

## Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)\*

Pietro Insolera

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Mappatura sintetica delle “ideologie penalistiche” degli attuali componenti del collegio. – 2.1. *Justice* Samuel Alito. – 2.2. I giudici “originalisti” Clarence Thomas e Neil Gorsuch. – 2.3. Il *Chief Justice* John Roberts. – 2.4. *Justice* Stephen Breyer. – 2.5. *Justice* Elena Kagan. – 2.6. *Justice* Ruth Bader Ginsburg. – 2.7. *Justice* Sonia Sotomayor. – 3. Dove potrebbe collocarsi *Justice* Kavanaugh? – 4. Alcune prime indicazioni dall’*October Term* 2018. – 5. Principio di legalità in materia penale: determinatezza della fattispecie (cd. *vagueness doctrine*) ed eccesso di delega legislativa all’esecutivo (cd. *non delegation doctrine*). – 5.1. Determinatezza della fattispecie (cd. *vagueness doctrine*): *United States v. Davis*. – 5.2. *Non delegation doctrine*: *Gundy v. United States*. – 6. Pena capitale. – 6.1. *Bucklew v. Precythe*. – 6.2. Lo scontro ideologico nell’ambito del cd. *Shadow docket*. – 6.3. Osservazioni conclusive. – 7. Cenni ad altre decisioni di interesse: rafforzamento dei cd. *jury rights*; interpretazione conforme al principio di colpevolezza (cd. *mens rea presumption*); divieto di *bis in idem*; estensione agli Stati dell’applicabilità del divieto di pene pecuniarie eccessive. – 7.1. Rafforzamento dei cd. *jury rights*. – 7.2. Interpretazione conforme al principio di colpevolezza (cd. *mens rea presumption*). – 7.3. Divieto di *bis in idem*: conformità della cd. *Separate sovereigns doctrine* alla *Double Jeopardy Clause* del V Emendamento. – 7.4. Estensione (cd. *incorporation*) agli Stati dell’applicabilità del divieto di pene pecuniarie eccessive. – 8. Notazioni conclusive: alcune ipotesi sull’*October Term* 2019. – 8.1. Costituzionalità della regolamentazione e della disciplina legislativa incidente sul diritto a detenere e portare armi di cui al II Emendamento (cd. *Gun rights*). – 8.2. Costituzionalità della cd. *mandatory life sentence without the possibility of parole* nei confronti di minorenni. – 8.3. Possibile applicabilità agli Stati del diritto ad un “verdetto unanime” nell’accertamento della responsabilità da parte della giuria, in forza del VI Emendamento. – 8.4. Sulla costituzionalità dell’abolizione legislativa della cd. *insanity defense*. – 8.5. Conclusioni.

---

\* 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: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

## 1. Premessa

Conclusa la disamina della cospicua *legacy* di Kennedy in materia penale-costituzionale, è opportuno “attualizzare” ulteriormente la linea di ricerca, tramite una sintetica “mappatura” delle ideologie penalistiche e degli approcci ermeneutici dei singoli alti magistrati che oggi compongono il collegio. Soltanto in tal modo, infatti, è possibile ipotizzare le modalità con cui l’evoluzione giurisprudenziale nei principali settori d’interesse potrebbe reagire alla “nuova” composizione – *i.e.* i possibili effetti dell’inserimento di Kavanaugh – pur consapevoli delle non trascurabili incertezze che tale tentativo implica<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> È opportuno infatti segnalare la limitata attendibilità di ogni indagine che si proponga di “pronosticare” i possibili orientamenti di un nuovo *Justice* alla Corte suprema, anche nel caso – come quello che ci occupa – di precedente e significativo servizio in una Corte d’appello federale. Entrano infatti in gioco rilevanti “fattori di differenziazione”, connessi alla struttura dell’ordinamento giudiziario federale, tra Corti d’appello dei *Circuits* e Corte suprema. Le prime, infatti, oltre a dover seguire di norma il precedente del *Circuit* (cd. *horizontal stare decisis*), sono rigidamente vincolate, in senso gerarchico, al rispetto delle decisioni della Corte suprema (cd. *vertical stare decisis*), non potendosi esprimere sulle questioni giuridiche controverse e di legittimità costituzionale con lo stesso ampio margine di cui gode il massimo organo giudiziario federale. La *Supreme Court*, inoltre, esercita una discrezionalità pressoché assoluta nella cd. *case selection*, nel “decidere quali casi decidere” nel merito, tramite il cd. *Writ of certiorari*, diversamente dai *Circuits*, che debbono giudicare *ex lege* una quantità di casi relativamente incontrovertibili, spesso risolti all’unanimità. La scivolosità connaturata a valutazioni prognostiche sul potenziale operato dei nuovi *Justices* trova ampia conferma nei precedenti storici dei cd. *Ideological drifts* (“cambiamenti ideologici” nel corso della *life tenure*). Cfr. sulle peculiarità della giurisdizione federale d’appello: 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. 318-326; G. Calabresi, *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano*, Bologna, 2013, p. 15-47; P. Guarda, F. Lorenzato, R. Caso (a cura di), *Guida alla ricerca ed alla lettura delle decisioni delle corti statunitensi*, Trento, 2006, p. 6-13; T.M. Fine, A.M. De Giacomo-A. Pera (a cura di), *Il diritto americano*, Roma, 2011, p. 65-71. Complicano ulteriormente il tentativo di indagine le peculiarità della tipologia dei casi decisi da Kavanaugh nel D.C. Circuit. Il *docket* (ruolo) di tale Corte, cui è attribuita per legge giurisdizione speciale ed esclusiva rispetto all’azione di numerose agenzie federali, che hanno sede a Washington D.C., include numerosi ricorsi in materia di diritto amministrativo e dell’ambiente, nonché altre questioni giuridiche di rilievo nazionale (ad es. *national security*), cfr. N. Cezzi, *La nomina di Brett Kavanaugh*, in

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

## 2. Mappatura sintetica delle “ideologie penalistiche” degli attuali componenti del collegio

### 2.1 Justice Samuel Alito

Il giudice che si schiera con maggiore costanza e coerenza “*pro-government*” nella materia penale-costituzionale, sia sostanziale che processuale, è l’italoamericano Samuel Alito, nominato da George W. Bush nel 2006<sup>2</sup>, la cui giurisprudenza è stata fotografata in questi termini: “*grumpy the-prosecution-is-never-wrong-and-the-government-is-always-right jurisprudence of Justice Samuel A. Alito Jr.*”<sup>3</sup>. Egli, similmente a Kennedy, aderisce al cd. *methodological pluralism* nell’interpretazione costituzionale, e considera l’analisi originalista-testualista soltanto un punto di partenza. Ma le analogie terminano qui.

---

[www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 12 luglio 2018, § 3. Diversamente dagli altri 12 *Circuits* della nazione, raramente vengono valutati ricorsi attinenti alle cd. *hot-button social issues* (aborto, azioni positive, pena di morte), ed anche le *petitions* in materia penale e penitenziaria figurano in percentuale inferiore. Ecco perché, come si è osservato, non sembrano emergere orientamenti ben consolidati di Kavanaugh nell’ambito della *criminal law* e *criminal procedure*, dei diritti civili e della libertà d’espressione, cfr. 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. 10; N. Cezzi, *La nomina di Brett Kavanaugh*, cit., § 6 Di qui l’ulteriore difficoltà nel formulare previsioni di carattere generale, muovendo da un “campione” di pronunce di natura penalistica piuttosto esiguo.

<sup>2</sup> Alito sostituì il giudice “centrista” O’Connor, ed ha poi contribuito a muovere “verso destra” la giurisprudenza in diversi ambiti controversi (ad es. azioni positive, aborto, finanziamenti alla politica, libertà religiosa). Cfr. in dottrina, B.J. Gorod, *Sam Alito: The Court’s Most Consistent Conservative*, in *Yale L.J.F.*, 2017, p. 362 ss.; N.S. Siegel, *The Distinctive Role of Justice Samuel Alito: From a Politics of Restoration to a Politics of Dissent*, in *Yale L.J.F.*, 2016, p. 164 ss.; W.D. Araiza, *Samuel Alito: Populist*, in *Cornell L. Rev.*, 2018, p. 101 ss.; B.J. Gorod-T. Donnelly, *None to the Right of Samuel Alito*, all’URL <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2016/01/none-to-the-right-of-samuel-alito/431946/>, 30 gennaio 2016.

<sup>3</sup> L. Greenhouse, *Is Clarence Thomas the Supreme Court’s Future?*, all’URL <https://www.nytimes.com/2018/08/02/opinion/contributors/clarence-thomas-supreme-court-conservative.html>, 2 agosto 2018.

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

La sua *jurisprudence* relativa alle macro-aree dei diritti fondamentali impliciti e dell'VIII Emendamento, infatti, è orientata ad accordare incondizionata *deference* alle scelte politico-legislative o dell'esecutivo, risultando le istanze di libertà individuale soccombenti rispetto al perseguimento degli interessi pubblici, così come manifestatosi nel circuito politico<sup>4</sup>. Anche in ambito processuale, si privilegia l'effettività dell'attività di *law enforcement* e della repressione dei reati<sup>5</sup>. In sintesi,

---

<sup>4</sup> Per quanto attiene al divieto di pene crudeli ed inusuali, Alito ha dissentito, tra le altre, in *Kennedy v. Louisiana*, 554 U.S. 407 (2008); *Graham v. Florida*, 560 U.S. 48 (2010); *Miller v. Alabama*, 567 U.S. 460 (2012); *Hall v. Florida*, 572 U.S. \_\_\_\_ (2014); *Brown v. Plata*, 563 U.S. 493 (2011), ed è stato nelle maggioranze che hanno confermato la legittimità dei "protocolli farmaceutici" di morte usati dagli Stati in *Baze v. Rees*, 553 U.S. 35 (2008) e *Glossip v. Gross*, No. 14-7955, 576 U.S. \_\_\_\_ (2015); in materia di *substantive due process*, ha assunto posizioni *pro government* sui diritti LGBT (*United States v. Windsor*, (570 U.S. \_\_\_\_ 2013); *Obergeffell v. Hodges*, 576 U.S. \_\_\_\_ (2015)) e sui diritti riproduttivi (*Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007); *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 U.S. \_\_\_\_). Anche ampliando lo sguardo ad altri contesti penali-costituzionali, è difficile trovare un singolo voto di Alito a favore dei diritti individuali nei cd. "close cases". Alito ha dissentito in *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008); in materia di legalità-determinatezza (*vagueness*), ha dissentito in *Sessions v. Dimaya*, 584 U.S. \_\_\_\_ (2018) e *Johnson v. United States*, 135 S.Ct. 2551 (2015), decisioni che hanno censurato per vizio di indeterminatezza fattispecie criminose federali. Alito, infine, non è disponibile ad aumentare il livello di protezione costituzionale neanche quando la criminalizzazione interferisce con l'esercizio della libertà d'espressione. Ha dissentito, da solo, perché avrebbe ritenuto conforme al I Emendamento la norma federale (18 U.S.C. § 48) che penalizzava il commercio, la produzione, la vendita e il possesso di rappresentazioni grafiche aventi ad oggetto atti crudeli nei confronti di animali, nel caso *United States v. Stevens*, 559 U.S. 460 (2010), ritenuta "overbroad", irrazionalmente invasiva della libertà di espressione rispetto allo scopo di tutela perseguito, dagli altri 8 giudici supremi. Ha dissentito nel caso sopra esaminato *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709 (2012), e costantemente interpretato in maniera restrittiva la *freedom of speech* quale limite alla criminalizzazione: cfr. ad es. anche la *concurring opinion* in *Brown v. Entertainment Merchants Association*, 564 U.S. 786 (2011). In dottrina v. B.J. Gorod, *Sam Alito: The Court's Most*, cit., p. 368, 371-372; W.D. Araiza, *Samuel Alito: Populist*, cit., p. 120-121.

<sup>5</sup> Alito, nel settore processuale penale, non condivide ad esempio con i conservatori-originalisti la lettura "forte" dei cd. *jury rights* di cui al VI Emendamento, né nella fase sanzionatoria detentiva (cfr. ad es. *Cunningham v. California*, 549 U.S. 270 (2007)), né in quella capitale (v. *Hurst v. Florida*, 577 U.S. \_\_\_\_ (2016)). Analogamente, sulla cd. *confrontation clause* del VI Emendamento, si assesta su

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

la “politica giudiziaria” penalistica di Alito potrebbe ricordare quella del Chief Justice Rehnquist: un pragmatista cd. “*law and order*”, che – nei “*close cases*”, ideologicamente controversi (i soli, si badi, indicativi) – nel bilanciamento tra diritti individuali ed efficienza del sistema di giustizia penale (*i.e.* tutela della *public safety*), quasi mai si schiera a favore dei primi<sup>6</sup>.

## 2.2. I giudici “originalisti”: Clarence Thomas e Neil Gorsuch

Fanno parte del “blocco conservatore” anche Clarence Thomas, nominato dal primo presidente Bush nel 1991, e Neil Gorsuch, nominato da Trump dopo la scomparsa di Scalia nel 2016, che è solamente al suo secondo *Term*, e dunque difficile da valutare, viste le poche pronunce.

I due giuristi sono accomunati, pur con le dovute differenze, dall’impostazione metodologica: entrambi sono originalisti-testualisti (e formalisti), come Scalia.

Thomas, invero, abbraccia una *judicial philosophy* ancora più eccentrica ed estrema di quella di Scalia<sup>7</sup>, secondo cui andrebbero

---

posizioni *pro government*: *Bullcoming v. New Mexico*, 564 U.S. 647 (2011); *Melendez-Diaz v. Massachusetts*, 557 U.S. 305 (2009)., *Ohio v. Clark*, 576 U.S. \_\_\_ (2015), essendo disposto a consentire eccezioni al principio di oralità e l’utilizzabilità nel *trial* di dichiarazioni rese fuori dal contraddittorio. Ancora, in materia di IV Emendamento (divieto di perquisizioni e sequestri ingiustificati), la sua *jurisprudence* è estremamente deferenziale nei confronti delle ragioni del *law enforcement* e propensa a non accordare il rimedio dell’esclusione delle fonti di prova in caso di violazioni: v. ad es. *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006); *Herring v. United States*, 555 U.S. 135 (2009); *Arizona v. Gant*, 556 U.S. 332 (2009).

<sup>6</sup> N.S. Siegel, *The Distinctive Role of Justice Samuel Alito*, cit., p. 172, sottolinea come Alito sia la “voce” dei valori tradizionali delle comunità statunitensi, delle “maggioranze che stanno diventando minoranze”, sui temi sociali (aborto, diritti LGBT, azioni positive, libertà religiosa, *gun rights*) e che in materia penale ciò si traduce in un approccio univocamente *law and order* e vittimocentrico; M.A. McCall-M.M. McCall, *Chief Justice William Rehnquist: His Law-and-Order Legacy and Impact on Criminal Justice*, in *Akron L. Rev.*, 2006, p. 323 ss., p. 369 ss.

<sup>7</sup> Scalia, infatti, si descriveva quale “*fainthearted originalist*”, “originalista pavido”, nel senso che non era sempre disposto ad accettare gli effetti più estremi della sua metodologia, quelli manifestamente incompatibili con la coscienza sociale contemporanea o in contrasto con *lines of cases* consolidate nei precedenti della Corte

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

sovertiti precedenti consolidati da più di un secolo, per ritornare all'*original understanding*. Dal punto di vista strettamente politico-ideologico e valoriale, si tratta indubbiamente di iper-conservatori.

Ma – come l'esperienza di Scalia ben dimostra<sup>8</sup> – la fedeltà al dato storico-testuale ed il "rigore metodologico", nella *constitutional interpretation*, li porta, occasionalmente ed in determinati settori, ad interpretare espansivamente i diritti costituzionali del reo, ovvero, nella *statutory interpretation*, a letture "restrittive" delle fattispecie incriminatrici (cd. *narrow reading*). Per quanto riguarda Thomas, sono emblematici ambiti quali: il diritto individuale "ad un processo da parte di una giuria" nel *sentencing*, il diritto dell'imputato a confrontarsi con l'accusatore (cd. *confrontation clause* del VI Emendamento), il divieto di perquisizioni e sequestri ingiustificati (in specifiche situazioni), la difesa del diritto di proprietà da aggressioni formalmente non penali (cd. *civil in rem forfeiture*), ma sostanzialmente punitive<sup>9</sup>. Anche Gorsuch,

---

(ad es. costituzionalità della fustigazione come pena criminale, diffusa e accettata nella *Founding Era*, ma ripudiata nell'epoca contemporanea): cfr. A. Scalia, *Originalism: the Lesser Evil*, in *U. Cin. L. Rev.*, 1989, p. 849 ss.

<sup>8</sup> Sia permesso rimandare 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., p. 134-196, con casistica e letteratura ivi richiamata; N.M. Dorsen, *The Unexpected Scalia. A Conservative Justice's Liberal Opinions*, New York, 2017, p. 53 ss., 208 ss.

<sup>9</sup> M.J. Stern, *Clarence Thomas, Liberal. In the strange world of the Supreme Court, sometimes being an archconservative can turn you into a liberal*, disponibile all'URL

[http://www.slate.com/articles/news\\_and\\_politics/jurisprudence/2013/06/clarence\\_thomas\\_s\\_liberal\\_rulings\\_how\\_the\\_supreme\\_court\\_justice\\_s\\_originalism.html](http://www.slate.com/articles/news_and_politics/jurisprudence/2013/06/clarence_thomas_s_liberal_rulings_how_the_supreme_court_justice_s_originalism.html), 18 giugno 2013; W.H. Pryor Jr., *Justice Thomas, Criminal Justice, and Originalism's Legitimacy*, in *Yale L.J.F.*, 2 agosto 2017, p. 173 ss.; J.A. Baugh, *Clarence Thomas: Consistent, Conservative, & Contrarian*, in Aa.Vv., C.E. Smith-C. DeJong-M.A. McCall (eds.), *The Rehnquist Court and Criminal Justice*, Lexington Books, 2011, p. 231 ss.; M.S. McLeod, *A Humble Justice*, in *Yale L.J.F.*, 2017, p. 196 ss. Thomas ha formulato interpretazioni garantiste del IV Emendamento, basate sulla cd. *Property based theory*, più aderente al testo della clausola – e non sul test "soggettivo" della cd. *reasonable expectation of privacy*, da lui ritenuto privo di fondamento testuale in Costituzione – nelle decisioni *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001), *United States v. Jones*, --- U.S. ---, 132 S. Ct. 945 (2012), *Florida v. Jardines*, --- U.S. ---, 133 S. Ct. 1409 (2013), sulle quali, volendo, v. P. Insolera, *Da Scalia a Gorsuch: giudici "originalisti"*, cit., p. 179-182.

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

benché ovviamente in scala molto ridotta, ha espresso marcate tendenze *pro-defendant* nei suoi primi *Term*, ed anche nella sessione appena conclusa, come vedremo. Nel caso *Sessions v. Dimaya*, il suo decisivo voto ha determinato l'invalidazione per vizio di indeterminazione (cd. *vagueness doctrine*) di una disposizione federale in materia di diritto penale dell'immigrazione<sup>10</sup>; in altre *opinions*, ha mostrato una chiara volontà di innalzare lo standard di tutela costituzionale esistente in materia di *confrontation clause*, cd. *jury rights* e *civil forfeitures*<sup>11</sup>. Si tratta di orientamenti apprezzabili: in certa

---

Anche con riferimento al diritto individuale a che tutti i fattori tali da determinare un aggravamento sanzionatorio, in fase di *sentencing*, vengano accertati dalla giuria tramite lo standard dell'oltre ogni ragionevole dubbio, Thomas ha aderito a indirizzi protettivi, cfr. *Allelyne v. United States*, 133 S. Ct. 2151 (2013), così come in materia di diritto a confrontarsi con il proprio accusatore di cui al VI Emendamento, v. *Bullcoming v. New Mexico*, 564 U.S. 647 (2011). Sull'ostilità di Thomas nei confronti dell'abuso delle confische civili, v. *Leonard v. Texas*, 580 U. S. \_\_\_\_ (2017), Statement of JUSTICE THOMAS respecting the denial of certiorari. Cfr. M. Ford, *Justice Thomas's Doubts About Civil Forfeiture*, all'URL <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2017/04/clarence-thomas-civil-forfeiture/521583/>, 3 aprile 2017.

<sup>10</sup> Cfr., volendo, P. Insolera, *Le più significative decisioni della Corte suprema in materia penale dell'October Term 2017 e alcune riflessioni di sintesi sul contributo "penalistico" di Justice Anthony Kennedy, nonché sulle possibili conseguenze del suo pensionamento*, in *Ind. pen. online*, 2018, 3, p. 29 ss., p. 30-41.

<sup>11</sup> Nell'*October Term 2018* Gorsuch si è unito al giudice più garantista del collegio in ambito penale, Sonia Sotomayor, in diverse questioni processuali di rilievo. In particolare, nel caso *Stuart v. Alabama*, 586 U.S. \_\_\_\_ (2018) i due giudici, in una *opinion* di Gorsuch, hanno dissentito dal diniego del *certiorari*: avrebbero voluto giudicare nel merito la questione se la normativa processuale dell'Alabama, nella misura in cui consente di introdurre come prova al *trial* il referto delle analisi del sangue dell'imputato per il reato di guida in stato di ebbrezza, senza però consentirgli di esaminare in contraddittorio il medico che ha effettuato tali esami, viola il diritto costituzionale dell'imputato di confrontarsi con il proprio accusatore (cd. *confrontation clause* del VI Emendamento, come interpretata "espansivamente" in *Crawford v. Washington* e *Bullcoming v. New Mexico*). A margine del caso, D. Cassens Weiss, *Sotomayor joins Gorsuch in dissent from cert denial in drunken driving case*, all'URL

[http://www.abajournal.com/news/article/sotomayor\\_joins\\_gorsuch\\_in\\_dissent\\_from\\_cert\\_denial\\_in\\_drunken\\_driving\\_case](http://www.abajournal.com/news/article/sotomayor_joins_gorsuch_in_dissent_from_cert_denial_in_drunken_driving_case), 19 novembre 2018. Nel caso *Hester v. United States*, 586 U.S. (2019), hanno nuovamente espresso disaccordo rispetto al

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

misura smentiscono le obiezioni canoniche mosse all'originalismo quale "doctrine of convenience", "attivismo giudiziario" coperto da un velo di neutralità, che sarebbe utilizzata selettivamente ed in modo strumentale, soltanto se e in quanto utile a raggiungere obiettivi politici nell'agenda del partito repubblicano<sup>12</sup>.

---

rigetto da parte della Corte di valutare nel merito la questione se una giuria, e non un giudice, deve accertare, tramite lo standard dell'oltre ogni ragionevole dubbio, i fatti su cui si basa un "restitution order", con cui il giudice dispone di risarcire il danno *ex delicto* alla vittima. Sotomayor e Gorsuch avrebbero voluto applicare alle *restitutions* i principi di garanzia sanciti nella *line of cases* iniziata in *Apprendi v. New Jersey*, 530 U.S. 466 (2000), che ha rivitalizzato le prerogative della giuria nella fase sanzionatoria del processo su basi originaliste-testualiste. Sul caso cfr.: J. Setyon, *Gorsuch and Sotomayor Join Forces in Defense of Sixth Amendment Rights*, all'URL <https://reason.com/blog/2019/01/07/gorsuch-and-sotomayor-join-forces-in-def>, 7 gennaio 2019. I due giudici hanno espresso analoga attitudine nella discussione del caso *United States v. Haymond*, No. 17-1672, riguardante la normativa federale 8 U.S.C. § 3583(k) che attribuisce ad un giudice attraverso lo standard della "preponderance of evidence", e non ad una giuria "beyond a reasonable doubt", il potere di accertare la violazione dei termini della "supervised release" di un *sex offender*, dalla quale deriva un aggravamento sanzionatorio. La disposizione pare destinata ad essere censurata per violazione del VI Emendamento, v. A. Howe, *Argument analysis: Court poised to rule for challenger in dispute over constitutionality of sex-offender law*, all'URL <https://www.scotusblog.com/2019/02/argument-analysis-court-poised-to-rule-for-challenger-in-dispute-over-constitutionality-of-sex-offender-law/>, 26 febbraio 2018. Sulla "coalizione" tra Gorsuch e Sotomayor a protezione dei diritti protetti dal VI Emendamento: B. Kristian, *The Unexpected alliance of Sonia Sotomayor and Neil Gorsuch*, all'URL <https://theweek.com/articles/816202/unexpected-alliance-sonia-sotomayor-neil-gorsuch>, 16 gennaio 2019. Sui dubbi di costituzionalità espressi da Gorsuch sulle *civil forfeitures* ("confische civili"), cfr. l'opinione concorrente in *Sessions v. Dimaya* e le osservazioni nella discussione del caso *Timbs v. Indiana*, 586 U.S. \_\_\_\_ (2019), su cui v. M.J. Stern, *Neil Gorsuch and Sonia Sotomayor Just Came Out Swinging Against Policing For Profit*, all'URL <https://slate.com/news-and-politics/2018/11/neil-gorsuch-sonia-sotomayor-tyson-timbs-civil-forfeiture.html>, 28 novembre 2018.

