

La sconfitta della interpretazione costituzionalmente conforme (alla *due process clause*) in *Nielsen v. Preap*.^{*}

Costanza Masciotta

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La Corte Suprema e i canoni interpretativi privilegiati. - 3. L'interpretazione teleologica *contra Constitutionem*. - 4. La *dissenting opinion* e le censure di incostituzionalità dell'orientamento di maggioranza: la *due process clause* come «*basic American legal value*».

1. Premessa

La Corte Suprema statunitense è recentemente intervenuta su un tema centrale nell'attuale dibattito internazionale, ovvero il trattamento dello straniero in attesa della decisione sulla concessione di un valido titolo di soggiorno negli USA e sulla corretta interpretazione della legislazione federale in materia.

Il ragionamento della Corte in *Nielsen v. Preap*, 586 U.S. (2019) si concentra, in particolare, sulla scelta del canone esegetico più idoneo a individuare la portata delle garanzie della libertà personale previste per i soggetti stranieri che versino in tali circostanze.

L'*Immigration and Nationality Act*¹ stabilisce come regola generale (*subsection a*) che il Segretario per la sicurezza nazionale ha il potere discrezionale di arrestare lo straniero che si trovi sul suolo statunitense in attesa della decisione sulla concessione di un valido titolo di soggiorno, ovvero di rilasciarlo «*on bond*» o «*conditional parole*», ossia su cauzione o in libertà provvisoria. In caso di arresto lo straniero ha diritto a una udienza («*bond hearings*») nella quale chiedere di essere rimesso in libertà a un ufficiale del Dipartimento di sicurezza interna e, in ultima istanza, al giudice dell'immigrazione, purché sia in

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

¹ Immigration and Nationality Act of 1952 (INA), 8 U.S.C., §1226.

grado di dimostrare di non costituire un pericolo per la sicurezza pubblica e l'assenza di un rischio di fuga.

A tale regola generale, però, il Congresso ha aggiunto nel 1996 una previsione speciale per quegli stranieri che abbiano commesso alcune tipologie di reato o abbiano legami con il terrorismo (*subsection c*): tali soggetti, cd. «*criminal aliens*», una volta rilasciati dalla custodia cautelare in carcere per i crimini di cui sono stati accusati («*when they are released*») devono essere immediatamente arrestati fin tanto che non intervenga la decisione sulla loro permanenza negli USA².

La *subsection c* (2) stabilisce, inoltre, che gli stranieri «*described in paragraph (1)*» non devono essere rilasciati e perdono il diritto alla udienza preliminare («*bond hearing*»), salvo il caso in cui la scarcerazione sia necessaria per esigenze di protezione di un testimone, di un collaboratore di giustizia, o di suoi familiari e non sussista un pericolo per la sicurezza pubblica e il rischio di fuga.

Tale eccezione, tuttavia, non è conferente nel caso sottoposto alla Corte Suprema, non rientrando i ricorrenti in alcuna delle suddette categorie di soggetti.

Dinanzi alla Corte Suprema giungono, infatti, dei casi strettamente connessi, decisi dalla Corte d'Appello del *Ninth Circuit*³: alcuni soggetti stranieri, condannati per reati previsti nella *subsection c* (1), una volta espia la custodia in carcere erano stati nuovamente arrestati in attesa della decisione sulla loro permanenza negli USA e, in quanto «*criminal aliens*», erano state loro negate l'udienza preliminare e la conseguente possibilità di uscire su cauzione o in libertà provvisoria in forza del §1226 (c) (2).

La peculiarità dei casi *sub iudice*, però, consta nel fatto che i ricorrenti erano stati arrestati per presunta clandestinità molto tempo dopo il rilascio dalla custodia carceraria per i crimini in precedenza commessi. Alcuni dei ricorrenti erano rimasti in libertà per diversi anni: in particolare, uno era stato scarcerato nel 2006 e soltanto nel 2013 nuovamente arrestato senza «*bond hearing*» per clandestinità e due erano stati arrestati rispettivamente dopo cinque e undici anni dalla scarcerazione.

² Cfr. *ivi*, *subsection c* (1).

³ *Preap v. Johnson*, 831 F. 3d 1193 (CA9 2016); *Khoury v. Asher*, 667 Fed. Appx. 966 (CA9 2016).

Tali soggetti avevano esperito una *class-action* per far valere il loro diritto a un'udienza preliminare in forza della *subsection a*: sostenevano, infatti, di essere stati arrestati per supposta clandestinità molti anni dopo il rilascio e non immediatamente dopo come, invece, richiesto dalla *subsection c*.

