

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la *legacy* di Anthony Kennedy (parte I)*

Pietro Insolera

SOMMARIO: 1. Premessa: profilo del giudice Kennedy e *Judicial Philosophy*. – 2. L’ambito penale: introduzione. – 2.1. Limitazioni costituzionali contenutistico/sostanziali alle scelte legislative d’incriminazione (ovvero, dei controlli di ragionevolezza intrinseca o *substantive due process review*). – 2.1.1. Premessa. – 2.1.2. Il contributo in materia di Justice Kennedy. – 2.2. Da *Michael H.* a *Obergeffel*, passando (soprattutto) per *Lawrence*: la giurisprudenza in materia di diritti fondamentali non-enumerati. – 2.3. L’inespresso potenziale significato penalistico di *Lawrence*. – 2.4. Ampliando lo sguardo: alcune ipotesi interlocutorie sulle ragioni della debole “*constitutionalization of substantive criminal law*” negli U.S.A. – 2.5. Conclusioni sul contributo di Justice Kennedy in materia. – 3. Sistema sanzionatorio: restrizioni sostanziali alla pena capitale. – 3.1. Premessa: la cd. *capital* o *categorical proportionality doctrine*. – 3.2. Il ruolo essenziale di Kennedy nell’espansione della cd. *capital* o *categorical proportionality doctrine*. – 3.3. Le prospettive attuali della cd. *capital* o *categorical proportionality doctrine*. – 3.4. *Capital sentencing procedure*. – 4. Evoluzioni in materia di proporzionalità della pena detentiva (cd. *non capital proportionality doctrine*): da *Harmelin v. Michigan* a *Graham v. Florida*. – 4.1. Premessa: la cd. *non capital proportionality doctrine*. – 4.2. La *Jurisprudence* di Kennedy in materia di pene detentive: l’avallo dell’*escalation* punitiva in *Harmelin v. Michigan* e *Ewing v. California*. – 4.3. (*segue*) La giurisprudenza più recente sulla proporzionalità delle pene detentive: un percorso di revisione critica determinato dalla consapevolezza del fallimento dello “Stato Carcerario”? – 4.4. Prospettive attuali dello scrutinio di proporzionalità delle sanzioni penali carcerarie. – 5. Censura alle condizioni inumane di detenzione causate dall’*overcrowding*. *Brown v. Plata*. – 5.1. L’iter processuale e la decisione della Corte. – 5.2. Riflessioni conclusive. – 6. La denuncia dell’abuso del cd. *solitary confinement*: la *concurring opinion* in *Davis v. Ayala*. – 6.1. Premessa. – 6.2. Il caso *Davis v. Ayala*. – 6.3. Attuali possibilità di censura della pratica del cd. *solitary confinement*. – 7. Una prima ipotesi ricostruttiva: l’evoluzione delle posizioni di Kennedy sulla pena conferma la natura parzialmente *majoritarian* della istituzione-Corte suprema? (*rectius*: dei moderati che ne controllano ed equilibrano gli esiti). – 8. Il *judicial cosmopolitanism* di Justice Kennedy: l’apertura all’utilizzo di fonti internazionali come fattore importante nell’evoluzione complessiva della sua *jurisprudence* in materia penale? – 8.1.

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

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

L'utilizzo dell'argomento comparatistico. – 8.2. Il contributo di Kennedy. – 8.3. Gli effetti del cd. *constitutional comparativism* in materia penale. – 8.4. Gli scenari attuali. – 9. *Boumediene v. Bush*: il diritto di *habeas corpus* non può essere denegato agli *enemy combatants* stranieri detenuti a Guantanamo. – 9.1. I cd. *Guantanamo cases*. – 9.2. *Boumediene v. Bush*. – 9.3. L'attualità. – 10. Orientamenti espansivi in materia di I Emendamento e limitazioni all'incriminazione di condotte d'esercizio della libertà d'espressione: cenni. – 10.1. Premessa. – 10.2. Esemplicazioni giurisprudenziali: *Texas v. Johnson*. – 10.3. *United States v. Alvarez*. – 10.4. *Packingham v. North Carolina*. – 10.5. Rilievi conclusivi. – 11. Luci e ombre nella *Constitutional law of criminal procedure*: una sintesi. – 12. Valutazione complessiva: un “*judicial supremacist*” aperto, indipendente (*nonpartisan*) e *libertarian*. Il culto della Costituzione e l'importanza del *civic discourse*: decisioni redatte in una prosa che *parla* all'uomo comune. – 12.1. L'indipendenza. – 12.2. L'istanza di umanizzazione nell'ambito penale. – 12.3. Un *Judicial supremacist*? – 12.4. Lo stile redazionale delle sentenze e l'utilizzo “dinamico” delle *judicial doctrines*. – 13. Conclusioni: rinvio.

1. *Premessa: profilo del giudice Kennedy e Judicial Philosophy*

Come noto, ogni avvicendamento tra i componenti della Corte suprema federale statunitense – nominati a vita (“*during good behaviour*”, secondo quanto disposto dall'art. III, sez. I, Cost.) – determina significative conseguenze di lungo periodo nell'evoluzione giurisprudenziale.

Si è recentemente sostenuto che la sostituzione del giudice Scalia, scomparso nel 2016, con Neil Gorsuch, non avrebbe comportato un netto mutamento di direzione dell'orientamento complessivo del supremo collegio statunitense – soprattutto, ma non soltanto, in materia penale – potendosi riscontrare forte continuità tra le posizioni “di fondo” dei due giuristi¹. Un discorso diverso dev'essere svolto oggi, all'indomani delle dimissioni del giudice Anthony Kennedy², e della successiva

¹ Si permetta il rinvio 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, 3, p. 132 ss., in part. p. 133, p. 216 ss.; v. pure M. Ford, *Gorsuch Did Scalia Proud (If Not Trump)*, all'URL <https://newrepublic.com/article/148030/gorsuch-scalia-proud-if-not-trump>, 17 aprile 2018.

² Cfr. The New York Times, *Anthony Kennedy Retires From the Supreme Court, and McConnell Says Senate Will Move Swiftly on a Replacement*, all'URL

Pietro Insolera

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

nomina del giudice Brett Kavanaugh da parte del Presidente Trump, ratificata dal Senato (50 voti favorevoli, 48 contrari), dopo una *confirmation hearing* drammatica – soprattutto per le accuse di tentata violenza sessuale avanzate da parte di alcune donne – il 6 ottobre 2018³. Si è infatti ipotizzata da più parti una futura sterzata in direzione

<https://www.nytimes.com/2018/06/27/us/politics/anthony-kennedy-supreme-court-live-briefing.html>, 27 giugno 2018; A. Howe, *Anthony Kennedy, swing justice, announces retirement*, all'URL <http://www.scotusblog.com/2018/06/anthony-kennedy-swing-justice-announces-retirement/>, 27 giugno 2017. Alcuni autorevoli primi commenti, sulla controversa *legacy* del giudice e sugli scenari aperti dal suo pensionamento: M. Dorf, *Justice Kennedy's Retirement*, all'URL <http://www.dorfonlaw.org/2018/06/justice-kennedys-retirement.html>, 27 giugno 2018; E. Chemerinsky, *The Supreme Court is poised to take a hard turn to the right*, all'URL <https://www.bostonglobe.com/opinion/2018/06/27/the-supreme-court-poised-to-take-hard-turn-right/7h8ywsTSCr8dBnNgYgWf1M/story.html>, 27 giugno 2018; A.R. Amar, *What Justice Kennedy's Legacy Could Mean for the Future of the Supreme Court*, all'URL <http://time.com/5326067/kennedy-retirement-swing-vote/>, 29 giugno 2018; C.R. Sunstein, *Constitutional Law Is About to Get an Overhaul*, <https://www.bloomberg.com/view/articles/2018-06-28/supreme-court-constitutional-law-is-about-to-get-an-overhaul>, 28 giugno 2018.

³ Cfr. S.G. Stolberg, *Kavanaugh Is Sworn In After Close Confirmation Vote in Senate*, all'URL <https://www.nytimes.com/2018/10/06/us/politics/brett-kavanaugh-supreme-court.html>, 6 ottobre 2018. Il voto del Senato, a parte il senatore democratico Manchin e la repubblicana Murkowsky, si è diviso integralmente in base al partito di provenienza.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

decisamente *conservative*⁴ – in numerosi ambiti – nella linea interpretativa del collegio⁵.

Kennedy, nominato nel 1987 dal Presidente Reagan, come terza scelta, dopo la bocciatura di Robert Bork da parte del Senato⁶ e lo scandalo che coinvolse Douglas Ginsburg⁷, è stato *on the bench* per trent'anni. Egli è progressivamente emerso quale cd. *swing justice*⁸, in particolare dopo il pensionamento di Sandra Day O'Connor, nel 2005⁹.

⁴ Nel proseguo del saggio i termini *liberal* e *conservative*, nella loro tendenziale contrapposizione, verranno impiegati con un significato "generale". Occorre però essere consapevoli che si tratta in certa misura di semplificazioni a scopo "classificatorio-descrittivo", suscettibili di incontrare limiti, risultando le stesse semplificazioni inesatte con riferimento a specifiche questioni. Per un'utile definizione di "*What is liberal?*" (e, *a contrario*, *conservative*), appropriata anche da una prospettiva d'indagine costituzionalistica e penalistica, cfr.: C.E. Smith-M.A. McCall-M.M. McCall, *The Roberts Court and Criminal Justice: An Empirical Assessment*, in *Am. J. Crim. Just.*, 2015, p. 416 ss., 418, che caratterizzano come *liberal* le decisioni penali "*pro-person accused or convicted of a crime, pro-civil liberties or civil rights claimant, pro-indigent ... and anti-government in due process and privacy*", e come *conservative* quelle che "favoriscono" le forze di polizia, i *prosecutors* e le amministrazioni penitenziarie; v. anche N.M. Dorsen, *The Unexpected Scalia. A Conservative Justice's Liberal Opinions*, New York, 2017, p. 1-3.

⁵ Oltre ai commenti *sub nt. 2 supra*, nella dottrina italiana: N. Cezzi, *La nomina di Brett Kavanaugh*, all'URL <http://www.diritticomparati.it/la-nomina-di-brett-kavanaugh/>, 12 luglio 2018; 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 2018; G. Aravantinou Leonidi, *La svolta conservatrice della Corte Suprema. Verso una rottura del sistema di Checks and Balances?*, in *Nomos*, 2018, 2, p. 1 ss.; E. Grande, *Usa, Kavanaugh alla Corte Suprema: verso una dittatura Trump?*, all'URL <http://temi.repubblica.it/micromega-online/usa-kavanaugh-alla-corte-suprema-verso-una-dittatura-trump/>, 8 ottobre 2018.

⁶ Sulla *judicial philosophy* di Bork v. in generale: R.H. Bork, *Il giudice sovrano. Coercing virtue*, Macerata, 2004; un accurato resoconto relativo alla tormentata *confirmation hearing* è offerto da M. Lerner, *The Bork's Wars as Confirmation Crisis*, in Id., R. Cummings (edited by) – S. Wermiel (foreword by), *Nine Scorpions in a Bottle. Great Judges and Cases of the Supreme Court*, New York, 1994, ed. 2017, p. 277 ss.

⁷ La nomina di Ginsburg venne ritirata dopo che emerse il suo utilizzo di marijuana, mentre era *assistant professor* all'Harvard Law School negli anni settanta.

⁸ Vds. K.M. McGaver, *Getting Back to Basics: Recognizing and Understanding the Swing Voter on the Supreme Court of the United States*, in *Minn. L. Rev.*, 2017, p. 1247 ss.

⁹ Non a caso, i più importanti studi monografici sulla *jurisprudence* di Kennedy, risalgono agli anni immediatamente successivi: v. H.J. Knowles, *The Tie Goes to*

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

Il ruolo di giudice “nel mezzo”, ago della bilancia tra il blocco conservatore e quello progressista, ha determinato la concentrazione di uno straordinario potere nelle mani di Kennedy, che si è trovato, con il suo voto, a decidere l’esito dei *constitutional cases* politicamente e socialmente più controversi, molto più spesso di quanto non sia accaduto a tutti i suoi colleghi¹⁰. Non a caso, si è parlato a più riprese di *Kennedy’s Court*, o, addirittura, di *Kennedy’s America*¹¹, data la peculiare influenza di *Justice Kennedy* nel dare forma alla *Law of the Land*.

Visto il ruolo di primo piano che la Corte suprema riveste nella società statunitense, riflettere sulla sua *Jurisprudence*, dunque, significa riflettere su molte delle più importanti questioni che hanno segnato gli ultimi trent’anni di storia nordamericana. Il tratto più originale – si potrebbe dire unico – che caratterizza il ricco contributo del giudice Kennedy alla cultura costituzionale statunitense si identifica forse nel modo con il quale ha ricoperto il delicatissimo ruolo di “ago della

Freedom: Justice Anthony M. Kennedy on Liberty, Lanham (MD), 2009; F.J. Colucci, *Justice Kennedy’s Jurisprudence: the Full and Necessary Meaning of Liberty*, Lawrence (KS), 2009.

¹⁰ Ad attestarlo inequivocabilmente le statistiche, che nel corso degli anni – specialmente in seno alla Corte Roberts (2005-oggi) – lo hanno visto essere in quasi tutti i *Terms* il giudice più “vincente”, ossia all’interno di maggioranze di 5 voti a 4 nelle sentenze sulle questioni più politicamente ed ideologicamente conflittuali: cfr. A. Nolan-K.M. Lewis-V.C. Brannon, *Justice Kennedy: His Jurisprudence and the Future of the Court*, Report del Congressional Research Service, consultabile all’URL <https://fas.org/sgp/crs/misc/R45256.pdf>, 11 luglio 2018, p. 34 ss. Cfr. anche N.M. Gorsuch, in Aa.Vv., *In Tribute: Justice Anthony M. Kennedy*, in *Harv. L. Rev.*, 2018, p. 3, all’URL <https://harvardlawreview.org/2018/11/in-tribute-justice-anthony-m-kennedy/>, 9 novembre 2018, che lo definisce: “one of the most consequential Justices in Supreme Court’s history”; J.L. Goldsmith, *ibidem*, p. 12 ss. Cfr. le statistiche in A. Feldman, *Empirical SCOTUS: Who’s in the majority?*, all’URL <https://www.scotusblog.com/2019/03/empirical-scotus-whos-in-the-majority/>, 12 marzo 2019; D.S. Cohen, *It’s Justice Kennedy’s World, and We’re All Just Living in It*, all’URL <https://www.rollingstone.com/politics/politics-news/its-justice-kennedys-world-and-were-all-just-living-in-it-40034/>, 30 giugno 2015.

¹¹ Cfr. in senso critico: C. Bryant, *Anthony Kennedy’s America*, all’URL <https://thehill.com/opinion/judiciary/394932-anthony-kennedys-america>, 2 luglio 2018; B. Domenech, *Anthony Kennedy: The Most Important Voter in America*, all’URL <http://thefederalist.com/2018/06/28/anthony-kennedy-important-voter-america/>; J. Rosen, *Supreme Leader. On the arrogance of Anthony Kennedy*, all’URL <https://newrepublic.com/article/60925/supreme-leader-the-arrogance-anthony-kennedy>, 16 giugno 2007.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

bilancia”. Kennedy, infatti, si è discostato dalla tradizione dei “repubblicani moderati”, “*median justices*” che hanno tendenzialmente controllato la giurisprudenza della Corte tra gli anni settanta e novanta. Giudici come Powell¹² e O’Connor¹³ (ma anche Stewart e White¹⁴), la cui *jurisprudence* è stata contraddistinta dal *restraint*, dalla ricerca del compromesso, dalla tendenza a decidere quanto strettamente necessario per risolvere il caso oggetto di giudizio, senza spingersi oltre (favore per il cd. *narrow ruling* o *Judicial minimalism*¹⁵), prediligendo lo sviluppo incrementalistico e graduale del diritto. Tutti giuristi privi di una ben definita *judicial philosophy*, caratterizzati da un approccio casistico-pragmatico, antidogmatico, proprio della tradizione di *common law*, con la preoccupazione centrale di rispettare il principio dello *stare decisis*¹⁶, per preservare i sottesi valori di certezza, stabilità dei rapporti, prevedibilità, uniformità e affidamento. In definitiva, senza discostarsi

¹² Cfr. S. Taylor, Jr., *Justice Powell Shaping Law as Swing Man on High Court*, all’URL <https://www.nytimes.com/1987/04/26/us/justice-powell-shaping-law-as-swing-man-on-high-court.html>, 26 aprile 1987.

¹³ Cfr. G.B. Sperling, *Justice in the Middle. On the Jurisprudence of Sandra Day O’Connor, possibly the swing vote on the new Supreme Court*, all’URL <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/1988/03/justice-in-the-middle/304145/>, *The Atlantic*, March 1988 issue; J. Rosen, *A Majority of One*, all’URL <https://www.nytimes.com/2001/06/03/magazine/a-majority-of-one.html>, 3 giugno 2001; J. Toobin, *The Nine. Inside the Secret World of the Supreme Court*, New York, 2007, p. 45 ss., 155 ss. Nella dottrina italiana, cfr. S. Bartole, *L’abbandono di Justice O’Connor e l’attivismo della Corte Suprema*, in *Quad. cost.*, 2006, p. 845 ss.

¹⁴ V. B. Drummond Ayres, Jr., *The ‘Swing’ Justice*, all’URL <http://movies2.nytimes.com/books/98/08/23/specials/white-swing.html>, 30 giugno 1972; B. Zimmer, *Tracing the Meaning of ‘Swing Vote’ as Justice Kennedy Retires*, all’URL <https://www.wsj.com/articles/tracing-the-meaning-of-swing-vote-as-justice-kennedy-retires-1530883844>, 6 luglio 2018.

¹⁵ Cfr. C.R. Sunstein, *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge (Ma)-London, 1999, rispetto alle tendenze minimaliste del giudice Powell, p. 33 ss., 168-169; sul giudice O’Connor, p. 83-84, 131, con riferimenti giurisprudenziali.

¹⁶ Sul *constitutional stare decisis* statunitense, in rapporto alle diverse teorie di interpretazione costituzionale, cfr. R. Kozel, *Settled versus Right. A Theory of Precedent*, Cambridge (UK)-New York, 2017. Nella dottrina italiana, v. A. Pin, *Precedente e mutamento giurisprudenziale. La tradizione angloamericana e il diritto sovranazionale europeo*, Padova, 2017, p. 86-167; U. Mattei, *Il modello di common law*, Torino, 2014, IV ed., p. 147-200.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

troppo, negli esiti decisori, dal “sentimento” della *public opinion*¹⁷, per mantenere solida la *legitimacy* della Corte.

Kennedy ha invece interpretato il suo ruolo di giudice “nel mezzo” in un’altra maniera¹⁸. Senza uniformarsi ad alcuna “*overarching theory of constitutional interpretation*”¹⁹ – diversamente da alcuni suoi colleghi²⁰ – il suo approccio alla *constitutional adjudication* mostra

¹⁷ Un’accurata indagine sulle molteplici modalità attraverso cui la giurisprudenza della Corte suprema viene influenzata dall’opinione pubblica è offerta da B. Friedman, *The Will of the People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, New York, 2009.

¹⁸ Sul punto rileva acutamente A. Bhagwat, *Liberty or Equality?*, *Lewis & Clark L. Rev.*, 2015, p. 381 ss., p. 382: “Ma la posizione ampiamente riconosciuta di Justice Kennedy quale swing justice ... nasconde un’altra insolita realtà del suo ruolo nella Corte. Storicamente, gli swing justices tendevano a condividere determinate caratteristiche: sono stati pragmatisti, privi di una ben definita jurisprudential philosophy, al contrario valorizzando l’efficace risoluzione dei problemi ... il giudice Kennedy non è affatto un centrista pragmatista, privo di una forte filosofia del giudizio”; cfr. anche J.L. Goldsmith, in Aa.Vv., *In Tribute: Justice Anthony M. Kennedy*, p. 13.

¹⁹ Questo “dato di fondo” lo accomuna ai giudici supremi dianzi citati (Powell, O’Connor, Stewart, White). Cfr. A. Nolan-K.M. Lewis-V.C. Brannon, *Justice Kennedy: His Jurisprudence*, cit., p. 4 ss.

²⁰ Limitandoci ai casi più noti: il giudice Brennan, nominato da Eisenhower nel 1956, figura centrale per il perseguimento della *Judicial Revolution* della Corte Warren (1953-1969), è considerato esponente della teoria della *living constitution*: v. L. Greenhouse, *William Brennan, 91, Dies; Gave Court Liberal Vision*; all’URL <http://www.nytimes.com/1997/07/25/us/william-brennan-91-dies-gave-court-liberal-vision.html>, 25 luglio 1997.; v. *funditus* S. Stern-S. Wermiel, *Justice Brennan. Liberal Champion*, Boston-NewYork, 2010, p. 180-181 e *passim*. In tempi più recenti, nella Corti Rehnquist (1986-2005) e Roberts (2005-oggi), il giudice più convinto e coerente nella sua adesione ed applicazione di una “teoria onnicomprensiva dell’interpretazione costituzionale” (e delle norme ordinarie), è stato Antonin Scalia, massimo esponente dell’originalismo nella sua declinazione testualista, sul quale v.: N.G. Cezzi, *L’esperienza di Antonin Scalia nella cultura costituzionale statunitense*, in *Dir. pubb.*, 2016, 3, p. 849 ss.; Aa.Vv., *Justice Antonin Scalia: His Jurisprudence and His Impact on the Court*, Report del Congressional Research Service, disponibile all’URL <https://fas.org/sgp/crs/misc/R44419.pdf>, 18 marzo 2016. Altri giudici supremi che condividono tale impostazione metodologica di fondo fortemente formalistica sono Neil Gorsuch, sul quale v. Aa.Vv., *Judge Neil M. Gorsuch: His Jurisprudence and Potential Impact on the Supreme Court*, Report del Congressional Research Service, disponibile all’URL <https://fas.org/sgp/crs/misc/R44778.pdf>, 8 marzo 2017, e, seppur con numerose varianti, Clarence Thomas. Per un approfondimento, volendo, v. P.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

un'attenzione particolare ai supremi valori personalistici protetti dalla Carta fondamentale (libertà, dignità²¹, uguaglianza) ed alle cd. “*structural protections*” che la informano (federalismo e separazione dei poteri)²². L'adesione a tali principi fondamentali, assieme alla mancanza di una forte connotazione ideologica – e ad una concezione robusta ed espansiva del ruolo delle corti nella società (e dell'indipendenza del potere giudiziario) – ne ha determinato le ampie, e spesso imprevedibili, oscillazioni tra i due “blocchi” della Corte, attirando talvolta feroci critiche, soprattutto (ma non soltanto) da parte dei conservatori²³.

Insolera, *Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti”*, cit., p. 132 ss. In seno al blocco *liberal* il *Justice* più impegnato a strutturare una visione sistematica dell'interpretazione costituzionale (e della *statutory interpretation*), contrapponibile a quella originalista-testualista, in quanto orientata pragmaticamente a tenere in massima considerazione gli scopi delle norme (*purposivism*) e le conseguenze della loro applicazione (*consequentialism*), aprendosi così alla valutazione di elementi del contesto politico e dei cd. *legislative history materials*, è Breyer, di nomina clintoniana, cfr. S. Breyer, *L'interpretazione costituzionale della Corte Suprema degli Stati Uniti*, Napoli, 2007. Un istruttivo confronto tra la metodologia “formalista” di Scalia e quella “pragmatica” di Breyer in A.H. Loewy, *A Tale of Two Justices (Scalia and Breyer)*, in *Tex. Tech L. Rev.*, 2011, p. 1203 ss.

²¹ Sulla centralità del concetto di *human dignity* nella giurisprudenza costituzionale di Kennedy cfr. C. Lane, *There was one unifying theme of Anthony Kennedy's jurisprudence*, in www.washingtonpost.com, 28 giugno 2018; N. Feldman, *Justice Kennedy's Legacy Is the Dignity He Bestowed*, all'URL <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2018-06-27/anthony-kennedy-retirement-his-legacy-is-dignity-he-created>, 27 giugno 2018. Si noti che Kennedy è progressivamente divenuto il “*leading proponent*” nell'utilizzo di argomentazioni “moralì”, basate sulla dignità umana, specialmente nella giurisprudenza sull'VIII Emendamento e sui diritti fondamentali non enumerati, raccogliendo così la *legacy* del giudice Brennan, che ne aveva fatto ampio uso nei suoi celebri dissensi in materia di pena capitale: cfr. S. Stern-S. Wermiel, *Justice Brennan*, cit., p. 545; S.J. Wermiel, *Law and Human Dignity: The Judicial Soul of Justice Brennan*, in *Wm. & Mary Bill Rts. J.*, 1998, p. 223 ss.; M. Urofsky, *Dissent and the Supreme Court. It's Role in the Court's History and the Nation's Constitutional Dialogue*, New York, 2015, p. 391-393.

²² A. Nolan-K.M. Lewis-V.C. Brannon, *Justice Kennedy: His Jurisprudence*, cit., p. 4-13; F.J. Colucci, *Justice Kennedy's Jurisprudence*, cit., p. 8-37, 135-169; H.J. Knowles, *The Tie Goes to Freedom*, cit., p. 19-52.

²³ Kennedy è stato definito, sotto questo aspetto, “*equal opportunity – disappointer*”: The Editorial Board, *Please Stay, Justice Kennedy. America Needs You*, all'URL <https://www.nytimes.com/2018/04/28/opinion/sunday/justice-kennedy-supreme-court-open-letter.html>, 28 aprile 2018.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

Ciò premesso, Kennedy – secondo i comuni criteri dettati dalla scienza politica di settore – si è dimostrato un giudice di orientamento generalmente conservatore, come attestano numerose *landmark decisions* da lui estese, o comunque supportate, anche assai recenti, nonché la stessa scelta di consegnare a Trump la nomina del suo successore²⁴. Alcuni esempi: *Citizens United v. FEC*²⁵ (invalidazione per violazione della *Free Speech Clause* del I Emendamento di normative che ponevano limiti ai finanziamenti dei privati alla politica ed alle campagne elettorali); la notoria *Bush v. Gore*²⁶, nella quale la Corte si divise, secondo schieramenti partigiani, per bloccare il *recount* dei voti in Florida, e consegnare così la vittoria elettorale a George W. Bush. Ancora, pronunce quali *District of Columbia v. Heller*²⁷, in cui si

²⁴Cfr. M. Graber, *Anthony Kennedy: The Judge Who Never Left the Republican Party*, <https://balkin.blogspot.com/2018/07/anthony-kennedy-judge-who-never-left.html>, 1 luglio 2018; R. Emanuel, *Anthony Kennedy Was No Moderate*, <https://www.politico.com/magazine/story/2018/07/03/anthony-kennedy-was-no-moderate-218945>, 3 luglio 2018; A. Cohen, *Anthony Kennedy Was No Moderate*, <https://newrepublic.com/article/149449/anthony-kennedy-no-moderate>, 27 giugno 2018.

²⁵ 558 U.S. 310 (2010), Kennedy estensore per una maggioranza interamente di nomina repubblicana. In dottrina v. criticamente *ex plurimis*, E. Chemerinsky, *The Case Against the Supreme Court*, New York, 2015, p. 249-260; Id., *The Conservative Assault on the Constitution*, New York, 2010, p. 197 ss.; J. Toobin, *The Oath: The Obama White House and the Supreme Court*, New York, 2012, p. 145 ss.; L. Tribe-J. Matz, *Uncertain Justice: the Roberts Court and the Constitution*, New York, 2015, p. 88 ss.

²⁶ 531 US 98 (2000), cfr. la disamina critica di J. Toobin, *The Nine*, cit., p. 182 ss.

²⁷ 554 U.S. 570 (2008). Circa la *jurisprudence* di Kennedy sui cd. *gun rights*: A. Nolan-K.M. Lewis-V.C. Brannon, *Justice Kennedy: His Jurisprudence*, cit., p. 25-26. In dottrina, v. E. Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, New York, 2011, p. 941 ss.; R.B. Siegel, *Dead or Alive: Originalism as Popular Constitutionalism in Heller*, in *Harv. L. Rev.*, 2008, p. 191 ss.; M. Waldman, *The Second Amendment. A Biography*, New York, 2014, p.117-137; J. Toobin, *The Oath*, cit., p. 98-115; L. Tribe-J. Matz, *Uncertain Justice*, cit., p. 154 ss.. Nella letteratura italiana: A. Testi, *Un movimento conservatore di successo. Il trionfo dei gun rights*, in *Il Mulino*, 2016, 5, p. 797 ss.; E. Grande, *Stati Uniti: le armi da fuoco, le stragi e un diritto da Far-West*, all'URL <http://www.questionegiustizia.it/articolo/stati-uniti-le-armi-da-fuoco-le-stragi-e-un-diritto-da-far-west-12-09-2018.php>, 12 settembre 2018. Sulle possibili conseguenze del pensionamento di Kennedy e della sua sostituzione con Kavanaugh in materia di *gun rights*, si può vedere P. Insolera, *Mass shootings, culture war e diritto individuale a detenere e portare armi negli U.S.A. Brevi riflessioni sul ruolo della*

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

consacrò per la prima volta la visione individualistico/libertaria del diritto fondamentale a detenere e portare armi di cui al II Emendamento, e *McDonald v. City of Chicago*²⁸, che ne ampliò gli effetti, ponendo limiti e restrizioni alle leggi statali e regolamentazioni locali sull'accesso ed uso delle armi da fuoco, non sarebbero venute alla luce senza il decisivo voto di Kennedy. Il giudice di nomina reaganiana si è costantemente unito agli altri conservatori nell'elaborazione di una *jurisprudence* spiccatamente *pro-business*, tale da restringere in maniera significativa l'accesso alla tutela giurisdizionale federale per i lavoratori ed i consumatori²⁹.

Anche in materia di *civil rights*, egli si è allineato alla maggioranza conservatrice nell'invalidare – per violazione della sovranità statale e dei principi del federalismo – alcune sezioni del *Voting Rights Act*³⁰ che imponevano il controllo preventivo federale sulle modifiche alle leggi elettorali negli Stati dove la discriminazione razziale è tradizionalmente più radicata nella sfera pubblica, ritenendole non più necessarie³¹. Nell'ultimo *Term*, Kennedy ha votato stabilmente con i suoi colleghi di nomina repubblicana, in tutte le decisioni ideologicamente controverse (5 voti a 4), confermando ad esempio la legittimità del *Travel Ban* voluto da Trump³² e accordando preminente protezione alla libertà di obiezione

Supreme Court, traendo spunto da un'invettiva del giudice Thomas, in questa Rivista, 2018, 2, p. 288 ss.

²⁸ 561 U.S. 742 (2010).

²⁹ Sugli orientamenti di Kennedy in materia di *Business Law*: cfr. A. Nolan-K.M. Lewis-V.C. Brannon, *Justice Kennedy: His Jurisprudence*, cit., 15-16; E. Chemerinsky, *The Case Against*, cit., p. 159 ss. e Id., *The Conservative Assault*, cit., p. 220 ss.

³⁰ *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 2 (2013). Cfr. *amplius* E.B. Foley, *Voting rights in Justice Kennedy's Constitution*, all'URL <http://www.scotusblog.com/2018/07/voting-rights-in-justice-kennedys-constitution/>, 6 luglio 2018.

³¹ In generale sulla *Civil Rights Jurisprudence* di Kennedy v. A. Nolan-K.M. Lewis-V.C. Brannon, *Justice Kennedy: His Jurisprudence*, cit., p. 16-17, laddove si sottolinea il suo ruolo decisivo di ago della bilancia in materia di azioni positive; V.R. Newkirk, II, *What Kennedy's Absence Means for Civil Rights*, all'URL <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2018/06/the-future-of-civil-rights-in-the-supreme-court/563957/>, 27 giugno 2018; T.M. Shaw, *Justice Anthony Kennedy's race jurisprudence*, all'URL <http://www.scotusblog.com/2018/06/justice-anthony-kennedys-race-jurisprudence/>, 29 giugno 2018.

³² *Trump v. Hawaii*, No. 17-965, 585 U.S. ____ (2018), con cui si è confermata la validità del controverso *Travel Ban* emesso dall'amministrazione Trump per impedire

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

religiosa di un pasticcere, che non aveva voluto creare una torta nuziale per un matrimonio gay, a fronte della discriminazione lamentata da parte della coppia nubenda³³.

Tanto precisato, *Justice* Kennedy è però forse più noto per le occasioni nelle quali si è unito all'ala progressista della Corte, contribuendo, spesso in qualità di estensore delle decisioni, ad ottenere conquiste, o riaffermazioni di precedenti "in pericolo", di notevole importanza per la causa *liberal*. Il riferimento è alle cd. *social issues*, questioni giuridiche particolarmente controverse, con una dimensione "divisiva" nella sfera sociale, al centro della cd. *Culture War*³⁴.

Primo fra tutti, il "salvataggio" del "contenuto essenziale" del diritto di scelta della donna ad interrompere la gravidanza prima della

l'ingresso negli U.S.A. ai cittadini di sette paesi, cinque dei quali a maggioranza islamica (noto anche come *Muslim Ban*): la Corte ha ritenuto il provvedimento all'interno delle prerogative costituzionali della presidenza, a legittima tutela della *National Security*, e non motivato da ragioni discriminatorie nei confronti della religione musulmana, come era invece sostenuto dai ricorrenti, i quali indicavano numerosi dichiarazioni del Presidente Trump che avrebbero espresso una manifesta intenzione discriminatoria.

³³ *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. ____ (2018). Pur in una giurisprudenza "oscillante", non è la prima volta che Kennedy si schiera per accordare preminente protezione alla libertà religiosa, v. ad es. il noto caso *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 134 S. Ct. 2751, 2759-85 (2014), *concurring opinion* alla decisione che ha invalidato alcune prescrizioni dell'*Affordable Care Act* promulgato da Obama nel 2010, che imponevano ai datori di lavoro di fornire gratuitamente anticoncezionali ai loro impiegati, per violazione dei diritti di libertà religiosa protetti dalla normativa federale del *Religious Freedom Restoration Act* (Pub. L. No. 103-141, 107 Stat. 1488, November 16, 1993). In generale sulla *Freedom of Religion*, v. A. Nolan-K.M. Lewis-V.C. Brannon, *Justice Kennedy: His Jurisprudence*, cit., p. 22-23.

³⁴ Il riferimento è a tematiche eticamente e socialmente controverse quali ad esempio: *privacy rights* (aborto, diritti LGBT), pena capitale, azioni positive, *gun rights*. Il riferimento espresso alla *Kulturkampf* è presente anche nelle decisioni della Corte suprema: v. ad es. il *dissent* di Scalia in *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), che tramite la penna di Kennedy censurò per contrasto con la *due process clause* del XIV Emendamento la norma texana che criminalizzava i rapporti sessuali tra persone adulte dello stesso sesso consumati in privato. Scalia accusò la maggioranza di essersi manifestamente schierata nella *Culture War*, imponendo antidemocraticamente la propria visione elitaria a discapito della volontà popolare espressa nella disposizione sindacata (e nelle omologhe leggi di altri 13 Stati), cfr. K. Ring, *Scalia's Court. A Legacy of Landmark Opinions and Dissents*, Washington D.C., 2016, p. 353 ss.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

cd. *viability*³⁵, fondato sul diritto di *privacy* e affermato per la prima volta nel precedente *Roe v. Wade*³⁶. L'*overruling* di tale decisione – ed il conseguente ritorno della questione al gioco democratico nei singoli Stati – è stato da sempre primario obiettivo dei repubblicani, animando sul piano culturale e giudiziario la cd. *Reagan Revolution*³⁷, espressasi attraverso la forte affermazione delle teorie originaliste-testualiste, in chiave di limite all'attivismo giudiziario, a partire dagli anni ottanta.

³⁵ Cfr. il landmark case *Planned Parenthood of Southern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), dove la *plurality opinion* redatta dai giudici “conservatori moderati” O'Connor, Kennedy e Souter, specialmente in ragione di preoccupazioni connesse allo *stare decisis*, fondamentale per mantenere intatta la legittimazione istituzionale della Corte, preservò il nucleo fondamentale del *right to choose* della donna ad interrompere la gravidanza a determinate condizioni, pur riformulando il *balancing test* di costituzionalità in senso restrittivo per i *reproductive rights*, in modo tale da consentire agli Stati di tutelare il proprio interesse a proteggere la vita del nascituro (cd. *undue burden test*). Cfr. S.F. Colb, *Justice Kennedy, abortion and the legacy of a third choice*, all'URL <http://www.scotusblog.com/2018/07/justice-kennedy-abortion-and-the-legacy-of-a-third-choice/>, 6 luglio 2018; F.J. Colucci, *Justice Kennedy's Jurisprudence*, cit., p. 38-74. Tra i costituzionalisti italiani v. specialmente A. Pin, *Precedente e mutamento giurisprudenziale*, cit., p. 137-143.

³⁶ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973)

³⁷ Una sintesi circa la *judicial revolution* dell'era reaganiana, in G. Troy, *The Reagan Revolution. A Very Short Introduction*, New York, 2009, p. 128-129.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

Inoltre, Kennedy, in quattro celebri decisioni, tra il 1996 ed il 2015³⁸, è assurto ad (improbabile)³⁹ paladino della comunità LGBT

³⁸ Le decisioni sono: *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996), con la quale fu censurato, per contrasto con la *equal protection clause* del XIV Emendamento, un emendamento alla Costituzione dello Stato del Colorado, che proibiva al Parlamento statale di introdurre misure normative a tutela dei diritti di persone omosessuali o bisessuali, in quanto non supportato da nessun fondamento giustificativo razionale, se non una manifesta ostilità verso tale categoria di persona; la già citata *Lawrence v. Texas*; *United States v. Windsor*, (570 U.S. ___ 2013), che ha invalidato la Sezione della normativa federale *Defense of Marriage Act* per violazione della *due process clause* del V Emendamento, nella parte in cui definiva a livello nazionale-federale il matrimonio quale unione tra un uomo e una donna come marito e moglie, imponendo così al governo federale di riconoscere legalmente i matrimoni omosessuali contratti negli Stati; *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), nella quale si è sancito che la *due process clause* e l'*equal protection clause* del XIV Emendamento conferiscono un diritto fondamentale individuale al matrimonio anche tra persone dello stesso sesso. Tutti gli Stati dell'Unione sono dunque obbligati a riconoscere legalmente i *same sex marriages*. Si noti che le pronunce *Lawrence* e *Obergefell* (parzialmente) si fondano non soltanto su una accertata violazione del principio di eguaglianza, ma sulla lesione del *liberty interest* protetto dalla *due process clause* in senso sostanziale. Questo sviluppo giurisprudenziale affonda le sue origini nel diritto di *privacy* dichiarato per la prima volta nel noto precedente *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), che affermò l'incostituzionalità della criminalizzazione dell'utilizzo di metodi anticoncezionali da parte delle coppie sposate, poi ridefinito in numerose pronunce, ad es. *Loving v. Virginia* del 1967, incostituzionalità delle c.d. *anti miscegenation laws*, che proibivano i matrimoni interraziali; *Eisenstadt v. Baird* del 1972, che estende l'*holding* di *Griswold* ai soggetti non coniugati, nonché la già citata *Roe v. Wade* in materia di diritto ad interrompere la gravidanza. Kennedy è stato dunque protagonista nel dare complessiva forma alla *substantive due process jurisprudence*, espandendola significativamente, per riconoscere a livello costituzionale i diritti fondamentali e la "*equal dignity*" degli omosessuali, guadagnandosi l'appellativo di "*First Gay Justice*": v. I. Shapiro, *Justice Kennedy: the Once and Future Swing Vote*, all'URL <https://www.cato.org/publications/commentary/justice-kennedy-once-future-swing-vote>, 13 novembre 2016; A. Nolan-K.M. Lewis-V.C. Brannon, *Justice Kennedy: His Jurisprudence*, cit., p. 27-29; P. Smith, *Justice Kennedy: The linchpin of the transformation of civil rights for the LGBT community*, all'URL <http://www.scotusblog.com/2018/06/justice-kennedy-the-linchpin-of-the-transformation-of-civil-rights-for-the-lgbtq-community/>, 28 giugno 2018; L. Tribe-J. Matz, *Uncertain Justice*, cit., p. 40-51. Nella dottrina italiana v. L. Fabiano, *Le categorie sensibili dell'eguaglianza negli Stati Uniti d'America*, Torino, 2009, p. 149-175.