<sup>12</sup> V. *amplius*, ad es.: S. Whitehouse, *Conservative Judicial Activism: The Politicization of the Supreme Court Under Chief Justice Roberts*, in *Harv. L. & Pol'y Rev.*, 2015, p. 195 ss., 197-198; 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.



*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

Al di là di queste limitate situazioni, nelle quali la metodologia supera l'ideologia, con esiti se si vuole sorprendenti<sup>13</sup>, Thomas e Gorsuch – analogamente a Scalia ed all'opposto di Kennedy – si assestano univocamente su posizioni di totale chiusura rispetto alla possibilità di censurare scelte d'incriminazione, sanzionatorie o penitenziarie per contrasto con la *due process clause* e la *cruel and unusual punishment clause*. La discrezionalità politica federale e, *a fortiori*, statale, in assenza di previsioni costituzionali testualmente espresse, non incontra alcun limite: gli unici rimedi ad eventuali eccessi o abusi sono interni al cd. *political process*, senza che giudici federali privi di legittimazione democratica possano intervenire. Thomas, ad esempio, è noto (o, forse, famigerato) per alcune delle più "macabre" pronunce in materia di pena di morte<sup>14</sup>, nelle quali ripercorre dettagliatamente le tipologie di pena inumane e barbare vietate nel XVIII secolo, al tempo della Fondazione (le uniche, a suo avviso, che la Costituzione vieterebbe ancora oggi). È chiaro che siffatta, singolare prospettiva, aderendo inderogabilmente alla tradizione di *common law* e al "significato pubblico originario", imporrebbe un regresso inaccettabile. Dovrebbero essere accantonati precedenti che hanno sancito il divieto di segregazione razziale, diritti fondamentali impliciti (aborto, *privacy*, LGBT etc.), azioni positive, limitazioni sostanziali e processuali alla pena capitale, regole procedurali penali (*Miranda Warnings*; *Exclusionary Rule*), solo per ricordarne alcuni. Insomma, tutti principi, in prevalenza a protezione dei diritti delle minoranze, ormai profondamente radicati nella costituzione materiale e nella coscienza

---

<sup>13</sup> Su questa interessante dinamica, concentrando soprattutto sui cd. *jury rights*: R.E. Barkow, *Originalist, Politics, and Criminal Law on the Rehnquist Court*, in *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, 2006, all'URL [https://lsr.nellco.org/nyu\\_plltwp/26/](https://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/26/).

<sup>14</sup> Si vedano esemplificativamente le opinioni concorrenti in *Baze v. Rees* e *Glossip v. Gross*. In materia di trattamenti penitenziari, cfr. il dissenso in *Hudson v. McMillian*, 503 U.S. 1 (1992), sul quale cfr. *The Youngest, Cruellest Justice*, all'URL <https://www.nytimes.com/1992/02/27/opinion/the-youngest-cruellest-justice.html>, 27 febbraio 1992.

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

sociale statunitense. Non stupisce, allora, che Thomas scriva molto spesso separatamente (in *concurrency* o *dissent*)<sup>15</sup>.

### 2.3. Il Chief Justice John Roberts

Tutt'altro tipo di conservatore è il giudice capo John Roberts, nominato dal secondo presidente Bush nel 2005. In una Corte nettamente più conservatrice dopo il pensionamento di Kennedy, si è rilevato all'unisono che oggi Roberts, il più moderato tra i giudici di nomina repubblicana, ne va a prendere il posto, quale "nuovo" cd. *Swing Justice*<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> La circostanza che Thomas, differenziandosi dagli altri conservatori, sia l'unico giudice supremo a non sentirsi vincolato allo *stare decisis* costituzionale è ben evidenziata, tra gli altri, da: M.S. McLeod, *A Humble Justice*, cit, p. 198, alla nt. 10; J. Toobin, *The Nine. Inside the Secret World of the Supreme Court*, New York, 2007, p. 120; Id, *The Oath: The Obama White House and the Supreme Court*, New York, 2012, p. 246-247; Id, *Clarence Thomas Has His Own Constitution*, all'URL <https://www.newyorker.com/news/daily-comment/clarence-thomas-has-his-own-constitution>, 30 giugno 2016; L. Greenhouse, *Is Clarence Thomas*, cit.; Id, *Justice Clarence Thomas Solitary Voice*, all'URL <https://www.nytimes.com/2016/06/09/opinion/justice-clarence-thomass-solitary-voice.html>, 8 giugno 2016; A. Liptak, *Precedent Meet Clarence Thomas. You May not Get Along*, all'URL <https://www.nytimes.com/2019/03/04/us/politics/clarence-thomas-supreme-court-precedent.html>, 4 marzo 2019; M.C. Dorf, *Should Originalist Enforce Rights More Strictly Against the States Than Against the Federal Government*, all'URL <https://verdict.justia.com/2019/03/20/should-originalists-enforce-rights-more-strictly-against-the-states-than-against-the-federal-government>, 20 marzo 2019.

<sup>16</sup> Cfr. nella cronaca giudiziaria: E. Livni, *John Roberts may be the new swing vote on the US Supreme Court*, all'URL <https://qz.com/1506186/chief-justice-roberts-the-new-swing-vote-on-supreme-court/>, 24 dicembre 2018; O. Roeder, *John Roberts Has Cast A Pivotal Liberal Vote Only 5 Times*, all'URL <https://fivethirtyeight.com/features/john-roberts-has-cast-a-pivotal-liberal-vote-only-5-times/>, 5 luglio 2018; D.A. Kaplan, *John Roberts's Chance for Greatness*, all'URL <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2018/10/roberts-court/572482/>, 10 ottobre 2018; M.J. Stern, *John Roberts, Swing Vote*, all'URL <https://slate.com/news-and-politics/2018/10/john-roberts-alabama-death-penalty-madison.html>, 2 ottobre 2018; D. Scott, *John Roberts is the Supreme Court's new swing vote. Is he going to overturn Roe v. Wade?*, all'URL <https://www.vox.com/policy-and-politics/2018/7/9/17541954/roe-v-wade-supreme-court-john-roberts>, 9 luglio 2018;

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

Il *Chief Justice*, nei 14 anni di presidenza, ha mostrato, da un lato, di essere ideologicamente più impegnato di Kennedy, un cd. “*reliable conservative*”, votando stabilmente con l’ala conservatrice, specialmente sulle cd. *social issues* di alto profilo; dall’altro, la sua metodologia di *constitutional adjudication*, seppur “pluralista”, come quella di Kennedy, se ne differenzia significativamente, riconoscendo un ruolo istituzionale e “sociale” molto più limitato alle corti di giustizia<sup>17</sup>

---

J. Nash, *Chief Justice Roberts will be the new ‘swing’ vote*, all’URL <https://thehill.com/opinion/judiciary/394940-chief-justice-roberts-will-be-the-new-swing-vote>, 30 giugno 2018; T. McCarthy, *Is John Roberts poised to become the supreme court’s key swing vote?*, all’URL <https://www.theguardian.com/law/2018/jul/15/john-roberts-supreme-court-swing-vote-anthony-kennedy>, 15 luglio 2018; L. Hurley, *Chief Justice Roberts emerges as key figure on U.S. Supreme Court*, all’URL <https://www.reuters.com/article/us-usa-court-roberts/chief-justice-roberts-emerges-as-key-figure-on-u-s-supreme-court-idUSKCN1PX27P>, 8 febbraio 2019; R. Wolf, *Chief Justice John Roberts inherits expanded role as the Supreme Court’s man in the middle*, all’URL <https://eu.usatoday.com/story/news/politics/2018/06/29/chief-justice-john-roberts-supreme-courts-new-man-middle/743208002/>, 29 giugno 2018. Alla luce delle caratteristiche della sua giurisprudenza, è forse più appropriata la definizione di cd. *Median Justice*: un giudice che “controlla” gli esiti decisori della Corte non attraverso imprevedibili e ampie oscillazioni (come Kennedy), ma tramite la ricerca del compromesso, decisioni caute e limitate, *i.e.* un approccio incrementalistico: M. Cole, *John Roberts, the New ‘Swing’ Vote? Not Likely. Try, Perhaps, ‘Median’*, all’URL <https://www.law.com/nationallawjournal/2018/06/27/john-roberts-the-new-swing-vote-not-likely-try-perhaps-median/>, 27 giugno 2018. Sulla differenza tra *Median Justice* e *Swing Justice*: K.M. McGaver, *Getting Back to Basics*, cit., p. 1247 ss.

<sup>17</sup> Sembra essere questo il “tratto differenziale” fondamentale tra il *Chief Justice* (e gli altri giudici conservatori oggi *on the bench*) e Kennedy, quanto meno in materia di cd. *social issues*, nel cui ambito rientra *lato sensu* anche la giustizia penale. Roberts non considera pressoché mai la *litigation* dinanzi a *Courts of law* uno strumento adeguato per l’affermazione di diritti fondamentali o per il rimedio di abusi e discriminazioni, essendo incline a deferire alle decisioni assunte nel circuito politico. Non è “compito” delle Corti di giustizia farsi carico di istanze di riforma. Si tratta anche dell’idea di fondo che ha animato la *Reagan Revolution* e la generazione di giuristi e “*movement conservatives*” dalla quale Roberts proviene – ha servito quale avvocato nell’Amministrazione Reagan dal 1982 al 1986 – quale reazione agli eccessi delle stagioni “attiviste” degli anni sessanta e settanta (emblematica, ad es., la restrizione dei diritti processuali in materia di *Habeas corpus* nel settore penale). Per approfondimenti sul cd. *Narrow role of courts* nella concezione di Roberts e sulla

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

(cd. *judicial restraint v. judicial supremacy*). I principi guida si identificano, in sintesi: nel cd. *judicial minimalism*, i.e. la preferenza per pronunciamenti che si limitino ai fatti di causa, a quanto necessario per risolvere la controversia *sub iudice* (*narrow rulings*), favorendo lo sviluppo “graduato” del diritto<sup>18</sup>; il rispetto per il precedente, che non è un “*inexorable command*”, ma dev’essere seguito, salvo “speciali giustificazioni” (presunzione relativa di validità), preservando i valori di *evenhandedness, predictability, stability, appearance of integrity in the judicial process*; la propensione a trovare soluzioni di compromesso, collegiali (cd. *consensus building*), per rafforzare la legittimazione della Corte. Tanto precisato, la Corte Roberts è stata più volte accusata di *judicial activism* conservatore, sprezzante di suddetti principi<sup>19</sup>.

---

corrispondente limitazione del cd. *Access to Justice*: J. Toobin, *The Nine*, cit., p. 73-74, 319 ss., 393 ss.; Id, *The Oath*, cit., p. 72; L. Tribe-J. Matz, *Uncertain Justice: the Roberts Court and the Constitution*, New York, 2015, p. 282-314. In materia civile-commerciale e lavoristica, questa tendenza produce una giurisprudenza marcatamente *pro-business*: tale obiettivo viene perseguito attraverso interpretazioni restrittive ed elaborazioni di *procedural doctrines* tali da erodere la legittimazione attiva (in punto di cd. *standing doctrine*) e l’accesso alle Corti per i consumatori e lavoratori ricorrenti. Una recente critica in R. Efron, *Hoping Justice Roberts Will Be the New “Centrist?” You Should Sweat the Small Stuff*, all’URL <https://www.law.com/newyorklawjournal/2018/08/29/hoping-justice-roberts-will-be-the-new-centrist-you-should-sweat-the-small-stuff/>, 29 agosto 2018.

<sup>18</sup> Cfr. J. Toobin, *The Nine*, cit., p. 357-58, 384-385; L. Tribe-J. Matz, *Uncertain Justice*, cit., p. 20, 93, 165; E. Volokh, “*Judicial Minimalism*” (*at Least of One Sort*), *Pro and Cons*, all’URL <http://volokh.com/2011/01/19/judicial-minimalism-at-least-of-one-sort-pro-and-con/>, 19 gennaio 2011.

<sup>19</sup> Alcuni tra gli esempi recenti più noti di *conservative judicial activism*: nella sentenza *Citizens United*, abbattendo ogni forma di limite legislativo al finanziamento alla politica, sulla base di un’interpretazione della libertà d’espressione a beneficio delle persone giuridiche difficilmente compatibile con il “significato originario” del I Emendamento e contrastante con *precedents* consolidati (*Austin v. Michigan Chamber of Commerce*, 494 U.S. 652 (1990); *McConnell v. Federal Election Commission*, 540 U.S. 93 (2003)); in materia di azioni positive, nella sentenza *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*, 551 U.S. 701 (2007), restringendo la possibilità di utilizzare parametri connessi alla razza per perseguire obiettivi di cd. *educational diversity* da parte delle istituzioni scolastiche; riformulando, in senso restrittivo per la libertà di scelta della donna, il cd. *undue burden test* sulla regolamentazione federale delle pratiche abortive, in *Gonzales v. Carhart*; affermando per la prima volta la

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

Coerentemente con la sua vocazione di cd. “*institutionalist*” – si è osservato – Roberts tende a perseguire obiettivi politici in maniera cauta, con grande attenzione a mantenere la neutralità percepita dell’istituzione, per non delegittimarla (ad es. erodere ed indebolire gradualmente i precedenti, tramite *narrow reading* o *distinguishing*, senza disporre l’*overruling* immediato<sup>20</sup>).

Le sue posizioni in materia di sistema sanzionatorio e penitenziario sono distanti da quelle di Kennedy<sup>21</sup>, caratterizzate da una lettura restrittiva del divieto di pene crudeli ed inusuali dell’VIII Emendamento: ad esempio, ha dissentito in *Kennedy v. Louisiana*, *Brown v. Plata*, *Miller v. Alabama* e *Hall v. Florida*. Ha espresso disaccordo rispetto alla “*categorization*” del controllo di proporzionalità per l’ergastolo nei confronti dei minorenni, in *Graham v. Florida*. Ha dissentito nel *landmark case Boumediene*, nel quale si riconobbe la protezione dell’*Habeas Corpus* ai nemici combattenti detenuti a Guantanamo. Saltuariamente, invero, ha censurato sentenze di condanna a morte manifestamente viziate da pregiudizio razziale<sup>22</sup>.

---

sussistenza di un “diritto individuale fondamentale” desumibile dal II Emendamento a detenere armi lecitamente registrate in luoghi di privata dimora per scopi di legittima difesa in *D.C. v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), ed estendendo l’applicabilità di tale diritto nei confronti delle discipline statali e locali in *McDonald v. Chicago*, 561 U.S. 742 (2010). In ambito processuale penale è emblematico il caso *Montejo v. Louisiana*, 556 U.S. 778 (2009), che afferma l’utilizzabilità di dichiarazioni autoincriminanti rese da un imputato al quale erano stati forniti gli avvisi di garanzia (cd. *Miranda Warnings*), ma che era privo di assistenza legale, superando il precedente consolidato: v. 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., p. 429-430.

<sup>20</sup> Si veda ad es. la casistica riportata in W.D. Araiza, *Samuel Alito: Populist*, cit., p. 105-105, alla nt. 16, che osserva come anche Alito segua questa tendenza, differenziandosi dagli “originalisti”, che opterebbero più spesso per l’*overruling* diretto.

<sup>21</sup> A. Liptak, *How Brett Kavanaugh Would Transform the Supreme Court*, all’URL <https://www.nytimes.com/2018/09/02/us/politics/judge-kavanaugh-supreme-court-justices.html>, 2 settembre 2018.

<sup>22</sup> Cfr. *Buck v. Davis*, 580 U.S. \_\_\_\_ (2017), con note di G.L. Gatta, *Omicida condannato a morte, anziché all’ergastolo, perché nero e quindi “pericoloso”. La Corte suprema U.S.A. mette un freno all’ingresso di stereotipi razziali nel sentencing*, all’URL <https://www.penalecontemporaneo.it/d/5251-omicida-condannato-a-morte->

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

Per quanto concerne la *fundamental rights adjudication*, ha votato nel senso opposto di Kennedy in materia di diritti LGBT (*Windsor* e *Obergeffel*) e, talvolta, di diritto all'aborto (*Whole Woman's Health v. Hellerstedt*), adottando una visione ridotta del contenuto sostanziale della *due process clause*.

Se si guarda all'area processuale penale, in estrema sintesi, i due giudici hanno un *voting record* "conservatore moderato" più allineato<sup>23</sup> – Kennedy comunque ha "oscillato" di più – di norma orientato ad elaborare soluzioni "pragmatiche", restringendo tramite eccezioni l'operatività delle "regole categoriche di garanzia" non scritte nella Costituzione e create (o espanse) in via pretoria dalla Corte Warren (ad es. *Exclusionary Rule*)<sup>24</sup>. L'approccio complessivo si discosta molto anche dal rigido "formalismo" delle decisioni originaliste-testualiste, che talvolta hanno elevato il livello di garanzia, ad esempio in materia di *jury rights* nella fase del *sentencing*. Ma, al di là delle diverse "sfumature", un dato è in definitiva certo: è molto meno probabile che Roberts, se confrontato a Kennedy, in ambito penale sostanziale, processuale o penitenziario, si schieri a supporto di decisioni *pro-defendants* o *pro-rights*.

---

[anziche-allergastolo-perche-nero-e-quindi-pericoloso-la-corte-suprema](#), 28 febbraio 2017; sia permesso rinviare anche a P. Insolera, *Discriminazione razziale nell'applicazione del diritto penale: due pronunce della Corte Suprema statunitense fanno segnare piccoli passi in avanti*, in *Ind. pen. online*, 2017, 2, p. 58 ss., ove si analizza anche un'interessante pronuncia estesa da Kennedy nella quale si censura, per violazione del "diritto ad una giuria imparziale" di cui al VI Emendamento, un verdetto di colpevolezza emesso dalla giuria viziato da manifesta discriminazione razziale: *Peña-Rodriguez v. Colorado*, 580 U.S. \_\_\_\_ (2017).

<sup>23</sup> C.E. Smith-M.A. McCall-M.M. McCall, *The Roberts Court and Criminal Justice*, cit., p. 416 ss.; 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., p. 170-174.

<sup>24</sup> Cfr. specialmente le importanti decisioni succitate *Herring v. United States*, 555 U.S. 135 (2009) e *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006), sulle quali in dottrina cfr., E. Chemerinsky, *The Conservative Assault on the Constitution*, New York, 2010, p. 160-65; L. Tribe-J. Matz, *Uncertain Justice*, cit., p. 305-309; C.E. Smith-M.A. McCall-M.M. McCall, *The Roberts Court and Criminal Justice*, cit., p. 434-436. Il *Chief Justice* presenta invero alcune tendenze espansive in materia di IV Emendamento: cfr. da ultimo *Carpenter v. United States*, No. 16-402, 585 U.S. \_\_\_\_ (2018).

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

#### 2.4. Justice Stephen Breyer

Spostandoci nel “*progressive bloc*”, il giudice più “centrista” e moderato è Stephen Breyer, nominato da Clinton nel 1994. La sua *judicial philosophy* generale, e penalistica nello specifico, improntata al pragmatismo – sensibile, cioè, alla considerazione degli “scopi” delle norme e delle conseguenze concrete della loro applicazione, e dunque a valutazioni “di contesto politico” (*i.e.* consultazioni della *cd. legislative history*), oltre ai criteri *text, history, tradition, precedent* – costituisce l’alternativa più “strutturata” all’originalismo-testualismo. Si privilegiano “*workable solutions*” flessibili per il caso concreto (*ad hoc*) – e non “regole categoriche”, funzionali ad ottenere oggettività e prevedibilità – riconoscendo al giudice un margine di discrezionalità più ampio, che si manifesta in *test di bilanciamento* tra *public safety concerns* e diritti individuali (esemplificativamente, in settori quali: libertà d’espressione; *reasonableness balancing* nell’ambito del IV Emendamento; diritto individuale a detenere e portare armi da fuoco). Breyer è noto anche per la sua vena “tecnocratica”: tende ad esercitare *deference* verso le scelte effettuate dagli attori politico-istituzionali dotati di *expertise* empirico-fattuale e legittimazione democratica, che manca al giudiziario (ad es. legislatori, autorità indipendenti come la *Sentencing Commission*, agenzie amministrative). Ciò, talvolta, lo porta a schierarsi *pro-government* in ambito criminale <sup>25</sup>. Ulteriore

---

<sup>25</sup> C.F. Jacobs, *Judicial Modesty & Pragmatic Solutions*, in Aa.Vv., C.E. Smith-C. DeJong-M.A. McCall (eds.), *The Rehnquist Court*, cit., p. 275 ss.; L. Tribe-J. Matz, *Uncertain Justice*, cit., p. 9-10. In questo senso, è significativo che Breyer sia stato costantemente in disaccordo nella *line of cases* ove si è rivitalizzato il ruolo della giuria nella fase sanzionatoria in base ad istanze originaliste-testualiste (da *Apprendi v. New Jersey* in avanti), da lui ritenuta incompatibile con il sistema delle *Sentencing Guidelines* creato dall’Agenzia Indipendente del giudiziario U.S. *Sentencing Commission*, ed abbia esteso la decisione “rimediante” in *United States v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005), che ha reso le stesse linee guida meramente “consultive” (*advisory*) e non più vincolanti per i giudici federali. Similmente, in relazione al “diritto di confrontarsi con il proprio accusatore” del VI Emendamento, ha talvolta assunto posizioni *pro government*, deferendo alle scelte legislative processuali penali statali: v. le decisioni *Bullcoming v. New Mexico*; *Melendez-Diaz v. Massachusetts*, cit.

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

caratteristica della sua elaborazione è l'apertura internazionalistica<sup>26</sup>. Per quanto concerne i temi di diritto penale sostanziale, Breyer, ad esempio, ha espresso la sua convinzione circa l'incostituzionalità della pena capitale in ogni circostanza, ha votato per censurare pene detentive sproporzionate e ha riconosciuto la sussistenza di limiti costituzionali alle scelte legislative di criminalizzazione e limitazione di diritti fondamentali<sup>27</sup>.

### 2.5. Justice *Elena Kagan*

Sembra caratterizzarsi in senso analogo la giurisprudenza di Elena Kagan, giudice di nomina obamiana, risalente al 2010. Condivide con Breyer l'attitudine pragmatica e compromissoria, ed il "flessibile" pluralismo metodologico nell'interpretazione. Il suo *voting record* penale può classificarsi come tendenzialmente *liberal* e *pro-defendant*: a titolo esemplificativo, ha invalidato l'ergastolo come pena fissa nei confronti dei minori (*Juvenile Mandatory Life Without Parole Sentence*) e la pena capitale per i disabili mentali; votato per censurare le condizioni inumane di detenzione e alcune norme penali formulate in termini indeterminati<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> S. Breyer, *The Court and the World. American Law and New Global Realities*, New York, 2015, *passim*.

<sup>27</sup> Si vedano, senza pretesa d'eshaustività: il noto dissenso in *Glossip v. Gross*; il voto contrario nella decisione che ha confermato la legittimità della "legge dei tre colpi" californiana, *Ewing v. California*, 538 U.S. 11 (2003), nel quale Breyer denuncia lucidamente l'irragionevolezza rispetto agli scopi e la sproporzione della sanzione sindacata; le decisioni *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003) e *Obergeffell v. Hodges*, cit., sui diritti degli omosessuali.

