

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense*

Pietro Insolera

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La *Jurisprudence* in materia penale di Justice Scalia: *Overcriminalization*, deficit di precisione, accessibilità e prevedibilità delle disposizioni, *statutory interpretation*. - 3. Pena capitale e sistema sanzionatorio. - 3.1. Scalia e la pena di morte. - 3.1.1. I rimedi contro il rischio di condanna ed esecuzione di persone innocenti. - 3.1.2. Pena di morte e discriminazione razziale nella prassi applicativa. - 3.1.3. Il prepotente ingresso della vittima nel *capital sentencing*. - 3.1.4. Scalia, il principio di proporzionalità e il sindacato sulle pene detentive “manifestamente sproporzionate”. - 3.1.5. Critiche. - 4. *Substantive due process* e libertà fondamentali: le posizioni di Scalia. - 5. Cenni ad alcune decisioni di procedura penale. - 5.1. Divieto di perquisizioni e sequestri ingiustificati. - 5.2. *Confrontation clause* e diritto ad un processo mediante giuria. - 6. Gli orientamenti interpretativi di Gorsuch in materia penale: *Overcriminalization*, deficit di precisione, accessibilità e prevedibilità delle disposizioni, *statutory interpretation*. - 7. Alcuni spunti sulla sua giurisprudenza in materia di pena capitale e sistema sanzionatorio. - 8. Una prognosi su Gorsuch in materia di *substantive due process*. - 9. Un nuovo Scalia? Come (non) cambiano gli equilibri all’interno della Corte.

1. *Premessa*

Come ebbe a dire in un’occasione il giudice Byron White¹, anche l’avvicendamento di un solo componente del supremo collegio federale

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

¹ Unico, nella storia della *Supreme Court*, nativo dello Stato del Colorado, prima della nomina di Neil Gorsuch, confermata dal Senato dopo un’aspra battaglia politica tra Repubblicani e Democratici. L’affermazione di White è riportata in *A new court. Neil Gorsuch takes his seat at the Supreme Court today*, disponibile all’URL <http://www.economist.com/blogs/democracyinamerica/2017/04/new-court>, 10 aprile 2017; v. anche S. Cassese, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*,

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

può determinare mutamenti significativi nel suo orientamento complessivo. Non sarà probabilmente il caso del giudice nominato da Donald Trump.

La sua *Judicial Philosophy*, improntata al *restraint*, al testualismo, nella *statutory interpretation*, e al metodo interpretativo c.d. originalista, secondo cui alle disposizioni costituzionali deve essere attribuito, “staticamente”, il significato pubblico attribuito loro all’epoca della redazione della Carta fondamentale (c.d. *Original Public Meaning*), sembra ricalcare quella del grande Antonin Scalia², *Associate Justice* scomparso oltre un anno orsono, che va a sostituire.

Non si dovrebbe dunque assistere ad un immediato mutamento dei consolidati equilibri politico-ideologici in seno al collegio, che invece si verificherà, in direzione decisamente *conservative*, qualora il Presidente si trovasse a “riempire” una nuova *vacancy*, per il probabile pensionamento dei membri più anziani³.

Bologna, 2015, p. 46. Per un resoconto della c.d. *nuclear option* intrapresa dalla maggioranza repubblicana del Senato, per modificare la soglia di voti necessaria e procedere così alla conferma del giudice Gorsuch v. M. Flegenheimer, *Senate Republicans Deploy “Nuclear Option” to Clear Path for Gorsuch*, disponibile all’URL https://www.nytimes.com/2017/04/06/us/politics/neil-gorsuch-supreme-court-senate.html?_r=0, 6 aprile 2017; L.P. Vanoni, *U.S.A.: da Scalia a Gorsuch. Note minime sul potere di “advice and consent”*, all’URL <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2007/01/vanoni.pdf>, 22 marzo 2017.

² Sul punto v. AA.VV., *Judge Neil M. Gorsuch: His Jurisprudence and Potential Impact on the Supreme Court*, report del *Congressional Research Service*, disponibile all’URL <https://fas.org/sgp/crs/misc/R44778.pdf>, 8 marzo 2017, pp. 7-27; cfr. AA.VV., *Justice Antonin Scalia: His Jurisprudence and His Impact on the Court*, report del *Congressional Research Service*, disponibile all’URL <https://fas.org/sgp/crs/misc/R44419.pdf>, 18 marzo 2016, pp. 2-7; M. Alderman-D. Pickard, *Justice Scalia’s Heir Apparent?: Judge Gorsuch’s Approach to Textualism and Originalism*, in *Stan. L. Rev. Online*, 2017, pp. 185 ss.; nella letteratura italiana, v. G. Romeo, *Il conservatorismo costituzionale di Neil Gorsuch: original understanding e diritti civili nell’era di Trump*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2017, p. 1 ss.; cfr. altresì A. Pin, *Exit Nino. L’originalismo sopravvivrà a Scalia*, in *DPCE online*, 2016, 1, p. 255 ss.; F. Clementi, *Scalia after Scalia. La Corte Suprema americana e i dilemmi di una (rischiosa) nomina*, in *Federalismi.it*, 2016, 4, p. 1 ss.

³ Alcuni rumors danno per probabile il *retirement* del giudice conservatore moderato Kennedy in un futuro prossimo: v. J. Carney, *Grassley: Another Supreme Court vacancy likely this summer*, <http://thehill.com/blogs/floor-action/senate/329483-grassley-another-supreme-court-vacancy-likely-this-summer>, 19 aprile 2017.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

Il presente contributo si concentra sull’analisi del notevole profilo e dell’importante *legacy* del giudice Scalia nel settore penale. L’occasione è propizia per esaminare, in chiave di confronto, alcune delle principali tendenze interpretative espresse in materia penale dal giudice neonominato⁴, ipotizzando quali potranno essere gli effetti sulla giurisprudenza costituzionale statunitense⁵ nel medio-lungo periodo in tale ambito.

La giurisprudenza *lato sensu* penalistica del giudice italoamericano, per la sua complessità ed unicità, mal si presta ad essere descritta con semplicistiche “etichette”, che inquadrano, di regola, il

⁴ Con un importante *Caveat*: benché il giudice Gorsuch abbia servito come *Appellate Judge* del *10th Circuit* per dieci anni, emettendo numerose decisioni, esse risentono della diversa collocazione nell’ordinamento giudiziario statunitense e dei diversi poteri tra *Supreme Court* e *Courts of Appeals*. L’esame delle *opinions* può essere dunque utile nella limitata prospettiva di trarre alcune indicazioni in relazione al suo approccio ermeneutico al diritto penale. Cfr. sulle peculiarità della giurisdizione federale d’appello: AA.VV., *Judge Neil M. Gorsuch: His Jurisprudence*, cit., pp. 3-7; un interessante quadro sulla ricca dialettica deliberativa che porta alle decisioni delle *Courts of Appeals* federali, nei suoi rapporti e differenze con la Corte Suprema, in M. Urofsky, *Dissent and the Supreme Court. Its Role in the Court’s History and the Nation’s Constitutional Dialogue*, New York, 2015, pp. 318-326; in lingua italiana v. G. Calabresi, *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano*, Bologna, 2013, pp. 15-47; P. Guarda-F. Lorenzato, R. Caso (a cura di), *Guida alla ricerca ed alla lettura delle decisioni delle corti statunitensi*, Trento, 2006, pp. 6-13; T.M. Fine, A.M. De Giacomo-A. Pera (a cura di), *Il diritto americano*, Roma, 2011, pp. 65-71.

⁵ Esercizio per niente facile, viste le molteplici “variabili”, l’inattendibilità delle “etichette” e la complessità dei casi da decidere, come la storia insegna. Numerosi giudici supremi, nominati da presidenti repubblicani, si sono, nel corso della loro *life tenure*, dimostrati particolarmente “attivisti” e hanno “tradito” in parte le aspettative di essere meri “applicatori” neutrali della legge e della Costituzione – c.d. *strict constructionist* – o di fare *overruling* rispetto a decisioni assai criticate negli ambienti conservatori, finendo, in alcuni casi, per divenire *leader* intellettuali dell’ala più progressista, di una Corte che da oltre quarant’anni è a maggioranza conservatrice. Emblematico in questo senso il caso di John Paul Stevens, nominato da Gerald Ford nel 1975 e ritiratosi nel 2010, ormai in costante disaccordo con il blocco conservatore. Ma gli esempi sono numerosi: i giudici di nomina repubblicana Warren, Brennan (dimostratisi poi vere e proprie icone *liberal*) Blackmun, Souter, e lo stesso Anthony Kennedy – specificamente in materia penale e di tutela dei diritti fondamentali – hanno tutti manifestato, più o meno velatamente ed in diversi settori, un progressivo “spostamento a sinistra”. Per una esemplificazione, in particolare rispetto alla evoluzione interpretativa del giudice Blackmun in materia di pena capitale, v. L. Greenhouse, *Becoming Justice Blackmun. Harry’s Blackmun’s Supreme Court Journey*, New York, 2005, pp. 166-181 e *passim*.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

Judicial Activism progressista come più attento alla tutela delle garanzie degli imputati e dei condannati⁶.

Il testualismo e l’interpretazione letterale e restrittiva (c.d. *narrow reading*) delle disposizioni legislative (e costituzionali) da parte di Scalia, in vero, ha talvolta condotto ad esiti interpretativi sorprendentemente *pro-defendant* e *pro-rights*⁷, nelle situazioni laddove le garanzie costituzionali e i diritti fondamentali erano scolpiti espressamente nel disposto letterale del *Bill of Rights*, o l’esito interpretativo favorevole al reo era imposto dal significato non equivoco del testo legislativo. Al contrario, in altri settori, nei quali l’ampliamento della protezione è stato portato avanti attraverso coraggiose “interpretazioni evolutive”, basate sul concetto di “*Living Constitution*”⁸ – proseguendo la c.d. *Judicial Revolution* della Corte suprema presieduta dal giudice capo Earl Warren (1953-1969)⁹ – le posizioni di Scalia rispecchiano una mentalità profondamente conservatrice, con picchi di “populismo giustizialista”, poco sensibile all’istanza di protezione della dignità umana, che non sembra poter trovar alcun spazio al di fuori del c.d. *political process*, attraverso un’azione decisa del potere giudiziario.

⁶ In questo senso v. S. Bibas, *Justice Scalia’s Originalism and Formalism: The Rule of Criminal Law as a Law of Rules* (2016). *Faculty Scholarship*. Paper 1664, p. 5 ss., disponibile all’URL http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1664/; L.L. Levenson, *Scalia on Criminal Law: Unpredictable*, disponibile all’URL <http://www.nationallawjournal.com/id=1202750786446/Scalia-on-Criminal-Law-Unpredictable>, 29 febbraio 2016; AA.VV., *Justice Antonin Scalia: His Jurisprudence*, cit., pp. 10-12 e 16-19; K. Ring, *Antonin Scalia Was a Great Jurist for Criminal Defendants*, disponibile all’URL <http://reason.com/archives/2016/02/16/antonin-scalia-was-a-great-jurist-for-cr>, 16 febbraio 2016.

⁷ In tal senso v. K. Ring, *Neil Gorsuch Follows Justice Scalia’s Footsteps on Criminal Justice*, all’URL <http://reason.com/archives/2017/02/02/neil-gorsuch-follows-justice-scalias-foo>, 2 febbraio 2017.

⁸ Visione sostenuta soprattutto dal leader intellettuale e “politico” (per le sue grandi doti istituzionali nel formare coalizioni in seno al collegio) dei progressisti William Brennan (giudice associato dal 1956 al 1990). Cfr. Justice W.J. Brennan, Jr., *Constitutional Interpretation*, disponibile all’URL <http://teachingamericanhistory.org/library/document/constitutional-interpretation/>; L. Greenhouse, *William Brennan, 91, Dies; Gave Court Liberal Vision*, disponibile all’URL <http://www.nytimes.com/1997/07/25/us/william-brennan-91-dies-gave-court-liberal-vision.html>, 25 luglio 1997.

⁹ Sul punto v. M.J. Horowitz, *The Warren Court and the Pursuit of Justice*, New York, 1998. Sull’espansione delle garanzie costituzionali nella procedura penale, v. pp. 91-98.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

Questo è forse lo Scalia più noto al penalista italiano. Quello delle durissime *dissenting opinions* rispetto alle limitazioni costituzionali¹⁰, di ordine sostanziale e procedurale, via via imposte dalla Corte suprema all’applicazione della estrema sanzione negli Stati; delle severe invettive nei confronti della continua “creazione” in sede giurisprudenziale di sempre nuovi “diritti fondamentali della persona”¹¹; della ostinata chiusura rispetto a qualunque possibilità di considerare i *trend* espressi a livello globale, dalla “comunità internazionale”, per corroborare gli approdi ermeneutici sulle norme costituzionali statunitensi¹².

