

Mass shootings, culture war e diritto individuale a detenere e portare armi negli U.S.A. Brevi riflessioni sul ruolo della Supreme Court, traendo spunto da un'invettiva del giudice Thomas*

Pietro Insolera

SOMMARIO. 1. Premessa. – 2. Cenni sul contesto: *District of Columbia v. Heller* e seguito. – 3. Il *dissent from denial of certiorari* del giudice Thomas in *Silvester v. Becerra*. – 4. Alcune considerazioni critiche.

1. *Premessa*

Queste brevi note si concentrano sulla tematica assai controversa, e drammaticamente attuale¹, della

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

This article has its origin in the paper presented to 'Europe and its crises' Workshop hosted by Department of Politics and International Studies (POLIS) at the University of Cambridge (30th June-1st July 2016). Participation in the Workshop is part of the research activities carried out during visiting research at the Faculty of Law of the University of Cambridge, financed by the Spanish Ministry of Education, Culture and Sport under the framework "Jose Castillejo" Mobility Program. Particular thanks are due to Professor Catherine Barnard for the constant collaboration throughout the entire research period at the University of Cambridge (April-July 2016).

¹ Il riferimento è alla strage perpetrata il 14 febbraio 2018 da Nikolas Cruz alla Marjory Stoneman Douglas High School di Parkland, Florida, nella quale hanno perso la vita 17 persone ed a quella commessa da Dimitrios Pagourtzis alla Santa Fe High School di Santa Fe, Texas, nella quale sono perite 10 persone, il 18 maggio 2018. Le stragi soltanto le ultime di una lunga serie negli U.S.A. Un desolante bilancio di fine mandato presidenziale, evidenziando contestualmente la ineludibile necessità di approvare misure

Mass shootings, culture war e diritto individuale a detenere e portare armi negli U.S.A. Brevi riflessioni sul ruolo della Supreme Court, traendo spunto da un'invettiva del giudice Thomas

legislazione/regolamentazione sulle armi da fuoco (cd. *gun regulation*), prendendo spunto dalla disamina di un'opinione dissenziente al *denial of certiorari* – ossia al rigetto alla valutazione nel merito del caso da parte della Alta Corte – redatta dal giudice conservatore/originalista Thomas².

Essa dimostra – come si vedrà – quanto sia ancora poco consolidata la giurisprudenza sul contenuto e la precisa portata del “diritto fondamentale a detenere e portare armi”, dopo le importanti decisioni *District of Columbia v. Heller* e *McDonald v. City of Chicago*³.

legislative idonee a prevenire e neutralizzare il devastante fenomeno della violenza da armi da fuoco e i cd. *Mass Shootings*, in B. Obama, *The President's Role in Advancing Criminal Justice Reform*, in *Harv. L. Rev.*, 2017, p. 856-858.

² *Silvester v. Becerra*, 583 U.S. (2018), Thomas, J., dissenting from the denial of certiorari, disponibile all'URL https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/17-342_4hd5.pdf.

³ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), decisione maturata per 5 voti a 4 e assai controversa – perché in forte tensione con il *precedent* e dagli effetti poco prevedibili – ha invalidato la disciplina particolarmente restrittiva del Firearms Control Regulations Act del 1975 del District of Columbia (D.C. Code §§ 7-2502.02(a)(4), 22-4504, 7-2507.02), che imponeva la custodia di una pistola scarica, smontata e chiusa in una cassaforte all'interno di abitazioni private, affermando che il II Emendamento alla Costituzione Federale («*A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed*») garantisce un diritto fondamentale della persona a possedere e portare armi da fuoco per scopi leciti, ed in particolare di legittima difesa, all'interno della propria abitazione e proprietà privata. La successiva *McDonald v. City of Chicago*, 561 U.S. 742 (2010), oltre a confermare il “*core holding*” dell'anzidetta pronuncia, ha reso applicabile il diritto ivi sancito nei confronti delle legislazioni statali e dei provvedimenti delle autorità locali, attraverso la c.d. *incorporation* del II Emendamento per mezzo della *due process clause* del XIV Emendamento, invalidando un analogo provvedimento di divieto assai restrittivo, adottato dalla municipalità di Chicago. Uno sviluppo assai significativo, poiché gran parte della *firearms regulation* viene adottata a livello statale e, soprattutto, locale. Sul processo di c.d. *incorporation*, attraverso cui quasi tutti i primi dieci Emendamenti del *Bill of Rights* sono stati resi applicabili agli Stati v. in dottrina E. Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, New York, 2011, p. 511-519; analizza il dibattito storico tra le contrapposte dottrine della c.d. *Total incorporation* e la c.d. *Selective incorporation* nell'evoluzione giurisprudenziale della Corte suprema, tra gli altri, M.I. Urofsky, *Dissent and the Supreme Court. Its Role in the Court's History and the Nation's Constitutional Dialogue*, New York, 2015, p. 280 ss.

Mass shootings, culture war e diritto individuale a detenere e portare armi negli U.S.A. Brevi riflessioni sul ruolo della Supreme Court, traendo spunto da un'invettiva del giudice Thomas

Si assiste infatti da qualche tempo ad una perdurante “*battaglia politico-ideologica*”, portata avanti dai *Justices* più conservatori (Thomas in testa), volta a fare giudicare nel merito nuovi casi, con lo scopo di *ridefinire in senso ampliativo la portata di tale diritto*, per restringere ulteriormente lo spazio di manovra a disposizione delle autorità federali, statali e locali nelle politiche, anche penali, di contrasto alla violenza da armi da fuoco.

E ciò – si badi – proprio nel momento in cui gli Stati Uniti si sono raccolti, ancora una volta, a piangere le giovani vittime dell’ennesima strage.

L’analisi del *dissent*, oltre a poter essere di ausilio nel valutare e ipotizzare i prossimi sviluppi della *jurisprudence* della Corte, fornendo significative indicazioni sulle dialettiche deliberative interne al collegio⁴, offre il destro per svolgere alcune riflessioni di carattere più generale sul ruolo e le (eventuali) responsabilità politiche della Corte rispetto al tragico fenomeno dei cd. *Mass Shootings*.

2. *Cenni sul contesto: District of Columbia v. Heller e seguito*

Alcune osservazioni, per contestualizzare meglio il significato del *dissent* di Thomas⁵, prima di discutere il caso.

⁴ Sul *Writ of Certiorari*, quale metodo fondamentale, e del tutto discrezionale, per “decidere quali casi decidere” da parte della Corte suprema statunitense, cfr. l’accurata indagine di F. Ferraris, “Rationing Justice”. *La selezione dei ricorsi nelle Corti supreme di Stati Uniti e Italia*, Torino, 2015, p. 33 ss. Sul significato e le problematiche innescate dalle prassi del *dissent from certiorari denial* e dell’*opinion respecting the denial*, v. *ibidem*, p. 127 ss.