L'*opinion of the Court* e la *dissenting opinion* si fondano su diverse interpretazioni dello stesso dato testuale, ovvero il § 1226 (c), 8 U.S.C.⁴ e la clausola temporale «*when the alien is released*» ivi prevista. In particolare, la questione fondamentale consta nel capire se coloro che hanno compiuto determinati reati, una volta rimessi in libertà perdano il diritto ad un'udienza e al rilascio su cauzione o in libertà provvisoria, a prescindere dal momento in cui le autorità hanno proceduto all'arresto per clandestinità, sulla base di una presunzione assoluta di pericolosità sociale.

Le *District Courts* avevano dato ragione ai ricorrenti, riconoscendo il loro diritto ad una «*bond hearing*» e anche la Corte di Appello per il *Ninth Circuit* aveva confermato tale orientamento: gli stranieri che non sono arrestati dalle autorità competenti immediatamente dopo la scarcerazione per crimini in precedenza

⁴ Cfr. 8 U.S.C., § 1226, c (1): «*The Attorney General shall take into custody any alien who - (A) is inadmissible by reason of having committed any offense covered in section 1182(a)(2) of this title, (B) is deportable by reason of having committed any offense covered in section 1227(a)(2)(A)(ii), (A)(iii), (B), (C), or (D) of this title, (C) is deportable under section 1227(a)(2)(A)(i) of this title on the basis of an offense for which the alien has been sentence[d] to a term of imprisonment of at least 1 year, or (D) is inadmissible under section 1182(a)(3)(B) of this title or deportable under section 1227(a)(4)(B) of this title, when the alien is released, without regard to whether the alien is released on parole, supervised release, or probation, and without regard to whether the alien may be arrested or imprisoned again for the same offense*». Cfr. anche 8 U.S.C., § 1226, c (2): «*The Attorney General may release an alien described in paragraph (1) only if the Attorney General decides pursuant to section 3521 of title 18 that release of the alien from custody is necessary to provide protection to a witness, a potential witness, a person cooperating with an investigation into major criminal activity, or an immediate family member or close associate of a witness, potential witness, or person cooperating with such an investigation, and the alien satisfies the Attorney General that the alien will not pose a danger to the safety of other persons or of property and is likely to appear for any scheduled proceeding. A decision relating to such release shall take place in accordance with a procedure that considers the severity of the offense committed by the alien*».

commessi devono avere l'opportunità di chiedere un'udienza per ottenere il rilascio, in attesa della decisione definitiva sul loro *status*.

L'orientamento della Corte di Appello confliggeva, però, con gli indirizzi espressi in precedenza da altre quattro Corti di secondo grado, pertanto, la Corte Suprema statunitense ha deciso di intervenire nel merito della sentenza della *Ninth Circuit Court of Appeal* per stabilire, così, una volta per tutte la regola da applicare nei casi che coinvolgono i cd. «*criminal aliens*».

In particolare, alla Corte Suprema si chiede se i ricorrenti possano essere esclusi dall'ambito applicativo della *subsection c* e, quindi, avere diritto ad un'udienza, poiché non sono stati arrestati immediatamente dopo la scarcerazione per precedenti crimini.

2. La Corte Suprema e i canoni interpretativi privilegiati

Con la decisione in commento la *U.S. Supreme Court* ha ribaltato l'indirizzo espresso dalle Corti distrettuali e dalla *Ninth Circuit Court of Appeal*, facendo propria un'interpretazione restrittiva della disposizione oggetto di contestazione, con una maggioranza di cinque giudici contro quattro.

Dopo aver esaminato sinteticamente le eccezioni in punto di giurisdizione ed escluso la loro fondatezza⁵, la Corte si sofferma sul merito della questione e, in particolare, sul canone ermeneutico da adottare nel caso di specie⁶.

Gran parte della motivazione ruota intorno al significato da attribuire alla clausola «*alien "described" in § 1226 (c)(1)*»: i ricorrenti escludono di rientrare nell'ambito applicativo di tale disposizione proprio perché non sono stati arrestati immediatamente dopo il rilascio e, quindi, sarebbe loro applicabile la disciplina generale, meno restrittiva prevista nella *subsection a*, con il relativo diritto alla *bond hearing*.

⁵ Su cui cfr. *Nielsen v. Preap*, 586 U.S. (2019), parte II della *opinion of the Court*.

⁶ Cfr. *ivi*, parte III.

Al contrario, la Corte Suprema afferma che l'interpretazione letterale e sistematica della disposizione conduce a un risultato opposto: i ricorrenti rientrano nella descrizione della *subsection c*, paragrafo 1, poiché ognuno fa parte di una delle categorie previste dai sotto-paragrafi *A-D*⁷, senza che abbia alcun rilievo il fatto che non siano stati arrestati immediatamente dopo il rilascio.

