del giudice statunitense*, cit.

¹²⁶ Con specifico riferimento all'indipendenza del giudice la Corte della decisione *Pierson* afferma «It is a judge's duty to decide all cases within his jurisdiction that are brought before him, including controversial cases that arouse the most intense feelings in the litigants. His errors may be corrected on appeal, but he should not have to fear that unsatisfied litigants may hound him

ragioni risultano tuttavia particolarmente stridenti rispetto ai parametri esegetici che connotano l'interpretazione della *substantive due process clause*¹²⁷ ove, secondo l'insegnamento della stessa Corte suprema, lo scrutinio da utilizzare di volta in volta per valutare la legittimità dell'azione di un pubblico potere (*normal, intermediate, o strict*) va bilanciato con l'interesse pubblico perseguito attraverso l'atto sottoposto a controllo il quale, a propria volta, può rientrare in una classificazione tripartita fra *rational, important o compelling* e dunque, esige che progressivamente l'interesse pubblico perseguito sia particolarmente importante mano a mano che l'interesse privato ne subisce un restringimento¹²⁸. Tale impostazione teorica è descritta con grande lucidità nella decisione *Mathews v. Eldridge*¹²⁹ del 1976, ove la Corte suprema offre un chiaro *test* di valutazione del

with litigation charging malice or corruption. Imposing such a burden on judges would contribute not to principled and fearless decision making, but to intimidation», *Pierson v. Ray*, 386 US at 553-554 (1967). Di estremo interesse nella decisione *Pierson* è tuttavia la *dissenting opinion* del giudice Douglas, il quale sostiene con forza non solo di non condividere l'idea che un giudice debba essere sempre garantito da una immunità assoluta ma anche che tale conclusione non possa trovare giustificazione nell'indipendenza del giudiziario, nella *common law* o negli stessi precedenti giudiziari della Corte suprema.

¹²⁷ Nell'ordinamento statunitense il principio del *due process* è sancito dal V e dal XIV emendamento come vincolo per Federazione e Stati. Il principio in esso espresso, del giusto procedimento, è stato interpretato dalla Corte suprema distinguendone due profili ovvero il *formale* ed il *substantive due process*. Il primo profilo esige che un atto di un pubblico potere venga adottato formalmente nelle procedure per esso previste, mentre il profilo sostanziale è stato sviluppato in rapporto alla enucleazione e garanzia da parte della Corte suprema di una serie di diritti fondamentali sulla base della considerazione di fondo, la quale invero permea l'interpretazione di entrambi i profili del principio del giusto procedimento, per la quale la compressione di un diritto fondamentale va considerata quale elemento sintomatico di violazione del principio del *due process* e innesca da parte del giudice, in veste di giudice costituzionale, la necessità di adottare uno scrutinio di controllo della legittimità dell'azione pubblica più severo (dunque un «*intermediate*» o addirittura uno «*strict scrutiny*») al fine di verificare se la disciplina sottoposta a verifica non ponga un diritto fondamentale in una condizione di eccessiva compressione («*undue burden*»). Sulla giurisprudenza della Corte suprema in tema di *formale* e *substantive due process* si rimanda a J.E. Nowak & R.D. Rotunda, *Constitutional Law*, Hornbook Series, Thomson West, 7th ed., 2004.

¹²⁸ Si tratta di una tecnica di controllo di costituzionalità che viene utilizzata anche nella verifica del rispetto del principio di eguaglianza (la *equal protection clause*). Sul punto si consenta ancora di rinviare a L. Fabiano, *Le categorie sensibili dell'eguaglianza negli stati Uniti d'America*, Torino, 2009.

¹²⁹ *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976). Il caso *Mathews* trae origine dalla vicenda giudiziaria di un disabile al quale nel corso di una procedura di revisione della sua disabilità si era proceduto alla sospensione dell'assegno da lui goduto a causa della propria condizione. Il giovane aveva impugnato la sospensione per violazione del *due process* contestando in particolare il fatto di non essere stato nemmeno ascoltato prima dell'adozione di una tale decisione tuttavia la Corte Suprema stabilisce in tale caso che quando sussistono comunque sufficienti garanzie della

rispetto del *due process* affermando che tale principio ha una natura flessibile e richiede di essere bilanciato in un rapporto trilaterale con il diritto che è volto a garantire e l'interesse governativo che lo comprime.