³⁹ Cfr. S.G. Stolberg, *Justice Anthony Kennedy's Tolerance Is Seen in His Sacramento Roots*, all'URL <https://www.nytimes.com/2015/06/22/us/kennedys-gay-rights-rulings-seen-in-his-sacramento-roots.html>, 21 giugno 2015.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

nordamericana, ampliando le libertà e riconoscendo effettiva dignità e eguaglianza dinanzi alla legge alle coppie omosessuali.

Ancora, il giudice californiano, unico tra i conservatori – pur non spingendosi mai a dichiarare l’illegittimità costituzionale della pena capitale di per sé⁴⁰ – ha progressivamente elaborato un’interpretazione marcatamente evolutiva dell’VIII Emendamento, fondata sugli “*evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society*”⁴¹, con importanti aperture all’uso della comparazione ed alle fonti di diritto sovranazionale, in grado di porre numerosi limiti di ordine sostanziale all’applicabilità della pena di morte⁴².

⁴⁰ Kennedy, ad esempio, è stato parte delle maggioranze conservatrici nelle sentenze che hanno confermato la legittimità dei protocolli di esecuzione tramite iniezione letale di diversi Stati: cfr. *Baze v. Rees*, 553 U.S. 35 (2008); *Glossip v. Gross*, No. 14-7955, 576 U.S. ___ (2015), sulle quali v. in dottrina: A. Corda, *L’incerto futuro dei metodi di esecuzione della pena di morte negli Stati Uniti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1, p. 198 ss. e, volendo, P. Insolera, *Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti”*, cit., p. 202 ss. Inoltre, egli si è spesso schierato con i colleghi di nomina repubblicana in materia di *capital sentencing procedure*: v. tra le altre *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808 (1991), con la quale si ammisero le testimonianze dei familiari sopravvissuti della vittima nella fase sanzionatoria capitale (*victim impact statements*), oppure *Kansas v. Marsh*, 548 U.S. 163 (2006), dove si statuì, nella sostanza, il principio secondo il quale, se nel bilanciamento in fase commisurativa non vi è alcuna prevalenza delle aggravanti o delle attenuanti, la giuria può comunque irrogare la pena di morte.

⁴¹ Dispone l’VIII Emendamento: “Non si dovranno esigere cauzioni eccessivamente onerose, né imporre ammende altrettanto onerose, né infliggere pene crudeli e inconsuete”. L’*evolving standards of decency test* fu elaborato per la prima volta nel noto precedente *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958), *plurality opinion* estesa dal *Chief Justice* Earl Warren.

⁴² Cfr. al proposito C.S. Steiker-J. Steiker, *Justice Kennedy: He swung left on the death penalty but declined to swing for the fences*, all’URL <http://www.scotusblog.com/2018/07/justice-kennedy-he-swung-left-on-the-death-penalty-but-declined-to-swing-for-the-fences/>, 2 luglio 2018; M. Ford, *America Is Stuck With the Death Penalty for (at Least) a Generation*, all’URL <https://newrepublic.com/article/150036/america-stuck-death-penalty-at-least-generation>, 19 luglio 2018; D. Matthews, *What Anthony Kennedy’s retirement means for solitary confinement and the death penalty*, all’URL <https://www.vox.com/2018/6/27/17511082/anthony-kennedy-retirement-death-penalty>, 27 giugno 2018; A. Nolan-K.M. Lewis-V.C. Brannon, *Justice Kennedy: His Jurisprudence*, cit., p. 19-20; *Justice Kennedy: His Departure from the Court and Possible Consequences for Capital Cases*, Report dell’American Bar Association, all’URL https://www.americanbar.org/groups/committees/death_penalty_representation/project_press/2018/fall/kennedy-in-retrospective/, 6 novembre 2018.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

Tutti gli anzidetti approdi paiono frutto di una metodologia dell'interpretazione costituzionale assai distante dalla staticità originalista-testualista, e più vicina al pragmatismo ed alla *living constitution*⁴³. Analizzare la *Legacy* di Kennedy, allora, significa anche riflettere sulla mai sopita dialettica tra le diverse teorie dell'interpretazione costituzionale, in un ideale dialogo durato trent'anni, specialmente con *Justice* Scalia⁴⁴. Il suo approccio, secondo il quale i grandi principi costituzionali di libertà, eguaglianza e dignità umana non debbono essere limitati al significato originario delle previsioni costituzionali (cd. *original public meaning*)⁴⁵, ma evolvere, attraverso un costante adattamento alle mutevoli istanze sociali ed alle necessità di protezione che emergono con il passare del tempo, emerse fin dalla *confirmation hearing*⁴⁶.

Così, nella sua elaborazione, si riconosce un ampio contenuto sostanziale di protezione alla clausola del *due process* del V e XIV Emendamento, alla *liberty* contemplata – quale presidio di garanzia a fronte di leggi o azioni dei pubblici poteri caratterizzate da arbitrarietà ed irrazionalità rispetto allo scopo, ovvero da ostilità ingiustificata verso

⁴³ Cfr. L.K. Parshall, *Embracing the Living Constitution: Justice Anthony Kennedy's Move away from Conservative Methodology of Constitutional Interpretation*, in *N.C. Cent. L. Rev.*, 2007, p. 25 ss.

⁴⁴ Allora, questo lavoro può leggersi in chiave di continuità con P. Insolera, *Da Scalia a Gorsuch: giudici "originalisti"*, cit., p. 132 ss., al quale ci si permette di rinviare.

⁴⁵ Per una disamina critica della teoria dell'interpretazione costituzionale originalista-testualista: E. Chemerinsky, *The Jurisprudence of Justice Scalia: a Critical Appraisal*, in *U. Haw. L. Rev.*, 2000, p. 385 ss., p. 389 ss.; Id., *Constitutional Law*, cit., 17 ss.; C.R. Sunstein, *Originalists Put Politics Over Principles*, all'URL <https://www.bloomberg.com/view/articles/2017-01-30/originalists-put-politics-over-principle-for-supreme-court>, 30 gennaio 2017; E. Segall, *Justice Scalia and the Myth of the Originalist Judge*, all'URL <http://www.dorfonlaw.org/2017/10/justice-scalia-and-myth-of-originalist.html>, 4 ottobre 2017; K. Greenawalt, *Interpreting the Constitution*, New York, 2015, p. 43 ss. e 87 ss.; L.H. Tribe-M.C. Dorf, *Leggere la Costituzione. Una lezione americana*, Bologna, 2005, p. 15-22; S.M. Griffin, *Il costituzionalismo americano. Dalla teoria alla politica*, Bologna, 2003, pp. 315-325; C. Drigo, *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, Bologna, 2016, p. 116 ss; G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, II, *La Costituzione democratica*, Torino, 2000, p. 315-318, 335 ss.

⁴⁶ *Confirmation Hearings on the Nomination of Anthony M. Kennedy to Be Associate Justice of the Supreme Court of the United States Before the S. Comm. On the Judiciary*, 100th Cong., 164, 231-232 (1987); A. Nolan-K.M. Lewis-V.C. Brannon, *Justice Kennedy: His Jurisprudence*, cit., p. 4.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

determinati sottogruppi⁴⁷ – non strettamente limitato dalla tradizione storica⁴⁸ e dal significato testuale, ma suscettibile di arricchirsi attraverso il giudizio critico ed il *moral reading*, valorizzando il collegamento sistematico tra diversi significati e declinazioni della libertà, come delineati nei *precedents* della Corte⁴⁹. In tal modo è stato possibile individuare “nuovi” diritti fondamentali, per la cui limitazione è imposto un onere di giustificazione rafforzato in capo alla pubblica autorità.

Allo stesso modo, la garanzia del divieto delle pene crudeli ed inusuali dell’VIII Emendamento non dev’essere ridotta ad una mera proibizione di metodi crudeli di punizione, conformemente all’asserito significato originario, ma va letta in chiave dinamico-evolutiva, in base a valori di *human decency*, con l’inclusione di un divieto di manifesta

⁴⁷ Cfr. F.J. Colucci, *Justice Kennedy’s Jurisprudence*, cit., p. 102 ss.

⁴⁸ Il riferimento alla tradizione storica nella protezione di un diritto e la configurazione di tale diritto al *massimo livello di specificità possibile* caratterizza l’approccio più restrittivo, proprio dei giuristi conservatori, funzionale a limitare la discrezionalità giudiziale nella *adjudication* relativa ai cd. diritti impliciti o non enumerati, non testualmente previsti nel *Bill of Rights*, ma desunti dal contenuto sostanziale della libertà protetta dalla *due process clauses* del V e XIV Emendamento, per evitare che determinate materie vengano sottratte alla dialettica democratica ed alla disponibilità dei legislatori statali, da parte di magistrati federali privi di legittimazione democratica: v. ad es. il caso *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997), nel quale la Corte nega natura la natura di diritto fondamentale al cd. *physician-assisted suicide*, alla “morte con dignità” per i malati terminali, non ritenendolo “*deeply rooted in the nation’s history and traditions*”. Un’interessante prospettiva critica sul cd. *history test* è offerta da J. Lepore, *The History Test. How should the courts use history?*, all’URL <https://www.newyorker.com/magazine/2017/03/27/weaponizing-the-past>, 27 marzo 2017.

⁴⁹ L’approccio metodologico alla *fundamental non-enumerated rights adjudication* del cd. *reasoned judgment*, tale da interpretare in maniera ampia, flessibile e “generalizzante” i *liberty interests* tutelati dalla componente sostanziale del *due process* – nel cui alveo può ricondursi l’elaborazione di Kennedy – risale all’assai influente *dissenting opinion* del secondo giudice Harlan nel caso *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497 (1961), concernente la normativa statale del Connecticut che criminalizzava l’uso degli anticoncezionali e la prescrizione medica degli stessi, poi censurata in *Griswold v. Connecticut* quattro anni dopo, sulla base dei diversi presupposti dei cd. *penumbra rights*, cfr. M. Urofsky, *Dissent and the Supreme Court*, cit., p. 343 ss. Sulla controversa dottrina del *substantive due process*, nella manualistica, v. E. Chemerinsky, *Constitutional Law*, cit., p. 557-561; M.C. Dorf-T.W. Morrison, *The Oxford Introductions to U.S. Law. Constitutional Law*, New York, 2010, p. 198-203, 207-2014.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

sproporzione delle sanzioni criminali, tanto per la pena capitale, quanto, in minore misura, per le pene detentive di durata estrema.

La *jurisprudence* di Kennedy si caratterizza anche per l'antiformalismo e la trasparenza con cui si fanno penetrare apertamente giudizi di valore nel *constitutional reasoning*⁵⁰, con il perenne rischio di invadere le prerogative dei legislatori. Non si rinvengono "infingimenti", alla ricerca di una pretesa neutralità ed oggettività, che invece identificano il ritorno continuo, quasi ossessivo, alla centralità del testo e dei suoi rigidi limiti, per evitare il soggettivismo giudiziale e superare la *countermajoritarian difficulty*, propri dell'impresa originalista. In questo senso, numerose sono state le critiche, talvolta anche molto dure⁵¹, al linguaggio "romantico-idealistico"⁵² delle *opinions* di Kennedy, famoso per scrivere in una prosa letteraria e altisonante, talora pretenziosa, non sempre rigorosa sul piano del ragionamento tecnico-giuridico. Questo stile si ricollega alla missione civica della Corte, quale supremo insegnante e guida della comunità, che emerge nella concezione espansivo-dinamica del potere giudiziario di Kennedy. Un "modo di intendere" il ruolo del *Judiciary* che gli è costato molte accuse di *Judicial Ubris* e finanche *Judicial Suprematism*⁵³.

⁵⁰ Sulla trasparenza dei giudizi e *bilanciamenti assiologici* nella giurisprudenza di Kennedy: v. M.C. Dorf, *Justice Kennedy's Writing Style and First Amendment Jurisprudence*, all'URL <http://www.dorfonlaw.org/2018/10/justice-kennedy-and-first-amendment-and.html>, 5 ottobre 2018; N.C. Combs, *Justice Kennedy's controversial judicial philosophy, described by a former clerk*, all'URL https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.it/&httpsredir=1&article=1432&context=popular_media, 2 luglio 2018.

⁵¹ Le più famose certamente quelle del "formalista" *Justice Scalia*, cfr. K. Ring, *Scalia's Court*, cit., p. 101 ss., p. 393 ss.; F.J. Colucci, *Justice Kennedy's Jurisprudence*, cit., p. 27-36.

⁵² M.C. Dorf, *Justice Kennedy's Writing Style*, cit.; v. anche L. Tribe-J. Matz, *Uncertain Justice*, cit., p. 9; J. Toobin, *The Oath*, cit., p. 51-52; Id., *The Nine*, cit., p. 66, 195-196, 261, 380.

⁵³ Le accuse di "attivismo giudiziario" a Kennedy trovano peraltro conferma nei numeri, che lo vedono essere uno dei giudici supremi che ha votato più spesso per invalidare leggi statali o federali per contrasto con la Costituzione, v. A. Nolan-K.M. Lewis-V.C. Brannon, *Justice Kennedy: His Jurisprudence*, cit., p. 10-13, e statistiche *sub nt.* 85. Per un autorevole contributo dottrinale a sostegno di tale prospettiva: E. Chemerinsky, *In Defense of Judicial Supremacy*, in *Wm. & Mary L. Rev.*, 2017, p. 1459 ss. Criticamente, v. invece: O. Kerr, *Justice Kennedy and the Counter-Majoritarian*

Pietro Insolera

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

Con una formula di sintesi conclusiva, il ruolo di Kennedy non potrebbe certo descriversi come quello di un “giudice moderato” – un *Median Justice*, a livello di metodo ed approdi ermeneutici – ma di una formidabile “forza moderatrice” in seno al collegio, per l’effetto netto del suo operato⁵⁴.

2. L’ambito penale: introduzione

Lungi dal poter offrire una ricostruzione completa dell’elaborazione trentennale di Kennedy, ci si propone di ripercorrerne alcune evoluzioni in ambito *lato sensu* penale-costituzionale.

Si è rilevato che, soprattutto in materia di cd. *Constitutional law of criminal procedure* (divieto di perquisizioni e sequestri ingiustificati del IV Emendamento; diritto ad un processo con giuria e *confrontation clause* di cui al VI Emendamento, per fare alcuni esempi), Kennedy non abbia rivestito il decisivo ruolo di “ago della bilancia” come in altre materie, essendosi schierato prevalentemente per salvaguardare le ragioni del *law enforcement*⁵⁵, a discapito dei diritti individuali di indagati, imputati e condannati.

Difficulty, in *Hastings L.J.*, 2019, p. 1213 ss.; R.A. Posner, *How Judges Think*, Cambridge (Ma)-London, 2008, p. 257, 310-311; J. Rosen, *Supreme Leader*, cit.; R. Douthat, *Anthony Kennedy’s Imperial Legacy*, all’URL <https://www.nytimes.com/2018/06/30/opinion/sunday/anthony-kennedys-imperial-legacy.html>, 30 giugno 2018; M.J. Franck, *The Problem of Judicial Supremacy*, in *National Affairs* – Spring 2016, all’URL <https://www.nationalaffairs.com/publications/detail/the-problem-of-judicial-supremacy>, p. 137 ss.; I. Shapiro, *Justice Kennedy has harmed the rule of law*, all’URL https://www.washingtonpost.com/gdpr-consent/?destination=%2fopinions%2f-agree-with-a-lot-of-justice-kennedys-decisions-but-he-has-harmed-the-rule-of-law%2f2018%2f06%2f27%2f646f8a0c-59fd-11e7-a9f6-7c3296387341_story.html%3f&utm_term=.08b9984e2bba, 28 giugno 2018.

⁵⁴ D. Cole, *Why Anthony Kennedy Was a Moderating Force on the Supreme Court*, all’URL <https://www.thenation.com/article/anthony-kennedy-moderating-force-supreme-court/>, 3 luglio 2018.

⁵⁵ Vds. A. Nolan-K.M. Lewis-V.C. Brannon, *Justice Kennedy: His Jurisprudence*, cit., p. 17 ss. *Contra v.* però: C.E. Smith-M.A. McCall-M.M. McCall, *The Roberts Court and Criminal Justice*, cit., p. 436-437, ove si evidenzia il ruolo di *swing*

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

Se si volge lo sguardo ad altre aree, tuttavia, occorre rilevare che le sue posizioni hanno supportato in maniera costante interpretazioni ampie e dinamiche delle previsioni costituzionali, in grado di porre limiti alla criminalizzazione ed ai trattamenti sanzionatori previsti in sede legislativa. Sul primo versante, gli strumenti privilegiati sono stati quelli della libertà di autodeterminazione e della dignità della persona, protette dal contenuto sostanziale della *due process clause*, quale limite invalicabile all'intervento statale in determinate sfere personali. Ciò, si badi, in un contesto difficile da ricomporre "a sistema"⁵⁶. Bisognerà dunque sforzarsi di valutare le decisioni nel più ampio, e assai controverso, settore della cd. *fundamental non-enumerated rights adjudication*; ossia quelle pronunce della Corte suprema che, da lungo tempo, hanno riconosciuto l'esistenza di determinati diritti e libertà fondamentali della persona non espressamente contemplati nel testo del *Bill of Rights*, sottoponendo il fondamento giustificativo della legislazione o *regulation* che li limita ad un controllo di legittimità più penetrante, rispetto ad un mero *rational basis test*⁵⁷. Si tratta di un'area

justice di Kennedy anche nel settore della *criminal justice*. Sugli orientamenti di Kennedy nel diritto processuale penale: C. Mason, *On Criminal Justice, Kavanaugh Might Be More Centrist than Kennedy*, all'URL <https://thecrimereport.org/2018/07/24/on-criminal-justice-kavanaugh-may-be-more-centrist-than-kennedy/#>, 24 luglio 2018; M.A. McCall-M.M. McCall, *Quantifying the Contours of Power: Chief Justice Roberts & Justice Kennedy in Criminal Justice Cases*, in *Pace. L. Rev.*, 2016, p. 115 ss.; E. Chemerinsky, *The Roberts Court and Criminal Procedure at Age Five*, in *Texas Tech L. Rev.*, 2010, p. 13 ss.; S. Bibas, *Justice Kennedy's Sixth Amendment Pragmatism*, in *McGeorge L. Rev.*, 2013, p. 211 ss.

⁵⁶ E' infatti risaputo che nell'esperienza statunitense, pur essendo ben sviluppata la riflessione intorno ai limiti costituzionali al diritto penale sostanziale (di recente v. G. Binder, *Criminal Law*, New York, 2016, p. 84 ss., 100 ss., 121 ss., 155 ss.; J. Dressler, *Criminal Law*, Seventh Edition, New Providence-San Francisco, 2015, p. 33 ss.), manchi un modello "forte" di diritto penale costituzionalmente orientato e di *costituzionalismo penale*, per una serie di fattori, primo fra tutti la struttura federale dell'Unione e la potestà punitiva riconosciuta ai singoli Stati sovrani. Cfr. M. Dubber-T. Hörnle, *Criminal Law. A Comparative Approach*, Oxford, 2014; M. Dubber, *Toward a Constitutional Law of Crime and Punishment*, in *Hastings L. J.*, 2004, p. 1 ss.; L.D. Bilonis, *Process, the Constitution and Substantive Criminal Law*, in *Mich. L. Rev.*, 1998, p. 1269 ss.; C. Finkelstein, *Positivism and the Notion of an Offense*, in *Cal. L. Rev.*, 2000, p. 335 ss.

⁵⁷ Per ulteriori approfondimenti sui cd. *tiers of review* dello scrutinio "a tre velocità" radicato nella giurisprudenza costituzionale statunitense, cfr. E. Chemerinsky,

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

tematica che, sebbene non strettamente (o esclusivamente) penalistica, offre nondimeno indicazioni decisive sulle attitudini di un giudice nell'esercizio del *judicial review*, specialmente in chiave di protezione dei diritti fondamentali e limiti alla discrezionalità legislativa. Si osserva fin d'ora che, per quanto significativa – perché in grado di garantire maggiore protezione rispetto all'impostazione rigidamente tradizionalista, storicistica e testualista propugnata da alcuni *Justices* – tale linea giurisprudenziale si mostra, se raffrontata all'esperienza italiana ed europea, ancora allo stato embrionale, nell'opera di “costituzionalizzazione” del diritto penale sostanziale. Ciò per una serie di fattori ben noti, primo fra tutti la struttura federale dell'Unione, oltre al cd. *Ghost of Lochner*⁵⁸.

E' stato certamente di primo piano il ruolo di Kennedy nell'elaborazione giurisprudenziale sul divieto di pene crudeli ed inusuali, su tre distinti versanti. Anzitutto, nella *death penalty jurisprudence*, egli è stato l'unico tra i conservatori a volere imporre restrizioni di natura sostanziale alla pena capitale, dichiarandola categoricamente incostituzionale, in quanto eccessiva, in riferimento a “classi di rei” (soggetti *intellectually disabled*⁵⁹; minorenni⁶⁰) e “categorie di reati” (tutti i reati contro la persona diversi dall'omicidio volontario aggravato)⁶¹. Il progressivo allontanamento dalle posizioni classiche “di partito”, aveva innescato numerose speculazioni circa una possibile definitiva rinuncia a “provare ad aggiustare la macchina della

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.

⁵⁸ Con quest'espressione si allude al discredito storico che i controlli di ragionevolezza intrinseca (*substantive due process review*) soffrono negli U.S.A. in seguito alla cd. *Lochner Era* (1897-1937 ca.): cfr. ad es. M. Cohen Eliya-I. Porat, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge, 2013, p. 38 ss.; H. Garfield, *Privacy, Abortion, and Judicial Review: Haunted by the Ghost of Lochner*, in *Wash. L. Rev.*, 1986, p. 293 ss.

⁵⁹ *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002). Kennedy, in attuazione dell'*holding* di *Atkins*, ha vergato una più recente decisione che ha censurato la soglia fissa e rigida del quoziente intellettuale, fissata a 70 dalla legislazione della Florida, che presumeva la legittimità dell'irrogazione della pena capitale a tutti i soggetti con Q.I. superiore a 70, in quanto non *intellectually disabled*: cfr. *Hall v. Florida*, 572 U.S. ____ (2014), sulla quale cfr. G. Epps, *American Justice 2014. Nine Clashing Visions on the Supreme Court*, Philadelphia, 2014, p. 73-84.

⁶⁰ *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

⁶¹ *Kennedy v. Louisiana*, 554 U.S. 407 (2008).

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

morte”⁶² – come già fatto da numerosi *Justices*⁶³ – tale da censurare la pena di morte in quanto tale, unendosi ai quattro giudici di nomina democratica.

Con riferimento alle pene detentive, benché sia stata una sua opinione concorrente⁶⁴ – non a caso risalente alla fase storica di massima patologia e diffusione delle politiche “*tough on crime*” – a dare il “colpo di grazia” alla possibilità di giudicare incostituzionale una sanzione penale per sproporzione rispetto al disvalore del reato (cd. *non capital proportionality*), il suo pensiero pare essersi evoluto progressivamente, e non di poco. Nel 2003 Kennedy, con il suo decisivo voto, supportava la conferma della legittimità di una pena da 25 anni all’ergastolo per il furto di tre mazze da golf, irrogata in base alla “famigerata” legge dei tre colpi californiana⁶⁵. Nello stesso anno, però, egli era tra le prime personalità istituzionali di un certo peso a criticare, con toni piuttosto duri, le manifeste ingiustizie del sistema sanzionatorio ed il fallimento dello “Stato Carcerario” statunitense, in

⁶² Si riprende qui il linguaggio utilizzato dal giudice supremo Harry Blackmun, “*I shall no longer tinker with the machinery of death*”, nel celebre dissenso nel caso *Callins v. Collins*, 510 U.S. 1141 (1994), in cui affermò l’inconciliabilità della pena capitale in quanto tale con le disposizioni costituzionali, prendendo atto del fallimento dello “sforzo regolatore” della Corte suprema, cfr. *amplius* L. Greenhouse, *Becoming Justice Blackmun. Harry’s Blackmun’s Supreme Court Journey*, New York, 2005, p. 166-181 e *passim*.

⁶³ C.S. Steiker-J.M. Steiker, *Courting Death. The Supreme Court and Capital Punishment*, Cambridge (Ma)-London, 2016, pp. 258-271, 269-270; M.C. Dorf, *Evolving Standards of Decency That Mark the Progress of Maturing Justices*, all’URL <http://www.dorfonlaw.org/2015/06/evolving-standards-of-decency-that-mark.html>, 29 giugno 2015; K.M. Barry, *The Law of Abolition*, in *J. Crim. L. & Criminology*, 2017, p. 521 ss., in ptc. p. 543 ss..

⁶⁴ *Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 957 (1991), che conferma la costituzionalità della pena dell’ergastolo senza possibilità di libertà condizionale per la mera detenzione di 650 grammi di cocaina.

⁶⁵ *Ewing v. California*, 538 U.S. 11 (2003). Nella dottrina italiana, v. E. Grande, *Il terzo strike. La prigione in America*, Palermo, 2007, p. 64 ss.; A. Della Bella, *Three Strikes and you’re out: la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 833 ss.; M. Feeley, *Le origini e le conseguenze del panico morale: gli effetti sulle Corti americane delle leggi “tre volte e sei eliminato”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 417 ss.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

un *address* all'American Bar Association⁶⁶. In quella sede si evidenziavano i costi umani, lo spreco di risorse, e l'improcrastinabile necessità di riforma, dopo due decenni di incontrollata isteria punitiva. Negli anni successivi, come vedremo, anche le sue decisioni – seppur, forse, non fino al punto che si poteva auspicare ed in un ambito piuttosto limitato, non compiutamente esteso agli “*adult offenders*” – hanno rispecchiato tale presa di coscienza. E' stato infatti estensore dell'*opinion of the Court* che ha invalidato la pena dell'ergastolo senza possibilità della libertà condizionale nei confronti di *juveniles* per reati diversi dall'omicidio volontario⁶⁷; così come è stato suo il voto decisivo per censurare l'ergastolo senza possibilità della libertà condizionale legislativamente imposto (*mandatory*), *pena fissa* comminata in talune giurisdizioni ai minorenni per reati di omicidio⁶⁸.

Infine, lo stesso trend si manifesta in ambito più strettamente penitenziario, laddove Kennedy ha redatto la nota decisione di maggioranza⁶⁹ che, confermando l'ingiunzione della corte federale, ha

⁶⁶ Cfr. The Editorial Board, *Justice Kennedy Speaks Out*, all'URL <https://www.nytimes.com/2003/08/12/opinion/justice-kennedy-speaks-out.html>, 12 agosto 2003.

⁶⁷ *Graham v. Florida*, 560 U.S. 48 (2010), sulla quale v. E.S. Nilsen, *From Harmelin to Graham – Justice Kennedy Stakes Out a Path to Proportional Punishment*, in *Federal Sentencing Reporter*, 2010, p. 67 ss.

⁶⁸ *Miller v. Alabama*, 567 U.S. 460 (2012). La “regola” di cd. *individualized sentencing* ivi affermata è stata successivamente dotata di efficacia retroattiva in *Montgomery v. Louisiana*, 577 U.S. ____ (2016), decisione redatta da Kennedy.

⁶⁹ *Brown v. Plata*, 563 U.S. 493 (2011), sulla quale cfr. P. Passaglia, nel report del Servizio Studi della Corte costituzionale, *Il sovraffollamento carcerario*, a cura di P. Passaglia, con contributi di E. Bottini, C. Guerrero Picó, S. Pasetto, M. T. Rörig, all'URL

https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_sovraffollamento_2014.pdf, p. 71 ss.; A. Toscano, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Milano, 2012, p. 278-284. Più in generale, sul ruolo svolto da *Justice Kennedy* nel richiamare l'attenzione sulla necessità di rendere maggiormente conforme a principi di umanità il sistema penitenziario federale e dei singoli Stati: B. Adler, *How Anthony Kennedy's U.S. Supreme Court Ruling Transformed California's Criminal Justice System*, all'URL <http://www.capradio.org/articles/2018/06/27/how-anthony-kennedys-us-supreme-court-ruling-transformed-californias-criminal-justice-system/>, 27 giugno 2018; M. Roseman, *A Hat Tip to Justice Anthony Kennedy: The Jurist Who Called Out Mass Incarceration*, all'URL <https://medium.com/@markeroseman/a-hat-tip-to-justice-anthony-kennedy-the-jurist-who-called-out-mass-incarceration-32e2bfb2e091>,

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

ordinato allo Stato della California di liberare oltre 40.000 detenuti, sottoposti a trattamenti contrari alla dignità umana, in ragione del sovraffollamento e della insufficienza delle cure mediche disponibili negli istituti di pena. In una più recente *concurring opinion*⁷⁰, Kennedy ha denunciato, in un'appassionata invettiva, l'intollerabile abuso del cd. *solitary confinement*, l'isolamento, nelle carceri nordamericane, sia nel *death row*, sia in termini generali. Ne ha elencato i costi umani intollerabili, "chiamando alle armi", con un atto evidentemente politico, i *litigators* che ne volessero porre in dubbio la costituzionalità⁷¹.

Se si valutano congiuntamente tutte le suddette evoluzioni, si ha l'impressione che l'apertura alla dimensione sovranazionale ed internazionale della *human rights law* ed allo studio dei sistemi costituzionali e punitivi delle altre democrazie occidentali (cd. *constitutional comparativism*), abbiano progressivamente condotto Kennedy ad un senso di profondo disagio verso l'isolamento "eccezionalista" statunitense, in termini di disumanità del *criminal justice system*⁷².

21 luglio 2018; *Justice Kennedy's Contributions to Sentencing and Corrections Reform: An Appreciation*, all'URL <https://www.ucpress.edu/blog/36946/justice-kennedys-contributions-to-sentencing-and-corrections-reform-an-appreciation/>.

⁷⁰ *Davis v. Ayala*, 576 U.S. ___ (2015)

⁷¹ The Editorial Board, *Justice Kennedy on Solitary Confinement*, all'URL <https://www.nytimes.com/2015/06/20/opinion/justice-kennedy-on-solitary-confinement.html>, 19 giugno 2015; M. Ford, *Justice Kennedy Denounces Solitary Confinement*, all'URL <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2015/06/kalief-browder-justice-kennedy-solitary-confinement/396320/>, 18 giugno 2015.

⁷² Sull'uso giurisprudenziale della comparazione nella *Jurisprudence* di Kennedy, vds. S.C. McCafrey, *There's a Whole World Out There: Justice Kennedy's Use of International Sources*, in *McGeorge L. Rev.*, 2013, p. 201 ss.; J. Toobin, *Swing Shift. How Anthony Kennedy's passion for foreign law could change the Supreme Court*, all'URL <https://www.newyorker.com/magazine/2005/09/12/swing-shift>, 12 settembre 2005. In questo senso, la sostituzione di Kennedy con un giurista più conservatore determinerà con ogni probabilità un ulteriore rafforzamento degli orientamenti fortemente autarchici e sovranisti, già propri dei giudici conservatori, a discapito di aperture internazionaliste: cfr. S.M. Patrick, *The Global Implications of Justice Kennedy's Retirement*, all'URL <https://www.cfr.org/blog/global-implications-justice-kennedys-retirement>, 28 giugno 2018. Sull'uso giurisprudenziale della comparazione da parte di Kennedy v. *infra*.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

Ulteriore tratto distintivo della sua *jurisprudence* penalistica (ma non soltanto) si identifica nell'interpretazione espansiva, quasi "assolutistica", delle libertà protette dal I Emendamento, come potrà apprezzarsi tramite la disamina di alcune pronunce che hanno invalidato fattispecie incriminatrici in contrasto con la libertà d'espressione (*freedom of speech*)⁷³.

Meriterà poi svolgere una breve analisi della sentenza⁷⁴ nella quale Kennedy ha statuito che, nella *War on terror* successiva ai fatti dell'11 settembre 2001, i cd. *enemy combatants* stranieri, ristretti a Guantanamo, non possono essere privati del diritto costituzionalmente garantito di *Habeas corpus*, essendo loro diritto lamentare l'illegalità della detenzione dinanzi alle corti federali statunitensi. Un'*opinion* fondata sulle istanze di separazione dei poteri e sulla necessità di effettivo *judicial scrutiny* dell'azione dell'Esecutivo, straordinariamente attuale all'epoca di Donald Trump.

All'esito della rassegna critica degli approdi dianzi accennati, dopo avere tracciato un bilancio critico sul contributo di Kennedy, si proverà ad ipotizzare quali potranno essere le conseguenze del suo pensionamento sugli attuali equilibri interni al supremo collegio, nel suo complessivo orientamento interpretativo in materia costituzionale-penale. Pare altamente improbabile, lo si anticipa, che la nuova composizione del collegio, comprensiva di Kavanaugh – salvo alcuni specifici temi del diritto penale sostanziale, connessi ad istanze testualiste⁷⁵, e della procedura penale – possa essere propensa a promuovere linee interpretative di garanzia, ispirate alla protezione di valori personalistici, di decenza, umanità e civiltà, che hanno invece animato buona parte della *jurisprudence* di Kennedy in materia penale.

⁷³ Cfr. E. Chemerinsky, *Anthony Kennedy and free speech*, all'URL <http://www.scotusblog.com/2018/07/anthony-kennedy-and-free-speech/>, 2 luglio 2018; Id., *Justice Kennedy: A Free Speech Justice? Only Sometimes*, in *Hastings L.J.*, 2019, p. 1193 ss.

⁷⁴ *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008)

⁷⁵ Sull'interpretazione testualista delle norme costituzionali e delle norme penali ordinarie, assai radicata tra i giuristi di orientamento conservatore, in chiave di rafforzamento dello statuto garantista per il reo in ambito penale, si può vedere: P. Insolera, *Da Scalia a Gorsuch: giudici "originalisti"*, cit., p. 139-141, 192-197, 214 ss.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

2.1. *Limitazioni costituzionali contenutistico/sostanziali alle scelte legislative d'incriminazione (ovvero, dei controlli di ragionevolezza intrinseca o substantive due process review)*

2.1.1. *Premessa*

Per esaminare l'elaborazione di Kennedy in punto di cd. *substantive due process* occorre svolgere una premessa generale circa i rapporti tra Costituzione federale e diritto penale nell'ordinamento degli U.S.A. È noto che l'esistenza di 50 ordinamenti statali, e di conseguenza 50 sistemi costituzionali e penali diversi (oltre a quello federale), riduce il margine di intervento della magistratura federale nella sfera del cd. *Police power* statale, entro cui va ricondotta la potestà punitiva⁷⁶. La Corte suprema, tradizionalmente, non ha dunque sottoposto ad un penetrante *judicial review* contenutistico le scelte politico-criminali di incriminazione dei singoli Stati sovrani, come invece ha fatto per le discipline processuali penali, rendendo applicabili agli ordinamenti statali i principi di garanzia scolpiti nel *Bill of Rights*, "costituzionalizzati" a livello nazionale attraverso il processo di cd. *incorporation*, ad opera della Corte Warren (1953-1969)⁷⁷.

L'ampia sfera di discrezionalità politica ha così tendenzialmente permesso ad ogni Stato sovrano – conformemente alle proprie specifiche esigenze – di rispondere alle fenomenologie delittuose in maniera diversificata, non essendo possibile imporre *iussu iudicis* alcuna omogeneità delle istanze di protezione della scala dei valori, legittimamente espressa soltanto dagli organi di rappresentanza politica⁷⁸. In quell'imperfetto, dinamico, conflittuale, "esperimento

⁷⁶ Cfr. tra i molti, M. Dubber - T. Hörnle, *Criminal Law*, cit., p. 57-58; E. Chemerinsky, *Constitutional Law*, cit., p. 697; L.D. Bilonis, *Process, the Constitution*, cit., p. 1269 ss.; S.H. Kadish, *Fifty Years of Criminal Law: An Opinionated Review*, in *Cal. L. Rev.*, 1999, p. 943 ss., spec. p. 964 ss.

⁷⁷ Sulla c.d. *incorporation doctrine* v. E. Chemerinsky, *Constitutional Law*, cit., p. 511-19; M.I. Urofsky, *Dissent and the Supreme Court*, cit., p. 280 ss. Sulla *judicial revolution* in materia processuale penale ad opera della Corte Warren v. M.J. Horwitz, *The Warren Court and the Pursuit of Justice*, New York, 1998, p. 91-98; S Stern-S. Wermiel, *Justice Brennan*, cit., p. 198 ss., 236 ss.

⁷⁸ Per l'importanza del federalismo e della sperimentazione democratica, intesa quale beneficio, secondo la celebre definizione degli Stati quali "*laboratories of*

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

sociale” che è il diritto penale – aperto al perseguimento di una pluralità di scopi legittimi – non si può pretendere di imporre una concezione assiologicamente “perfezionista”, desumibile dai vaghi principi di giustizia della Costituzione, tramite il *judicial review*. Occorre fare primario affidamento sulle cd. *political safeguards*, i meccanismi discrezionali a disposizione dei vari attori istituzionali del *criminal justice system* (*prosecutor*, giudici, giurie), protagonisti del “processo” applicativo delle norme⁷⁹.

A ciò si è unito, in maniera decisiva, il forte discredito “storico” sofferto dai giudizi di costituzionalità sul contenuto delle scelte legislative (*rectius*: sui bilanciamenti di interessi/valori). Esso – è noto – deriva dall’utilizzo abusivo e antidemocratico della componente sostanziale della *due process clause* nel corso della cd. *Lochner Era*, per invalidare sistematicamente la legislazione economico-sociale d’ispirazione progressista, in base ad una visione politico-economica esasperatamente liberista della maggioranza dei membri della Corte suprema (cd. *economic substantive due process*)⁸⁰. Le ferite del cd. *legislating from the bench* di quell’epoca – tali da minare alle fondamenta la legittimazione istituzionale della Corte – hanno reso più

democracy” del giudice Brandeis: *New States Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262, 311 (1932). Concetti simili vengono ripresi costantemente in ambito penale per giustificare differenziazioni, anche nette, nelle scelte di criminalizzazione e sanzionatorie: cfr. ad es. le decisioni *Powell v. Texas*, 392 U.S. 514 (1968); *Harmelin v. Michigan*.

⁷⁹ Così v. L.D. Billionis, *Process, the Constitution*, cit., p. 1301 ss.

⁸⁰ Sulla cd. *Lochner Era*, cfr. senza pretesa d’esaustività E. Chemerinsky, *Constitutional Law*, cit., p. 624-645; Id., *The Case Against*, cit., p. 94 ss.; M. Lerner, *The Early Career of Judicial Activism*, in Id., R. Cummings (edited by) – S. Wermiel (foreword by), *Nine Scorpions in a Bottle*, cit., p. 37 ss.; M. Tushnet (ed.), *I Dissent. Great Opposing Opinions in Landmark Supreme Court Cases*, Boston, 2008, p. 81 ss., 101 ss.; M.I. Urofsky, *Dissent and the Supreme Court*, cit., p. 137 ss. Nella letteratura italiana: G. Bognetti, *Il principio di ragionevolezza e la giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti*, in Aa.Vv., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, p. 43 ss.; E. Lambert, *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti*, Milano, 1996; più di recente v. S. Pennicino, *Contributo allo studio della ragionevolezza nel diritto comparato*, Roma, 2012, p. 65-121; A. Pin, *Precedente e mutamento giurisprudenziale*, cit., p. 106 ss.; E. Ferioli, *Dissenso e dialogo nella giustizia costituzionale*, Padova, 2018, p. 93 ss.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

complicato intervenire per censurare anche norme penali statali eventualmente irragionevoli⁸¹.

Non sono mancate, tuttavia, censure, attraverso l'applicazione di varie previsioni costituzionali enumerate, in particolare: il I Emendamento⁸², l'VIII Emendamento⁸³ e, in modo più frequente e controverso – per carenza di base testuale espressa – la clausola del *due process* del V e XIV Emendamento. Quest'ultima è stata impiegata, ad esempio, per dichiarare incostituzionali disposizioni penali formulate in termini indeterminati⁸⁴. Per quel che qui rileva, essa è stata applicata, nella sua componente sostanziale, al fine di invalidare fattispecie incriminatrici irrazionali, o eccessivamente invasive di certe sfere individuali della persona, rispetto agli scopi di tutela perseguiti, in quella celebre *line of cases* ove si è costituzionalizzato il diritto "implicito" di *privacy*, nei suoi ampi corollari di libertà di

⁸¹ L.D. Billionis, *Process, the Constitution*, cit., p. 1293-94.