Più che un'esegesi letterale e sistematica, quella adottata dalla maggioranza sembra, però, un'interpretazione strettamente legata alla struttura grammaticale della disposizione: la clausola avverbiale «*when the alien is released*» - dice la Corte - non può “descrivere” i soggetti che rientrano nell'ambito applicativo del §1226 (c)(2), perché un avverbio non può modificare un nome. Citando testualmente: «*since an adverb cannot modify a noun, §1226(c)(1)'s adverbial clause “when . . . released” does not modify the noun “alien”, which is modified instead by the adjectival clauses appearing in subparagraphs (A)-(D)*»⁸.

Secondo la Corte i soggetti “descritti nel §1226 (c)(1)”, cui si applica la disciplina restrittiva del § 1226 (c)(2), sono quelli incriminati per uno dei reati indicati nei sotto-paragrafi *A-D*, (c)(1), a prescindere dal dato temporale relativo al rilascio.

“Descrivere” nel caso di specie significa comunicare gli elementi che identificano gli stranieri da arrestare immediatamente e la «*when released clause*» non individua tali soggetti, non li “descrive”, poiché appunto un “avverbio” non può modificare un “nome” («*alien*»).

Sarebbe ridicolo, secondo la maggioranza, leggere il paragrafo 1 come se dicesse: “il Segretario deve arrestare, subito dopo il rilascio, una particolare categoria di stranieri. Quali? Soltanto coloro che sono stati arrestati subito dopo il rilascio”⁹. Per la Corte tale discorso sarebbe

⁷ Cfr. 8 U.S.C., § 1226, c (1): «*The Attorney General shall take into custody any alien who -“(A) is inadmissible by reason of having committed any offense covered in section 1182(a)(2) of this title,“(B) is deportable by reason of having committed any offense covered in section 1227(a)(2)(A)(ii), (A)(iii), (B), (C), or (D) of this title,“(C) is deportable under section 1227(a)(2)(A)(i) of this title on the basis of an offense for which the alien has been sentence[d] to a term of imprisonment of at least 1 year, or“(D) is inadmissible under section 1182(a)(3)(B) of this title or deportable under section 1227(a)(4)(B) of this title,when the alien is released, without regard to whether the alien is released on parole, supervised release, or probation, and without regard to whether the alien may be arrested or imprisoned again for the same offense*».

⁸ Cfr. *Nielsen v. Preap*, 586 U.S. (2019), p. 12.

⁹ Cfr. *ivi*, p. 9.

tautologico: dal momento che è il Segretario a determinare chi deve essere arrestato immediatamente, l'“essere arrestati subito dopo il rilascio” non può essere uno dei suoi criteri di scelta e, quindi, non può descrivere la categoria di soggetti da sottoporre a detenzione senza *bond hearing*.

Tale argomentazione sembra, però, costruita ad arte per veicolare l'indirizzo della maggioranza e non regge alla prova dei fatti: la Corte non spiega, infatti, perché una clausola temporale non dovrebbe essere idonea a delimitare la categoria di soggetti cui applicare la disciplina speciale della *subsection c*.

Soprattutto, ad essere dirimente, per chi scrive, non è tanto l'attitudine della clausola temporale a “descrivere” tale categoria di soggetti, quanto - come si vedrà meglio - la sua idoneità a delimitare l'esercizio del potere dell'autorità pubblica.

Il secondo argomento addotto dalla Corte pecca a sua volta di incoerenza: pur premettendo che «*this Court's interpretation is not dependent on a rule of grammar*», proprio una regola grammaticale viene poi utilizzata per giustificare la motivazione. L'uso dell'articolo determinativo “*the*” nella clausola «*when the alien is released*» sta a indicare - secondo la maggioranza - che il Congresso ha voluto fare riferimento proprio a quei soggetti descritti nel paragrafo 1 della *subsection c*, ovvero a quelli accusati di uno dei reati previsti nei sottoparagrafi A-D: «*because [w]ords are to be given the meaning that proper grammar and usage would assign them*» e, nel caso di specie, «*grammar and usage establish that “the” is “a function word . . . indicat[ing] that a following noun or noun equivalent is definite or has been previously specified by context*».

Pertanto, lo scopo dell'articolo determinativo nella clausola «*when “the” alien is released*» è quello di rinviare ai soggetti che hanno commesso uno degli illeciti descritti *sub A-D*, ai quali si applica la disciplina della *subsection c*, anche laddove non siano stati arrestati per clandestinità subito dopo il rilascio per i suddetti crimini.

In ogni caso, secondo la maggioranza, la circostanza che il Segretario per la sicurezza nazionale non abbia rispettato il limite temporale dell'arresto immediato non lo priva in alcun modo del potere autoritativo

ivi previsto¹⁰. La Corte applica il principio già espresso in *United States v. Montalvo Murrillo*¹¹ - e successivamente anche in *Barnhart*¹² - secondo cui «*if a statute does not specify a consequence for noncompliance with statutory timing provisions, the federal courts will not in the ordinary course impose their own coercive sanction*»¹³.