<sup>28</sup> L. Tribe-J. Matz, *Uncertain Justice*, cit., p. 13-14, 288-91. V. le decisioni: *Miller v. Alabama* (estensore); *Hall v. Florida*; *Brown v. Plata*; *Johnson v. United States*; *Sessions v. Dimaya* (estensore). Per un approfondimento sulla crescente influenza della *jurisprudence* "pragmatica" e talvolta compromissoria del giudice Kagan, in funzione di freno rispetto alle evoluzioni interpretative determinate dal rafforzamento dell'ala conservatrice, cfr.: M. Talbot, *Is The Supreme Court's Fate in Elena Kagan's Hands?*, all'URL [https://www.newyorker.com/magazine/2019/11/18/is-the-supreme-courts-fate-in-elena-kagans-hands?utm\\_campaign=aud-dev&utm\\_source=nl&utm\\_brand=tny&utm\\_mailing=TNY\\_Magazine\\_Daily\\_111119&](https://www.newyorker.com/magazine/2019/11/18/is-the-supreme-courts-fate-in-elena-kagans-hands?utm_campaign=aud-dev&utm_source=nl&utm_brand=tny&utm_mailing=TNY_Magazine_Daily_111119&)



*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

## 2.6. Justice Ruth Bader Ginsburg

Il *Senior Justice* progressista – con maggiore anzianità di servizio (gode dunque dell'*Assignment Power*, se in maggioranza) – è Ruth Bader Ginsburg, nominata da Bill Clinton nel 1993. Vera e propria icona *liberal*, celebre per le sue battaglie in favore della cd. *gender equality* quale avvocato dell'*American Civil Liberties Union*, l'anziana Ginsburg – recentemente al centro delle attenzioni mediatiche (e delle preoccupazioni democratiche) per le sue precarie condizioni di salute<sup>29</sup> – ha compilato un solido *voting record* a protezione dei diritti individuali e delle istanze costituzionali di garanzia in materia penale<sup>30</sup>. A mero titolo d'esempio, di recente, si è unita a Breyer nel denunciare l'incostituzionalità della sanzione capitale in tutte le circostanze<sup>31</sup>; ha votato per censurare la manifesta sproporzione della pena di morte e di pene detentive "estreme"<sup>32</sup>, il sovraffollamento carcerario<sup>33</sup> e la criminalizzazione dei rapporti omosessuali consensuali tra adulti<sup>34</sup>. Anche in materia processuale, il suo *record* è decisamente *liberal*<sup>35</sup>.

## 2.7. Justice Sonia Sotomayor

---

[utm\\_medium=email&bxid=5bea03ac3f92a404693df8c0&cndid=45128951&esrc=auto\\_auth\\_de&mbid=&utm\\_term=TNYP\\_Daily#](https://www.nytimes.com/2019/11/11/us/politics/ruth-bader-ginsburg-illness.html), 11 novembre 2019.

<sup>29</sup> A. Feldman, *If Ginsburg Leaves it Could be the Left's Biggest Loss Yet*, all'URL <https://empiricalscotus.com/2019/01/17/ginsburgs-seat/>, 17 gennaio 2019.

<sup>30</sup> C. DeJong, *Ruth Bader Ginsburg: Careful Defender of Individual Rights*, in Aa.Vv., C.E. Smith-C. DeJong-M.A. McCall (eds.), *The Rehnquist Court*, cit., p. 257 ss.

<sup>31</sup> Nel dissenso in *Glossip v. Gross*, cit.

<sup>32</sup> Cfr. le decisioni: *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002); *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005); *Kennedy v. Louisiana*, cit.; *Graham v. Florida*, cit.; *Miller v. Alabama*, cit. e v. il dissenso in *Ewing v. California*, cit.

<sup>33</sup> *Brown v. Plata*, cit.

<sup>34</sup> *Lawrence v. Texas*, cit.

<sup>35</sup> Cfr. C. Slobogin, *Justice Ginsburg's Gradualism in Criminal Procedure*, in *Ohio St. L. J.*, 2009, p. 867 ss., laddove si esamina l'ambito del divieto di perquisizioni e sequestri ingiustificati, segnalando gli indirizzi protettivi espressi da Ginsburg, nonché la sua predilezione per il cd. *common law – like judging*, anche in materia costituzionale, tramite la stretta aderenza al principio del precedente vincolante e la preferenza per i cd. *narrow rulings*.

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

Infine, il giudice probabilmente più “garantista”, nella complessa opera di definizione dei rapporti tra *criminal justice system* e Costituzione, è Sonia Sotomayor, nominata da Obama nel 2009.

Come si è rilevato, ella, in linea generale, “ha mostrato una forte sensibilità rispetto alle possibili ingiustizie determinate dall’attività di *law enforcement*, ha richiamato l’attenzione sui maltrattamenti nelle prigioni, sugli abusi del sistema applicativo della pena di morte, sui pericoli per i diritti di *privacy* e sulle condotte illecite di forze di polizia e *prosecutors*” ed “è emersa come la più creativa e pragmatica pensatrice in relazione alle istanze di riforma del nostro sistema di giustizia penale”<sup>36</sup>.

Avendo in precedenza ricoperto gli uffici di *prosecutor* a livello statale (nella Città di New York), giudice distrettuale federale e giudice d’appello federale<sup>37</sup>, molti hanno osservato che tale “*diversity*” di prospettive influenza positivamente la sua interpretazione *in criminalibus*. Il “dato esperienziale” – relativo al funzionamento della “macchina giudiziaria penale” di tutti i giorni, a livello locale-statale – contribuisce a formare una consapevolezza, su basi pragmatiche, dei

---

<sup>36</sup> L. Tribe-J. Matz, *Uncertain Justice*, cit., p. 10, 268.

<sup>37</sup> Si noti che nel supremo collegio soltanto il giudice Alito può vantare un *background* professionale specificamente “penalistico” simile, avendo ricoperto l’ufficio di assistente procuratore federale dal 1977 al 1981 e di procuratore federale nel distretto del New Jersey dal 1987 al 1990, oltre a quello di giudice d’appello federale dal 1990 al 2006. Come si osserva, però, Alito – diversamente da Sotomayor – non è mai stato “*trial judge*” (giudice di prime cure), né ha mai operato in un sistema di giustizia penale statale, dove vengono istruiti e giudicati oltre il 90% dei casi penali negli U.S.A., con tipologie delittuose molto più diversificate rispetto a quelle oggetto di *prosecution* e accertamento a livello federale (per il 60% reati in materia di stupefacenti e immigrazione). In dottrina si ipotizza che queste differenze (insieme all’ideologia e alle precomprensioni assiologiche) possano spiegare orientamenti giurisprudenziali così lontani, cfr. R.E. Barkow, *Justice Sotomayor and Criminal Justice in the Real World*, in *Yale L.J.F.*, 24 marzo 2014, p. 409 ss., 423-25. Nella dottrina statunitense è ben approfondito il tema dell’influenza della pregressa esperienza umana e professionale nel *judicial behavior* e nei cd. *voting patterns* dei giudici supremi: cfr. C.E. Smith, *What If?: Human Experience and Supreme Court Decision Making on Criminal Justice*, in *Marq. L. Rev.*, 2016, p. 813 ss., con riferimento alla giurisprudenza penalistica di Stevens, Scalia e Thomas.

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

potenziali rischi di abuso e discriminazione connaturati allo strumento penale e delle pesanti conseguenze, anche sui cittadini “comuni”<sup>38</sup>.

Il cd. “*common sense*”, termine spesso utilizzato da Sotomayor, significa conoscenza di ciò che avviene sul campo, nelle prassi, con attenzione particolare agli atti processuali, agli studi empirico-statistici e ad una profonda comprensione delle modalità di funzionamento del sistema di giustizia penale e dei suoi attori, che deriva dalla sua esperienza diretta<sup>39</sup>.

Nel suo contributo spiccano per costanza e coerenza orientamenti espansivi delle libertà individuali, in pressoché tutte le aree *lato sensu* penalistiche: divieto di pene crudeli ed inusuali<sup>40</sup>; discriminazione

---

<sup>38</sup> In dottrina, cfr. R.E. Barkow, *Justice Sotomayor and Criminal Justice*, cit., p. 409 ss.; C.E. Smith-K. Petlakh, *The Role of Justice Sotomayor in Criminal Justice Cases*, in *Cap. U. L. Rev.*, 2017, p. 457 ss.; S. Daneshvar-B.C. Smith, *Nino & Sonia: The Dark Horse Heroes of Criminal Justice on the Roberts Court*, in *Wash. U.J.L. & Pol’y*, 2017, p. 19 ss.; A. Liptak, *In Dissents, Sonia Sotomayor Takes on the Criminal Justice System*, all’URL <https://www.nytimes.com/2016/07/05/us/politics/in-dissents-sonia-sotomayor-takes-on-the-criminal-justice-system.html>, 4 luglio 2016.

<sup>39</sup> R.E. Barkow, *Justice Sotomayor and Criminal Justice*, cit., p. 411-12.

<sup>40</sup> Sotomayor, in materia sanzionatoria e penitenziaria, pur non avendo redatto decisioni di alto profilo, ha ad es. votato con la maggioranza nelle summenzionate decisioni “garantiste”: *Graham v. Florida*, cit., *Miller v. Alabama*, cit., *Hall v. Florida*, cit., *Montgomery v. Louisiana*, 577 U.S. \_\_\_\_ (2016), *Brown v. Plata*, cit. La sua voce è emersa come centrale anche in dissenso. Nel noto caso *Glossip v. Gross*, cit., ha censurato in maniera persuasiva la regola creata dalla maggioranza in materia di cd. “*methods of execution challenges*”, in base alla quale il condannato a morte che sostiene di essere esposto, durante l’esecuzione, ad un rischio concreto di inflizione non necessaria, e pertanto crudele, di dolore, in ragione dell’inefficacia dei farmaci utilizzati nel protocollo d’iniezione letale statale, deve dimostrare la pronta disponibilità per lo Stato di un metodo d’esecuzione alternativo privo di rischi (o con minori rischi), perché il ricorso sia accolto. Una distorsione del significato e uno svuotamento del contenuto di protezione del divieto di pene crudeli ed inusuali, che viene trasformato da “assoluto” a “condizionato”: “*Under the Court’s approach it would not matter whether Oklahoma intended to use midazolam to execute the prisoners or instead intended to have them drawn and quartered, slowly tortured to death, or burned at the stake, because the petitioners failed to prove there was an available alternative, their challenge would automatically fail*”. Un approccio censurabile che – come osserva Sotomayor – “lascia di fatto i ricorrenti esposti a quello che può ben essere l’equivalente chimico di essere bruciati al palo”. In numerose altre occasioni, scrivendo spesso *dissents from denial of certiorari*, si è dimostrata cd.

Pietro Insolera

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

---

*“Advocate for prisoner rights”*, denunciando i rischi di abuso nell’universo penitenziario, v. casistica in C.E. Smith-K. Petlakh, *The Role of Justice Sotomayor*, cit., p. 473-474.

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

razziale<sup>41</sup>; IV Emendamento<sup>42</sup>; *Miranda warnings*<sup>43</sup>; *effective assistance of counsel*<sup>44</sup>, *jury rights*<sup>45</sup> e *confrontation clause*<sup>46</sup> del VI Emendamento;

---

<sup>41</sup> Cfr. spec. la *dissenting opinion* in *Schuette v. Coal. to Defend Affirmative Action*, 134 S. Ct. 1623 (2014), su cui v. C.E. Smith-K. Petlakh, *The Role of Justice Sotomayor*, cit., p. 462-466, e ulteriore casistica ivi richiamata.

<sup>42</sup> Si veda in particolare la *dissenting opinion* in *Utah v. Strieff*, 136 S. Ct. 2056 (2016). Questo voto contrario è stato oggetto di particolari attenzioni della critica. Sotomayor ha posto l'accento sui rischi di abuso, discriminazione e violenza sistemica nel cd. *Policing*, tali da compromettere il rapporto di fiducia tra forze dell'ordine e consociati, specialmente nelle comunità "a rischio" (afroamericane, ispaniche) e nei quartieri più poveri, come attestato da casi tristemente noti, quali l'omicidio di Michael Brown a Ferguson e numerosi altri, che hanno determinato la nascita di movimenti sociali di protesta come *Black Lives Matter*. Nello specifico, l'opinione di maggioranza ha sancito che la "regola dell'esclusione" delle prove acquisite in violazione del IV Emendamento non si applica in caso di fermo illegale e successiva perquisizione giustificata da un cd. "*outstanding warrant*", ovvero sia un mandato d'arresto pendente, scoperto soltanto dopo il fermo illegittimo e l'acquisizione dei dati anagrafici del soggetto, che sanerebbe l'illegittimità del precedente fermo, "attenuando" l'illiceità del comportamento della polizia e rendendo utilizzabili le prove rinvenute. Poiché, specialmente nei quartieri più "a rischio" (e sorvegliati dalla polizia), gran parte della popolazione è gravata da "*outstanding warrant*", generati automaticamente in molti casi, ad esempio se vi è un ritardo nel pagamento di una multa, Sotomayor sostiene che la regola creata dalla maggioranza rischia di incentivare un abuso sistematico, razzialmente discriminatorio, nelle strategie di *Policing*, senza correre il rischio di incappare in nessuna sanzione. Nel *dissent* si citano statistiche e importanti lavori scientifici che documentano la sistematicità delle discriminazioni razziali nell'attività di *law enforcement*, il primo step nel processo patologico dell'incarcerazione di massa, criticando aspramente l'opinione della Corte: "La decisione afferma che il tuo corpo è soggetto ad invasione, mentre le corti scusano la violazione dei tuoi diritti. Essa implica che tu non sei il cittadino di una democrazia, ma il suddito di uno stato carcerario, che sta soltanto aspettando di essere catalogato. Non dobbiamo fare finta che le innumerevoli persone che sono regolarmente prese di mira dalla polizia siano 'isolate'. Loro sono i canarini nella miniera di carbone le cui morti, in senso civile e letterale, ci segnalano che nessuno può respirare in quest'aria. Loro sono quelli che riconoscono che i fermi illegittimi della polizia corrodono le libertà civili e minacciano le vite di tutti noi. Fin tanto che anche le loro voci non saranno ascoltate, il nostro sistema di giustizia continuerà ad essere tutto tranne che giusto". Cfr. tra i commenti: C.E. Smith-K. Petlakh, *The Role of Justice Sotomayor*, cit., p. 468-473; A. Liptak, *In Dissents, Sonia Sotomayor*, cit.; M. Ford, *Justice Sotomayor's Ringing Dissent*, all'URL <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2016/06/utah-streiff-sotomayor/487922/>, 20 giugno 2016. Più in generale Sotomayor è nota per le sue

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

interpretazioni espansive del divieto di perquisizioni e sequestri ingiustificati e l'attenzione ai diritti di *privacy*: cfr. ad es. l'importante *concurring opinion* in *United States v. Jones*, cit., a margine della quale, volendo, v. P. Insolera, *La problematica protezione della privacy nella Digital Age*, cit., p. 62 ss.; M. Ford, *Pleading for the Fourth*, all'URL <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2015/11/justice-sotomayor-fourth-amendment/414948/>, 12 novembre 2015, con ulteriore casistica.

<sup>43</sup> Il giudice di origine portoricana ha interpretato espansivamente la protezione costituzionale derivante dal cd. *right against self incrimination* del V Emendamento, segnalando il ruolo centrale dei “*Miranda warnings*” nel mantenere un giusto equilibrio tra tutela dei diritti dei sospettati e perseguimento degli obiettivi di accertamento e repressione delle forze di polizia, rispetto ai rischi di dichiarazioni autoincriminanti estorte illegittimamente o abusivamente. Nella decisione *Berghuis v. Thompkins*, 560 U.S. 370 (2010), la maggioranza ha statuito che in sede di interrogatorio il sospettato deve “avvalersi della facoltà di non rispondere” espressamente, non potendosi ciò desumere dal mero silenzio o da espressioni ambigue, e che, una volta ricevuti e compresi gli avvisi di garanzia, in caso di risposte consapevoli e volontarie alle domande della polizia, i *Miranda rights* devono ritenersi rinunciati. Sotomayor ha dissentito fermamente dalla rigida “regola” elaborata dalla maggioranza. Ha evidenziato come nella realtà delle interazioni tra sospettati e forze di polizia, queste ultime, a fronte di affermazioni ambigue sull'intenzione da parte del *suspect* della volontà di avvalersi della facoltà di non rispondere, ben possono chiedere chiarimenti al soggetto in custodia, che invece ha molte più difficoltà a comprendere come invocare esattamente, in modo non ambiguo, la propria facoltà, per bloccare l'interrogatorio. La regola categorica della maggioranza – ignorando la realtà dei rapporti tra sospettati e polizia, e la reale intenzione che può celarsi dietro espressioni “colloquiali” – agevola il lavoro agli inquirenti, ma sacrifica ingiustificatamente i diritti di tutti quei soggetti, che pur volendo avvalersene, non sono in grado di farlo per le più svariate ragioni (soprattutto per l'intimidazione dell'ambiente coercitivo della custodia di polizia, ma anche, ad es., per facoltà intellettive limitate). Cfr. anche la *majority opinion* redatta da Sotomayor in *J.D.B. v. North Carolina*, 131 S. Ct. 2394 (2011), nella quale si statuisce che l'età di un bambino sottoposto ad interrogatorio da parte della polizia è un fattore rilevante per determinare se il soggetto è in stato di custodia ai fini dell'applicabilità dei cd. *Miranda warnings*. Cfr. R.E. Barkow, *Justice Sotomayor and Criminal Justice*, cit., p. 413-14.

<sup>44</sup> Cfr. ad es. le sentenze *Missouri v. Frye*, 132 S. Ct. 1399 (2012) e *Lafler v. Cooper*, 566 U.S. 156 (2012) sopracitate, che riconoscono il pieno diritto ad una difesa effettiva anche in fase di cd. *plea bargaining*.

<sup>45</sup> Cfr. la succitata sentenza *Hurst v. Florida*, estesa da Sotomayor, che ha invalidato per violazione del VI Emendamento un *death sentencing scheme* della Florida, nella misura in cui esso consentiva che fosse il giudice, e non la giuria, ad accertare *sentencing factors* decisivi per irrogare la pena di morte invece che

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

libertà d'espressione<sup>47</sup>; diritti fondamentali non enumerati<sup>48</sup>; principio di legalità in materia penale<sup>49</sup>.

### 3. Dove potrebbe collocarsi Kavanaugh?

Sommariamente ricostruiti gli attuali equilibri in seno al collegio, non resta che domandarsi dove potrebbe collocarsi sul piano ideologico Kavanaugh.

Alla stregua dei dati analizzati<sup>50</sup>, si ipotizza che egli, verosimilmente, potrebbe "collocarsi" in una posizione intermedia tra il "conservatorismo moderato" di Roberts e le posizioni originaliste-testualiste di Thomas e Gorsuch. Di questi ultimi giuristi sembra condividere alcune tendenze *pro-defendants*, collegate all'approccio testualista nell'interpretazione costituzionale: significative, specialmente, le letture espansive dei cd. *jury rights* nella fase processuale sanzionatoria (*sentencing*)<sup>51</sup>. Il testualismo potrebbe poi condurlo, da una parte, ad impiegare uno scrutinio di costituzionalità

---

l'ergastolo senza possibilità di *parole*, v. C.E. Smith-K. Petlakh, *The Role of Justice Sotomayor*, cit., p. 467-68.

<sup>46</sup> V. esemplificativamente la decisione *Bullcoming v. New Mexico*, cit.

<sup>47</sup> Cfr. *United States v. Alvarez*; *United States v. Stevens*; *Holder v. Humanitarian Law Project*, 30 S. Ct. 2705 (2010); *Brown v. Entertainment Merchants Association*, tutte decisioni nelle quali Sotomayor accorda tutela *preminente* alla protezione della libertà d'espressione individuale rispetto ai contro-interessi pubblici.

<sup>48</sup> Cfr. i noti e dianzi citati casi *United States v. Windsor*, *Obergefell v. Hodges* (diritti LGBT); *Whole Woman's Health v. Hellerstedt* (diritto all'aborto).

<sup>49</sup> Di recente, v. *Johnson v. United States*; *Sessions v. Dimaya*, cit.

<sup>50</sup> V. spec. A. Nolan-C. Deveraux Lewis, *Judge Brett M. Kavanaugh*, cit., e ampia casistica e letteratura ivi richiamata.

<sup>51</sup> Cfr. le decisioni emesse quale giudice di appello del D.C. Circuit: *United States v. Bell*, 808 F.3d 926 (D.C. Cir. 2015) *concurring in denial of rehearing en banc*. Analoghe statuizioni in *United States v. Settles*, 530 F.3d 920 (D.C. Cir. 2008); *United States v. Henry*, 472 F.3d 910 (D.C. Cir. 2007) *concurring*. Cfr. in dottrina: O. Hatch, *Judge Kavanaugh's fight for stronger jury rights*, all'URL <https://www.scotusblog.com/2018/08/judge-kavanaughs-fight-for-stronger-jury-rights/>, 31 agosto 2018; J. Neff, *Punished for Crimes Not Proven*, all'URL <https://www.themarshallproject.org/2018/07/23/punished-for-crimes-not-proven>, 23 luglio 2018.

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

penetrante sulle norme penali indeterminate (cd. *void for vagueness*), enfatizzando, analogamente a Scalia e Gorsuch, la protezione del principio di separazione dei poteri implicita nel *due process*<sup>52</sup>, quale argine rispetto a manipolazioni in chiave estensiva della punibilità da parte di *prosecutors* e giudici, soggetti privi di legittimazione democratica; dall'altra, sul piano della *statutory interpretation*, al cd. *narrow reading/strict construction* delle disposizioni penali "ambigue", cioè all'interpretazione letterale e restrittiva, *pro reo*, tramite l'applicazione di canoni quali la cd. *rule of lenity*<sup>53</sup>. Anche gli spunti in materia di cd. *mens rea presumption*<sup>54</sup> indicano una possibile convergenza di vedute con gli altri giudici conservatori: i rimedi ermeneutico-giudiziali all'*overcriminalization* federale, nel campo del

---

<sup>52</sup> E. Chemerinsky, *Chemerinsky: What Sessions v. Dimaya means for immigration law*, all'URL [http://www.abajournal.com/news/article/why\\_sessions\\_v\\_dimaya\\_matters](http://www.abajournal.com/news/article/why_sessions_v_dimaya_matters), 3 maggio 2018, il quale sottolinea opportunamente l'enfasi posta dal giudice Gorsuch sulla *divisione dei poteri*, come fondamento garantistico della *vagueness doctrine*, quale *dato di novità* della decisione. Le posizioni di Kavanaugh in materia di *vagueness doctrine* sono discusse in A. Nolan-C. Deveraux Lewis, *Judge Brett M. Kavanaugh*, cit., p. 91. Sulla centralità dell'approccio testualista nella *Judicial Philosophy* di Kavanaugh, cfr. B.M. Kavanaugh, *Our Anchor for 225 Years and Counting: the Enduring Significance of the Precise Text of the Constitution*, in *Notre Dame L. Rev.*, 2014, p. 1907 ss.; B.M. Kavanaugh, *The Role of the Judiciary in Maintaining the Separation of Powers*, Heritage Foundation Lecture, all'URL <https://www.heritage.org/courts/report/the-role-the-judiciary-maintaining-the-separation-powers>, 1 febbraio 2018.

<sup>53</sup> Sulla cd. *Rule of lenity*: J. Dressler, *Criminal Law*, Seventh Edition, New Providence-San Francisco, 2015, p. 47-48; G. Binder, *Criminal Law*, New York, 2016, p. 102; E.T. Sullivan-R.S. Frase, *Proportionality Principles in American Law. Controlling Excessive Government Actions*, New York, 2009, p. 121-122.

<sup>54</sup> Si tratta del criterio ermeneutico (*substantive canon of construction*), proprio della tradizione di *common law*, che impone di "leggere" uno stato psicologico riferito ad ogni elemento del reato, anche nelle fattispecie testualmente prive di un criterio espresso di imputazione soggettiva, allo scopo di evitare ingiuste sanzioni nei confronti di condotte incolpevoli. In dottrina v. J. Dressler, *Criminal Law*, cit, p. 147-149. In giurisprudenza cfr. *Elonis v. United States*, 135 S. Ct. 2001, 2009 (2015): "Il fatto che una disposizione incriminatrice non specifichi nessun elemento psicologico, tuttavia, non significa che nessun elemento psicologico esista. Noi abbiamo ripetutamente ritenuto che la semplice omissione in una norma penale della menzione dell'intenzione criminosa non dovrebbe essere intesa nel senso che si debba fare a meno della stessa. Questa regola interpretativa riflette il principio fondamentale secondo cui l'illecito dev'essere colpevole per essere criminale".