⁸² Per invalidazioni di fattispecie incriminatrici contrastanti con la *free speech clause* del I Emendamento, con Kennedy nella maggioranza o estensore, ad es.: *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989); *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709 (2012); *Packingham v. North Carolina*, 582 U.S. ___ (2017).

⁸³ Si veda ad es. il noto e succitato caso *Robinson v. California*, 370 U.S. 660 (1962), sul quale v. J. Dressler, *Criminal Law*, cit., p. 98-101. E' interessante rilevare – con riferimento a quanto si osservava prima sulla marcata riluttanza della Corte suprema a impegnarsi in controlli di legittimità contenutistico-sostanziali sulle scelte di incriminazione, per non incorrere negli stessi abusi della *Lochner Era* – che l'opinione dissenziente del giudice White in *Robinson* si esprimeva in questi termini: "If this case involved economic regulation, the present Court's allergy to substantive due process would surely save the statute and prevent the Court from imposing its own philosophical predilections upon state legislatures or Congress. I fail to see why the Court deems it more appropriate to write into the Constitution its own abstract notions of how best to handle the narcotics problem, for it obviously cannot match either the States or Congress in expert understanding", 370 U.S. 689.

⁸⁴ Attraverso la cd. *void for vagueness doctrine*, cfr. le recenti decisioni *Sessions v. Dimaya*, 584 U.S. ___ (2018) e *Johnson v. United States*, 135 S.Ct. 2551 (2015). Nella manualistica v. J. Dressler, *Criminal Law*, cit., p. 39-48; G. Binder, *Criminal Law*, cit., p. 100-112. In prospettiva comparatistica tra Italia ed U.S.A., v. M. Boggiani, *La legittimità costituzionale delle normative antistalking: uno sguardo comparatistico all'esperienza statunitense in tema di vagueness*, in *Ind. pen.*, 2012, 1, p. 139 ss., spec. 144-149; Id., *Principio di determinatezza and the Void-for-Vagueness Doctrine in Constitutional Litigation: the Italian Corte Costituzionale and the United States Supreme Court*, in AA.VV., L. Pineschi (ed.), *General Principles of Law-The Role of the Judiciary*, Heidelberg, 2015, p. 171 ss., e ampia casistica ivi richiamata.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

autodeterminazione personale. Questo filone giurisprudenziale, nel quale si è “rifondato” il significato della libertà prevista dalla clausola del giusto processo in senso personalistico⁸⁵, dando vita al cd. *modern substantive due process* – in contrapposizione al succitato cd. *economic substantive due process* – ha consentito alla Corte, di invalidare disposizioni penali che criminalizzavano l’utilizzo di anticoncezionali e l’aborto⁸⁶, conferendo natura fondamentale ai diritti nella sfera riproduttiva. Anche se viene spesso dimenticato, *Griswold* e *Roe* sono *criminal cases*, declaratorie d’illegittimità di norme incriminatrici intrinsecamente irragionevoli⁸⁷; così come erano *criminal cases* i loro antecedenti più diretti nella precedente giurisprudenza della Corte⁸⁸. Fondamentale, nello stesso ambito, il *dissent* del secondo giudice Harlan nel caso *Poe v. Ullman*⁸⁹, dove si formularono le basi teoriche e di metodo per lo sviluppo successivo della giurisprudenza sui diritti fondamentali non-enumerati.

2.1.2. Il contributo in materia di Justice Kennedy

Quanto detto sopra è funzionale ad apprezzare il ruolo centrale del giudice Kennedy nell’evoluzione di tale controversa *jurisprudence*, che, lo si ribadisce, ha un’intima connessione con lo statuto delle garanzie costituzionali in campo penale. Quanto più si interpreta

⁸⁵ Cfr. G. Silvestri, *L’individuazione dei diritti della persona*, all’URL <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1928-silvestri2018a.pdf>, 29 ottobre 2018.

⁸⁶ Cfr. oltre ai precedenti già citati *Griswold v. Connecticut*, *Eisenstadt v. Baird*, *Roe v. Wade* e *Planned Parenthood v. Casey*, anche *Carey v. Population Services International*, 431 U.S. 678 (1977).

⁸⁷ Cfr. M. Murray, *Griswold’s Criminal Law*, in *Conn. L. Rev.*, 2015, p. 1045 ss., in particolare 1061 ss.; C. Finkelstein, *Positivism and the Notion*, cit., p. 358 ss., 367-71. È interessante notare, in tal senso, che all’epoca *Roe v. Wade* fu esaminata dettagliatamente sul piano comparatistico in Italia anche nelle maggiori riviste penalistiche: v. ad es. J. Herrman, *La suprema Corte degli Stati Uniti e la liberalizzazione dell’aborto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, 2, p. 377 ss.; G. Bognetti, *Esperienze straniere: la libertà di abortire, diritto della donna costituzionalmente garantito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, 1, p. 8 ss.

⁸⁸ Si vedano i *seminal cases*: *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925).

⁸⁹ *Poe v. Ullman*, cit., v. M. Urofsky, *Dissent and the Supreme Court*, cit., p. 343 ss.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

espansivamente, si “generalizza”, il contenuto di libertà individuale implicitamente desumibile dalla Costituzione, tanto più si eleva il livello di fondamento giustificativo richiesto a sostegno dell’azione invasiva (penale) posta in essere dalla pubblica autorità. Sono quindi chiamati in causa i requisiti sostanziali di legittimazione dell’intervento penale. Kennedy – in continuità con l’elaborazione sopra richiamata – è stato in grado di “proteggere”, di mantenere in vita, forse finanche di consolidare, il nucleo fondamentale di tale giurisprudenza; trovandosi, peraltro, ad operare in un’epoca socialmente e politicamente assai diversa ed in una Corte decisamente virata “a destra”, rispetto a quella che le diede vita. In altri termini, Kennedy ha “resistito” alle spinte iperconservatrici originaliste-testualiste, che avrebbero voluto, se non disfarsi completamente della *substantive due process jurisprudence*, limitarla in maniera netta, attraverso un’analisi rigida, confinata entro le strettoie dei limiti testuali e della tradizione storica (cd. *historical test*)⁹⁰.

Come vedremo, la sua concezione ampia e flessibile di libertà l’ha portato (tendenzialmente) a rigettare lo sforzo dei giudici conservatori nella direzione di riconoscere *status* di diritto fondamentale – e la conseguente istanza di protezione giudiziale rafforzata, al di fuori del *political process* – soltanto a quei diritti supportati da una “tradizione storica di protezione al massimo livello di specificità possibile”. Ciò, tuttavia, non significa che Kennedy sia stato costante o coerente nell’invalidare norme penali statali viziate da irragionevolezza intrinseca, essendosi orientato in taluni casi a restringere lo spazio di intervento della Corte suprema⁹¹, a causa di parzialmente fondate preoccupazioni, relative all’elevato tasso di politicità ed al pericolo di antidemocraticità connaturato a questo *constitutional reasoning*. Ripercorriamo allora lo sviluppo del suo pensiero, attraverso l’esame del *case law* più rilevante.

⁹⁰ Si può vedere P. Insolera, *Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti”*, cit., p. 171-179, 204-209.

⁹¹ Cfr. la già richiamata decisione della Corte suprema *Washington v. Glucksberg*, che nega natura di diritto fondamentale al diritto individuale del malato terminale di scegliere liberamente di farsi aiutare da un medico a porre fine alla propria vita con dignità (cd. *physician assisted suicide*).

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)**2.2. Da Michael H. a Obergeffel, passando (soprattutto) per Lawrence: la giurisprudenza in materia di diritti fondamentali non-enumerati*

Senza potere approfondire le indicazioni emerse durante la *confirmation hearing*, alcuni interventi in sedi extra-giudiziali (nonché le decisioni emesse da *appellate judge* del Nono Circuito)⁹², i primi orientamenti di Kennedy quale *Associate Justice* emersero nel caso *Michael H. v. Gerard D.*⁹³. Si trattava di una controversia non penale, avente ad oggetto il *constitutional challenge* ad una disposizione californiana che, tramite una presunzione, impediva al padre biologico di un figlio nato da una relazione adulterina di vedersi riconosciuta la paternità, se l'azione fosse stata esperita dopo due anni dalla nascita⁹⁴. La *plurality opinion* di Scalia applicò l'*historical test*, per determinare se l'interesse di cui si lamentava la lesione potesse ritenersi “*so rooted in the traditions and conscience of our people as to be ranked as fundamental*”⁹⁵, e pertanto meritevole di protezione rafforzata a fronte dell'azione della pubblica autorità, in forza della *liberty* protetta dal XIV Emendamento. L'indagine storica, si aggiunse, dev'essere ulteriormente ristretta – per limitare la discrezionalità giudiziale e assicurare neutralità – essendo necessario “ *riferirsi al più specifico livello al quale può essere individuata una tradizione che tuteli o neghi la protezione del diritto in questione*”⁹⁶. La *plurality* accertò così che la

⁹² Cfr. L.K. Parshall, *Embracing the Living Constitution*, cit., p. 35 ss.; R.J. Smith-Z. Robinson, *Constitutional Liberty and the Progression of Punishment*, in *Cornell L. Rev.*, 2017, p. 413 ss., in part. p. 456 ss.

⁹³ 491 U.S. 110 (1989).

⁹⁴ Sul caso *v. E.G. Spitko*, *A Critique of Justice Antonin Scalia's Approach to Fundamental Rights Adjudication*, in *Duke L.J.*, 1990, p. 1337 ss., 1349 ss.

⁹⁵ Il linguaggio di Justice Scalia riprende il precedente *Snyder v. Massachusetts*, 291 U.S. 97, 105 (1934), nonché quello di noti precedenti – riconducibili al contesto della cd. *Incorporation*, ossia il dibattito sull'applicabilità del *Bill of Rights*, che originariamente limitava soltanto il governo federale, anche agli Stati – che, per classificare un determinato diritto come *fundamental*, avevano imposto che esso dovesse ritenersi “*implicit in the concept of ordered liberty*” o “*deeply rooted in this Nation's history and tradition*”, cfr. *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937).

⁹⁶ *Michael H. v. Gerard D.*, 491 U.S. 127-8, n. 6. Si tratta della problematica dei cd. *livelli di generalità* – cioè come si caratterizza, a quale grado di astrattezza si configura inizialmente il diritto che si assume violato – decisiva per giungere a ritenere

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

tradizione di *common law* non riconosceva alcun diritto al padre biologico, dopo che il padre legittimo aveva esercitato significative responsabilità genitoriali sul bambino, dovendosi evitare di dichiarare lo stato di figlio illegittimo, per far prevalere l'interesse "nel promuovere la tranquillità e la pace degli Stati e delle famiglie". Negata la natura di *fundamental right* al diritto del padre biologico, la disposizione fu ritenuta dunque conforme alla clausola del *due process*.

Kennedy, anche se condivise l'esito della decisione, aderì alla *concurring opinion* dell'altro giudice "centrista" O'Connor, dove si rigettò tale metodo di analisi puramente storico-tradizionalistico. Si affermò "questa nota a piè di pagina delinea una metodologia di analisi storica da utilizzare nell'identificazione degli interessi di libertà protetti dalla clausola del *due process* del XIV Emendamento che potrebbe essere in certa misura incoerente con le nostre precedenti decisioni in questo ambito"; i giudici concorrenti non ritenevano accettabile "precludere l'imprevisto attraverso la previa imposizione di un singolo metodo di analisi storica"⁹⁷. Nonostante l'espressione di tale posizione cautamente evolutiva, Kennedy, ad esempio, votò con la maggioranza conservatrice nei *criminal cases* *Vacco v. Quill* e *Washington v. Glucksberg*⁹⁸, a conferma della costituzionalità di leggi statali che criminalizzavano il suicidio assistito (cd. *physician assisted suicide*), in cui si ribadirono i rigidi confini della tradizione storica e del livello di specificità nella tradizione di protezione di un determinato diritto, quali criteri ermeneutici guida oggettivi nella *fundamental rights adjudication*⁹⁹.

uno specifico diritto fondamentale e dunque meritevole di protezione nell'alveo della *due process clause*. Cfr. L.H. Tribe-M.C. Dorf, *Leggere la Costituzione*, cit., p. 99-109. La problematica dei cd. *livelli di generalità* nella configurazione dei diritti fondamentali e dei principi stabiliti nei precedenti della Corte suprema (del loro reciproco "collegamento sistematico") nella materia penale, ed in particolare rispetto alla possibilità di svolgere uno scrutinio di ragionevolezza penetrante sulle scelte d'incriminazione, in base alla *due process clause*, è esaminata da L.D. Bilonis, *Process, the Constitution*, cit., p. 1308-1318.

⁹⁷ *Michael H. v. Gerard D.*, 491 U.S. 132.

⁹⁸ *Vacco v. Quill*, 521 U.S. 793 (1997) e *Washington v. Glucksberg*, sopraccitata.

⁹⁹ "Il metodo consolidato dell'analisi del *substantive due process* ha due caratteristiche principali: in primo luogo, noi abbiamo osservato regolarmente che la clausola del *due process* protegge quei diritti fondamentali e quelle libertà che sono

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

Tuttavia, a partire dalla nota sentenza *Planned Parenthood of Southern Pennsylvania v. Casey*¹⁰⁰, nella quale i tre giudici conservatori moderati presero il diritto all'aborto, Kennedy pare essersi successivamente sempre più discostato dall'approccio storicistico, a tutto favore del *reasoned judgment* o *moral reading*. Si tratta di una metodologia flessibile, moderatamente aperta alle nuove istanze di tutela emergenti nella società contemporanea, in cui la tradizione storica di protezione costituisce unicamente uno *starting point* nella valutazione critica sulla natura del diritto in questione (e, conseguentemente, sul livello di scrutinio a cui sottoporre gli interventi che incidono sull'esercizio dello stesso)¹⁰¹. Si può affermare che il coronamento del percorso evolutivo del giudice Kennedy sia avvenuto in materia di cd. *gay rights*. Dopo avere invalidato – facendo leva, però, sull'*equal protection clause* – una disposizione costituzionale dello Stato del Colorado, che discriminava apertamente sulla base dell'orientamento sessuale¹⁰², Kennedy fu estensore della celebre decisione *Lawrence v. Texas*, con cui la Corte censurò, per contrasto con il *substantive due process*, una fattispecie di reato prevista dalla legislazione texana che incriminava rapporti sessuali consensuali tra persone adulte dello stesso sesso in privato¹⁰³. Una *landmark decision* –

oggettivamente 'radicate profondamente nella storia e nella tradizione di questa nazione' e 'implicite nel concetto di libertà ordinata', così che 'non esisterebbero né libertà né giustizia se esse venissero sacrificate' ... in secondo luogo noi abbiamo richiesto nei casi relativi al *substantive due process* una 'descrizione accurata' dell'interesse di libertà affermato", cfr. *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S., 720-21, (1997). Cfr. criticamente, E. Chemerinsky, *Washington v. Glucksberg Was Tragically Wrong*, in *Mich. L. Rev.*, 2008, p. 1501 ss.

¹⁰⁰ Al proposito, v. J. Toobin, *The Nine*, cit., p. 43 ss.

¹⁰¹ Come precisa lo stesso Kennedy "la storia e la tradizione guidano e disciplinano questa analisi, ma non ne stabiliscono i confini esterni", *Obergeffel v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584, 2598 (2015). Cfr. anche *County of Sacramento v. Lewis*, 523 U.S. 833 (1998); *Troxel v. Granville*, 530 U.S. 57 (2000).

¹⁰² Cfr. *Romer v. Evans*, cit.

¹⁰³ (Tex. Penal Code § 21.06(a) (2003)), c.d. *anti-sodomy law*, che criminalizzava la condotta di chiunque "si intrattiene in un rapporto sessuale deviante con un altro individuo dello stesso sesso", v. L. Greenhouse, *Justices, 6-3, Legalize Gay Sexual Conduct in Sweeping Reversal of Court's 86 Ruling*, June 27, 2003, all'URL <http://www.nytimes.com/2003/06/27/us/supreme-court-homosexual-rights-justices-6-3-legalize-gay-sexual-conduct.html>; D. Husak, *Overcriminalization. The Limits of the*

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

definita, a ragione, la *Brown v. Board of Education*¹⁰⁴ o la *Roe v. Wade* per i diritti della comunità LGBT – oggetto di innumerevoli commenti¹⁰⁵, dalle più diverse prospettive, che ha di fatto aperto la strada alla più recente *Obergefell*, in materia di matrimoni gay¹⁰⁶.

2.3. *L'inespresso potenziale significato penalistico di Lawrence*

In questa sede preme soffermarsi sull'importante, ma prevalentemente inespresso, "significato penalistico" della decisione. Da più parti¹⁰⁷ si è rilevato infatti che la presa di posizione della maggioranza e la natura ampia dell'*holding* – nella misura in cui non ha ritenuto sufficiente, quale presupposto a supporto della scelta di criminalizzazione, soltanto la concezione morale prevalente della comunità, in assenza di alcun profilo di lesività della condotta – sembrava potere fornire copertura costituzionale alla teoria del cd. *harm principle*¹⁰⁸. Il *reasoning* si caratterizzò per la configurazione

Criminal Law, New York, 2008, p. 140-41; E. Chemerinsky, *Constitutional Law*, cit., p. 866-868. Per una traduzione in lingua italiana v. V. Varano - V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Vol. I, Terza ed., Torino, 2006, p. 83-88. Nella dottrina italiana: P. Passaglia, *Il Grande fratello non abita più qui: la Corte suprema statunitense riconosce la liceità degli atti di sodomia posti in essere in privato da adulti consenzienti*, in *Foro It.*, 2004, IV, p. 42; C. Valentini, *La sentenza Lawrence v. Texas e l'interpretazione del XIV Emendamento*, in *Quad. cost.*, 2005, 1, p. 189 ss.

¹⁰⁴ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), come noto, è la celebre decisione con la quale si pose formalmente fine alla segregazione razziale nelle scuole statunitensi, censurando la dottrina "*separate but equal*" avallata in *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

¹⁰⁵ Una sinossi in H.J. Knowles, *The Tie Goes to Freedom*, cit., p. 94-98, 114 ss.; F.J. Colucci, *Justice Kennedy's Jurisprudence*, cit., p. 21-35.

¹⁰⁶ Celebre l'attacco di Justice Scalia nella sua opinione dissenziente, laddove afferma "*Do not believe it*", rispetto alle rassicurazioni della *majority opinion* sul fatto che la decisione non avrebbe implicato il futuro riconoscimento legale del matrimonio tra persone dello stesso sesso. K. Ring, *Scalia's Court*, cit., p. 374; H.J. Knowles, *The Tie Goes to Freedom*, cit., p. 119-22.

¹⁰⁷ J.K. Strader, *Lawrence's Criminal Law*, in *Berkeley J. Crim. L.*, 2011, p. 41 ss.; E. Tennen, *Is the Constitution in Harm's Way? Substantive Due Process and Criminal Law*, in *Boalt. J. of Crim. L.*, 2004, p. 1 ss.

¹⁰⁸ R.E. Barnette, *Justice Kennedy's Libertarian Revolution: Lawrence v. Texas*, in *Cato Sup. Ct. Rev.*, 2002-2003, p. 21 ss.; H.J. Knowles, *The Tie Goes to Freedom*, cit., p. 26-29.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

iniziale assai ampia dei contorni della libertà¹⁰⁹ limitata dalla disposizione oggetto di scrutinio, insieme all'omessa specificazione del livello di controllo applicato (*rational basis test* o *strict scrutiny*), a seconda della natura – fondamentale o meno – del diritto in questione. Nell'abbandonare il radicale *legal moralism*, presupposto della precedente sentenza *Bowers v. Hardwick*¹¹⁰ – di cui si dispone l'*overruling* – la Corte elevò a diritto vigente l'opposta prospettiva della *dissenting opinion* del giudice Stevens in quel caso¹¹¹.

Il primo a cogliere la portata potenzialmente rivoluzionaria di tale principio fu Scalia nella sua opinione dissenziente¹¹², ove evidenziò che tutta la cd. *moral legislation* – tra cui numerose norme penali – sarebbe stata a rischio d'invalidazione, sulla scorta di tale *reasoning*. Portata alle necessarie conclusioni la valorizzazione (implicita) dell'*harm principle* in *Lawrence*, le discipline penali statali in materia di bigamia, incesto, prostituzione, masturbazione, adulterio, fornicazione, zoostasia e oscenità avrebbero potuto essere messe in discussione.

Occorre rilevare, però, che il recepimento delle corti inferiori dell'*holding* di *Lawrence* è stato a dire poco tiepido¹¹³, ed il suo

¹⁰⁹ Citandosi a supporto in particolare *Griswold v. Connecticut*, *Eisenstaad v. Baird* e *Roe v. Wade*, si asserisce che la libertà del XIV Emendamento è sufficientemente ampia da ricomprendere il diritto di scegliere di avere rapporti sessuali con persone dello stesso sesso in privato: “La libertà protetta dalla Costituzione riconosce alle persone omosessuali il diritto di fare questa scelta”; “Queste questioni sono centrali rispetto alla libertà protetta dal Quattordicesimo Emendamento”; “Il loro diritto alla libertà in forza della clausola del giusto procedimento dà loro il pieno diritto di commettere tali atti senza l'intervento del governo”.

¹¹⁰ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986), che confermò la legittimità costituzionale di un'analogo *anti-sodomy law* dello Stato della Georgia, sulla quale v. le critiche in M. Urofsky, *Dissent and the Supreme Court*, cit., p. 371-381; S.M. Griffin, *Il costituzionalismo americano*, cit., p. 297-298; L.H. Tribe-M.C. Dorf, *Leggere la Costituzione*, cit., p. 77 ss. e 99 ss.

¹¹¹ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 214 (1986), *dissenting opinion* del giudice Stevens.

¹¹² Si veda ancora K. Ring, *Scalia's Court*, cit., p. 357-375.

¹¹³ Fornisce un'accurata rassegna critica J.K. Strader, *Lawrence's Criminal Law*, cit., p. 77 ss. L'A., dopo avere esaminato diversi settori normativi penali (ad es. *sodomy laws* ancora vigenti; proibizioni penalmente sanzionate di commercializzazione di *sex toys*; prostituzione; *fornication*; incesto; oscenità; pornografia; matrimoni di gruppo; adulterio; possesso di stupefacenti), nella prassi applicativa delle *lower federal courts* e di alcune Corti supreme statali, conclude rilevando che la promessa di *Lawrence*, ossia

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

precedential value fortemente ridimensionato. Il significato *stricto sensu* penalistico dei principi statuiti in chiave di limite alla criminalizzazione in sede legislativa è stato pressoché sterilizzato, facendo leva sui cd. *limiting principles*, dettati dallo stesso Kennedy nell'opinione di maggioranza. Dopo avere precisato i *facts of the case* ("il caso riguarda due adulti che, con pieno e reciproco consenso, hanno posto in essere pratiche sessuali diffuse nella vita degli omosessuali"), Kennedy si preoccupò di limitare la possibilità di applicare l'*holding* ad altri casi futuri: "Il presente caso non riguarda minori. Non riguarda persone che possono essere danneggiate fisicamente o soggette a coercizione o che sono all'interno di relazioni in cui il consenso non può essere facilmente rifiutato. Non riguarda condotte in pubblico o prostituzione"¹¹⁴. Salvo rare eccezioni, le corti statali e federali hanno avuto buon gioco, tramite la classica tecnica del *distinguishing*, a limitare la portata di *Lawrence*. Svalutando l'*harm principle* – senza analizzare minimamente se, oltre alla morale dominante nella comunità, potesse verificarsi in positivo un fondamento razionale della disposizione incriminatrice, connesso ad una qualche effettiva lesività della condotta su interessi altrui – si è acriticamente confermata la legittimità di discipline penali in materia di adulterio, bigamia e poligamia, attività sessuale consensuale tra minori, incesto, oscenità, pornografia, prostituzione, commercializzazione di giochi erotici¹¹⁵. Detta altrimenti, l'ipotizzata costituzionalizzazione dell'*harm principle* è rimasta soltanto ad uno stato embrionale.

2.4. *Ampliando lo sguardo: alcune ipotesi interlocutorie sulle ragioni della debole "constitutionalization of substantive criminal law" negli U.S.A.*

Sono almeno tre i fattori che potrebbero spiegare tali orientamenti, improntati a forte *judicial restraint*.

fare dell'*harm principle* un efficace criterio di selezione delle condotte penalizzabili in sede legislativa, nonché un principio giustiziabile (*workable standard*) nel controllo di costituzionalità, in gran parte è rimasta irrealizzata.

¹¹⁴ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 578.

¹¹⁵ J.K. Strader, *Lawrence's Criminal Law*, cit., p. 77 ss. e rassegna casistica ivi analizzata.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

Il primo, è forse quello collegato alla struttura metodologica, alle forme ed al linguaggio della consolidata giurisprudenza della Corte suprema relativa al controllo di costituzionalità delle *government actions* (in questo caso penali) incidenti sui diritti fondamentali riconducibili nel perimetro della *liberty* della *due process clause*. La tradizionale elaborazione in materia di *privacy* – pure revocata in dubbio dall'*opinion* in *Lawrence*, che, diversamente, si riferisce più volte alla *liberty* individuale, configurata in termini ampi¹¹⁶ – ed i correlati test, funzionali a verificare il radicamento nella storia e nella tradizione di un dato diritto, specificamente definito (cd. *careful description*), fanno sì che – anche quando viene sindacata una disposizione penale – le valutazioni correlate all'*harm principle* restino in secondo piano, o comunque assorbite, diluite o non esplicitate appieno nei *reasoning*. Detta altrimenti, i consolidati codici linguistici, registri metodologici, moduli argomentativi della *substantive due process jurisprudence* rendono più complesso articolare compiutamente una “trasparente” e sistematica teoria costituzionale dei limiti contenutistico-sostanziali alle scelte di criminalizzazione¹¹⁷. Nei percorsi evolutivi di tale filone giurisprudenziale possono individuarsi numerosi riferimenti – espressi o, più spesso, inespressi – all'*harm principle*¹¹⁸, ma sempre all'interno di un registro metodologico e linguistico fondato su altri presupposti (natura fondamentale o meno del diritto; livello di specificità nella tradizione di protezione; onere di giustificazione rafforzato in capo al legislatore/pubblica autorità ecc.).

Vi è però forse una ulteriore ragione, da ritenersi assorbente. La già richiamata ostilità nei confronti del controllo contenutistico sulla

¹¹⁶ Parla opportunamente di “*Justice Kennedy’s Crucial Switch from Privacy to Liberty*”: R.E. Barnette, *Justice Kennedy’s Libertarian Revolution*, cit., p. 33 ss.

¹¹⁷ Questa è un’osservazione critica ricorrente nell’elaborazione dottrinale penalistica statunitense. Cfr. tra i numerosi contributi: D. Husak, *Overcriminalization*, cit., p. 120-132; A. Ristoph, *Proportionality as a Principle of Limited Government*, in *Duke L.J.*, 2005, p. 263 ss., 328-331; C. Finkelstein, *Positivism and the Notion*, cit., p. 371-382.

¹¹⁸ E. Tennen, *Is the Constitution in Harm’s Way?*, cit., p. 11-27, il quale ripercorre analiticamente gli usi argomentativi, espressi ed impliciti, dell'*harm principle*, in numerosi “*substantive due process cases*” sopracitati (*Meyer v. Nebraska*; *Pierce v. Society of Sisters*; *Poe v. Ullman*; *Griswold v. Connecticut*; *Roe v. Wade*; *Bowers v. Hardwick*; *Washington v. Glucksberg*; *Lawrence v. Texas*).

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

legislazione – e la cd. *post New Deal Jurisprudence*, ispirata al *judicial restraint*, salvo tassative situazioni, delineate nella celebre *footnote 4* del caso *Carolene Products*¹¹⁹ – ripudia con fermezza la tendenza ad incorporare nel disposto costituzionale precise teorie politiche, filosofico-morali o sociali (o penologiche), per scongiurare il rischio che esse vengano imposte antidemocraticamente tramite il *judicial review*. In base al celebre insegnamento del giudice Holmes nel *dissent in Lochner v. New York*¹²⁰ – allora in riferimento al cd. *Laissez Faire* ed al darwinismo sociale – la Carta fondamentale (le cd. *structural protections*, separazione dei poteri e federalismo) non permette che la giurisdizione costituzionale imponga una determinata “scuola di pensiero”, in sostituzione delle deliberazioni assunte tramite il cd. *political process*. Come ha di recente ricordato il *Chief Justice* Roberts,

¹¹⁹ R.E. Barnette, *Justice Kennedy's Libertarian Revolution*, cit., p. 28 ss. L'utilizzo del *judicial review of legislation* quale strumento di protezione dei diritti e delle libertà fondamentali delle *minoranze* rispetto agli abusi delle *maggioranze al potere* trae origine, come noto, dal cambio di rotta effettuato dalla Corte suprema nel *seminal case United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938), nella cui celebre *footnote 4* si gettarono le basi per il successivo sviluppo del cd. *scrutinio a tre velocità* in materia di principio d'eguaglianza e di diritti fondamentali. Questo fondamentale concetto, posto poi alla base dell'elaborazione dottrinarie della cd. *political process theory of judicial review* in J.H. Ely, *Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review*, Cambridge, 1980, è imprescindibile per comprendere il progressivo affermarsi delle c.d. *suspect classifications*, dei diversi livelli di *scrutiny* e dei numerosi interventi della Corte Suprema volti a garantire l'eguaglianza giuridica di tutti i cittadini dinanzi alla legge, un'ampia libertà d'espressione, una giustizia penale più garantista ed altri succedutisi nel secolo scorso, soprattutto a partire dagli anni cinquanta, cfr. sul punto S. Pennicino, *Contributo allo studio della ragionevolezza*, cit., p. 110 ss.; E. Chemerinsky, *Constitutional Law*, cit., p. 552 ss. Sull'importanza della cd. *political process theory of judicial review* nel controllo sulle norme penali sostanziali, cfr. L.D. Bilonis, *Process, the Constitution*, cit., p. 1318-1334.

¹²⁰ Sull'importanza storica del dissenso del giudice Holmes in *Lochner*, la cui prospettiva si sarebbe poi affermata e consolidata nella giurisprudenza successiva, a partire dalla sentenza *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937), momento dal quale la Corte suprema cominciò ad assestarsi su posizioni di massimo *self restraint* nei confronti delle scelte legislative, rientranti nell'ampia sfera di cd. *police power*, non incidenti sui diritti fondamentali della persona e non basate su cd. categorie sospette, e censurabili soltanto nei limitati margini della manifesta irrazionalità (cd. *rational basis test*), cfr.: M. Cohen Eliya-I. Porat, *Proportionality*, cit., p. 40-41; M. Urofsky, *Dissent and the Supreme Court*, cit., p. 137-149; M. Tushnet (ed.), *I Dissent*, cit., p. 81-92; S. Pennicino, *Contributo allo studio della ragionevolezza*, cit., p. 65 ss.; A. Pin, *Precedente e mutamento giurisprudenziale*, cit., p. 104-111.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

nel parere contrario alla decisione che ha costituzionalizzato il *same sex marriage*, lo stesso tipo di considerazioni dovrebbe parimenti valere rispetto all'*harm principle*¹²¹.

Un ultimo profilo che preclude la costituzionalizzazione dell'*harm principle* coincide con l'estrema complessità per la Corte nel condurre valutazioni sulle oggettive lesioni degli interessi protetti dalle norme incriminatrici, ciò soprattutto per la scarsa vincolatività del dettato costituzionale. Un compito di esclusiva pertinenza legislativa, basato su valutazioni politico-discrezionali, che è stato invero abbozzato in altre aree della giurisprudenza costituzionale penale della Corte suprema¹²² (ad esempio, in materia di proporzionalità della pena detentiva, attraverso la comparazione intrasistemica tra fattispecie¹²³), ma che presenta un elevato rischio di soggettivismo giudiziale,

¹²¹ Roberts, nel parere contrario alla sentenza che ha reso legittimi i matrimoni omosessuali in tutta la nazione, rispondendo agli argomenti della maggioranza basati sull'*harm principle*: v. *Obergefell v. Hodges*, --- U.S. ---, 135 S. Ct. 2584, 2622 (2015), si è espresso così: "Quest'affermazione dell'*harm principle* suona meglio nella filosofia che nel diritto. L'innalzamento della più piena autorealizzazione dell'individuo al di là dei limiti che la società ha espresso tramite la legge può essere o non essere una filosofia morale appetibile ... rispettare quella prospettiva richiede che la Corte sia guidata dal diritto, e non da nessuna specifica scuola di pensiero sociale. Come disse una volta il giudice Henry Friendly, riecheggiando l'opinione dissenziente del giudice Holmes in *Lochner*, il Quattordicesimo Emendamento non dà più attuazione a *On Liberty* di John Stuart Mill di quanto non dia attuazione a *Social Statics* di Herbert Spencer".

¹²² La debole "costituzionalizzazione" della *substantive criminal law* deriva quindi anche dalla propensione alla cd. "*clause-bound interpretation*" nella giurisprudenza statunitense, cioè alla tendenza a sviluppare dottrine giudiziarie costituzionali differenziate, non comunicanti e asistematiche per ogni previsione costituzionale, cfr. J.H. Ely, *Democracy and Distrust*, cit., p. 12; V.C. Jackson, *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, in *Yale L. J.*, 2015, p. 3094 ss., 3121-22.

¹²³ Si vedano in particolare la *majority opinion* del giudice Powell in *Solem v. Helm*, che esamina i criteri sostanziali del *social harm* e della *culpability*, soprattutto in chiave di confronto strutturale tra fattispecie (comparazione intrasistemica), per desumere un'eventuale sproporzione sanzionatoria incostituzionale; analogamente il giudice White in *Harmelin v. Michigan*, nella sua *dissenting opinion*, in dottrina: E. Volokh, *Crime Severity and Constitutional Line-Drawing*, in *Va. L. Rev.*, 2004, p. 1957 ss., con riguardo alle questioni di proporzionalità della pena, p. 1967-71; D. Van Zyl Smit - A. Ashworth, *Disproportionate Sentences as Human Rights Violations*, in *MLR*, 2004, p. 542 ss., 552-53; D.J. Baker, *Constitutionalizing the Harm Principle*, in *Crim. J. Ethics*, 2008, p. 3 ss., 16 ss.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

amplificato dal deficit di legittimazione della magistratura federale rispetto al sindacato delle opzioni politico-criminali degli Stati.

2.5. Conclusioni sul contributo di Justice Kennedy in materia

Dopo questa digressione sulla “promessa libertaria” non mantenuta di *Lawrence*, occorre svolgere alcune considerazioni conclusive sull’impatto della giurisprudenza di Kennedy in questo ambito.

Il suo contributo non può essere sottovalutato. Egli si è affermato quale esponente della teoria del cd. *continuum razionale* – enunciata per la prima volta dal giudice Harlan II¹²⁴ – in contrapposizione alle posizioni più estreme dei giudici conservatori, basate sul testualismo, sulla storia e sulla tradizione di protezione al livello più specifico possibile. Un restringimento dei confini del sindacato della Corte, questo, in frizione con i precedenti in materia. Con specifico riferimento allo scrutinio della legge penale – sebbene non sia agevole “sistematizzare” la giurisprudenza sui limiti al potere statale di criminalizzare le condotte umane¹²⁵ – si può rilevare che l’approccio di Kennedy ha quanto meno il merito di non precludere aprioristicamente l’esame del fondamento giustificativo delle norme incriminatrici. Ciò – soprattutto se raffrontato con la diversa metodologia dell’*historical test* – riesce a tutelare più adeguatamente i diritti dell’individuo, rispetto a possibili esercizi arbitrari del potere statale tramite lo strumento penale.

La sostituzione di Kennedy con un giurista più conservatore, quale è da ritenersi Kavanaugh, potrà avere significative conseguenze nell’evoluzione della *substantive due process jurisprudence*. Ciò potrebbe verificarsi – più che con un *overruling* nel prossimo futuro – attraverso un ridimensionamento graduale ed incrementalistico della portata dei diritti fondamentali “impliciti” (ad es. aborto, diritti

¹²⁴ Cfr. ancora *Poe v. Ullman*. La teoria del cd. *continuum razionale* o del *reasoned judgment* può definirsi come orientamento “cautamente conservatore verso la generalizzazione – molto meno tradizionalista di quello del giudice Scalia, in ogni caso”, in grado di cercare e ricavare “strutture unificatrici per diritti specifici a un livello intermedio di generalizzazione, ricavandolo direttamente da punti di riferimento testuali”, così L.H. Tribe-M.C. Dorf, *Leggere la Costituzione*, cit., p. 156.

¹²⁵ D. Husak, *Overcriminalization*, cit., p. 120-132.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

LGBT), tale da manifestarsi in una più accentuata *deference* nei confronti delle normative o dei provvedimenti statali oggetto di controllo, che limitano l'esercizio di suddetti diritti¹²⁶.

¹²⁶ E' quanto potrebbe accadere di qui a breve in materia di esercizio del diritto all'interruzione della gravidanza. In numerosi Stati, governati da repubblicani, sono di recente entrate in vigore normative particolarmente restrittive, quali ad esempio i cd. *Heartbeat bills*, che rendono illegale ogni pratica abortiva dopo che è possibile rilevare il battito cardiaco del feto (di norma 6 o 7 settimane dall'inizio della gravidanza). In Alabama, il 16 maggio 2019, è entrata in vigore una normativa, l'*House Bill 314*, che si spinge ancora più in là, vietando l'aborto in ogni fase della gravidanza e qualificando come penalmente rilevante la procedura eseguita dai medici, a meno che non sia necessaria a salvare la vita della madre, a scongiurare gravi invalidità, o in caso di anomalia letale del feto. La costituzionalità di tali disposizioni, più che sospette in base al cd. *undue burden test* oggi vigente, potrebbe presto essere valutata dal Supremo collegio, cfr. *amplius* in dottrina C. De Santis, "The People v. Roe": *negli Stati Uniti l'ondata antiabortista non si arresta e punta dritta verso Washington D.C.*, in www.diritticomparati.it, 6 giugno 2019. E' attualmente *sub iudice*, nel caso *June Medical Services LLC v. Gee*, una normativa della Louisiana che impedisce ai medici di eseguire pratiche abortive se privi di cd. *admitting privileges* presso gli ospedai locali. Una omologa previsione vigente in Texas era stata invalidata nella decisione *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 U.S. ___, nella quale Kennedy si era unito alla maggioranza progressista, cfr. *funditus* L. Pelucchini, "Se Roe cade nello Stato del Pellicano": *il futuro incerto del diritto all'aborto negli Stati Uniti*, in www.diritticomparati.it, 29 aprile 2019; L. Greenhouse, *A Supreme Court Abortion Case That Tests the Court Itself*, all'URL <https://www.nytimes.com/2019/10/10/opinion/supreme-court-abortion.html>, 10 ottobre 2019, la quale si sofferma in particolare sui profili problematici in punto di delegittimazione della Corte se essa dovesse discostarsi dal precedente vincolante *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*. Sugli orientamenti di Kavanaugh in materia di diritto all'aborto, v. criticamente, J.O. Shimabukuro, *Abortion, Justice Kennedy, and Judge Kavanaugh*, all'URL <https://fas.org/sgp/crs/misc/LSB10185.pdf>, 8 agosto 2018; A. Nolan-C. Deveraux Lewis, *Judge Brett M. Kavanaugh: His Jurisprudence and Potential Impact on the Supreme Court*, Report del Congressional Research Service, all'URL <https://fas.org/sgp/crs/misc/R45293.pdf>, 21 agosto 2018, p. 167-175; M.A. Hamilton, *Questioning Justice Kennedy's Replacement: Pay Attention Not Just to Roe v. Wade but Also the Right to Privacy and Contraception*, all'URL <https://verdict.justia.com/2018/07/05/questioning-justice-kennedys-replacement-pay-attention-not-just-to-roe-v-wade-but-also-the-right-to-privacy-and-contraception>, 5 luglio 2018; A. Howe, *Judge Kavanaugh on abortion: Rehnquist as "judicial hero" and the case of Jane Doe*, all'URL <https://www.scotusblog.com/2018/07/judge-kavanaugh-on-abortion-rehnquist-as-judicial-hero-and-the-case-of-jane-doe/>, 18 luglio 2018; L. Greenhouse, *Opinion: A Kavanaugh Signal on Abortion?*, all'URL <https://www.nytimes.com/2018/07/18/opinion/abortion-kavanaugh-trump-supreme-court.html>, 18 luglio 2018.