Tale principio interpretativo, secondo la maggioranza, è il portato del quadro giuridico esistente nel momento in cui il Congresso ha introdotto questa disciplina speciale. Tuttavia, la Corte non considera che proprio il contesto fattuale e giuridico in cui erano stati decisi quei precedenti era diverso: il caso *Montalvo Murrillo* era stato deciso molti anni prima della introduzione della *subsection c*, mentre al centro della successiva decisione *Barnhart* vi erano stati interessi esclusivamente economici e non la libertà personale degli individui.

Nonostante i precedenti citati non fossero propriamente conferenti, la maggioranza decide, comunque, di applicare il canone esegetico in forza del quale il potere autoritativo, previsto dalla *subsection c*, non viene meno soltanto perché non è stata rispettata la previsione temporale dell'arresto immediato¹⁴.

¹⁰ Cfr. *ivi*, p. 11: «*But even if the Court of Appeals were right to reject this reading, the result below would be wrong. To see why, assume with the Court of Appeals that only someone arrested under authority created by §1226(c)(1)—rather than the more general §1226(a)—may be detained without a bond hearing. And assume that subsection (c)(1) requires immediate arrest. Even then, the Secretary's failure to abide by this time limit would not cut off her power to arrest under subsection (c)(1). That is so because, as we have held time and again, an official's crucial duties are better carried out late than never. See Sylvain v. Attorney General of U. S., 714 F. 3d 150, 158 (CA3 2013) [...] Or more precisely, a statutory rule that officials "shall" act within a specified time" does not by itself "preclud[e] action later."* *Barnhart v. Peabody Coal Co.*, 537 U.S. 149, 158 (2003)».

¹¹ Cfr. *United States v. Montalvo-Murillo*, 495 U.S. 711 (1990), nella quale la Corte ha affermato che la disposizione secondo la quale l'udienza per il rilascio deve aver luogo immediatamente dopo il primo incontro del detenuto con il pubblico ufficiale non impedisce la detenzione a seguito di un'udienza tardiva.

¹² Cfr. *Barnhart v. Peabody Coal Co.*, 537 U.S. 149, 159 (2003).

¹³ Cfr. *Nielsen v. Preap*, 586 U.S. (2019), p. 11.

¹⁴ *Ibidem*: «*Here this principle entails that even if subsection (c)(1) were the sole source of authority to arrest aliens without granting them hearings, that authority would not evaporate just because officials had transgressed subsection (c)(1)'s command to arrest aliens immediately "when...released"*».

3. *L'interpretazione teleologica contra Constitutionem*

La *U.S. Supreme Court* adduce anche un'interpretazione teleologica, fondata sull'intento a suo dire perseguito dal Congresso: la *subsection c* è stata introdotta per ragioni di sicurezza, per il pericolo che soggetti stranieri, già in precedenza accusati di delinquere, potessero perpetrare attività illecite in attesa della decisione sul loro *status* di clandestinità. Pertanto, alla luce di tale finalità di sicurezza pubblica, la clausola temporale deve essere interpretata come priva di portata precettiva e non suscettibile di essere sanzionata con la perdita del potere autoritativo del *Secretary*.

Tanto più che, secondo la maggioranza, in termini pratici è inevitabile non rispettare quel limite temporale per ragioni che prescindono dalla volontà e dal controllo del Governo federale: la Corte Suprema censura, infatti, le prassi tenute dai pubblici ufficiali statali e locali che spesso omettono di comunicare alle autorità federali il rilascio di un «*criminal alien*»¹⁵ e - dice la Corte - di tale «resistenza» locale era ben consapevole il Congresso al tempo in cui ha introdotto la disciplina restrittiva della *subsection c*.

La Corte rigetta, inoltre, l'argomentazione dei ricorrenti fondata sull'«*interpretative canon of surplusage*», secondo il quale ogni termine e ogni disposizione deve essere interpretato in modo da garantirne la piena efficacia giuridica.

Per i ricorrenti applicare la *subsection c* anche a coloro che non sono stati arrestati immediatamente dopo il rilascio significa privare di qualsiasi significato la clausola temporale «*when the alien is released*».

A parere della Corte, invece, tale clausola non è affatto superflua, poiché indica il momento a partire dal quale scatta l'obbligo di arresto e, al contempo, assolve alla funzione di esortare il Segretario per la sicurezza nazionale ad agire prontamente. Tale clausola, precisa la Corte, non delimita la categoria di soggetti cui è applicabile la *subsection c*, ma semplicemente specifica il momento in cui procedere ad arrestare

¹⁵ La Corte afferma che dal gennaio 2014 al settembre 2016 il Governo federale ha registrato un totale di 21.205 risposte di rigetto in 567 Contee e 48 Stati, compreso il *District of Columbia*, cfr. *Nielsen v. Preap*, 586 U.S. (2019), p. 12.

quegli stranieri che sono stati detenuti per precedenti crimini. Secondo la maggioranza è vero che tra i soggetti descritti nella *subsection c* (1) A-D vi sono anche persone mai detenute né accusate di reati (i.e. mogli o figli di stranieri coinvolti in attività terroristica), ma si tratta di pochi casi isolati rispetto ai quali la clausola temporale è semplicemente irrilevante: «*In short, we read the “when released” directive to apply when there is a release. In other situations, it is simply not relevant. It follows that both of subsection (c)’s mandates -for arrest and for release - apply to any alien linked with a predicate offense identified in subparagraphs (A)-(D), regardless of exactly when or even whether the alien was released from criminal custody*».