Ciò al fine di preservare l’integrità di un sistema *eccezionale*, autarchico e conchiuso, da interpretare esclusivamente, in modo statico ed immutabile, secondo il “significato originario”. L’unica strada, questa, in grado di garantire un’interpretazione asseritamente neutrale e oggettiva¹³, senza che vengano imposte le preferenze soggettive e

¹⁰ Non previste dal testo della Costituzione, che, come noto, prevede espressamente la pena capitale alle *Due Process Clauses* degli emendamenti V e XIV (*no person shall be deprived of “life” without due process of law*) e alla c.d. *Grand Jury Clause* del V emendamento (*no person shall be held for a “capital crime” without a grand jury indictment*).

¹¹ Aborto su tutti, ma anche, di recente, rapporti omosessuali consensuali in privato e, successivamente, matrimoni omosessuali. Cfr. le decisioni *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992); *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, (2003); *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. _ (2015).

¹² Sul tema v. S. Breyer, *The Court and The World. American Law and The New Global Realities*, New York, 2015, pp. 236-46; v. altresì L. Greenhouse, *The U.S. Supreme Court: a Very Short Introduction*, New York, 2012, pp. 83-88; S.H. Cleveland, *Our International Constitution*, in *Yale J. Int’l L.*, 2006, p. 1 ss., in part. pp. 70-80; critico verso la citazione di fonti straniere con *persuasive authority* e nei confronti del c.d. *Judicial Cosmopolitanism*, R.A. Posner, *How Judges Think*, Cambridge-London, 2008, pp. 347-368.

¹³ Il “male minore”, come sostenuto dallo stesso Scalia in un noto saggio: A. Scalia, *Originalism: the Lesser Evil*, in *U. Cin. L. Rev.*, 1989, p. 849 ss. Per una articolata critica all’asserzione secondo cui gli strumenti dell’interpretazione originalista, in ambito costituzionale, garantiscano sempre un risultato non condizionato dalle preferenze politiche e dalle opzioni assiologiche fatte proprie dall’interprete, così da non invadere le prerogative del potere legislativo, v. E. Chemerinsky, *The Jurisprudence of Justice Scalia: a Critical Appraisal*, in *U. Haw. L. Rev.*, 2000, p. 385 ss., p. 389 ss.; C.R. Sunstein, *Originalists Put Politics Over Principles*, disponibile all’URL <https://www.bloomberg.com/view/articles/2017-01-30/originalists-put-politics-over-principle-for-supreme-court>, 30 gennaio 2017; L.H. Tribe-M.C. Dorf, *Leggere la Costituzione. Una lezione americana*, Bologna, 2005, pp. 15-22; S.M. Griffin, *Il costituzionalismo americano. Dalla teoria alla politica*, Bologna, 2003, pp.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

politiche dell’interprete, in vista del conseguimento di uno specifico risultato.

E’ questo lo Scalia che rimprovera ai colleghi, con la sua penna corrosiva, di essersi schierati nella “*Culture War*”, volendo imporre – senza alcuna legittimazione democratica – la loro “*political agenda*”, attraverso una “*Judicial Usurpation*” delle prerogative legislative del Congresso e, specialmente, dei legislatori statali.

Molto significative, sotto questo profilo, le posizioni espresse in punto di pena capitale, pene detentive manifestamente eccessive (c.d. *non-capital proportionality doctrine*) e c.d. *substantive due process*¹⁴.

315-325; C. Drigo, *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, Bologna, 2016, p. 116 ss. Un interessante dibattito sull’originalismo, in prospettiva comparatistica, in AA.VV., *Casi e questioni: Comparative Perspective on Originalism*, in *DPCE online*, 2017, 3, pp. 571 ss.

¹⁴ Si tratta della assai nota, ed altrettanto controversa, *Judicial Doctrine* che desume dal V e dal XIV emendamento un *significato sostanziale*, ricomprendendo nelle garanzie del *due process* la protezione delle libertà e dei diritti fondamentali della persona, rispetto ad azioni statali o governative arbitrarie, seppur non previsti testualmente dal disposto costituzionale del *Bill of Rights* (c.d. *unenumerated rights*), purché essi siano “*implicit in the concept of ordered liberty*” o “*deeply rooted in this Nation’s history and tradition*”. Per un inquadramento, nella manualistica: E. Chemerinsky, *Constitutional Law. Principle and Policies*, New York, 2011, pp. 557-561; M.C. Dorf-T.W. Morrison, *The Oxford Introductions to U.S. Law. Constitutional Law*, New York, 2010, pp. 198-203, 207-2014. La dottrina, aspramente criticata, soprattutto per il suo utilizzo spregiudicato e ideologico da parte della Corte suprema a cavaliere dei secoli XIX e XX (ca. 1897-1937) per invalidare sistematicamente la legislazione economico-sociale, contrastante con la libertà di contratto riconducibile alla proprietà tutelata dalla Costituzione, in base alla teoria economica del *Laissez Faire* (c.d. *economic substantive due process*, il cui esempio tipico si identifica nella sentenza *Lochner v. New York* del 1905, sul quale v. in dottrina S. Pennicino, *Contributo allo studio della ragionevolezza nel diritto comparato*, Roma, 2012, pp. 65-121), è rinata (c.d. *modern substantive due process*) a partire dagli anni sessanta, portando la Corte suprema ad affermare numerosi diritti fondamentali della persona (si pensi, ad esempio, al diritto alla *privacy* e ai suoi ampi corollari di libertà e “*personal autonomy*”, scolpiti nelle note sentenze *Griswold v. Connecticut* del 1965, incostituzionalità della criminalizzazione dell’utilizzo di metodi anticoncezionali da parte delle coppie sposate; *Loving v. Virginia* del 1967, incostituzionalità delle c.d. *anti miscegenation laws*, che proibivano i matrimoni interraciali; *Eisenstadt v. Baird* del 1972, che estende l’*holding* di *Griswold* ai soggetti non coniugati; e le già citate *Roe v. Wade* sul diritto all’aborto; *Lawrence v. Texas*, che ha ritenuto illegittimo il reato di sodomia; e, da ultimo, *Obergeffell v. Hodges*, sui matrimoni omosessuali). Per una disamina recente, partendo dalla fondamentale opinione dissenziente del giudice Harlan II nel caso *Poe v. Ullman* del 1961, v. M. Urofsky, *Dissent and the Supreme Court*, cit., p. 343 ss. In quell’*opinion* si gettarono le basi teoriche per lo sviluppo della linea giurisprudenziale sopra

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

Ove il disposto della Costituzione e del *Bill of Rights* non preveda esplicitamente un diritto fondamentale dell’individuo, il potere giudiziario federale, nell’esercitare la *judicial review of legislation*, deve accordare la più ampia *deference* alle opzioni fatte proprie dai Legislatori (federale, e, *a fortiori*, statali). La legislazione – penale, per quel che qui rileva – è pertanto sottoposta ad un livello minimale di controllo di legittimità costituzionale, il c.d. *rational basis test*, che giudica costituzionale la disposizione scrutinata, a condizione che essa sia *razionalmente collegata a qualsivoglia legittimo obiettivo governativo/statale*.

Con riferimento agli ambiti tematici da ultimo richiamati – sistema sanzionatorio e diritti fondamentali della persona – occorre subito precisare che non vi sono elementi tali da far ritenere che il giudice Gorsuch, come emerge anche da alcuni spunti nelle sue decisioni, si discosterà dalle opinioni *iper-conservatrici* espresse dal suo illustre predecessore¹⁵.

accennata: “*La piena portata della libertà protetta dalla Due Process Clause non può essere individuata o limitata dalle precise parole delle specifiche garanzie previste altrove nella Costituzione. Questa ‘libertà’ non si risolve in una serie di affermazioni separate ed individuate nei termini di regole sull’espropriazione; di libertà di parola, di stampa, e di religione; di diritto a possedere e portare armi; di libertà da perquisizioni o sequestri irragionevoli; e così via. Essa costituisce un continuum razionale che, in termini generali, ricomprende una libertà da tutte le imposizioni sostanzialmente arbitrarie e dalle limitazioni non supportate da alcuno scopo legittimo ... e che riconosce anche quello che un giudizio ragionevole e attento deve riconoscere, cioè che determinati interessi richiedono uno scrutinio particolarmente rigoroso delle esigenze che lo Stato afferma per giustificare la loro compressione*”.

¹⁵ Quello che cambierà, semmai, sarà il modo, meno “polemico” e più diplomatico, di esprimerle, con la possibile conseguenza di creare più coesione all’interno del collegio e votare più spesso nella maggioranza di quanto non abbia fatto Scalia; cercando, ad esempio, di persuadere il giudice Kennedy – per il quale, tra l’altro, Gorsuch ha servito come *Law Clerk* – ad unirsi al blocco conservatore nelle questioni più controverse e “politicizzate” (ad esempio: finanziamento alla politica, aborto, azioni positive, *gun rights* etc.), nonostante tra i due vi siano evidenti differenze nella *Judicial Philosophy*: quella di Gorsuch improntata al formalismo ed al testualismo, quella di Kennedy al pragmatismo ed alla *living constitution*. Si è rilevato che lo stile nella redazione delle pronunce di Scalia e Gorsuch – entrambi eccellenti “*legal writers*” – sia molto diverso: mentre il primo è noto per le sue opinioni dissenzienti particolarmente aggressive nei confronti dei colleghi, Gorsuch fa emergere tratti di grande cordialità, esprimendo ammirazione, anche se in disaccordo con la maggioranza: cfr. AA.VV., *Judge Neil M. Gorsuch*, cit., pp. 12-13. Sulla scarsa attitudine a “costruire” consenso in seno al collegio da parte di Scalia v. B. Friedman, *How Did Justice Scalia Shape*

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

Si procederà dunque ad una rassegna dei *cases* più significativi decisi e degli orientamenti interpretativi fatti propri dal giudice Scalia, raffrontandoli poi con alcune prese di posizione del giudice Gorsuch, per valutare quali possano essere eventuali divergenze, e, soprattutto, l’impatto che il nuovo *Justice* potrà avere in alcuni ambiti problematici inerenti al *Criminal Justice System* nei suoi rapporti con i principi costituzionali.

In conclusione si trarrà un bilancio provvisorio, svolgendo alcune riflessioni in prospettiva futura sul ruolo e sui margini di intervento della Corte suprema, nella sua “nuova” composizione, in ambito penale.

2. *La jurisprudence in materia penale di Justice Scalia: Overcriminalization, deficit di precisione, accessibilità e prevedibilità delle disposizioni, statutory interpretation.*

Alla luce della vastità del tema oggetto di indagine, occorre sin d’ora selezionare un primo settore di interesse: l’insostenibile ipertrofia del sistema federale di incriminazioni¹⁶ e la scarsa *qualità redazionale* dei testi normativi, preoccupazione sovente manifestata dal giudice Scalia, come si evince da alcune decisioni.

Il problema attiene dunque sia al versante della c.d. *statutory interpretation*, sia, ad un livello sovraordinato, alle ipotesi in cui il deficit qualitativo del testo normativo sia tale da violare i principi costituzionali, attraverso cui si declina la legalità penale nell’ordinamento statunitense (*due process; fair notice; void for vagueness doctrine* e, sul piano ermeneutico, la c.d. *rule of lenity*)¹⁷.

Si prenda ad esempio la *dissenting opinion* in *Sykes v. U.S.*¹⁸, decisione in cui la Corte suprema ha “salvato” una disposizione

American Policing ?, all’URL <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2016/08/scalia-and-american-policing/496604/>, 20 agosto 2016, p. 1 ss.; S. Cassese, *Dentro la Corte*, cit., 45-46.

¹⁶ Sul fenomeno della c.d. *overcriminalization* imprescindibile il contributo di D. Husak, *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, New York, 2008, pp. 3-54.

¹⁷ Per una esauriente trattazione delle varie dimensioni costituzionali della legalità penale statunitense, nell’evoluzione giurisprudenziale della *Supreme Court*, v. da ultimo G. Binder, *The Oxford Introductions to U.S. Laws. Criminal Law*, New York, 2016, pp. 100-112.