⁵ Sul quale v. criticamente D. Cassens Weiss, *Second Amendment is a ‘disfavored right’ in the Supreme Court, Thomas says in cert-denial dissent*, all’URL

http://www.abajournal.com/news/article/second_amendment_is_a_disfavored_right_in_the_supreme_court_thomas_says_in, 20 febbraio 2018; I. Millhiser, *Justice Thomas delivers pro-gun rant just days after the Parkland shooting*, all’URL <https://thinkprogress.org/justice-thomas-pro-gun-rant-parkland-e08504e87ee3/>, 20 febbraio 2018; G. Epps, *What Clarence Thomas Gets Wrong About the Second Amendment*, in <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2018/02/clarence-thomas-guns/553910/>, 22 febbraio 2018; E. Mystal, *Unaccountable Lifetime Employee Spends 14 Pages Whining Periods As Nation Still Mourns Dead Children*, in

Pietro Insolera

Mass shootings, culture war e diritto individuale a detenere e portare armi negli U.S.A. Brevi riflessioni sul ruolo della Supreme Court, traendo spunto da un'invettiva del giudice Thomas

Come si anticipava, la nota decisione *District of Columbia v. Heller* del 2008, segnando una brusca rottura rispetto ai precedenti della Corte suprema⁶ e alle posizioni prevalenti in letteratura⁷, stabiliva la natura di *diritto fondamentale della persona* del “right to keep and bear arms” di cui al II

<https://abovethelaw.com/2018/02/unaccountable-lifetime-employee-spends-14-pages-whining-about-waiting-periods-as-nation-still-mourns-dead-children/>, 20 febbraio 2018; D. Berman, *Dissenting from denial of cert*, Justice Thomas complains Second Amendment has become “constitutional orphan”, all’URL http://sentencing.typepad.com/sentencing_law_and_policy/2018/02/dissenting-from-denial-of-cert-justice-thomas-complains-second-amendment-has-become-constitutional-o.html, 20 febbraio 2018.

⁶ Cfr. in particolare il precedente *United States v. Miller*, 307 U.S. 174 (1939), nel quale la Corte suprema ritenne costituzionalmente conforme al II Emendamento una disposizione penale del National Firearms Act del 1934, applicata ad un soggetto che aveva trasportato nel commercio interstatale un fucile non registrato di tipo “doppietta”, argomentando che: «In totale assenza di prove che tendano a dimostrare che il possesso o l’utilizzo di un ‘fucile con una canna lunga meno di diciotto pollici’ in questo momento ha una qualche ragionevole relazione con il mantenimento o l’efficienza di un esercito ben organizzato, non possiamo affermare che il Secondo Emendamento garantisce il diritto a possedere e portare tale strumento». Nella decisione *Lewis v. United States*, 445 U.S. 55 (1980), n. 8, il giudice Blackmun, scrivendo per la Corte e richiamando l’*holding* di Miller, affermò che «il II Emendamento non garantisce alcun diritto a possedere e portare armi da fuoco che non abbia una qualche ragionevole relazione con la conservazione e l’efficienza di una milizia ben organizzata». Secondo l’opinione dissidente di Stevens in *Heller*, benché il II Emendamento protegga «un diritto che può essere esercitato dagli individui», la sua portata, come determinata dal testo e dalla storia, non supporta in nessun modo una interpretazione tale da «limitare l’autorità di ogni legislatore di disciplinare gli utilizzi civili privati delle armi da fuoco» o da evincere che i «Redattori dell’Emendamento intendessero sancire il diritto di legittima difesa derivante dal common law nella Costituzione». La lettura restrittiva del precedente Miller da parte della maggioranza è poi un «drammatico sconvolgimento del diritto consolidato», in quanto tale decisione garantiva soltanto la protezione del «diritto di possedere e portare armi per determinati scopi militari», senza «limitare il potere del Legislatore di disciplinare l’utilizzo non militare e il possesso delle armi». Tale impostazione – secondo i dissidenti – costituisce «sia la lettura più naturale del testo dell’Emendamento che l’interpretazione più fedele alla storia della sua adozione». Cfr. altresì J.P. Stevens, *Five Chiefs. A Supreme Court Memoir*, New York, 2011, p. 149-150.

⁷ Senza alcuna pretesa d’esaustività: v. ad es. L. Tribe-J. Matz, *Uncertain Justice: the Roberts Court and the Constitution*, New York, 2015, p. 154 ss.; E. Chemerinsky, *Constitutional Law*, cit., p. 941 ss.

Mass shootings, culture war e diritto individuale a detenere e portare armi negli U.S.A. Brevi riflessioni sul ruolo della Supreme Court, traendo spunto da un'invettiva del giudice Thomas

Emendamento. Si accantonava così la tradizionalmente più accreditata tesi del “*collective right*”⁸, intimamente collegato al servizio nella “*well regulated militia*”, peraltro più conforme al testo ed alla *ratio* della previsione: la necessità di difesa da parte degli Stati sovrani, rispetto a possibili abusi del Governo, e, specialmente, dell'esercito federale.

Tale approdo interpretativo ha costituito forse il punto più alto nella storia, la “*presa di potere*”⁹, della teoria dell'interpretazione costituzionale originalista-testualista, propugnata con particolare vigore dall'estensore della decisione, Antonin Scalia¹⁰. La maggioranza riuscì ad argomentare che il *nuovo significato* che si annunciava non era in realtà nient'altro

⁸ Per avere un'idea di quanto l'interpretazione *libertarian* del II Emendamento, quale disposizione che garantisce un diritto della persona, sia uno sviluppo recente, figlio della “*conservative revolution*” degli anni reaganiani, si rammentino le parole di Warren Burger, *Chief Justice* di nomina repubblicana della Corte dal 1969 al 1986, e giurista di orientamento fortemente conservatore, che nel 1991 denunciava come l'emergente tesi del diritto individuale fosse «uno dei più grandi esempi di inganno, e ripeto la parola inganno, nei confronti dell'opinione pubblica americana da parte di gruppi portatori di interessi speciali che io abbia mai visto in vita mia», cfr. *MacNeil/Lehrer NewsHour*, PBS, trasmissione del 16 dicembre 1991, richiamato in L. Tribe-J. Matz, *Uncertain Justice*, cit., p. 162. Sulla rivoluzione culturale e politico-giudiziaria conservatrice negli anni della presidenza Reagan (1980-1988), v. in generale la ricostruzione di sintesi di G. Troy, *The Reagan Revolution. A Very Short Introduction*, New York, 2009.