L’*opinion of the Court* si chiude con un succinto vaglio della censura più importante addotta dai ricorrenti: la violazione del «*canon of constitutional avoidance*»¹⁶.

Qualsiasi interpretazione della *subsection c* che consentisse l’arresto e la detenzione di «*criminal aliens*» anni dopo la scarcerazione sarebbe di dubbia legittimità costituzionale secondo i ricorrenti, poiché questi soggetti potrebbero aver nel frattempo sviluppato «*strong ties to the country and a good chance of being allowed to stay if given a hearing*». In tali casi la detenzione dello straniero potrebbe non essere giustificata da esigenze di pubblica sicurezza e, quindi, sollevare dubbi di legittimità costituzionale, con particolare riguardo alla *due process clause* posta a garanzia della libertà personale dell’individuo. Pertanto, secondo i ricorrenti, la Corte Suprema dovrebbe adottare una interpretazione costituzionalmente orientata della *subsection c*, tale per cui soltanto coloro che siano stati arrestati immediatamente dopo il rilascio per precedenti crimini rientrerebbero nell’ambito applicativo di

¹⁶ Con particolare riguardo all’impiego di tale canone interpretativo da parte delle Corti statunitensi cfr. almeno M. R. SLACK, *Avoiding avoidance: why use of the constitutional avoidance canon undermines judicial independence - A response to Lisa Kloppenberg*, in *56 Case Western Reserve Law Review*, 4, 2006 e le critiche dell’Autrice all’eccessivo attivismo delle Corti, con gravi ripercussioni sulla loro indipendenza. *Contra* cfr., invece, E.A YOUNG, *Constitutional avoidance, resistance norms and the preservation of judicial review*, in *78 Texas Law Review*, 7, 2000, p. 1552 e ss. Sull’elevata politicità delle decisioni della Corte Suprema americana cfr. G. ROMEO, *Le tentazioni scettiche della costituzionale adjudication: la Corte suprema e i diritti politici dopo Alabama Legislative Black Caucus v. Alabama*, in *diritticomparati*, 20.04.2015.

tale disciplina speciale restrittiva che nega il diritto ad una «*bond hearing*».

La maggioranza è, però, di avviso contrario e ritiene che il «*canon of constitutional avoidance*» non sia applicabile nel caso di specie, poiché non sussiste alcuna ambiguità di significato o incertezza esegetica nella disposizione censurata.

Questa è indubbiamente l'argomentazione meno convincente tra tutte quelle addotte dalla Corte Suprema.

In effetti, l'incertezza normativa era un presupposto fattuale incontestabile: la stessa Corte aveva dichiarato di dover intervenire per dirimere il contrasto tra i due orientamenti interpretativi esistenti, ossia quello sostenuto dai giudici di prime cure e quello, invece, portato avanti da altre quattro Corti di Appello.

Nonostante le differenze di sistema tra *civil*¹⁷ e *common law*, il criterio della *constitutional avoidance* caratterizza la giurisprudenza statunitense e assume due diverse accezioni: come canone interpretativo e come strumento per rimediare all'incostituzionalità di una legge.

Nel primo caso, dinanzi a due possibili interpretazioni di una certa previsione legislativa viene utilizzato tale canone ermeneutico per evitare l'interpretazione non conforme alla Carta in base al presupposto che il legislatore non voglia violare la Costituzione¹⁸. Nella seconda prospettiva, invece, dinanzi ad un'incostituzionalità accertata si impiega

¹⁷ Sul canone dell'interpretazione conforme a Costituzione nel nostro ordinamento giuridico cfr. per tutti, M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. Dir.*, Annali IX, 2016, p. 429 e ss. Per una comparazione tra *civil* e *common law* cfr., invece, G. Parodi, *L'interpretazione conforme a costituzione. Profili di comparazione*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, Speciale maggio 2019, p. 565 e ss.

¹⁸ Tale tecnica interpretativa è stata utilizzata per far fronte al carattere indeterminato di una fattispecie penale incriminatrice in *Skilling v. United States*, 561 U.S. 358 (2010). In dottrina cfr. la prospettiva di A.M. BICKEL, *The Supreme Court 1960 term, foreward: the passive virtues*, in *75 Harvard Law Review*, 1, 1961, p. 40 e ss.

la *constitutional avoidance* per giustificare un'interpretazione creativa¹⁹ che vada a supplire al vizio di costituzionalità²⁰.