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)*3. *Sistema sanzionatorio: restrizioni sostanziali alla pena capitale*3.1. *Premessa: la cd. capital o categorical proportionality doctrine*

Kennedy si insediò nel supremo collegio in una fase storica nella quale le pulsioni punitive nel discorso politico e nella società statunitense erano al loro apice¹²⁷. La legittimità costituzionale della pena capitale – dopo le alterne fortune delle campagne abolizionistiche degli anni settanta¹²⁸ – non era ormai in discussione; ciò anche in ragione del forte impatto culturale delle teorie originaliste-testualiste¹²⁹. Anzi, proprio in quegli anni era in atto un trend di ampia *deregulation* costituzionale nel *capital sentencing*, volto a restituire massima autonomia agli Stati¹³⁰, nel comminare ed eseguire condanne a morte. Non stupisce allora che, nei primi casi giudicati, Kennedy si sia schierato con la maggioranza conservatrice, nel rigettare i lamentati profili di contrasto con il principio di proporzionalità – insito nel

¹²⁷ Senza pretesa di esaustività, v. R.J. Smith-Z. Robinson, *Constitutional Liberty*, cit., p. 420 ss.; J.Q. Whitman, *Harsh Justice. Criminal Punishment and the Widening Divide between America and Europe*, New York, 2003; J. Bomhoff, *Beyond Proportionality: Thinking Comparatively about Constitutional Review and Punishment*, in Aa.Vv., V.C. Jackson-M. Tushnet (eds.), *Proportionality. New Frontiers, New Challenges*, Cambridge (UK), 2017, p. 148 ss.

¹²⁸ Il riferimento è alle celebri decisioni *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972) e *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976), v. C.S. Steiker-J.M. Steiker, *Courting Death*, cit., p. 38 ss.; E.J. Mandery, *A Wild Justice. The Death and Resurrection of Capital Punishment in America*, New York-London, 2013, *passim*; S. Banner, *The Death Penalty. An American History*, Cambridge-London, 2002, p. 231 ss.

¹²⁹ La pena capitale, come noto, è esplicitamente contemplata nel testo del *Bill of Rights*: alle *Due Process Clauses* degli emendamenti V e XIV (*no person shall be deprived of "life" without due process of law*) e alla cd. *Grand Jury Clause* del V Emendamento (*no person shall be held for a "capital crime" without a grand jury indictment*).

¹³⁰ C.S. Steiker-J.M. Steiker, *Courting Death*, cit., pp. 154-192; R. Weisberg, *Deregulating Death*, *Sup. Ct. Rev.*, 1983, pp. 305 ss.; J.P. Stevens, *Five Chiefs. A Supreme Court Memoir*, New York, 2011, p. 185-186, 216-217. Nella dottrina italiana v. L. Goisis, *La legittimità costituzionale della pena di morte nella giurisprudenza della Corte suprema americana*, in Aa.Vv., C.E. Paliero-F. Viganò-F. Basile-G.L. Gatta (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018, pp. 457 ss., 487 ss. in ptc.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

divieto di pene crudeli ed inusuali – della pena di morte comminata a soggetti “*mentally retarded*”¹³¹ ed a minorenni di età superiore a 16 anni¹³², per il reato di omicidio volontario aggravato. Il massimo organo giudiziario statunitense veniva allora richiesto di espandere la cd. *capital o categorical proportionality doctrine*, il sindacato sostanziale sulla proporzione della pena capitale, che era stato in precedenza applicato nei casi *Coker v. Georgia*¹³³, *Edmund v. Florida*¹³⁴ e *Thompson v. Oklahoma*¹³⁵. Tale tipologia di scrutinio trae origine e legittimazione dalla natura dinamico-evolutiva della *cruel and unusual punishment clause*, affermata per la prima volta in *Weems v. U.S.*¹³⁶, e consacrata nel noto precedente *Trop v. Dulles*¹³⁷ del 1958, nel quale la Corte censurò la sanzione della perdita dello *status* di cittadino per il reato di diserzione in tempo di guerra. Il *Chief Justice* Warren, nella *plurality opinion*, statuì che “le parole dell’Emendamento non sono precise...la loro portata non è statica...l’Emendamento deve trarre il suo significato dagli standard di decenza che segnano il progresso di una società in via di maturazione”, e che il fulcro della proibizione non è altro che la dignità umana, suscettibile di acquisire nuovi significati e contenuti di protezione tramite l’evoluzione della coscienza sociale del popolo statunitense.

Muovendo dalla grande *authority* di tale precedente, la Corte suprema ha gradualmente elaborato una complessa metodologia di analisi costituzionale di proporzionalità della pena di morte, affinata di caso in caso, il cui scopo è proprio quello di verificare le attitudini correnti nella società statunitense nei confronti della pena capitale, per

¹³¹ *Penry v. Lynaugh*, 492 U.S. 302 (1989)

¹³² *Stanford v. Kentucky*, 492 U.S. 361 (1989)

¹³³ 433 U.S. 584 (1977), nel quale si dichiarò illegittima la pena capitale per il reato di stupro di una donna adulta.

¹³⁴ 458 U.S. 782 (1982), ove essa fu invalidata con riferimento alla categoria dei soggetti che non avevano contribuito né materialmente né psicologicamente a cagionare la morte della vittima nel corso della commissione in concorso di un altro reato precedentemente concordato (cd. *felony murder doctrine*), su cui cfr.: J. Dressler, *Understanding Criminal Law*, cit., p. 517 ss.; G. Binder, *Criminal Law*, cit., p. 194 ss., 231-34.

¹³⁵ 487 U.S. 815 (1988), incostituzionalità della pena capitale nei confronti dei rei minori di anni 16 al *tempus commissi delicti*.

¹³⁶ 217 U.S. 349 (1910).

¹³⁷ 356 U.S. 86 (1958), v. J. Dressler, *Understanding Criminal Law*, cit., p. 56-59.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

poi valutare, attraverso il proprio “giudizio indipendente”, se la stessa sia costituzionalmente legittima. Tale *analytical framework*, detto *evolving standards of decency test*¹³⁸, fu applicato per giudicare la proporzionalità della pena di morte per la prima volta in *Coker v. Georgia*¹³⁹. Nella prima fase, si ricercarono gli *objective indicia of national consensus*, individuabili principalmente nelle legislazioni statali e nelle prassi sanzionatorie delle giurie, accertandosi che la pena capitale per il delitto di *rape* era sempre più in desuetudine, ormai confinata al solo Stato della Georgia. Ma era l'*independent judgment* della Corte¹⁴⁰ a ricoprire ruolo dirimente della questione, secondo le seguenti coordinate: “L'Ottavo Emendamento proibisce non soltanto quelle pene che sono barbare ma anche quelle che sono eccessive rispetto al reato commesso ... Una pena è da ritenersi eccessiva ed incostituzionale se essa: 1) non dà nessun apprezzabile contributo al perseguimento di alcuna delle finalità della pena accettabili e dunque non è niente altro che un'inflizione di sofferenza e dolore inutile e senza scopo; 2) è manifestamente sproporzionata rispetto alla gravità del delitto”.

Come si può evincere, il giudizio morale indipendente dei *Justices* assume peso preminente, articolandosi tramite complesse valutazioni di natura politico-penologica, relative al perseguimento delle legittime finalità dell'estrema sanzione (deterrenza e retribuzione), in rapporto alla gravità oggettiva e soggettiva del reato o della categoria di rei sottoposti a giudizio. Di qui le costanti accuse di soggettivismo giudiziale e intrinseca antidemocraticità da parte dei giudici originalisti-testualisti a siffatto *constitutional reasoning*.

¹³⁸ Cfr. M.C. Matusiak-M.S. Vaughn-R.V. del Carmen, *The Progression of “Evolving Standards of Decency” in U.S. Supreme Court Decisions*, in *Crim. J. Rev.*, 2014, p. 253 ss.; T. Jacobi-R. Berlin, *Supreme Irrelevance: The Court’s Abdication in Criminal Procedure Jurisprudence*, in *U.C. Davis L. Rev.*, 2018, p. 2033 ss., in ptc. 2098 ss.

¹³⁹ In tal senso v. M.J. Radin, *The Jurisprudence of Death: Evolving Standards for the Cruel and Unusual Punishments Clause*, in *U. Pa. L. Rev.*, 1978, p. 989 ss., 990 e *ivi* alla nt. 7.

¹⁴⁰ Cfr. *Coker v. Georgia*: “These recent events evidencing the attitude of state legislatures and sentencing juries do not wholly determine this controversy, for the Constitution contemplates that in the end our own judgment will be brought to bear on the question of the acceptability of the death penalty under the Eighth Amendment”.

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)**3.2. Il ruolo essenziale di Kennedy nell'espansione della cd. capital o categorical proportionality doctrine*

Tornando al ruolo del giudice Kennedy, pochi, all'indomani delle due sentenze del 1989, avrebbero ipotizzato una rivitalizzazione della *capital proportionality doctrine*, che si è tuttavia manifestata in maniera significativa e inaspettata, a partire dal caso *Atkins v. Virginia* nel 2002.

L'*opinion of the Court*, redatta da John Paul Stevens e supportata dal decisivo voto di Kennedy, accertò la violazione del principio di proporzione della pena capitale prevista per i soggetti mentalmente disabili o con significativi deficit cognitivi (come, ad esempio, un quoziente intellettivo inferiore alla soglia di 70 punti). Gli *objective indicia of national consensus* mostravano che numerosi Stati dell'Unione avevano abrogato la *death penalty* per i *mentally retarded*, mentre nessun legislatore aveva operato nella direzione opposta, reintroducendola. Inoltre, anche laddove l'estrema sanzione era disponibile *on the books*, essa veniva irrogata molto di rado, manifestandosi così un evidente sfavore delle giurie, espressione della comunità, verso tale pratica sanzionatoria.

La Corte, attraverso una svolta metodologica in direzione contenutistico-funzionale¹⁴¹, chiarì che nella prima fase della verifica, incentrata sulle tendenze negli Stati, non rilevano tanto i “nudi numeri”, le mere statistiche, ossia quanti Stati avessero abrogato la pena di morte, quanto la “*consistency of the direction of change*”, la coerenza della direzione del cambiamento. Oltre al fatto che in 21 dei 31 *death penalty states* l'estrema sanzione fosse ormai illegittima nei confronti dei soggetti *intellectually disabled*, le più recenti tendenze di riforma assumevano un significato decisivo nell'analisi funzionalistica della Corte, per rivelare gli *standards* della società¹⁴².

Accertata tale evoluzione nella coscienza sociale, la Corte ebbe buon gioco ad applicare la seconda componente della sua analisi, costituita dal cd. *independent judgment*. La minore colpevolezza e riprovevolezza, rispetto ad un ipotizzabile “*reo medio*”, rendeva l'esecuzione capitale di criminali affetti da ritardo mentale inidonea a

¹⁴¹ R.J. Smith-Z. Robinson, *Constitutional Liberty*, cit., p. 129 ss.; C.S. Steiker-J.M. Steiker, *Courting Death*, cit., p. 276 ss.

¹⁴² *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304, 315-316

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

contribuire in alcun modo significativo al perseguimento delle finalità retributive o di deterrenza della pena capitale, e pertanto incostituzionalmente eccessiva. Si collocò, infine, la tendenza espressa nella legislazione degli Stati in “*a much broader social and professional consensus*”, evidenziando come i leader spirituali di diverse importanti fedi religiose e la “*world community*”, ed in particolare l’Unione Europea, avessero da tempo ripudiato questa pratica sanzionatoria.

L’*holding* di *Atkins* ha rappresentato soltanto l’inizio di una *line of cases* di proibizioni categoriche per sproporzione della pena di morte, che ha visto Kennedy protagonista e “al comando” del collegio¹⁴⁵. Di poco successiva, infatti, la celebre decisione *Roper v. Simmons*, nella quale si censurò l’applicabilità della *death penalty* nei confronti dei soggetti minorenni al *tempus commissi delicti*. L’estensore Kennedy, tramite l’utilizzazione della stessa metodologia di *Atkins*, appurò che al momento del giudizio 20 Stati comminavano *on the books* l’estrema sanzione ai minori di 18 anni. Analizzando le *sentencing practices* di tali giurisdizioni, si accertava che dal 1989 soltanto sei Stati avevano eseguito condanne a morte, e dal 1994 soltanto tre: la “direzione del cambiamento” era univocamente verso l’abolizione. Veniva valorizzato l’argomento della *geographic isolation*, e della conseguente arbitrarietà dell’irrogazione ed esecuzione, parametrata su uno standard costituzionale nazionale, tale da rientrare nella nozione costituzionale di *unusual*.

La *majority opinion* conduce il suo “giudizio indipendente” tramite ampi riferimenti alle scienze di settore, ed in particolare alle neuroscienze, rimarcando la differenza biologica tra lo sviluppo neurologico dei minorenni e quello degli adulti: i primi debbono ritenersi meno maturi, e dunque più vulnerabili alle pressioni esterne, nonché meno capaci di rendersi conto delle conseguenze delle proprie azioni. Inoltre, la loro personalità in corso di formazione è inconciliabile con la “*finality*” che caratterizza la pena capitale. Tale differenza nell’imputabilità incide sulla colpevolezza e rimproverabilità soggettiva, vanificando ogni possibile perseguimento delle finalità di deterrenza e

¹⁴⁵ R.J. Smith-Z. Robinson, *Constitutional Liberty*, cit., p. 141 ss.; L.E. Carter, *The Evolution of Justice Kennedy’s Eighth Amendment Jurisprudence on Categorical Bars in Capital Cases*, in *McGeorge L. Rev.*, 2012, p. 229 ss.; F.J. Colucci, *Justice Kennedy’s Jurisprudence*, cit., p. 28-31, 172-74; H.J. Knowles, *The Tie Goes to Freedom*, cit., p. 37-38.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

retribuzione, proprie della pena capitale, che dev'essere pertanto ritenuta illegittima per sproporzione. Ulteriore supporto al risultato dell'analisi costituzionale si rinviene nell'*international opinion*: benché essa non determini l'interpretazione dell'VIII Emendamento – afferma Kennedy – “fornisce una conferma autorevole e significativa delle nostre conclusioni”. Con quello che può considerarsi un impegno generale alla metodologia comparata nella *constitutional interpretation*, Kennedy conclude così l'*opinion*: “Non diminuisce la nostra fedeltà alla Costituzione o il nostro orgoglio per le sue origini riconoscere che l'espressa affermazione di determinati diritti fondamentali da parte di altre nazioni e popolazioni semplicemente mette in rilievo la centralità di quegli stessi valori all'interno del nostro patrimonio di libertà”¹⁴⁴.

Senza approfondire qui l'impatto diffuso del *constitutional comparativism* nella giurisprudenza di Kennedy (cfr. sul punto: *infra* §§ 8, 8.1., 8.2., 8.3., 8.4.) – e il forte contrasto tra la sua visione e quella degli altri conservatori – occorre sottolineare la rilevanza della decisione in *Roper*. Tramite la lettura congiunta di una molteplicità di indici, si rivitalizza appieno la dottrina degli *evolving standards of decency*, ponendo fine ad una barbarie che vedeva la democrazia statunitense isolata nello scenario globale. La sentenza elabora – in continuità con *Atkins* – una nozione sostanziale-funzionalistica del divieto di pene crudeli ed inusuali e del correlato principio di proporzione, fondato su una visione dinamica dei precetti costituzionali, non diversamente dall'applicazione della *due process clause* in *Lawrence*¹⁴⁵. Un'impostazione ermeneutica che, se da un lato consente di pervenire a risultati apprezzabili sul piano assiologico, dall'altro presta il fianco a critiche, soprattutto in punto di soggettivismo giudiziale e manipolazione dei dati a disposizione allo scopo di sostituire i valori delle *elites* giudiziarie internazionali a quelli espressi tramite il processo democratico. E sembra – come sostiene il

¹⁴⁴ In tema v., più a fondo, *infra* §§ 8.1., 8.2., 8.3., 8.4.; S.C. McCafrey, *There's a Whole World Out There*, cit., p. 201 ss.

¹⁴⁵ R.J. Smith-Z. Robinson, *Constitutional Liberty*, cit., p. 146-159, rilevano il significativo nesso tra le due *doctrines*.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

giudice Rehnquist – una “*post-hoc rationalization*” delle preferenze politico-penologiche dei giudici supremi¹⁴⁶.

Nonostante tali critiche, lo sviluppo della *categorical proportionality review* non si è fermato dopo *Roper v. Simmons*, ma anzi ha trovato nuova linfa, sempre grazie alla penna di Kennedy, nella successiva decisione *Kennedy v. Louisiana*. Oggetto del sindacato era la disposizione normativa della Louisiana che puniva con l'estrema sanzione la violenza sessuale su un bambino minore di 12 anni¹⁴⁷. Oltre alla Louisiana, solamente altri cinque Stati dell'Unione prevedevano tale pena per il delitto in questione. Le evidenze oggettive su scala nazionale indicavano che l'unica giurisdizione statale ad avere condannato (peraltro solo in due occasioni) alla pena capitale per il reato di stupro di un bambino minore di 12 anni dopo il 1976 era la stessa Louisiana; inoltre, non vi erano state esecuzioni capitali in tutta la nazione per reati diversi dall'omicidio volontario fin dal 1963. Benché l'*objective indicia analysis* si mostrasse, sul piano numerico, tutto sommato agevole, la *majority opinion* procede nondimeno ad includere ulteriori elementi nel test di costituzionalità, tali da dare forma ad un *holding* molto più ampio di quanto necessario a decidere la controversia *sub iudice*¹⁴⁸. Il primo profilo di interesse attiene all'enfasi posta dalla Corte in *Kennedy* sulla fase del “giudizio indipendente” della Corte, ad alto rischio di antidemocraticità, che assume molta più rilevanza rispetto all'analisi delle evidenze oggettive, per come era stata declinata in *Coker*¹⁴⁹. *Justice* Kennedy, infatti, argomenta che la Corte deve “essere guidata dagli standard della società, come espressi nei provvedimenti normativi e nelle pratiche statali riguardanti le esecuzioni. L'analisi non termina qui, tuttavia. Il consenso non è dirimente. Il fatto che la pena di morte sia sproporzionata rispetto al delitto commesso dipende anche dagli standard elaborati nei precedenti vincolanti e dalla visione e interpretazione della stessa Corte

¹⁴⁶ Cfr. M.C. Matusiak-M.S. Vaughn-R.V. del Carmen, *The Progression of “Evolving Standards of Decency”*, cit., p. 267, i quali richiamano l'obiezione avanzata dal Presidente Rehnquist nel suo dissenso in *Atkins v. Virginia*.

¹⁴⁷ La. Stat. Ann. § 14: 42.

¹⁴⁸ Approfondisce in chiave critica tali mutamenti nella *constitutional analysis*: M.G. Leary, *Kennedy v. Louisiana. A Chapter of Subtle Changes in the Supreme Court's Book on the Death Penalty*, in *Fed. Sentencing Report.*, 2008, p. 98 ss.

¹⁴⁹ M.G. Leary, *Kennedy v. Louisiana*, cit., p. 103-104.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

del testo, della storia, del significato e dello scopo dell'Ottavo Emendamento”¹⁵⁰. Alla spiccata enfasi sul momento del *moral judgment*, si uniscono poi ulteriori considerazioni di grande rilievo sulla direzione complessiva della dottrina degli *evolving standards of decency*¹⁵¹. La decisione – oltre ad avere sollevato numerose polemiche nell'arena politica¹⁵² – riveste grande importanza nella misura in cui attesta il consolidamento di una *judicial doctrine* che, come si è osservato¹⁵³, specialmente in forza della sua ampiezza ed idoneità a ricomprendere una molteplicità di fattori e indici, ha costituito il più credibile “progetto costituzionale per l'abolizione in via giudiziale della pena di morte” (“*a blueprint for constitutional abolition*”) degli ultimi anni. Abbandonato il cd. *super due process of death*, ovvero la pretesa di regolamentare capillarmente la disciplina processuale del *capital sentencing*, attraverso una limitazione per via legislativa della discrezionalità delle giurie, tramite definizione normativa di *aggravating circumstances* – posta peraltro in crisi dalla contrapposta dottrina dell'individualizzazione successivamente sviluppatasi¹⁵⁴ – è tutto sommato comprensibile che le più grandi aspettative abolizioniste siano state riposte sulla ben più viva dottrina sostanziale della *categorical proportionality*.

¹⁵⁰ *Kennedy*, 128 S. Ct. at 2650.

¹⁵¹ La dottrina si sviluppa unidirezionalmente verso il restringimento dell'applicabilità dell'estrema sanzione, e ciò a prescindere dalla volontà del popolo statunitense, così come espresso nelle normative statali e federali (*objective indicia of national consensus*). M.G. Leary, *Kennedy v. Louisiana*, cit., p. 101-102; C.S. Steiker-J.M. Steiker, *Courting Death*, cit., p. 270-271.

¹⁵² In coincidenza con la campagna elettorale per le elezioni presidenziali del 2008 tra Obama e McCain, cfr. J. Toobin, *The Oath*, cit., p. 42-43.

¹⁵³ C.S. Steiker-J.M. Steiker, *Courting Death*, cit., p. 271.

¹⁵⁴ La cd. *individualized capital sentencing doctrine*, si è sviluppata nella giurisprudenza della Corte suprema all'indomani dell'invalidazione dei cd. *mandatory death penalty statutes* emessi da diversi Stati, che, in risposta alle censure di *Furman* all'arbitrio dell'eccesso di discrezionalità “svincolata” dalla legge, avevano risposto con la previsione della pena capitale come pena “fissa” al ricorrere di determinate circostanze aggravanti: cfr. la *line of cases* *Woodson v. North Carolina*, 428 U.S. 280 (1976); *Lockett v. Ohio*, 438 U.S. 586 (1978); *Eddings v. Oklahoma*, 445 U.S. 104 (1982); *Hitchcock v. Duggers*, 481 U.S. 393 (1987); *Sumner v. Shuman*, 483 U.S. 66 (1987). In dottrina, v. C.S. Steiker-J.M. Steiker, *Courting Death*, cit., pp. 165, 167-68; R.J. Smith-Z. Robinson, *Constitutional Liberty*, cit., p. 129-131, 137-138.

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)*3.3. *Le prospettive attuali della cd. capital o categorical proportionality doctrine*

La possibile espansione di tale interpretazione è però attualmente ostacolata dalla composizione del collegio. Tutti i giudici di nomina repubblicana¹⁵⁵ – e Kavanaugh, riteniamo, non farà eccezione – considerano l'*evolving standards of decency test* una forma di illegittimo attivismo giudiziale progressista, privo di basi testuali e storiche, ed hanno dissentito con regolarità nei casi sopracitati di “proporzionalità categorica”. Ci si può domandare, all’opposto, se detti *precedents* siano al sicuro, a fronte di possibili nuovi interventi legislativi statali caratterizzati da maggiore severità rispetto ai limiti attualmente stabiliti dalla Corte (si pensi all’ipotetica reintroduzione della pena capitale per violenze sessuali su bambini minori di 12 anni). Una Corte conservatrice “attivista” potrebbe finanche spingersi a ridiscutere precedenti così recenti e relativamente consolidati. Allo stato, dunque, il movimento per l’abolizione della pena di morte può di certo trovare maggiore successo con iniziative a livello statale o locale, per via legislativa o giudiziale¹⁵⁶, o *lato sensu* politica, tramite l’elezione di *prosecutors* non inclini a scegliere di perseguire l’estrema sanzione¹⁵⁷, ovvero a livello esecutivo, come recentemente avvenuto con la discussa moratoria delle esecuzioni in California, proclamata dal Governatore

¹⁵⁵ Il solo giudice di nomina repubblicana ad avere espresso una qualche forma di supporto ad interpretazioni dell’VIII Emendamento che impongano un limite di proporzione alle pene criminali è il Presidente Roberts, nella sua opinione concorrente in *Graham v. Florida*.

¹⁵⁶ La Suprema Corte dello Stato di Washington, ad esempio, ha dichiarato la pena capitale incostituzionale per violazione della Carta fondamentale statale nella sentenza dell’11 ottobre 2018 *State of Washington v. Allen Eugene Gregory*, Supreme Court Case Number 88086-7, censurandone la prassi applicativa viziata da discriminazione razziale ed arbitrarietà. Lo Stato di Washington diviene così il ventesimo Stato abolizionista. Cfr. per ulteriori statistiche e tendenze sull’applicazione della pena di morte nel 2018: *The Death Penalty in 2018: Year End Report*, all’URL <https://deathpenaltyinfo.org/documents/2018YrEnd.pdf>. Nella dottrina italiana, cfr. l’acuta analisi di P. Passaglia, *L’abolizione della pena di morte per via giudiziaria ed il paradosso statunitense*, in *DPCE*, 2016, 4, p. 849 ss.

¹⁵⁷ Sul ruolo fondamentale che svolgono i *district attorneys* di Contea e gli uffici dei *capital defense lawyers* per accelerare il processo di inesorabile declino dell’uso dell’estrema sanzione, v. B.L. Garrett, *End of Its Rope: How Killing the Death Penalty Can Revive the Criminal Justice*, Cambridge (Ma), 2017.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

Newsom¹⁵⁸. E' agevole capire, dunque, le gravi conseguenze del pensionamento di Kennedy in questo ambito.

Si noti infine che lo stesso Kennedy – supportato dai giudici progressisti – in una decisione del 2010, aveva esteso la *categorical proportionality doctrine* anche alle sanzioni detentive di durata estrema (ergastoli senza possibilità di libertà condizionale), seppur soltanto per i minori di anni 18 (*juveniles*), dando la stura ad una successiva pronuncia del 2012. Con riguardo alle prospettive di rafforzamento delle garanzie costituzionali in materia di dosimetria delle pene carcerarie che tali decisioni sembravano schiudere anche al di fuori del settore dei *juvenile offenders* – affrontate *infra* – il *retirement* di Kennedy, come si vedrà, fa segnare una brusca battuta di arresto.

3.4. Capital sentencing procedure

Se l'irrobustimento della *capital proportionality doctrine* sostanziale è da considerarsi il contributo più significativo di Kennedy nella *jurisprudence* costituzionale sulla pena di morte, anche i suoi orientamenti sul versante *stricto sensu* processuale, di cd. *capital sentencing procedure*, meritano una disamina. Le traiettorie in questa materia si mostrano invero più oscillanti, non sempre orientate all'espansione delle garanzie del reo. Come si è rilevato, Kennedy, in sintonia con gli altri membri del collegio di nomina repubblicana, ha

¹⁵⁸ E' un provvedimento particolarmente significativo, trattandosi dello Stato con il *death row* più numeroso a livello nazionale (737 detenuti), ma che ha effettuato soltanto 13 esecuzioni dalla reintroduzione nel 1978, e nessuna dal 2006. La moratoria californiana si va ad aggiungere a quelle in Colorado, Washington, Oregon e Pennsylvania. Cfr. *California Governor Announces Moratorium on Executions*, all'URL <https://deathpenaltyinfo.org/node/7345>, 13 marzo 2019; N. Heller, *Gavin Newsom and the New Politics of the Death Penalty*, all'URL https://www.newyorker.com/news/daily-comment/gavin-newsom-and-the-new-politics-of-the-death-penalty?utm_campaign=aud-dev&utm_source=nl&utm_brand=tny&utm_mailing=TNY_Daily_031619&utm_medium=email&bxid=5bea03ac3f92a404693df8c0&user_id=45128951&esrc=&utm_term=TNY_Daily, 15 marzo 2019; C.S. Steiker-J.M. Steiker, *Will the U.S. Finally End the Death Penalty?*, all'URL <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2019/03/gavin-newsoms-death-penalty-moratorium-may-stick/584977/>, 15 marzo 2019, ipotizzano autorevolmente che la moratoria proclamata da Newsom possa stimolare futuri interventi abolizionisti per via giudiziaria o legislativa.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

stabilmente interpretato in maniera restrittiva i presupposti di accesso all'*habeas corpus review* federale per i condannati a morte nelle giurisdizioni statali¹⁵⁹. Tale criticabile (e ormai consolidata) tendenza priva di una protezione costituzionale fondamentale gli imputati, che soltanto le corti federali possono offrire, in ragione delle loro caratteristiche istituzionali-strutturali, affatto diverse da quelle delle magistrature statali¹⁶⁰. La limitazione dell'accesso all'*habeas corpus* efficacemente perseguita dal Congresso, e convalidata dalle maggioranze conservatrici della Corte, si fonda sull'inaccettabile preminenza accordata, nel bilanciamento di interessi, a ragioni di speditezza processuale (alla certezza e alla definitività degli accertamenti e delle condanne), rispetto alla tutela dei diritti fondamentali individuali. Un settore nel quale tale tensione emerge chiaramente è quello degli strumenti processuali a disposizione del condannato in via definitiva che intenda avanzare nuove prove fattuali a supporto della propria innocenza. In tale ambito Kennedy si è schierato per negare al *capital defendant* il diritto ad una nuova udienza finalizzata a valutare le prove potenzialmente tali da dimostrare la sua innocenza¹⁶¹.

Anche in altri contesti, come quello dei cd. *Methods of execution*, ed in particolare dei protocolli farmacologici per l'esecuzione tramite iniezione letale, oggetto di diversi ricorsi e tuttora al centro di numerose e fondate critiche, Kennedy ha sempre votato per confermarne la legittimità.

Più sfumate le sue posizioni in punto di cd. *Individualized capital sentencing doctrine*. Com'è noto, dopo che venne confermato il modello della "*guided discretion*" in *Gregg v. Georgia*, ripudiata la pena di morte come "pena fissa" (*mandatory*), e sancita l'applicabilità dell'estrema sanzione solo previo accertamento da parte di una giuria

¹⁵⁹ Per una più approfondita trattazione del tema sia permesso rinviare a P. Insolera, *Da Scalia a Gorsuch: giudici "originalisti"*, cit., p. 150-155 e riferimenti normativi, giurisprudenziali e bibliografici ivi richiamati.

¹⁶⁰ Sul punto v. A.R. Amar, *Law Story*, in *Harv. L. Rev.*, 1989, p. 688 ss., 703, 707, ove si fa notare "la chiara mancanza di fungibilità tra corti statali e corti federali; le profonde differenze nei metodi di selezione, nel mandato, e nella mentalità istituzionale" e "il ruolo strutturale unico delle corti federali nel proteggere gli individui nei confronti delle istituzioni governative".

¹⁶¹ *Herrera v. Collins*, 506 U.S. 390 (1993)

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

di specifiche circostanze aggravanti legislativamente previste, nel *case law* della Corte fu elaborata la dottrina dell'individualizzazione, fondata sulla necessità che ogni profilo personologico relativo al reo dovesse essere portato all'attenzione della giuria quale *mitigating circumstance*, circostanza attenuante, potenzialmente idonea, se accertata, a far risparmiare la sua vita. Il progetto dell'individualizzazione – in intrinseco contrasto con l'istanza di razionalità, coerenza e pari trattamento alla base del modello a “discrezionalità vincolata” adottato in *Gregg v. Georgia* – è stato portato avanti con alterne fortune. Si sono discussi a più riprese portata e limiti di tale requisito, costituzionalmente imposto a tutela della dignità della persona (solo nel settore della pena capitale, si badi, non per le pene carcerarie). Kennedy, in un primo momento, si è schierato a supporto di una lettura restrittiva dell'*individualized sentencing doctrine*, giudicando conformi all'VIII Emendamento le procedure previste dalla normativa del Texas – lo Stato storicamente più attivo per condanne ed esecuzioni – nella parte in cui prevedevano che soltanto determinati fattori attenuanti potessero venire presi in considerazione dalla giuria, limitando così il pieno dispiegarsi del “giudizio morale ragionato” sul versante della *mercy*, della grazia, tramite cui i giurati possono prendere in considerazione profili personologici del reo tali da attenuarne la colpevolezza morale, rendendolo pertanto non meritevole dell'estrema sanzione¹⁶².

Successivamente – in non casuale coincidenza con la virata complessiva in direzione progressista anche in materia di limitazioni di natura sostanziale alla *death penalty* – il giudice di Sacramento ha propugnato una lettura ben più ampia del requisito dell'individualizzazione nel *capital context*, giudicando costituzionalmente illegittime le previsioni normative statali che limitavano in qualsiasi modo le circostanze attenuanti potenzialmente rilevabili dalla giuria in fase di commisurazione della pena capitale per risparmiare la vita dell'imputato¹⁶³. Le posizioni di Kennedy sul punto sono importanti soprattutto perché senza di esse (e quelle di altri giudici conservatori moderati, come O'Connor) era probabile che

¹⁶² Nel caso *Johnson v. Texas*, 509 U.S. 350 (1993), cfr. C.S. Steiker-J. Steiker, *Justice Kennedy: He swung left on the death penalty*, cit.

¹⁶³ Nella decisione *Abdul-Kabir v. Quarterman*, 127 S. Ct. 1654 (2007)

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

l'intera dottrina dell'individualizzazione sarebbe stata eliminata da una Corte, dominata da conservatori radicali (Rehnquist, Scalia, Thomas, Alito), preoccupata soprattutto di eliminare quanti più ostacoli possibile all'efficienza della "machinery of death" degli Stati sovrani¹⁶⁴. Poco importa che tali ostacoli fossero costituiti dalla mera pretesa che prima di mettere un essere umano a morte dovesse quanto meno verificarsi che la sua condotta criminosa non fosse stata determinata, come spesso accade, in tutto o in parte, da una vita di sofferenza, costellata di violenze, abusi o dipendenze.

Nel valutare globalmente la *jurisprudence* di Kennedy sulle regole procedurali che presiedono alla comminazione dell'estrema sanzione, non può peraltro sottacersi che alcuni suoi voti hanno consentito una espansione ingiustificata del potere statale di punire con la morte¹⁶⁵. Insomma, uno scenario contraddistinto da luci ed ombre, che però – lo anticipiamo – non sarà di certo rischiarato per effetto della sostituzione con Kavanaugh.

4. *Evoluzioni in materia di proporzionalità della pena detentiva (cd. non capital proportionality doctrine): da Harmelin v. Michigan a Graham v. Florida*

4.1. *Premessa: la cd. non capital proportionality doctrine*

L'ambito del controllo di costituzionalità sulla misura delle pene detentive merita una trattazione separata, poiché esso ha tradizionalmente seguito un binario distinto rispetto al controllo sulla

¹⁶⁴ In tal senso: C.S. Steiker-J. Steiker, *Justice Kennedy: He swung left on the death penalty*, cit.

¹⁶⁵ Cfr. le decisioni *Payne v. Tennessee*, cit., e *Kansas v. Marsh*, cit. Il caso *Payne v. Tennessee*, in particolare, rivestì grande "significato politico", consacrando di fatto la vittoria del cd. *Victim Rights Movement*, componente fondamentale della "svolta" punitivistica statunitense, con l'*overruling* di due recenti precedenti che, peraltro in conformità alla consolidata giurisprudenza, avevano limitato il ruolo della vittima nella fase sanzionatoria capitale, cfr. *Booth v. Maryland*, 482 U.S. 496 (1987) e *South Carolina v. Gathers*, 490 U.S. 805 (1989). Sia consentito il rinvio in proposito a P. Insolera, *Da Scalia a Gorsuch: giudici "originalisti"*, cit., p. 160-66.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

proporzione della pena capitale¹⁶⁶. Prima di esaminare il contributo di *Justice Kennedy*, occorre tratteggiare lo “*state of the law*” quando fu confermato quale giudice associato (1988). La Corte suprema, nel sindacare le cd. *non capital sentences*, non ha seguito un approccio “categorico”, connesso alla legittimità di una tipologia di pena rispetto ad una classe di reati o ad una categoria di rei, concentrandosi piuttosto sulle singole pene irrogate con un metodo *case by case* e *as applied to the case*¹⁶⁷, finendo per depotenziare fortemente la portata della garanzia proporzionalistica desunta dall’VIII Emendamento. Come si è sostenuto in altre occasioni¹⁶⁸, infatti, il principio costituzionale di proporzionalità della pena, oltre a godere di solido supporto storico nella tradizione plurisecolare di *common law*¹⁶⁹, affonda le sue origini, a livello di giurisprudenza costituzionale statunitense, nel *seminal case* *Weems v U.S.*¹⁷⁰. Allora si inaugurò l’interpretazione dinamico-evolutiva (anti-originalista/testualista) della clausola, poi riaffermata con forza, in chiave di limite alla penalizzazione ed alla punibilità, dalla Corte Warren in *Trop v. Dulles* e *Robinson v. California*.

¹⁶⁶ Criticamente v. per tutti R.E. Barkow, *The Court of Life and Death: the Two Tracks of Constitutional Sentencing Law and the Case for Uniformity*, in *N.Y.U. Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, n. 08-28, p. 1 ss.

¹⁶⁷ Per approfondimenti sulla differenza tra cd. *as applied challenges* e cd. *facial challenges*, v. M.C. Dorf- T.W. Morrison, *The Oxford Introductions to U.S.*, cit., p. 31 ss.; R. Pilon, *Facial v. As-Applied Challenge: Does It Matter ?*, in *Cato Supreme Court Review*, 2009, in www.cato.org, p. 1 ss., p. 7-17.

¹⁶⁸ Cfr., se si vuole, P. Insolera, *La proporzionalità della pena detentiva nella giurisprudenza costituzionale statunitense. Condivisibile judicial restraint o inaccettabile judicial abdication ?*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2017, 1, p. 182 ss.; P. Insolera, *Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti”*, cit., p. 166-175.

¹⁶⁹ A.F. Granucci, *Nor Cruel and Unusual Punishment Inflicted: The Original Meaning*, in *Cal. L. Rev.*, 1969, p. 839 ss.; E.T. Sullivan-R.S. Frase, *Proportionality Principles in American Law. Controlling Excessive Government Actions*, New York, 2009, p. 115 ss.; E. Chemerinsky, *The Constitution and Punishment*, in *Stan. L. Rev.*, 2004, p. 1049 ss.; N. Gertner, *On Competence, Legitimacy and Proportionality*, in *U. Pa. L. Rev.*, 2012, p. 1585 ss.; V.C. Jackson, *Constitutional Law*, cit., p. 3104-105, 3184-188, 3194; D. Van Zyl Smit-A. Ashworth, *Disproportionate Sentences*, cit., p. 551 ss.; K. Greenawalt, *Interpreting the Constitution*, cit., p. 123 ss.; J. Dressler, *Criminal Law*, cit., p. 55 ss.; G. Binder, *Criminal Law*, cit., p. 84 ss.; A. Ristroph, *Proportionality as a Principle*, cit., p. 263 ss.

¹⁷⁰ Cfr. M. Raymond, “*No Fellow in American Legislation*”: *Weems v. United States and the Doctrine of Proportionality*, in *Vt. L. Rev.*, 2006, p. 251 ss.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

Il pieno sviluppo del principio di proporzione, quale limite specifico alla comminatoria edittale di pene detentive in sede legislativa, è frutto invece di approdi più recenti, risalenti all'epoca della più conservatrice Corte Burger (1969-1986). In uno scenario già comprensivo dei precedenti *Weems*, *Trop* e *Robinson* e dell'applicazione del *proportionality principle* nel *capital case Coker v. Georgia*, il collegio affrontò per la prima volta un *constitutional challenge* all'ammontare di una sanzione detentiva nel caso *Rummel v. Estelle*¹⁷¹. Oggetto di controllo era un *recidivist statute* del Texas, in forza del quale si irrogò la condanna all'ergastolo, con possibilità di *parole* dopo 12 anni, ad un soggetto plurirecidivo, esclusivamente per lievi reati contro il patrimonio.