*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

cd. *white collar crime* e delle cd. *regulatory offenses*, costruite sul modello della responsabilità oggettiva (*strict liability*), rappresentano una priorità per le *elites* conservatrici, in attesa di un'auspicata riforma organica in sede legislativa<sup>55</sup>.

Il ricorso monopolizzante ai criteri-guida *history* e *tradition*<sup>56</sup> nella cd. *substantive due process jurisprudence* – l'idea di una giustizia costituzionale più orientata a preservare lo *status quo*, che non a "ratificare attivamente" i cambiamenti nella società civile – sebbene, da un lato, lo avvicini ai giudici originalisti, dall'altro sembra più connaturato al limitato ruolo sociale e istituzionale riconosciuto al potere giudiziario, in una democrazia fondata sulla divisione dei poteri. Sotto questo punto di vista, Kavanaugh si avvicina al giudice capo Roberts: l'aderenza all'autolimitazione giudiziale e il rispetto dei risultati del cd. *political process* lo allontana da potenziali forme estreme di attivismo, provocate dalla "purezza dottrinale" nell'approccio originalista (si pensi, ad es., alla manifesta svalutazione dello *stare*

<sup>55</sup> Cfr. N.M. Gorsuch, *Law's Irony*, in *Harv. J. L. Pub. & Pol'y.*, 2013, p. 743 ss., 747-749; volendo, v. P. Insolera, *Da Scalia a Gorsuch: giudici "originalisti"*, cit., p. 192-93; J.G. Malcolm-J.M. Seibler, *Hatch-Kavanaugh Exchange Highlights Need for 'Mens Rea' Reform*, all'URL <https://www.heritage.org/courts/commentary/hatch-kavanaugh-exchange-highlights-need-mens-rea-reform>, 7 settembre 2018. Cfr. le decisioni *United States v. Moore*, 612 F.3d 698 (D.C. Cir. 2010), *concurring*, nella quale Kavanaugh sostiene che la condanna per false dichiarazioni ad un agente federale ai sensi del 18 U.S.C. § 1001, pur a fronte di un testo muto sull'elemento soggettivo, richiede "*proof that the defendant knew his conduct was a crime*", in modo tale da evitare "*risk of abuse and injustice*". In *United States v. Williams*, 836 F.3d 1, 19 (D.C. Cir. 2016), *concurring*, Kavanaugh ha ad esempio ribadito "l'importanza cruciale di precise istruzioni alla giuria in punto di requisiti di colpevolezza soggettiva", sulle quali in dottrina v. A. O'Rourke, *Judge Kavanaugh on Criminal Law: Bad News Except ...*, all'URL <http://blog.federaldefendersny.org/judge-kavanaugh-on-criminal-law-bad-news-except/>, 11 luglio 2018; A. Marcum, *Judge Kavanaugh on "other" areas of criminal law*, all'URL <https://www.rstreet.org/2018/08/06/judge-kavanaugh-on-other-areas-of-criminal-law/>, 6 agosto 2018; A. Nolan-C. Deveraux Lewis, *Judge Brett M. Kavanaugh*, cit., p. 92-93.

<sup>56</sup> Sull'approccio restrittivo nella definizione dei diritti fondamentali non enumerati che sembra caratterizzare la *Jurisprudence* di Kavanaugh, cfr. A. Nolan-C. Deveraux Lewis, *Judge Brett M. Kavanaugh*, cit., p. 167 ss., con ampia rassegna casistica.

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

decisis costituzionale da parte di Thomas)<sup>57</sup>. Testo, storia e tradizione, quali garanzie di “oggettività”, della cd. *neutral constitutional adjudication* e della necessità che le corti non violino il principio di *self-government*, sono tuttavia “forze centrifughe” rispetto alle interpretazioni dinamico-evolutive propugnate da Kennedy nei decisivi contesti dell’VIII Emendamento (*evolving standards of decency test; proportionality doctrine*)<sup>58</sup> e della *substantive due process review*, fondate sulla dignità umana e manifestazione dello “spirito di umanizzazione” del sistema di giustizia penale, (specialmente) a protezione delle fasce più deboli. Si tratta della *legacy* “penalistica” più significativa di Kennedy.

Può quindi ritenersi probabile che lo sviluppo di tali dottrine subirà una battuta d’arresto, e gli approdi raggiunti (*rectius: judicial doctrines* di garanzia, consolidate in precedenti) potranno essere nuovamente messi in discussione, a fronte di rinnovati “eccessi democratici” nel settore punitivo (da non escludere nell’epoca di Trump). Ed allora, la straordinaria, inedita, concentrazione di potere, sul versante “amministrativo” e prettamente ideologico – quale nuovo giudice “nel mezzo” – creatasi in capo al *Chief Justice* Roberts, verosimilmente potrebbe segnare il futuro prossimo dei rapporti tra Costituzione e *ius*

---

<sup>57</sup> Sull’interpretazione di Kavanaugh dei vincoli posti dalla dottrina dello *stare decisis*, terreno sul quale potrà in gran parte apprezzarsi il suo “impatto” nell’evoluzione della giurisprudenza dell’Alta Corte, cfr. A. Nolan-C. Deveraux Lewis, *Judge Brett M. Kavanaugh*, cit., p. 29-30.

<sup>58</sup> Kavanaugh, ad esempio, in materia ha mostrato di condividere la complessiva linea giurisprudenziale dettata dal *Chief Justice* Rehnquist: “Ad oggi, la pena di morte rimane costituzionale. Molti giudici e giudici supremi senza dubbio nutrono preoccupazioni di natura politico-sociale o morale rispetto alla pena di morte. Ma l’appello del presidente Rehnquist alla Corte di ricordare il proprio ruolo limitato ed appropriato nello schema costituzionale si è dimostrato fino ad ora duraturo nel contesto della pena di morte”, v. B.M. Kavanaugh, *From the Bench: The Constitutional Statesmanship of Chief Justice William Rehnquist*, all’URL <http://www.aei.org/publication/from-the-bench-the-constitutional-statesmanship-of-chief-justice-william-rehnquist/>, 12 dicembre 2017, p. 11-12. La giurisprudenza del *Chief Justice* Rehnquist, come noto, è caratterizzata da una sostanziale “abdicazione giudiziale” nel controllo di costituzionalità delle pratiche sanzionatorie capitali degli stati, sia sotto il profilo sostanziale, sia sotto quello processuale. Cfr. criticamente, E. Chemerinsky, *The Rehnquist Court and the Death Penalty*, in *Geo. L.J.*, 2006, p. 1367 ss.

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

*puniendi* nell'ordinamento statunitense. Ciò, si badi, in una prevalente direzione di rischio di ulteriore indebolimento del complessivo statuto garantistico costituzionale in materia penale, che già oggi non costituisce certo il "fiore all'occhiello" della democrazia più importante (e più punitiva) del mondo<sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup> T. Jacobi-R. Berlin, *Supreme Irrelevance: The Court's Abdication in Criminal Procedure Jurisprudence*, in *U.C. Davis L. Rev.*, 2018, p. 2033 ss., p. 2123-27 e *passim*. Gli AA., su un piano generale, osservano lucidamente in chiave critica che le principali *judicial doctrines* di garanzia elaborate dalla Corte suprema in ambito criminale (sostanziale e processuale) negli ultimi decenni abbiano avuto effetti assai limitati nel loro impatto sul "Real World" del sistema di giustizia penale. Ciò sia "soggettivamente", in relazione alla "platea" assai ristretta di soggetti che ne possono effettivamente beneficiare sul piano della protezione dei propri diritti, sia "oggettivamente", rispetto a settori normativi o pratico-applicativi di rilievo centrale che sono rimasti sostanzialmente *immuni* dal sindacato di costituzionalità. Se, infatti, la Corte è stata prolifica nel disciplinare aree quali ad es. la proporzionalità sostanziale della pena di morte e delle pene detentive "estreme" nei confronti di minori, l'*Exclusionary rule* desunta dal IV Emendamento e determinate garanzie processuali applicabili soltanto in fase dibattimentale (cd. *trial*), come *jury rights* e *confrontation clause*, con riguardo ad altri ambiti, molto più rilevanti quanto a numero di soggetti coinvolti ed impatto sistemico, quali fattori causali nel "processo patologico" che ha determinato la *Mass Incarceration*, vi è stata un'inaccettabile *judicial abdication*. Si pensi alla discriminazione razziale nelle attività di cd. *Policing* – avallata nella decisione *Whren v. United States*, 517 U.S. 806 (1996) – che costituisce il primo step nella *spirale* che ha portato gli U.S.A. ad infrangere ogni record nel numero di soggetti sottoposti a forme di "controllo penale", specialmente appartenenti alle minoranze afroamericane e ispaniche (cfr. M. Alexander, *The New Jim Crow. Mass Incarceration in an Age of Colorblindness*, New York, 2012, p. 67-69, 108-109, e, volendo, P. Insolera, *Da Scalia a Gorsuch: giudici "originalisti"*, cit., p. 190-91, e riferimenti ivi effettuati), ovvero alla discriminazione razziale acclarata, ma rimasta incensurata e senza rimedi costituzionali, nella comminazione discrezionale delle sentenze di condanna a morte (cfr. il noto caso *McCleskey v. Kemp*, 481 U.S. 279 (1987), su cui v. P. Insolera, *Da Scalia a Gorsuch: giudici "originalisti"*, cit., p. 155-57 e riferimenti ivi richiamati) o nelle scelte discrezionali di incriminazione da parte del *prosecutor* (cfr. la decisione *United States v. Armstrong*, 517 U.S. 456 (1996), e Aa.Vv., A. Davis (ed.), *Policing the Black Man. Arrest, Prosecution and Imprisonment*, New York, 2017, *passim*). Tutti ambiti nei quali la censura della violazione del principio di eguaglianza è subordinata all'impossibile dimostrazione da parte del ricorrente del cd. *discriminatory intent and purpose*, non essendo sufficiente il cd. *discriminatory effect*. E ancora, si pensi al contesto del cd. *plea bargaining*, che domina il *criminal justice system*, ma è scarsamente regolamentato sul piano costituzionale (v. ancora, T. Jacobi-R. Berlin, *Supreme*

Pietro Insolera

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

---

*Irrelevance*, cit., p. 2066 ss.), ovvero al controllo di proporzione sulle pene detentive, abbandonato completamente a partire dalla sentenza *Harmelin v. Michigan*. Ne emerge un bilancio desolante: la stragrande maggioranza di persone nel *criminal justice system* resta priva di qualsivoglia protezione costituzionale. Questa tendenza potrebbe ulteriormente accentuarsi: le principali tendenze *pro defendants* degli attuali giudici di nomina repubblicana riguardano proprio presidi costituzionali relativi alla fase dibattimentale (VI Emendamento), rilevante in meno del 5% dei processi penali statali e federali.

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

Sono ancora troppo pochi i segnali provenienti dall'*October Term 2018* in corso<sup>60</sup>, ed occorrerà attendere a lungo, almeno qualche anno<sup>61</sup>,

---

<sup>60</sup> Sia consentito rimandare *amplius* a P. Insolera, *Il diritto penale nell'October Term 2018 della Corte suprema: un'analisi preliminare*, in *Ind. pen. online*, 2019, 1, p. 50 ss. Il Chief Justice Roberts ha manifestato in alcuni recentissimi casi penali un'attitudine "centrista". Nella sentenza *Moore v. Texas*, 586 U.S. \_\_\_\_ (2019), *per curiam*, si è unito ai giudici di nomina democratica (e a Kavanaugh) nel ritenere in contrasto con il precedente della Corte suprema – *Moore v. Texas*, 581 U.S. \_\_\_\_ (2017) – la decisione di una corte statale texana, che non si era adeguata alle indicazioni della Corte sui fattori da tenere in considerazione nell'accertamento della "disabilità mentale" del *capital defendant*, cfr. A. Howe, *Justices take Up Clean Water Act Case, rebuke Texas court in death penalty case*, all'URL <https://www.scotusblog.com/2019/02/justices-take-up-clean-water-act-case-rebuke-texas-court-in-death-penalty-case/>, 19 febbraio 2019. Ha votato a supporto della decisione della Corte in *Madison v. Alabama*, 586 U.S. \_\_\_\_ (2019), con la quale si è rinviato alla corte inferiore per svolgere ulteriori accertamenti sulla questione se la patologia (cd. *vascular dementia*) di cui soffre l'imputato è tale da impedirgli di comprendere le ragioni per cui deve essere giustiziato, rendendolo "*incompetent to be executed*" (Kavanaugh non ha partecipato; Alito, Gorsuch e Thomas hanno dissentito), v. A. Howe, *Opinion analysis: Court orders new look at death sentence for Alabama inmate with dementia*, all'URL <https://www.scotusblog.com/2019/02/opinion-analysis-court-orders-new-look-at-death-sentence-for-alabama-inmate-with-dementia/>, 27 febbraio 2019; M.J. Stern, *Roberts Confirms He's the New Swing Justice*, all'URL <https://slate.com/news-and-politics/2019/02/madison-v-alabama-john-roberts-death-penalty.html>, 27 febbraio 2019. Roberts e Kavanaugh – diversamente dagli altri conservatori – hanno poi votato *pro defendant* in una decisione sul diritto di *effective assistance of counsel*: *Garza v. Idaho*, 586 U.S. \_\_\_\_ (2019), v. A. Howe, *Opinion analysis: Defense lawyer's refusal to file requested appeal constitutes ineffective assistance, despite defendant's appeal waiver*, all'URL <https://www.scotusblog.com/2019/02/opinion-analysis-defense-lawyers-refusal-to-file-requested-appeal-constitutes-ineffective-assistance-despite-defendants-appeal-waiver/>, 28 febbraio 2019. Nel *capital case* *Dunn v. Ray*, 586 U.S. \_\_\_\_ (2019), invece, la Corte si è divisa nei consueti blocchi ideologici. La maggioranza conservatrice ha revocato la sospensione dell'esecuzione che era stata disposta dalla Corte d'appello, per approfondire se la circostanza che il condannato a morte Ray, di fede musulmana, non poteva essere accompagnato nella "camera della morte" da un Imam, mentre di norma era consentito ai condannati essere accompagnati dal cappellano cristiano del carcere, si ponesse in contrasto con l'*Establishment Clause* del I Emendamento, in quanto discriminatoria sul piano religioso. La decisione ha giudicato tardiva la doglianza del detenuto ed illegittima la sospensione, e ha dato il via libera all'esecuzione di Ray, autore di tre omicidi, portata a termine in data 7

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

per stabilire l'impatto di Kavanaugh e definire le caratteristiche della sua *jurisprudence* in senso lato penalistica. Soltanto allora si potranno vedere eventualmente confermate alcune delle ipotesi qui formulate. Ma oggi, anche se i tempi sono prematuri, si può già sostenere fondatamente che l'importante voce del giudice Kennedy, a supporto di istanze di cambiamento, per un sistema di giustizia penale più umano e più giusto, e il suo speculare impegno nella decisa affermazione e applicazione giudiziale di diritti fondamentali della persona e principi di civiltà giuridica, peraltro in larga parte condivisi a livello globale, mancherà all'interno dell'Alta Corte. È molto difficile pensare che un supremo collegio "controllato" da giuristi come Roberts o Kavanaugh possa proseguire sullo stesso percorso, valorizzando specialmente le potenzialità garantistiche dell'VIII Emendamento<sup>62</sup>.

---

febbraio 2019. Cfr. A. Howe, *Divided court allows Alabama execution to go forward*, all'URL <https://www.scotusblog.com/2019/02/divided-court-allows-alabama-execution-to-go-forward/>, 7 febbraio 2019; M.C. Dorf, *SCOTUS Alabama Imam-less Execution Case and the Chaplain Question*, all'URL <http://www.dorfonlaw.org/2019/02/scotus-alabama-imam-less-execution-case.html>, 11 febbraio 2019.

<sup>61</sup> Nei quali l'attuale "Natural Court" potrebbe cambiare, e probabilmente virare ancora più a destra, a seconda del risultato delle elezioni politiche del 2020. Oltre all'anziano giudice progressista Ginsburg, alcuni commentatori danno per possibile il prossimo pensionamento di Thomas: cfr. J. Toobin, *Ruth Bader Ginsburg isn't looking to retire yet, but is another Supreme Court justice ready to go?*, all'URL <https://www.newyorker.com/news/daily-comment/ruth-bader-ginsburg-isnt-looking-to-retire-yet-but-is-another-supreme-court-justice-ready-to-go>, 13 febbraio 2019. Sottolinea la necessità che i candidati democratici alle elezioni presidenziali del 2020 comunichino quanto prima i loro programmi sulle nomine giudiziarie federali, specialmente alla Corte suprema, e si auspica che siano messi in cima alla lista giuristi di orientamento decisamente progressista, *criminal justice reformers* disposti ad agire con decisione una volta *on the bench*, J. Forman, Jr., *The Democratic Candidates Should Tell Us Now Who They'll Put on the Supreme Court*, all'URL <https://www.nytimes.com/2019/03/10/opinion/supreme-court-2020-democrats.html>, 10 marzo 2019.

<sup>62</sup> In tal senso, v. E. Citron, *The Roberts Court after Kennedy*, all'URL <https://www.scotusblog.com/2018/06/the-roberts-court-after-kennedy/>, 28 giugno 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*

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

Come si è osservato, con un ritardo di qualche decennio – venuti meno i “repubblicani moderati”, equilibratori à la O’Connor e (pur con tutte le sue peculiarità) Kennedy, in un contesto di sempre più esasperata polarizzazione politica – “*The Reagan Court is Finally Born*”<sup>63</sup>. Non è una notizia positiva, per chi ha a cuore una giustizia penale più umana e ragionevole.

#### 4. Alcune prime indicazioni dall’October Term 2018

È ora d’interesse valutare, dopo la conclusione del *Term*, iniziato ad ottobre 2018 e terminato il 31 giugno 2019, il “primo impatto” determinato dall’avvicendamento tra Kennedy e Kavanaugh sulla complessiva linea interpretativa del collegio, e, *funditus*, con riguardo alle principali questioni attinenti alla giustizia penale affrontate di recente (segnatamente, i cd. *constitutional cases*, escludendo dalla nostra rassegna quelli relativi all’interpretazione della legge penale ordinaria, cd. *statutory cases*).

Su un piano generale, molti hanno descritto la sessione 2018-19 come una fase di transizione, nella quale gli equilibri ideologici nel collegio sono sembrati ancora fluidi e in fase di assestamento. Si è evidenziata una tendenza generale della Corte, attraverso l’esercizio

---

*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; 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; D. Matthews, *America under Brett Kavanaugh*, all’URL <https://www.vox.com/2018/7/11/17555974/brett-kavanaugh-anthony-kennedy-supreme-court-transform>, 5 ottobre 2018; K.C. Barry, *What Brett Kavanaugh on the Supreme Court Would Mean for Criminal Justice*, all’URL <https://theappeal.org/what-brett-kavanaugh-on-the-supreme-court-would-mean-for-criminal-justice/>, 13 luglio 2018, P. Raghavan, *Open Questions: Brett Kavanaugh and Criminal Justice*, all’URL <https://www.brennancenter.org/blog/open-questions-brett-kavanaugh-and-criminal-justice>, 26 luglio 2018.

<sup>63</sup> Cfr. M.C. Dorf, *Justice O’Connor Withdraws from Public Life, and the Reagan Court is Finally Born*, all’URL <https://verdict.justia.com/2018/10/31/justice-oconnor-withdraws-from-public-life-and-the-reagan-court-is-finally-born>, 31 ottobre 2018.

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

dell'ampia discrezionalità di cui gode nella *cd. case selection*<sup>64</sup>, ad evitare di decidere nel merito le questioni più controverse sul piano politico-ideologico, rinviandone la trattazione<sup>65</sup>. Ci troveremmo in presenza di un orientamento improntato a cautela, innescato dall'estrema, finanche esasperata, politicizzazione che ha contraddistinto il procedimento di ratifica senatoriale della nomina del giudice Kavanaugh. La preoccupazione che l'eccessiva *partisanship* percepita possa indebolire ulteriormente la legittimazione del potere giudiziario federale agli occhi dei consociati – si osserva – è stata al centro dell'azione del *Chief Justice* John Roberts. Comunemente ritenuto un "istituzionalista", egli è da sempre attento a temperare la sua ideologia conservatrice con i *cd. Insitutional concerns*, per scongiurare che le decisioni siano percepite come mera espressione di preferenze politico-ideologiche da parte dei *Justices*, con inevitabile erosione della fiducia nell'indipendenza, imparzialità e neutralità dell'istituzione e delle fondamenta del *Rule of Law*<sup>66</sup>.

<sup>64</sup> Attraverso il sistema del *cd. Writ of Certiorari*, v. di recente l'indagine di F. Ferraris, "Rationing Justice". *La selezione dei ricorsi nelle Corti supreme di Stati Uniti e Italia*, Torino, 2015, 33 ss.

<sup>65</sup> E. Chemerinsky, *Chemerinsky: A look back at the Supreme Court's October 2018 term*, <http://www.abajournal.com/news/article/chemerinsky-some-gleanings-from-the-october-term-2018>, 2 luglio 2019, segnala una molteplicità di ricorsi su questioni giuridiche divisive che la Corte ha scelto di rinviare per la piena trattazione (in materia di *cd. Gun Rights*; discriminazione di genere sul lavoro; restrizioni al diritto di aborto; divieto per soggetti transessuali di prestare servizio nell'esercito; separazione tra stato e chiesa), prevedendosi una sessione 2019-20 molto conflittuale sul piano politico-ideologico, per di più in un *Election Year*.

<sup>66</sup> Sul punto si rinvia all'approfondita e aggiornata trattazione biografica di J. Biskupic, *The Chief. The Life and Turbulent Times of Chief Justice John Roberts*, New York, 2019. Roberts ha di recente confermato quanto abbia a cuore il mantenimento della credibilità istituzionale del potere giudiziario federale e la legittimazione che ne deriva, in un tanto acceso quanto inedito "botta e risposta" con Trump. Il Presidente, non nuovo a questo tipo di attacchi, si era scagliato contro un giudice d'appello federale del Nono Circuito (costa pacifica), notoriamente a forte maggioranza di giudici di nomina democratica e progressisti, che aveva sospeso temporaneamente l'efficacia di un provvedimento che impediva agli immigrati di fare richiesta d'asilo, apostrofandolo come "Obama Judge". Roberts è intervenuto osservando: "We do not have Obama judges or Trump judges, Bush judges or Clinton judges. What we have is an extraordinary group of dedicated judges doing their level best to do equal right to



*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

Tale approccio prudente ha prodotto tutto sommato pochi *Landmark rulings* nell'*October term 2018*, quanto meno sulle questioni a più alto tasso di conflittualità politico-sociale ed esposizione mediatica<sup>67</sup>. Sotto il profilo degli equilibri e “schieramenti” in seno al collegio, non si è ancora delineato con precisione un quadro abbastanza nitido, come quello precedentemente consolidatosi (indicativamente, nell'arco temporale tra il 2006 ed il 2018), nel quale si identificava di norma il giudice Kennedy come “ago della bilancia” della maggior parte dei casi “difficili”, conflittuali sul piano politico, ideologico e valoriale (in materia penale, a mero titolo d'esempio, nell'interpretazione dell'VIII emendamento che vieta le pene crudeli e inusuali, parametro alla cui stregua si valuta la legittimità della pena capitale).

Se il *Chief Justice* Roberts ha “oscillato”, determinando l'esito nelle sentenze di più alto profilo politico emesse nell'ultima sessione<sup>68</sup> – in parte confermando le previsioni di molti osservatori, che all'indomani del *retirement* di Kennedy l'avevano identificato come nuovo “centro

---

*those appearing before them. That independent judiciary is something we should all be thankful for*”. Cfr. sul punto: J. Cassidy, *Why Did Chief Justice John Roberts Decide to Speak Out Against Trump*, all'URL <https://www.newyorker.com/news/our-columnists/why-did-chief-justice-john-roberts-decide-to-speak-out-against-trump>, 21 novembre 2018; T.L. Friedman, *Trump Tries to Destroy, and Justice Roberts Tries to Save, What Makes America Great*, all'URL <https://www.nytimes.com/2019/01/15/opinion/trump-roberts-shutdown.html>, 15 gennaio 2019.