¹⁸ 564 U.S. 1 (2011)

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

formulata in modo alquanto indeterminata dell’*Armed Career Criminal Act*¹⁹, normativa federale che prevede pene minime obbligatorie assai severe per soggetti già condannati per *felonies* in possesso di armi da fuoco.

Scalia ha criticato duramente la conclusione della maggioranza, denunciando l’ipertrofia del sistema penale federale e le gravi conseguenze per i diritti fondamentali dell’individuo, determinate dall’*imprecisione* dei precetti penali²⁰.

Tali considerazioni sono state successivamente poste a fondamento dell’*opinion of the Court*, redatta da Scalia nel caso *Johnson v. U.S.*²¹, dove la c.d. “*residual clause*” dell’*Armed Career Criminal Act* è stata invalidata per violazione del V Em. alla Costituzione federale, in base alla c.d. *void for vagueness doctrine*²². L’indeterminatezza della disposizione che definisce i “crimini violenti” – confermata dai numerosi contrasti ermeneutici fra i vari *Circuits*, si argomenta – non è in grado di

¹⁹ La c.d. “*residual clause*” di tale normativa, più precisamente, assoggettava ad una *mandatory minimum sentence* di 15 anni il soggetto trovato in possesso di un arma da fuoco, già condannato in tre precedenti occasioni per “*violent felonies*” (18 U.S.C. § 924(e)); le “*violent felonies*” venivano definite in base alla § 924(e)(2)(B)(ii) come reati “tali da implicare una condotta che presenta un grave rischio potenziale di lesione fisica ad un'altra persona” (“*involve conduct that presents a serious potential risk of physical injury to another*”).

²⁰ “*Noi facciamo i conti con un Congresso che produce un volume sempre in aumento di leggi in generale, e di normative penali in particolare. Non dovrebbe sorprendere che così come il volume aumenta, allo stesso modo aumenta il numero di leggi imprecise. E non è una sorpresa che la nostra indulgenza nei confronti delle imprecisioni che violano la Costituzione incoraggia imprecisioni che violano la Costituzione. Legislazione vaga, che lascia che i dettagli vengano precisati dalle corti, è allettante per i Parlamentari, che vogliono il merito per affrontare un problema di portata nazionale, ma non hanno il tempo (o forse i voti), per vedersela con i particolari. Nell’ambito del diritto penale, almeno, è tempo di dire basta*”. Sul punto v. K. Ring, *Neil Gorsuch Follows*, cit. Tali considerazioni, peraltro, ben si attagliano anche all’attuale scenario italiano, nel quale l’approccio troppo cauto della Corte costituzionale nel sindacato di determinatezza-tassatività dei precetti penali finisce per deresponsabilizzare il potere legislativo, incentivando il protagonismo giudiziale e l’auto-assolvimento da parte dei giudici ordinari, nonché l’ipervalutazione del c.d. “diritto vivente”. Per tutti v. G. Fiandaca, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *Cass. pen.*, 2017, 1, p. 13 ss., 19.

²¹ Si veda la nota di approfondimento: Note, *Johnson v. United States. Leading Case: 135 S. Ct. 2551 (2015)*, all’URL <https://harvardlawreview.org/2015/11/johnson-v-united-states/>, 10 novembre 2015.

²² Cfr. AA.VV., *Justice Antonin Scalia: His Jurisprudence*, cit., pp. 18-19.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

garantire una sufficiente *fair notice* (un “*chiaro preavviso*”) al soggetto, ed è “*inappropriata nell’applicazione di una normativa penale*”, dalla quale “*dipendono anni di reclusione*”. La *due process clause* proibisce allo Stato di “*deprivare una persona della vita, della libertà o della proprietà, in forza di una legge penale così vaga che non riesce a fornire un chiaro preavviso all’uomo medio della condotta punita, o è così priva di criteri precisi che causa un’applicazione arbitraria*”.

Si è trattato di una “conquista” da parte del giudice italoamericano, che a lungo si è battuto per invalidare la c.d. *clausola residuale*, e, più in generale, altre fattispecie incriminatrici formulate in modo poco preciso. Egli è stato un grande sostenitore della c.d. *rule of lenity*, quel canone ermeneutico, derivante dalla tradizione di *common law*, che, in presenza di ambiguità semantiche, impone all’interprete di privilegiare il significato più favorevole all’imputato²³.

Come si vedrà, la grande attenzione ai limiti posti dal *testo* della legge, in funzione di garanzia dei diritti individuali, ed il necessario rispetto dei principi costituzionali che preservano il singolo da “*abusi interpretativi*” – estensivi della punibilità – in sede giudiziale, incentivati dalla formulazione legislativa *indeterminata* delle norme incriminatrici, contraddistinguono anche le posizioni espresse dal giudice Gorsuch.

3. Pena capitale e sistema sanzionatorio

²³ S. Bibas, *Justice Scalia’s Originalism and Formalism*, cit., pp. 10-11 e giurisprudenza ivi citata, evidenziando questo trend interpretativo *in favor rei* rispetto a diverse fattispecie, quali frodi fiscali, riciclaggio, corruzione, furti d’automobili: “*L’insistenza del giudice Scalia su regole chiare ha informato la sua interpretazione delle leggi penali sostanziali, spesso in modo favorevole agli imputati. Il giudice era famoso per proporre con forza la c.d. rule of lenity quale corollario del suo testualismo. Se un legislatore criminalizza in modo non ambiguo una condotta, esso fornisce ai potenziali trasgressori un chiaro avviso e un giusto avvertimento; se esso non lo fa, le pubbliche accuse e i giudici non possono arrogarsi il compito di ampliare il significato delle parole per coprire condotte criminali dubbie*”; v. anche J.I. Davoli, *Justice Scalia for the Defense*, in *U. Balt. L. Rev.*, 2011, p. 687 ss., sulla *Rule of lenity* e la *Strict construction*, pp. 742-748, con ampia casistica ivi richiamata.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

Il quadro cambia significativamente se si passa ad esaminare le limitazioni costituzionali alla pena di morte ed alla dosimetria legislativa della pena detentiva²⁴.

3.1. *Scalia e la pena di morte*

Com’è noto, il giudice italoamericano, durante i suoi trent’anni di servizio, è stato il più aggressivo “*vociferous defender of the death penalty*”²⁵ all’interno del collegio, scrivendo sovente separatamente, per rimarcare il suo disaccordo, nelle occasioni in cui la Corte ha stabilito limitazioni costituzionali all’applicazione dell’estrema sanzione²⁶.

Questa posizione si fonda sul rispetto del disposto testuale costituzionale e sulla concezione dell’appropriato “*role of the judiciary*”, che deve lasciare liberi gli Stati, “*laboratories of democracy*”, di adottare le proprie determinazioni politico criminali e sanzionatorie attraverso i

²⁴ Sulle quali sia permesso il rinvio a P. Insolera, *Il sindacato di legittimità costituzionale sulla misura delle pene detentive: un’indagine comparata*, Tesi dottorale, Università di Trento, 17 marzo 2016, disponibile all’URL http://eprints-phd.biblio.unitn.it/1696/1/TESI_DEFINITIVA.pdf; e Id., *La proporzionalità della pena detentiva nella giurisprudenza costituzionale statunitense. Condivisibile judicial restraint o inaccettabile judicial abdication?*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2017, 1, p. 182 ss.

²⁵ Cfr. *U.S. Supreme Court Associate Justice Antonin Scalia, Outspoken Defender of Capital Punishment, Has Died*, all’URL <https://deathpenaltyinfo.org/node/6380>.

²⁶ Pur non revocandone mai in dubbio la legittimità *in sé e per sé*, se non in *concurring* o *dissenting opinions*, per lo più vergate dagli oppositori “*on moral grounds*” Brennan e Marshall, e da un certo momento in poi, Blackmun e Stevens, cfr. M. Urofsky, *Dissent and the Supreme Court*, cit., pp. 388-405. Una disamina delle posizioni dei vari *Justices* oppositori della pena capitale, chi da sempre, in termini assoluti e per principio (Brennan, Marshall), chi in base a ragioni “*pragmatiche*”, determinate principalmente dalla lunga esperienza e dagli innumerevoli ricorsi valutati, tali da portare alla conclusione che la pena capitale non contribuisca a perseguire alcuno scopo legittimo e utile per la società, né possa essere applicata in maniera uniforme, coerente e non arbitraria, e pertanto contrasti irrimediabilmente con la Costituzione (Stevens, Powell, Blackmun, Breyer, Ginsburg), in C.S. Steiker-J.M. Steiker, *Courting Death. The Supreme Court and Capital Punishment*, Cambridge-London, 2016, pp. 258-271, 269-270, che descrivono il “*fenomeno unidirezionale*” dei giudici supremi che si sono determinati, durante il loro servizio o successivamente, ad opporsi *in ogni circostanza* alla pena capitale; cfr. anche sul punto K.M. Barry, *The Law of Abolition*, in *J. Crim. L. & Criminology*, 2017, p. 521 ss., in pte. p. 543 ss.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

normali canali della democrazia rappresentativa, secondo i variabili “bisogni di pena” delle comunità.

Sulla base di questo assunto fondamentale, sono in particolare due le c.d. *lines of cases* avversate da Scalia, nelle quali sono state elaborate complesse “dottrine giudiziarie”, che hanno progressivamente ristretto l’applicabilità della pena capitale, sul versante procedurale e sostanziale.

La prima di esse, attinente alle c.d. *capital sentencing procedures*, nacque con la celebre pronuncia *Furman v. Georgia* del 1972²⁷, con cui la Corte suprema dichiarò contraria al divieto di pene crudeli ed inconsuete dell’VIII Em. la pena di morte *per come allora applicata*.

La formulazione normativa dei *death penalty statutes* non era infatti in grado di “guidare” la discrezionalità delle giurie con parametri sufficientemente precisi (c.d. *standardless discretion*), e quest’assenza di vincoli legislativamente imposti si risolveva in un ineliminabile arbitrio applicativo, crudele perché privo di qualsiasi logica, che mandava a morte soggetti selezionati “casualmente” e non in ragione della gravità effettiva dei loro delitti (spesso in base a fattori discriminatori: razza – degli imputati o delle vittime – su tutti).

Nei quattro anni di moratoria alle esecuzioni, successivi a tale pronuncia, vi fu un impressionante “*legislative backlash*”²⁸ da parte di 35 Stati: si manifestò chiaramente il perdurante supporto popolare alla pena capitale. Alcuni di essi approvarono nuove normative informate al c.d. “*guided discretion approach*”, formulando determinate *aggravating circumstances*, alla cui presenza sarebbe stato possibile irrogare la pena di morte. Altri optarono per redigere c.d. *mandatory death penalty schemes*, e, prendendo davvero alla lettera l’*holding* di *Furman*, eliminarono del tutto la componente discrezionale ivi censurata: tutti i *first degree murderers* dovevano essere obbligatoriamente, per legge, condannati a morte dalla giuria, senza possibilità di valutare alcuna attenuante²⁹.

²⁷ *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972)

²⁸ Sulle ragioni della decisa e perentoria reazione di molti legislatori statali, che reintrodussero *death penalty statutes* successivamente alla declaratoria d’incostituzionalità della pena di morte v. C.S. Steiker-J.M. Steiker, *Courting Death*, cit., pp. 61-70, 75.

²⁹ Una disamina critica dei c.d. *mandatory death penalty schemes* entrati in vigore all’indomani di *Furman* in C.S. Steiker-J.M. Steiker, *Courting Death*, cit., pp. 63-64.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

La Corte suprema convalidò – nel 1976, caso *Gregg v. Georgia*³⁰ – il primo dei modelli summenzionati, reintroducendo la pena capitale nello strumentario punitivo degli stati: da quel momento in poi si sviluppò la c.d. *individualized capital sentencing doctrine*. L’VIII Em., la cui *ratio* coincide con la necessità di rispettare la dignità umana, ponendo un limite all’abuso dell’azione legislativa, impone che prima di infliggere l’estrema sanzione vengano tenute in considerazione tutte le caratteristiche del reato e, specialmente, l’unicità della persona dinnanzi alla giuria, sotto forma di *mitigating cricumstances*, potenzialmente idonee a risparmiare la vita dell’individuo. Tutte le *mitigating cricumstances* sono a completa discrezionalità della giuria, non possono essere limitate da alcuna disposizione legislativa³¹.