La *majority opinion*, estesa dal futuro giudice capo Rehnquist, delineò in maniera restrittiva i contorni del principio di proporzionalità. Si enfatizzò il pericolo che un controllo penetrante da parte della magistratura federale sulle scelte sanzionatorie dei legislatori statali si ponesse in contrasto con fondamentali principi di struttura ordinamentale (separazione dei poteri e federalismo). Si differenziarono inoltre con nettezza i *proportionality cases* riguardanti l'estrema sanzione (argomento del cd. "*death is different*"), sottolineando che in tale ambito la differenza qualitativa della sanzione consente alle corti di avere uno standard adeguato di natura oggettiva per giudicare l'eccessività della pena rispetto al disvalore del reato, mentre nel settore dei *prison terms* tali criteri non esistono (problema del cd. *line drawing*: dell'incommensurabilità reato-sanzione rispetto al *continuum* dell'unità di misura del tempo). Il giudizio di proporzione finisce dunque inevitabilmente per sovrapporsi a quello espresso dagli organi di rappresentanza politica, risolvendosi nell'imposizione dei valori soggettivi in punto di *sentencing theories* dei giudici supremi, soggetti privi di investitura popolare, su quelli espressi dai Parlamenti degli Stati. Occorre dunque esercitare la massima *deference* nei confronti delle opzioni legislative: la carcerazione a vita comminata ad un soggetto che si è dimostrato assolutamente incapace di conformarsi alle norme di civile convivenza riflette una legittima valutazione legislativa, fondata su istanze di prevenzione generale negativa e

¹⁷¹ 445 U.S. 263 (1980). Cfr., volendo, P. Insolera, *La proporzionalità della pena detentiva*, cit., p. 191-194.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

neutralizzazione del pericolo di recidiva (*deterrence e incapacitation*), che non compete alla Corte porre in discussione. Ciò non equivale però – si proseguì – a negare in radice l’esistenza di un presidio di garanzia costituzionale a fronte di abusi estremi della discrezionalità politica: il principio di proporzione potrebbe intervenire unicamente in ipotesi rarissime, esemplificate nell’esempio assurdo della nota a piè di pagina n. 11 alla sentenza, qualora un legislatore rendesse punibile il divieto di sosta con l’ergastolo. Casi-limite, che, come si illustra nell’*opinion*, sono tali da “sconvolgere la coscienza”. La *reductio ad absurdum* della maggioranza confina dunque l’operatività del principio a situazioni surreali, da apprezzare attraverso un test di natura soggettiva (*shock of the conscience*), senza articolare un *analytical framework*, una metodologia di verifica della costituzionalità strutturata, ancorata a parametri oggettivi – utilizzabile dalle corti inferiori – in grado di riscontrare e, se del caso, censurare gli eccessi punitivi legislativi. Un approdo criticabile, che sacrifica completamente nel bilanciamento la colpevolezza e la dignità dell’individuo, a tutto vantaggio dell’interesse statale alla prevenzione generale ed alla neutralizzazione. Lasciare incontrollato l’esercizio di discrezionalità legislativa contrasta con i *core values* dell’VIII Emendamento, enucleati nei precedenti soprarichiamati, intimamente connessi a valori personalistici (*personhood, human dignity, culpability-desert*).

Dopo avere in un primo momento confermato l’*holding* di *Rummel*¹⁷², la Corte invertì rotta quattro anni più tardi, nel caso *Solem v. Helm*¹⁷³. Nel sindacare una previsione normativa di un *habitual offenders statute* del South Dakota, ed in presenza di fatti non dissimili da quelli giudicati in *Rummel*, venne invalidata una condanna all’ergastolo senza possibilità di libertà condizionale, inflitta ad un reo autore di sette delitti, nessuno dei quali implicante violenza contro la persona. Facendo leva sull’esegesi testuale della clausola, sull’analisi storica della tradizione di *common law* e dei *precedents*, il giudice conservatore moderato Powell, nell’opinione della Corte, sostenne che non avrebbe avuto senso sindacare la proporzionalità della pena capitale e delle pene pecuniarie, ma rendere immuni le sole pene

¹⁷² *Hutto v. Davis*, 454 U.S. 370 (1982)

¹⁷³ *Solem v. Helm*, 463 U.S. 227 (1983). Per un approfondimento, sia permesso il rinvio a P. Insolera, *La proporzionalità della pena detentiva*, cit., p. 194-197.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

carcerarie. Si individuarono alcuni criteri, quanto più possibile di natura oggettiva, per raffrontare delitti e trattamenti sanzionatori (*harm e culpability* su tutti), all'interno del sistema statale e su scala nazionale, senza invadere le prerogative del potere legislativo, coniato un *balancing test* costituzionale comparativo ad uso delle corti inferiori¹⁷⁴. L'*holding* di *Rummel* non fu espressamente *overruled*, ma tramite *distinguishing* si rilevò che in quel caso vi era la possibilità per il reo di essere rilasciato *on parole* dopo 12 anni, del tutto assente in *Solem*.

4.2. *La Jurisprudence di Kennedy in materia di pene detentive: l'avallo dell'escalation punitiva in Harmelin v. Michigan e Ewing v. California*

Questo, in estrema sintesi, l'intricato "state of the law" al momento dell'insediamento di Kennedy: un *non capital proportionality principle* di certo esistente, corredato da una metodologia di analisi, che permetteva di censurare le ipotesi più estreme di eccesso punitivo dei legislatori. Nella stessa epoca – si è già osservato – il sistema sanzionatorio federale e quello di numerosi Stati era in trasformazione. Con le *Sentencing Guidelines* si passava al cd. *determinate sentencing system*. Affioravano le prime patologie: le pene cominciarono ad irrigidirsi (cd. *mandatory minimum sentencing*); la sfera di discrezionalità giudiziale con funzione di individualizzazione era sempre più ridotta, per assicurare certezza della pena ed evitare disparità di trattamento¹⁷⁵. Il potere dei *prosecutors* aumentava correlativamente a dismisura, e le carceri iniziavano così a riempirsi¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Si individuarono tre "objective factors" per guidare il *judicial review*: 1) la gravità del reato commesso a fronte della severità della sanzione; 2) le pene previste ed inflitte per *reati diversi* all'interno della stessa giurisdizione statale (c.d. *intra-jurisdictional analysis*); 3) le pene previste ed inflitte negli altri Stati dell'Unione per lo stesso reato (c.d. *inter-jurisdictional analysis*).

¹⁷⁵ Cfr. N. Gertner, *A Short History of American Sentencing: Too Little Law, Too Much Law, or Just Right?*, in *J. Crim. L. & Criminology*, 2010, p. 691 ss.; E. Luna, *Sentencing*, in Aa.Vv., M. Dubber - T. Hörnle (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford, 2014, p. 964 ss., 976 ss.

¹⁷⁶ I nessi tra la quantificazione eccessiva delle pene in sede legislativa, la natura fissa dei minimi edittali, la vastissima sfera di discrezionalità del *prosecutor*, incontrollata in sede giurisdizionale, ed il fenomeno dell'incarcerazione di massa,

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

Il primo caso giudicato da Kennedy, *Harmelin v. Michigan*, del 1991, si colloca esattamente in questo contesto. La *War on Drugs* è probabilmente al suo apogeo; Ronald Harmelin, soggetto incensurato, viene sorpreso in possesso di 672 grammi di cocaina nell'area urbana di Detroit. Per sua sfortuna, egli è perseguibile in forza della cd. *650 lifer law* dello Stato del Michigan¹⁷⁷, che prevede, in base ad un automatismo legislativo, la pena dell'ergastolo senza possibilità di *parole* non solo per chi traffica un quantitativo pari o superiore a 650 grammi di cocaina, ma anche per il mero possessore. Il caso giunge all'attenzione dell'Alta Corte, che ha così la chance di ritornare sul controverso tema del principio di proporzione delle sanzioni detentive (*Rummel* e *Solem* sono entrambe decisioni maturate per 5 voti a 4). Rispetto al 1983 – anno in cui fu decisa *Solem* – sono però mutate le contingenze politiche, e, soprattutto, è cambiata la composizione del collegio. I giudici Brennan e Powell sono stati sostituiti da Souter e Kennedy, Burger da Scalia, e Rehnquist è stato elevato a giudice capo. Come spesso accade, il cambio dei componenti – anche se così non dovrebbe essere, in un “*Government of Laws, Not of Men*” – può significare che precedenti, anche recenti, possano essere rimessi in discussione. Ed infatti, in un classico esempio di *judicial activism* conservatore, la *plurality opinion* vergata da Scalia, e condivisa dal solo Presidente Rehnquist¹⁷⁸, conferma la costituzionalità della draconiana sanzione oggetto di scrutinio, attraverso un utilizzo apertamente “attivista” della

soprattutto delle minoranze, sono ben approfonditi in dottrina, cfr. almeno: J.F. Pfaff, *Locked In. The True Causes of Mass Incarceration and How to Achieve Real Reform*, New York, 2017, p. 133-136; M. Alexander, *The New Jim Crow. Mass Incarceration in an Age of Colorblindness*, New York, 2012, p. 87-89; W.J. Stuntz, *The Collapse of American Criminal Justice*, Cambridge (Ma.)-London, 2011, p. 257 ss.; Aa.Vv., A. Davis (ed.), *Policing the Black Man. Arrest, Prosecution and Imprisonment*, New York, 2017.

¹⁷⁷ Cfr. Mich. Comp. Law Ann. § 33.7401(West 2004)

¹⁷⁸ Su cui sia consentito rinviare a P. Insolera, *La proporzionalità della pena detentiva*, cit., p. 197-98. La *plurality opinion* aderisce ad una interpretazione “originalista” secondo cui la *cruel and unusual punishment clause* dell’VIII Emendamento, in base al suo tenore letterale e alla storia della redazione e ratifica, si limiterebbe a vietare i metodi barbari e inumani di punizione, senza imporre alcun limite di proporzione rispetto al disvalore del reato. Tale prospettiva è stata sostenuta da taluni giudici supremi (Scalia, Thomas) e da dottrina minoritaria: C.S. Lerner, *Does the Magna Carta Embody a Proportionality Principle ?*, in *George Mas. U. C.R. L.J.*, 2015, p. 271 ss.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

metodologia originalista-testualista. Il linguaggio della clausola non prevede alcun principio di proporzione – si sostiene – l’analisi delle fonti normative dell’epoca conferma la volontà dei redattori dell’Emendamento di non includere alcuna protezione contro le pene eccessive. Quandanche fosse possibile evincere siffatta garanzia, il potere giudiziario non sarebbe in grado, pragmaticamente, di individuare criteri idonei, di natura oggettiva, nel controllo di costituzionalità sul *quantum* di pena, sostituendosi inevitabilmente alle scelte legislative, in violazione dei principi di separazione dei poteri e federalismo. Anche la natura *mandatory* della disposizione (pena fissa legislativamente imposta e non modulabile dal giudice) non viola la Costituzione, essendo supportata da un’antica tradizione di *common law* sin dai tempi della fondazione. La cd. *individualized sentencing doctrine*, elaborata per la pena capitale, non può essere estesa alle pene detentive, distinte per tipologia. Il principio di proporzionalità, consolidato nei precedenti della Corte sia nel settore *capital* sia nell’ambito *non capital* da oltre ottant’anni – come si è visto – sarebbe pertanto *overruled*, attraverso un’interpretazione radicale, noncurante dello *stare decisis* e tale da lasciare i diritti fondamentali della persona in completa balia delle maggioranze.

Un orientamento così estremo non riesce però (fortunatamente) a controllare l’esito della decisione. La *controlling opinion*¹⁷⁹ risulta infatti essere l’opinione concorrente, redatta proprio da Kennedy, assieme agli altri due conservatori moderati Souter e O’Connor (non casualmente, la stessa triade che di lì a poco avrebbe “salvato” il contenuto essenziale del diritto all’aborto). Una decisione “compromissoria”, dettata dalla necessità di non distaccarsi senza plausibili ragioni da una *judicial doctrine* controversa, ma comunque ormai radicata e stabilizzata, preservando la *legitimacy* della Corte. Emerge qui con evidenza, ancora una volta, la funzione di “moderatore” di Kennedy. La pena dell’ergastolo oggetto di controllo viene giudicata legittima, dopo avere riformulato il test di proporzionalità elaborato in *Solem* in senso restrittivo, più deferente

¹⁷⁹ Secondo il consolidato insegnamento dell’Alta Corte: “*When a fragmented Court decides a case and no single rationale explaining the result enjoys the assent of five Justices, the holding of the Court may be viewed as that position taken by those Members who concurred in the judgments on the narrowest grounds*”, cfr. *Marks v. United States*, 430 U.S. 188 (1977).

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

nei confronti delle determinazioni legislative. Vengono illustrati cinque principi-guida in materia: 1) le Corti devono esercitare estrema *deference* rispetto alle determinazioni legislative, implicando le scelte sull'entità della pena delicate considerazioni politiche sulle diverse finalità sanzionatorie. Esse devono godere di una presunzione di legittimità costituzionale rafforzata; 2) la Costituzione non impone ai legislatori l'adozione di nessuna specifica teoria della pena, né accorda priorità ad alcuna di esse. I legislatori sono liberi di esercitare piena discrezionalità nelle loro *sentencing policies*, attribuendo peso variabile, in base alle esigenze, alle quattro funzioni della pena tradizionalmente riconosciute (*deterrence, retribution, rehabilitation, incapacitation*), e optando per *sentencing schemes mandatory o discretionary*. Si tratta del cd. *Penological Pluralism* costituzionale; 3) la struttura federale dell'Unione comporta evidenti e benefiche divergenze nella preminenza assegnata alle varie funzioni della pena e, di conseguenza, tra le quantificazioni sanzionatorie, derivanti dalle condizioni locali. È dunque limitata l'utilità di qualsiasi *inter-jurisdictional analysis*; 4) il controllo di proporzionalità da parte delle Corti federali deve basarsi su "fattori il quanto più possibile oggettivi". Tuttavia, se la distinzione più oggettiva che è quella fondata sulla differenza qualitativa tra pena capitale e carcerazione, la questione diviene molto più complessa nell'ambito dei *prison terms*, laddove mancano *clear objective standards*. Le dichiarazioni di incostituzionalità di pene detentive sono dunque estremamente rare, pur dovendosi ritenere che nessuna pena è presunta in modo assoluto costituzionalmente legittima; 5) in virtù dei principi sopra enucleati "l'VIII Emendamento non impone rigorosa proporzionalità tra il reato e la pena. Piuttosto, esso proibisce soltanto pene estreme che sono evidentemente sproporzionate rispetto al delitto". Ne consegue che l'analisi intra-giurisdizionale ed inter-giurisdizionale elaborate in *Solem* debbono essere impiegate solo in via eventuale, qualora dalla prima "valutazione iniziale", più soggettiva e astratta (cd. *threshold test*, raffronto fra gravità del reato e severità della pena) sia possibile inferire una manifesta sproporzione della sanzione. La Corte, non isolata dalla temperie politica – contraddistinta dal trionfo di istanze neo-retribuzionistiche¹⁸⁰ – ha buon gioco a valorizzare i molteplici profili

¹⁸⁰ Cfr. R.J. Smith-Z. Robinson, *Constitutional Liberty*, cit., p. 420 ss.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

offensivi delle condotte delittuose connesse agli stupefacenti, evidenziandone il nesso inscindibile con la violenza urbana, dilagante all'epoca, oltreché gli effetti gravi sulla salute individuale e collettiva. La diffusione della vendita e del consumo di droga, piaga sociale al suo acme, induce la *concurring opinion* a considerare la scelta legislativa razionalmente fondata rispetto alle legittime finalità di retribuzione, deterrenza e neutralizzazione della pena, sacrificando completamente la funzione rieducativa. E' appena il caso di rilevare che l'opinione contraria principale, redatta dal giudice Byron White¹⁸¹, critica aspramente sia la *plurality* di Scalia che la *concurring* di Kennedy, sottolineandone la frontale inconciliabilità con la visione dinamico/evolutiva della protezione costituzionale, comprensiva di una reale componente proporzionalistica, consolidata nei precedenti, che avrebbe dovuto imporre la censura della sanzione scrutinata.

Riflettendo sulla sentenza *Harmelin* – “super precedente in negativo” quanto a conseguenze, essendosi avallata l'escalation punitiva statunitense¹⁸² – si ha l'impressione che l'esito decisorio sia stato influenzato dalla presenza di tre componenti relativamente “nuovi” (Kennedy, Souter, O'Connor), più influenzabili dall'opinione pubblica e forse non in grado di esercitare il potere di *judicial review* con piena indipendenza, in un contesto politico fortemente indirizzato verso una *punitiveness* fino ad allora sconosciuta. Inaudita severità che – come rileva John Paul Stevens¹⁸³ – sarebbe viceversa stata con ogni probabilità censurata se nel collegio ci fossero stati giudici meno permeabili alla pressione (Stewart, Brennan, Powell). Anch'essi di nomina repubblicana, ma figli di un'altra epoca, caratterizzata da un tasso di polarizzazione politica inferiore.

¹⁸¹ Giurista non certo “attivista” o incline ad interpretare espansivamente i diritti costituzionali del reo. Byron White è stato unanimemente ritenuto il giudice di nomina democratica più ostile alla *Judicial Revolution* della Corte Warren in ambito processuale penale, ed ha assunto costantemente posizioni di *self restraint* in tema di diritti del reo e di diritti fondamentali in generale, dissentendo ad esempio nei casi: *Robinson v. California*, *Miranda v. Arizona*, *Roe v. Wade*. E' stato anche l'estensore della pronuncia che confermò la legittimità costituzionale della fattispecie che criminalizzava i rapporti omosessuali consensuali tra adulti dello stesso sesso in privato, in *Bowers v. Hardwick*.

¹⁸² M. Alexander, *The New Jim Crow*, cit., p. 90; J.P. Stevens, *Five Chiefs*, cit., p. 222-227.

¹⁸³ J.P. Stevens, *Five Chiefs*, cit., p. 226.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

Ad ogni modo, l'opzione di compromesso di Kennedy – rispetto a quella di Scalia – ha avuto perlomeno il “merito”, preservando il precedente, di mantenere virtualmente in vita una qualche forma di limite costituzionale all'esercizio della discrezionalità legislativa in materia penale sanzionatoria. Un limite che si è però dimostrato nuovamente privo di significato quando la maggioranza di cinque giudici conservatori (tra i quali Kennedy), tramite l'applicazione del cd. *gross disproportionality test* elaborato in *Harmelin*, ha confermato, dodici anni dopo, la legittimità della *three strikes law* californiana, nella sentenza *Ewing v. California*. Ancora una volta, la decisione si compone, da una parte, della *plurality opinion* redatta da O'Connor (e supportata da Kennedy e Rehnquist), che ammette l'applicabilità teorica del principio di proporzione alle pene detentive, ma giudica una sanzione da venticinque anni all'ergastolo per il furto di tre mazze da golf del valore di 1.200 dollari conforme a tale principio, in quanto razionalmente collegata agli scopi di deterrenza e neutralizzazione perseguiti dalla legge; dall'altra, delle *concurring opinions* dei giudici originalisti Scalia e Thomas, che avrebbero disposto l'*overruling* espresso di *Weems*, *Rummel*, *Solem* e *Harmelin*, negando ogni fondamento in Costituzione al principio in parola.

4.3. (segue) *La giurisprudenza più recente sulla proporzionalità delle pene detentive: un percorso di revisione critica determinato dalla consapevolezza del fallimento dello Stato Carcerario?*

Come si accennava in apertura, Kennedy, proprio a partire da tale pronuncia – e pur consapevole della limitatezza degli strumenti a disposizione delle corti per realizzare le istanze di *criminal justice reform*¹⁸⁴ – pare avere intrapreso un percorso di “revisione critica”, stimolato dalle ingiustizie del sistema penale e dal fallimento dello stato carcerario, drammatiche anche nel suo Stato di origine, la California. Uno sviluppo supportato peraltro dalla consapevolezza crescente nella società civile – condiviso a livello politico *bipartisan* – che la penalità statunitense necessita di una profonda riforma, a livello nazionale,

¹⁸⁴ Cfr. sul punto: C.S. Steiker-J.M. Steiker, *Courting Death*, cit., p. 315-16.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

statale e locale, come pure alcuni (insufficienti) interventi normativi dimostrano¹⁸⁵.

Sul versante giurisprudenziale tali istanze si sono espresse anzitutto con il recupero dei principi di proporzione e di individualizzazione della pena nel diritto penale minorile, in due importanti pronunce. *Graham v. Florida*, decisione redatta da Kennedy – con il supporto dei giudici di nomina democratica – ha invalidato per vizio di sproporzione la pena dell’ergastolo senza possibilità di libertà condizionale per i minori di anni 18 al momento della commissione del reato, limitatamente alle cd. *non homicide offenses*. Attraverso un’inaspettata “rivoluzione metodologica”¹⁸⁶ la *majority opinion* delinea inizialmente il ricorso come indirizzato a censurare non la pena “*as applied*” – caratteristica di tutti i precedenti relativi a pene carcerarie – ma la *life without parole sentence* intesa come *sentencing*

¹⁸⁵ In numerosi Stati, anche a forte maggioranza repubblicana (ad es. Texas, Mississippi, Louisiana), negli ultimi anni, sono state implementate politiche sanzionatorie e penitenziarie che hanno ridotto drasticamente il tasso di carcerazione. A livello federale, prendendo parzialmente ispirazione da tali modelli e consapevoli dei risultati ottenuti, il Congresso è intervenuto con lo storico provvedimento normativo cd. First Step Act (Formerly Incarcerated Reenter Society Transformed Safely Transitioning Every Person Act), Pub. Law. No. 115-391, frutto di compromesso *bipartisan* tra repubblicani e democratici, entrato in vigore il 21 dicembre 2018 con la firma di Trump. Si tratta della più ampia e significativa riforma del sistema sanzionatorio e penitenziario federale degli ultimi decenni, che interviene su alcuni dei più rilevanti fattori che hanno contribuito all’incarcerazione di massa, ad esempio: diminuisce alcune cd. *pene minime obbligatorie*; introduce una cd. *safety valve*, che, al ricorrere di determinate condizioni, consente al giudice di discostarsi dalla pena minima obbligatoria modulando discrezionalmente la pena; rende retroattiva una precedente riforma sanzionatoria del 2010 che aveva eliminato la discriminatoria disparità di trattamento tra reati aventi ad oggetto cocaina e reati con oggetto cd. *crack*; amplia i presupposti per accedere ai permessi premio ed alla liberazione anticipata per diverse categorie di detenuti federali; potenzia i cd. *reentry programs* per contrastare il recidivismo. Sulla riforma cfr.: A. Grawert-T. Lau, *How the First Step Act Became Law – and What Happens Next*, all’URL <https://www.brennancenter.org/blog/how-first-step-act-became-law-and-what-happens-next>, 4 gennaio 2019; O. Nwanevu, *The Improbable Success of a Criminal – Justice – Reform Bill Under Trump*, all’URL <https://www.newyorker.com/news/news-desk/the-improbable-success-of-a-criminal-justice-reform-bill-under-trump>, 17 dicembre 2018.

¹⁸⁶ C.S. Steiker-J.M. Steiker, *Graham Lets the Sun Shine In: The Supreme Court Opens a Window Between Two Formerly Walled-Off Approaches to Eighth Amendment Proportionality Challenges*, in *Fed. Sent’n Reporter*, 2010, p. 79 ss.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

practice, come “categoria di pena”, correlata alla classe di rei minorenni autori di reati diversi dall’omicidio. In altri termini, si configura un *categorical challenge* – omologo a quelli avverso la pena capitale – che consente al collegio di attingere al ricco strumentario argomentativo dell’*evolving standards of decency test* e dell’*independent judgment*. Nella prima fase, si valorizza così la tendenza negli ultimi anni ad abrogare tale tipologia sanzionatoria in sede legislativa e la rarità di applicazione da parte di giudici e giurie negli Stati dell’Unione. Successivamente, con ampi riferimenti alle cd. *neurosciences*, riprendendo anche la sentenza *Roper v. Simmons*, si statuisce che, quanto a imputabilità e colpevolezza, i minori differiscono profondamente dagli adulti, e di conseguenza la pena perpetua per delitti diversi dall’omicidio risulta inidonea a perseguire in alcun modo le funzioni di retribuzione e deterrenza sue proprie. Viceversa, la non completa maturità dei *juveniles* impone la prevalenza dell’istanza rieducativa, che può realizzarsi attraverso l’astratta operatività del *parole*, che quanto meno lascia speranza al minore di un futuro fuori dalle mura carcerarie, qualora il suo percorso di reinserimento nella società possa ritenersi completato. L’analisi viene corroborata infine con ampi richiami alla dimensione internazionale, evidenziandosi il fatto che ormai gli U.S.A. erano uno dei pochi paesi nel mondo ad infliggere una pena così severa ed irrevocabile anche ai soggetti minorenni. E’ costruita in parte sull’*holding* di *Graham* la successiva sentenza *Miller v. Alabama*, con cui la *majority opinion* estesa dal giudice progressista Kagan (supportata dal decisivo voto di Kennedy) censura la pena fissa legislativamente imposta dell’ergastolo ai minorenni al *tempus commissi delicti* autori del delitto di omicidio (*mandatory life without parole sentence*). Nel caso, limitatamente al settore dei *juvenile offenders*, si è ampliata la “dottrina dell’individualizzazione” nella commisurazione della pena, prima confinata alla pena di morte, come ribadito in *Harmelin*. Le anzidette pronunce hanno innescato un vivace dibattito dottrinale¹⁸⁷, relativo

¹⁸⁷ C.S. Steiker-J.M. Steiker, *Graham Lets the Sun Shine In*, cit., p. 79 ss.; R.S. Frase, *What’s Different Enough in Eighth Amendment Law*, in *Ohio St. J. Crim. L.*, 2013, p. 9 ss.; R.E. Barkow, *Categorizing Graham*, in *Fed. Sent’g Rep.*, 2010, p. 49 ss.; Y. Lee, *The Purposes of Punishment Test*, in *Fed. Sent’g Rep.*, 2010, p. 58 ss.; M.M. O’Hear, *Not Just Kid Stuff? Extending Graham and Miller to Adults*, in *Mo. L. Rev.*,

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

all'auspicata possibilità che i principi statuiti potessero essere estesi oltre il circoscritto ambito del diritto penale minorile, superando il criticabile approccio "a due binari", attraverso una *categorical proportionality analysis* anche sulle pene detentive comminate a rei adulti.

Questo mutamento giurisprudenziale comporterebbe che il sindacato sulle pene detentive eccessive (verosimilmente, almeno nella fase iniziale, ergastoli senza possibilità di libertà condizionale), anche per gli *adult offenders*, non si svolga più su base prettamente casistica e con effetti limitati al singolo imputato ("*as applied to the case*", conformemente alla nota metodologia del filone di precedenti indagato, *Solem-Harmelin-Ewing*). Ampliando l'*holding* di *Graham* e *Miller* al di fuori del settore del diritto penale minorile, le pene manifestamente sproporzionate dovrebbero essere sottoposte ad un vaglio di costituzionalità "categorico" (*categorical proportionality review*), analogo a quello impiegato sulla pena di morte. Controllo che prima vede l'analisi degli "indizi oggettivi di consenso nazionale" (*objective indicia of national consensus*) e successivamente il cd. *independent judgement* della Corte, in seno al quale si verifica la eventuale sproporzione della pena capitale rispetto alla colpevolezza soggettiva del reo (*rectius*: di una categoria di rei o di un dato tipo di reato) e l'eventuale idoneità rispetto al conseguimento della finalità perseguita dall'estrema sanzione (deterrenza e retribuzione). Questa, in sintesi, la metodologia adottata con costanza nel *capital context*, che ha consentito perlomeno progressivamente di dichiarare inammissibile la pena di morte per determinate categorie di rei e categorie di reati.

Un'applicazione di tale test, ponendo fine al giustamente criticato "*two-track proportionality approach capital v. noncapital*", rappresenterebbe un aumento della tutela per i numerosissimi *adult offenders*, vittime della macchina punitiva statunitense. Essi potrebbero vedere progressivamente essere affermate "esclusioni categoriche", prima riguardo all'ergastolo senza possibilità di libertà condizionale e poi, forse, anche per quello con possibilità di libertà condizionale o per le cd. *effective life sentences* (pene carceraria di

2013, p. 1087 ss., 1129 ss.; B.J. Sarma - S. Cull, *The Emerging Eighth Amendment Consensus Against Life Without Parole Sentences for Nonviolent Offenses*, in *Case W. Res. L. Rev.*, 2015, p. 525 ss.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

durata eccedente la vita naturale del condannato), se inflitti per reati di scarsa gravità (classico esempio: recidivi condannati per reati lievi contro il patrimonio; reati non violenti, ad es. *drug offenses*), ritenuti non meritevoli di sanzioni così dure, o in base ad ulteriori fattori differenziali di “minore colpevolezza rispetto ad un reo medio meritevole di tali severissime pene”, mutuabili dalla linea di precedenti sulla pena di morte o da individuare *ex novo*¹⁸⁸. Questa è infatti la logica che guida il sindacato categorico. Il discorso sarebbe più complesso rispetto a termini di carcerazione semplici (*prison terms*), anche particolarmente severi, per il noto problema dell'impossibilità di tracciare una distinzione netta (cd. *line drawing*), in maniera oggettiva, lungo il *continuum* costituito dall'unità di misura della sanzione: il tempo.

4.4. Prospettive attuali dello scrutinio di proporzionalità delle sanzioni penali carcerarie

Alla luce dell'attuale composizione del supremo collegio, nonché del rinnovato “punitivismo” che caratterizza l'amministrazione Trump e le linee di indirizzo politico del *Department of Justice*, pare tuttavia improbabile che gli ipotizzati sviluppi giurisprudenziali possano effettivamente realizzarsi. Infatti, tre giudici supremi (Roberts¹⁸⁹, Thomas, Alito), si oppongono certamente all'estensione della *categorical proportionality review* alle pene detentive, finanche nel settore del diritto penale minorile. Come abbiamo sostenuto in una precedente occasione, Gorsuch, con ogni probabilità, si assesterà su

¹⁸⁸ R.S. Frase, *What's “different” (enough)*, cit., p. 21-35.

¹⁸⁹ Il *Chief Justice* nel caso *Graham v. Florida* ha condiviso l'esito decisionario della maggioranza, secondo cui la pena dell'ergastolo senza alcuna possibilità di *parole* per il reo minorenni autore di un delitto violento diverso dall'omicidio inflitta nel caso di specie era incostituzionalmente eccessiva. Nella sua opinione concorrente, però, ha censurato la motivazione della maggioranza, sostenendo che dovesse essere applicato il metodo del *case by case balancing* consolidato per le pene detentive nei precedenti della Corte, censurando unicamente la pena irrogata nel caso oggetto di giudizio, e non la cd. *categorical proportionality review* tradizionalmente applicata alla pena capitale, v. M. Cohen Eliya-I. Porat, *Proportionality*, cit., p. 89-90.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

posizioni analoghe¹⁹⁰. Quanto a Kavanaugh, la sua *judicial philosophy* induce ragionevolmente a ritenere altrettanto (cfr. *amplius* parte II). Per di più, due dei quattro giudici progressisti (Ginsburg e Breyer) sono molto anziani e potrebbero essere sostituiti con giuristi più conservatori nominati da Trump. Insomma, le conseguenze del *retirement* di Kennedy sono assai rilevanti e, così stando le cose, è da escludere che la *non capital proportionality doctrine* possa essere ulteriormente sviluppata in un futuro prossimo; anzi, il rischio concreto è che precedenti come *Graham* e *Miller* possano essere ridiscussi, e forse addirittura rovesciati, a fronte di nuove leggi statali che reintroducano quelle tipologie di pena. E allora – similmente a quanto rilevato per la pena capitale – gli sforzi per determinare un necessario cambiamento debbono essere incanalati sul versante politico-legislativo statale, ovvero sul piano dei ricorsi giurisdizionali, sempre a livello statale, come recenti approdi ben manifestano¹⁹¹. Passiamo ora ad analizzare la *legacy* di Kennedy nell’ambito *stricto sensu* penitenziario.

5. Censura alle condizioni inumane di detenzione causate dall’overcrowding: Brown v. Plata

Si è accennato in apertura al rilevante contributo di Kennedy nel perseguimento delle istanze di cd. *prison reform*. Le patologie dell’incarcerazione di massa – frutto di decenni di politiche criminali e penitenziarie ispirate a logiche di tipo neutralizzante e con forte impatto discriminatorio – si sono manifestate, tra gli altri, nel nativo Stato della California.

5.1. L’iter processuale e la decisione della Corte

I reiterati eccessi punitivi hanno determinato gravi problemi di *overcrowding*, censurati nella decisione *Brown v. Plata* – maturata

¹⁹⁰ Cfr. più diffusamente, volendo, P. Insolera, *Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti”*, cit., p. 197-204.

¹⁹¹ Cfr. M. Burke, *Washington state Supreme Court rules juvenile life sentence without parole is unconstitutional*, all’URL <https://thehill.com/homenews/state-watch/412053-washington-state-supreme-court-rules-jvenile-life-sentence-without>, 18 ottobre 2018.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

ancora per 5 voti a 4, con un collegio ideologicamente diviso – nella quale si sono ritenute costituzionalmente necessarie le ordinanze emesse da giudici federali, che imponevano una riduzione generale della popolazione carceraria statale. Le piuttosto articolate vicende di giudizio traevano origine da due *class actions*¹⁹². Con la prima (*Coleman v. Brown*), risalente al 1990, si lamentava l'inadeguatezza sistemica delle cure disponibili per patologie psichiche negli istituti di pena statali. Nel 1995 la Corte federale distrettuale, accertata la contrarietà della situazione al divieto costituzionale di pene crudeli ed inusuali, imponeva all'amministrazione statale di rimediarsi, nominando un esperto (*special master*) quale supervisore del processo di adeguamento. I successivi *reports* denunciavano tuttavia numerose, gravi e persistenti violazioni. Analogamente, nel ricorso *Plata v. Brown* del 2001, si lamentavano molteplici e diffuse deficienze nel *medical care* interno alle *prisons* californiane, tali da avere causato ben 34 decessi di pazienti detenuti. Veniva quindi stipulato un accordo con l'amministrazione statale convenuta, che si impegnava entro un termine a garantire le cure imposte dal dettato costituzionale. Senonché, dopo ben tre anni, la stessa corte federale che aveva approvato l'accordo riscontrava il perdurare di numerose inadeguatezze. Vista la colpevole inerzia delle istituzioni statali, entrambi i ricorrenti in *Plata e Coleman*, conformemente alla disciplina normativa federale di cui al *Prison Reform Litigation Act*¹⁹³, adivano una corte federale composta da tre giudici perché pronunciasse una *injunction* (ordinanza), che intimasse la riduzione complessiva della popolazione *in vinculis* per porre rimedio alle violazioni. Nel 2007 il Presidente del Nono Circuito accoglieva l'istanza ed attribuiva ad un collegio di tre giudici la trattazione congiunta dei due casi. Il collegio si pronunciava nel 2009, accogliendo le doglianze dei ricorrenti. Si ordinava alle autorità statali di sottoporre entro 45 giorni alla corte un programma idoneo a ridurre, nel termine di due anni, il numero totale dei detenuti, riportandolo entro la soglia del 137,5% della capacità degli istituti di pena statali. Ciò richiedeva la liberazione di circa 40.000 unità su 150.000 soggetti

¹⁹² Cfr. P. Passaglia, *Il sovraffollamento carcerario*, a cura di P. Passaglia, con contributi di E. Bottini, C. Guerrero Picó, S. Pasetto e M. T. Rörig, cit., p. 77 ss.

¹⁹³ 18 U.S.C. § 3626. Una disamina della disciplina in P. Passaglia, *Il sovraffollamento carcerario*, a cura di P. Passaglia, con contributi di E. Bottini, C. Guerrero Picó, S. Pasetto, M. T. Rörig, cit., p. 71 ss.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

incarcerati. Successivamente veniva presentato un piano di adeguamento, giudicato in un primo momento incongruo dalla corte, poi emendato e valutato positivamente, con conseguente validazione e conferimento d'efficacia, in un'ordinanza del 12 gennaio 2010.

Lo Stato della California impugnava tale provvedimento di fronte all'Alta Corte; l'*oral argument* si è celebrato il 30 novembre 2010 e la pronuncia è stata emessa il 23 maggio 2011. Prima di analizzare i profili di diritto, Kennedy offre una inquietante rassegna delle violazioni accertate nel corso degli undici anni nei quali le prigioni statali hanno ospitato circa il 200% dei detenuti rispetto alla massima capacità prefissata (150.000 a fronte di una disponibilità di 80.000). Come descritto nei vari reports dei consulenti (*fact-finders*) del collegio inferiore, si segnalano, tra gli altri: detenuti sottoposti a cure psichiatriche, per avere tentato di suicidarsi, ristretti in celle grandi come una cabina telefonica e prive di servizi igienico-sanitari, per periodi di tempo prolungati, in ragione dell'indisponibilità di luoghi alternativi; un numero di circa cinquanta detenuti malati chiusi all'interno di una cella di sei metri per sei, per cinque ore, in attesa di visite mediche; tempi di attesa fino ad un anno per accedere alle cure medico psichiatriche; 68 suicidi, potenzialmente evitabili, verificatisi a causa delle manchevolezze nel sistema di assistenza medico psichiatrica; cure mediche inadeguate, tali da risultare in 577 morti evitabili nel periodo di un anno, con una morte evitabile ogni sei o sette giorni nel sistema penitenziario statale¹⁹⁴.

La protezione costituzionale, a presidio dell'inderogabile valore della dignità umana, impone pertanto alle corti di rimediare a siffatte violazioni, garantendo effettività alla tutela dei diritti fondamentali. Non possono essere condivise le prospettazioni dello Stato resistente, fondate su istanze di separazione dei poteri. Non può cioè tollerarsi l'inerzia del potere esecutivo e legislativo statale, in costanza di violazioni gravi dei diritti fondamentali: "La volontà dello Stato di evitare l'apposizione di un limite alla popolazione carceraria, giustificata quale espressione del rispetto delle attribuzioni statali, crea un rischio inevitabile ed inaccettabile che si protraggano le violazioni costituzionali dei diritti dei detenuti ammalati con disturbi mentali, con

¹⁹⁴ V. *amplius* M. Roseman, *A Hat Tip to Justice Anthony Kennedy*, cit.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

il risultato che molti altri moriranno o subiranno sofferenze. La Costituzione non permette questo torto”.

La *majority opinion* conferma dunque l’ordinanza emessa, dopo averla giudicata conforme gli assai stringenti standard imposti dalla normativa federale¹⁹⁵. In seguito alla decisione della Corte suprema vi sono stati controversi sviluppi, tra i quali la resistenza opposta dal governatore statale Jerry Brown all’esecuzione del provvedimento giurisdizionale¹⁹⁶. La complessiva popolazione carceraria è diminuita sensibilmente, anche grazie a diversi interventi legislativi, adottati su iniziativa popolare¹⁹⁷.

¹⁹⁵ In estrema sintesi, la Corte suprema argomenta che, alla luce dei fatti di causa e del complesso sviluppo procedimentale, tutti i requisiti imposti dal *Prison Litigation Reform Act* sono stati rispettati e il provvedimento della corte federale di tre giudici va confermato, in quanto legittimo e necessario a rimediare al *vulnus* costituzionale: “Se un carcere priva i detenuti dei mezzi di sussistenza di base, ivi incluse adeguate cure mediche, le corti hanno il compito di rimediare alla conseguente violazione dell’VIII Emendamento. [...] Devono considerare una gamma di opzioni, incluse la nomina di supervisori dell’esecuzione o di curatori dell’esecuzione, la possibilità di adottare decreti su base consensuale ed ordinanze che limitino la popolazione di un carcere. 18 U.S.C. §3626(a)(3). Prima di convocare una tale corte, una corte distrettuale deve aver adottato un’ordinanza recante un rimedio meno invasivo che non sia riuscito ad ovviare alla violazione costituzionale e deve aver dato al convenuto un periodo di tempo ragionevole per conformarsi alle sue ordinanze precedenti. 18 U.S.C. §3626(a)(3)(A). Una volta convocata, la corte composta da tre giudici deve dichiarare, in base a prove chiare e convincenti, che «l’affollamento è la causa principale della violazione» e [che] «nessun altro rimedio potrà ovviare a [la] violazione», §3626(a)(3)(E); e che il rimedio è «rigorosamente delimitato, non si estende oltre quanto necessario ... ed è lo strumento meno invasivo necessario a correggere la violazione», §3626(a)(1)(A). La corte deve dare «un rilievo fondamentale a qualunque impatto contrario alla sicurezza pubblica o all’efficienza del sistema di giustizia penale causato dal rimedio». Ibid. Le sue determinazioni in punto di diritto sono controllate ex novo, ma le acquisizioni fattuali sono controllate limitatamente ad errori evidenti”.

¹⁹⁶ E. Chemerinsky, *The Case Against*, cit., p. 278-279.