⁹ Ad attestarlo inequivocabilmente il fatto che sia l'*Opinion of the Court* redatta da Scalia, sia il *dissent* principale di Stevens utilizzino entrambe esclusivamente un'analisi testuale, storica e casistica, volta a desumere il “significato originario” della previsione costituzionale. Una centralità della metodologia originalista, condivisa all'interno del collegio, difficile da immaginare fino a pochi anni prima.

¹⁰ Sul punto cfr. *amplius* D.M. Dorsen, *The Unexpected Scalia. A Conservative's Justice Liberal Opinion*, New York, 2017, p. 31-32, 157-162. Nella letteratura italiana, un quadro sulla figura del giudice Scalia e sulla enorme influenza della sua *Judicial Philosophy* originalista-testualista è offerto da N.G. Cezzi, *L'esperienza di Antonin Scalia nella cultura costituzionale statunitense*, in *Dir. pubb.*, 2016, p. 849 ss.; sia consentito rinviare inoltre a P. Insolera, *Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell'interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense*, in *questa Rivista*, 2017, p. 132 ss. Un interessante dibattito sulla metodologia dell'interpretazione costituzionale originalista, in prospettiva comparatistica, in AA.VV., *Casi e questioni: Comparative Perspective on Originalism*, in *DPCE online*, 3/2017, pp. 571-678.

Mass shootings, culture war e diritto individuale a detenere e portare armi negli U.S.A. Brevi riflessioni sul ruolo della Supreme Court, traendo spunto da un'invettiva del giudice Thomas

che l'*original public meaning* della disposizione, adottata e ratificata nel 1791.

Questo il formale “travestimento”. Tuttavia, si è persuasivamente osservato come la svolta di *Heller* costituisca il frutto maturo di una lunga e agguerrita *operazione politica*, di *lobbying*, da parte della *National Rifle Association* e del Partito Repubblicano – iniziata negli anni settanta e intensificatasi negli anni ottanta – culminata con uno straordinario esempio di *Conservative Judicial Activism*¹¹.

Un *nuovo diritto fondamentale* creato in via giudiziale, proprio sotto la guida di giuristi che, per rimediare alle “ferite” delle stagioni “attiviste” delle Corti Warren e Burger, avevano fatto del *Judicial Restraint* e della stretta interpretazione testuale i capisaldi della rivoluzione conservatrice e della rinnovata legittimazione del potere giudiziario¹².

Per quanto estremamente innovativa, *Heller* (per come poi confermata ed estesa in *McDonald*) – al di là di alcune distorte rappresentazioni mediatiche – resta una sentenza cauta e sostanzialmente limitata nelle sue affermazioni.

Non si mette in discussione la consolidata presunzione di legittimità costituzionale di quell'ampio novero di normative e provvedimenti – peraltro assi diverse da Stato a Stato e nelle varie realtà locali – che limitano le categorie di soggetti che possono acquistare, possedere e portare in pubblico armi da fuoco, ovvero pongono restrizioni all'acquisto e/o possesso di specifiche tipologie di armi (ad es. armi d'assalto o militari), o

¹¹ Tra numerosi contributi, quello che forse ha illustrato più efficacemente tale dinamica è di R.B. Siegel, *Dead or Alive: Originalism as Popular Constitutionalism in Heller*, in *Harv. L. Rev.*, 2008, p. 191 ss.; utili anche le ricostruzioni di M. Waldman, *The Second Amendment. A Biography*, New York, 2014, p.117-137 e di J. Toobin, *The Obama White House and the Supreme Court*, New York, 2012, p. 98-115; nella letteratura italiana v. in proposito A. Testi, *Un movimento conservatore di successo. Il trionfo dei gun rights*, in *Il Mulino*, 2016, 5, p. 797 ss. Un dettagliato resoconto di taglio più giornalistico in G. Zagni, “Una Milizia ben organizzata”, disponibile all'URL <https://www.ilpost.it/2012/12/17/armi-stati-uniti-2/>, 17 dicembre 2012.

¹² E. Chemerinsky, *The Conservative Assault on the Constitution*, New York, 2011, p. 191-192, osserva che “è accurato affermare che il *Secondo Emendamento* è l'unico nuovo diritto riconosciuto dalla Corte negli ultimi 35 anni per il quale essa ha approvato qualcosa di più di un controllo minimale di razionalità. Difficilmente è una coincidenza che questa interpretazione si combini perfettamente con l'ideologia politica conservatrice”.

Mass shootings, culture war e diritto individuale a detenere e portare armi negli U.S.A. Brevi riflessioni sul ruolo della Supreme Court, traendo spunto da un'invettiva del giudice Thomas

ancora vietano di recarsi armati in determinati “luoghi sensibili”¹³.

Le parole di Scalia rendono bene l'idea della portata non assoluta, sempre da bilanciare¹⁴ con il *public safety interest*, del diritto individuale protetto dal II Emendamento: «Come la maggior parte dei diritti, il diritto garantito dal Secondo Emendamento non è illimitato. Dall'epoca di Blackstone fino ai casi del diciannovesimo secolo, i commentatori e le corti hanno regolarmente spiegato che il diritto non fosse un diritto a detenere e portare qualunque tipo di arma in qualunque modo per qualsivoglia scopo. Per esempio, la maggioranza delle corti del diciannovesimo secolo che hanno valutato la questione hanno affermato che le proibizioni di portare addosso armi occultate fossero legittime in base al Secondo Emendamento o agli omologhi statali. Benché oggi non intraprendiamo una analisi storica esaustiva della piena portata del Secondo Emendamento, niente nella nostra decisione deve essere inteso come elemento di dubbio sulla legittimità delle tradizionali proibizioni del possesso di armi da fuoco per i soggetti gravati da precedenti penali e per i malati mentali, o delle leggi che vietano di portare armi da fuoco in luoghi sensibili come scuole o sedi governative, o delle leggi che impongono condizioni e requisiti sulla vendita commerciale delle armi»¹⁵.

¹³ Cfr. in proposito ad es. C. Sunstein, *Constitution doesn't bar gun control*, all'URL http://www.bostonherald.com/opinion/op_ed/2018/02/sunstein_constitution_doesn_t_bar_gun_control, 19 febbraio 2018.

¹⁴ Una precisazione: quanto più l'intervento regolatore incide sul “nucleo fondamentale” del diritto individuale, come affermato in *Heller* (possesso di armi da fuoco tradizionali all'interno della propria abitazione e/o proprietà per scopi leciti, ed in particolare di legittima difesa) – quello meno “bilanciabile” – tanto più l'autorità deve dimostrare un fondamento giustificativo particolarmente forte a supporto della disposizione o del provvedimento, che sono sottoposti ad uno *scrutinio stretto* nel *judicial review*. Diversamente, più ci si allontana dall'*hard core* del diritto, meno è penetrante il sindacato sul fondamento giustificativo della disposizione o del provvedimento, con gli interessi di prevenzione della violenza posti in bilanciamento, e tendenzialmente prevalenti.