³⁰ E *companion cases* *Proffitt v. Florida*, *Jurek v. Texas*, *Woodson v. North Carolina*, e *Roberts v. Louisiana*, 428 U.S. 153 (1976). La *plurality opinion* dei Justices Stewart, Powell e Stevens stabilì che la pena capitale nei casi di *murder* non poteva essere né *mandatory* né rimessa completamente alla discrezionalità incontrollata delle giurie, ma piuttosto doveva essere soggetta ad una *discrezionalità vincolata conferita per legge* alle *sentencing authorities* dei vari stati, tramite la previsione tassativa in via legislativa di determinate *aggravating circumstances*. Sulla base di questi presupposti, la Corte, nei casi *Woodson v. North Carolina* e *Roberts v. Louisiana*, invalidò quelle disposizioni che prevedevano l’inflizione *mandatory* della pena capitale per il reato di *murder*. Diversamente gli *statutes* che prevedevano una “discrezionalità vincolata”, in grado di evitare un’applicazione discriminatoria ed arbitraria della pena capitale, furono giudicati costituzionalmente legittimi in *Gregg v. Georgia*, *Proffitt v. Florida* e *Jurek v. Texas*. In definitiva, la decisione della Corte in *Gregg* si concentrò su quali forme di discrezionalità e quali limiti alla discrezionalità sono costituzionalmente imposti quando si infligge la più severa delle sanzioni; la regola generale desumibile fu dunque che le disposizioni di legge che prevedono la pena capitale in caso di omicidio volontario non violano l’Ottavo Emendamento se è imposto alla *sentencing authority* di tenere in considerazione il singolo reo e lo specifico reato commesso, tramite l’apprezzamento di circostanze attenuanti che possono essere sempre liberamente valutate dalla giuria per “risparmiare”, con atto di *mercy*, la vita dell’imputato capitale. Tale pronuncia segnò così l’inizio della c.d. *individualized capital sentencing doctrine*, che impone appunto una *valutazione individualizzata dell’appropriatezza della pena capitale che include l’apprezzamento della personalità degli imputati, della loro storia di vita antecedente il reato e delle concrete circostanze del reato*. Tale *judicial doctrine* è stata poi sviluppata nei seguenti precedenti: *Woodson v. North Carolina*, 428 U.S. 280 (1976); *Lockett v. Ohio*, 438 U.S. 586 (1978); *Eddings v. Oklahoma*, 445 U.S. 104 (1982); *Hitchcock v. Duggers*, 481 U.S. 393 (1987); *Sumner v. Shuman*, 483 U.S. 66 (1987).

³¹ Come osservano C.S. Steiker-J.M. Steiker, *Courting Death*, cit., pp. 165, 167-68, “*Così nacque la tensione principale della giurisprudenza statunitense sulla pena capitale: il suo simultaneo ordine che gli stati limitino la discrezionalità nello scegliere*

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

La tensione tra i due poli opposti, *istanza di coerenza e necessità di individualizzazione*, (*consistency - individualization*), ha sostanzialmente determinato il fallimento dell’ambizioso progetto regolatorio iniziato dalla Corte suprema nel 1972: l’applicazione della pena capitale è arbitraria ed irrazionale oggi, come lo era allora.

Scalia riteneva destituita di ogni fondamento storico, letterale e normativo nella Costituzione³² la “dottrina dell’individualizzazione”, oltreché inapplicabile per ragioni pragmatiche, perché in contrasto frontale con le istanze di coerenza sottese a *Furman*, che aveva inteso proprio stigmatizzare l’ingiustizia di una pena di morte inflitta arbitrariamente.

In un’occasione egli affermò ironicamente – riferendosi all’*holding* di *Furman*, che aveva censurato le normative per “*eccesso di discrezionalità non vincolata alla legge*”, nel suo rapporto con la necessità di seguito imposta di individualizzazione – che “*Riconoscere che forse c’è una tensione intrinseca tra le due dottrine è in realtà come dire che forse c’era una tensione intrinseca tra gli Alleati e le Forze dell’Asse durante la seconda guerra mondiale*”³³.

Si tratta in definitiva della stessa insanabile contraddittorietà, interna alla *case law* della Corte suprema, che, all’opposto, ha portato diversi giudici supremi alla definitiva rinuncia a “*provare a riparare la*

chi mandare a morte ed al contempo facilitino la discrezionalità nello scegliere chi deve continuare a vivere” ... “Il requisito dell’individualizzazione è allo stesso tempo il principio costituzionale applicato con maggiore forza e quello che minaccia maggiormente il progetto varato in Furman di assicurare coerenza tra i diversi casi. La Corte fece bene a invalidare la pena di morte obbligatoria per legge, ed è sostenibile (se non convincente) massimizzare le opportunità per gli imputati di persuadere i giurati a risparmiare le loro vite. Ma onorare una discrezionalità assoluta, della quale non si deve dare conto in alcun modo, per rigettare la condanna a morte in base a tutti i fattori attenuanti è difficile da riconciliare con l’impegno sottoscritto in Furman allo scopo di porre rimedio ai problemi causati dalla standardless discretion”.

³² Più precisamente, il giudice italoamericano riteneva priva di fondamento storico e costituzionale tutta la *constitutional doctrine* del c.d. *super due process of death* cominciata con *Furman v. Georgia*: cfr. ad es. *Ring v. Arizona*, 536 U.S. 584, 610 (2002) (Scalia J., concurring)

³³ *Walton v. Arizona*, 497 U.S. 639 (1990), v. anche C.S. Steiker-J.M. Steiker, *Courting Death*, cit., pp. 180-181; E.J. Mandery, *A Wild Justice. The Death and Resurrection of Capital Punishment in America*, New York-London, 2013, pp. 412-413.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

macchina della morte”³⁴, ritenendo che essa contrasti in tutte le circostanze con la Costituzione.

Proprio una dichiarazione di questo tipo – volta a sollecitare una nuova rivalutazione della costituzionalità della pena capitale – nella *dissenting opinion* del giudice Breyer nel caso *Glossip v. Gross* del 2015³⁵, ci porta ad esaminare la seconda *judicial doctrine* sovente criticata da Scalia, quella dei c.d. *evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society*. Essa ha rivestito un ruolo decisivo per restringere progressivamente, sul piano *sostanziale*, le “categorie di rei” e le “classi di reati” alle quali è irrogabile la *death penalty*, attraverso quella che è nota come *capital o categorical proportionality review*³⁶.

Come detto, Scalia in *Glossip* scrisse espressamente per rispondere al “*plea for judicial abolition of the death penalty*” contenuto nel *dissent* di Breyer³⁷.

Tra varie affermazioni forti (molto forti) si sviluppa quest’argomentazione: gli enormi ritardi tra condanna ed esecuzione (18 anni in media), che Breyer ritiene oggi crudeli, non sono altro se non il frutto dello “sforzo regolatore” della Corte³⁸.

³⁴ Il riferimento è al celebre *dissent* del giudice Blackmun nel caso *Callins v. Collins*, 510 U.S. 1141 (1994), in cui affermò l’inconciliabilità della pena capitale con le disposizioni costituzionali: “... sono trascorsi vent’anni da quando questa Corte dichiarò che la pena di morte deve essere inflitta equamente, e con ragionevole coerenza, o non deve essere inflitta affatto, e nonostante gli sforzi degli Stati e delle corti di ideare formule legali e regole procedurali per rispondere a questa scoraggiante sfida, la pena di morte rimane piena di arbitrarietà, discriminazioni, imprevedibilità ed errori ... invece che continuare a coccolare l’illusione della Corte sul fatto che il livello di equità desiderato sia stato raggiunto ed il bisogno di regolazione svuotato, io mi sento moralmente e intellettualmente obbligato a riconoscere semplicemente che l’esperimento della pena di morte ha fallito ... da qui in avanti, non dovrò più provare ad aggiustare la macchina della morte”; cfr. L. Greenhouse, *Becoming Justice Blackmun*, cit., pp. 166-181; B.L. Garrett, *End of Its Rope. How Killing the Death Penalty Can Revive Criminal Justice*, Cambridge-London, 2017, pp. 32-33.

³⁵ No. 14-7955, 576 U.S. ___ (2015), che ha confermato la legittimità del protocollo di esecuzione con iniezione letale dello Stato dell’Oklahoma.

³⁶ Sulla quale v. R.E. Barkow, *The Court of Life and Death: the Two Tracks of Constitutional Sentencing Law and the Case for Uniformity*, in *New York University School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series NO 08-28*, p. 1 ss.

³⁷ L’opinione dissenziente del giudice Breyer si può ora leggere in S. Breyer, *Against the Death Penalty*, J.D. Bessler (a cura di), Washington D.C., 2016.

³⁸ Nelle colorite parole di Scalia: “della proliferazione di labirintiche restrizioni alla pena capitale, promulgate da questa Corte in forza di un’interpretazione

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

La decisione tanto vituperata da Scalia è *Trop v. Dulles*³⁹, in cui il Chief Justice Warren giudicò contraria all’VIII Em. la sanzione della denazionalizzazione, prevista da una norma federale per la diserzione militare in tempo di guerra, in quanto contrastante con il valore della dignità umana, che anima la proibizione. Il contenuto di protezione della clausola – si argomentò – non va determinato in modo statico, seguendo l’*original public meaning*, ma in modo dinamico-evolutivo, conformemente al progresso e alla civilizzazione dei costumi del popolo statunitense⁴⁰.

Tale *holding* ha costituito la chiave di volta per imporre significativi limiti costituzionali, di proporzionalità sostanziale, alla pena capitale: a partire dal caso *Coker v. Georgia* del 1977 fino a *Kennedy v. Louisiana* del 2008⁴¹. Esso è stato recentemente “esteso” anche alle pene detentive di durata estrema, seppur soltanto per i minorenni (*juveniles*)⁴².

dell’Ottavo Emendamento che le diede autorità di divinare ‘gli standard di decenza in evoluzione che segnano il progresso di una società in via di maturazione’, un compito per il quale siamo eminentemente inadatti ... Quel caso ha causato più danno alla nostra giurisprudenza, al nostro sistema federale, e alla nostra società, rispetto ad ogni altro che mi possa venire in mente”.

³⁹ 356 U.S. 86 (1958)

⁴⁰ In letteratura v. W.H. Mulligan, *Cruel and Unusual Punishments: the Proportionality Rule*, in *Ford. L. Rev.*, 1979, p. 645 ss., pp. 648-649.

⁴¹ Questa la “*line of cases*” della *categorical proportionality review*: *Coker v. Georgia*, 483 U.S. 584 (1977), pena di morte incostituzionalmente sproporzionata per il reato di *rape*; *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.

⁴² Cfr. 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 proporzionalità dell’VIII Em., 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

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici "originalisti" e limiti costituzionali al punire nell'interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

L'*analytical framework* impiegato dalla *Supreme Court* si sviluppa come segue: in prima battuta si accertano i c.d. *objective indicia of national consensus*, costituiti dalle legislazioni dei vari stati (in maniera dinamica, tenendo in considerazione la "*consistency of the direction of change*", ossia le eventuali abolizioni e la desuetudine nell'applicazione), dai verdetti delle giurie e dalle "opinioni qualificate", offerte da sondaggi, associazioni professionali, gruppi religiosi, tendenze espresse dalla comunità internazionale.

Tale primo passaggio, già di per sé problematico – e funzionale ad accertare un eventuale rigetto rispetto a determinate pratiche sanzionatorie, in riferimento a "tipologie di reati" o "categorie di rei", da parte della comunità – deve essere confermato dal c.d. *independent judgment* della Corte⁴³: una delicata valutazione sul perseguimento delle finalità retributive e di deterrenza da parte dell'estrema sanzione, in rapporto alla gravità oggettiva e, soprattutto, soggettiva, che caratterizza la *tipologia di reato* o la *categoria di rei* in questione.

Un giudizio assai complesso, che tracima nel merito delle scelte di politica sanzionatoria penale, riservate in via esclusiva agli stati attraverso il processo politico-democratico.

Si spiega allora l'avversione manifestata a più riprese da Scalia nei confronti di questo *constitutional reasoning*, che, a suo avviso, si arroga il diritto di sostituire con il "*moral judgment*" di "*nine unelected lawyers*" quello legittimamente espresso dal popolo dei diversi stati federati, in completa assenza di legittimazione promanante dalle *previsions testuali* del *Bill of Rights*.

e fissa (*mandatory life without the possibility of parole sentence*), anche per il reato di omicidio volontario.