¹⁹⁷ Il riferimento è in particolare alla *Proposition 36* del 2012, che ha ammorbido la legge dei tre colpi; la *Proposition 47* che ha qualificato alcuni reati di droga non violenti e reati contro la proprietà come *misdeamors* e non più *felonies*; la *Proposition 57* che ha agevolato le condizioni di accesso alla liberazione anticipata in caso di *good behavior*.

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)*5.2. *Riflessioni conclusive*

Il caso *Brown v. Plata* – come si è rilevato¹⁹⁸ – dimostra bene il ruolo imprescindibile del *judicial review* per assicurare protezione ai diritti fondamentali di soggetti che difficilmente riescono a far valere le proprie ragioni in seno al procedimento decisionale maggioritario, attraverso l'azione degli organi politicamente responsabili. Soltanto un'azione decisa del potere giudiziario, tramite l'esercizio del diritto "all'ultima parola" sul significato e la portata degli enunciati costituzionali può contribuire a ricondurre il sistema all'interno dei binari della legalità costituzionale.

Occorre osservare conclusivamente che non è affatto scontato (anzi, può ritenersi improbabile) che l'attuale composizione del collegio, a solida maggioranza conservatrice, possa mostrare analogo disposizione ad accogliere doglianze relative alle condizioni inumane di vita detentiva. Più plausibile, all'opposto, che il supremo collegio si assesti su posizioni affini a quelle espresse nei voti contrari di Scalia e Alito in *Brown v. Plata*, che non avrebbero confermato la legittimità dell'ordinanza, sulla scorta di un'interpretazione più restrittiva dei requisiti stabiliti dal *Prison Litigation Reform Act* e della preminenza attribuita alle prognosi di pericolo per la sicurezza pubblica derivante dalla liberazione di un consistente numero di detenuti¹⁹⁹.

6. *La denuncia dell'abuso del cd. solitary confinement: la concurring opinion in Davis v. Ayala*6.1. *Premessa*

Un ultimo filone affrontato nella *jurisprudence* in materia penitenziaria di Kennedy è quello relativo al cd. *solitary confinement* (isolamento). L'abuso di tale forma di detenzione rappresenta uno dei tanti tratti caratterizzanti della particolare asprezza propria dei regimi

¹⁹⁸ E. Chemerinsky, *The Case Against*, cit., p. 279, cfr. anche in precedenza, Id., *The Essential but Inherently Limited Role of the Courts in Prison Reform*, in *Berkeley J. Crim. L.*, 2008, p. 307 ss.

¹⁹⁹ Cfr. A. Toscano, *La funzione della pena*, cit., p. 278 ss.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

penitenziari statunitensi (locali, statali e federali), tanto per i soggetti rinchiusi nel “braccio della morte” in attesa di (incerta) esecuzione²⁰⁰, quanto per la generalità dei detenuti, specialmente nelle carceri di massima sicurezza federali²⁰¹. Il cd. *solitary confinement* è uno strumento assai utilizzato, ad esempio quale legittimo provvedimento comminato in seguito a violazioni disciplinari dei regolamenti interni, spesso allo scopo di prevenire violenze all’interno delle prigioni, per la tutela della sicurezza e dell’incolumità del personale carcerario e/o degli altri soggetti ristretti²⁰². Le procedure che regolano l’adozione di tale misura estrema non sono pienamente “giurisdizionalizzate”, i margini di controllo giudiziario limitati, e i rischi di abuso sono pertanto elevati²⁰³.

6.2. *Il caso Davis v. Ayala*

Nel caso *Davis v. Ayala* del 2015, pur condividendo la decisione della Corte, reiettiva di un ricorso di *habeas corpus* relativo ad una violazione processuale nella selezione della giuria, Kennedy decise di scrivere separatamente, con un atto evidentemente politico, al fine di portare all’attenzione dell’opinione pubblica i rischi intollerabili provocati dall’uso eccessivo e non necessario dell’isolamento. Nel corso della discussione era emerso come Ayala, condannato a morte, fosse stato detenuto nel *death row* californiano, in regime di cd. *administrative segregation*, per oltre vent’anni. Pur in assenza di un compendio probatorio sufficientemente sviluppato in atti, Kennedy osserva che “se l’isolamento segue il solito schema, è probabile che il resistente sia stato detenuto per tutti o gran parte degli scorsi vent’anni o più in una cella senza finestre, non più ampia di un tipico parcheggio,

²⁰⁰ Sul problema degli *excessive delays* nelle esecuzioni: cfr. S. Breyer, *Against the Death Penalty*, J.D. Bessler (ed.), Washington D.C., 2016, p. 81-90.

²⁰¹ I cd. *Supermax*, cfr. C. Mattei, *Supermax*, in *Il terzo strike*, cit., p. 151-157.

²⁰² Spesso l’isolamento è accompagnato da ulteriori misure restrittive molto afflittive, come il divieto di accedere a giornali, periodici, televisione, radio. La conformità a Costituzione, ed in particolare al I Emendamento, di un regime di questo tipo, contemplato dalla Long Term Segregation Unit (LTSU) prevista nel 2000 dallo Stato della Pennsylvania per i detenuti più violenti e pericolosi, è stata sancita dalla Corte nel noto caso *Beard v. Banks*, 548 U.S. 521 (2006). Cfr. L. Tribe-J. Matz, *Uncertain Justice*, cit., p. 131-34.

²⁰³ R.J. Smith-Z. Robinson, *Constitutional Liberty*, cit., p. 175.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

per 23 ore al giorno; e che nell'unica ora in cui la lascia, gli siano probabilmente consentite poche o nessuna opportunità di conversazione o interazione con chicchessia". E non si tratta di un'eccezione, giacché "si stima che 25.000 detenuti negli U.S.A. stiano attualmente scontando la loro pena interamente o per una parte sostanziale in isolamento, molti indipendentemente dalla loro condotta in prigione"²⁰⁴. Sebbene vi siano numerosi riferimenti letterari "classici" all'alienazione umana determinata dall'isolamento prolungato in prigione, riconosciuta anche nei precedenti della Corte²⁰⁵, "la condizione nella quale i prigionieri sono detenuti non è stata una questione oggetto di sufficiente analisi o interesse pubblico". Agli stessi operatori del diritto penale spesso sfugge la rilevanza di questo decisivo aspetto. Non esiste, infatti, "un meccanismo accettato ad uso dei giudici per tenere in considerazione, quando irrogano la pena ad un condannato, se il tempo in prigione sarà o dovrebbe essere espiato in isolamento. Pertanto, in molti casi, è come se il giudice non avesse scelta se non dire: io sto comminando questa condanna a morte, la corte è ben consapevole che durante i molti anni che tu sconterai in prigione prima della tua esecuzione, il sistema penitenziario dispone di un regime di isolamento che ti porterà sulla soglia della follia, forse fino alla follia stessa" ... "Troppo spesso il dibattito nell'accademia giuridica e tra gli operatori legali e i politici si concentra semplicemente sul giudizio relativo alla responsabilità o all'innocenza. E' ignorato troppo facilmente ciò che viene dopo. I detenuti sono rinchiusi – invisibili e fuori dai pensieri".

Recenti fatti che hanno sconvolto l'opinione pubblica, oggetto di ampie attenzioni mediatiche²⁰⁶, impongono di impegnarsi a cambiare questo paradigma. In definitiva – chiosa Kennedy – se pure il *solitary*

²⁰⁴ Alcune statistiche recentemente aggiornate: D. Dolan-C. D'Amico, *Solitary by the Numbers*, all'URL <http://apps.frontline.org/solitary-by-the-numbers/>, 18 aprile 2017.

²⁰⁵ Fin dalla nota pronuncia, *In re Medley*, 134 U.S. 160 (1890).

²⁰⁶ Il riferimento è al noto e tragico caso del giovane afroamericano Kalief Browder: cfr. J. Gonnerman, *Before the Law*, in *The New Yorker*, October 6, 2014 Issue, all'URL <https://www.newyorker.com/magazine/2014/10/06/before-the-law>. Cfr. oggi: J. Gonnerman, *Do Jails Kill People?*, all'URL <https://www.newyorker.com/books/under-review/do-jails-kill-people>, 20 febbraio 2019.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

confinement, per un tempo limitato, può essere considerato, a determinate condizioni, “uno strumento utile o necessario a imporre disciplina ed a proteggere il personale penitenziario e gli altri detenuti”, i terribili effetti collaterali documentati (tra i quali: ansia, panico, crisi d’astinenza, allucinazioni, automutilazione, pensieri e atti suicidari), impongono uno stretto controllo da parte del potere giudiziario: “In un caso che presentasse la questione, il potere giudiziario potrebbe essere richiesto, entro la sua propria giurisdizione ed autorità, di determinare se efficaci sistemi alternativi all’isolamento a lungo termine esistono, e, se è così, se un sistema carcerario dovrebbe essere richiesto di adottarli”. Molti commentatori hanno interpretato la *concurring* quale espresso invito ad impegnarsi nella *litigation*, presentando ricorsi sulla illegittimità costituzionale delle varie forme di regime di isolamento prolungato.

6.3. *Attuali possibilità di censura della pratica del cd. solitary confinement*

In effetti, se contestualizzate, le riflessioni “spontanee” (non sollecitate dalle parti processuali) di Kennedy rivestono ancora più importanza. L’argomento connesso alla crudeltà dell’uso eccessivo del *solitary* – infatti – è centrale anche nella discussione intorno alla costituzionalità della pena di morte. La più significativa presa di posizione “abolizionista” recente – il *dissent* di Justice Breyer in *Glossip v. Gross* – punta il dito, tra i vari fattori, anche sulla crudeltà e sull’irrazionalità rispetto al perseguimento degli asseriti scopi della pena di morte, determinata dai lunghissimi tempi di attesa tra condanne ed esecuzioni, spesso trascorsi dai rei in regime di isolamento prolungato.

Ma, a prescindere dalla legittimità dell’estrema sanzione, la dottrina della proporzionalità elaborata dalla Corte, potrebbe, invero non senza difficoltà, fornire gli strumenti adeguati per censurare “*categorically*” la pratica dell’isolamento prolungato, se utilizzata su detenuti in determinate condizioni, similmente a quanto è stato fatto per l’ergastolo nei confronti dei minorenni²⁰⁷. Si tratta di un tema

²⁰⁷ C.S. Steiker-J.M. Steiker, *Courting Death*, cit., p. 314-316; R.J. Smith-Z. Robinson, *Constitutional Liberty*, cit., p. 174-176.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

complesso, costantemente al centro dell'attenzione, come testimoniano, ad esempio, recenti interventi dei giudici progressisti Breyer e Sotomayor²⁰⁸. E' ben più difficile, invece – osserviamo in chiusura – che i giuristi conservatori²⁰⁹, ora in maggioranza, siano disposti ad impegnarsi in un rigoroso scrutinio di tale misura, essendo tendenzialmente inclini a interpretare rigidamente le preclusioni procedurali ai ricorsi dei detenuti e a esercitare forte autolimitazione rispetto alla discrezionalità delle istituzioni carcerarie federali, statali e locali. Ecco un altro ambito, dunque, nel quale le conseguenze del pensionamento di Kennedy sono rilevanti, e molto negative per la tutela dei diritti fondamentali e della dignità umana.

7. Una prima ipotesi ricostruttiva: l'evoluzione delle posizioni di Kennedy sulla pena conferma la natura parzialmente majoritarian della istituzione-Corte suprema? (rectius: dei moderati che ne controllano ed equilibrano gli esiti)

Svolgiamo una prima riflessione di sintesi, all'esito della disamina effettuata, specialmente con riguardo alle decisioni concernenti la materia penale-sanzionatoria e penitenziaria. E' noto che gran parte del dibattito costituzionalistico statunitense muove dalla problematicità

²⁰⁸ Si vedano le dichiarazioni: Statement of Justice Sotomayor respecting the denial of certiorari, in *Lowe v. Raemish*, 586 U.S. __ (2018); Justice Breyer, dissenting from denial of application of stay, in *Ruiz v. Texas*, 580 U.S. (2017). Entrambi i giudici riprendono e condividono i dubbi sulla costituzionalità della pratica dell'isolamento continuato espressi da Kennedy in *Davis v. Ayala*, in particolare nei casi in cui ad esso si unisce la spada di damocle della condanna a morte, invitando la Corte ad esaminare dettagliatamente i casi. Cfr. A. Howe, *Today's orders: No new grants, one CVSG*, all'URL <https://www.scotusblog.com/2018/10/todays-orders-no-new-grants-one-cvsg/>, 9 ottobre 2018. Per un'ottima ricostruzione critica della materia, cfr. F. Coppola, *The brain in solitude: an (other) eighth amendment challenge to solitary confinement*, in *J. Law. Biosci.*, 2019, 1 ss.

²⁰⁹ Clarence Thomas, ad esempio, rispondeva così ai dubbi espressi da Kennedy sulla legittimità dell'uso eccessivo del *solitary confinement* in *Davis v. Ayala*: "Scrivo separatamente soltanto per precisare, rispondendo all'opinione separata del giudice Kennedy, che gli alloggi nei quali Ayala è ospitato sono molto più spaziosi di quelli nei quali le sue vittime ora riposano. E, dato che le sue vittime avevano tutte meno di 31 anni, Ayala avrà presto avuto lo stesso tempo o più tempo per godersi tali alloggi rispetto a quanto non ne abbiano avuto le sue vittime per godersi la vita su questa terra".

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

derivante dall'attribuzione del potere di invalidare le leggi ad un'istituzione intrinsecamente antimaggioritaria come la Corte suprema²¹⁰, formata da giudici *unelected* ed *unaccountable* (cd. *countermajoritarian difficulty*)²¹¹, la cui unica (flebile) legittimazione democratica è garantita dal processo di nomina presidenziale e conferma da parte del Senato, previsto in Costituzione (cd. *advice and consent*)²¹². Sono state avanzate, tuttavia, specialmente tra gli studiosi della scienza politica²¹³, ipotesi ricostruttive che hanno posto in discussione tale consolidato assunto. Si è sostenuto, infatti, tramite un'ampia disamina della storia dell'istituzione, che gli esiti decisori dell'Alta Corte, attraverso una molteplicità di dinamiche e per una serie di ragioni, finiscono per rispecchiare (o, comunque, per non distaccarsi troppo) dall'opinione pubblica maturata (o in maturazione) sulla determinata questione in un certo momento storico²¹⁴. Il nesso tra *public opinion* e pronunce della Corte sarebbe poi ancora più stretto nelle elaborazioni giurisprudenziali di quei *Justices* "ago della bilancia" – sopra menzionati²¹⁵ – che controllano l'equilibrio in seno al collegio, spesso determinando l'esito delle deliberazioni²¹⁶.

²¹⁰ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

²¹¹ Tra tutti, cfr. il classico testo di A. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, 1986.

²¹² Cfr. Cost., Art. 2, sez. 2, cl. 2.

²¹³ Da ultimo v. B. Friedman, *The Will of the People*, cit., *passim*.

²¹⁴ B. Friedman, *The Will of the People*, cit., il quale sviluppa la propria trattazione con riferimento alle diverse fasi storiche della vita dell'istituzione, per trovare conferma della sua tesi di fondo che la Corte in definitiva si conforma all'evoluzione del pubblico sentire (ad es. dall'era di Roosevelt, *Switch in time to save the nine* del 1937, p. 195 ss., alla decisione che invalidò la segregazione razziale *Brown v. Board of Education* del 1954 e la conseguente reazione pubblica, p. 242 ss., fino al diritto all'aborto sancito in *Roe v. Wade* nel 1973, p. 295 ss.).

²¹⁵ Si pensi ai giudici "centristi", moderati ed "equilibratori" che hanno tendenzialmente controllato le maggioranze nelle questioni socialmente più controverse (azioni positive, pena capitale, diritti riproduttivi, diritti LGBT etc.): Stewart, Powell, White, O'Connor, Kennedy.

²¹⁶ In dottrina si osserva come proprio i giudici moderati, che di norma rivestono il ruolo di ago della bilancia nel collegio, sarebbero più permeabili all'influenza dell'opinione pubblica. Si fa in particolare l'esempio di Kennedy, in materia di progressiva affermazione dei *gay rights*. E. Voeten, *Public Opinion, the Court, and Justice Kennedy*, all'URL <http://themonkeycage.org/2013/06/public-opinion-the-court-and-justice-kennedy/>, 28 giugno 2013, e letteratura ivi citata; cfr. poi L.K.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

Non è certo questa la sede per approfondire tali articolate prospettive, e le persuasive critiche alle quali sono state sottoposte²¹⁷. Ciò che interessa è unicamente valutare se si tratta di ipotesi in grado di trovare una qualche conferma, limitatamente alla giurisprudenza penale-sanzionatoria di Kennedy (e, quindi, della Corte)²¹⁸ negli ultimi 15 anni circa. Si ritiene che la risposta possa essere positiva. Se si valuta globalmente il *voting record* di Kennedy, soprattutto sull’VIII Emendamento, a partire (indicativamente) dalla pronuncia *Atkins v. Virginia* del 2002, si ricava l’impressione che la sua disponibilità a censurare i più macroscopici eccessi punitivi del *criminal justice system* sia aumentata di pari passo con il maturare della consapevolezza nella società civile (e nella classe politica) circa il fallimento dell’esperimento dell’incarcerazione di massa e l’inutilità di pene così severe. Si tratta, non a caso, di una giurisprudenza “*majoritarian*” che ha, quantomeno come *starting point*, proprio l’accertamento degli *objective indicia of national consensus*. Non è una coincidenza che, oltre alle sentenze in senso stretto, vi siano stati molteplici interventi pubblici e dichiarazioni giudiziali – di cd. *advocacy for criminal justice reform* – volti a stigmatizzare i tratti più disumani della penalità statunitense. Dev’essere notato, inoltre, che anche in altri ambiti, e segnatamente in materia di diritti fondamentali impliciti, Kennedy, nei suoi approdi,

Parshall, *Embracing the Living Constitution*, cit., p. 69-70; N. Devins, *Substantive Due Process, Public Opinion, and the “Right” to Die*, in C. Bradley (ed.), *The Rehnquist Legacy*, Cambridge (Ma.), 2005, p. 327 ss., 337, che osserva “I giudici ‘ago della bilancia’ non hanno preferenze fisse e, in quanto tali, è più probabile che prestino attenzione alle opinioni degli ufficiali eletti, delle elites e del popolo americano”. Sul rapporto tra orientamenti giurisprudenziali della Corte suprema e influenza delle *elites* v. ora l’indagine di N. Devins-L. Baum, *The Company They Keep. How Partisan Divisions Came to The Supreme Court*, New York, 2019, p. 8-12, 21-39, 50-53, 112-114 e *passim*. Il volume è discusso dagli Aa. in R. Collins, *Ask the authors: The Supreme Court and the law of and for elites*, all’URL <https://www.scotusblog.com/2019/01/ask-the-authors-the-supreme-court-and-the-law-of-and-for-elites/>, 23 gennaio 2019.

²¹⁷ T. Goldstein-A. Howe, *But How Will the People Know? Public Opinion as a Meager Influence in Shaping Contemporary Supreme Court Decision Making*, in *Mich. L. Rev.*, 2011, p. 963 ss.; L. Epstein-A.D. Martin, *Does Public Opinion Influence the Supreme Court? Possibly Yes (But We’re Not Sure Why)*, in *J. Const. L.*, 2010, p. 263 ss.; O. Kerr, *Justice Kennedy and the Counter-Majoritarian*, cit., p. 1220-21.

²¹⁸ Come illustrato sopra, il significato del divieto di pene crudeli ed inusuali nella giurisprudenza costituzionale contemporanea è stato *quasi* sempre determinato dalle oscillazioni di Kennedy.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

sembra essersi allineato al sentire collettivo, talvolta anticipando, in maniera controversa, i tempi del processo decisionale maggioritario: si pensi alle sentenze sul reato di sodomia (*Lawrence v. Texas*) o sui matrimoni gay (*Obergeffel v. Hodges*).

Vi è pertanto da chiedersi se in un futuro prossimo la Corte proseguirà con questa tendenza – tenendo in adeguata considerazione le istanze di riforma penale espresse a livello statale, locale e federale, oggetto, peraltro, di convergenza *bipartisan* tra le forze politiche – ovvero reagirà diversamente. Non è agevole fare previsioni. Tuttavia, l'intensa politicizzazione conservatrice²¹⁹ della selezione dei candidati e dello stesso processo di nomina e conferma del giudice Kavanaugh – lo si vedrà – che costituiscono la prosecuzione del disegno iniziato con il rifiuto da parte del Senato a maggioranza repubblicana di tenere una *confirmation hearing* sul successore del defunto giudice Scalia, Merrick Garland, nominato nel 2016 da Obama, portano a ipotizzare che la composizione attuale della Corte si assesterà su posizioni più conservatrici non soltanto rispetto all'opinione pubblica, ma anche alle altre due *branches of government*²²⁰ (legislatore e governo federali).

²¹⁹ E' noto che, a partire dagli anni '80 del secolo scorso, in reazione alle stagioni di cd. *judicial activism* progressista della Corte Warren e della prima Corte Burger, vi è stata una forte mobilitazione culturale ed economica conservatrice per influenzare maggiormente il procedimento di nomina e ratifica senatoriale dei giudici federali, attraverso l'azione di *Think Tanks*, quali ad esempio la Federalist Society o l'Heritage Foundation. Tale fenomeno si è intensificato nel corso degli anni, raggiungendo probabilmente il suo apice durante il mandato presidenziale di Trump, che ha fatto delle *judicial politics* sottese alle nomine dei giudici federali una delle sue priorità, ottenendo risultati quantitativamente importanti e garantendosi un lascito duraturo e diffuso a livello di ideologia giudiziaria (si pensi ai giudici Kavanaugh e Gorsuch nominati alla Corte suprema e ai 180 giudici d'appello che Trump avrà nominato entro la fine del suo primo mandato presidenziale), cfr. 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; A. Stockler, *Donald Trump is on track to confirm 180 federal judges – just as he predicted in november*, all'URL <https://www.newsweek.com/donald-trump-judges-nominees-senate-mcconnell-1475828>, 7 dicembre 2019.

²²⁰ In tal senso v. J. Bernstein, *The next Supreme court won't reflect public opinion*, <https://www.seattletimes.com/opinion/the-next-supreme-court-wont-reflect-public-opinion/>, 28 giugno 2018.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

8. *Il judicial cosmopolitanism di Justice Kennedy: l'apertura all'utilizzo di fonti internazionali come fattore importante nell'evoluzione complessiva della sua giurisprudenza in materia penale?*

8.1. *L'utilizzo dell'argomento comparatistico*

L'utilizzo dell'argomento comparatistico nella giurisprudenza costituzionale statunitense, pur se recentemente sottoposto a critiche ed attacchi politici²²¹, può dirsi tutto sommato abbastanza consolidato, specialmente nei settori di nostro interesse (VIII Emendamento e *substantive due process*)²²². Il giudice Breyer può ritenersi il componente del collegio che ha articolato maggiormente le sue opinioni in materia, a livello teorico e di produzione scientifica²²³. Altri giudici, come ad esempio Ginsburg e O'Connor²²⁴, non hanno mancato di rilevare l'opportunità di considerare le fonti del diritto straniero o sovranazionale, attribuendo loro *persuasive authority* in seno ai

²²¹ Nella dottrina italiana v. ad es.: L. Fabiano, *Tanto rumore per nulla: il dibattito sull'uso del diritto e del precedente straniero fra i giudici della Corte suprema statunitense*, in AA.VV., P. Martino (a cura di), *I giudici di common law e la (cross) fertilization: i casi di Stati Uniti d'America, Canada, Unione Indiana e Regno Unito*, Roma, 2014, p. 17 ss.; L. Pierdominici, *U.S.A.: diritto straniero, diritto comparato, diritto internazionale, loro presunto uso strategico a fini politici nella giurisprudenza costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 7 aprile 2013.

²²² Senza pretesa d'eshaustività: S.H. Cleveland, *Our International Constitution*, in *Yale L. J. Int'l L.*, 2006, p. 1 ss., pp. 70-87; L. Greenhouse, *The U.S. Supreme Court: a Very Short Introduction*, New York, 2012, pp. 83-88.

²²³ S. Breyer, *The Court and the World. American Law and New Global Realities*, New York, 2015, p. 236-246 e *passim*, ben recensito da: A. Golia, Jr, *Un manifesto per il giudice nella globalizzazione*, in *Oss. Cost.*, 2016, 3, 12 settembre 2016; N. Dorsen, *The relevance of foreign legal materials in U.S. constitutional cases: A conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2005, p. 519 ss.

²²⁴ S.H. Farbstain, *Justice Ginsburg's International Perspective*, in *Essays in Honor of Justice Ruth Bader Ginsburg*, all'URL <https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/10582557/Farbstein.pdf>, 4 febbraio 2013; S.D. O'Connor, *Keynote Address to the Annual Meeting of the American Society of International Law*, all'URL <http://opiniojuris.org/2005/07/05/justice-oconnor-and-the-complexities-of-international-law/>, 7 luglio 2005.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

ragionamenti della Corte (non, dunque, efficacia vincolante, *binding authority*).

8.2. *Il contributo di Kennedy*

Analoga la posizione di Kennedy, il quale, però, ha assunto un ruolo affatto preminente²²⁵. Kennedy è stato il più costante e coerente nell'effettuare riferimenti a ordinamenti stranieri e sovranazionali (a sentenze o a dati normativi), sempre ed unicamente con scopo di rafforzamento argomentativo – nei cd. *dicta* non vincolanti²²⁶ – per “confermare” l'esito dell'analisi costituzionale basata su dati interni. Molti hanno posto in relazione tale orientamento con diversi fattori, collegati tra loro: il suo *background* cosmopolita; la professione di docente di diritto costituzionale comparato; la partecipazione a numerosi progetti, specialmente nella fase di transizione democratica post-caduta del Muro di Berlino, alla diffusione del *Rule of Law* nel mondo; l'ottimistica fiducia, di stampo neo-costituzionalistico²²⁷, nel cd. Dialogo tra Corti ed in una “comunità globale” di giudici, che, attraverso un'interpretazione moralmente illuminata, sia in grado di rimediare alle patologie delle democrazie contemporanee ed all'instabilità sociopolitica che caratterizza l'epoca post-moderna²²⁸.

²²⁵ V.C. Jackson, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, New York, 2010, pp. 75, 106, 184-85, 194-95; F.J. Colucci, *Justice Anthony Kennedy's Comparative Constitutionalism*, all'URL <https://www.cpsa-acsp.ca/papers-2005/Colucci.pdf>; Id., *Justice Kennedy's Jurisprudence*, cit., p. 21-31; S.C. McCafrey, *There's a Whole World Out There*, cit., p. 201 ss.; H.J. Knowles, *The Tie Goes to Freedom*, cit., p. 35-39.

²²⁶ Sulla fondamentale (e assai problematica) distinzione tra *holdings* e *dicta*, cfr. R. Kozel, *Settled versus Right*, cit., p. 70-94, 145-153.

²²⁷ R.A. Posner, *How Judges Think*, cit., p. 347-368, sembra criticare “pragmaticamente” proprio l'antidemocraticità di tale fiducia nei confronti della *judicial supremacy* globale, sottesa all'utilizzo dell'argomento comparatistico di Kennedy.

²²⁸ Kennedy ha dedicato un'intera carriera – da professore e da giudice – a studiare, promuovere, insegnare ed esportare nel mondo il modello di *Rule of Law* statunitense, con il grande merito, però, di sapersi aprire alle esperienze di altri ordinamenti costituzionali democratici. Le ha richiamate direttamente nelle sue argomentazioni – esprimendo la vocazione universalistica della *human rights law* – spesso nel tentativo di correggere alcuni eccessi, che rischiano di delegittimare il modello statunitense agli occhi della comunità globale. Più diffusamente, v. le indagini

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

Altrettante le critiche rivolte a quello che è stato definito un mero artificio argomentativo, un sofisma finalizzato soltanto a mascherare l'imposizione elitaria ed antidemocratica delle proprie preferenze politiche, a discapito del principio di *self government*²²⁹.

8.3. Gli effetti del cd. constitutional comparativism in materia penale

Al di là delle *cause* che hanno portato Kennedy a fare ampio affidamento sulla *foreign law*, a rilevare in questa sede sono gli *effetti* in ambito penale.

Nella sentenza *Lawrence v. Texas*, il giudizio d'incostituzionalità dell'anacronistica fattispecie di sodomia è stato legittimato anche dal riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU²³⁰. In *Roper v. Simmons*, la pena di morte nei confronti dei minorenni viene censurata perché, oltre ad essere sempre meno comminata dai legislatori e irrogata dalle giurie nella nazione, ed inidonea a perseguire le legittime

di S.C. McCafrey, *There's a Whole World Out There*, cit., 201 ss.; J. Toobin, *Swing Shift*, cit., Id., *The Nine*, cit., p. 212 ss., 366 ss.

²²⁹ Cfr. P. Insolera, *Da Scalia a Gorsuch: giudici "originalisti"*, cit., p. 148-150, al quale ci si permette di rimandare.

²³⁰ Specificamente alla nota sentenza Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Dudgeon c. Regno Unito*, 22.10.1981. Kennedy in *Lawrence v. Texas* valorizza la pronuncia della Corte EDU, in particolare, per giustificare l'*overruling* del precedente *Bowers*, basato sull'erronea premessa, enunciata dal Presidente Burger, che "le decisioni degli individui in relazione alla condotta omosessuale sono stati soggetti all'intervento statale nel corso della storia della civiltà occidentale. La condanna di tali pratiche è saldamente radicata negli standard morali ed etici giudaico-cristiani". La sentenza *Dudgeon c. Regno Unito* smentisce tale assunto. Argomenta Kennedy: "Nella misura in cui *Bowers* si fondava su valori che noi condividiamo con una civiltà più ampia, deve notarsi che il *reasoning* e l'*holding* di *Bowers* sono stati respinti altrove. La Corte EDU non ha seguito *Bowers* ma il proprio giudizio nel caso sopracitato. Anche altre nazioni hanno agito coerentemente con l'affermazione della protezione del diritto degli adulti omosessuali di dedicarsi a condotte private e consensuali. Il diritto che il ricorrente cerca di vedersi riconosciuto in questo caso è stato accettato quale parte integrante della libertà umana in numerosi altri paesi. Non si è dimostrato che in questo paese l'interesse pubblico nel limitare la libertà di scelta della persona sia in qualsiasi modo più legittimo o pressante", v. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 576-77 (2003).

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

finalità sanzionatorie, viene ripudiata totalmente sul piano globale²³¹. In *Graham v. Florida*, la censura per sproporzione dell'ergastolo *sine die* comminato ai minorenni per reati diversi dall'omicidio si fonda su un *reasoning* omologo a quello di *Roper*, con l'amara constatazione finale che gli Stati Uniti erano tra i pochissimi paesi nel mondo – e l'unica democrazia – ad autorizzare tale pratica sanzionatoria²³². Insomma, alcune “punte dell'iceberg” dell'eccezionalismo punitivo statunitense sono state rimosse dall'ordinamento grazie al significativo supporto dei trend internazionali e globali, dati per acquisiti in seno alla cd. “cultura dei diritti”.

8.4. *Gli scenari attuali*

²³¹ In *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, 575-78, (2005) si statuisce: “La nostra determinazione che la pena di morte è una sanzione sproporzionata per i rei minori di anni 18 trova conferma nella cruda realtà che gli Stati Uniti sono l'unico paese al mondo che continua a dare approvazione ufficiale alla pena di morte per i minori. Questa realtà non diventa dirimente, perché il compito di interpretare l'Ottavo Emendamento resta nostra responsabilità. Tuttavia, almeno a partire dalla decisione della Corte in *Trop v. Dulles*, la Corte ha fatto riferimento alle leggi di altri paesi ed alle autorità internazionali in quanto istruttive per la propria interpretazione della proibizione di pene crudeli ed inusuali dell'Ottavo Emendamento”. “E' opportuno riconoscere il peso schiacciante dell'opinione internazionale contraria alla pena di morte per i minori, fondato in gran parte sulla consapevolezza che l'instabilità e lo squilibrio emotivo delle persone giovani può spesso essere un fattore nel crimine. L'opinione della comunità mondiale, anche se non determina il nostro esito, fornisce conferma autorevole e significativa delle nostre conclusioni”.

²³² In *Graham v. Florida*, 130 S. Ct. 2011, 2033-34 (2010), la *majority opinion* osserva che gli U.S.A. “nel continuare ad imporre l'ergastolo senza possibilità di libertà condizionale ai minori che non hanno commesso un omicidio ... aderiscono ad una pratica sanzionatoria ripudiata in tutto il mondo” ... “questa osservazione non determina la nostra decisione e le opinioni delle altre nazioni e della comunità internazionale non sono dispositive in riferimento al significato dell'Ottavo Emendamento” ... “la temperie dell'opinione internazionale in relazione all'accettabilità di una determinata pena non è nemmeno irrilevante”. Nel ritenere inconferenti le osservazioni nelle memorie degli amici curiae dello Stato della Florida, che sostenevano la necessità di ignorare l'opinione internazionale, Kennedy rammenta il precedente, secondo cui “la Corte ha considerato le leggi e le pratiche delle altre nazioni e i patti internazionali rilevanti nell'interpretare l'Ottavo Emendamento, non perché quelle norme sono vincolanti o dispositive, ma perché l'opinione delle nazioni del mondo sul fatto che una certa pratica sanzionatoria è in contrasto con fondamentali principi di decenza dimostra che la motivazione della Corte è supportata da un'argomentazione rispettata”.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

Viste le critiche dei giudici conservatori e del Partito Repubblicano al *constitutional comparativism*, mosse da intenti autarchici e neoisolazionisti, occorre domandarsi quale potrà essere il futuro di tale controversa pratica, ora che uno dei suoi più attivi sostenitori si è ritirato.

Sotto questo profilo, vi sono certamente notevoli “*global implications*” connesse al pensionamento di Kennedy. Come si è osservato²³³: “nel corso degli ultimi tre decenni, Kennedy ha coltivato una relazione evolutiva e sempre più proficua tra gli Stati Uniti ed il diritto internazionale. Chiunque gli succeda adotterà un approccio più conservatore, aprendo un possibile fronte di conflitto tra un’America ossessionata dalla sovranità ed il *Rule of Law* internazionale”. L’attuale contesto politico dell’*America First*, caratterizzato dal continuo riecheggiare di afflati sovranisti e nativisti da parte di Trump²³⁴, si declina, a livello giudiziario, nelle tesi conservatrici/originaliste, che sostengono “la nozione che la Costituzione statunitense sia sigillata ermeticamente, per evitare il contagio da parte di ragionamenti giuridici e tendenze in altri paesi, persino di democrazie simili”²³⁵. La nomina di Kavanaugh²³⁶, dunque, prelude probabilmente ad un ulteriore ridimensionamento nell’uso (già parco) dell’argomento comparativo e ad un atteggiamento di chiusura totale nei confronti della comunità globale. Ciò, si badi, si mostra in linea con quanto affermato subito dopo l’annuncio del *retirement* di Kennedy da un noto membro del *legal team* presidenziale designato per selezionare e proporre i potenziali candidati alla nomina a giudici supremi. Egli ha sottolineato che un requisito essenziale per essere confermato all’Alta Corte è quello di “rifiutare ogni tipo di riferimento alle corti di paesi stranieri”. Analogamente, il programma repubblicano per le presidenziali del 2016, precisava che “i legittimi poteri del governo sono radicati nel

²³³ S.M. Patrick, *The Global Implications*, cit.

²³⁴ Vds. E. Grande, *Usa, Kavanaugh alla Corte Suprema*, cit.

²³⁵ S.M. Patrick, *The Global Implications*, cit.

²³⁶ In dottrina si osserva che: “Kavanaugh sembra meno incline rispetto al giudice Kennedy a consultare principi di diritto internazionale per orientare la sua interpretazione di una determinata normativa ordinaria o previsione costituzionale in assenza di un’espressa direttiva in tal senso”, cfr. A. Nolan-C. Deveraux Lewis, *Judge Brett M. Kavanaugh*, cit., p. 133.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

consenso del popolo americano” e “l’attivismo giudiziario che include l’affidamento sul diritto straniero e sui trattati non ratificati indebolisce la sovranità americana”²³⁷.

Il quadro sopra tratteggiato, in definitiva, comporta due fondamentali conseguenze negative.

Su un piano generale, si assisterà verosimilmente al proseguimento di un fenomeno, già noto ed in atto da tempo (in particolare dal post-11 settembre 2001): il declino del ruolo di modello e della leadership globale della democrazia statunitense quale garante del *Rule of law*, e, più specificamente in ambito giudiziario, “la graduale perdita della posizione preminente della Corte suprema statunitense quale fonte principale di influenza sulle alte corti di altre nazioni”, a vantaggio di altre nazioni²³⁸. Per quanto attiene al tema di indagine, invece, è chiaro che negare in radice la legittimità del ricorso alla consultazione delle leggi e delle sentenze di altri paesi democratici (o di istituzioni sovranazionali poste a presidio dei diritti umani fondamentali), riduce drasticamente la possibilità di pervenire ad esiti decisori di invalidazione dei caratteri più “straordinari” – *i.e.* meno in linea con gli standard condivisi tra le democrazie occidentali e nella *international human rights law* – propri del sistema punitivo nordamericano.

²³⁷ S.M. Patrick, *The Global Implications*, cit.

²³⁸ In tema v. U. Mattei, *Il modello di common law*, cit., p. 140 ss.; D.S. Law-M. Versteeg, *The Declining Influence of the United States Constitution*, in *N.Y.U. L. Rev.*, 2012, p. 762 ss.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

9. Boumediene v. Bush: *il diritto di habeas corpus non può essere denegato agli enemy combatants stranieri detenuti a Guantanamo*

9.1. *I cd. Guantanamo cases*

Una sintesi di alcune caratteristiche salienti della giurisprudenza di Kennedy²³⁹ si rinviene nel *landmark case Boumediene v. Bush*²⁴⁰. Si tratta del principale dei cd. *Guantanamo cases*²⁴¹, nei quali la Corte suprema ha stabilito i limiti alla detenzione dei cd. *enemy combatants* da parte del governo federale nella *War on Terror* successiva all'11 settembre 2001, e quali fossero le autorità giudiziarie competenti a giudicare i ricorsi dei detenuti nel carcere di Guantanamo, nonché il livello di garanzie processuali imposto²⁴².

Per comprendere significato e portata del *landmark case Boumediene*, occorre svolgere alcuni cenni sui precedenti sviluppi. Come noto, dopo l'emanazione da parte del Congresso dell'*Authorization of Use of Military Force*²⁴³ (A.U.M.F.), nella *War on terror* globale, il governo statunitense cominciò a catturare, nei teatri di guerra (Afghanistan ed Iraq), ed anche sul territorio nazionale,

²³⁹ L'importanza del principio di separazione dei poteri (cd. *structural protection*), quale presidio della libertà individuale, e la concezione "dinamico-espansiva" del potere giudiziario A. Nolan-K.M. Lewis-V.C. Brannon, *Justice Kennedy: His Jurisprudence*, cit., p. 13, 24-25; L. Tribe-J. Matz, *Uncertain Justice*, cit., p. 197.

²⁴⁰ 553 U.S. 723 (2008)

²⁴¹ Cfr. *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004); *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006), e l'anzidetta *Boumediene v. Bush*. Su tali arresti, in una letteratura sterminata, senza pretesa d'esaustività, cfr.: L. Tribe-J. Matz, *Uncertain Justice*, cit., p. 188-202; E. Chemerinsky, *The Case Against*, cit., p. 159 ss.; Id., *The Conservative Assault*, cit., p. 67 ss., 90 ss.; Id., *Constitutional Law*, cit., p. 384-392; S. Breyer, *The Court and the World*, cit., p. 65-87; C. Drigo, *Le Corti costituzionali*, cit., p. 331-349, anche per ulteriori riferimenti.

²⁴² S. Breyer, *The Court and the World*, cit., p. 68; L. Tribe-J. Matz, *Uncertain Justice*, cit., p. 192.

²⁴³ Authorization for Use of Military Force, Publ. L. No. 107-40, 115 (Stat.) 224 (2001), con la quale il Congresso autorizzò il Presidente G.W. Bush ad utilizzare "*all necessary and appropriate force against those nations, organizations, or persons he determines planned, authorized, committed, or aided the terrorists attacks ... or harbored such organizations or persons*".