¹⁵ In base a queste premesse, ad es., sono state regolarmente ritenute legittime dalle corti federali normative penali federali che proibiscono l'acquisto e il possesso di armi da parte dei *felons*, di soggetti già condannati per *misdemeanors* di violenza domestica o sottoposti a ordini di protezione in ambito familiare, tossicodipendenti, e anche gli aumenti di pena (*sentencing*

Mass shootings, culture war e diritto individuale a detenere e portare armi negli U.S.A. Brevi riflessioni sul ruolo della Supreme Court, traendo spunto da un'invettiva del giudice Thomas

Nonostante tali precisazioni, lo scenario successivo, relativamente all'esatta portata del diritto e, conseguentemente, allo specifico *standard of review* al quale sottoporlo nel controllo di costituzionalità¹⁶, è stato dominato da grande incertezza.

enhancements) per il possesso di armi da fuoco nel corso della commissione di altri delitti. Un quadro più dettagliato nel Report del Congressional Research Service a cura di S.H. Herman, *Post-Heller Second Amendment Jurisprudence*, all'URL <https://fas.org/sgp/crs/misc/R44618.pdf>, 21 novembre 2017.

¹⁶ Si noti che la maggioranza in *Heller* non si è soffermata approfonditamente a discutere e precisare il "livello di controllo" sul fondamento giustificativo degli interventi regolatori che incidono sull'esercizio del diritto di cui al II Emendamento, limitandosi ad affermare che l'azione legislativa o esecutiva dev'essere supportata da qualcosa di più di una semplice "base razionale", v. *District of Columbia v. Heller* 554 U.S. 627 n. 27, 634-35: «*If all that was required to overcome the right to keep and bear arms was a rational basis, the Second Amendment ... would have no effect*». Cfr. sul punto ancora S.H. Herman, *Post-Heller*, cit., p. 15-16, la quale osserva che la maggioranza delle corti federali inferiori, dopo *Heller*, impiega uno *scrutinio intermedio*. È noto che nel sistema di *judicial review* statunitense, nell'ambito dei diritti fondamentali della persona e dell'*equal protection analysis*, le leggi e i provvedimenti vengono sindacati con un sistema "a tre velocità". Il cd. *rational basis test*, controllo estremamente deferenziale di non manifesta irrazionalità (ad es. sulla legislazione economico-sociale), in base al quale la legge viene giudicata legittima se in grado di perseguire ragionevolmente qualsivoglia legittimo interesse statale ipotizzabile. Il tipo di controllo denominato *intermediate scrutiny*, per considerare la legge costituzionale, richiede che essa sia «sostanzialmente correlata ad un importante obiettivo del governo». In altre parole, l'obiettivo dello stato deve essere più che uno scopo solo legittimo da perseguire; la corte deve ritenere tale obiettivo "importante". I mezzi prescelti debbono essere qualcosa di più che un modo ragionevole di raggiungere la finalità; la corte deve credere che l'atto normativo sia sostanzialmente connesso all'ottenimento dell'obiettivo. Tale forma di sindacato è impiegata nei casi di discriminazione di genere, di discriminazione nei confronti di bambini nati fuori dal matrimonio, di discriminazione di bambini stranieri privi di documenti nel campo del diritto all'educazione, di regolamentazione del *commercial speech*, della libertà di parola nei luoghi pubblici. In questo contesto il governo ha l'onere di dimostrare che la legge è giustificata in riferimento allo scopo governativo perseguito. Si è affermato ad esempio, in un caso relativo alla discriminazione di genere, che «le parti che cercano di difendere un'azione governativa sostenuta da ragioni di discriminazione in base al genere debbono dimostrare una giustificazione estremamente persuasiva per quell'azione»; egualmente, in materia di *commercial speech*, si è statuito che «la parte che tenta di confermare la costituzionalità di una restrizione alla libertà di commercial speech ha l'onere di giustificarla». Nel settore dell'*intermediate scrutiny* è dibattuto se l'analisi di costituzionalità

Mass shootings, culture war e diritto individuale a detenere e portare armi negli U.S.A. Brevi riflessioni sul ruolo della Supreme Court, traendo spunto da un'invettiva del giudice Thomas

Nel corso di dieci anni, numerosissimi ricorsi, avverse diverse tipologie di *regulations* (ad es. divieti di possesso di armi d'assalto o restrizioni al diritto di portare armi "nascoste" in pubblico), non hanno convinto la Corte suprema a concedere il *certiorari* per meglio precisare portata, limiti e specifico *level of scrutiny* con il quale dev'essere vagliato il fondamento giustificativo e la legittimità di tali misure¹⁷.

L'ambiguità della *Law of the Land*, e la correlata, intensa, *litigation* sul II Emendamento, inoltre, determinano una sorta di

debba includere la c.d. *less restrictive alternative analysis* (verifica della sussistenza di una misura meno invasiva, ma egualmente efficace rispetto allo scopo). Relativamente allo *strict scrutiny*, esso costituisce senza ombra di dubbio la forma più pervasiva di controllo di costituzionalità. Per resistere a tale vaglio una legge deve essere necessaria per ottenere uno stringente obiettivo governativo (*necessary to achieve a compelling government purpose*). L'obiettivo che si intende perseguire dev'essere dunque fondamentale. Dovrà anche dimostrarsi che la legge sia effettivamente necessaria per raggiungere il fine prefissato; essa deve costituire l'alternativa meno restrittiva e meno discriminatoria (c.d. *narrow tailoring*). L'onere della prova grava ovviamente sul governo. L'ambito dove viene applicata tale metodologia di analisi è quello delle discriminazioni basate sulla razza, sulla nazionalità, delle discriminazioni contro gli stranieri, ed ovviamente quando la azione dei pubblici poteri va ad incidere sui c.d. *fundamental rights*, come ad esempio il diritto di voto, il diritto di circolazione, il diritto alla riservatezza e la libertà di parola e d'espressione. Per ulteriori approfondimenti sui cd. *tiers of review* cfr. E. Chemerinsky, *Constitutional Law*, cit., p. 683 ss. e M.C. Dorf-T.W. Morrison, *The Oxford Introductions to U.S. Law: Constitutional Law*, New York, 2010, p. 142 ss. Per la nascita dello scrutinio a tre livelli v. la fondamentale decisione *United States v. Carolene Prods. Co.*, 304 U.S. 144, 152 n. 4 (1938). Per un'applicazione recente del cd. *intermediate scrutiny*, tramite cui si è invalidata una disposizione penale che incideva eccessivamente sulla *freedom of speech* – non in base al contenuto del discorso, ma nell'ambito delle cd. *time, place, and manner restrictions* – per contrasto con il I Emendamento, v. la decisione *Packingham v. North Carolina*, 582 U.S. __ 2017, sulla quale sia permesso rinviare al commento di P. Insolera, *La Corte Suprema censura una presunzione di pericolosità indeterminata e irragionevole posta a fondamento del divieto di accesso ai social network da parte dei c.d. registered sex offenders*, in *Ind. pen. online*, 2017, p. 33 ss.