Secondo la Corte Suprema, invece, «*despite this constitutional problem, if Congress has made its intent in the statute clear, we must give effect to that intent*»: quasi a dire che se le finalità perseguite dal legislatore sono chiare, a nulla rileva la loro incompatibilità con le garanzie costituzionali.

Ecco, quindi, che l'interpretazione conforme a Costituzione risulta del tutto recessiva: anziché ricostruire l'intento perseguito dal legislatore in modo da rispettare le garanzie fondamentali previste dalla Carta costituzionale, la maggioranza predilige una interpretazione fondata sulla struttura grammaticale e sintattica, ribaltando tutte le regole che disciplinano il fenomeno esegetico²¹.

Ciò che si critica in particolare è il mancato ricorso al canone della *constitutional avoidance* nella sua versione "classica" in forza della quale se una disposizione è suscettibile di duplice interpretazione occorre

¹⁹ Il *canon of constitutional avoidance* è stato, invece, impiegato come rimedio all'incostituzionalità quale interpretazione innovativa in *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012).

²⁰ Sull'impiego del *canon of constitutional avoidance* in questa duplice accezione cfr. E.S. Fish, *Constitutional avoidance as interpretation and as a remedy*, in 114 *Michigan Law Review*, 7, 2016, p. 1312 e ss. Esprime critiche rispetto alla tendenza dei giudici ad impiegare tale canone per superare semplici dubbi di costituzionalità in senso creativo R.A. Posner, *Statutory interpretation. In the classroom and in the courtroom*, in 50 *Chicago Law Review*, 2 1983, p. 800 e ss. L'Autore sostiene che l'interpretazione creativa della legge da parte dei giudici eviti problemi costituzionali che potrebbero in realtà non esistere, creando una «*judge-made constitutional penumbra*». Cfr. anche W.K. Kelley, *Avoiding constitutional questions a three-branch problem*, in 86 *Cornell Law Review*, 4, 2001, p. 862 e ss.; L.A. KLOPPENBERG, *Avoiding serious constitutional doubts: the Supreme Court's construction of statutes raising free speech concerns*, in 30 *UC Davis Law Review*, 1, 1996, p. 9 e ss. Critiche sono espresse anche nella *dissenting opinion* di J. Thomas, in *Clark v. Martinez*, 543 U.S. 371 (2005) 395, là dove si afferma che «*traditionally the avoidance canon was not a doctrine under which courts read statutes to avoid mere constitutional doubts. Instead, it commanded courts, when faced with two plausible constructions of a statute - one constitutional and the other unconstitutional - to choose the constitutional reading*».

²¹ Sulle tecniche di interpretazione della legge ordinaria nel sistema statunitense cfr. almeno G. Calabresi, *A common law for the age of statutes*, Harvard University press, 1982.

adottare quella che consente di evitare la violazione del dettato costituzionale²², consistente nel caso di specie nell'arresto dello straniero e nella perdita del diritto ad una *hearing* solo e soltanto se arrestato immediatamente dopo il rilascio per precedenti crimini.

4. *La dissenting opinion e le censure di incostituzionalità dell'orientamento di maggioranza: la due process clause come «basic American legal value»*

La *concurring opinion* dei giudici Thomas e Gorsuch²³ si discosta dall'*opinion of the Court* soltanto per alcuni profili attinenti alla giurisdizione, mentre molto più significativa è la *dissenting opinion* dei giudici Breyer, Ginsburg, Sotomayor e Kagan per le argomentazioni relative al merito.

Tutto ruota intorno al significato da attribuire alla locuzione «*an alien described in paragraph 1*» che identifica gli stranieri cui applicare la disciplina restrittiva prevista nella *subsection c (2)*: si tratta di tutti coloro che abbiano commesso reati o abbiano legami con il terrorismo, secondo i sottoparagrafi *A-D* a prescindere dal momento dell'arresto o, viceversa, soltanto di coloro che siano stati arrestati immediatamente dopo il rilascio per i suddetti crimini?

²² Cfr. in tal senso *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012) 44: «*The text of a statute can sometimes have more than one possible meaning [...] And it is well established that if a statute has two possible meanings, one of which violates the Constitution, courts should adopt the meaning that does not do so*».