⁴³ Come enunciato originariamente in *Coker v. Georgia*: "*These recent events evidencing the attitude of state legislatures and sentencing juries do not wholly determine this controversy, for the Constitution contemplates that in the end our own judgment will be brought to bear on the question of the acceptability of the death penalty under the Eighth Amendment*". Tale *independent judgment* della Corte poi si snoda in due passaggi: "*the Eighth Amendment prohibits not only those punishments that are 'barbaric' but also those that are 'excessive' to the crime committed ... A punishment is 'excessive' and unconstitutional if it 1) makes no measurable contribution to acceptable goals of punishment and hence is nothing more than the purposeless and needless imposition of pain and suffering; or 2) is grossly out of proportion to the severity of the crime*".

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

Si prendano in considerazione due casi tra i più noti: *Atkins v. Virginia* e *Roper v. Simmons*⁴⁴.

Nel primo caso – censurando l’analisi della *majority opinion*⁴⁵ – il giudice attaccò frontalmente l’operato della Corte⁴⁶. Oggetto di critica è in particolare il supporto fornito al risultato della disamina nazionale con la considerazione delle opinioni delle associazioni professionali e religiose, nonché dei membri della “comunità internazionale”⁴⁷.

Pur non esprimendo mai apertamente la propria convinzione circa l’eventuale opportunità, sul piano politico-criminale, di punire i delitti più gravi con la morte, Scalia è certo che non sia compito dei giudici supremi interferire nell’ambito esclusivo di sovranità degli stati, sovvertendo il giudizio espresso ad esito del *political process* e compromettendo il fondamentale principio di *self-government*⁴⁸.

⁴⁴ I *dissents* di Scalia nei due casi possono ora leggersi in K. Ring, *Scalia’s Court. A Legacy of Landmark Opinions and Dissents*, New York, 2016, pp. 175-216.

⁴⁵ Che accertò in particolare lo sviluppo di un “*national consensus*”, manifestato dal “*dramatic shift in the state legislative landscape*” nella direzione di abolire l’estrema sanzione nei confronti dei soggetti mentalmente ritardati. Tale trend veniva avallato dal giudizio indipendente della Corte, che non riteneva che l’esecuzione di criminali affetti da ritardo mentale potesse contribuire in alcun modo significativo al perseguimento delle finalità retributive o di deterrenza della pena capitale. Si collocò la tendenza espressa nella legislazione degli stati in “*a much broader social and professional consensus*”, evidenziando come i leader spirituali di diverse importanti fedi religiose e la “*world community*”, ed in particolare l’Unione Europea, avessero da tempo ripudiato la pratica sanzionatoria, cfr. C.S. Steiker-J.M. Steiker, *Courting Death*, cit., pp. 277-279.

⁴⁶ “*La decisione odierna è l’apogeo della nostra elaborazione giurisprudenziale sul death is different in materia di Ottavo Emendamento. Non soltanto essa, come tutta quella linea giurisprudenziale, non trova alcun supporto nel testo o nella storia dell’Ottavo Emendamento, essa non è neppure sostenuta dalle attuali concezioni della società riguardo alle condizioni che rendono una pena di morte altrimenti giusta inappropriata. Raramente un’opinione di questa Corte si è basata così evidentemente su null’altro se non le opinioni personali dei suoi membri*”.

⁴⁷ “*Ma il premio per lo Sforzo Più Debole della Corte per inventare un “consenso nazionale” va al suo appellarsi (giustamente relegato ad una nota a piè di pagina) alle opinioni di variegate associazioni professionali e religiose, a membri della così detta “comunità internazionale”, e a coloro che rispondono ai sondaggi di pubblica opinione*”.

⁴⁸ “*There is something to be said for popular abolition of the death penalty; there is nothing to be said for its incremental abolition by this Court*”, v. *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304, 353 (2002). Concetto ribadito nella *concurring opinion* in *Baze v. Rees*, 553 U.S. 38 (2008), ove si confermò la costituzionalità del protocollo di esecuzione con

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

In *Roper v. Simmons*⁴⁹, Scalia, nel suo voto contrario, stigmatizzò duramente uno specifico aspetto del *reasoning* della Corte: l’utilizzo ermeneutico del diritto straniero per ampliare contenuto e portata della protezione contro le pene crudeli ed inusuali. Un’operazione ai suoi occhi inappropriata sul piano interpretativo e disonesta intellettualmente, poiché finalizzata soltanto a “mascherare” le preferenze politiche dei giudici supremi, che inevitabilmente “selezioneranno” i dati dell’ordinamento interno e degli ordinamenti stranieri in vista del risultato prefissatosi, sulla base di precise premesse valoriali ed ideologiche, ignorando invece altri elementi differenziali parimenti significativi⁵⁰.

L’acceso dibattito tra maggioranza e dissenzienti in *Roper* circa la legittimazione ad utilizzare precedenti e normative straniere, con *persuasive authority*, per “corroborare” un determinato significato (tra i tanti possibili) desumibile dalle disposizioni costituzionali statunitensi, si è poi riprodotto su larga scala, avendo grande risonanza sul piano politico, con diverse azioni da parte di parlamentari repubblicani tese ad impedire tale attività⁵¹.

Quel che preme rievare ai nostri fini è la posizione di “totale chiusura” del giudice Scalia, che, nell’accedere ad una prospettiva ermeneutica statica, osteggia il ricorso alla citazione con *persuasive*

iniezione letale dello Stato del Kentucky, v. C.S. Steiker-J.M. Steiker, *Courting Death*, cit., pp. 265-266.

⁴⁹ Nella *majority opinion* Justice Kennedy valorizzò le tendenze legislative e applicative degli stati nella direzione di un ripudio della pena capitale nei confronti dei minorenni e gli approdi inequivoci della ricerca scientifica, secondo cui la minore maturità riduce la rimproverabilità soggettiva dei minorenni, mettendo ancor più in dubbio il potenziale perseguimento di scopi retributivi o utilitaristici da parte della estrema sanzione. Infine, grande peso fu attribuito al quasi unanime abbandono, nella comunità internazionale, della pratica sanzionatoria. Si legittimò così un utilizzo giurisprudenziale della comparazione con “*persuasive authority*” (non, dunque, vincolante), *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, 575, 578 (2005).

⁵⁰ Cfr. *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, 624, 626 (2005), nelle chiare parole di Scalia: “*To invoke alien law when it agrees with one’s own thinking, and ignore it otherwise, is not reasoned decisionmaking, but sophistry*”. Cfr. sul punto L. Fabiano, *Tanto rumore per nulla: il dibattito sull’uso del diritto e del precedente straniero fra i giudici della Corte suprema statunitense*, in AA.VV., P. Martino (a cura di), *I giudici di common law e la (cross) fertilization: i casi di Stati Uniti d’America, Canada, Unione Indiana e Regno Unito*, Roma, 2014, p. 17 ss., 31.

⁵¹ Più nel dettaglio v. L. Fabiano, *Tanto rumore per nulla*, cit., pp. 19-20, 35 ss.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

authority di normative e di precedenti stranieri per rafforzare la protezione costituzionale in chiave dinamico-evolutiva⁵².

Poiché queste idee “estreme” non hanno mai “controllato” il collegio complessivamente inteso, l’impatto della giurisprudenza di Scalia nel settore della *capital proportionality review* sostanziale è stato tutto sommato modesto⁵³: esse non hanno impedito la formazione di una robusta dottrina, ampliata progressivamente⁵⁴.

Gli effetti più negativi dell’orientamento del giudice italoamericano (e del blocco conservatore della Corte, in generale) sono anche quelli più difficili da cogliere per un osservatore esterno: essi afferiscono a importanti questioni tecnico-procedurali⁵⁵, in particolare alla lettura *iper-restrittiva* in materia di *Federal Habeas Corpus*, che impedisce *de facto* ai soggetti condannati in forza di normative penali statali di accedere alla giurisdizione federale, in nome della *finality* delle condanne ed allo scopo di preservare la struttura federale dell’Unione, ridurre i tempi della giustizia, evitando un contenzioso infinito⁵⁶. Ma non soltanto.

⁵² Cfr. AA.VV., *Justice Antonin Scalia: His Jurisprudence*, cit., pp. 32-34, v. anche il caso *Thompson v. Oklahoma*, 487 U.S. 815, 868 n. 4 (1988), decisione che invalidò categoricamente la pena di morte per i minori di anni sedici. V. anche D. Tega, *La Mia Concezione dei diritti. Intervista a cura di Diletta Tega ad Antonin Scalia*, in *Quaderni Costituzionali*, 2013, 3, p. 669 ss.

⁵³ AA.VV., *Justice Antonin Scalia: His Jurisprudence*, cit., p. 12; J.I. Davoli, *Justice Scalia*, cit., p. 707.

⁵⁴ C.S. Steiker-J.M. Steiker, *Courting Death*, cit., p. 271 ss. definiscono la *capital proportionality doctrine* “un progetto per l’abolizione in via giudiziale-costituzionale”. Questo progetto rischia però di rimanere ancora una volta irrealizzato, alla luce della posizione del giudice Gorsuch e della probabile nomina di altri giudici conservatori da parte di Trump, che andranno a sostituire *liberal* o “conservatori moderati”.

⁵⁵ Una disamina più approfondita in AA.VV., *Justice Antonin Scalia: His Jurisprudence*, cit., p. 11 nt. 95; J.I. Davoli, *Justice Scalia*, cit., pp. 697-703.

⁵⁶ Com’è noto, il diritto, costituzionalmente garantito (art. 1, sez. 9, clausola 2, della Costituzione federale) al controllo giurisdizionale della legalità costituzionale della detenzione e delle condanne penali in genere, il c.d. *Great Writ*, è stato significativamente limitato dalla riforma del 1996 con la legge federale *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act* (AEDPA), Publ. L. No. 104-132, 110 Stat. 1214 (1996), approvata dal Congresso sull’onda emotiva degli attacchi terroristici al World Trade Centre nel 1993 e dell’*Oklahoma City Bombing* del 1995. Oltre ad avere abbreviato significativamente i termini a disposizione dei condannati (1 anno) per lamentare le violazioni della Costituzione federale da parte delle Corti statali nella c.d. *post-conviction review*, la disposizione di cui al U.S.C.A. § 2254(d)(1), coerentemente

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

Si considerino brevemente tre casi in particolare, gravidi di conseguenze negative per i diritti dei *capital defendants*.

3.1.1. *I rimedi contro il rischio di condanna ed esecuzione di persone innocenti*

agli scopi dichiarati della riforma (abbreviare i tempi della giustizia penale, garantire la “definitività dell’accertamento”, rendere più certe le sentenze di condanna ed effettiva la pena capitale) ha modificato in senso fortemente restrittivo lo standard di giudizio che le Corti federali devono applicare. In particolare non è più sufficiente che la Corte statale nel condannare il soggetto abbia violato una disposizione della Costituzione federale, ma l’*Habeas Corpus Relief* può essere concesso solo laddove l’applicazione della legge ai fatti di causa, esitata nella condanna nel processo statale, sia stata “*contrary to, or involved an unreasonable application of, clearly established Federal Law, as determined by the Supreme Court of the United States*”. Come si vede, un *deferential standard of review* che fa grande affidamento sui sistemi giudiziari statali e pone sull’appellante un onere veramente difficile da soddisfare, restringendo, fino quasi a neutralizzare, la possibilità che sia riscontrata una violazione delle previsioni costituzionali nei processi statali da parte delle Corti federali. I giudici conservatori (Gorsuch, come vedremo, non fa eccezione), e Scalia in particolare (cfr. ad es. E. Koh, *Here Are Trump Supreme Court Nominee Neil Gorsuch’s Most Interesting Decisions*, McClatchy, 31 gennaio 2017, <http://www.mcclatchydc.com/news/politics-government/article129927159.html>), hanno fornito un’interpretazione particolarmente rigorosa di tale standard di giudizio, che finisce *de facto* per impedire ai soggetti condannati di vedersi riconosciuta una verifica effettiva del rispetto delle disposizioni costituzionali federali nei processi dinanzi alle Corti statali, per preservare la struttura federale ed in nome di istanze di certezza ed efficienza del sistema, con gravi conseguenze, diffuse a tutto il sistema di giustizia penale. Per una condivisibile critica del progressivo restringimento delle possibilità di accesso alla giurisdizione federale nell’*Habeas Corpus Litigation* determinate dal c.d. AEDPA e dei molteplici effetti distorsivi, tali da pregiudicare un sufficiente grado di protezione dei diritti fondamentali degli imputati, v. A. Kozinski, *Criminal Law 2.0*, in *Geo. L.J. Ann. Rev. Crim. Proc.*, 2015, p. iii ss., pp. xli-xlii; C.S. Steiker-J.M. Steiker, *Courting Death*, cit., pp. 138-139, 294-295; cfr. anche E. Chemerinsky, *The Conservative Assault on the Constitution*, New York, 2010, pp. 144-145 e L. Caplan, *The Destruction of Defendants’ Rights*, http://www.newyorker.com/news/news-desk/the-destruction-of-defendants-rights?mbid=amp_em, 21 giugno 2015; B.L. Garrett, *End of Its Rope*, cit., pp. 121, 217-219; per un’illustrazione del complesso sistema di c.d. *post-conviction review* v. D. Garland, *Peculiar Institution. America’s Death Penalty in an Age of Abolition*, Cambridge-London, 2010, trad. it. di S. Salarci, *La pena di morte in America. Un’anomalia nell’era dell’abolizionismo*, Milano, 2013, pp. 71-72, 300-301; AA.VV., R. Gambini Musso (a cura di), *Il processo penale statunitense. Soggetti e atti*, Torino, 2008, pp. 119-136.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

Il primo di essi attiene al grave problema della condanna a morte e della possibile esecuzione di persone innocenti⁵⁷. Nel caso *Herrera v. Collins*⁵⁸ la Corte suprema affermò che prove sopravvenute, *potenzialmente* tali da dimostrare l’innocenza di un soggetto condannato a morte, in assenza di violazioni di previsioni costituzionali nel procedimento originario, non conferiscono al soggetto il diritto ad avere un nuovo *federal habeas corpus review*.