¹⁷ V. al proposito le considerazioni di M. Ford, *Have the Justices Gone Gun-Shy* ?, all'URL <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2015/12/supreme-court-gun-rights/419160/>, 7 dicembre 2015. G. Epps, *What Clarence Thomas Gets Wrong*, cit., offre una sintetica rassegna dei numerosi casi in cui la Corte suprema ha rifiutato di concedere *certiorari*, con il costante disaccordo espresso da Thomas.

Mass shootings, culture war e diritto individuale a detenere e portare armi negli U.S.A. Brevi riflessioni sul ruolo della Supreme Court, traendo spunto da un'invettiva del giudice Thomas

cd. *chilling effect* sui legislatori e sulle autorità locali che intendono adottare misure normative e/o provvedimenti tali da incidere sul diritto in questione, incerte se esse supereranno il *constitutional muster*.

3. Il *dissent from certiorari denial* del giudice Thomas in *Silvester v. Becerra*

L'opinione commentata del giudice Thomas si colloca nel contesto sopra sinteticamente tratteggiato.

Egli si conferma una volta di più “*conservative intellectual pathbreaker*”¹⁸, apripista e “sperimentatore” nell’elaborazione di dottrine conservatrici, un vero *cultural warrior*, come attestano diversi passaggi argomentativi.

Questo l’oggetto della *petition for a writ of certiorari*: la particolarmente restrittiva disciplina penale californiana (Cal. Pen. Code Ann. §§ 26815), che prevede, per potere acquistare tutte le tipologie di armi da fuoco, un “*waiting period*” di dieci giorni.

Lo scopo della disposizione è duplice: da un lato, consentire che vengano svolti tutti gli opportuni controlli sugli acquirenti (i cd. *background checks*); dall’altro, prevedere un cd. *cooling-off period*, un periodo di dieci giorni in cui gli individui che potrebbero comprare armi (o incrementare il proprio arsenale) per utilizzarle contro sé stessi o contro altri possano riflettere e calmarsi, desistendo dai propri propositi violenti. Dunque, uno scopo di prevenzione di atti di violenza. Thomas, oltre a censurare lo *standard* di controllo – a suo avviso eccessivamente blando e deferenziale – in esito al quale la Corte d’appello del Nono Circuito ha confermato la legittimità della

¹⁸ Su questo profilo v. le osservazioni di J. Toobin, *The Obama White House*, cit., p. 104, 242 ss.; L. Tribe-J. Matz, *Uncertain Justice*, cit., p. 163, secondo i quali Thomas “*spesso gioca un ruolo chiave nello spingere la Corte verso l’elaborazione di dottrine conservatrici innovative*”. Non è certo un caso che sia stata proprio una sua opinione concorrente nel caso *Printz v. United States*, 521 U.S. 598 (1997), cavalcando l’onda politica, accademica e giudiziaria del movimento conservatore, a esplicitare per la prima volta in un caso dinanzi alla Alta Corte la natura di diritto individuale della clausola del II Emendamento, poi fatta propria dalla maggioranza undici anni dopo in *Heller*.

Pietro Insolera

*Mass shootings, culture war e diritto individuale a detenere e portare armi negli U.S.A.
Brevi riflessioni sul ruolo della Supreme Court, traendo spunto da un'invettiva del giudice Thomas*

disposizione, coglie l'occasione per sferrare uno sferzante attacco *ideologico* ai suoi colleghi. Egli argomenta: «La deviazione del Nono Circuito dagli ordinari principi del diritto è infelice, ma non sorprendente. Il suo trattamento sprezzante delle impugnazioni dei ricorrenti è rappresentativo di una più ampia tendenza. Come ho spiegato precedentemente, le corti inferiori stanno opponendo resistenza alle decisioni di questa Corte in *Heller* e *McDonald* e non stanno riuscendo a proteggere il Secondo Emendamento nella stessa misura in cui proteggono altri diritti costituzionali. Questo doppio standard è evidente se si considerano altri casi nei quali il Nono Circuito applica uno scrutinio più penetrante. Esso ha invalidato una legge dell'Arizona, per esempio, in parte perché essa 'ritardava' le donne che cercano di abortire. La corte d'appello ha ritenuto importante in quel caso, ma non in questo, che lo Stato 'non avesse avanzato nessun tipo di prova che la legge effettivamente perseguisse il suo interesse' e 'nessuna prova che tale asserito pericolo esistesse e si fosse mai verificato'. Analogamente, il Nono Circuito ha invalidato un provvedimento di contea che prevedeva un periodo d'attesa di 5 giorni per l'ottenimento di autorizzazione per l'attività di danze di spogliarello, perché esso 'impediva in modo irragionevole ad un danzatore l'esercizio di diritti protetti dal I Emendamento mentre l'istanza per l'autorizzazione era pendente'. Il Nono Circuito ha ritenuto risolutivo in quel caso, ma non in questo, che la contea 'non era in grado di dimostrare la necessità del periodo di cinque giorni di attesa'. In un altro caso, il Nono Circuito ha statuito che leggi che adottano il matrimonio tradizionale non resistono ad un vaglio di costituzionalità rafforzato perché gli Stati non avevano presentato 'nessuna prova' se non 'congetture e asserzioni apodittiche'. Nonostante tali leggi rispecchino la saggezza di 'migliaia di anni di storia umana in ogni società che si sa abbia popolato il pianeta', esse hanno affrontato uno scrutinio molto più esigente rispetto al nuovo ed insolito periodo di attesa per l'acquisto di armi da fuoco. Nel Nono Circuito, sembra, diritti che non hanno alcun fondamento nella Costituzione ricevono maggiore protezione del Secondo Emendamento, che è espressamente enumerato nel testo. Il nostro continuo rifiuto a giudicare nel merito casi relativi al Secondo Emendamento non fa altro che incoraggiare questa ribellione. Non abbiamo giudicato un caso sul Secondo Emendamento per quasi otto