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

numerosi soggetti, cittadini e stranieri, e ad imprigionarli nel carcere della base navale Guantanamo Bay, sito a Cuba, la quale vi mantiene formale sovranità, ma dove, in forza di un trattato del 1903, gli U.S.A. esercitano “*complete jurisdiction and control*”. La collocazione al di fuori dei confini nazionali, insieme agli atti dell’esecutivo che qualificarono i soggetti catturati come “*enemy combatants*”²⁴⁴, determinarono l’aggiramento dell’applicazione delle garanzie costituzionali nazionali, nonché del diritto internazionale pattizio, allo scopo di procedere senza ostacoli e limiti temporali. Tale quadro non imponeva infatti al governo federale di elevare formali capi d’accusa nei confronti dei “nemici combattenti”, né di assicurare loro lo svolgimento di udienze ed il diritto di difendersi provando, lasciando uno spazio molto ampio, non sottoposto a *judicial review* (un cd. *legal black hole*), rispetto, ad esempio, alla valutazione del fondamento fattuale/probatorio della restrizione di libertà, alle condizioni di detenzione ed ai metodi con i quali venivano condotti gli interrogatori dei sospetti terroristi ristretti a Guantanamo.

L’esercizio espansivo del potere esecutivo, privo di controllo giudiziale, in tempo di emergenza nazionale, si mostrava in forte tensione con fondamentali principi di separazione dei poteri, cardine del *Rule of Law*. Non tardarono ad essere esperiti numerosi ricorsi avverso siffatto regime, del tutto senza precedenti. La Corte, che già in passato aveva sindacato provvedimenti straordinari in tempo di emergenza, mostrando un atteggiamento di marcato *self restraint* nei confronti delle decisioni assunte nel circuito politico²⁴⁵, è stata a più riprese investita di questioni inerenti alla legittimità del “sistema Guantanamo”, specialmente con riguardo alla possibile applicabilità del *due process* ed all’estensione territoriale dell’*habeas corpus*, lo strumento principe per lamentare l’illegalità della detenzione nella tradizione di *common law*. I giudici di Washington si sono in parte distaccati dal tradizionale disimpegno nei confronti della cd. *political*

²⁴⁴ La prima definizione normativa di *enemy combatant* è contenuta in un’ordinanza del Dipartimento della Difesa del 7 luglio 2004, istitutiva dei *Combatant Status Review Tribunals*, come riporta C. Drigo, *Le Corti costituzionali*, cit., p. 334, nt. 128, alla quale si rinvia per la definizione integrale, successivamente emendata dal *Military Commission Act* del 2006.

²⁴⁵ Cfr. di recente E. Chemerinsky, *The Case Against*, cit., p. 54-59; Id., *Constitutional Law*, cit., p. 712 ss.; S. Breyer, *The Court and the World*, cit., p. 31 ss.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

question, e, nel porre significativi limiti ai poteri dell'esecutivo e rivendicare il ruolo di contrappeso fondamentale del giudiziario anche nella *War on Terror*, hanno fatto segnare diverse battute d'arresto nel progetto di guerra totale dell'amministrazione Bush.

In *Hamdi v. Rumsfeld*²⁴⁶, la Corte giudicava su ricorso proposto da un cittadino statunitense catturato in Afghanistan nel 2001, e detenuto a tempo indeterminato quale "nemico combattente" prima a Guantanamo, e poi in una base militare in South Carolina. Hamdi aveva inoltrato un'istanza di *habeas corpus*, che era stata ritenuta meritevole d'approfondimento probatorio in primo grado, ma rigettata in appello dal Quarto Circuito, sulla base della condivisione degli argomenti avanzati dal governo federale, che sosteneva l'ampia autorità del Presidente ai sensi dell'art. II Cost. ed il conseguente obbligo del giudiziario di non sindacare le decisioni del circuito politico in materia di sicurezza nazionale. Il supremo collegio non conferma tale decisione. Nella *plurality opinion* di O'Connor, da un lato, si afferma la legittimità della detenzione degli "enemy combatants" in base all'A.U.M.F., insistendo però sulla necessità che siano riconosciute alcune garanzie processuali minime – in base al noto *Eldridge test*²⁴⁷ – seppur non piene; si suggerisce inoltre al governo di istituire tribunali *ad hoc* competenti a valutare la base fattuale/probatoria per la detenzione dei nemici combattenti²⁴⁸. Dall'altro lato, la Corte ritiene destituita di ogni fondamento la pretesa del governo, connessa agli ampi poteri riconosciuti al Presidente in tempo di guerra dall'art. II Cost., di privare della libertà personale cittadini statunitensi potenzialmente *sine die* senza alcuna verifica giudiziale: dev'essere infatti mantenuto un equilibrio, necessario a preservare le libertà individuali anche in tempo

²⁴⁶ In dottrina v. L. Tribe-J. Matz, *Uncertain Justice*, cit., p. 193-194; E. Chemerinsky, *The Case Against*, cit., p. 80-82; Id., *Constitutional Law*, cit., p. 385-386; S. Breyer, *The Court and the World*, cit., p. 71-73; C. Drigo, *Le Corti costituzionali*, cit., p. 335-337.

²⁴⁷ Un test di bilanciamento tra diritti individuali e interessi pubblici, elaborato nella decisione *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976), v. E. Chemerinsky, *Constitutional Law*, cit., p. 591 ss.

²⁴⁸ In effetti, successivamente il Dipartimento della Difesa creò i cd. *Combatant Status Review Tribunals* con l'ordinanza del 7 luglio 2004.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

di crisi, concedendo agli *enemy combatants* il diritto di lamentare l'illegalità della detenzione in sede di *habeas corpus*²⁴⁹.

In pari data viene deciso anche il noto caso *Rasul v. Bush*²⁵⁰. Tre cittadini stranieri (australiani e britannici) ristretti a Guantanamo inoltravano istanza di *habeas corpus*, il governo federale resistente eccepiva il difetto di giurisdizione delle corti federali su tali ricorsi, in base al noto precedente *Johnson v. Eisenstrager*²⁵¹. In *Johnson*, caso risalente alla fase successiva alla Seconda Guerra mondiale, la Corte respinse il ricorso di *habeas corpus* di 21 soldati tedeschi, catturati in Cina, mentre agivano in supporto del Giappone per conto del governo tedesco, prima che la Germania capitolasse. I militari venivano presi in custodia dall'Esercito statunitense e processati dinanzi alla Commissione Militare per avere violato le leggi di guerra, in ragione del supporto militare fornito alle forze giapponesi, prima che il Giappone capitolasse. I militari furono condannati e rimpatriati in Germania, per scontare la pena in una prigione militare controllata dall'esercito statunitense. La Corte statuí il difetto di giurisdizione delle corti federali statunitensi. In *Rasul*, nell'opinione della Corte, estesa da Stevens, si

²⁴⁹ “ We necessarily reject the Government's assertion that separation of powers principles mandate a heavily circumscribed role for the courts in such circumstances. Indeed, the position that the courts must forgo any examination of the individual case and focus exclusively on the legality of the broader detention scheme cannot be mandated by any reasonable view of separation of powers, as this approach serves only to condense power into a single branch of government. We have long since made clear that a state of war is not a blank check for the President when it comes to the rights of the Nation's citizens. *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, ' 343 U. S., at 587. Whatever power the United States Constitution envisions for the Executive in its exchanges with other nations or with enemy organizations in times of conflict, it most assuredly envisions a role for all three branches when individual liberties are at stake. ... Likewise, we have made clear that, unless Congress acts to suspend it, the Great Writ of *habeas corpus* allows the Judicial Branch to play a necessary role in maintaining this delicate balance of governance, serving as an important judicial check on the Executive's discretion in the realm of detentions. ... it would turn our system of checks and balances on its head to suggest that a citizen could not make his way to court with a challenge to the factual basis for his detention by his government, simply because the Executive opposes making available such a challenge. Absent suspension of the writ by Congress, a citizen detained as an enemy combatant is entitled to this process”.

²⁵⁰ Cfr. *amplius*: L. Tribe-J. Matz, *Uncertain Justice*, cit., p. 194; E. Chemerinsky, *The Case Against*, cit., p. 83-84; Id., *Constitutional Law*, cit., p. 387-388; S. Breyer, *The Court and the World*, cit., p. 69-71; C. Drigo, *Le Corti costituzionali*, cit., p. 337-39.

²⁵¹ 339 U.S. 763 (1950)

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

operò un *distinguishing* rispetto a *Johnson*: in quel caso i militari erano stati giudicati dopo un processo di fronte ad un tribunale militare, mentre i prigionieri di Guantanamo non avevano goduto di nessuna forma di *due process*. Inoltre, in maniera decisiva, la Corte, in punto di sovranità, sviluppò un'analisi non fondata su criteri formalistici, evidenziando che Guantanamo è un territorio funzionalmente sotto il controllo del governo statunitense. Non si stabilirono le precise forme e la tipologia di udienza che doveva essere garantita agli *enemy combatants*, limitandocisi ad affermare la giurisdizione delle corti federali sulle istanze di *habeas corpus*.

Nell'ultimo caso precedente a *Boumediene, Hamdan v. Rumsfeld*²⁵², la Corte ha dichiarato l'illegittimità dei tribunali militari istituiti dal governo Bush²⁵³ per valutare i ricorsi dei "nemici combattenti", ritenendo la loro istituzione contrastante con le previsioni legislative vigenti in materia²⁵⁴.

Come si è rilevato a margine dei tre casi sopra richiamati²⁵⁵, la Corte, pur senza rinunciare a sindacare l'esercizio dei poteri dell'esecutivo in una fase d'emergenza, ha agito in maniera cauta, risolvendo le questioni "on statutory grounds", senza spingersi a valutare profili di costituzionalità. La preoccupazione centrale è stata quella di riconoscere un ruolo di rilievo al Congresso nella gestione delle emergenze costituzionali, sollecitando un maggior controllo e bilanciamento reciproco tra i cd. *war-making branches of government*. La Corte sembra ritenere legittima la sospensione delle garanzie costituzionali soltanto in presenza di un'azione congiunta dei poteri dello Stato.

²⁵² L. Tribe-J. Matz, *Uncertain Justice*, cit., p. 195; E. Chemerinsky, *The Case Against*, cit., p. 84; Id., *Constitutional Law*, cit., p. 387-388; S. Breyer, *The Court and the World*, cit., p. 73-75; C. Drigo, *Le Corti costituzionali*, cit., p. 339-40.

²⁵³ Military Commission Order No. 1.

²⁵⁴ In particolare con l'*Uniform Code of Military Justice* e con le disposizioni internazionali pattizie che regolano il diritto umanitario di guerra (art. 3 della III Convenzione di Ginevra). I profili principali che rendono le Commissioni illegittime, perché in contrasto con il Codice di giustizia militare, sono i metodi coercitivi per raccogliere le testimonianze e la negazione della possibilità di essere presente al processo per il detenuto.

²⁵⁵ C. Drigo, *Le Corti costituzionali*, cit., p. 340-343.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

9.2. Boumediene v. Bush

Il vero *punctum crucis* della questione viene giudicato proprio nel caso *Boumediene* del 2008. Dopo l’emanazione del *Military Commission Act*²⁵⁶ nel 2006, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sull’esistenza o meno di un diritto costituzionale all’*habeas corpus* per i “nemici combattenti” stranieri ristretti a Guantanamo. In particolare, la sez. 7 di tale normativa precludeva espressamente a questi ultimi l’accesso alla giurisdizione federale. Boumediene sosteneva il contrasto della disposizione con la *Suspension Clause*, di cui all’Art. I, § 9, Cl. 2, Cost., che dispone: “Il privilegio dell’*habeas corpus* non sarà sospeso se non quando, in caso di ribellione o di invasione, lo esiga la sicurezza pubblica”. Per avere successo nel *constitutional challenge* occorreva anzitutto convincere la Corte ad ampliare l’estensione territoriale del *writ of habeas corpus* al territorio di Guantanamo Bay, “formalmente” sotto la sovranità cubana; in secondo luogo, invalidare una disposizione emessa congiuntamente dal Congresso e dal Presidente in tempo di guerra. La *majority opinion* di Kennedy²⁵⁷ ripercorre nel dettaglio la storia dell’*habeas corpus* nella tradizione di *common law* inglese, costellata di abusi da parte della Corona: “I padri fondatori sapevano che le oscillazioni pendolari verso e lontano dalla libertà individuale erano connaturate al potere non diviso, incontrollato”... “la loro intrinseca sfiducia nei confronti del governo era la forza trainante del programma costituzionale che ha distribuito i poteri tra tre branche indipendenti”... “questo progetto non serve soltanto a rendere il Governo responsabile, ma anche ad assicurare la libertà individuale”. Il *writ of habeas corpus* è “un meccanismo essenziale nello schema della separazione dei poteri”, pertanto i padri fondatori lo hanno cucito nel tessuto della Costituzione²⁵⁸, assicurando che “il potere giudiziario abbia uno strumento collaudato nel tempo, il *writ of habeas corpus*, per mantenere il delicato equilibrio di governo che è di per sè stesso la più sicura garanzia di libertà”. Il sistema di *checks and balances* prevede un controllo incrociato ed un costante dialogo tra i poteri (cd. *interbranch*

²⁵⁶ Publ. L. No. 109-366, 120 Stat. 2600 (2006).

²⁵⁷ Vengono tradotti i passaggi più significativi della pronuncia, riportati in L. Tribe-J. Matz, *Uncertain Justice*, cit., p. 197-199.

²⁵⁸ L. Tribe-J. Matz, *Uncertain Justice*, cit., p. 197.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

dialogue); mai come quando vi è un'incontrollata concentrazione di potere nelle mani del Presidente e del Congresso, il giudiziario è chiamato ad agire in maniera indipendente e dinamica. Un sistema di detenzione *sine die*, controllata esclusivamente dal circuito politico, dà vita ad un nuovo modello di separazione dei poteri, diverso da quello scolpito in Costituzione, esposto al pericolo di abusi ed incapace di preservare la libertà personale.

Non è pertanto corretto basare l'analisi su criteri esclusivamente formalistici, connessi alla mancanza di sovranità statunitense su Guantanamo, per negare l'estensione territoriale dell'*habeas corpus*²⁵⁹. Al contrario, poiché la base "è sotto il completo e totale controllo del nostro Governo ... sotto ogni profilo pratico", considerazioni pragmatiche impongono di ritenere che "Guantanamo non è all'estero". Permettere che il concetto formale di sovranità controlli lo scrutinio di costituzionalità della normativa avrebbe effetti inaccettabili: "La necessaria implicazione dell'argomento è che consegnando la formale sovranità su un territorio straniero ad una parte terza, e stipulando un accordo che allo stesso tempo riconcede controllo totale sul territorio agli U.S.A., sarebbe possibile per le branche politiche governare senza alcun limite di legalità". Costituirebbe un'evidente anomalia "un regime nel quale il Congresso ed il Presidente, *say what the law is*" ... "la nostra Carta fondamentale non può ritrarsi in questo modo".

Kennedy, mosso dall'esigenza di rispettare le garanzie fondamentali che soltanto la giurisdizione può presidiare, respinge anche l'ulteriore argomento avanzato dal governo, secondo cui i tribunali composti da soggetti nominati dall'esecutivo, i *Combatant Status Review Tribunals (CSRT)*, istituiti nel 2004 dopo *Rasul* e *Hamdi*, costituivano un "*adequate substitute*" all'*habeas corpus*. Ai "nemici combattenti", conformemente alle procedure dinanzi ai tribunali governativi, non era infatti consentito produrre elementi probatori per confutare la qualifica del governo a fondamento della detenzione; non era garantita l'assistenza da parte di un legale; non era garantito

²⁵⁹ Come osserva C. Drigo, *Le Corti costituzionali*, cit., p. 345, "il *fil rouge* costante è l'importanza centrale che assumono le *practical considerations*, e non il formalismo, nella definizione del caso", evidenziandosi "un approccio eminentemente pragmatico ed orientato alla valorizzazione del dato sostanziale".

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

l'accesso ai documenti governativi coperti da segreto, spesso decisivi, perché contenenti gli elementi a supporto della qualifica di *enemy combatants*; era concessa la possibilità soltanto virtuale per il soggetto ristretto di confrontarsi direttamente con i propri accusatori, vista l'ampia ammissibilità delle testimonianze *de relato*²⁶⁰. La Corte, alla luce di tali macroscopiche deficienze, sottolineò “il considerevole rischio di errore nell'accertamento fattuale dei tribunali”, e statuì che “dato che la conseguenza dell'errore può essere la detenzione per la durata delle ostilità, che può essere una generazione o più, questo è un rischio troppo grave per essere ignorato”. Le protezioni processuali minime che debbono essere garantite dalle corti quali “sostitutivo adeguato” dell'*habeas review* implicano almeno: 1) la correzione degli errori e dei vizi nel procedimento dinanzi al *Combatant Status Review Tribunals*; 2) la valutazione della sufficienza delle prove a carico del detenuto; 3) l'ammissione e la valutazione di prove a discarico non precedentemente considerate. Il procedimento di fronte ai *CSRTs* si manifesta inadeguato e comporta il rischio di molteplici violazioni costituzionali, giacché non prevede disposizioni che consentano: 1) alla Corte d'Appello competente (D.C. Circuit) di ordinare la scarcerazione; 2) ai detenuti di proporre un *constitutional challenge* avverso l'autorità presidenziale, ex art. II, sez. II, cl. I, di disporre una detenzione per tempo indefinito; 3) alla Corte d'Appello di sindacare ed eventualmente rettificare gli accertamenti fattuali dei tribunali governativi; 4) ai detenuti di produrre nuove prove a discarico scoperte dopo la conclusione del procedimento dinanzi ai tribunali governativi. Nel rimarcare l'importanza di un “dialogo collaborativo” tra poteri (cd. *interbranch dialogue*) in questioni così sensibili per le libertà fondamentali, Kennedy riconosce che la protezione della sicurezza nazionale implica un ruolo preminente per l'attività di *intelligence* e militare, che tuttavia “si nutre della fedeltà ai fondamentali principi di libertà ... primi fra questi, vi sono la libertà da una restrizione arbitraria ed illegittima e la libertà personale che è assicurata dall'aderenza alla separazione dei poteri”. Anzi, il coinvolgimento del potere giudiziario contribuisce a legittimare le azioni del Presidente in tempo di crisi, sottoponendole ad una verifica

²⁶⁰ Cfr. più nel dettaglio M.J. Garcia, *Boumediene v. Bush: Guantanamo Detainees' Right to Habeas Corpus*, all'URL <https://fas.org/sgp/crs/natsec/RL34536.pdf>, 8 settembre 2008.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

di legittimità. La sentenza si chiude con una solenne celebrazione del *Rule of Law* e dell'essenziale ruolo del potere giudiziario nel preservarlo: "Le leggi e la Costituzione sono concepite per sopravvivere, e rimanere in vigore, in tempi straordinari. La libertà e la sicurezza possono essere conciliate; e nel nostro sistema esse sono conciliate entro la struttura dello Stato di diritto. I *Framers* decisero che l'*habeas corpus*, un diritto di fondamentale importanza, deve essere parte di quella struttura, parte dello Stato di diritto".

Si badi che la decisione, seppur molto importante, non ha delineato con precisione lo standard di giudizio in sede di *habeas corpus* con riguardo alle istanze dei "nemici combattenti". Anche per questo, negli anni successivi, la Corte d'appello del D.C. Circuit – dominata da giudici di nomina repubblicana (tra i quali Kavanaugh) – ha sviluppato un'interpretazione iper-restrittiva, denegando la scarcerazione in ogni ricorso presentato, sulla base dell'incondizionata prevalenza accordata alle esigenze di sicurezza nazionale, peraltro non senza severe critiche al *dictum* di *Boumediene*²⁶¹ (ricordiamo che, nonostante le promesse di chiusura da parte di Obama, il carcere di Guantanamo ospita tutt'oggi una quarantina di detenuti). La Corte suprema non ha però ritenuto di concedere *certiorari*, ossia di valutare nel merito i ricorsi presentati dai soggetti detenuti a Guantanamo avverso le decisioni del D.C. Circuit che avevano confermato la legittimità della detenzione *sine die*, per dare sostanza ed effettività al rimedio accordato in *Boumediene*²⁶².

Alla luce di questi sviluppi, sono state proposte diverse letture della decisione estesa da Kennedy. Si è rilevato come essa possa ritenersi "conservatrice", avendo mantenuto in vita il "sistema Guantanamo", peraltro legittimandolo ulteriormente con un marchio di *judicial respectability*. Tuttavia, ad uno sguardo più attento, è corretto osservare che la Corte, più che affermare le libertà dei detenuti a Guantanamo, abbia inteso difendere la separazione dei poteri come presupposto di protezione dei diritti di tutti gli americani, anche in momenti di crisi nazionale, imponendo all'esecutivo di confrontarsi,

²⁶¹ Cfr. L. Tribe-J. Matz, *Uncertain Justice*, cit., p. 200-202; E. Chemerinsky, *The Case Against*, cit., p. 86-88, e casistica ivi richiamata.

²⁶² V. ad es. *Kiyemba v. Obama*, 563 U. S. ____ (2011), denial of the petition for a writ of certiorari, v. E. Chemerinsky, *The Case Against*, cit., p. 86.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

quanto meno in astratto, con lo scrutinio giudiziario. Un esito apprezzabile: come ha precisato il giudice Breyer, “invece che lasciare l’amministrazione esecutiva del futuro libera di agire come vuole ... la Corte ha lasciato quattro casi da studiare per i futuri consiglieri presidenziali ... casi che rendono chiaro che un Presidente deve tenere in considerazione la Costituzione, così come interpretata dalla Corte in maniera indipendente”²⁶³.

9.3. L’attualità

Si tratta di problemi sempre attuali: il tema della sicurezza nazionale è costantemente al centro del dibattito e i provvedimenti dell’esecutivo sono stati sindacati anche di recente dalla *Supreme Court*. Nel noto caso *Trump v. Hawaii*²⁶⁴, una maggioranza di cinque giudici di nomina repubblicana, comprensiva di Kennedy²⁶⁵, ha confermato la validità del controverso *Travel Ban* emesso dall’amministrazione Trump per impedire l’ingresso negli U.S.A. ai cittadini di sette paesi, cinque dei quali a maggioranza islamica (noto anche come *Muslim Ban*). La Corte ha ritenuto il provvedimento all’interno delle prerogative costituzionali della presidenza, a legittima tutela della *National Security*, e non motivato da ragioni discriminatorie nei confronti della religione musulmana, come era invece sostenuto dai ricorrenti, i quali indicavano numerose dichiarazioni di Trump che avrebbero espresso una manifesta intenzione discriminatoria. Si osservi conclusivamente che, alla luce della natura divisiva della questione dell’estensione dei poteri dell’esecutivo in tempo di crisi, tale da produrre numerose decisioni ideologicamente controverse e “spaccate”, l’avvicendamento di Kennedy con Kavanaugh potrebbe avere conseguenze significative, specialmente per le posizioni di

²⁶³ L. Tribe-J. Matz, *Uncertain Justice*, cit., p. 202.

²⁶⁴ No. 17-965, 585 U.S. ____ (2018)

²⁶⁵ Emerge qui, ancora una volta, anche nel settore della protezione della *national security*, la difficoltà di fare generalizzazioni sulla *judicial philosophy* di Kennedy: criticamente v. P. Gulasekaram, *An immigration legacy at odds with Justice Kennedy’s animating principles*, all’URL <http://www.scotusblog.com/2018/07/an-immigration-legacy-at-odds-with-justice-kennedys-animating-principles/>, 3 luglio 2018; A. Nolan-K.M. Lewis-V.C. Brannon, *Justice Kennedy: His Jurisprudence*, cit., p. 24-25.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

quest'ultimo, che sembrano interpretare in maniera assai ampia i confini dei poteri dell'esecutivo in tale ambito²⁶⁶.

10. *Orientamenti espansivi in materia di I emendamento e limitazioni all'incriminazione di condotte d'esercizio della libertà d'espressione: cenni*

10.1. *Premessa*

È osservazione condivisa quella secondo cui Kennedy sia stato il più efficace e costante protettore della libertà d'espressione, presidiata dalla *free speech clause* del I Emendamento²⁶⁷, in seno alla Corte Roberts, considerata storicamente una delle Corti supreme più attente

²⁶⁶ Le posizioni di Kavanaugh hanno ricevuto ampie attenzioni (e penetranti critiche) in dottrina e nelle cronache giudiziarie: A. Nolan-C. Deveraux Lewis, *Judge Brett M. Kavanaugh*, cit., p. 133-139; J. Hafetz, *Judge Kavanaugh's record in national-security cases*, all'URL <https://www.scotusblog.com/2018/08/judge-kavanaughs-record-in-national-security-cases/>, 29 agosto, 2018, il quale osserva che nei casi relativi alla "sicurezza nazionale", Kavanaugh "ha stabilmente articolato una visione ampia del potere esecutivo, una concezione limitata del ruolo del potere giudiziario (almeno in assenza di espresse istruzioni del Congresso), e scetticismo nei confronti dell'applicazione dei diritti individuali in forza della Costituzione. Egli ha anche manifestato opposizione all'applicazione di limiti radicati nel diritto internazionale ai *war powers* del Presidente. Se confermato, Kavanaugh sposterà probabilmente la Corte a destra su questioni come la detenzione in tempo di guerra, la sorveglianza governativa e i rimedi civili per la condotta illecita di ufficiali del governo"; A. Davidson Sorkin, *What Brett Kavanaugh Must Be Asked About Torture, Guantanamo, and Mass Surveillance*, all'URL <https://www.newyorker.com/news/daily-comment/what-brett-kavanaugh-must-be-asked-about-torture-guantanamo-and-mass-surveillance>, 24 luglio 2018; Id., *At His Supreme Court Hearing, Brett Kavanaugh Provides Evasive Answers on 9/11 and War Crimes*, all'URL <https://www.newyorker.com/news/daily-comment/brett-kavanaughs-evasive-answers-on-911-and-war-crimes>, 6 settembre 2018; P.J. Williams, *Judge Kavanaugh: An Originalist With a New – and Terrifying – Interpretation of Executive Power*, all'URL <https://www.thenation.com/article/judge-kavanaugh-originalist-new-terrifying-interpretation-executive-power/>, 13 luglio 2018.

²⁶⁷ Dispone il I Emendamento: "Il Congresso non potrà porre in essere leggi per il riconoscimento ufficiale di una religione o per proibire il libero culto, o per limitare la libertà di parola o di stampa o il diritto dei cittadini di riunirsi in forma pacifica e d'inoltrare petizioni al governo per la riparazione di ingiustizie".

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

alla tutela di tale garanzia²⁶⁸. Questa fama, dovuta prevalentemente alla controversa decisione *Citizens United* succitata, trova conferma anche nella giurisprudenza costituzionale in materia penale, ricca di spunti che manifestano una lettura espansiva della libertà d'espressione quale argine alla criminalizzazione. Senza procedere ad una rassegna dettagliata²⁶⁹, basti richiamare tre decisioni particolarmente significative.

10.2. Esempificazioni giurisprudenziali: Texas v. Johnson

La prima è la *concurring opinion* nel caso *Texas v. Johnson*²⁷⁰, una delle decisioni più impopolari della storia moderna della Corte, nella quale una maggioranza *liberal* invalidò la fattispecie di reato che incriminava la dissacrazione della bandiera a stelle e strisce prevista dalla legislazione texana (e fattispecie omologhe allora vigenti in altri 48 sistemi penali statali), con il supporto dei giudici di nomina reaganiana Scalia e Kennedy. Quest'ultimo, nel suo voto separato, sottolineò l'importanza di proteggere il dissenso in una società libera e democratica, anche a costo di offrire protezione alla manifestazione di idee aberranti, al cd. *repugnant and unpopular speech*. Kennedy precisò: "La dura realtà è che qualche volta dobbiamo prendere una decisione che non ci piace. E dobbiamo farlo perché tali decisioni sono giuste, giuste nel senso che il diritto e la Costituzione, come noi le vediamo, esigono quel risultato. Ed è così grande l'impegno che mettiamo nel processo che, eccetto rari casi, non possiamo esitare a

²⁶⁸ L. Tribe-J. Matz, *Uncertain Justice*, cit., p. 148, 153; A. Nolan-K.M. Lewis-V.C. Brannon, *Justice Kennedy: His Jurisprudence*, cit., p. 23-24; M. Barone, *The First Amendment was Justice Kennedy's first priority*, all'URL <https://www.washingtonexaminer.com/opinion/columnists/michael-barone-first-amendment-anthony-kennedy-first-priority>, 27 giugno 2018; E. Chemerinsky, *Anthony Kennedy and free speech*, cit.; A. Bhagwat-M. Struhar, *Justice Kennedy's Free Speech Jurisprudence: A Quantitative and Qualitative Analysis*, in *McGeorge L. Rev.*, 2013, p. 167 ss.; H.J. Knowles, *The Tie Goes to Freedom*, cit., p. 53 ss.; F.J. Colucci, *Justice Kennedy's Jurisprudence*, cit., p. 75 ss.

²⁶⁹ Per la quale si rinvia a: A. Bhagwat-M. Struhar, *Justice Kennedy's Free Speech Jurisprudence*, cit., p. 167 ss., 181-182.

²⁷⁰ 491 U.S. 397 (1989), cfr. S Stern-S. Wermiel, *Justice Brennan*, cit., p. 525-527; H.J. Knowles, *The Tie Goes to Freedom*, cit., p. 63-67; F.J. Colucci, *Justice Kennedy's Jurisprudence*, cit., p. 76-78.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

esprimere amarezza per il risultato, forse per paura di scardinare il prezioso principio che impone la decisione. Questo è uno di quei rari casi. Benché i simboli spesso sono quello che noi stessi li rendiamo, la bandiera è costante nell'esprimere convinzioni che gli americani condividono, convinzioni nella legge e nella pace e che sia la libertà a sostenere lo spirito umano. Il caso oggi oggetto di giudizio impone il riconoscimento dei costi a cui tali convinzioni ci impegnano. E' amaro ma fondamentale che la bandiera stessa protegga coloro che la disprezzano²⁷¹.

10.3. United States v. Alvarez

Una più recente *plurality opinion*, in cui Kennedy fa emergere la sua concezione *libertarian* del I Emendamento in chiave di limite alla criminalizzazione, è individuabile nel caso *United States v. Alvarez*²⁷². Oggetto di controllo era la disposizione federale di cui allo *Stolen Valor Act* del 2005²⁷³, che aveva rafforzato la repressione penale delle condotte di “*unauthorized wear, manufacture, or sale of any military decorations and medals*”, qualificandole come *misdeamenor* punibile con la reclusione fino a sei mesi, ovvero fino ad un anno, nel caso in cui la condotta avesse riguardato la *Medal of Honor*. Il legislatore storico intendeva contrastare il diffuso fenomeno di impostori che si attribuivano falsamente onori militari, nel periodo in cui numerosi ufficiali dell'esercito rientravano dal servizio nelle guerre in Iraq ed Afghanistan. Alvarez rientrava esattamente in questa categoria: nel 2007, ad un evento istituzionale, asseriva falsamente di avere servito come *Marine* per 25 anni, e, soprattutto, di essere stato premiato nel 1987 dal Congresso con la *Medal of Honor*. Il giudice distrettuale confermava la condanna per violazione dello *Stolen Valor Act*; in appello, tuttavia, il nono circuito riformava la decisione, riscontrando un vulnus costituzionale alla libertà d'espressione garantita dal I Emendamento.

²⁷¹ *Texas v. Johnson*, 109 S.Ct. 2533, 2548, trad. di L.H. Tribe-M.C. Dorf, *Leggere la Costituzione*, cit., p. 53.

²⁷² 567 U.S. 709 (2012)

²⁷³ 18 U.S.C. § 704

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

La *plurality opinion* conferma tale decisione, rigettando la regola categorica avanzata dal governo federale ricorrente, secondo cui il I Emendamento non protegge le affermazioni false soltanto in ragione della loro falsità. Kennedy argomenta: “I nostri precedenti non hanno affrontato una misura normativa come lo *Stolen Valor Act*, che prende di mira la falsità e niente di più”. Anche se è legittimo penalizzare le false dichiarazioni, se lesive di interessi meritevoli di protezione (ad esempio i reati di *perjury* e *defamation*), “il governo non ha dimostrato che le affermazioni false dovrebbero di norma costituire una nuova categoria di espressione non protetta”. La disposizione, inoltre, si mostra “*overbroad*”, affetta cioè da un vizio di “sovra-estensione”, se raffrontata allo scopo di tutela, la protezione del valore della *Medal of Honor* e dell’integrità del sistema di riconoscimenti militari: “la norma, in base al suo chiaro significato, si applica ad una falsa dichiarazione fatta in ogni momento, in ogni luogo, ad ogni persona ... la sua portata è ampia, e la pone in contrasto con il I Emendamento ... la disposizione sarebbe applicabile egualmente a conversazioni personali, sussurrate all’interno di un’abitazione privata”. Il collegamento tra interesse protetto dalla norma e restrizione ai diritti fondamentali non può resistere ad uno scrutinio stretto: “il nesso tra l’interesse del Governo a proteggere l’integrità del sistema degli onori militari e la restrizione determinata dalla disposizione sulle false affermazioni di mentitori come il resistente non è stato dimostrato”. La manifestazione di riprovazione nel foro pubblico nei confronti di chi si attribuisce falsamente onori militari è sufficiente, non essendo necessaria la criminalizzazione: “E’ un assunto corretto quello secondo cui tutti i reali detentori della Medaglia che avevano sentito delle false dichiarazioni di Alvarez sarebbero stati pienamente tutelati dall’espressione di indignazione della comunità ... la verità non ha bisogno né delle manette né di un distintivo per la sua affermazione”. Si conclude rimarcando la tradizione costituzionale individualistico-libertaria statunitense, ostile da intrusioni governative ingiustificate come quella scrutinata, con una citazione orwelliana: “consentire al governo di qualificare come reato un manifestazione di espressione come questa, che essa sia urlata da un tetto o riferita in un sussurro a stento udibile, supporterebbe l’autorità del governo di compilare una lista di materie in riferimento alle quali le false dichiarazioni sono punibili. Siffatto potere governativo non ha alcun chiaro principio

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

limitante. La nostra tradizione costituzionale si oppone all'idea che noi abbiamo bisogno di un Ministro della Verità dell'Oceania”.

10.4. *Packingham v. North Carolina*

Un'ultima declaratoria di incostituzionalità di una fattispecie incriminatrice che puniva la condotta costituzionalmente protetta di libera manifestazione del pensiero si rinviene nel recente caso *Packingham v. North Carolina*²⁷⁴. La pronuncia invalida una disposizione incriminatrice che comportava una restrizione eccessiva al diritto di accesso e utilizzo dei *social media*, nei confronti di soggetti condannati in via definitiva per *cd. sex offenses*. *Packingham* era stato condannato per avere avuto un rapporto sessuale consensuale nel 2002, quando aveva ventuno anni, con una adolescente all'epoca tredicenne. L'età per prestare validamente il consenso, in base alla normativa del North Carolina, è di sedici anni. Nel corso dell'anno 2010, per esprimere la sua gioia in seguito al favorevole esito di una causa che lo vedeva coinvolto per una violazione stradale, condivideva su *Facebook* un messaggio con cui ringraziava Dio. Successivamente, *Packingham* veniva tratto in arresto e poi condannato per avere violato la fattispecie statale che qualifica come *felony* la condotta, posta in essere da un autore di reati a sfondo sessuale registrato, di “accedere a un sito Web commerciale dedicato alle relazioni sociali dove l'autore di reati a sfondo sessuale è consapevole che il sito consente ai bambini minorenni di diventare membri o di creare o mantenere pagine Web personali”²⁷⁵.

La decisione di prima istanza, dapprima riformata dalla *North Carolina Court of Appeals* – per violazione del I Emendamento – venne in seguito confermata dalla Corte suprema statale. Avverso tale ultima pronuncia *Packingham* propose ricorso alla Corte suprema federale, sostenendo che il suo diritto costituzionale alla libertà di manifestazione del pensiero fosse stato illegittimamente vulnerato. La Corte suprema si trova dunque a dover fronteggiare il complesso tema dei limiti applicativi delle guarentigie del I Emendamento allo spazio virtuale, in

²⁷⁴ 582 U.S. ____ (2017). Sulla quale, se si vuole, P. Insolera, *La Corte Suprema censura una presunzione di pericolosità indeterminata e irragionevole posta a fondamento del divieto di accesso ai social network per i c.d. registered sex offenders*, in *Ind. pen. on line*, 2017, 3, p. 33 ss.

²⁷⁵ N.C. Gen. Stat. Ann. §§14-202.5(a), (e).

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

presenza di un valido interesse statale alla prevenzione di crimini odiosi, come quelli a sfondo sessuale nei confronti di minorenni, la cui commissione può essere agevolata “dalla raccolta di informazione su internet”.

Kennedy, prima di procedere ad esaminare il fondamento giustificativo della normativa oggetto di controllo, confrontandolo con la portata assai ampia del divieto, si preoccupa di precisare alcuni punti fermi, che devono guidare l’analisi della Corte. Da sottolineare, in particolare, le altisonanti affermazioni di principio relative all’esercizio dei diritti nello spazio virtuale, che dimostrano, ancora una volta, la filosofia libertaria del giudice di nomina reaganiana.

Un presupposto essenziale per rendere effettivo il nucleo di libertà protetto dal I Emendamento è che “tutte le persone abbiano accesso a luoghi dove esse possano parlare e ascoltare, e poi, dopo una riflessione, parlare e ascoltare una volta di più. La Corte ha cercato di proteggere il diritto di parlare in questo contesto spaziale. Una regola fondamentale, ad esempio, è che una strada o un parco è un foro tipico per l’esercizio di diritti protetti dal Primo Emendamento ... anche nell’epoca moderna, questi luoghi sono ancora sedi essenziali per le riunioni pubbliche per celebrare alcune opinioni, per protestare contro altre, o semplicemente per imparare e informarsi”. Nonostante vi sia stata, in passato, un’oggettiva difficoltà a stabilire quali siano i luoghi “più importanti per lo scambio di opinioni”, oggi è invece chiaro che Internet, e più nello specifico i *social network*, forniscono tale opportunità, come è dimostrato dal fatto che “un numero di persone tre volte superiore alla popolazione del Nord America” utilizza attualmente *Facebook*.

In uno dei primi casi in cui si valutano le relazioni tra la disposizione costituzionale che tutela la libertà di parola e la realtà virtuale, è necessario che il collegio “sia estremamente cauto prima di indicare che il Primo Emendamento fornisce una protezione esigua al diritto di accedere” a *social network*, sempre più centrali nella vita quotidiana delle persone.

La Corte sottopone dunque la norma incriminatrice al c.d. *intermediate scrutiny*, tale da imporre, pena la declaratoria di incostituzionalità, che essa sia “adeguatamente calibrata per perseguire un significativo interesse governativo”, non dovendo “limitare sostanzialmente più discorso lecito di quanto sia strettamente

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

necessario per perseguire i legittimi interessi del governo”. Le nuove tecnologie, internet compreso – osserva Kennedy – sono state, nel corso della storia, sempre sfruttate per commettere gravi delitti, tra i quali certamente rientrano gli abusi in danno di giovani; pertanto, sussiste un valido interesse pubblico alla protezione dei minori in tale specifico contesto. Il perseguimento di tale interesse, però, deve essere bilanciato con il grado di compressione dei diritti fondamentali.

Un duplice ordine di considerazioni porta a ritenere la disciplina vagliata contrastante con la *Free Speech Clause*. In primo luogo, la formulazione letterale troppo ampia, sovrainclusiva, della previsione, che la rende applicabile a siti numerosi, e assai diversi tra loro (*Amazon.com*, *Washingtonpost.com*, *Webmedm.com*, oltre ai “classici” *social network* come *Facebook*, *Twitter*, e *LinkedIn*), all’interno dei quali risulta quantomeno improbabile che soggetti ritenuti di particolare pericolosità – perché già condannati per *sex offenses* – possano mettersi in contatto con minorenni.