²³ Cfr. *concurring opinion* dei giudici Thomas e Gorsuch, p. 16 -18. La carenza di giurisdizione si fonda su tre motivazioni fondamentali: il § 1252 (b)(9) impedisce la revisione giudiziale di tutte le questioni di fatto e di diritto discendenti da qualsiasi azione o procedimento di espulsione dello straniero dagli Stati Uniti, salvo che si tratti della decisione finale di espulsione; il § 1226 (e) stabilisce che nessuna Corte può annullare una decisione adottata dal Segretario nell'ambito di tale sezione e concernente la detenzione o il rilascio dello straniero; infine, il § 1252 (f)(1) nega la giurisdizione delle Corti distrettuali rispetto all'applicazione delle disposizioni § 1221-1232, salvo che sia già iniziato uno dei procedimenti ivi previsti nei confronti dello straniero.

Vi sono casi in cui lo straniero è rimasto in libertà per anni e può aver nel frattempo creato una famiglia, posto le proprie radici nella comunità americana, altri in cui il soggetto è accusato di reati minori (i.e. *download* illegale di file musicali²⁴), o non ha commesso alcun tipo di reato (i.e. mogli o figli di persone sospettate di terrorismo²⁵): in tutti questi casi un'interpretazione così ampia del potere di arrestare e detenere la persona senza «*bail hearing*» confligge con le fondamentali tradizioni del sistema giuridico americano e della stessa *common law*.

Secondo la minoranza l'interpretazione letterale del testo suggerisce di attribuire al termine «*describe*» un significato ampio, per cui si può descrivere qualcosa non soltanto attraverso l'uso di aggettivi, ma anche mediante verbi e clausole temporali: la *subsection c* (2) rinvia, così, all'intero paragrafo 1 della *subsection c* e si riferisce, pertanto, allo straniero che rientra nell'ambito di una delle fattispecie *sub A-D* e che, al contempo, sia stato arrestato immediatamente dopo il rilascio.

La minoranza invoca anche un'interpretazione sistematica, legata alla struttura utilizzata in altre disposizioni dello statuto: sussiste una simmetria tra la *subsection a* e la *subsection c*, ognuna delle quali è caratterizzata da una prima disposizione concernente l'arresto e una seconda previsione che disciplina l'eventuale rimessione in libertà. Così, in ognuna di queste sezioni, la disposizione sul rilascio si applica soltanto a coloro che siano stati arrestati in forza della prima disposizione sull'arresto. Anche ritenendo, come fa la maggioranza, che la *subsection c* ponga un limite al pubblico potere riconosciuto al *Secretary* nella *subsection a*, resta comunque valido il parallelismo strutturale per il quale la regola sul rilascio della *subsection c* (2) si applica soltanto ai casi interamente corrispondenti alla fattispecie della *subsection c* (1).

Anche la disciplina speciale transitoria²⁶ sembra corroborare questa lettura: il Governo aveva autorizzato l'attuazione differita della *subsection c* decorso un anno dalla entrata in vigore, a causa di contingenti problemi di spazio nelle carceri e carenza di personale. Ebbene, non sarebbe stata necessaria la previsione di una disposizione

²⁴ Cfr. §1226 (c)(1)(C), là dove fa riferimento al §1227 (a)(2)(A)(i).

²⁵ Cfr. §1226(c)(1)(D), là dove fa riferimento al §1182(a)(3)(B)(i)(IX) «*spouse or child of an alien who recently engaged in terrorist activity*».

²⁶ Cfr. IRIRA, § 303 (b)(2).

transitoria se - come sosteneva la maggioranza - la clausola temporale «*when released*» non avesse costituito un limite prescrittivo all'esercizio del potere di arresto del Segretario per la sicurezza nazionale.

L'ultima argomentazione addotta dalla minoranza si fonda sulla necessità di adottare un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione in contestazione ed è, per chi scrive, anche il profilo di maggior pregio della *dissenting opinion*.

«*If fairly possible, a statute must be construed "so as to avoid not only the conclusion that it is unconstitutional but also grave doubts upon that score"*»²⁷ e, nel caso di specie, l'interpretazione prospettata dalla maggioranza solleva numerosi e consistenti dubbi di costituzionalità.

Attribuire al Segretario per la sicurezza nazionale il potere di arrestare uno straniero anche molti anni dopo la commissione di un crimine, magari di lieve offensività e tenerlo in prigione per mesi, se non addirittura anni, o, ancora, consentire all'autorità pubblica di arrestare per un tempo indefinito un soggetto che non è mai stato in prigione (perché magari ha ricevuto una mera multa o la messa in prova), negandogli la «*bail hearing*», significa violare la «*due process clause*» del quinto Emendamento.

È in gioco un principio fondante della *rule of law* che non ammette presunzioni assolute di pericolosità sociale quando si discuta della libertà personale dell'individuo.

Secondo la minoranza, quindi, l'unica via costituzionalmente percorribile è leggere la «*when released clause*» come un limite all'esercizio del potere autoritativo del *Secretary*, da interpretare come «un periodo di tempo ragionevole successivo al rilascio», presumibilmente non superiore a sei mesi, come affermato nel precedente *Zadvydas v. Davis*²⁸.