<sup>67</sup> Segnatamente, le decisioni *Rucho v. Common Cause*, No. 18-422, 588 U.S. \_\_\_\_ (2019), nella quale l'opinione di maggioranza del Presidente Roberts (insieme agli altri quattro conservatori) ha ritenuto definitivamente non giustiziabili, perché attinenti alla cd. *Political Question*, le questioni relative al *partisan gerrymandering* (la definizione dei collegi elettorali finalizzata a favorire un determinato partito politico), e *Department of Commerce v. New York*, No. 18-966, 588 U.S. \_\_\_\_ (2019), nella quale lo stesso Roberts, ancora una volta estensore, si è però unito parzialmente ai quattro giudici di nomina democratica, bocciando l'aggiunta di un quesito sulla cittadinanza al censimento del 2020 perché non adeguatamente giustificata. Sulle decisioni, cfr. G. Epps, *Where John Roberts Is Taking the Court*, all'URL <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2019/07/where-john-roberts-taking-court/593188/>, 5 luglio 2019.

<sup>68</sup> M. Walsh, *This Supreme Court term, Roberts was deciding vote in 'the big ones that counted'*, all'URL <http://www.abajournal.com/web/article/SCOTUS-ends-term-with-big-cases-and-hint-of-whats-to-come-next-fall>, 3 luglio 2019.

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

ideologico” del collegio<sup>69</sup> – nel contesto penale è andata creandosi una situazione più fluida e sfumata, meno decifrabile<sup>70</sup>.

Il giudice conservatore che statisticamente ha votato più spesso insieme all’ala progressista, ad esclusione dei casi relativi alla pena di morte<sup>71</sup>, è stato infatti Neil Gorsuch, nominato da Trump nel 2017<sup>72</sup>. Egli, coniugando un’inclinazione radicale, fortemente individualista-libertaria, ostile al *Big Government* federale e sensibile alle istanze di protezione dei diritti individuali degli imputati, con la fedeltà al metodo d’interpretazione costituzionale originalista-testualista e formalista – reso celebre dal suo predecessore Scalia – in diverse occasioni ha espresso il voto decisivo per rafforzare lo statuto costituzionale di garanzia in materia penale<sup>73</sup>.

---

<sup>69</sup> V. ad es. D.A. Kaplan, *John Roberts’s Chance*, cit.; E. Chemerinsky, *Chemerinsky: A look back*, cit.

<sup>70</sup> Cfr. in tal senso: A. Thomson-DeVeaux, *The Supreme Court Might Have Three Swing Justices Now*, all’URL <https://fivethirtyeight.com/features/the-supreme-court-might-have-three-swing-justices-now/>, 2 luglio 2019; R. Wolf, *Supreme Court in transition: Conservatives ascendant but Roberts, Gorsuch, Kavanaugh prove unpredictable*, all’URL <https://eu.usatoday.com/story/news/politics/2019/06/28/supreme-courts-conservative-shift-stalls-political-scrutiny-swells/1573001001/>, 28 giugno 2019.

<sup>71</sup> Gorsuch di norma non aderisce a quelle dottrine costituzionali di garanzia che, quandanche consolidate nei precedenti della Corte, non trovino solido ancoraggio nel significato letterale originario delle previsioni costituzionali. Rispetto alle limitazioni sostanziali e procedurali alla pena capitale desunte dall’VIII Emendamento, che sono frutto dell’elaborazione di cd. *Court made doctrines*, ad esempio, egli è costantemente schierato *pro government*. Su questo profilo, in dottrina, v. L. Litman, *Neil Gorsuch Is No Friend of Criminal Defendants*, all’URL <https://slate.com/news-and-politics/2019/06/neil-gorsuch-criminal-defendant-death-penalty-cases.html>, 26 giugno 2019.

<sup>72</sup> Cfr. i dati riportati nell’analisi statistica di A. Feldman, *Empirical SCOTUS: Changes are afoot – 5-4 decisions during October Term 2018*, all’URL <https://www.scotusblog.com/2019/07/empirical-scotus-changes-are-afoot-5-4-decisions-during-october-term-2018/>, 8 luglio 2019; I. Millhiser, *Gorsuch, Swing Vote?*, all’URL <https://thinkprogress.org/neil-gorsuch-swing-vote-ebb825d5dfe0/>, 3 dicembre 2018.

<sup>73</sup> Ad esempio, applicando con particolare vigore il divieto di leggi “vaghe”, posto a presidio dell’istanza di determinatezza protetta dalla clausola del *due process* di cui al V Emendamento, nella sentenza *United States v. Davis*, 588 U.S. \_\_\_\_ (2019),

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

Diverso, invece, è parso l'approccio del giudice Kavanaugh, orientato a maggiore cautela e talvolta in aperto disaccordo con Gorsuch, smentendo così alcune ipotesi iniziali, che li avevano descritti come molto vicini nel *background* politico-ideologico e nel metodo di interpretazione costituzionale<sup>74</sup>. Anche se il campione di pronunce è davvero limitato – e i giudici supremi nel loro primo *Term* tendono “fisiologicamente” a non esprimere appieno le loro posizioni<sup>75</sup> – può affermarsi che Kavanaugh ha fatto forse emergere una vena di più tradizionale conservatore pragmatista cd. *Law and Order*, attento alle conseguenze delle pronunce, non disposto ad accettare gli ingenti “costi sociali” che un'interpretazione stretta, letterale, dei principi costituzionali di garanzia operanti in materia penale spesso comporta<sup>76</sup>.

Il rafforzamento del *conservative bloc* (Roberts, Thomas, Alito, Gorsuch, Kavanaugh), comunque, è stato palpabile, esprimendosi in diverse direzioni. Il giudice Thomas, anch'egli originalista-testualista – in passato tendenzialmente “isolato” per le sue posizioni eccentriche ed

---

ed il diritto ad essere giudicato da una giuria imparziale con la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio anche nella fase processuale sanzionatoria, di cui al VI Emendamento, in *United States v. Haymond*, 588 U.S. \_\_\_\_ (2019), sulle quali cfr. *infra*. Per una disamina approfondita dell'effetto di espansione delle garanzie costituzionali operanti in materia penale sostanziale e processuale talora determinato dall'applicazione del metodo originalista-testualista, si può vedere: P. Insolera, *Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti”*, cit., p. 132 ss.

<sup>74</sup> A. Liptak, *Kavanaugh and Gorsuch, Justices With Much in Common, Take Different Paths*, all'URL <https://www.nytimes.com/2019/05/12/us/politics/brett-kavanaugh-neil-gorsuch.html>, 12 maggio 2019; T. Higgins, *Trump's two Supreme Court justices Kavanaugh and Gorsuch split in first term together*, all'URL <https://www.cnn.com/2019/06/28/trumps-two-supreme-court-justices-kavanaugh-and-gorsuch-diverge.html>, 29 giugno 2019; D. Root, *Kavanaugh Accuses Gorsuch of Judicial Activism in Criminal Justice Case*, all'URL <https://reason.com/2019/06/24/kavanaugh-accuses-gorsuch-of-judicial-activism-in-criminal-justice-case/>, 24 giugno 2019.

<sup>75</sup> Si tratta di quell'atteggiamento cauto che si suole definire “*freshman effect*”, v. A. Feldman, *A New Term With Plenty of Hype*, all'URL <https://empiricalscotus.com/2019/09/10/a-new-term/>, 10 settembre 2019

<sup>76</sup> Una posizione che potrebbe avvicinarsi a quella espressa da giuristi come il *Chief Justice* Rehnquist (1986-2005, precedentemente giudice associato dal 1972), sul cui contributo v. M.A. McCall-M.M. McCall, *Chief Justice William Rehnquist*, cit., p. 323 ss. e, nel collegio attuale, alle posizioni di Samuel Alito, nominato da Bush nel 2006, cfr. B.J. Gorod-T. Donnelly, *None to the Right*, cit.

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

estreme, espresse per lo più in opinioni separate (concorrenti o dissenzienti) – è sembrato assumere un ruolo più centrale, in particolare sollecitando con costanza la rivalutazione di precedenti, anche molto consolidati, a suo avviso decisi erroneamente in quanto incompatibili con il “significato originario” (*original meaning*) della Costituzione (talvolta con l’appoggio di Gorsuch)<sup>77</sup>.

La palese “svalutazione” del cd. *constitutional stare decisis*<sup>78</sup> si è però manifestata pure nell’operato collegiale della Corte, ossia in

---

<sup>77</sup> In merito al ruolo, a dire poco ridotto, riconosciuto al “limite” che la dottrina del precedente vincolante pone al potere decisionale dei giudici supremi, nella concezione di Justice Thomas, v. A. Liptak, *Precedent Meet Clarence Thomas*, cit. Circa l’accresciuta influenza ideologica delle sue posizioni dopo l’insediamento dei giudici di nomina trumpiana Gorsuch e Kavanaugh, in seno alla rafforzata “ala conservatrice”: v. M. Ford, *Clarence Thomas’s Unprecedented America*, all’URL <https://newrepublic.com/article/154307/clarence-thomas-precedent-america>, 26 giugno 2019; L. Greenhouse, *Is Clarence Thomas*, cit. In ambito processual-penalistico, ad esempio, deve segnalarsi la *dissenting opinion* di Thomas (condivisa da Gorsuch) nel caso *Garza v. Idaho*, 586 U.S. \_\_\_ (2019), nella quale si denuncia la asserita erroneità, rispetto al “significato originario” ed alla “struttura costituzionale”, e dunque la necessità di restringere ed eventualmente capovolgere, di quella consolidata linea di precedenti giurisprudenziali che hanno desunto dal VI Emendamento della Costituzione il diritto al gratuito patrocinio per gli imputati indigenti e il cd. “*right to the effective assistance of counsel*”, dando vita all’attuale sistema dei cd. *Public Defender Offices* nelle varie realtà statali e locali statunitensi [cfr. i *landmark cases*: *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963) e *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668 (1984)]. Thomas ha poi sostenuto (*McKee v. Cosby*, 586 U.S. \_\_\_ (2019), la necessità di annullare la celeberrima decisione *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), che presidia storicamente l’esercizio del diritto costituzionale di critica politica sulla stampa (I, XIV Emendamento), imponendo al pubblico ufficiale che agisce per ottenere un risarcimento per diffamazione di dimostrare non solo la falsità della notizia, ma anche un coefficiente psicologico di “*actual malice*” da parte del giornalista (*l’animus diffamandi*).

<sup>78</sup> Sul *constitutional stare decisis*, cfr. *amplius* R. Kozel, *Settled versus Right. A Theory of Precedent*, Cambridge (UK)-New York, 2017, *passim*; B.J. Murrill, *The Supreme Court’s Overruling of Constitutional Precedent*, Report del Congressional Research Service, all’URL <https://fas.org/sgp/crs/misc/R45319.pdf>, 24 settembre 2018; S. Wermiel, *SCOTUS for law students: Supreme court precedent*, all’URL <https://www.scotusblog.com/2019/10/scotus-for-law-students-supreme-court-precedent/>, 2 ottobre 2019, il quale opportunamente segnala le ragioni della peculiare incertezza che caratterizza la dottrina del precedente vincolante in materia

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

*majority opinions* che, grazie riscate maggioranze conservatrici, hanno disposto l'*overruling* di decisioni che costituivano la *Law of the Land* da diversi decenni<sup>79</sup>.

La tendenza a superare il precedente con eccessiva leggerezza – i.e. più in ragione delle preferenze politiche dei *Justices* di volta in volta in maggioranza, che per la effettiva sussistenza di gravi ragioni tali da rendere non più adeguata l'interpretazione superata (ad es.: anacronismo per mutamento del contesto fattuale; inconciliabilità del *reasoning* con quello di altre decisioni successivamente emesse; venire meno o affievolirsi dei cd. *reliance interests* generati dalla decisione) – ha suscitato la veemente protesta della minoranza *liberal* (Ginsburg<sup>80</sup>, Breyer, Sotomayor, Kagan), che in dissenso ha espresso forte preoccupazione nei confronti di tale linea di cd. *Conservative Judicial Activism*, potenzialmente in grado di rimettere in discussione e sovvertire approdi giurisprudenziali ormai consolidati, essenziali per la

---

costituzionale: “Il dibattito si concentra di più sulle decisioni riguardanti questioni di costituzionalità che su quelle che interpretano norme ordinarie. Se c'è insoddisfazione rispetto ad una interpretazione della Corte di una norma federale, questa è la logica, il Congresso può modificare tale norma per correggere il problema. Con riguardo all'interpretazione costituzionale, tuttavia, i giudici supremi si sentono più liberi di cambiare rotta se ritengono che ci sia bisogno di una correzione, poiché l'unica alternativa è quella di modificare la Costituzione”. Nella dottrina italiana, in prospettiva comparatistica, v. A. Pin, *Precedente e mutamento giurisprudenziale. La tradizione angloamericana e il diritto sovranazionale europeo*, Padova, 2017, p. 86-167.

<sup>79</sup> Cfr. specialmente le decisioni *Knick v. Township of Scott, Pennsylvania*, No. 17-647, 588 U.S. \_\_\_\_ (2019) e *Franchise Tax Bd. of Cal. v. Hyatt*, 587 U.S. \_\_\_\_ (2019), nelle quali maggioranze conservatrici di cinque voti a quattro hanno capovolto precedenti consolidati, rispettivamente, in materia di espropri (in base alla cd. *Taking Clause*) e cd. *Sovereign Immunity*. Più approfonditamente sul significato di tali decisioni: N. Cezzi, *Hyatt III e la tentazione dell'overruling*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 27 maggio 2019; A. Krishnakumar, *Academic highlight: Hyatt is latest example of textualist-originalist justices' willingness to overturn precedent*, all'URL <https://www.scotusblog.com/2019/05/academic-highlight-hyatt-is-latest-example-of-textualist-originalist-justices-willingness-to-overturn-precedent/>, 24 maggio 2019.

<sup>80</sup> L'anziana giudice Ginsburg ha sofferto diversi seri problemi di salute che l'hanno costretta a saltare alcune udienze nel corso del 2019. Si sono così innescate numerose speculazioni sull'eventualità che Trump possa procedere alla nomina di un terzo giudice supremo, prima delle elezioni del novembre 2020, con un ulteriore, netto e decisivo, spostamento “a destra” della Corte. Cfr. A. Feldman, *If Ginsburg Leaves*, cit.

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

protezione dei diritti fondamentali dei cittadini statunitensi (su tutti, il diritto all'interruzione della gravidanza e i diritti LGBT)<sup>81</sup>.

Tornando alla materia penale, una traiettoria simile può osservarsi nel contesto della pena capitale, che, come sovente accade, è stato quello più controverso nel *Term* appena trascorso (cfr. *amplius infra*). L'abbandono del giudice Kennedy, che con la sua funzione "moderatrice" ed i suoi voti aveva garantito fondamentali vittorie *liberal* in numerose decisioni che hanno limitato l'applicabilità dell'estrema sanzione sul versante sostanziale e procedurale<sup>82</sup>, ha determinato un atteggiamento dialetticamente più aggressivo della maggioranza conservatrice, che ha alzato il livello dello scontro, inserendo alcuni *dicta* non vincolanti che potrebbero, in futuro, indebolire significativamente, se non annullare, *judicial doctrines* di garanzia per gli imputati capitali. Svolte queste premesse di ordine generale sulla "direzione" della giurisprudenza della Corte, procediamo alla sintetica rassegna dei *criminal cases* più importanti decisi nell'ultimo *Term*.

*5. Principio di legalità in materia penale: determinatezza della fattispecie (cd. vagueness doctrine) ed eccesso di delega legislativa all'esecutivo (cd. non delegation doctrine)*

---

<sup>81</sup> Si vedano, rispettivamente, i dissensi dei giudici Breyer e Kagan alle due decisioni citate alla nota 18. Breyer, in particolare, ha stigmatizzato la decisione della Corte in *Hyatt* in questi termini, lanciando l'allarme per il futuro prossimo: "The majority has surrendered to the temptation to overrule Hall even though it is a well-reasoned decision that has caused no serious practical problems in the four decades since we decided it" ... "Today's decision can only cause one to wonder which cases the Court will overrule next", non a caso citando il celebre precedente *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), che riaffermò il "core holding" di *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), la sentenza che affermò il diritto all'aborto.

<sup>82</sup> Volendo, v. P. Insolera, *Brevi note sul contributo "penalistico" di Justice Anthony Kennedy, nonché sulle conseguenze del suo pensionamento*, in [www.criminaljusticenetwork.eu](http://www.criminaljusticenetwork.eu), 17 dicembre 2018; *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/](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: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

Iniziamo con la disamina di due sentenze che hanno affrontato questioni relative al principio costituzionale di legalità in materia penale<sup>83</sup>.

5.1. *Determinatezza della fattispecie (cd. vagueness doctrine): United States v. Davis*

La prima, *United States v. Davis*<sup>84</sup>, in continuità con recenti approdi, che avevano invalidato per imprecisione/indeterminatezza<sup>85</sup>

---

<sup>83</sup> Sulle varie dimensioni costituzionali della legalità penale statunitense v. senza pretesa d'esaustività G. Binder, *Criminal Law*, cit., p. 100-112; J. Dressler, *Criminal Law*, cit., p. 39 ss.

<sup>84</sup> 588 U.S. \_\_\_\_ (2019). Sulla decisione, cfr.: S.A. Luban, *Vagueness Dooms Oft-Used Tool to Enhance Sentences*, all'URL <https://law.stanford.edu/2019/07/01/vagueness-dooms-oft-used-tool-to-enhance-sentences/>, 1 luglio 2019; D. Root, *Kavanaugh Accuses Gorsuch*, cit.; L. Litman, *Opinion analysis: Vagueness doctrine as a shield for criminal defendants*, all'URL <https://www.scotusblog.com/2019/06/opinion-analysis-vagueness-doctrine-as-a-shield-for-criminal-defendants/>, 24 giugno 2019; M.J. Stern, *Neil Gorsuch and Brett Kavanaugh Just Fought Over the Rights of the Accused. Gorsuch Won*, all'URL <https://slate.com/news-and-politics/2019/06/neil-gorsuch-brett-kavanaugh-davis-gun-sentencing-enhancements.html>, 24 giugno 2019.

<sup>85</sup> In base alla cd. *void for vagueness doctrine*. Per una disamina di tale *doctrine*, desunta dalle clausole del *due process* del V e XIV Emendamento, presidio di garanzia omologo al nostro principio di determinatezza nell'esperienza costituzionale-penale d'oltreoceano, si vedano, in una letteratura vasta: M. Cherif Bassiouni, *Diritto penale degli Stati Uniti d'America (substantive criminal law)*, trad. L. de Cataldo Neuburger, Milano, 1985, p. 65-73; 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. p. 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: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

clausole analoghe di normative penali federali cui si ricollegavano consistenti aumenti sanzionatori<sup>86</sup>, ha censurato la disposizione federale di cui al 18 U.S.C. § 924(c)(3)(b), cd. *residual clause*, che impone significativi inasprimenti sanzionatori fissi e automatici (*mandatory*)<sup>87</sup>, allorquando sia accertato il porto o l'utilizzo di armi da fuoco nella commissione di un cd. *crime of violence*.

Il *crime of violence* è legislativamente definito come “ogni altro reato classificato come *felony* e che, per la sua natura, implica un rischio sostanziale che possa essere utilizzata forza fisica contro la persona o la proprietà di un altro soggetto nel corso della commissione del reato”.

L'imprecisione del linguaggio legislativo viene attestata dal cd. diritto vivente, ossia la metodologia interpretativa consolidata nei precedenti, che per verificare la natura violenta del reato utilizza il cd. *categorical approach*, non concentrandosi sulla condotta concreta oggetto di giudizio, ma sulla fattispecie astratta. Tale interpretazione, che impone al giudice di ipotizzare, ragionando in astratto, se il “tipico caso ordinario del reato” possa rientrare nella ridetta definizione di *crime of violence*, aveva generato significative oscillazioni e contrasti interpretativi tra *Circuits*, non risultando chiaro, né prevedibile, quali delitti dovessero essere ricompresi nell'ambito di applicabilità della disposizione. Un'arbitrarietà ed imprevedibilità che – come spiega la *majority opinion*, estesa da Gorsuch e condivisa da Ginsburg, Breyer, Sotomayor e Kagan – vulnera i valori di legalità, separazione dei poteri, conoscibilità dei precetti e ragionevole prevedibilità delle risposte sanzionatorie presidiati dal *due process*.

Non può poi accogliersi la prospettiva espressa dal governo federale e dai dissenzienti, secondo i quali la disposizione dovrebbe essere “salvata” in via d'interpretazione conforme, senza pronunciarsi sulla questione di costituzionalità (cd. *constitutional avoidance*

---

<sup>86</sup> Si tratta delle decisioni *Johnson v. United States*, 576 U.S. \_\_\_\_ (2015), sulla quale v., volendo, P. Insolera, *Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti”*, cit., 139-41, 192-197, e *Sessions v. Dimaya*, 584 U.S. \_\_\_\_ (2018), su cui si può vedere P. Insolera, *Le più significative decisioni della Corte suprema*, cit., p. 33-41.

<sup>87</sup> Segnatamente: 5, 7 o 10 anni di reclusione per il primo reato; 25 anni in caso di ulteriori violazioni, oltre alla pena base.



*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

*doctrine*)<sup>88</sup>, abbandonando l'approccio consolidato nei precedenti di circuito e della Corte suprema, per passare a valutare se la condotta concreta oggetto di giudizio (e non la fattispecie astratta di reato nel suo "caso ordinario", in base al *categorical approach*) possa essere ricondotto alla definizione di *crime of violence*.

Qui vi è forse il passaggio più importante e innovativo della sentenza. Gorsuch, benché riconosca che il diverso approccio interpretativo, focalizzato sulla condotta concreta, salverebbe la disposizione dall'incostituzionalità, argomenta che il testo, la struttura e l'interpretazione sistematica della normativa impongono di continuare a guardare alla fattispecie astratta. La cd. *constitutional avoidance doctrine*, il canone dell'interpretazione conforme a Costituzione – spiega Gorsuch – non può essere impiegato *contra reum*, in senso espansivo della punibilità: "Nessuna delle parti in causa ha identificato un singolo caso nel quale la Corte abbia invocato il canone della *constitutional avoidance* per espandere la portata applicativa di una disposizione penale allo scopo di salvarla dall'incostituzionalità ... impiegare il canone della *constitutional avoidance* per espandere la portata applicativa di una disposizione penale rischierebbe di vulnerare proprio gli stessi principi di *due process* e di separazione dei poteri sui quali si fonda la cd. *vagueness doctrine*". Secondo l'opinione della Corte, dunque, non si possono "riscrivere" in sede giudiziale, in senso ampliativo della punibilità, disposizioni incriminatrici "geneticamente" indeterminate, pur di assicurarne la conformità a Costituzione. Utilizzare a detrimento dei diritti dell'imputato il canone della *constitutional avoidance* violerebbe la cd. *rule of lenity*, che impone, in caso di ambiguità ed incertezza semantiche, di optare per il significato più favorevole al reo.

Da notare che Kavanaugh (insieme a Roberts, Alito e Thomas) ha esteso un fermo dissenso, che fa emergere un approccio quasi antitetico rispetto a quello di Gorsuch<sup>89</sup>, tale da revocare in dubbio l'ipotesi più in

---

<sup>88</sup> Sulla quale cfr. *amplius* A. Nolan, *The Doctrine of Constitutional Avoidance: A Legal Overview*, all'URL <https://fas.org/sgp/crs/misc/R43706.pdf>, 2 settembre 2014; W.W. Berry III, *Criminal Constitutional Avoidance*, in *J. Crim. L. & Criminology*, 2014, p. 104 ss., ed ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali ivi effettuati.

<sup>89</sup> Lo sottolineano, D. Root, *Kavanaugh Accuses Gorsuch*, cit.; L. Litman, *Opinion analysis: Vagueness doctrine*, cit.; M.J. Stern, *Neil Gorsuch and Brett Kavanaugh*, cit.