Secondariamente, si precisa che l’incostituzionalità accertata non impedisce agli Stati di emanare “normative più specifiche e adeguate rispetto allo scopo, che proibiscano ad un soggetto già condannato per reati sessuali di commettere condotte che spesso presagiscono un crimine a sfondo sessuale, come contattare un minore o utilizzare un sito web per raccogliere informazioni su un minore”. La norma oggetto di controllo si presenta senza precedenti nella portata delle tipologie di attività protette dal I Emendamento che essa proibisce²⁷⁶. Non può essere dunque consentito limitare in misura così pervasiva il godimento

²⁷⁶ “Gli utenti dei social media impiegano questi siti per impegnarsi in una vasta gamma di attività protette dal Primo Emendamento ‘così diverse come diverso è il pensiero umano’ ... il social media consente agli utenti di avere accesso ad informazioni e di comunicare tra di loro sulle stesse su ogni tema che possa venire in mente. Proibendo agli autori di reati a sfondo sessuale l’utilizzo questi siti web, lo Stato del North Carolina con un colpo ampio impedisce l’accesso a ciò che per molti costituisce la principale fonte per conoscere gli eventi attuali, controllare gli annunci di lavoro, parlare ed ascoltare nella piazza pubblica moderna, e altrimenti esplorare i vasti regni del pensiero e della conoscenza umana. Questi siti possono fornire forse il meccanismo più efficace disponibile al singolo cittadino per far sentire la propria voce. Essi permettono ad una persona con una connessione internet di ‘diventare un banditore con una voce che risuona più lontano di quanto potrebbe da ogni pulpito’ ... Proibire l’accesso a tutti i social media equivale ad impedire all’utente di impegnarsi nel legittimo esercizio di diritti protetti dal Primo Emendamento”.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

di diritti a soggetti che – peraltro – hanno già scontato la loro pena e non sono più sottoposti a nessuna forma di controllo da parte del sistema di giustizia penale. Pur non essendo una questione devoluta alla Corte, la precisazione è significativa. Infatti – si rileva acutamente – sono soprattutto le persone già condannate in sede penale, in alcuni casi, a potere trarre il maggiore beneficio dalla possibilità di accedere liberamente al mondo delle idee, “in particolare se cercano di ravvedersi e di condurre vite oneste e gratificanti”. Si nota ancora una volta la particolare importanza che Kennedy riconosce all’istanza rieducativa e umanitaria; tema, come s’è visto, oggetto di riflessioni ricorrenti nella sua *Jurisprudence* in materia penale sanzionatoria.

Lo Stato – prosegue Kennedy – non è stato in grado di apportare elementi in grado di dimostrare che “questa indiscriminata disposizione normativa sia necessaria o legittima” a perseguire lo scopo di prevenire il contatto tra soggetti con precedenti per *sex offenses* e minorenni²⁷⁷. La *majority opinion* censura così l’ipotesi criminosa, poiché essa comprime in maniera eccessiva, non necessaria, i diritti fondamentali

²⁷⁷ Il *precedente* invocato dal North Carolina a supporto della legittimità della normativa in questione – la decisione della *Supreme Court*, *Burson v. Freeman*, 504 U.S. 191 (1992) – dove venne confermata la costituzionalità di un’ordinanza che vietava di effettuare attività di campagna elettorale, se non ad una distanza superiore a cento piedi dai seggi elettorali, si rivela di scarso aiuto o comunque inconferente. Infatti, le restrizioni imposte da quel provvedimento erano di gran lunga minori e meglio adeguate allo scopo di quelle oggetto di giudizio. L’ordinanza intendeva soltanto garantire che i votanti, nei pochi secondi che li separavano dal seggio, fossero “da soli, quanto più liberi da interferenze esterne possibile”; se la norma avesse previsto un limite spaziale superiore ai cento piedi, avrebbe ben potuto essere ritenuta costituzionalmente invalida. Il caso di specie può invece trovare maggiore affinità con una diversa decisione della Corte suprema – *Board of Airport Comm’rs of Los Angeles v. Jews for Jesus Inc.*, 482 U.S. 569 (1987) – nella quale fu giudicata contrastante con la *Free Speech Clause* un’ordinanza che proibiva indistintamente tutte le modalità di comportamento protette dal I Emendamento, comprese “parlare e leggere, o indossare spille per campagna elettorale o vestiti simbolici”, all’interno dell’aeroporto di Los Angeles. Se un provvedimento che proibisce tutta la libertà di espressione costituzionalmente protetta in un singolo aeroporto è incostituzionale, ne segue necessariamente che “Lo Stato non può attuare questo completo divieto all’esercizio di diritti tutelati dal Primo Emendamento su siti internet essenziali per la nostra società e cultura moderna. E’ un dato consolidato, come regola generale, che il Governo ‘non può reprimere un discorso lecito come mezzo per reprimere un discorso illecito’ ... questo è ciò che la North Carolina ha fatto nel caso di specie. La legge deve essere giudicata invalida”.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

dell'individuo. L'interesse di proteggere i minori dai tentativi di adescamento sul *Web* da parte di persone con precedenti specifici, infatti, potrebbe essere perseguito con la stessa efficacia attraverso misure normative meno invasive.

10.5. *Rilievi conclusivi*

Occorre in conclusione rilevare che la libertà d'espressione ha assunto una posizione privilegiata nell'elaborazione di Kennedy, portandolo a più riprese ad invalidare l'utilizzo non razionalmente giustificato dello *ius puniendi*. Ciò non equivale, però, ad affermare che le istanze di garanzia sottese alla *free speech clause* siano sempre state ritenute prevalenti nel bilanciamento; ciò, specialmente, in determinati settori sensibili, nei quali i contro-interessi, soprattutto se riconducibili al *government*²⁷⁸, sono dotati di specifica pregnanza, e determinano quindi il restringimento dei confini dell'esercizio della libertà d'espressione. Si pensi, ad esempio, alla tutela della sicurezza nazionale rispetto alla minaccia del terrorismo: nella nota pronuncia *Holder v. Humanitarian Law Project*²⁷⁹, Kennedy supportò la decisione della Corte che ritenne costituzionalmente legittima la disposizione incriminatrice²⁸⁰ che vietava il "supporto materiale" alle organizzazioni terroristiche, anche in caso di attività di "mero sostegno verbale".

11. *Luci e ombre nella Constitutional law of criminal procedure: una sintesi*

Da ultimo, è opportuno menzionare gli orientamenti di Kennedy nella cd. *Constitutional law of criminal procedure*, contesto nel quale –

²⁷⁸ E. Chemerinsky, *Anthony Kennedy and free speech*, cit.; Id., *Justice Kennedy: A Free Speech Justice?*, cit., 1193 ss.; L.M. Lithman, in Aa.Vv., *In Tribute: Justice Anthony M. Kennedy*, p. 17-23.

²⁷⁹ 30 S. Ct. 2705, 2712 (2010). Sulla quale v.: C. Drigo, *Le Corti costituzionali*, cit., p. 348-49; L. Tribe-J. Matz, *Uncertain Justice*, cit., p. 128-131.

²⁸⁰ 18 U.S. Code §2339B

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

lo si rammenta – egli non ha rivestito il ruolo di “ago della bilancia”²⁸¹, essendo il suo *voting record* più incline a condividere le istanze del *law enforcement*, rispetto alle pretese violazioni dei diritti individuali lamentate da indagati, imputati e condannati²⁸².

Con riguardo al IV Emendamento²⁸³, il divieto di perquisizioni e sequestri ingiustificati, Kennedy si è schierato perlopiù con il *law enforcement*, confermando la legittimità di perquisizioni e sequestri e l'utilizzabilità delle prove raccolte²⁸⁴. In tale contesto, il suo contributo

²⁸¹ Cfr. C.E. Smith-M.A. McCall-M.M. McCall, *The Roberts Court and Criminal Justice*, cit., p. 427; E. Chemerinsky, *The Roberts Court and Criminal Procedure*, cit., p. 15, che comunque ne evidenziano la funzione di “centrista” moderatore.

²⁸² Si vedano: C. Mason, *On Criminal Justice*, cit.; C.E. Smith-M.A. McCall-M.M. McCall, *The Roberts Court and Criminal Justice*, cit., p. 424-25; per alcuni riferimenti giurisprudenziali, v. P. Insolera, *Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti”*, cit., p. 179-192, al quale ci si permette di rinviare.

²⁸³ “Non potrà essere violato il diritto dei cittadini di godere della sicurezza personale, della loro casa, delle loro carte e dei loro beni, di fronte a perquisizioni e sequestri ingiustificati; e non si rilasceranno mandati di perquisizione se non su fondati motivi sostenuti da giuramento o da dichiarazione solenne e con descrizione precisa del luogo da perquisire e delle persone da arrestare o delle cose da sequestrare”.

²⁸⁴ Si vedano, ad es., le note sentenze *Maryland v. King*, 569 U.S. 435 (2013); *Herring v. United States*, 555 U.S. 135 (2009); *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006). Nel recente precedente *Carpenter v. United States*, No. 16-402, 585 U.S. ____ (2018), nel quale la Corte ha statuito che la raccolta dei dati di localizzazione di un indagato tramite celle attraverso i telefoni cellulari (*Cell Site Location Information*), ottenuti dalla compagnia telefonica, costituisce una perquisizione nel senso costituzionale del termine e richiede pertanto la previa emissione di un mandato giudiziale, Kennedy ha dissentito, sottolineando che sarebbero troppo elevati i costi per l'efficacia delle indagini e che il soggetto non gode di alcuna “ragionevole aspettativa di *privacy*” rispetto ai dati consegnati al gestore telefonico con la sottoscrizione del contratto. Come si è acutamente rilevato in dottrina, denunciando una certa incoerenza, Kennedy sembra ridimensionare molto l'istanza personalistica di protezione della *privacy* quando applica il IV Emendamento, mentre ne delinea in maniera assai ampia i contorni nella problematica giurisprudenza sul cd. *substantive due process* (si pensi alla nota sentenza *Lawrence v. Texas*, ma anche alla giurisprudenza in materia di aborto): v. M.C. Dorf, *Justice Kennedy Finds Privacy Outside But Not Inside The Fourth Amendment*, all'URL <http://www.dorfonlaw.org/2018/06/justice-kennedy-finds-privacy-outside.html>, 22 giugno 2018. Sul caso *Carpenter* sia consentito rinviare a P. Insolera, *La problematica protezione della privacy nella Digital Age: brevi considerazioni sull'importante caso Carpenter v. United States*, No 16-402, in *Ind. pen. on line*, 2018, 1, p. 61 ss. e Id., *Le più significative decisioni della Corte suprema in materia penale dell'October Term 2017 e alcune riflessioni di sintesi sul contributo*

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

si iscrive a pieno titolo nello sforzo “incrementalístico” conservatore di limitare, tramite la creazione di molteplici eccezioni, la cd. *exclusionary rule*²⁸⁵, pur senza disporre l’*overruling* espresso²⁸⁶. Si è osservato inoltre che la l’indirizzo interpretativo di Kennedy in materia presenta una marcata linea pragmatica e anti-formalista, propensa ad accordare un ampio margine di discrezionalità alle forze di polizia locali nello sviluppo prasseologico delle regole di perquisizioni e sequestri, volto a trovare il giusto equilibrio tra la necessità di prevenire violazioni costituzionali, assicurando al contempo efficaci investigazioni, nell’interesse pubblico alla repressione dei reati²⁸⁷. Non dissimili le sue posizioni in tema di cd. *Miranda warnings*²⁸⁸: si manifesta un’attitudine particolarmente deferenziale nei confronti dell’ampia sfera discrezionale degli agenti di *law enforcement*, necessaria in situazioni complesse e ambigue, tali da implicare decisioni difficili, giudicandosi di rado inutilizzabili le dichiarazioni autoincriminanti rese dal reo privo di assistenza legale²⁸⁹.

“penalistico” di Justice Anthony Kennedy, nonché sulle possibili conseguenze del suo pensionamento, *ivi*, 2018, 3, p. 29 ss.

²⁸⁵ Elaborata nel precedente *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914), rispetto all’azione della polizia federale ed estesa ai *governments* statali nella sentenza *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

²⁸⁶ C.E. Smith-M.A. McCall-M.M. McCall, *The Roberts Court and Criminal Justice*, cit., p. 434-436, danno conto dell’erosione progressiva della garanzia dell’*exclusionary rule* nel *case law* della Corte Roberts.

²⁸⁷ A. Nolan-K.M. Lewis-V.C. Brannon, *Justice Kennedy: His Jurisprudence*, cit., p. 17-18.

²⁸⁸ In *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966) la Corte suprema affermò che il c.d. *privilege against self incrimination* di cui al V Emendamento impone alle forze di polizia, pena l’inutilizzabilità delle dichiarazioni, l’obbligo di fornire preventivamente gli avvisi (i c.d. *Miranda Warnings*) all’arrestato sui propri diritti.

²⁸⁹ Cfr. in direzione di restringimento del rimedio dell’inutilizzabilità delle dichiarazioni autoincriminanti rese da soggetti tratti in arresto e privi di assistenza legale: *Missouri v. Seibert*, 542 U.S. 600 (2004); *United States v. Patane*, 542 U.S. 630 (2004); *Berghuis v. Thompkins*, 560 U.S. 370 (2010); *Montejo v. Louisiana*, 556 U.S. 778 (2009); in dottrina v. C.E. Smith-M.A. McCall-M.M. McCall, *The Roberts Court and Criminal Justice*, cit., p. 429-430; C. Mason, *On Criminal Justice*, cit.; A. Nolan-K.M. Lewis-V.C. Brannon, *Justice Kennedy: His Jurisprudence*, cit., p. 18.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

Per quanto attiene alle garanzie costituzionali contemplate dal VI Emendamento²⁹⁰, ossia diritto ad un processo da parte di una giuria e diritto a essere messo a confronto con i testimoni a carico, gli orientamenti di Kennedy si caratterizzano ancora per un marcato pragmatismo e anti-formalismo²⁹¹. Ciò lo ha posto tendenzialmente in disaccordo con la lettura espansiva di tali previsioni propugnata, in chiave originalista-testualista e formalistica, aderendo al tenore letterale e all'*original understanding*, in alcune *lines of cases* della Corte, con il giudice Scalia in posizione preminente²⁹². Emblematico al proposito il filone di precedenti che ha rivitalizzato i cd. *jury rights* previsti dal VI Emendamento, imponendo che tutti i fattori che determinano un aggravamento sanzionatorio, in fase di *sentencing*, vengano accertati dalla giuria tramite lo standard dell'oltre ogni ragionevole dubbio, e non da un giudice, con il meno garantista standard della cd.

²⁹⁰ Che dispone: "In ogni procedimento penale, l'accusato avrà diritto a un sollecito e pubblico processo da parte di una giuria imparziale dello Stato e del distretto in cui il reato è stato commesso e la cui competenza giurisdizionale sarà preventivamente stabilita con legge; e avrà diritto a essere informato della natura e del motivo dell'accusa, a essere messo a confronto con i testimoni a carico, a ottenere di far comparire i testimoni a suo favore, e a farsi assistere da un avvocato per la sua difesa".

²⁹¹ Un quadro esaustivo in S. Bibas, *Justice Kennedy's Sixth Amendment Pragmatism*, cit., p. 211 ss.; v. pure D.A. Berman, *Might Justice Kennedy's retirement lead to defendants having stronger Sixth Amendment rights under Apprendi and Blakely*, all'URL https://sentencing.typepad.com/sentencing_law_and_policy/2018/07/might-justice-kennedys-retirement-lead-to-defendants-having-stronger-sixth-amendment-rights-under-ap.html, 2 luglio 2018.

²⁹² Si può vedere *amplius* P. Insolera, *Da Scalia a Gorsuch: giudici "originalisti"*, cit., p. 179-192, ove si passa in rassegna l'evoluzione del rafforzamento nella protezione dei cd. *jury rights* nella fase processuale del *sentencing*, in decisioni quali: *Almendarez-Torres v. United States*, 523 U.S. 224 (1998); *Apprendi v. New Jersey*, 530 U.S. 466 (2000); *Ring v. Arizona*, 536 U.S. 584 (2002); *Blakely v. Washington*, 542 U.S. 296 (2004). In materia di *confrontation clause* Kennedy è stato spesso in disaccordo verso la lettura espansiva del diritto dell'imputato a essere messo a confronto con i testimoni a carico, fondata su istanze originaliste/testualiste e tale da richiedere l'esame nel contraddittorio delle parti, per salvaguardare il principio di oralità nella formazione della prova, anche rispetto a fonti di prova non strettamente testimoniali: v. ad es. *Bullcoming v. New Mexico*, 564 U.S. 647, 674 (2011); *Melendez-Diaz v. Massachusetts*, 557 U.S. 305, 330 (2009).

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

*preponderance of evidence*²⁹³, fino a determinare lo “smantellamento” della obbligatorietà delle *sentencing guidelines* federali, ora soltanto *advisory* (consultive)²⁹⁴.

Occorre osservare, infine, che in materia di diritto ad una *cd. effective assistance of counsel*, Kennedy – con pragmatismo e senso della realtà²⁹⁵ – ha aderito ad interpretazioni più sensibili alle istanze di garanzia dei diritti individuali. Ha rimarcato la necessità di estendere lo spettro di operatività della clausola oltre al processo in senso stretto (*trial*), ormai praticamente estinto nel sistema di giustizia penale statunitense, per coprire pienamente anche la vasta area della giustizia penale negoziata (*plea bargaining*), prevedendo un effettivo rimedio costituzionale, in caso di gravi violazioni da parte degli avvocati difensori in questo ambito.

12. *Valutazione conclusiva: un “judicial supremacist” aperto, indipendente (nonpartisan) e libertarian. Il culto della Costituzione e l’importanza del civic discourse: decisioni redatte in una prosa che parla all’uomo comune*

Ripercorsa l’elaborazione di Kennedy, non resta che tracciare un bilancio conclusivo di sintesi sul suo contributo quale “*generative*

²⁹³ Cfr. ancora i casi: *Almendarez-Torres v. United States*, 523 U.S. 224 (1998); *Apprendi v. New Jersey*, 530 U.S. 466 (2000); *Ring v. Arizona*, 536 U.S. 584 (2002); *Blakely v. Washington*, 542 U.S. 296 (2004).

²⁹⁴ *United States v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005). Sul fondamentale precedente cfr. V. Fanchiotti, *U.S. v. Booker: verso lo smantellamento del ‘sentencing system’ federale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 903 ss.

²⁹⁵ Una realtà profondamente mutata rispetto a quella prefigurata dai *framers* dell’*Assistance of Counsel Clause* del VI Emendamento, che non potevano assolutamente prevedere che i *prosecutors* e gli avvocati difensori sarebbero giunti a dominare il processo penale, come emerge dal fatto che oltre il 95% dei procedimenti penali viene definita in via negoziata prima del dibattimento tramite il *plea bargaining*. Kennedy nel caso *Missouri v. Frye*, 132 S. Ct. 1399, 1407 (2012), argomenta che è necessario estendere pienamente la garanzia costituzionale dell’*effective assistance of counsel* in fase di *plea bargaining*, per cercare di limitare le profonde ingiustizie che l’abuso della discrezionalità del *prosecutor*, unito spesso alla scarsa qualità dei *court-appointed defense lawyers*, produce sistematicamente. Cfr. anche la sentenza *Lafler v. Cooper*, 566 U.S. 156 (2012).

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

*constitutional theorist*²⁹⁶, con specifica attenzione all'ambito penale e dei *civil rights*, per poi proiettarsi sui possibili futuri sviluppi, collegati all'insediamento di Kavanaugh ed ai nuovi equilibri interni al collegio.

12.1. *L'indipendenza*

Il primo dato che spicca, ad uno sguardo d'insieme, è la “resistenza” ad essere “classificato” secondo categorie politico-ideologiche. In un'epoca di estrema polarizzazione politica nella società e nella magistratura federale statunitense, ciò costituisce una rarità e una virtù, il lascito di un'età ormai tramontata²⁹⁷, nella quale effettivamente l'indipendenza giudiziaria significava superiorità del *Rule of Law*²⁹⁸. Kennedy stesso non si dispiaceva nel sentire le critiche alle sue “oscillazioni”, ritenute incoerenti; spesso sottolineava la complessità del *judicial process* su “casi e controversie” (cd. *deliberative efforts*) e l'importanza del “saper cambiare idea”: “riesaminare la propria premessa di partenza non è un segno di debolezza della propria *judicial philosophy*. È un segno di fedeltà al proprio giuramento da giudice”²⁹⁹. In un'altra occasione, affermava di non amare l'“etichetta” di *Swing Justice*, facendo notare che “*The cases swing, I don't*”³⁰⁰.

²⁹⁶ L. Tribe-J. Matz, *Uncertain Justice*, cit., p. 11.

²⁹⁷ G. Epps, *The Last of the Small Town Lawyers*, all'URL <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2018/06/anthony-kennedy/563939/>, 27 giugno 2018.

²⁹⁸ J.L. Goldsmith, in Aa.Vv., *In Tribute: Justice Anthony M. Kennedy*, p. 16-17.

²⁹⁹ Kennedy è celebre per il suo “travaglio deliberativo”, cfr. *in dottrina e nella cronaca giudiziaria*, J. Toobin, *The Nine*, cit., p. 60 ss; S Stern-S. Wermiel, *Justice Brennan*, cit., p. 519-522; H.J. Knowles, *The Tie Goes to Freedom*, cit., p. 12-13; J.L. Goldsmith, in Aa.Vv., *In Tribute: Justice Anthony M. Kennedy*, cit., p. 13-14; B. Miller, *The Jurisprudence of Doubt*, all'URL <https://www.forbes.com/sites/briankmiller/2018/07/02/the-jurisprudence-of-doubt/#423b2e6558fa>, 2 luglio 2018; J. McCormack, *The Capricious Justice*, all'URL <https://www.weeklystandard.com/john-mccormack/how-anthony-kennedy-changed-his-mind-on-casey-v-planned-parenthood>, 3 luglio 2018.

³⁰⁰ A.M. Duehren, *At Law School, Justice Kennedy Reflects on Cases, Time as Student*, all'URL <https://www.thecrimson.com/article/2015/10/23/justice-kennedy-harvard-law/>, 23 ottobre 2015.

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)*12.2. *L'istanza di umanizzazione nell'ambito penale*

Il *fil rouge* nella sua elaborazione penalistica (soprattutto sanzionatoria e penitenziaria) può considerarsi l'istanza di umanizzazione, perseguita attraverso la connessione sistematica – viepiù da apprezzare, in un contesto di interpretazione cd. *clause-bound*, come quello statunitense – tra contenuti di protezione degli Emendamenti VIII e XIV (libertà, eguaglianza, dignità). Ciò potrebbe collegarsi – come si è rilevato³⁰¹ – al suo *background* professionale di avvocato “generalista”, anche nel settore penale, all’inizio della carriera: la consapevolezza primaria del fatto che “Dietro ogni caso, c’è una persona reale”, lo ha portato a mettere al centro della sua attività di giudice la persona – indagato, imputato o condannato che sia – la sua dignità e i suoi diritti. Alla forte attenzione ai diritti individuali fondamentali si unisce un “*libertarian suspicion*” nei confronti delle *government actions*, marcata nelle sue pronunce in materia di libertà d’espressione³⁰².

12.3. *Un Judicial supremacist?*

L’essenzialità del ruolo ampio, robusto e dinamico per il potere giudiziario nell’edificio costituzionale lo ha esposto ad accuse di “*judicial suprematism*” antidemocratico. L’elaborazione penalistica sembra smentire, almeno in parte, questo assunto. La decisione forse più gravida di conseguenze negative, *Harmelin v. Michigan* – che ha avallato l’incarcerazione di massa³⁰³ – è motivata, oltretutto dalla

³⁰¹ J.L. Goldsmith, in Aa.Vv., *In Tribute: Justice Anthony M. Kennedy*, cit., p. 13-14.

³⁰² Cfr. M.C. Dorf, *Justice Kennedy’s Writing Style*, cit.; Id., *Tribute: Justice Kennedy’s Genius*, all’URL <https://www.scotusblog.com/2018/06/tribute-justice-kennedys-genius/>, 28 giugno 2018; L.M. Lithman, in Aa.Vv., *In Tribute: Justice Anthony M. Kennedy*, cit., p. 17-23.

³⁰³ All’indomani del pensionamento di Kennedy (estensore della decisione), in dottrina si è auspicato prontamente che tale “*super-precedente in negativo*” potesse essere riconsiderato ed eventualmente superato dalla Corte suprema: cfr. D.A. Berman, *With Justice Kennedy retiring, overturning Harmelin should become a focal point for criminal justice reformers*, all’URL https://sentencing.typepad.com/sentencing_law_and_policy/2018/07/with-justice-

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

contingente fase politica, dall'esigenza di rispettare la *legislative primacy* e la struttura federale dell'Unione. Tali cd. *structural protections*, centrali nella sua elaborazione³⁰⁴, rappresentano anche i fattori principali che hanno frenato nel complesso il processo di costituzionalizzazione del diritto penale sostanziale negli U.S.A. Le posizioni cautamente conservatrici in materia processuale penale, sono animate dalla necessità di lasciare ampio margine di operatività alle

[kennedy-retiring-overturning-harmelin-should-become-a-focal-point-for-criminal-justice-.html](https://sentencing.typepad.com/sentencing_law_and_policy/2018/02/entire-first-circuit-urges-supreme-court-to-revisit-harmelins-limits-on-eighth-amendment-challenges-.html), 1 luglio 2018, anche sulla scorta di recenti decisioni delle corti federali inferiori, in particolare *United States v. Rivera-Ruperto*, No. 12-2364 (1st Cir. Feb 27, 2018), che sollecitava un *overruling*, con lo scopo di rivitalizzare il principio di proporzione delle pene detentive: cfr. D.A. Berman, *Entire First Circuit urges Supreme Court to revisit Harmelin's limits on Eighth Amendment challenge to extreme adult prison sentences*, all'URL https://sentencing.typepad.com/sentencing_law_and_policy/2018/02/entire-first-circuit-urges-supreme-court-to-revisit-harmelins-limits-on-eighth-amendment-challenges-.html, 28 febbraio 2018. La Corte suprema, tuttavia, investita della *Petition for a Writ of Certiorari* (18-5384 *Rivera-Ruperto, Wendell v. United States*), non ha concesso il *certiorari*, declinando la valutazione nel merito della questione, senza alcun dissenso: cfr. D.A. Berman, *After swift cert denial in Rivera-Ruperto, should I just give up hoping for an improved Eighth Amendment to check extreme non-capital sentences?*, all'URL https://sentencing.typepad.com/sentencing_law_and_policy/2019/02/after-swift-cert-denial-in-rivera-ruperto-should-i-give-up-on-hoping-for-an-improved-eighth-amendmen.html, 25 febbraio 2019. La discrezionalità legislativa nella comminatoria di pene detentive negli U.S.A. è dunque (sfortunatamente) destinata a rimanere virtualmente priva di alcun limite costituzionale anche nel prossimo futuro.

³⁰⁴ Per quanto concerne il federalismo, giova rammentare che Kennedy è stato parte delle maggioranze nella Corte Rehnquist – nel contesto della cd. *Federalism Revolution* – che hanno invalidato, con esiti “garantisti”, di espansione della libertà individuale, disposizioni penali federali per violazione della cd. *Interstate Commerce Clause* (Art. 1, Sez. 8, Cl. 3, Cost., nella parte in cui attribuisce al Congresso il potere di disciplinare il commercio fra i diversi Stati dell'Unione), censurando l'esercizio irragionevole e abnorme di tale potere, in assenza di qualsivoglia nesso tra la materia disciplinata e attività commerciali, economiche o d'impresa tra Stati, per quanto latamente intese. Cfr. i noti casi: *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995), che invalida la fattispecie incriminatrice di cui al Gun-Free School Zones Act del 1990, 18 U.S.C. § 922(q), che puniva il possesso di armi da fuoco in aree scolastiche; *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000), sentenza che dichiara incostituzionale per gli stessi vizi una legge federale in tema di violenza di genere (Violence Against Women Act of 1994, 42 U.S.C. § 13981). Cfr. in dottrina: F.J. Colucci, *Justice Kennedy's Jurisprudence*, cit., p. 146 ss.; H.J. Knowles, *The Tie Goes to Freedom*, cit., p. 252-53; M. Papa, *Federalismo e diritto penale negli Stati Uniti d'America*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2013, p. 191 ss., 197-98.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

autorità di *law enforcement* federali e locali, per tutelare la sicurezza delle comunità, messa in crisi da precedenti giurisprudenziali progressisti percepiti come *soft on crime*. Esistono dunque – nella concezione di Kennedy – radicati limiti all’idea che le corti, le *judicial doctrines*, possano costituire una panacea per politiche sociali, di polizia, criminali, penali o sanzionatorie inefficaci³⁰⁵.

12.4. Lo stile redazionale delle sentenze e l’utilizzo “dinamico” delle judicial doctrines

L’ultimo aspetto che preme rilevare attiene a un duplice, forse interconnesso, profilo: da una parte, il linguaggio delle *landmark opinions*, la prosa altisonante, più letteraria che tecnico-giuridica, per la quale Kennedy è divenuto famoso nelle decisioni più importanti sui diritti civili; dall’altra, l’utilizzo “spregiudicato”, *unorthodox*, delle *judicial doctrines* costituzionali nelle stesse pronunce³⁰⁶.

In sentenze come *Romer v. Evans* e *Lawrence v. Texas*, in tema di diritti LGBT, non si esplicita chiaramente il *level of scrutiny* applicato – secondo le rigide categorie “tradizionali” (*rational basis review, intermediate scrutiny, strict scrutiny*) – ma si censurano ingiustificate e irrazionali scelte normative, contrastanti, rispettivamente, con i principi di uguaglianza e libertà di autodeterminazione, tramite un test di bilanciamento “flessibile”³⁰⁷. In *Obergeffell v. Hodges* – pronuncia che ha riconosciuto la legittimità dei matrimoni tra persone dello stesso sesso in tutta la nazione – analogamente, si innova la precedente elaborazione, creando una inedita “sinergia” tra eguaglianza e dignità umana (cd. *equal dignity*), attraverso il collegamento sistematico tra la *due process clause* e l’*equal*

³⁰⁵ Così, R.K. Little, “Balanced Liberty”: Justice Kennedy’s Work in Criminal Cases, in *Hastings L.J.*, 2019, 101 ss.

³⁰⁶ E’ l’ipotesi di M.C. Dorf, *Justice Kennedy’s Writing Style*, cit.

³⁰⁷ Come si afferma in dottrina, non un controllo minimale di razionalità della legislazione, ma un cd. *rational basis test with a bite*, più penetrante ed esigente nel verificare il rapporto tra compressione dei diritti individuali e perseguimento dello scopo della misura scrutinata: cfr. E. Chemerinsky, *Constitutional Law*, cit., p. 696-699, 866-68; E.T. Sullivan-R.S.Frase, *Proportionality Principles in American Law*, cit., p. 63-66; V.C. Jackson, *Constitutional Law*, cit., p. 3126-29; V.C. Jackson, *Proportionality and Equality*, in Aa.Vv., V.C. Jackson-M. Tushnet (eds.), *Proportionality. New Frontiers*, cit., p. 176, 196; H.J. Knowles, *The Tie Goes to Freedom*, cit., p. 100-105, 119-20.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

protection clause del XIV em³⁰⁸. Nell'applicazione dell'VIII Emendamento alla pena di morte, cd. *categorical proportionality review*, Kennedy, in decisioni quali *Roper v. Simmons* e *Kennedy v. Louisiana* (sproporzione dell'estrema sanzione per minori e per autori di reati diversi dall'omicidio), similmente, introduce significativi elementi di novità nei cd. *analytical frameworks* consolidati (cd. *evolving standards of decency test*). Ridimensiona la rilevanza dell'analisi "oggettiva" statistico-numerica sulle legislazioni e prassi sanzionatorie statali, a tutto favore del più critico (a rischio di antidemocraticità) "momento soggettivo" dell'*independent judgment* della Corte suprema, relativo alla razionalità del rapporto tra gravità oggettiva e soggettiva del reato o della "classe di rei" ed effettivo perseguimento delle finalità sanzionatorie (retribuzione e deterrenza), con l'obiettivo politico di restringere quanto più possibile l'applicabilità della pena di morte. Anche in *Graham v. Florida*, supera il metodo cd. *case by case* sviluppatosi nei precedenti sulle pene detentive eccessive (*Solem, Harmelin, Ewing*), per "creare" una nuova regola categorica di sproporzione incostituzionale dell'ergastolo senza possibilità di libertà condizionale per minorenni autori di reati violenti diversi dall'omicidio. Ancora, in *Boumediene v. Bush*, il peana del ruolo fondamentale del potere giudiziario nel proteggere la libertà individuale nell'architettura di *separation of powers* della democrazia statunitense – anche a costo di generare incertezze in sede applicativa – esprime anzitutto un messaggio: la *War on terror* giustifica una compressione delle garanzie e delle libertà individuali, ma non può travolgere del tutto lo schema di *checks and balances*, altrimenti si rischierebbe la deriva autoritaria.

Tutti questi arresti, oltre a caratterizzarsi per accentuato "creativismo" e scarsa "rigidità dottrinale", sono redatti in un linguaggio atecnico, accessibile all'uomo laico, con un registro linguistico "alto", solenne. Kennedy, pronunciandosi su diritti fondamentali, dignità umana, eguaglianza, separazione dei poteri come strumento di protezione della libertà individuale, non si indirizza principalmente agli operatori del diritto, né la sua preoccupazione principale è quella di elaborare *workable standards* ad uso delle corti inferiori (ed è questo un profilo certamente criticabile), ma intende

³⁰⁸ Cfr. L.H. Tribe, *Equal Dignity: Speaking Its Name*, in *Harv. L. Rev. Forum*, 2015, p. 16 ss.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

piuttosto amplificare la risonanza delle pronunce della Corte, che diventa istituzione di “*moral guidance*”, insegnante di valori condivisi nel discorso pubblico statunitense³⁰⁹.

L’“ottimistica” e idealistica fiducia nelle istituzioni³¹⁰ ed il patriottismo lo portano a ricalcare esempi illustri dell’*American rhetoric* (ad es. Abraham Lincoln nel *Gettysburg Address*; l’*Inaugural Address* di John Fitzgerald Kennedy; *I Have a Dream* di Martin Luther King) e dell’oratoria classica³¹¹, convinto che sia doveroso educare la società civile ed incentivare la partecipazione attiva di ogni consociato alla gestione della *Res Publica* in una democrazia in salute, vitale, pluralista, nella quale tutti possano esprimere civilmente la propria opinione (di qui il presidio “forte” della libertà d’espressione, anche di idee aberranti). Questa *constitutional vision*, ispirata all’umanesimo civico e al repubblicanesimo³¹², è messa in forte crisi dal più recente decadimento politico e socio-culturale dell’America di Donald Trump.

Ed allora, sono significative le parole di Kennedy nell’ultima *opinion* redatta prima del pensionamento. In *Trump v. Hawaii* – il caso in cui si è confermata la legittimità del cd. *Travel Ban* trumpiano – il giudice californiano, pur condividendo la decisione di maggioranza, ha

³⁰⁹ O. Kerr, *Justice Kennedy and the Counter-Majoritarian*, cit., p. 1217, il quale critica le conseguenze negative in punto di certezza del diritto e funzione di orientamento connaturata a questa concezione.

³¹⁰ J. Rosen, *The Justice Who Believed in America*, all’URL <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2018/06/celebrating-anthony-kennedy/563966/>, 27 giugno 2018.

³¹¹ M.C. Dorf, *Justice Kennedy’s Writing Style*, cit. Lo stesso Kennedy ha lasciato una bibliografia di contributi essenziali, sotto il titolo “*Understanding Freedom’s Heritage: How to Keep and Defend Liberty*”, consultabile in Aa.Vv., *In Tribute: Justice Anthony M. Kennedy*, cit., p. 24-27. Cfr. anche gli scritti raccolti in P. Collins, *When They Go Low, We Go High. Speeches That Shape the World – and Why We Need Them*, London, 2018.

³¹² G. Feinerman, *Civility, dignity, respect and virtue*, all’URL <https://www.scotusblog.com/2018/07/tribute-civility-dignity-respect-and-virtue/>, 2 luglio 2018; J.L. Goldsmith, in Aa.Vv., *In Tribute: Justice Anthony M. Kennedy*, cit., p. 15. Per una sintetica definizione storica del repubblicanesimo, v. *Repubblicanesimo* (voce), in *Dizionario di Storia*, 2011, all’URL http://www.treccani.it/enciclopedia/repubblicanesimo_%28Dizionario-di-Storia%29/.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

scritto una breve *concurrency*³¹³. Nel riconoscere che in determinati casi l'azione legislativa o esecutiva dev'essere invalidata in sede giudiziale, se priva di plausibili ragioni, eccetto una "ingiustificata ostilità" nei confronti di un determinato gruppo (in questo caso i musulmani), Kennedy ha precisato che: "Vi sono numerosi casi in cui dichiarazioni ed azioni dei funzionari del Governo non sono sottoposte a controllo o intervento giudiziario. Ciò non significa che quei funzionari siano liberi di ignorare la Costituzione e i diritti che essa proclama e protegge. Il giuramento che prestano tutti i funzionari di aderire alla Costituzione non è limitato a quelle sfere in cui il potere giudiziario può correggere o anche commentare su ciò che quei funzionari dicono o fanno. Infatti, lo stesso fatto che un funzionario possa godere di ampia discrezionalità, discrezionalità non sottoposta a scrutinio giudiziale, rende ancora più essenziale per lui o per lei aderire alla Costituzione, al suo significato e alla sua promessa". Vi è dunque l'urgente necessità che i funzionari di governo rispettino le garanzie costituzionali del I Emendamento (e non solo), in tutte le loro azioni, anche nella sfera della politica estera e di sicurezza nazionale: "Un mondo preoccupato deve sapere che il nostro Governo rimane sempre impegnato al rispetto delle libertà che la Costituzione cerca di preservare e proteggere, così che la libertà si estenda verso l'esterno, e perduri". Un messaggio condivisibile – che ben riassume la concezione ed il lascito di Kennedy – che ci si auspica possa essere tenuto in considerazione dal suo successore.

13. Conclusioni: rinvio

Dopo avere esaminato il contributo giurisprudenziale in materia costituzionale-penale del giudice Kennedy ed averne individuato le caratteristiche principali, è ora di interesse analizzare gli scenari attuali e prossimi futuri, soffermandosi sui nuovi equilibri ideologici in seno al supremo collegio e sull'impatto che potrà avere il giudice Brett

³¹³ A. Davidson Sorkin, *Justice Kennedy's Travel-Ban Opinion, in Light of His Retirement*, all'URL <https://www.newyorker.com/news/daily-comment/justice-kennedys-travel-ban-opinion-in-light-of-his-retirement>, 27 giugno 2018.

Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)

Kavanaugh. Rimandiamo dunque alla parte seconda di questo lavoro, ove si cercherà appunto di valutare le principali conseguenze del pensionamento di Kennedy e della sua sostituzione con Kavanaugh in materia penale.

ABSTRACT: Few justices, in the history of the US Supreme Court, have wielded a power similar to that of Associate Justice Anthony Kennedy, who retired at the end of October Term 2017, after 30 years of service. Appointed by President Reagan in 1987, he has progressively become the so called swing justice, particularly in the last 15 years, determining with its votes the outcome of the most controversial constitutional issues, some times siding with the conservative wing of the Court, some others with the liberal one. The purpose of this essay, after a general introduction, is to examine in depth justice Kennedy's constitutional-criminal jurisprudence, from which emerges a broad and evolutionary reading of human rights as a limit to the government punitive action in the criminal law field. The main features of his jurisprudence are examined, through the analysis of the judgments concerning the substantive component of the due process clause of the XIV Amendment, the cruel and unusual punishment clause of the VIII Amendment, the so called constitutional comparativism, the freedom of speech safeguarded by the I Amendment and some developments in the constitutional law of criminal procedure. We will then draw some conclusions relating to his substantial jurisprudential legacy, focusing on some fundamental aspects: the independence of the Courts and their central role in the protection of fundamental rights; the centrality of the concept of human dignity; the "flexibility" in the development of judicial constitutional doctrines; the language of opinions, made intentionally accessible to the general public to stimulate the constitutional dialogue with pedagogical function. This essay constitutes the first part and should be read together with another essay, which focuses on the current ideological balance of the US Supreme court with specific reference to the constitutional-criminal

Pietro Insolera

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte
suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)*

matters, reflecting on the possible effects caused by justice Kennedy's replacement with justice Kavanaugh.

KEYWORDS: judicial review of criminal legislation – U.S. Supreme Court – fundamental rights – Justice Anthony Kennedy – Constitutional interpretation

Pietro Insolera – Dottore di ricerca in Diritto penale, Università di Trento (pietroinsolera@gmail.com)