²⁷ Cfr. *dissenting opinion* dei giudici Breyer, Ginsburg, Sotomayor, Kagan, p. 25.

²⁸ Cfr. *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001): un precedente fondamentale nel quale la *U.S. Supreme Court* ha affermato che la detenzione a tempo indefinito del soggetto immigrato rispetto al quale è intervenuto un ordine di espulsione è incompatibile con la Costituzione e per giustificare la detenzione per un periodo superiore a sei mesi, il Governo è tenuto a dimostrare la sussistenza di circostanze particolari (i.e. pericolo per la società o rischio di fuga), previa garanzia di un'udienza a favore dello straniero. Sei mesi è, appunto, il termine generalmente previsto per la detenzione del soggetto immigrato in attesa di espulsione dagli Stati Uniti *ex* §1231 (a)(69).

Tale limite - dice la minoranza - è assistito anche da una sanzione: se l'arresto non è effettuato nel rispetto del suddetto termine, si deve applicare la regola generale, meno restrittiva della *subsection a* e, quindi, il Segretario non potrà negare allo straniero una «*bail hearing*».

«*We cannot decide that question without bearing in mind basic American legal values*»²⁹: la questione interpretativa deve, pertanto, essere risolta in modo da rispettare la Costituzione e i suoi valori fondamentali, tra i quali il dovere giuridico posto a carico del Governo di non privare alcuna persona della propria libertà senza un giusto processo regolato dalla legge (i.e. U. S. Const., Amdt. 5), l'impegno assunto dalla Nazione, fin dalle origini del Patto Costituente, di proteggere il diritto inviolabile della libertà personale e il diritto di tutti gli individui a una «*bail hearing*». Il punto critico della decisione è proprio questo: dinanzi a un dubbio interpretativo la maggioranza ricostruisce la volontà del Congresso in base alla struttura grammaticale utilizzata nella disposizione, anziché privilegiare il canone dell'interpretazione conforme a Costituzione. A prevalere per la U.S. Supreme Court è stata la regola sintattica secondo la quale un avverbio non può “modificare”, “descrivere” un nome («*the alien*»), ma soltanto un aggettivo può farlo.

Tuttavia, ogniquale volta sussista un dubbio interpretativo su una disciplina speciale che va a limitare la libertà personale di un individuo, è regola esegetica fondamentale quella di ricostruire la *voluntas* del legislatore secondo i valori fondamentali intangibili del costituzionalismo compresa, quindi, la *due process clause*. Colpisce, al contrario, la strumentalità dell'interpretazione utilizzata dalla maggioranza e la prevalenza del canone esegetico più idoneo a veicolare un indirizzo di chiusura sul trattamento dello straniero sul suolo americano, anche quando ciò vada a detrimento dei più basilari valori costituzionali come il diritto al giusto processo e il principio del contraddittorio. Non sembra superfluo osservare la composizione “politica” dei giudici di maggioranza: Alito, nominato dal Presidente George W. Bush, ha reso l'*opinion of the Court*, con l'accordo dei giudici Kavanaugh, Gorsuch, Thomas e Roberts, nominati i primi due da Trump (nel 2018 e nel 2017) e i secondi rispettivamente da George Bush “padre” e George Bush “figlio”.

²⁹ Cfr. dissenting *opinion* dei giudici Breyer, Ginsburg, Sotomayor, Kagan, p. 27.

Costanza Masciotta

*La sconfitta della interpretazione costituzionalmente conforme
(alla due process clause) in Nielsen v. Preap.*

L'attuale prevalenza della compagine conservatrice nella U.S. Supreme Court non fa ben sperare per il futuro.

Invero, anche in un altro caso molto recente, *Jennings v. Rodriguez*³⁰, riguardante il trattamento del soggetto immigrato, l'interpretazione restrittiva della legislazione in materia ha prevalso sul canone della *constitutional avoidance*. L'amara preoccupazione con la quale si chiude la *dissenting opinion* appare, quindi, più che fondata: «*I fear that the Court's contrary interpretation will work serious harm to the principles for which American law has long stood*»³¹.

ABSTRACT: This paper focuses on a recent decision of the U.S. Supreme Court concerning a central issue in the current international debate: treatment of migrants awaiting a decision to grant a valid residence permit in the U.S. and the choice of the most appropriate method to identify the range of personal freedom guarantees offered to those foreign persons in these circumstances.

KEYWORDS: US Supreme Court; constitutional theory; treatment of migrants; personal freedom; protection of fundamental rights

Costanza Masciotta – Assegnista di ricerca in Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Firenze

³⁰ Cfr. *Jennings v. Rodriguez*, 583 U.S. (2018).

³¹ Cfr. *dissenting opinion* dei giudici Breyer, Ginsburg, Sotomayor, Kagan, p. 28.