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

alto avanzata, in relazione al possibile effetto di ampliamento delle garanzie, connesso al suo approccio testualista. In prima battuta ha sottolineato che la criminalità e le armi da fuoco negli U.S.A. formano una miscela pericolosissima, discutendo l'evoluzione di numerose statistiche relative alla commissione dei reati con uso di armi da fuoco negli ultimi trent'anni, che attesterebbero l'utilità dello strumento normativo censurato per la repressione di tale fenomeno. Si è così criticata la decisione di maggioranza su basi "pragmatiche", sul piano delle conseguenze (*i.e.* costi in termini di diminuzione della sicurezza pubblica) che verosimilmente potrà comportare. Anche sul versante del ragionamento *stricto sensu* giuridico, Kavanaugh esprime disaccordo: la precisazione secondo cui la dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione non può essere utilizzata per ampliare la portata applicativa di una norma incriminatrice, ma solo per restringerla, a suo avviso, sarebbe "venuta fuori dal nulla" e priva di supporto nei precedenti della Corte Suprema. Insomma, la *majority opinion* avrebbe peccato di *cd. Judicial activism*: se pure è dovere della Corte "assicurare che il Congresso agisca entro i limiti costituzionali e rispetti la separazione dei poteri", "generalmente le normative vengono interpretate con una presunzione di razionalità e di costituzionalità" e "quando oltrepassiamo il nostro ruolo per applicare limiti costituzionali all'operato del Congresso, noi non sosteniamo il principio di separazione dei poteri, ma lo trasgrediamo".

Osserviamo conclusivamente che gli effetti della decisione in *Davis* (così come quelli delle omologhe sentenze precedenti, *Johnson* e *Dimaya*) consisteranno nella possibilità, per coloro che sono ancora sotto processo in fase di *sentencing*, di ottenere il beneficio di essere puniti senza l'aumento sanzionatorio. Più incerta la disponibilità della rideterminazione della pena in sede esecutiva per i condannati in via definitiva (tramite *Habeas corpus petition*)<sup>90</sup>.

## 5.2. Non delegation doctrine: *Gundy v. United States*

---

<sup>90</sup> Cfr. *funditus*, sullo stato dell'evoluzione giurisprudenziale in materia: L. Litman, *Opinion analysis: Vagueness doctrine*, cit.; S.A. Luban, *Vagueness Dooms*, cit.

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

La seconda pronuncia è *Gundy v. United States*<sup>91</sup>, inerente al principio di separazione dei poteri (e, quindi, diremmo noi, di riserva di legge in materia penale).

Oggetto di scrutinio era la disciplina federale del *Sex Offender Registration and Notification Act (S.O.R.N.A.)*<sup>92</sup>, ed in particolare la disposizione<sup>93</sup> che estende retroattivamente l'effetto della normativa, delegando al potere esecutivo, e segnatamente all'*Attorney General* (Ministro della Giustizia), "l'autorità di specificare l'applicabilità dei requisiti di questo capitolo agli autori di reati sessuali condannati prima dell'attuazione di questo capitolo ... e di prescrivere le regole per la registrazione di tutti questi autori di reati sessuali". La norma poneva dunque il problema dell'eccesso di delega del potere legislativo da parte del Congresso – organo al quale spetta ai sensi dell'art. I, sez. I, Cost. – all'esecutivo (cd. *non delegation doctrine*)<sup>94</sup>. Il precedente della Corte suprema, pur riconoscendo un ampio margine di delegabilità, impone infatti che la delega legislativa contenga un "*intelligible principle*"<sup>95</sup>, idoneo a guidare e limitare l'esercizio del potere delegato.

---

<sup>91</sup> No. 17-6086, 588 U.S. \_\_\_\_ (2019), che era stata oggetto di segnalazione in P. Insolera, *Il diritto penale nell'October Term 2018*, cit., p. 50 ss., al quale ci si permette di rinviare. Sulla decisione, cfr. M. Sohoni, *Opinion analysis: Court refuses to resurrect nondelegation doctrine*, all'URL <https://www.scotusblog.com/2019/06/opinion-analysis-court-refuses-to-resurrect-nondelegation-doctrine/>, 20 giugno 2019; A. Liptak, *Supreme Court Sustains Executive Power in Sex Offender Case*, all'URL <https://www.nytimes.com/2019/06/20/us/politics/supreme-court-sex-offender-registry.html>, 20 giugno 2019; I. Somin, *A Troubling Supreme Court Decision on Non – Delegation*, all'URL <https://reason.com/2019/06/20/a-troubling-supreme-court-decision-on-non-delegation/>, 20 giugno 2019.

<sup>92</sup> La quale impone ai soggetti condannati per *sex offenses* stringenti obblighi di registrazione e di condivisione di informazioni personali con le autorità, comminando altresì sanzioni penali in caso di violazione degli obblighi: v. *amplius* M. Boggiani, *All'origine delle nuove misure introdotte all'art. 609 nonies 3° comma cp: le sex offenders laws statunitensi*, in *Ind. pen.*, 2015, 2, p. 573 ss.

<sup>93</sup> 34 U.S.C. § 20913(d).

<sup>94</sup> A lungo "dormiente", ed applicata per l'ultima volta nei risalenti casi *A.L.A. Schetcher Poultry Corportion v. U.S.*, 295 U.S. 495 (1935) e *Panama Refining Company v. Ryan*, 293 U.S. 388 (1935), per invalidare un eccesso di delega di poteri legislativi ad agenzie federali nel diverso contesto delle cd. *New Deal – era economic regulations*.

<sup>95</sup> Cfr. *Whitman v. American Trucking Associations*, 531 U.S. 457 (2001).

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

Nel caso di specie – il ricorrente Herman Gundy, uno degli oltre 500.000 *sex offenders* condannati prima dell'entrata in vigore del S.O.R.N.A. nel 2006 – sosteneva che “la previsione del S.O.R.N.A. che prevede la delega concede un potere senza criteri guida al massimo *prosecutor* della nazione, allo scopo di ampliare la portata di norme penali e di imporre requisiti afflittivi, che durano talvolta tutta la vita, a centinaia di migliaia di individui” e “mischia il potere di legiferare in materia penale con il potere esecutivo esattamente nel modo che la Costituzione intende proibire”.

Quest'ordine di argomenti pareva aver trovato terreno fertile, almeno presso alcuni componenti del collegio<sup>96</sup>.

Il giudice Gorsuch, ad esempio, in corso di discussione, affermava: “la specifica sezione normativa che riguarda i soggetti condannati prima dell'entrata in vigore del S.O.R.N.A. stabilisce inequivocabilmente che l'*Attorney General* decide se, come, quando e chi, persino i soggetti a cui si applica. Così il soggetto non sa neppure se è sottoposto all'applicazione della legge ... noi diciamo che le leggi vaghe debbono essere invalidate ... che cosa c'è di più vago rispetto ad una carta bianca all'*Attorney General* per determinare chi dev'essere perseguito?”. Simili osservazioni venivano formulate anche da Ginsburg e Sotomayor.

Tuttavia – come si era rilevato a margine della discussione<sup>97</sup> – la maggior parte dei giudici era sembrata propensa a provare ad individuare ulteriori e diverse disposizioni del S.O.R.N.A., in grado di limitare il margine di discrezionalità dell'esecutivo, tramite un'interpretazione conforme a Costituzione dello *statute*, senza quindi pronunciarsi sulla questione di costituzionalità (cd. *constitutional avoidance canon*).

Ed in effetti la *plurality opinion*, estesa dal giudice Kagan (insieme a Breyer, Ginsburg e Sotomayor), con il voto concorrente nel solo dispositivo di Alito (Kavanaugh non ha partecipato al caso), ha ritenuto che la disposizione non violi la *non delegation doctrine*, rispettando il

---

<sup>96</sup> Cfr. D. Root, *Gorsuch and Sotomayor Fault Congress for Giving 'a Blank Check to the Attorney General'*, all'URL <https://reason.com/blog/2018/10/09/gorsuch-and-sotomayor-fault-congress-for>, 9 ottobre 2018.

<sup>97</sup> A. Howe, *Argument analysis: Justices grapple with nondelegation challenge*, all'URL <http://www.scotusblog.com/2018/10/argument-analysis-justices-grapple-with-nondelegation-challenge/>, 3 ottobre 2018.

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

principio dell’*“intelligible principle”*, tale da limitare la discrezionalità del potere esecutivo delegato ed evitare che “scelte politiche” siano trasferite illegittimamente. Kagan, in particolare, ha interpretato la norma oggetto di scrutinio, nel senso che essa “richieda all’*Attorney General* di applicare le disposizioni del S.O.R.N.A. a tutti gli autori di reati sessuali condannati prima dell’entrata in vigore della normativa non appena fattibile”, sulla base dello scopo complessivo del S.O.R.N.A. (stabilire un comprensivo sistema nazionale di registrazione per gli autori di reati sessuali), della definizione di *sex offender* ivi prevista (soggetto condannato per reati a sfondo sessuale in via definitiva) e dei lavori parlamentari che hanno condotto all’adozione della riforma. In tal modo “specificare l’applicabilità non significa affatto ‘specificare se applicare il SORNA agli autori di reati sessuali condannati prima della sua entrata in vigore’, anche se l’intera struttura del corpo normativo impone che essi siano inclusi. La frase significa invece ‘specificare come applicare il SORNA agli autori di reati sessuali condannati prima della sua entrata in vigore, se difficoltà di transizione richiedono un qualche ritardo”. La disposizione, così interpretata, non travalica nell’eccesso di delega legislativa, in base ai precedenti della Corte, ma rispecchia il fatto che il Congresso dipende dall’esigenza di accordare un margine di discrezionalità agli *executive officials* incaricati di eseguire le sue direttive.

Dev’essere segnalata la corposa opinione dissenziente del giudice Gorsuch (condivisa da Roberts e Thomas)<sup>98</sup>, nella quale si esprime tutta l’ostilità conservatrice nei confronti del cd. *Administrative State*<sup>99</sup>, che

---

<sup>98</sup> Cfr. D. Root, *In Sharp Dissent, Neil Gorsuch Faults SCOTUS for Letting the Attorney General ‘Write His Own Criminal Code’*, all’URL <https://reason.com/2019/06/20/in-sharp-dissent-neil-gorsuch-faults-scotus-for-letting-the-attorney-general-write-his-own-criminal-code/>, 20 giugno 2019; N. Sibilla, *Gorsuch Slams The Supreme Court For Turning A Blind Eye To Overcriminalization*, all’URL <https://www.forbes.com/sites/nicksibilla/2019/06/21/gorsuch-slams-the-supreme-court-for-turning-a-blind-eye-to-overcriminalization/>, 21 giugno 2019; T. Burrus, *Neil Gorsuch Catches a Hail Mary for the Constitution*, all’URL <https://www.cato.org/publications/commentary/neil-gorsuch-catches-hail-mary-constitution>, 28 giugno 2019.

<sup>99</sup> J. Suk Gersen, *The Supreme Court Is One Vote Away From Changing How the U.S. Is Governed*, all’URL <https://www.newyorker.com/news/our-columnists/the->

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

caratterizza il sistema di governo federale statunitense ed è basato sul presupposto dell'ampio margine di delega del Congresso all'esecutivo ed alle agenzie federali per l'applicazione delle norme.

Tralasciando qui il significato che l'opinione dissenziente potrebbe avere per il sistema di *government* federale statunitense in ambito extra-penale (*civil-regulatory*), vista la possibilità espressa da Alito nel suo voto concorrente di ridiscutere in futuro i limiti della *non delegation doctrine*, diamo atto delle persuasive critiche formulate da Gorsuch ad una delega così ampia e generica in ambito penale, dove l'istanza di protezione della libertà personale è rafforzata. La norma scrutinata "conferisce al *prosecutor* che ricopre l'ufficio gerarchicamente al vertice nella nazione il potere di scrivere il proprio codice penale che disciplina le vite di mezzo milione di cittadini statunitensi"; applicare il principio di separazione dei poteri "riguarda salvaguardare una struttura concepita per proteggere le loro libertà, i diritti delle minoranze, la prevedibilità soggettiva e lo Stato di diritto". Consentire all'*Attorney General* di "scrivere le norme penali che è incaricato di applicare segnerebbe la fine di ogni significativa applicazione della nostra separazione dei poteri e inviterebbe alla tirannia della maggioranza, che è generata quando le responsabilità di produrre le leggi e di applicarle sono concentrate nelle stesse mani". Nonostante il caso concreto riguardi un gruppo di soggetti disprezzato (i *sex offenders*) – Gorsuch prosegue – "se un singolo funzionario dell'esecutivo può scrivere leggi che restringono la libertà di questo gruppo di persone, che cosa significa per il prossimo gruppo?". In definitiva "la regola che impedisce al Congresso di dare 'carta bianca' all'esecutivo per redigere norme destinate agli autori di reati sessuali è la stessa regola che protegge tutti gli altri cittadini", e non è difficile accorgersi di "come il potere in questione – il potere di un pubblico ministero di imporre a un gruppo di farsi schedare dal governo sotto minaccia di pesanti sanzioni penali – potrebbe essere abusato in altri contesti".

---

[supreme-court-is-one-vote-away-from-changing-how-the-us-is-governed](#), 3 luglio 2019.

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

Le preoccupazioni qui espresse da Gorsuch, in veste di *civil libertarian* – come si è osservato in dottrina<sup>100</sup> – sono analoghe a quelle manifestate nella sentenza *Davis*. Se il vizio di imprecisione (*vagueness*) li è censurato, infatti, comporta l’abdicazione delle scelte politico-penalì da parte dell’organo democraticamente legittimato, il Congresso, che così attribuisce un illegittimo ruolo creativo a giudici, giurie e *prosecutors*, tale da determinare esiti applicativi imprevedibili ed arbitrari, l’eccesso di delega, non diversamente, investe il potere esecutivo della potestà di legiferare in materia penale, venendo così meno la democraticità (con tutte le connaturate garanzie) delle scelte d’incriminazione o ampliative della punibilità.

#### 6. Pena capitale

Come accennato *supra*, la *litigation* sulla pena capitale è stata il tema penalistico più divisivo dell’ultima sessione, un contesto nel quale la Corte si è mostrata a più riprese “spaccata”, lasciando emergere aspri disaccordi tra i *Justices*<sup>101</sup>.

Occorre dare conto di una questione decisa nel merito, per poi esaminare l’interessante evoluzione dei casi decisi nell’ambito del cd. *Shadow docket*<sup>102</sup>. Si tratta, sotto il profilo procedurale, di quella

---

<sup>100</sup> R. Pildes, *Vagueness Doctrine, Delegation Doctrine, and Justice Gorsuch’s Opinion Today in U.S. v. Davis*, all’URL <https://balkin.blogspot.com/2019/06/vagueness-doctrine-delegation-doctrine.html>, 24 giugno 2019, che esamina differenze e analogie tra le due *doctrines*.

<sup>101</sup> Cfr., in generale, E. Chemerinsky, *Chemerinsky: In death do they part – SCOTUS justices show divisions over capital cases*, all’URL <http://www.abajournal.com/news/article/chemerinsky-in-death-do-they-part-justices-show-divisions-over-capital-cases>, 30 maggio 2019; M. Walsh, *Tension in the Court: Public collegiality belies behind-the-scenes debate*, all’URL <http://www.abajournal.com/magazine/article/tension-in-the-court-public-collegiality-belies-behind-the-scenes-debates>, 1 giugno 2019.

<sup>102</sup> Sul cd. “ruolo ombra”, v. W. Baude, *Death and the Shadow Docket*, all’URL <https://reason.com/2019/04/12/death-and-the-shadow-docket/>, 12 aprile 2019, e, più ampiamente sul tema, Id., *Foreword: The Supreme Court’s Shadow Docket*, in *N.Y.U. J.L. & Liberty*, 2015, p. 1 ss.; J. Biskupic, *What the Supreme Court is doing behind closed doors*, all’URL <https://edition.cnn.com/2019/04/26/politics/supreme-court-closed-doors/index.html>, 26 aprile 2019.

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

porzione del ruolo della Corte che comprende i casi che non vengono decisi nel merito (senza pieno contraddittorio cartolare, discussione orale, incontro dei giudici in camera di consiglio), ma con *orders*, spesso privi di argomentazione a supporto dei voti (e, dunque, con meno trasparenza). Si pensi, in particolare, ai numerosi cd. “ricorsi dell’ultimo minuto” dei prigionieri nel *death row* per sospendere l’esecuzione già fissata<sup>103</sup>. Proprio in questo ambito la conflittualità tra giudici conservatori e ala *liberal* ha raggiunto il suo apice, probabilmente per l’abbandono del “moderatore” Kennedy<sup>104</sup>.

### 6.1. Bucklew v. Precythe

Iniziamo con la decisione di merito, *Bucklew v. Precythe*<sup>105</sup>, che origina da un ricorso avverso il metodo d’esecuzione dell’iniezione

---

<sup>103</sup> Un quadro d’insieme in F. Ferraris, “*Rationing Justice*”. *La selezione dei ricorsi*, cit., p. 145 ss.; Aa.Vv., R. Gambini Musso (a cura di), *Il processo penale statunitense. Soggetti e atti*, Torino, 2008, p. 265 ss.

<sup>104</sup> Cfr. così, S.I. Vladeck, *It’s Neil Gorsuch’s Supreme Court Now, Not Anthony Kennedy’s*, all’URL <https://www.politico.com/magazine/story/2019/04/02/neil-gorsuch-supreme-court-anthony-kennedy-226469>, 2 aprile 2019.

<sup>105</sup> Già segnalata in P. Insolera, *Il diritto penale nell’October Term 2018*, cit., p. 54-55. La decisione è stato oggetto di numerosi commenti, quasi totalmente di taglio critico: A. Howe, *Opinion analysis: Divided court rejects lethal-injection challenge by inmate with rare medical condition*, all’URL <https://www.scotusblog.com/2019/04/opinion-analysis-divided-court-rejects-lethal-injection-challenge-by-inmate-with-rare-medical-condition/>, 1 aprile 2019; S.A. Smith, “*Super-adding*” to *Baze*: *The decision in Bucklew v Precythe*, all’URL <https://ikutamatatablog.wordpress.com/2019/04/02/super-adding-to-baze-the-decision-in-bucklew-v-precythe/>, 2 aprile 2019; J.D. Bessler, *Bucklew v. Precythe: The Supreme Court’s Tortured Death Penalty Jurisprudence*, all’URL <https://www.gwlr.org/bucklew-v-precythe-the-supreme-courts-tortured-death-penalty-jurisprudence/>, 17 aprile 2019; I. Millhiser, *Gorsuch just handed down the most bloodthirsty and cruel death penalty opinion of the modern era*, all’URL <https://thinkprogress.org/gorsuch-supreme-court-cruel-death-penalty-opinion->



*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

letale applicato dallo Stato del Missouri (cd. *methods of execution challenge*). La Corte ha reiteratamente ritenuto conformi a Costituzione i “protocolli di morte” di altri Stati, nonostante alcuni dei farmaci utilizzati avessero causato incidenti, tali da prolungare oltremodo la sofferenza e l’agonia dei condannati<sup>106</sup>. Bucklew, pluriomicida nel braccio della morte da oltre vent’anni, sostiene in particolare che la specifica patologia di cui soffre, una grave forma di tumore (emangioma cavernoso), determinerebbe, qualora venisse seguito il protocollo *standard* d’esecuzione statale, una sofferenza prolungata e non necessaria, e pertanto incostituzionale.

La *majority opinion* – estesa da Gorsuch e supportata dai voti degli altri quattro giudici di nomina repubblicana – conferma il (discutibile)<sup>107</sup> principio statuito in *Glossip v. Gross*, secondo cui il ricorrente, per prevalere, deve indicare un metodo di esecuzione alternativo (ad es. fucilazione, camera a gas, sedia elettrica), che sia prontamente attuabile da parte dello Stato e in grado di ridurre significativamente la possibilità che il condannato patisca un dolore non necessario. La decisione in *Bucklew* estende questo standard ai cd. *as applied challenges*, ossia ai ricorsi afferenti alla crudeltà del metodo non nella generalità dei casi e di per sé, ma in ragione delle particolari condizioni del condannato a morte (nel caso di specie, la condizione patologica di cui soffre Bucklew).

---

[eighth-amendment-8ddde34133ac/](https://slate.com/news-and-politics/2019/04/supreme-court-neil-gorsuch-eighth-amendment-death-penalty-torture.html), 1 aprile 2019; M.J. Stern, *The Supreme Court’s Conservatives Just Legalized Torture*, all’URL <https://slate.com/news-and-politics/2019/04/supreme-court-neil-gorsuch-eighth-amendment-death-penalty-torture.html>, 1 aprile 2019. Adesivamente, v. invece: P. Cassell, *The Supreme Court Recognizes Victims’ Rights in Death Penalty Cases*, all’URL <https://reason.com/2019/04/01/supreme-court-recognizes-victims-rights/>, 1 aprile 2019.

<sup>106</sup> Si vedano i noti casi *Baze v. Rees*, 553 U.S. 35 (2008); *Glossip v. Gross*, No. [14-7955](https://www.supremecourt.gov/opinions/15-504/20151214.pdf), [576 U.S.](https://www.supremecourt.gov/opinions/15-504/20151214.pdf) \_\_\_\_ (2015). Per un’esaustiva disamina della materia v. 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.

<sup>107</sup> Sulla totale mancanza di fondamento costituzionale e sui gravi risvolti deontologici per gli avvocati nei casi capitali del cd. *Pick your poison requirement*, v. S. Bray, *What Bucklew Doesen’t Say*, all’URL <https://reason.com/2019/04/03/what-bucklew-doesnt-say/>, 3 aprile 2019, e il dissenso in *Glossip* del giudice Sotomayor, sul quale v. A. Corda, *L’incerto futuro dei metodi di esecuzione*, cit., p. 221 ss.

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

Gorsuch spiega che il divieto di pene crudeli “non garantisce al detenuto una morte senza dolore, qualcosa che, ovviamente, non è assicurata a molte persone, comprese la maggior parte delle vittime di reati capitali”, ma si limita piuttosto a proibire agli Stati di aggiungere alle esecuzioni “terrore, dolore o disgrazia” non necessarie.

Bucklew, che pure aveva indicato la possibilità di essere giustiziato tramite camera gas, non è stato in grado di dimostrare la “pronta applicabilità” in concreto di tale metodo d’esecuzione, non avendo in particolare precisato “come il gas nitrogeno debba essere somministrato (utilizzando una camera a gas, una tenda da ossigeno, un cappuccio, una maschera o qualche altro strumento di somministrazione); in che concentrazione (nitrogeno puro o qualche altra miscela di gas); quanto velocemente e per quanto tempo il gas debba essere iniettato; o come lo Stato possa garantire la sicurezza dell’equipe che cura l’esecuzione, ivi incluso proteggerla dal rischio di perdite di gas”. Oltre a questi macabri dettagli, la Corte sottolinea che i delitti commessi dal ricorrente risalgono a venti anni fa, ponendo l’accento, anche in chiave generale, sulla violazione dei diritti delle vittime determinata dai lunghi ritardi nelle esecuzioni: “Il popolo del Missouri, le vittime sopravvissute ai crimini del signor Bucklew, e altri soggetti nelle stesse condizioni meritano di meglio ... in base alla nostra Costituzione la questione della pena capitale dev’essere risolta dal popolo e dai suoi rappresentanti, non dalle corti”. La preoccupazione centrale è quella di arginare i ricorsi meramente dilatori avverso i metodi d’esecuzione, che la Corte deve “decidere equamente e speditamente”. I provvedimenti dell’ultimo minuto per sospendere l’esecuzione “dovrebbero essere l’eccezione estrema”, e la Corte deve rigettare quelle istanze che avrebbero potuto essere avanzate prima e che abbiano scopo puramente dilatorio.

Il giudice Thomas ha redatto un’opinione concorrente, reiterando la sua opinione, davvero estrema, per cui gli unici metodi di esecuzione crudeli e incostituzionali sono quelli “intenzionalmente concepiti per infliggere dolore”.

Breyer, il giudice più critico nei confronti della pena capitale, ha dissentito, sostenendo che Bucklew aveva efficacemente individuato un metodo di esecuzione alternativo meno doloroso e disponibile. Egli ha altresì espresso nuovamente la sua ferma convinzione (si veda il noto

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

dissenso in *Glossip*) secondo cui “si può avere un sistema applicativo della pena capitale che evita ritardi eccessivi e probabilmente persegue legittimi scopi penologici, o, in alternativa, si può avere un sistema applicativo della pena capitale che cerchi di essere affidabile ed equo ed eviti l’inflizione di pene crudeli ed inusuali. Può ben essere che non si possano avere entrambi allo stesso tempo”.