Nella opinione di maggioranza, Rehnquist evidenziò che consentire la possibile riapertura dei procedimenti dinnanzi alle corti federali in base alla mera asserzione di innocenza, senza che fosse stata lamentata alcuna violazione costituzionale, sarebbe stato “*distruttivo per il nostro sistema federale*” e avrebbe determinato un allungamento indefinito dei tempi processuali, letale per la certezza e la stabilità del sistema.

⁵⁷ Il problema delle c.d. *wrongful convictions* è sempre più drammaticamente in evidenza a causa del crescente utilizzo della prova del DNA, v. C.S. Steiker-J.M. Steiker, *Courting Death*, cit., p. 207 ss.; A. Kozinski, *Criminal Law 2.0*, cit., xliii.

⁵⁸ *Herrera v. Collins*, 506 U.S. 390 (1993). Il caso riguardava Leonel Torres Herrera, condannato a morte in Texas per l’omicidio di due poliziotti nel 1982. Egli inoltrò una *petition for a writ of habeas corpus* basata su due *affidavit*, dell’avvocato e del compagno di cella di suo fratello, Raul Herrera, che dichiaravano con certezza l’attribuibilità a quest’ultimo degli assassinii per i quali era stato condannato a morte l’imputato. La *possibilità* di eseguire la condanna a morte di una persona innocente – si lamentava – violerebbe la *due process clause* e il divieto di pene crudeli ed inusuali. In particolare i quesiti sottoposti alla Corte suprema erano: “*Gli emendamenti VIII e il XIV consentono ad uno stato di eseguire la condanna a morte di un individuo che è innocente del delitto per il quale lui o lei è stata ritenuta responsabile e condannata a morte? Quali procedure successive alla condanna sono necessarie per proteggere contro l’esecuzione di persone innocenti?*”.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

Scalia scrisse separatamente, per esplicitare ciò che il *Chief Justice* non era giunto ad affermare, negando categoricamente che la Costituzione potesse conferire un diritto di *habeas review* al potenziale innocente⁵⁹.

Alla presa di posizione della *majority opinion* rispose il giudice Blackmun (insieme a Stevens e Souter) con un *dissent* teso a dimostrare che la *reale possibilità* di mettere a morte un soggetto innocente – senza un’ulteriore verifica processuale – violasse senza dubbio l’VIII e il XIV Em. Null’altro, infatti, potrebbe porsi maggiormente in contrasto con gli standard di decenza o “sconvolgere la coscienza”⁶⁰ rispetto all’esecuzione di un potenziale innocente; e ciò a prescindere dal fatto che questi abbia potuto fruire di un processo immune da violazioni costituzionali⁶¹.

Blackmun fece seguire alla sua analisi giurisprudenziale un paragrafo conclusivo, assai “personale”, che manifestò la sua forte frustrazione ed il progressivo maturare del convincimento circa la totale irreconciliabilità tra pena capitale e Costituzione⁶².

Il drammatico problema dei c.d. *freestanding claims of actual innocence* (ossia quali strumenti processuali devono essere costituzionalmente garantiti al soggetto, condannato ad esito di un “*constitutionally perfect trial*”, che è però in grado di dimostrare la sua possibile innocenza) non fu risolto allora dalla Corte ed è stato affrontato in altre occasioni⁶³.

Particolarmente nota la vicenda di Troy Anthony Davis⁶⁴, condannato a morte in Georgia nel 1991 per l’omicidio di un agente di polizia, caso in cui la Corte Suprema, adita direttamente con un *habeas corpus petition*, ordinò alla Corte distrettuale di svolgere un *evidentiary hearing* finalizzata specificamente alla valutazione delle prove “sopravvenute”.

Il giudice Stevens (con Breyer e Ginsburg) sostenne⁶⁵ che “*Il rischio sostanziale di mettere a morte un uomo innocente fornisce chiaramente una giustificazione adeguata per tenere un’udienza probatoria*”; opponendosi all’argomentare dei dissenzienti rimarcò l’inaccettabilità della conclusione a cui essi erano pervenuti: “*Si immagini un ricorrente nella situazione di Davis che possiede nuove prove che dimostrino definitivamente e con certezza, oltre ogni briciolo di dubbio, che lui è un uomo innocente. Il reasoning dell’opinione dissenziente permetterebbe che tale ricorrente sia ciononostante messo a morte. La Corte correttamente rifiuta di sostenere questo reasoning*”.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

⁵⁹ *Herrera v. Collins*, 506 U.S. 390, 427-428: “Abbiamo concesso il certiorari sulla questione se violi la clausola del due process ovvero costituisca pena crudele ed inusuale per uno Stato eseguire la condanna a morte di un soggetto che, essendo stato condannato per omicidio dopo un processo pieno e giusto, successivamente asserisce che prove scoperte di recente dimostrano che lui è “in realtà innocente”. Io avrei preferito decidere questa questione, in particolare dato che, come la discussione della Corte mostra, è perfettamente chiaro quale sia la risposta: non c’è alcuna base nel testo, nella tradizione e persino nella pratica contemporanea (se questo non fosse abbastanza) per trovare nella Costituzione un diritto a richiedere la valutazione giudiziale di prove di innocenza scoperte di recente avanzate dopo la sentenza di condanna. Nell’affermare l’esistenza di tale diritto, i dissenzienti non applicano altro che le loro opinioni personali per invalidare le regole di più dei due terzi degli Stati e una Federal Rule of Criminal Procedure per la quale questa stessa Corte è responsabile. Se il sistema che è stato in vigore per 200 anni (e rimane ampiamente approvato) “sconvolge” la coscienza dei dissenzienti, forse loro dovrebbero mettere in dubbio la ‘calibrazione’ della loro coscienza, o, meglio ancora, l’utilità dello “sconvolgimento della coscienza” quale standard legale”.

⁶⁰ Per la prima elaborazione del c.d. *shock of the conscience test*, cfr. *Rochin v. California*, [342 U.S. 165](#) (1952).

⁶¹ Cfr. *Herrera v. Collins*, 506 U.S. 390, 430-431.

⁶² *Herrera v. Collins*, 506 U.S. 390, 446: “Io ho dato voce al mio sconforto riguardo all’evidente fervore di questa Corte nell’eliminare ogni restrizione al potere degli Stati di eseguire condanne a morte nei confronti di chiunque ed in qualunque modo li soddisfi. Io ho anche espresso dubbi sul fatto che, senza tali restrizioni, la pena capitale rimanga affatto costituzionalmente legittima. Di una cosa, comunque, sono certo. Proprio come un’esecuzione senza adeguate garanzie è inaccettabile, allo stesso modo inaccettabile è un’esecuzione se il prigioniero condannato può dimostrare che lui è innocente. L’esecuzione di una persona che può dimostrare la sua innocenza si avvicina pericolosamente ad un semplice omicidio volontario”. Tale dissent costituisce il preludio a quello, più noto, nel caso *Callins v. Collins*, richiamato *supra*, v. L. Greenhouse, *Becoming Justice Blackmun*, cit., pp. 175-176.

⁶³ V. M. Agliarolo, *A Case for Actual Innocence*, in *Cornell J.L. & Pub. Pol’y.*, 2014, p. 635 ss.

⁶⁴ V. U.S. Supreme Court Orders Historic Hearing on Innocence Claim in Troy Davis Case, all’URL <https://deathpenaltyinfo.org/us-supreme-court-orders-historic-hearing-innocence-claim-troy-davis-case>; L. Denniston, *Hearing on innocence claim ordered*, all’URL <http://www.scotusblog.com/2009/08/hearing-on-innocence-claim-ordered/>, 17 agosto 2009. La sentenza nei confronti di Davis è stata eseguita il 21 settembre 2011.

⁶⁵ *In Re Troy Anthony Davis*, 557 U.S. ___ (2009), Stevens, J., concurring

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

L’iter logico-giuridico che non persuade Stevens venne sviluppato da Justice Scalia nel parere difforme (condiviso dal collega “originalista” Thomas), ove criticò la decisione della Corte⁶⁶ in base ad argomenti procedurali, riaffermando quanto espresso in *Herrera* e segnalando l’inopportunità dell’ordine emesso.

Emerge, ancora una volta, la grande attenzione (con bilanciamenti discutibili) alle regole procedurali – meglio, ad un’interpretazione assai rigorosa dei confini da queste imposti – al fine di preservare la struttura federale e la “definitività” degli accertamenti, con inevitabile sacrificio delle istanze di “giustizia sostanziale”, anche quando ad essere in gioco è il bene posto al vertice della gerarchia assiologica dell’ordinamento.

3.1.2. *Pena di morte e discriminazione razziale nella prassi applicativa*

Per quanto attiene al problema della discriminazione razziale nel *capital sentencing*, è necessario richiamare la fondamentale pronuncia *McCleskey v. Kemp*⁶⁷, che si colloca a buon diritto in questo trend di complessivo ampliamento dei presupposti applicativi della pena capitale, portato avanti con decisione dalle maggioranze conservatrici della Corte Suprema negli anni ’80 e ’90 del XX secolo.

In *McCleskey* la Corte Suprema negò che attendibili elementi di prova a livello statistico-empirico sull’applicazione discriminatoria della pena di morte potessero integrare una violazione dell’*equal protection clause* del XIV Em. e dell’VIII Em. Si trattava in particolare dell’indagine del prof. David Baldus, che, in base a numerosi parametri e variabili, aveva concluso che in Georgia gli imputati accusati di avere ucciso vittime bianche avevano una probabilità oltre quattro volte superiore di essere condannati a morte rispetto a quelli accusati di avere ucciso persone di colore. La *majority opinion*, redatta dal giudice Powell, sostenne che l’imputato, per dimostrare una lesione dell’*equal protection clause*, avrebbe dovuto provare che la *specifica istituzione coinvolta* (legislatore, *prosecutor*, giuria, giudice etc.) aveva agito mossa da uno scopo discriminatorio nei suoi confronti.

Un onere evidentemente impossibile da soddisfare, che richiede una “*proof of individual impact*” e ha di fatto “chiuso la porta” a ogni questione costituzionale sui gravi pregiudizi razziali che caratterizzano le prassi applicative della pena capitale⁶⁸.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

⁶⁶ *In Re Troy Anthony Davis*, 557 U.S. __ (2009), Scalia, J., dissenting

⁶⁷ *McCleskey v. Kemp*, 481 U.S. 279 (1987). Sugli effetti della discriminazione razziale nel *capital sentencing* v. da ultimo B.L. Garrett, *End of Its Rope*, cit., p. 82 ss.