Pietro Insolera

*Mass shootings, culture war e diritto individuale a detenere e portare armi negli U.S.A.
Brevi riflessioni sul ruolo della Supreme Court, traendo spunto da un'invettiva del giudice Thomas*

anni. E non abbiamo chiarito con esattezza quale sia lo standard per valutare le doglianze per violazione del Secondo Emendamento per quasi dieci. Nel frattempo, soltanto quest'anno, abbiamo ritenuto di giudicare nel merito almeno cinque casi riguardanti il Primo Emendamento e quattro casi relativi al Quarto Emendamento – benché la nostra giurisprudenza riguardante quei diritti sia molto più sviluppata. Se questo caso avesse coinvolto uno tra i diritti preferiti dalla Corte, io dubito sinceramente che noi avremmo negato il *certiorari* ... la Corte considererebbe nel merito questi casi perché aborto, libertà d'espressione e quello protetto dal Quarto Emendamento sono tre dei suoi diritti preferiti. Il diritto di possedere e portare armi è evidentemente l'orfano costituzionale di questa Corte. E le corti inferiori sembrano avere colto il messaggio. Quasi otto anni fa, questa Corte ha dichiarato che il Secondo Emendamento non è 'un diritto di seconda classe, soggetto ad un corpo di regole interamente diverso rispetto alle altre garanzie della Dichiarazione dei Diritti'. Rifiutando di giudicare sentenze come quella in questione, indeboliamo quella dichiarazione. Perché io credo ancora che il Secondo Emendamento non possa essere 'selezionato per un trattamento speciale – e specialmente favorevole', rispettosamente dissento».

Il *dissent*, oltre a colpire negativamente per il *timing* – o, forse, a lasciare sbigottiti – di poco successivo all'ennesima strage, offre molteplici spunti di riflessione.

4. *Alcune considerazioni critiche*

Qui vorrei concentrarmi su tre aspetti in particolare.

Anzitutto – come s'è rilevato¹⁹ – deve rimarcarsi che la lettura esasperatamente individualista-libertaria di Thomas sembra attualmente non avere persuaso nessuno dei suoi colleghi (neppure Gorsuch, il giudice a lui più vicino ideologicamente²⁰).

¹⁹ I. Millhiser, *Justice Thomas delivers pro-gun rant*, cit.; D. Berman, *Dissenting from denial of cert*, cit.

²⁰ Sull'ideologia estremamente conservatrice e sulla rigida metodologia dell'interpretazione costituzionale originalista-testualista propria del giudice Gorsuch, cfr. ad es. E. Chemerinsky, *Chemerinsky: Gorsuch has quickly made*

Pietro Insolera

Mass shootings, culture war e diritto individuale a detenere e portare armi negli U.S.A. Brevi riflessioni sul ruolo della Supreme Court, traendo spunto da un'invettiva del giudice Thomas

Questo stato delle cose, tuttavia, potrebbe mutare con la futura nomina di nuovi *Justices* da parte di Donald Trump, in sostituzione di alcuni membri più moderati attualmente *on the bench*, portando alla Corte i quattro voti necessari – in base alla cd. *Rule of Four*²¹ – a valutare una *petition* nel merito, con una possibile ulteriore espansione della portata del diritto di cui al II Emendamento²².

Occorre rilevare, in secondo luogo, che la prospettiva espressa da Thomas, specialmente nella parte in cui castiga la Corte per il trattamento deteriore che essa riserverebbe al II Emendamento rispetto ad altri diritti fondamentali, risulta a dir poco censurabile.

La fondamentale differenza tra diritto a possedere e portare armi e altri diritti fondamentali – si è giustamente fatto notare²³ – si pesa anche (se non soprattutto) sul piano delle

his ideology clear, disponibile all'URL http://www.abajournal.com/news/article/chemerinsky_gorsuch/, 2 agosto 2017. Nella letteratura italiana v. le riflessioni di G. Romeo, *Il conservatorismo costituzionale di Neil Gorsuch: original understanding e diritti civili nell'era di Trump*, in *Osservatorio costituzionale*, 2017, 20 febbraio 2017; volendo, v. anche P. Insolera, *Da Scalia a Gorsuch: giudici "originalisti"*, cit., p. 192-218.

²¹ Sulla quale v. l'esautiva trattazione di F. Ferraris, "Rationing Justice", cit., p. 83-92.

²² In questo senso v. ad es. C. Lane, *A Supreme Court shaped by Trump could decide gun control*, all'URL https://www.washingtonpost.com/opinions/a-supreme-court-shaped-by-trump-could-decide-gun-control/2018/02/21/5f5bc458-1722-11e8-92c9-376b4fe57ff7_story.html?utm_term=.15ab3ea2cf4e, 21 febbraio 2018. Su un piano più generale, occorre rilevare che il Presidente Trump ha reso le nomine giudiziarie federali una delle priorità del suo primo periodo di presidenza, per garantirsi un lascito duraturo a livello di *judicial ideology* conservatrice nella magistratura federale, soprattutto nelle assai potenti Corti d'appello, cfr. in proposito M. Ferraresi, *Le toghe di Trump*, consultabile all'URL <https://www.ilfoglio.it/esteri/2018/01/29/news/le-toghe-di-trump-175635/>, 29 gennaio 2018; E. Whelan, *Trump's Stellar Judges*, all'URL <https://www.nationalreview.com/magazine/2018/01/22/trumps-stellar-judicial-nominations/>, 18 gennaio 2018.

²³ Mi convincono le parole di G. Epps, *What Clarence Thomas Gets Wrong*, cit.: «è davvero sorprendente che il Primo Emendamento protegga la libertà di parola in maniera diversa rispetto a come il Secondo Emendamento protegge l'accesso alle pistole? La parola non è violenza; neppure i più aggressivi critici dell'*hate speech* sosterebbero che 'parole d'odio' o simboli potrebbero uccidere 17 persone in pochi minuti. Infatti, il fondamento dell'ampia protezione garantita all'espressione è esattamente il fatto che essa

Mass shootings, culture war e diritto individuale a detenere e portare armi negli U.S.A. Brevi riflessioni sul ruolo della Supreme Court, traendo spunto da un'invettiva del giudice Thomas

conseguenze dell'esercizio di tali diritti. Conseguenze che in un caso hanno molta più probabilità di essere letali per la vita delle persone. Occorre dunque sempre bilanciare accuratamente la libertà del singolo a fronte della necessità di tutela della società: gli approcci rigidi e assolutistici non possono funzionare²⁴.

L'ultimo profilo – che qui preme soltanto accennare²⁵, perché assai ampio e complesso – è quello relativo al *ruolo politico* della Corte suprema nell'emergenza relativa ai *mass shootings*.