Il giudice Sotomayor, nel suo dissenso, ha censurato con veemenza i *dicta* inseriti nella *majority opinion* relativi al problema dei ritardi nelle esecuzioni: “i commenti della decisione di maggioranza sulla presente istanza per sospendere l’esecuzione e sulle istanze future non è soltanto trascurabile, ma anche completamente irrilevante ai fini della decisione di ogni questione devoluta alla Corte ... sono specialmente preoccupata dall’affermazione della maggioranza che ‘le sospensioni dell’esecuzione dell’ultimo minuto dovrebbero essere l’eccezione estrema’, che potrebbe essere interpretata nel senso di suggerire che le istanze di sospensione tardive avanzate dai detenuti capitali dovrebbero essere scrutinate con un’attitudine particolarmente ostile. Se questi commenti fossero scambiati erroneamente per un nuovo standard di giudizio, effettuerebbero una radicale reinvenzione del diritto consolidato e del ruolo giudiziale”.

Due aspetti della decisione meritano di essere evidenziati.

Il primo, più rilevante sul lungo periodo – ben colto in dottrina e nella cronaca giudiziaria statunitense<sup>108</sup> – riguarda l’approccio metodologico, radicalmente originalista, dell’opinione di Gorsuch. L’interpretazione statica dell’VIII Emendamento, corredata da un’approfondita e truculenta discussione storica circa i metodi di esecuzione diffusi all’epoca della fondazione, si pone in aperto contrasto con la lettura dinamico/evolutiva della clausola, che ha dominato la giurisprudenza della Corte negli ultimi sessanta anni, accolta anche in molteplici pronunce estese da Justice Kennedy<sup>109</sup>.

---

<sup>108</sup> S.A. Smith, “*Super-adding*” to *Baze*, cit.; J.D. Bessler, *Bucklew v. Precythe: The Supreme Court’s Tortured*, cit.; I. Millhiser, *Gorsuch just handed down the most bloodthirsty*, cit.; M.J. Stern, *The Supreme Court’s Conservatives*, cit.

<sup>109</sup> Il riferimento è al noto test basato sugli “*evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society*”, elaborato per la prima volta nel noto precedente *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958), *plurality opinion* estesa dal Chief Justice

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

Ci troveremmo in presenza di un chiaro segnale che la rafforzata coalizione conservatrice nel collegio potrebbe in un prossimo futuro erodere o sovvertire le dottrine di garanzie connesse a tale approccio interpretativo. Tutti i giudici di nomina repubblicana – e Kavanaugh, riteniamo, non farà eccezione – considerano infatti il cd. *evolving standards of decency test* una forma di illegittimo attivismo giudiziale progressista e antidemocratico, privo di basi testuali-costituzionali e storiche. Può dunque ipotizzarsi che i *precedents* in materia non siano oggi al sicuro, a fronte di possibili nuovi interventi legislativi statali caratterizzati da maggiore severità rispetto ai limiti attualmente stabiliti dalla Corte (si pensi, ad es., 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.

---

Earl Warren, poi utilizzato in numerosi casi successivi per porre limitazioni di proporzionalità sostanziale alla pena di morte, dichiarandola inapplicabile a categorie di reati e categorie di autori di reati, in molte decisioni redatte da Kennedy: cfr. Report, *Justice Kennedy: His Departure from the Court*, cit. Questa la “*line of cases*” della *categorical proportionality review: Coker v. Georgia*, 483 U.S. 584 (1977), che dichiara la pena di morte incostituzionalmente sproporzionata per violazione dell’VIII Emendamento per il reato di “stupro di una donna adulta”; *Enmund v. Florida*, 458 U.S. 782 (1982), con cui, nel contesto della *felony murder doctrine*, si giudicò categoricamente eccessiva la pena di morte nel caso del complice in un delitto che abbia solamente “*aided and abetted a felony in the course of which a murder is committed by others but who does not himself kill, attempt to kill, or intend that a killing take place or that lethal force will be employed*”; *Thompson v. Oklahoma*, 487 U.S. 815 (1988), pena di morte incostituzionale per i minori di anni sedici; *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002), pena di morte incostituzionale per tutti i delitti commessi da soggetti mentalmente ritardati; *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005) sproporzionazione incostituzionale dell’estrema sanzione per tutti i delitti commessi da soggetti minori di anni diciotto; *Kennedy v. Louisiana*, 554 U.S. 407 (2008), eccessività incostituzionale della *death penalty* per il delitto di violenza sessuale commessa nei confronti di bambini minori di anni 12. Cfr. anche le sentenze *Graham v. Florida*, 560 U.S. 48 (2010) e *Miller v. Alabama*, 567 U.S. 460 (2012), che hanno ritenuto contrastanti con il principio di proporzione dell’VIII Emendamento, rispettivamente, la pena dell’ergastolo senza possibilità di libertà condizionale nei confronti di minorenni (*life without the possibility of parole sentence*) per “*non-homicide offenses*” e la pena dell’ergastolo senza possibilità di libertà condizionale nei confronti di minorenni, se legislativamente imposta in via obbligatoria e fissa (*mandatory life without the possibility of parole sentence*), anche per il reato di omicidio volontario.

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

Il secondo profilo attiene alla questione degli eccessivi ritardi provocati dai ricorsi tardivi per sospendere l'esecuzione, che la maggioranza conservatrice sembra ritenere esclusivamente dilatori, e quindi volere ridurre a tutti i costi, per salvaguardare i contrapposti valori di definitività delle condanne, effettività della pena capitale e tutela dei diritti delle vittime, anche a costo di non censurare violazioni della Costituzione.

*6.2. Lo scontro ideologico nell'ambito del cd. Shadow docket*

Il tema degli eccessivi ritardi provocati dai ricorsi tardivi per sospendere l'esecuzione, peraltro, è stato il terreno di più acceso scontro ideologico, come detto più in alto, nell'ambito del cd. *Shadow docket*, e merita darne conto in estrema sintesi. Nel caso *Dunn v. Ray*<sup>110</sup> la Corte suprema ha revocato il provvedimento di sospensione dell'esecuzione emesso dalla Corte d'appello dell'undicesimo circuito, che aveva ritenuto verosimilmente in contrasto l'*Establishment Clause* del I Emendamento (e dunque meritevole di vaglio nel merito), perché discriminatoria per motivi religiosi, una norma penitenziaria dell'Alabama che consentiva ai condannati a morte cristiani di essere accompagnati dal cappellano del carcere nella camera della morte, mentre vietava ai condannati musulmani, come il ricorrente, di essere affiancati da un imam negli ultimi istanti di vita. In un *order* privo di motivazione, la Corte, per giustificare la revoca, faceva riferimento alla tardività dell'istanza di sospensione avanzata dal detenuto. I quattro giudici *liberal* facevano registrare il loro dissenso: Justice Kagan denunciava come una disciplina di questo tipo violasse il principio di "neutralità confessionale" protetto dall'*Establishment Clause*, e che la Corte suprema avesse interferito indebitamente nella discrezionalità della corte federale, laddove aveva sospeso l'esecuzione, ritenendo sussistente il *fumus* di fondatezza nel merito dell'istanza.

---

<sup>110</sup> *Dunn v. Ray*, 586 U.S.\_\_(2019), v. A. Howe, *Divided court allows Alabama execution to go forward*, all'URL <https://www.scotusblog.com/2019/02/divided-court-allows-alabama-execution-to-go-forward/>, 7 febbraio 2019; M.C. Dorf, *SCOTUS Alabama Imam-less Execution Case and the Chaplain Question*, all'URL <http://www.dorfonlaw.org/2019/02/scotus-alabama-imam-less-execution-case.html>, 11 febbraio 2019.

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

In un caso analogo, *Murphy v. Collier*<sup>111</sup>, nel quale un condannato a morte buddista recluso in Texas chiedeva che fosse sospesa e rinviata l'esecuzione, lamentando che fosse permesso a cristiani e musulmani di essere affiancati dai rispettivi ministri di culto nella camera della morte, ed invece negato ai prigionieri che professavano altre fedi come lui, la Corte operava un *distinguishing* e giungeva ad un esito decisivo opposto, concedendo la sospensione ed il rinvio dell'esecuzione (con dissenso registrato di Alito e Thomas).

Infine, in un terzo caso, *Dunn v. Price*<sup>112</sup>, la Corte ha annullato il provvedimento di sospensione emesso dalla corte di appello, su istanza di un condannato a morte che sosteneva che l'iniezione letale lo avrebbe sottoposto ad una fine crudele, e quindi incostituzionale, identificando la camera gas come metodo alternativo. I *Justices* in maggioranza hanno censurato la tardività della richiesta, evidenziando che Price aveva atteso fino a poche ore prima dell'ora fissata dell'esecuzione per produrre documentazione medica a supporto della sua istanza. Breyer, insieme ai tre giudici progressisti, ha dissentito: "Lo Stato dell'Alabama sottoporrà Price ad una morte che lui sostiene gli provocherà forti dolori e una sofferenza non necessaria. Farà ciò non perché Price non è riuscito a provare la probabilità del dolore severo, né perché non è riuscito a identificare un'alternativa nota e prontamente applicabile ... ma per una minima disattenzione (la produzione di una versione preliminare di un report invece che quella definitiva) e un significativo errore giuridico da parte della corte d'appello (l'indicazione che un report contrassegnato come preliminare non abbia valore probatorio)". Invece che permettere alla corte inferiore di rimediare a tali errori – Breyer prosegue – la Corte consente che si proceda con

---

<sup>111</sup> *Murphy v. Collier*, 587 U.S.\_\_(2019), v. A. Howe, *Supreme Court intervenes in execution of Buddhist prisoner*, all'URL <https://www.scotusblog.com/2019/03/supreme-court-intervenes-in-execution-of-buddhist-prisoner/>, 29 marzo 2019.

<sup>112</sup> *Dunn v. Price*, 587 U.S.\_\_(2019), v. A. Howe, *Justices clear the way for Alabama execution*, all'URL <https://www.scotusblog.com/2019/04/justices-clear-the-way-for-alabama-execution/>, 12 aprile 2019; A. Liptak, *Over 3 A.M. Dissent, Supreme Court Says Alabama Execution May Proceed*, all'URL <https://www.nytimes.com/2019/04/12/us/politics/supreme-court-alabama-execution.html>, 12 aprile 2019.

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

l'esecuzione, "procedere in questo modo mette in discussione i fondamentali principi di equità che dovrebbero fondare il nostro sistema di giustizia penale. Procedere in questa materia nel cuore della notte senza dare a tutti i membri della Corte l'opportunità di discutere la questione domani mattina è, io ritengo, spiacevole".

### 6.3. Osservazioni conclusive

Al di là delle specificità delle singole questioni, che non è qui possibile approfondire, le evoluzioni sopra richiamate indicano nel complesso la determinazione della rinvigorita maggioranza conservatrice (destinata ad accentuarsi ulteriormente in caso di nuove nomine trumpiane) di imprimere una nuova direzione alla giurisprudenza costituzionale, nel senso di valutare restrittivamente i ricorsi dei *capital defendants*, allo scopo di garantire maggiore effettività applicativa all'estrema sanzione e una "closure" alle vittime sopravvissute<sup>113</sup>. Questo, tuttavia, comporta, come emerge dai dissensi dei componenti dell'ala *liberal*, un costo inaccettabile: l'aumento considerevole del rischio che le condanne a morte vengano eseguite in violazione delle previsioni costituzionali<sup>114</sup>.

---

<sup>113</sup> Tale determinazione trova puntuale riscontro nell'azione politica dell'amministrazione Trump: il Ministro della Giustizia William Barr il 25 luglio 2019 ha ordinato, dopo una moratoria *de facto* di vent'anni, la ripresa delle esecuzioni dei condannati a morte per crimini federali, fissando l'esecuzione di cinque soggetti condannati per omicidi pluriaggravati dinanzi alla giurisdizione federale, v. *Federal Government to Resume Capital Punishment After Nearly Two Decades Lapse*, all'URL <https://www.justice.gov/opa/pr/federal-government-resume-capital-punishment-after-nearly-two-decade-lapse>, 25 luglio 2019.

<sup>114</sup> E. Chemerinsky, *Chemerinsky: In death do they part*, cit.; M. Walsh, *Tension in the Court*, cit.; E. LaCour, *Symposium: the Supreme court turns against novel or late-breaking execution challenges*, all'URL <https://www.scotusblog.com/2019/07/symposium-the-supreme-court-turns-against-novel-or-late-breaking-execution-challenges/>, 29 giugno 2019. In parziale controtendenza le decisioni *Madison v. Alabama*, 586 U.S. \_\_\_\_ (2019) e *Flowers v. Mississippi*, No. 17-9572, 588 U.S. \_\_\_\_ (2019), nelle quali l'esito decisorio è stato favorevole ai *capital defendants*.

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

*7. Cenni ad altre decisioni di interesse: rafforzamento dei cd. jury rights; interpretazione conforme al principio di colpevolezza (cd. mens rea presumption); divieto di bis in idem; estensione agli Stati dell'applicabilità del divieto di pene pecuniarie eccessive*

Le decisioni in materia penale non si sono limitate alla legalità penale ed alla pena capitale. Segnaliamo dunque sommariamente le ulteriori questioni d'interesse risolte dai *Justices*.

*7.1. Rafforzamento dei cd. jury rights*

In *United States v. Haymond*<sup>115</sup>, la Corte, nella *plurality opinion* redatta da Gorsuch (condivisa da Kagan, Ginsburg e Sotomayor, opinione concorrente nel solo dispositivo di Breyer), ha esteso l'applicabilità del diritto ad essere processato da una giuria con lo standard dell'oltre ogni ragionevole dubbio, di cui VI Emendamento, all'accertamento delle violazioni delle condizioni restrittive imposte dalla cd. *supervised release* (libertà vigilata) comminata ai cd. *Sex Offenders* dopo la pena carceraria, alle quali si ricollega l'irrogazione di una ulteriore pena detentiva.

Ad Haymond, in particolare, era stata comminata una pena detentiva di cinque anni, in seguito alla violazione delle condizioni restrittive imposte dalla libertà vigilata, tramite l'accertamento di un giudice in base alla mera "*preponderance of evidence*". Una disposizione, quella censurata, che si poneva in contrasto con il principio

---

<sup>115</sup> 588 U.S. \_\_\_\_ (2019). A margine della decisione, v. A. Howe, *Opinion analysis: Divided court throws out additional jail time for sex offenders*, all'URL <https://www.scotusblog.com/2019/06/opinion-analysis-divided-court-throws-out-additional-jail-time-for-sex-offender/>, 26 giugno 2019; D. Root, *Gorsuch and Alito Fight Over Criminal Sentencing and the Right to Trial by Jury*, all'URL <https://reason.com/2019/06/26/gorsuch-and-alito-fight-over-criminal-sentencing-and-the-right-to-trial-by-jury/>, 26 giugno 2019; M.J. Stern, *Over Alito's Fuming Dissent, Gorsuch and the Liberals Protect the Right to Trial by Jury*, all'URL <https://slate.com/news-and-politics/2019/06/alito-haymond-gorsuch-supreme-court-dissent-jury-trial.html>, 26 giugno 2019.



*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

– consolidato nei precedenti della Corte<sup>116</sup> – secondo cui anche nella fase processuale sanzionatoria (*sentencing*) l'accertamento di ogni fatto (tranne le precedenti condanne penali) che determina un aumento di pena oltre il massimo edittale previsto dal reato per cui è stata accertata la responsabilità, deve essere accertato da una giuria oltre ogni ragionevole dubbio, e non da un *giudice*, attraverso il meno protettivo standard della *preponderance of evidence*. Come rimarcato dai dissenzienti (Alito, Roberts, Thomas e Kavanaugh) vi è però il rischio che l'ampliamento del diritto all'accertamento di una giuria metta in forte crisi il sistema federale dei procedimenti in materia di revoca della libertà vigilata conseguente a violazioni.

7.2. *Interpretazione conforme al principio di colpevolezza (cd. mens rea presumption)*

Nella sentenza *Rehaif v. U.S.*<sup>117</sup> l'opinione della Corte (Breyer estensore, Alito e Thomas dissenzienti) ha statuito che una disposizione federale molto applicata, che punisce il possesso di armi da fuoco da parte di immigrati irregolari – nonostante il tenore letterale ambiguo – presuppone necessariamente, ai fini della sua applicabilità, che l'accusa provi la consapevolezza del reo in relazione ad entrambi gli elementi strutturali del delitto (*status* di immigrato irregolare e possesso di un'arma da fuoco). La Corte ha così applicato il *substantive canon of*

---

<sup>116</sup> Cfr. *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); *Alleyne v. United States*, 133 S. Ct. 2151 (2013), cfr. P. Insolera, *Da Scalia a Gorsuch: giudici "originalisti"*, cit., p. 185-91, a cui ci si permette di rimandare per ogni approfondimento. Cfr. pure *United States v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005), sul quale v. V. Fanchiotti, *U.S. v. Booker: verso lo smantellamento del 'sentencing system' federale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 903 ss.

<sup>117</sup> 588 U.S. \_\_ (2019), su cui v.: E. Lee, *Opinion analysis: Felon-in-possession must know they are felons*, all'URL <https://www.scotusblog.com/2019/06/opinion-analysis-felons-in-possession-must-know-they-are-felons/>, 21 giugno 2019; A. Fleischman, *The Supreme Court Just Showed a Way Forward on Criminal Justice Reform*, all'URL <https://slate.com/news-and-politics/2019/06/stephen-breyer-supreme-court-criminal-justice-reform.html>, 21 giugno 2019.

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

*construction* della cd. *mens rea presumption*<sup>118</sup>. Si tratta del criterio ermeneutico, proprio della tradizione di *common law*, che impone di “leggere” uno stato psicologico riferito ad ogni elemento del reato, anche nelle fattispecie testualmente prive di un criterio espresso di imputazione soggettiva, allo scopo di evitare ingiuste sanzioni nei confronti di condotte incolpevoli.

7.3. *Divieto di bis in idem: conformità della cd. Separate sovereigns doctrine alla Double Jeopardy Clause del V Emendamento*

Nel caso *Gamble v. U.S.*<sup>119</sup> una maggioranza di sette *Justices* (Alito estensore, Ginsburg e Gorsuch dissenzienti) ha confermato la costituzionalità della cd. *Separate sovereigns doctrine*, che consente al governo degli Stati ed al governo federale di procedere in sede penale separatamente nelle diverse giurisdizioni con riferimento allo stesso fatto naturalisticamente inteso. La dottrina, consolidata nei precedenti della Corte, non si pone in contrasto con la *Double Jeopardy Clause* del V Emendamento, ossia il divieto di *bis in idem*, nella sua proiezione processuale<sup>120</sup>.

---

<sup>118</sup> J. Dressler, *Criminal Law*, cit., p. 147-149. In giurisprudenza, cfr. *Elonis v. United States*, 135 S. Ct. 2001, 2009 (2015): “Il fatto che una disposizione incriminatrice non specifichi nessun elemento psicologico, tuttavia, non significa che nessun elemento psicologico esista. Noi abbiamo ripetutamente ritenuto che la semplice omissione in una norma penale della menzione dell’intenzione criminosa non dovrebbe essere intesa nel senso che si debba fare a meno della stessa. Questa regola interpretativa riflette il principio fondamentale secondo cui l’illecito dev’essere colpevole per essere criminale”.

<sup>119</sup> No. 17-646, 587 U.S. \_\_\_\_ (2019), già segnalato in P. Insolera, *Il diritto penale nell’October Term 2018*, cit., p. 56-58, sul quale cfr.: A. Howe, *Opinion analysis: Justices uphold “separate sovereigns” doctrine*, all’URL <https://www.scotusblog.com/2019/06/opinion-analysis-justices-uphold-separate-sovereigns-doctrine/>, 17 giugno 2019.

<sup>120</sup> Un’accurata disamina del cd. *double jeopardy principle*, nelle sue declinazioni di garanzia sostanziali e processuali, è offerta da M. Scoletta, *Il double jeopardy principle come limite alle moltiplicazioni punitive nell’ordinamento statunitense. Un quadro sintetico*, 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, p. 421 ss.

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

7.4. *Estensione (cd. incorporation) agli Stati dell'applicabilità del divieto di pene pecuniarie eccessive*

Nella decisione *Timbs v. Indiana*<sup>121</sup>, infine, la Corte all'unanimità ha ritenuto applicabile all'azione dei governi statali la cd. *Excessive fines clause*, tramite la nota dottrina della cd. *Incorporation*<sup>122</sup>, il divieto di pene pecuniarie eccessive contemplato dall'VIII Emendamento, senza tuttavia risolvere la questione se le cd. *Civil forfeitures* (confische formalmente non penali, ma sostanzialmente punitive, strumento spesso abusato dagli Stati) possano rientrare nella definizione costituzionale di *fines*, e dunque godere delle piene garanzie sostanziali dall'VIII Emendamento, e processuali, accordate dalla *due process clause* del XIV Emendamento.

8. *Notazioni conclusive: alcune ipotesi sull'October Term 2019*

---

<sup>121</sup> 586 U.S. \_\_\_\_ (2019), sul quale v. P. Insolera, *Il diritto penale nell'October Term 2018*, cit., p. 51-53; A. Howe, *Opinion analysis: Eight Amendment's ban on excessive fines applies to the States*, all'URL <https://www.scotusblog.com/2019/02/opinion-analysis-eighth-amendments-ban-on-excessive-fines-applies-to-the-states/>, 20 febbraio 2019.

<sup>122</sup> Sul processo di cd. *incorporation*, attraverso cui quasi tutti i primi dieci Emendamenti del *Bill of Rights* sono stati resi applicabili agli Stati attraverso la *due process clause* del XIV Emendamento, v. in dottrina E. Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, New York, 2011, p. 511-519; analizza il dibattito storico tra le contrapposte dottrine della cd. *Total incorporation* e la cd. *Selective incorporation* nell'evoluzione giurisprudenziale della Corte suprema, tra gli altri, M.I. Urofsky, *Dissent and the Supreme Court*, cit., p. 280 ss. Come noto, la dottrina della cd. *selective incorporation* fu enunciata compiutamente dal giudice Cardozo, che, nel caso *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319, 325-26 (1937), delineò i caratteri dei diritti applicabili nei confronti dei governi statali: "*the process of absorption ... [applied to rights where] neither liberty nor justice would exist if they were sacrificed*" ... "*principles of justice so rooted in the tradition and conscience of our people as to be ranked as fundamental*" e "*implicit in the concept of ordered liberty*".

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

In conclusione, conviene volgere lo sguardo al futuro, proiettandosi sull'*October Term 2019*, che, come accennato, si mostra globalmente ricco di questioni "*politically charged*" – per di più in un *Election Year* – già iscritte al ruolo di merito, oltre a quelle che si aggiungeranno in corso d'opera<sup>123</sup>.

Sarà perciò interessante osservare, nel complesso, come la nuova maggioranza conservatrice si orienterà, soprattutto rispetto allo scrutinio giudiziale di politiche e provvedimenti presidenziali dell'amministrazione Trump. I primi segnali non sono incoraggianti: la Corte è sembrata appiattita sull'azione di governo in materia di immigrazione e sicurezza nazionale, con inevitabile indebolimento del sistema di cd. *checks and balances*, di equilibrio tra poteri, che contraddistingue la democrazia nordamericana<sup>124</sup>.

Per quanto attiene alla materia penale, il ruolo della prossima sessione è stato definito "consistente e significativo"<sup>125</sup>: saranno numerose le questioni da decidere, attraverso cui si potranno valutare gli equilibri ideologici tra giudici e la direzione globale della giurisprudenza costituzionale. Occorrerà osservare se continuerà la specifica tendenza che ha visto Gorsuch formare maggioranze con l'ala

<sup>123</sup> E. Chemerinsky, *Chemerinsky: A look back*, cit.; A. Feldman, *A New Term*, cit.