⁶⁸ In letteratura v. E. Chemerinsky, *The Case Against the Supreme Court*, New York, 2015, pp. 43-46; D. Garland, *La pena di morte in America*, cit., pp. 315-318; M.I. Urofsky, *Dissent and the Supreme Court*, cit., pp. 416-418; C.S. Steiker-J.M. Steiker, *Courting Death*, cit., pp. 107-111; L. Greenhouse, *Becoming Justice Blackmun*, cit., pp. 174-175.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

Emerge dal *reasoning* che in realtà la preoccupazione principale, dirimente per il rigetto della questione sollevata, fu la circostanza che quest’ultima, se portata alle sue logiche conclusioni, avrebbe “sconvolto” l’integrità dell’intero sistema di giustizia penale (ben oltre il circoscritto ambito della pena di morte), fondato su giudizi discrezionali, naturalmente permeabili all’ingresso di fattori discriminatori e arbitrari connessi alla razza di imputati e vittime⁶⁹.

Il motivo per cui non si ritenne di accertare la lamenta violazione del principio costituzionale di eguaglianza, ossia gli effetti senza limiti precisi che ne sarebbero derivati, con un’inevitabile “*flood of litigation*”, venne duramente criticato dal giudice dissenziente Brennan⁷⁰.

In dottrina si rileva correttamente come il caso *McCleskey* rappresenti un “*super-precedente in negativo*” che ha chiuso di fatto le porte delle aule di giustizia a tutte le doglianze relative alle molteplici manifestazioni di pregiudizio razziale che infettano la fase sanzionatoria penale, ponendo in capo ai ricorrenti un onere di *discriminatory intent and purpose* impossibile da soddisfare⁷¹.

Ai nostri fini è molto interessante richiamare un *Memorandum to the Conference*, fatto girare tra i colleghi nell’ambito del caso, vergato da Scalia il 6 gennaio 1987 e reso pubblico tra i *Papers* del giudice Thurgood Marshall, dopo la sua scomparsa, nel quale il giudice italoamericano manifesta apertamente la sua consapevolezza sull’affidabilità delle prove statistiche offerte e del conseguente *intrinseco razzismo* che guida le *sentencing decisions*, ma nondimeno nega la possibilità di riscontrare profili d’incostituzionalità⁷².

Dunque, anche qualora vi sia *prova certa* di un’irrogazione della sanzione motivata, in tutto o in parte, dalla razza dell’imputato, la Costituzione non garantisce alcuna protezione, giacché si rientrerebbe nelle dinamiche fisiologiche del sistema di giustizia penale⁷³.

3.1.3. *Il prepotente ingresso della vittima nel capital sentencing*

⁶⁹ Come si spiega nella *majority opinion*: “Portato alla sua logica conclusione, il ricorso di Warren McCleskey mette seriamente in discussione i principi che fondano il nostro sistema di giustizia penale ... Se noi accettassimo l’affermazione di McCleskey secondo cui il pregiudizio razziale ha contaminato in modo inammissibile il processo culminato con la decisione di irrogare la pena capitale, noi potremmo presto dovere fronteggiare affermazioni simili in relazione ad altre tipologie di pena”, v. *McCleskey v. Kemp*, 481 U.S. 279, 314-316.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

Infine, ulteriore ambito nel quale la Corte presieduta dal giudice Rehnquist (1986-2005) ha determinato un significativo deperimento dello statuto delle garanzie nella prassi applicativa della pena di morte è quello relativo all’ingresso dei *Victim Impact Statements*.

Nella decisione *Payne v. Tennessee* del 1991⁷⁴ la Corte affermò la legittimità dell’utilizzo, da parte del *prosecutor*, delle dichiarazioni delle vittime nella fase sanzionatoria dei processi capitali, escludendo che esso contrastasse con l’VIII Em.

Payne era stato condannato per il brutale duplice omicidio – di una donna sua conoscente e della figlia infante – perpetrato con numerose coltellate, che avevano ferito gravemente anche l’altro figlio della donna. Nella fase del *sentencing* l’accusa utilizzò in discussione dinnanzi alla giuria le dichiarazioni della madre della donna, che descrivevano come aveva inciso sull’esistenza del nipote sopravvissuto la perdita della

⁷⁰ “La Corte stabilisce, di seguito, che la sua reticenza nel considerare la prova del ricorrente si basa, in parte, sul timore che tale riconoscimento legittimerebbe altre rivendicazioni riguardanti tutti gli aspetti della fase sanzionatoria penale ... interpretata letteralmente, questa dichiarazione sembra suggerire la paura per troppa giustizia”, v. *McCleskey v. Kemp*, 481 U.S. 279, 339

⁷¹ M. Alexander, *The New Jim Crow. Mass Incarceration in an Age of Colorblindness*, New York, 2012, pp. 109-112; cfr. anche E. Chemerinsky, *The Rehnquist Court and the Death Penalty*, in *Geo. L.J.*, 2006, p. 1367 ss., 1378. Per una analisi dei problemi di discriminazione razziale nell’amministrazione della giustizia penale statunitense si può vedere 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. 846 ss.

⁷² “Penso di condividere l’opinione di Lewis Powell in questo caso, con due riserve. Io non concordo con l’argomento che le inferenze che possono essere tratte dallo studio di Baldus siano indebolite dal fatto che ciascuna giuria e ciascun processo è unico, o dal grande numero di variabili in gioco. E non condivido l’idea, implicita nell’opinione, che l’effetto dei fattori razziali sulla decisione sanzionatoria, se potesse soltanto essere dimostrato da prove statistiche sufficientemente forti, imporrebbe una riforma di tale decisione. Dato che la mia opinione è che l’operare inconscio di compassioni ed aversioni irrazionali, comprese quelle razziali, sulle decisioni delle giurie e (quindi) sulle decisioni della pubblica accusa è effettivo, riconosciuto nelle decisioni di questa corte, ed inestirpabile, non posso dire con onestà che tutto ciò di cui ho bisogno è una prova più forte”.

⁷³ Un esame delle implicazioni del Memorandum e del “diniego di giustizia” diffuso, in conseguenza di *McCleskey*, in E. Chemerinsky, *The Conservative Assault*, cit., pp. 151-153.

⁷⁴ *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808 (1991)

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

madre e della sorella. La Corte suprema del Tennessee confermò la condanna e la Corte suprema concesse *Certiorari*.

La *majority opinion* redatta da Rehnquist fece leva sulla necessità di considerare – al fine di decidere se l’omicidio fosse così grave da meritare la pena di morte – oltre a tutte le circostanze del reato ed alla personalità dell’imputato, anche il danno causato ai familiari sopravvissuti. Dovendosi apprezzare ogni *mitigating circumstance* (per es. violenze fisiche o psicologiche sofferte dall’imputato; problemi mentali; provocazione; status di incensuratezza etc.), tale da poter convincere i giurati a risparmiare la vita del reo – si argomentò – sarebbe stato iniquo non concentrarsi anche sull’impatto dannoso sulla vita dei familiari della vittima.

La decisione costituì invero una brusca rottura rispetto all’elaborazione giurisprudenziale precedente, anche molto recente, della *Supreme Court*, ed ebbe un fortissimo “significato politico”: si consacrò di fatto il “trionfo” del c.d. *victims rights movement*, in costante crescita a partire dagli anni ’70.

Infatti, la stessa scelta di concedere *Certiorari* in *Payne* fu determinata da una “volontà politica” ben precisa: disporre l’*overruling* di due pronunce, *Booth v. Maryland*⁷⁵ e *South Carolina v. Gathers*⁷⁶, che avevano pochi anni prima ritenuto incostituzionale l’introduzione e l’utilizzo da parte del *prosecutor* dei *victim impact statements* nella fase di commisurazione della pena dei processi capitali.

Nella prima, il giudice Powell sostenne che ammettere il *victim impact statement* avrebbe comportato “un rischio costituzionalmente inaccettabile” di violazione dell’VIII Em.: in fase di commisurazione della pena, il compito della giuria è esclusivamente quello di concentrarsi sull’imputato e sul fatto di reato, non potendosi tenere in considerazione l’impatto del crimine sulla famiglia della vittima. Introdurre “*emotionally-charged opinions*” dei familiari nel processo decisionario avrebbe compromesso il “*reasoned decisionmaking*”, vieppiù fondamentale nei casi capitali; una prova del genere, relativa alle ricadute sulla vita delle “vittime indirette”, “*potrebbe essere utilizzata all’unico scopo di esasperare la giuria, distraendola da una decisione del caso in base a una prova rilevante*”.

⁷⁵ *Booth v. Maryland*, 482 U.S. 496 (1987)

⁷⁶ *South Carolina v. Gathers*, 490 U.S. 805 (1989)

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

Nella seconda, la *majority opinion* di Justice Brennan confermò sostanzialmente tale *holding*, concedendo però la possibilità che i c.d. VIS fossero utilizzati se direttamente e strettamente collegati alle “circostanze del reato”.

Evidenti le ragioni a fondamento di tali pronunce: accordare, nell’opera commisurativa, la giusta preminenza alla dimensione oggettivo-fattuale del reato ed all’elemento soggettivo del reo, oltre al profilo personologico dell’imputato; evitare che vengano addossate all’imputato conseguenze per lui del tutto imprevedibili, in base ad una valutazione casistico-giudiziale e non legislativa; impedire che un “processo decisionale razionale” venga contaminato da fattori estranei al reato ed al reo, in particolare connessi allo “status sociale”, alla “rispettabilità” della vittima ed alla sua posizione nella comunità di riferimento, in grado di creare empatia tra i giurati e le vittime, con inevitabili effetti deteriori sistematici sui c.d. *disadvantaged*, soggetti più colpiti dallo strumento penale. Questi ed altri argomenti vengono sviluppati nelle due opinioni dissenzianti in *Payne*, vergate dai giudici di orientamento *liberal* Stevens⁷⁷ e Marshall⁷⁸.

Il contrapposto *background* politico-ideologico, che prevalse e diede impulso alla decisione di maggioranza di ribaltare freschi precedenti, non ponendo alcun limite significativo alla possibilità di dar voce alla vittima nel *capital sentencing*, può identificarsi nella opinione dissenziente di Scalia nel caso *Booth v. Maryland*.

In quella sede venne descritta la rapida e crescente espansione del “movimento per i diritti delle vittime”. Si sottolineò l’inopportunità dell’“*interventismo*” della Corte suprema in un ambito da lasciare interamente alla dialettica del gioco democratico nei singoli stati, che, se ritenevano adeguato modificare *legislativamente* le proprie *rules of evidence* per assicurare maggiore protezione agli interessi della vittima, non trovavano alcun ostacolo in un *testo costituzionale* “muto” a tale riguardo⁷⁹.

⁷⁷ *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808, 856-867

⁷⁸ *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808, 844-856

⁷⁹ Cfr. *Booth v. Maryland*, 482 U.S. 496, 519-521, ove Scalia spiega: “*In anni recenti si è assistito ad uno sfogo di preoccupazioni popolari per quello che ora è noto come i “diritti delle vittime” – una frase che descrive ciò che i suoi sostenitori percepiscono essere l’incapacità delle corti di giustizia di prendere in considerazione, nelle loro decisioni sanzionatorie, non soltanto i fattori che attenuano la colpevolezza morale dell’imputato, ma anche la misura del danno che egli ha causato a membri innocenti della società. Molti cittadini hanno ritenuto unilaterale e quindi ingiusto il processo penale in cui in cui una parata di testimoni si fa avanti per testimoniare sulle*

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

Il *dissent* di Scalia, “innalzato” a diritto vigente in *Payne*, si colloca nell’ambito dell’“*approccio con funzione democratizzante*”, in linea con “*un nuovo sviluppo nella giustizia penale americana, parte integrante della politica di ‘legge e ordine’ incentrata sulla vittima, iniziata negli anni novanta*”, ove si manifesta la *deferenza* della Corte nei confronti del mutevole sentimento pubblico e del maggiore valore accordato alle vittime nel discorso politico⁸⁰.

Un orientamento – irreconciliabile con gli intenti sottesi alle pronunce riformatrici “razionalizzanti” in *Furman* e *Gregg* – basato sulla “*fede nel popolo, che affidava le decisioni sulla vita e sulla morte a una giuria inesperta e non qualificata*”, tale da giustificare l’ammissione di “*una prova istigatoria da parte delle vittime quando era in gioco la vita di un colpevole*”, legittimando “*una forma di giustizia localizzata, addirittura personalizzata, in cui le persone più colpite sono investite del potere di determinare la sanzione da infliggere*”⁸¹.