Il *test* descritto dalla Corte suprema nella decisione *Mathews v. Eldrige* stabilisce dunque che nella valutazione circa il rispetto del *due process* è necessario tenere conto di tre fattori: l'interesse privato che verrebbe danneggiato dall'azione pubblica, il rischio della compressione di tale interesse a causa del mancato rispetto delle idonee procedure ed eventualmente la possibilità di adozione di procedure alternative di garanzia, l'interesse governativo perseguito. In relazione al tema della *judicial liability*, l'interesse pubblico perseguito è indubitabilmente l'indipendenza del magistrato così come in relazione ai comportamenti assunti dai poliziotti nel corso delle loro operazioni l'interesse governativo risiede nella volontà di consentire una efficace attività di garanzia della pubblica sicurezza e della repressione del crimine. Se ciò è vero, tuttavia, l'estensione assunta oramai dalle due dette immunità¹³⁰ non sembra in effetti una scelta volta a garantire la serenità decisionale del magistrato o di azione del personale di polizia quanto piuttosto a perseguire l'impunità dell'organo giudicante o dei garanti dell'ordine e della sicurezza pubblica e la loro totale deresponsabilizzazione. Con riguardo in particolare alla dottrina dell'*absolute immunity* dei magistrati è peraltro paradossale, in effetti, che possa considerarsi sacrificabile l'intero principio del giusto procedimento, il quale, *in nuce*, è il riferimento costituzionale per la garanzia del «*Fair trial*», sull'altare dell'indipendenza del magistrato, principio, quest'ultimo, a propria volta posto a tutela del medesimo diritto ad un giusto processo; con ciò dimenticando del tutto il fatto che l'amministrazione della giustizia, in un paese, costituisce forse più di qualunque altra cosa il vero banco di prova della tenuta dello Stato di diritto¹³¹.

Pare dunque che le dottrine dette dell'*absolute* e della *qualified immunity* di fatto finiscano per minare l'interesse pubblico perseguito attraverso la giurisprudenza che le ha elaborate ovvero la tutela del giusto processo attraverso la garanzia dell'indipendenza del giudice, ed il perseguimento efficace degli

correttezza dell'azione amministrativa il *due process* non può ritenersi violato solo perché non sono state poste in essere le procedure tipicamente previste.

¹³⁰ Nel caso del giudiziario addirittura ai casi di corruzione e malevolenza: «A judge will not be deprived of immunity because the action he took was in error, was done maliciously, or was in excess of his authority, but, rather, he will be subject to liability only when he has acted in the "clear absence of all jurisdiction"» *Stump v. Sparkman, Syllabus, quoted Bradley v. Fisher*, 13 Wall. 335, 80 U.S. 351. 435 U.S. 355-357.

¹³¹ Si rimanda a tal proposito alle belle pagine di P. Calamandrei, *Processo e giustizia*, in *Opere giuridiche*, I, Morano, 1965.

obiettivi di sicurezza e ordine pubblico attraverso le garanzie elaborate a tutela delle azioni del personale di polizia.

Con riguardo più strettamente al *George Floyd Justice in Policing* 2021, il voto alla Camera dei rappresentanti si è rivelato pressoché completamente di partito (con i democratici a favore del progetto ed i repubblicani, salvo rarissime eccezioni, tutti contrari) e allo stato è veramente difficile prevedere quale sarà il voto al Senato.

Se il progetto di legge dovesse riuscire ad ottenere la maggioranza anche alla Camera alta e dunque entrare in vigore potrà forse in futuro essere modificato o abolito da un Congresso con maggioranze diverse; tuttavia, nell'attesa, potrà essere di stimolo alla giurisprudenza ordinaria e costituzionale per una revisione anche giurisprudenziale del problema. Se invece, come possibile, il progetto non dovesse riuscire ad ottenere la maggioranza al Senato si spera che possa comunque rappresentare un primo passo verso un percorso di cambiamento di cui gli Stati Uniti sembrano avere veramente bisogno.

ABSTRACT: Several recent law enforcement-related shootings and deaths in the United States have sparked intense protests throughout the Country and a fierce debate in Congress concerning the appropriate level of force police officers should wield in a society that equally values public safety and the lives of each of its citizens under law.

Currently, in the US, the Supreme court jurisprudence has progressively eroded the front of the individual rights guarantees stating that even if an officer has engaged in unconstitutional conduct, the doctrine of qualified immunity may insulate him /her from personal civil liability if his or her actions did not “violate clearly established statutory or constitutional rights of which a reasonable person would have known.”

This defensive shield in favor of police officers feeds social tensions and lack of trust of a large part of the public opinion in the law enforcement.

Laura Fabiano

Police Brutality, Qualified Immunity *e conflitto razziale nell'esperienza statunitense*

KEYWORDS: police brutality – security – responsibility – qualified immunity – common law.

Laura Fabiano – Professore associato di Diritto pubblico comparato, Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro" (laura.fabiano@uniba.it)