<sup>124</sup> Cfr. a mero titolo di es. la decisione che ha dato il momentaneo via libera alla costruzione del Muro al confine con il Messico, *Trump v. Sierra Club*, sulla quale v. criticamente E. Grande, *Trump, il muro con il Messico e l'inquietante decisione della Corte suprema*, all'URL <http://temi.repubblica.it/micromega-online/trump-il-muro-con-il-messico-e-l%E2%80%99inquietante-decisione-della-corte-suprema/>, 23 agosto 2019; ovvero la decisione in cui si è dato il temporaneo via libera all'applicazione del provvedimento che impedisce di riconoscere il diritto di asilo ai soggetti che entrano negli Stati Uniti dopo essere prima passati attraverso un altro paese (quindi la maggior parte degli immigrati centroamericani che passano tramite il Messico), v. *Barr v. East Bay Sanctuary Covenant*, su cui A. Howe, *Court allows government to enforce restrictive asylum rule nationwide (UPDATED)*, 11 settembre 2019. In generale, sull'indebolimento dell'equilibrio tra poteri conseguente alle nomine trumpiane di Gorsuch e Kavanaugh, v. 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; G. Aravantinou Leonidi, *La svolta conservatrice della Corte Suprema*, cit.

<sup>125</sup> R. Little, *Overview of the court's criminal docket for OT 19 – sizeable and significant*, all'URL <https://www.scotusblog.com/2019/09/overview-of-the-courts-criminal-docket-for-ot-19-sizeable-and-significant/>, 9 settembre 2019.

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

progressista in pronunce che hanno ampliato la portata delle garanzie costituzionali, nonché la definizione progressiva del ruolo di Kavanaugh, che potrebbe andare meglio delineandosi nel suo secondo *Term* di servizio.

*8.1. Costituzionalità della regolamentazione e della disciplina legislativa incidente sul diritto a detenere e portare armi di cui al II Emendamento (cd. Gun rights)*

Un primo caso di estremo interesse, indirettamente collegato al diritto penale, e di drammatica attualità – vista la frequenza dei cd. *Mass shootings* (stragi commesse con armi da fuoco) – riguarda l'interpretazione del II Emendamento, che presidia il diritto fondamentale della persona a possedere e portare armi da fuoco<sup>126</sup>.

Occorre svolgere una breve premessa sul punto. Nel rimandare ad un nostro precedente contributo per una disamina più approfondita della giurisprudenza costituzionale in materia<sup>127</sup>, è sufficiente segnalare,

---

<sup>126</sup> Nella vasta letteratura statunitense relativa alla natura ed alla portata del diritto fondamentale a detenere e portare armi, asseritamente desumibile dall'*original public meaning* del II Emendamento e dichiarato in *District of Columbia v. Heller*, cit., v. tra gli altri, in chiave critica: E. Chemerinsky, *Constitutional Law*, cit., 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, v. 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 Supreme Court, traendo spunto da un'invettiva del giudice Thomas*, in questa Rivista, 2018, 2, p. 288 ss.

<sup>127</sup> Sia permesso rinviare a P. Insolera, *Mass shootings, culture war e diritto individuale*, cit., p. 288 ss.

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

insieme agli osservatori<sup>128</sup>, che la nomina di Kavanaugh potrà avere un impatto decisivo in questo ambito.

Il giudice supremo che ha sostituito, Kennedy, infatti, pur avendo votato insieme agli altri giudici di nomina repubblicana nei *landmark cases* *District of Columbia v. Heller*<sup>129</sup> e *McDonald v. City of Chicago*<sup>130</sup> – che hanno desunto da tale previsione costituzionale in via interpretativa, per la prima volta, un diritto individuale, rendendolo poi applicabile anche a fronte di norme e *regulations* statali – era, anche in questo settore, un centrista “moderatore”.

Si era infatti ipotizzato<sup>131</sup>, a fronte delle numerose istanze rigettate (*denial of certiorari*) negli ultimi anni (dal 2010 in avanti), che la Corte non fosse tornata nuovamente ad esaminare contenuto e portata del *right to keep and bear arms* – con il disaccordo dei giudici più conservatori (Thomas e Gorsuch) – proprio perché mancasse il quarto voto, in grado di consentire una valutazione nel merito della *certiorari petition*<sup>132</sup>.

Se si considerano le posizioni “espansive” espresse da Kavanaugh nella ricostruzione dei contorni del diritto fondamentale a detenere e portare armi, potenzialmente tali da restringere ulteriormente lo spazio concesso alle normative (anche di natura penale) e *regulations* federali

---

<sup>128</sup> J. Sullum, *Kennedy's Departure Probably Will Give Us a Court More Inclined to Defend Gun Rights*, all'URL <https://reason.com/blog/2018/06/28/kennedys-departure-probably-will-give-us>, 28 giugno 2018; E. Segall, *Goodbye Justice Kennedy and Goodbye Gun Control*, all'URL [https://www.huffingtonpost.com/entry/opinion-segall-kennedy-gun-control\\_us\\_5b33fc4ee4b0cb56051ec177](https://www.huffingtonpost.com/entry/opinion-segall-kennedy-gun-control_us_5b33fc4ee4b0cb56051ec177), 27 giugno 2018; C. Lane, *A Supreme Court shaped by Trump could decide gun control*, all'URL [https://www.washingtonpost.com/opinions/a-supreme-court-shaped-by-trump-could-decide-gun-control/2018/02/21/5f5bc458-1722-11e8-92c9-376b4fe57ff7\\_story.html?utm\\_term=.15ab3ea2cf4e](https://www.washingtonpost.com/opinions/a-supreme-court-shaped-by-trump-could-decide-gun-control/2018/02/21/5f5bc458-1722-11e8-92c9-376b4fe57ff7_story.html?utm_term=.15ab3ea2cf4e), 21 febbraio 2018.

<sup>129</sup> 554 U.S. 570 (2008)

<sup>130</sup> 561 U.S. 742 (2010)

<sup>131</sup> M. Ford, *The Gun Control Movement's Silent Ally: The Supreme Court*, all'URL <https://newrepublic.com/article/147189/gun-control-movements-silent-ally-supreme-court>, 26 febbraio 2018.

<sup>132</sup> In base alla cd. *Rule of Four*, che richiede 4 voti nel collegio per concedere il *Certiorari* e consentire la valutazione nel merito del ricorso: cfr. F. Ferraris, “*Rationing Justice*”. *La selezione dei ricorsi*, cit., p. 83 ss.

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

e statali che ne disciplinano e limitano l'esercizio<sup>133</sup>, è ragionevole affermare che la Corte suprema potrà ora contare su un voto in più, eventualmente ridefinendo in senso ampliativo la portata del diritto costituzionale (*i.e.* invalidando misure restrittive di vario tipo, mirate a prevenire la violenza da armi da fuoco).

Torniamo dunque all'attualità, con il caso in questione: in *New York State Rifle & Pistol Association Inc. v. City of New York*<sup>134</sup> la Corte ha per l'appunto concesso *certiorari* sulla conformità al II Emendamento di una disciplina restrittiva della Città di New York, che vieta ai residenti possessori di armi da fuoco (pistole) regolarmente registrate, di trasportarle fuori dal territorio urbano (ad es. in località di villeggiatura e poligoni), anche se scariche.

Dopo la concessione del *certiorari*, la Città di New York è intervenuta per modificare e rendere meno stringenti – *i.e.* costituzionalmente meno problematiche – le prescrizioni, che limitano l'esercizio del diritto fondamentale, imposte dalla *regulation*, inserendo anche disposizioni che garantiscono *pro futuro* l'impossibilità di modificarla nuovamente in senso più restrittivo. Tale riforma dovrebbe rendere la questione costituzionale "*Moot*", ossia non giustiziabile, perché priva (si direbbe) di rilevanza pratica nel caso oggetto di giudizio<sup>135</sup>.

---

<sup>133</sup> A. Howe, *Kavanaugh and the Second Amendment*, all'URL <http://www.scotusblog.com/2018/07/judge-kavanaugh-and-the-second-amendment/>, 27 luglio 2018; A. Nolan-C. Deveraux Lewis, *Judge Brett M. Kavanaugh*, cit., p. 140-145.

<sup>134</sup> No. 18-280, all'URL <https://www.scotusblog.com/case-files/cases/new-york-state-rifle-pistol-association-inc-v-city-of-new-york-new-york/>. Cfr. A. Howe, *Justice to review New York gun right case*, all'URL <https://www.scotusblog.com/2019/01/justices-to-review-new-york-gun-rights-case/>, 22 gennaio 2019; A. Davidson Sorkin, *Will the Supreme Court Use a New York City Regulation to Strike Down Gun Laws ?*, all'URL <https://www.newyorker.com/magazine/2019/02/04/will-the-supreme-court-use-a-new-york-city-regulation-to-strike-down-gun-laws>, 4 febbraio 2019.

<sup>135</sup> Sulla *cd. Mootness doctrine*, cfr. E. Chemerinsky, *Constitutional Law*, cit., p. 114 ss., e, con riferimento al caso di specie, S. Wermiel, *SCOTUS for law students: Battling over mootness*, all'URL <https://www.scotusblog.com/2019/08/scotus-for-law-students-battling-over-mootness/>, 29 agosto 2019.

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

Dopo l'intervento di modifica, si è scatenata la polemica nell'arena politica: un gruppo di senatori democratici ha redatto e depositato una memoria a sostegno dell'irrelevanza della questione, mentre i *Think Tanks* conservatori (*Heritage Foundation, Federalist Society*) hanno invocato a gran voce la necessità di decidere la questione nel merito, essendo in gioco i diritti fondamentali dei cittadini statunitensi e l'indipendenza del potere giudiziario<sup>136</sup>.

Il caso costituisce in vero una straordinaria opportunità per i conservatori di ridefinire in senso ancora più ampio il contenuto e la portata del II Emendamento, e di precisare il cd. *standard of review* attraverso cui si sindacava la legittimità delle misure che incidono sull'esercizio del diritto protetto da tale previsione costituzionale. Tutto ciò in un contesto nel quale si susseguono le stragi, con una desolante inerzia da parte del governo Trump (in buona parte determinata proprio dagli enormi interessi politici ed economici in gioco, "travestiti" da giurisprudenza costituzionale).

I *Justices*, nell'*oral argument* del 2 dicembre 2019, sono sembrati focalizzati soprattutto sulla questione relativa alla *mootness*. Potrebbero dunque ritenere il caso non giustiziabile, ovvero limitarsi a decidere la *narrow question* della legittimità della misura sindacata, o finanche – in conformità alle inclinazioni ideologiche di almeno tre membri del collegio (Gorsuch, Thomas, Alito, e forse Kavanaugh e Roberts) – pronunciarsi "attivisticamente", in maniera più ampia, sul diritto soggettivo a "trasportare" le armi fuori dalla privata dimora, ponendo così in dubbio la costituzionalità di molte altre *regulations* statali e locali vigenti.

---

<sup>136</sup> Cfr. G. Epps., *'The Supreme Court Is Not Well. And the People Know It.'*, all'URL <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2019/09/requiem-supreme-court/597238/>, 2 settembre 2019; B. Blum, *The Biggest Obstacle to Gun Control May Be the Supreme Court*, all'URL <https://www.truthdig.com/articles/the-biggest-obstacle-to-gun-control-may-be-the-supreme-court/>, 19 agosto 2019; M. Ford, *The Supreme Court's First Major Gun Case in a Decade*, all'URL <https://newrepublic.com/article/154757/supreme-courts-first-major-gun-case-decade>, 14 agosto 2019; H.A. von Spakovsky-T. Jipping, *Dems Improperly Play Politics With Supreme Court, Threatening Its Independence*, all'URL <https://www.heritage.org/courts/commentary/dems-improperly-play-politics-supreme-court-threatening-its-independence>, 19 agosto 2019.



*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

8.2. *Costituzionalità della cd. mandatory life sentence without the possibility of parole nei confronti di minorenni*

Un ulteriore caso, meno sotto i riflettori, nel quale si potrà vedere fino a che punto l'attivismo giudiziario conservatore potrebbe spingersi è *Mathena v. Malvo*<sup>137</sup>.

Oggetto di scrutinio è la sentenza di condanna all'ergastolo senza possibilità di *parole* irrogata a Lee Malvo, che nel 2002, da minorenne, uccise dieci persone a colpi di arma da fuoco, in Virginia, Maryland e Washington D.C. Malvo, nello specifico, era stato condannato in forza di una disposizione che prevedeva, in alternativa alla pena capitale, soltanto la cd. *life sentence without the possibility of parole*, cioè la pena dell'ergastolo effettivo, senza possibilità di tenere in considerazione nella commisurazione della sanzione, con esercizio di discrezionalità, la sua giovane età.

Nel 2012 la Corte suprema è però intervenuta con la sentenza *Miller v. Alabama*, nella quale si è statuito che l'ergastolo senza possibilità di *parole*, quale pena fissa (*mandatory*) nei confronti dei minorenni, viola il divieto di pene crudeli ed inusuali, dovendo residuare uno spazio di discrezionalità e individualizzazione per concedere una speranza di *parole*, vista la minore colpevolezza, la personalità in via di evoluzione e la più alta chance di ravvedimento che caratterizzano gli imputati *juveniles*. Nel 2016, in *Montgomery v. Louisiana*<sup>138</sup>, l'opinione di maggioranza, estesa da Kennedy e supportata dai quattro giudici *liberal*, ha statuito che *Miller* aveva affermato una regola di diritto sostanziale, applicabile retroattivamente alle *mandatory life sentence without the possibility of parole* precedentemente irrogate e divenute definitive, precisando altresì che l'ergastolo senza possibilità di libertà

---

<sup>137</sup> Sul quale v. M.J. Stern, *Justice Anthony Kennedy's Juvenile Justice Legacy Is Under Assault in the D.C. Sniper Case*, all'URL <https://slate.com/news-and-politics/2019/03/dc-sniper-supreme-court-malvo-kennedy-jlwop.html>, 18 marzo 2019; A. Liptak, *Supreme Court Will Hear Case of Lee Malvo, the D.C. Sniper*, all'URL <https://www.nytimes.com/2019/03/18/us/politics/lee-malvo-supreme-court.html>, 18 marzo 2019.

<sup>138</sup> *Montgomery v. Louisiana*, 577 U.S. \_\_\_\_ (2016)

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

condizionale poteva essere inflitto soltanto nel caso in cui l'accusa avesse dimostrato che i reati del minore in questione avessero espresso "irreparable corruption".

Nel caso *Mathena v. Malvo* la Corte dovrà dunque confermare o riformare la sentenza che ha riconosciuto a Malvo, in forza della regola stabilita in *Montgomery v. Louisiana*, il diritto alla rideterminazione della pena, con eventuale concessione della *parole hearing*.

Il caso è particolarmente significativo per testare i nuovi equilibri della Corte nell'interpretazione dell'VIII Emendamento, che, come detto, vedeva più spesso Kennedy allineato con i giudici di nomina democratica. Può ipotizzarsi che i voti decisivi saranno quelli del *Chief Justice* Roberts – il più moderato dell'ala conservatrice in materia – e di Kavanaugh, le cui posizioni sono tutte da scoprire, anche se certamente meno garantiste di quelle di Kennedy<sup>139</sup>. Se pensiamo alla sentenza *Bucklew v. Precythe* sopra analizzata, un ridimensionamento della protezione costituzionale può essere, purtroppo, concretamente ipotizzabile.

*8.3. Possibile applicabilità agli Stati del diritto ad un "verdetto unanime" nell'accertamento della responsabilità da parte della giuria, in forza del VI Emendamento*

Un altro caso di interesse è *Ramos v. Louisiana*<sup>140</sup>, nel quale dovrà decidersi se il diritto ad un "verdetto unanime" nell'accertamento della responsabilità da parte della giuria, in forza del VI Emendamento, si applica anche agli Stati, attraverso la cd. *Incorporation doctrine* desunta dal XIV Emendamento.

Giacché soltanto due Stati dell'Unione (Louisiana e Oregon) prevedono attualmente che un imputato possa essere ritenuto responsabile anche qualora non si raggiunga l'unanimità, e viste le più recenti tendenze verso la cd. *Total Incorporation* (cfr. *Timbs v. Indiana*

---

<sup>139</sup> Lo sottolinea, con riferimento al diverso, ma strettamente correlato, ambito della pena capitale, che viene scrutinata sempre in forza del parametro di cui all'VIII Emendamento: J.S. Rubin, *Kavanaugh, Roberts Hold Death Penalty Power After Bitter Term*, all'URL <https://biglawbusiness.com/kavanaugh-roberts-hold-death-penalty-power-after-bitter-term>, 9 luglio 2019.

<sup>140</sup> Cfr. R. Little, *Overview of the court's criminal docket*, cit.

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

*supra*) – ovvero sia ad ampliare l'applicabilità di tutti i presidi di garanzia del *Bill of Rights*, originariamente concepiti quali limite all'azione del solo governo federale, anche ai governi statali – è probabile che il requisito dell'unanimità venga reso applicabile in tutti gli Stati.

8.4. *Sulla costituzionalità dell'abolizione legislativa della cd. insanity defense*

Da ultimo, preme segnalare *Kahler v. Kansas*, caso nel quale si giudicherà la costituzionalità, rispetto all'VIII Emendamento ed al XIV Emendamento, di una normativa del Kansas che ha abolito la cd. *insanity defense* (il vizio di mente che determina la non imputabilità), specificamente prevedendo che l'imputato possa far valere quale *defense* "la mancanza del coefficiente psicologico colpevole richiesto", per poi aggiungere che "la malattia mentale o il vizio d'infermità non costituisce altrimenti una *defense*". In numerosi precedenti la Corte suprema ha però statuito che rientra nell'ampio spazio di discrezionalità dei legislatori statali la scelta sulla disciplina dei requisiti di colpevolezza soggettiva e delle scusanti, e che la Costituzione non impone di mantenere in vigore l'*insanity defense* (che infatti è stata abolita da tempo in diverse giurisdizioni)<sup>141</sup>.

8.5. *Conclusioni*

Insomma, la sessione che sta per cominciare si preannuncia densa di contenuti. Non si mancherà di esaminare le decisioni via via emesse, osservando il consolidamento dei nuovi "equilibri ideologici" nel collegio ed il progressivo consolidamento della giurisprudenza costituzionale in materia penale, e di renderne conto in una prossima occasione<sup>142</sup>. Per ora ci limitiamo a rilevare conclusivamente che lo stato

---

<sup>141</sup> Cfr. *Clark v. Arizona*, 548 U.S. 735 (2006). Più ampiamente si veda, J. Dressler, *Criminal Law*, cit., p. 335 ss.; nella letteratura italiana, v. A. Corda, *Ricostruzioni dogmatiche e dinamiche probatorie: l'imputabilità penale tra colpevolezza e affermative defenses*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 238 ss., spec. 266 ss.

<sup>142</sup> Per l'analisi di alcune prime indicazioni emerse nella sessione in corso, si può vedere: P. Insolera, *Le principali questioni penali dinanzi alla Corte suprema*

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

dell'evoluzione giurisprudenziale si mostra incerto e dipendente da numerose variabili, tali da rendere estremamente complesso ogni tipo di previsione.

Se, infatti, alcuni arresti dell'ultimo *Term* sembrano in parte smentire le ipotesi formulate più in alto, sulla base delle sentenze emesse da Kavanaugh in qualità di giudice di appello e dei suoi *cd. non judicial writings* (cfr. ad es. *United States v. Davis* in materia di *vagueness doctrine* e *United States v. Haymond* sui *cd. Jury rights*, ove Kavanaugh ha votato *pro government*), in altri settori, diversamente, vi sono state pronunce che hanno confermato le tendenze interpretative preliminarmente individuate (ad es. *Rehaif v. U.S.* in materia di *cd. Mens rea presumption*, ovvero il chiaro svuotamento della protezione costituzionale contro le pene crudeli ed inusuali di cui all'VIII Emendamento operato dalla maggioranza conservatrice in *Bucklew v. Precythe*, nonché l'aggressivo scrutinio delle istanze di sospensione dell'esecuzione tardive, certamente connessi all'avvicendamento tra Kennedy e Kavanaugh<sup>143</sup>).

La ricorrente difficoltà nell'identificare un giudice *cd. "ago della bilancia"* nel complessivo contesto penale-costituzionale – confermata dalla più recente giurisprudenza, nella quale Gorsuch (principio di legalità penale, *jury rights*), Roberts e lo stesso Kavanaugh (VIII Emendamento, *substantive due process*)<sup>144</sup>, a seconda delle materie,

---

*statunitense nell'October Term 2019: un'analisi preliminare alla luce degli oral arguments*, in *Ind. pen.*, 2020, 1, in corso di pubblicazione.

<sup>143</sup> S.I. Vladeck, *It's Neil Gorsuch's Supreme Court*, cit.; E. Chemerinsky, *Chemerinsky: In death do they part*, cit.; M. Walsh, *Tension in the Court*, cit.

<sup>144</sup> Rispetto all'interpretazione di questi due fondamentali presidi costituzionali sono di estremo interesse i casi pendenti sopra richiamati: *Mathena v. Malvo*, nel quale potranno misurarsi gli effetti della nuova composizione della Corte sulla importante *legacy* giurisprudenziale di Kennedy relativa all'elaborazione dei limiti allo *ius puniendi* nel delicato settore della giustizia penale minorile (*juvenile criminal justice*), nel quale i voti decisivi potrebbero essere quelli di Kavanaugh e Roberts, cfr. M.J. Stern, *Is This Child Incurable or Immature?*, all'URL <https://slate.com/news-and-politics/2019/10/malvo-oral-argument-kennedy-legacy-ilwop.html>, 16 ottobre 2019; A. Howe, *Argument analysis: "D.C. Sniper" case could hinge on Kavanaugh*, all'URL <https://www.scotusblog.com/2019/10/argument-analysis-d-c-sniper-case-could-hinge-on-kavanaugh/>, 16 ottobre 2019; *Kahler v. Kansas*, nel quale i voti degli stessi

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

hanno a turno ricoperto tale ruolo – rivela in definitiva la limitata utilità delle tradizionali “etichette” ideologiche contrapposte *liberal/conservative* nel settore punitivo. Se esse, infatti, definiscono quasi integralmente le dinamiche applicative di determinate clausole costituzionali (*due process clause* in senso sostanziale, VIII Emendamento), in numerosi altri contesti normativi dimostrano debole efficacia euristica, e sono dunque di limitato aiuto anche per formulare ipotesi in chiave prognostica sui futuri sviluppi giurisprudenziali<sup>145</sup>.

\*\*\*

**ABSTRACT:** This essay is the continuation (part II) of a previous work, which was specifically focused on the critical assessment of the criminal-constitutional legacy of justice Anthony Kennedy, who retired in July 2018, after thirty years of service. We hereby assess the prospective consequences of justice Kennedy's retirement and his replacement with justice Brett Kavanaugh in the constitutional-criminal context. For this purpose, we proceed first to a brief review of the criminal-constitutional jurisprudence and ideology of the justices who currently make up the bench, for the purpose of evaluating the prospective impact of justice Kavanaugh. With regard to his jurisprudential impact, some hypotheses are formulated, taking the cue from its previous jurisprudential elaboration as judge of the Court of appeal of the D.C. Circuit (2006-2018) and from some non-judicial writings. In conclusion, the main decisions of criminal interest issued in

---

giudici supremi potrebbero essere decisivi nel definire i limiti costituzionali alla discrezionalità legislativa degli Stati, in base al contenuto sostanziale della *due process clause*, nella disciplina della scusante dell'*insanity defense*, cfr. O. Kerr, *Can States Eliminate the Insanity Defense?*, all'URL <https://reason.com/2019/10/01/can-states-eliminate-the-insanity-defense/>, 10 ottobre 2019; G. Epps, *Does the Constitution Guarantee a Right to an Insanity Defense?*, <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2019/10/question-heart-kahler-v-kansas/599497/>, 6 ottobre 2019.

<sup>145</sup> Cfr. in dottrina, R.E. Barkow, *Originalist, Politics, and Criminal Law*, cit.; N.M. Dorsen, *The Unexpected Scalia*, cit., p. 1-3; C.E. Smith-M.A. McCall-M.M. McCall, *The Roberts Court and Criminal Justice*, cit., p. 418 ss.

Pietro Insolera

*Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*

October Term 2018 are examined and some of the cases that will be decided in the October Term 2019 are previewed, for the purpose of identifying the current ideological balance of the Supreme court in the criminal law field and the overall direction of its jurisprudence.

**KEYWORDS:** judicial review of criminal legislation – U.S. Supreme Court – fundamental rights – Justice Brett Kavanaugh – constitutional interpretation

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