In altri termini, quali sono le responsabilità, se esistenti, del massimo organo giudiziario statunitense rispetto a tali tragici episodi? Come si colloca la *jurisprudenza* costituzionale nel suo rapporto con la scarsa efficacia delle politiche di prevenzione della violenza da armi da fuoco, intesa come problema sociale?

consente al dissenso di emergere senza violenza; il Secondo Emendamento non gioca – e non può giocare – un ruolo simile nella nostra vita politica ... nella opinione dissenziente di martedì, Thomas si è lamentato 'che il diritto di possedere e portare armi è evidentemente l'orfano costituzionale di questa Corte'. Ma in un mondo in cui contano le conseguenze, la scelta della metafora dell'orfano è particolarmente infelice: le armi da fuoco in America hanno creato veri orfani in ogni città ed in ogni Stato. Nessun diritto che mi venga in mente ha avuto gli stessi effetti. La costante crescita delle stragi da armi da fuoco negli Stati Uniti sta degradando la nostra vita pubblica, deformando il nostro sistema di istruzione, e mettendo a repentaglio la nostra stessa esistenza come nazione invece di una distopia Hobbesiana. Per Thomas, però, queste conseguenze – le famiglie massaccrate, i bambini morti, le esercitazioni in caso di 'active shooter' nelle nostre scuole, l'umiliazione nazionale di essere la sola tra le nazioni più importanti ad avere un problema di stragi – sono semplicemente irrilevanti. 'C'è il pericolo' – scrisse una volta il giudice Jackson in un altro contesto – 'che, se la Corte non contempera la sua logica giuridica dottrinarica con un poco di saggezza pratica, essa trasformerà la Dichiarazione dei Diritti in una via per il suicidio'. Bene, per Dio, per come interpreto io la Dichiarazione dei Diritti, essa non è neanche una via per l'omicidio».

²⁴ In questo senso si consideri la metodologia di *case by case balancing* tra *public safety concerns* e libertà individuale prospettata dal giudice Breyer nel suo *dissent* in *Heller*, che avrebbe confermato la validità della disciplina del District of Columbia oggetto di controllo, in quanto non eccessivamente invasiva del diritto individuale e pertanto ragionevole rispetto allo scopo di tutela della sicurezza pubblica, sulla quale v. S.H. Herman, *Post-Heller*, cit., p. 8-9.

²⁵ Prendo spunto dalle interessanti riflessioni di M.C. Dorf, *Mass Shootings and the Supreme Court*, all'URL <https://verdict.justia.com/2018/02/21/mass-shootings-supreme-court>, 21 febbraio 2018.

Pietro Insolera

Mass shootings, culture war e diritto individuale a detenere e portare armi negli U.S.A. Brevi riflessioni sul ruolo della Supreme Court, traendo spunto da un'invettiva del giudice Thomas

Un primo dato: sebbene i *mass shootings* negli ultimi dieci anni (si ricordi che la svolta di *Heller* è del 2008) siano aumentati²⁶, essi costituiscono pur sempre un'eccezione – per quanto, comprensibilmente, assai visibile – rispetto al trend generale degli ultimi dieci anni di costante e significativo declino della criminalità violenta, specialmente urbana, negli U.S.A.²⁷.

Non essendo dunque agevole stabilire un nesso preciso tra sviluppi giurisprudenziali e fatti di violenza, molti, tra cui anche i sostenitori di misure di limitazione all'accesso e possesso di armi da fuoco più restrittive, tendono a non considerare la Corte suprema un “*major player*” in questo ambito.

Come rilevato sopra – si ragiona – le pronunce della Corte lasciano pur sempre un ampio spazio di manovra ai legislatori e alle autorità locali nella regolamentazione delle varie fattispecie.

Inoltre, la *scelta politica* di non ritornare sul diritto proclamato nel 2008, confermando così di fatto le decisioni delle corti federali inferiori, tutte sostanzialmente reiettive dei prospettati profili d'incostituzionalità per violazione del II Emendamento, ha portato alcuni finanche a ritenere che la Corte suprema sia, allo stato attuale, l’“*alleato silenzioso*” del movimento popolare di protesta per una maggiore regolamentazione dell'accesso e del possesso dell'armi, esploso dopo la strage di Parkland²⁸; tale inerzia legittimerebbe poi gli Stati a introdurre discipline più stringenti (come ad esempio avvenuto in Florida, all'indomani della strage, dove il

²⁶ V. ad es. B. Berkowitz-D. Lu-C. Alcantara, *The terrible numbers that grow with each mass shootings*, disponibile all'URL https://www.washingtonpost.com/graphics/2018/national/mass-shootings-in-america/?utm_term=.77c85e975765, 8 gennaio 2011, aggiornato al 14 febbraio 2018.

²⁷ Le cifre attestano circa il 75% di calo dei reati violenti, salvo rare eccezioni in alcune metropoli, come Chicago e Baltimora, che, peraltro, alimentano la datata retorica *Tough on Crime* di Trump e del Ministro della Giustizia Sessions. Sul punto si può vedere di recente il volume di P. Sharkey, *Uneasy Peace. The Great Crime Decline, the Renewal of City Life, and the Next War on Violence*, New York, 2018, discusso nella interessante recensione di A. Gopnik, *After the Fall. Drawing the right lessons from the decline in violent crime*, in *The New Yorker*, 12 & 19 febbraio, 2018, p. 92 ss.

²⁸ In tale direzione cfr. M. Ford, *The Gun Control Movement's Silent Ally: The Supreme Court*, all'URL <https://newrepublic.com/article/147189/gun-control-movements-silent-ally-supreme-court>, 26 febbraio 2018.

Mass shootings, culture war e diritto individuale a detenere e portare armi negli U.S.A. Brevi riflessioni sul ruolo della Supreme Court, traendo spunto da un'invettiva del giudice Thomas

Parlamento ha introdotto varie misure per limitare l'accesso alle armi, tra cui l'aumento dell'età minima per l'acquisto a 21 anni)²⁹.

Si tratta certamente di ipotesi plausibili, ma che forse trascurano un dato di estrema rilevanza: quella che è stata definita la “*importanza simbolica*” delle decisioni dell'Alta Corte, da intendersi quali “*moral guidance*” e insegnamento per la comunità.

Come si è osservato³⁰, gli effetti di decisioni come *Heller* – che, da un lato, ha consolidato definitivamente la legittimazione della tesi *libertarian* del diritto individuale, e dall'altro ha provocato un intenso “*backlash*”, una reazione negativa di parte dell'opinione pubblica, polarizzando sul piano politico la questione – si misurano più fedelmente sul piano *culturale* che su quello strettamente *giuridico*.

Non è dunque – si prosegue – la *regola giuridica costituzionale* fissata in *Heller*, di per sé molto limitata, a impedire politiche efficaci di prevenzione e neutralizzazione del rischio di violenza da armi da fuoco, ma il suo *significato politico*, ben più ampio, nella coscienza collettiva e nell'immaginario pubblico («*the Heller that exists in the public opinion is not the Heller of technical legal doctrine ... it stands roughly for a principle of firearm libertarianism that transcends the limits the Heller Court itself articulated*»).

In definitiva, i precedenti e la giurisprudenza costituzionale della Corte non supportano l'“assolutismo dei *gun rights*” direttamente, ma soltanto attraverso il filtro della “*rhetoric of constitutional politics*”, in uno scenario altamente conflittuale, rendendo più difficile l'adozione di misure di *gun control* efficaci.

Ad attestare la lacerante divisione politica sul tema³¹, si veda infine la recente presa di posizione del giudice ritirato John

²⁹ Cfr. *amplius* M. Scherer, *Florida legislature backs new gun restrictions after Parkland school shooting*, all'URL https://www.washingtonpost.com/politics/florida-legislature-backs-new-gun-restrictions-after-parkland-school-shooting/2018/03/07/f97057ea-2229-11e8-badd-7c9f29a55815_story.html?utm_term=.b675d51c94a0, 7 marzo 2018.

³⁰ M.C. Dorf, *Mass Shootings*, cit.

³¹ Una descrizione in lingua italiana della intensa “*politicizzazione*” del tema, nella fase della campagna elettorale precedente alle elezioni presidenziali del 2016, è offerta da G. Aravantinou Leonidi, *Addio alle armi?*

Mass shootings, culture war e diritto individuale a detenere e portare armi negli U.S.A. Brevi riflessioni sul ruolo della Supreme Court, traendo spunto da un'invettiva del giudice Thomas

Paul Stevens – lungamente leader dell'ala progressista della Corte e autore del *dissent* principale in *Heller* – il quale, in un *Op-Ed* sul *New York Times*, ha elogiato l'attivismo *pro gun control* dei giovani studenti³² e dichiarato apertamente che l'unico modo per cercare di scongiurare ulteriori tragedie come quella di Parkland sarebbe la (invero molto difficile) abrogazione del II Emendamento, «una reliquia del diciottesimo secolo»³³.

Occorre conclusivamente rilevare che – come s'è visto – l'invettiva del giudice Thomas si inserisce in un ampio e complesso contesto di conflitti politici, ideologici, culturali e giudiziari interni alla società statunitense. Non resta che vedere se la Corte continuerà su questa linea, senza intervenire chiarendo i contorni del *right to keep and bear arms*, ovvero, diversamente, seguirà gli arditi suggerimenti di Thomas, elevando ulteriormente l'asticella del *fondamento giustificativo* richiesto a supporto delle discipline restrittive, con potenziali esiti ancor più divisivi sul piano della *Culture War*. La presidenza Trump e la anzianità di diversi membri moderati della Corte (Breyer, Kennedy³⁴ e Ginsburg, in particolare), in questo senso, non sono di certo ottimi auspici.

Il Secondo Emendamento nel dibattito elettorale statunitense, in *Nomos*, 2015, p. 1 ss.

³² Sul movimento di protesta c.d. *Never Again* v. ad es. E. Witt, *Urgency and Frustration: The Never Again Movement Gathers Momentum*, all'URL <https://www.newyorker.com/news/news-desk/urgency-and-frustration-the-never-again-movement-gathers-momentum>, 23 febbraio 2018.

³³ J.P. Stevens, *John Paul Stevens: Repeal the Second Amendment*, all'URL <https://www.nytimes.com/2018/03/27/opinion/john-paul-stevens-repeal-second-amendment.html>, 26 marzo 2018.

³⁴ Il 27 giugno 2018 il giudice di nomina reaganiana Anthony Kennedy – lungamente c.d. *Swing Justice* tra conservatori e progressisti, voto decisivo nell'orientare l'esito dei casi politicamente ed ideologicamente più controversi (tra i quali quelli relativi al diritto protetto dal II Em.) – ha annunciato l'intenzione di andare in pensione. Il Presidente Trump ha nominato, quale suo successore, il giudice d'appello federale Brett Kavanaugh (proveniente dalla District of Columbia Court of Appeals), di orientamento conservatore. Proprio in questi giorni si sta celebrando l'infuocata *confirmation hearing*. Riservandoci di svolgere più approfondite riflessioni in altra occasione, ci si limita ad osservare che il *consent* del Senato sulla nomina di Kavanaugh determinerebbe il consolidamento di una forte maggioranza conservatrice, con immediati effetti anche sulla materia oggetto di analisi nel presente contributo: sarebbe più probabile che Thomas trovi

Pietro Insolera

*Mass shootings, culture war e diritto individuale a detenere e portare armi negli U.S.A.
Brevi riflessioni sul ruolo della Supreme Court, traendo spunto da un'invettiva del giudice Thomas*

Abstract: After briefly summarizing the developments of the U.S. Supreme Court constitutional jurisprudence concerning the II Amendment to the Federal Constitution (Right to Keep and Bear Arms), the paper focuses on the level of scrutiny that is currently applied by U.S. courts in the judicial review of the regulation on access and possession of firearms. The possible connections between constitutional jurisprudence, lack of preventive effectiveness of gun regulations and the tragic phenomenon of the so called Mass Shootings are then investigated. A recent dissent from the denial of certiorari by conservative Justice Clarence Thomas offers the opportunity to evaluate in a broader perspective the political-institutional role played by the High Court in this field, postulating also some possible future developments of its action.

Keywords: Second Amendment – judicial review – firearms regulations – mass shootings – Supreme Court of the United States

Pietro Insolera – Dottore di ricerca in diritto penale
(pietroinsolera@gmail.com)

ulteriori voti di supporto per valutare casi nel merito, eventualmente ridefinendo in senso ampliativo i contorni del diritto a detenere e portare armi da fuoco e fissando limiti più stringenti allo spazio per la *gun regulation* federale, statale e locale. In generale v. D. Zecca, *Le dimissioni di Justice Kennedy e il consolidamento di una maggioranza conservatrice in seno alla Corte Suprema*, in *DPCE On Line*, 6 settembre 2017. Specificamente, sui possibili effetti conseguenti al *retirement* di Kennedy in materia di *gun rights*: J. Sullum, *Kennedy's Departure Probably Will Give Us a Court More Inclined to Defend Gun Rights*, all'URL <https://reason.com/blog/2018/06/28/kennedys-departure-probably-will-give-us>, 28 giugno 2018. Una disamina degli orientamenti interpretativi di Kavanaugh, espressi nell'ufficio di giudice federale d'appello, in materia di *gun rights* è offerta da A. Howe, *Kavanaugh and the Second Amendment*, all'URL <http://www.scotusblog.com/2018/07/judge-kavanaugh-and-the-second-amendment/>, 27 luglio 2018.