La peculiarità americana di “*delegare la questione al processo politico*”, tramite la democratizzazione e localizzazione per via giurisprudenziale – così ben espressa da Scalia – ha avuto tuttavia un prezzo carissimo: neutralizzare del tutto le “conquiste” in punto di c.d. *guided discretion* (fattori aggravanti previsti per legge e sufficientemente

pressioni oltre la normale natura umana che hanno spinto l'imputato a commettere il suo reato, con nessuno a spiegare dinanzi all'autorità che commisura la pena la completa realtà di sofferenza umana che l'imputato ha prodotto – che (e non la colpevolezza morale da sola) è una delle ragioni per cui la società ritiene la sua azione meritevole della pena prescritta. Forse questi sentimenti non temperano sufficientemente la giustizia con la compassione, ma questa è una questione che dev'essere decisa attraverso i processi democratici di un popolo libero, e non con dei decreti di questa Corte. Non c'è nulla nella Costituzione che impone la risposta, non di più nell'ambito della pena capitale che altrove. Richiedere, come abbiamo fatto, che tutti i fattori attenuanti che rendono la pena capitale una pena troppo severa nel particolare caso siano presentati dinanzi alla sentencing authority, ed allo stesso tempo richiedere, come facciamo oggi, che la prova di molta della sofferenza umana che l'imputato ha inflitto sia soppressa, equivale a tutti gli effetti ad imporre un dibattito sull'appropriatezza della pena capitale con una parte zittita. Se quella pena è costituzionale, come abbiamo affermato ripetutamente, mi sembra che non sia minimamente incostituzionale consentire che sia i pro sia i contro nel caso particolare vengano ascoltati”.

⁸⁰ D. Garland, *La pena di morte in America*, cit., 312-313. Critico nei confronti di questo trend, da ultimo, B.L. Garrett, *End of Its Rope*, cit., pp. 229-230.

⁸¹ D. Garland, *Ibidem*, 313.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

precisi) e di *individualizzazione*, tornando ad un arbitrio applicativo analogo a quello censurato nel 1972.

Le parole nel memoriale di John Paul Stevens – giudice associato dal 1975 al 2010 e coautore della *plurality opinion* in *Gregg* – ben esprimono la sua frustrazione, e quella di Thurgood Marshall, rispetto ad un simile orientamento della Corte⁸².

In conclusione, l’impatto effettivo della giurisprudenza di Scalia in materia di pena capitale può forse misurarsi più fedelmente focalizzandosi sugli arresti in ambiti tecnico-procedurali, ove si manifesta la tendenza ad accordare ampia *deference* ai diversi “attori statali e locali”, che non alle sue caratteristiche (ma tutto sommato isolate, e superate dalla giurisprudenza basata sugli “*evolving standards of decency*”) *dissenting opinions* nel settore della c.d. *capital proportionality review*.

Scalia, in altre parole, è stato il più influente membro del Collegio e, se così si può dire, il “*leader ideologico*” (insieme a Rehnquist), di quell’ampio trend ermeneutico – manifestatosi con particolare intensità nella *Rehnquist Court* tra il 1986 (anno in cui si insediò Scalia) e i primi anni del 2000 – che il giudice Stevens ha di recente descritto con efficacia⁸³.

⁸² J.P. Stevens, *Five Chiefs. A Supreme Court Memoir*, New York, 2011, pp. 185-186, “*In Payne la Corte ritenne che la pubblica accusa potesse produrre “victim impact evidence” a supporto della richiesta della pena di morte. In casi precedenti, la nostra giurisprudenza aveva richiesto che ogni decisione per infliggere la pena capitale fosse basata soltanto su prove che informassero la giuria sul tipo di reato e sulla personalità dell’imputato. Prove che non hanno alcuna funzione se non quella di far leva sulle simpatie e le emozioni della giuria non erano state mai considerate ammissibili. Infatti, in due casi decisi soltanto pochi anni prima – prima che i giudici Brennan e Powell si ritirassero – noi avevamo esattamente ritenuto che l’ammissione di victim impact evidence fosse inammissibile. Ricordo vividamente la reazione adirata del giudice Marshall alla decisione di maggioranza di ribaltare quei casi recenti. Lui, naturalmente, era stato un grande avvocato (come lo era stato Lewis Powell, che scrisse una delle due opinioni overruled) e perciò era particolarmente ben qualificato per valutare il significato di tali decisioni in materia probatoria. La mia reazione a quella terribile decisione in Payne resta altrettanto ostile oggi quanto lo fu quella di Thurgood quando essa fu annunciata”.*

⁸³ J.P. Stevens, *Five Chiefs*, cit., pp. 216-217, secondo cui “*La Corte (con mio disaccordo) ha ampliato la categoria dei reati punibili con la morte per includere la felony-murder; ha autorizzato procedure di selezione della giuria che forniscono alle pubbliche accuse un’opportunità migliore per scegliere giurie inclini alla condanna rispetto a quanto non avvenga nei processi penali ordinari; ha rifiutato di invalidare una condanna a morte dello Stato della Georgia nonostante il presupposto che*

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

Una fotografia della stessa volontà di aggirare ogni limitazione posta al “potere di punire con la morte” da parte degli Stati denunciata dal giudice Blackmun nel suo *dissent* soprarichiamato nel caso *Herrera v. Collins*.

3.1.4. *Scalia, il principio di proporzionalità e il sindacato sulle pene detentive “manifestamente sproporzionate”*

La concezione del giudice Scalia, rispetto al ruolo assai “limitato” delle corti nel controllo di costituzionalità sostanziale della legislazione penale, emerge nitidamente anche nella sua giurisprudenza in materia di *c.d. non-capital proportionality doctrine*.

In questo ambito il giudice ha offerto la più ampia ricostruzione ermeneutica sul significato “originario” della *cruel and unusual punishment clause*, nella *plurality opinion* del caso *Harmelin v. Michigan*⁸⁴. Si tratta di una decisione estremamente importante “in negativo”, con la quale si è “stroncata” ogni prospettiva di sindacabilità delle draconiane pene detentive che – proprio in quel periodo storico – si

l'imputato avesse stabilito che la razza della vittima era fortemente correlata alle decisioni se imporre la pena capitale; ed ha ribaltato decisioni – una delle quali scritta dal giudice Powell – che proibivano l'utilizzo della testimonianza sull'impatto sulla vittima nei procedimenti sanzionatori capitali. L'effetto netto di queste infelici decisioni è stato aumentare il pericolo che l'emozione, invece che la ragione, avrebbe avuto un effetto di controllo sulle decisioni sanzionatorie nei casi capitali”; cfr. anche E. Chemerinsky, *The Rehnquist Court*, cit., 1370-71. La Corte suprema rese applicabile la pena capitale anche nei casi di *felony-murder*, in cui il concorrente nel reato diverso da quello voluto avesse agito con “estrema indifferenza verso la vita umana” nella decisione *Tyson v. Arizona*, 481 U.S. 137 (1987). L'altro riferimento del giudice Stevens è alla decisione *Lockhart v. McCree*, 467 U.S. 162 (1986), con la quale si avallò la pratica della “*Death qualification*” da parte dei *prosecutors*, ovvero sia la possibilità di escludere (*strike*), durante la procedura di selezione dei giurati nei processi capitali, quei soggetti che avessero espresso opposizione “di principio” ed in ogni circostanza nei confronti della pena di morte.

⁸⁴ *Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 957 (1991). Nella decisione la Corte confermò la legittimità costituzionale di una condanna all'ergastolo senza possibilità di libertà condizionale irrogata nello Stato del Michigan, in forza della famigerata “*650-Lifer Law*”, ad un reo primario per il reato di possesso senza intenzione di commercializzare il quantitativo di 650 grammi di stupefacente del tipo cocaina.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

impennavano e si irrigidivano sempre di più, fino a determinare (insieme a diversi altri fattori) i disastrosi esiti di *Mass Incarceration* a tutti noti⁸⁵.

Scalia, in particolare, sulla scorta di un’ampia analisi testuale, storica e casistico-giurisprudenziale, giunse ad una conclusione tanto netta quanto di difficile conciliabilità con la stessa tradizione di *common law* e con i consolidati precedenti della *Supreme Court*: il divieto di cui all’VIII Em. non contiene alcun principio di proporzionalità, ma si limita

⁸⁵ Sul fenomeno della *mass incarceration* e sulla sproporzione con cui vengono colpiti dalla giustizia penale i membri delle minoranze etniche, in particolare quella afroamericana, in una letteratura assai vasta, si possono vedere il contributo “classico” di M. Mauer, *Race to Incarcerate*, New York, 2006; più di recente v. per tutti M. Alexander, *The New Jim Crow*, cit., *passim*; cfr. anche il *report* del Brennan Center for Justice dell’NYU School of Law, curato da J. Austin-L.B. Eisen-J. Cullen-J. Frank, *How Many Americans Are Unnecessarily Incarcerated?*, New York, 2016, disponibile all’URL <https://www.brennancenter.org/publication/how-many-americans-are-unnecessarily-incarcerated>, 9 dicembre 2016. Pur non essendo questa la sede per approfondire il tema, è opportuno segnalare che durante la presidenza di Barack Obama il Congresso aveva fatto notevoli, ancorché insufficienti, sforzi in chiave di riforma, sia sul piano del *sentencing* federale sia sul piano degli incentivi alle riforme in sede statale, per diminuire l’impatto discriminatorio dello strumento penale sulla comunità afroamericana: per un quadro esaustivo delle misure adottate si può ora vedere B. Obama, *The President’s Role in Advancing Criminal Justice Reform*, in *Harv. L. Rev.*, 2017, p. 811 ss., spec. pp. 826-830, 845-846, 855-856. Il saggio di Obama è disponibile su www.penalecontemporaneo.it, con breve nota di L. Luparia, *Lo stato di salute della giustizia penale negli USA in un recente articolo di Barack Obama*, 9 gennaio 2017. Può dirsi che il clima sia nettamente mutato in seguito all’insediamento di Donald Trump, il quale, d’altra parte, ha fatto della retorica “*tough on crime*”, alimentata da una (vera o presunta) epidemia del crimine violento, uno dei temi centrali della sua campagna elettorale e del suo primo periodo di presidenza, nominato come *Attorney General* Jeff Sessions, noto oppositore della *sentencing reform*, sostenitore del *mandatory minimum sentencing* e di politiche penali-sanzionatorie draconiane, che hanno danneggiato enormemente la società statunitense tra la fine degli anni ottanta e la prima decade degli anni duemila. Sessions costituisce una delle poche eccezioni all’interno del partito repubblicano, nel quale sono di gran lunga più numerosi i sostenitori della necessità della *sentencing reform*. A tale proposito v. M. Ewing, *The Federal Prosecutors Backing Jeff Sessions on Mandatory Minimums*, disponibile all’URL <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2017/05/mandatory-minimums-sessions-naausa-sentencing/527619/>, 22 maggio 2017. In generale, sull’approccio al diritto penale e le politiche criminali nel primo periodo della presidenza Trump, è di interesse il *report* del Brennan Center for Justice dell’NYU School of Law, curato da A.C. Grawert-N. Camhi, *Criminal Justice in President Trump’s First 100 Days*, New York, 2017, disponibile all’URL <https://www.brennancenter.org/publication/criminal-justice-president-trumps-first-100-days>, 20 aprile 2017.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

a proibire soltanto le *tipologie sanzionatorie* ed i *metodi punitivi* intrinsecamente crudeli, ovvero le pene *illegali*, ossia al di fuori degli *statutory ranges* (i limiti legali).

Oltre ad argomenti storico-testuali, che non possono essere approfonditi in questa sede, sono quelli di natura politico-pragmatica⁸⁶ a meritare una breve disamina.

I precedenti della Corte Suprema fino a quel momento – anche se difficilmente riconducibili a coerenza – avevano riconosciuto una componente proporzionalistica nell’alveo della protezione offerta dall’VIII Em., applicabile, seppur in casi estremi e rarissimi, anche alle sanzioni privative della libertà personale manifestamente eccessive rispetto al disvalore del reato⁸⁷, oltre all’ambito della pena capitale.

Tale quadro, in base a considerazioni di *stare decisis*, determinò la scelta, fatta propria dalla *controlling opinion* in *Harmelin*, redatta dal giudice Kennedy, di preservare un *narrow proportionality principle* (principio di proporzionalità “limitato”) da applicare tramite un c.d. *gross disproportionality test* (test di manifesta sproporzione). Una forma assai deferenziale di controllo delle scelte sanzionatorie legislative (affine al

⁸⁶ Di recente messi in luce dalla dottrina, per evidenziare l’importanza del *Judicial Restraint* nella *constitutional adjudication* di Scalia: v. J.F. Manning, *Justice Scalia and the Idea of Judicial Restraint*, in *Mich. L. Rev.*, 2017, p. 747 ss., 758.

⁸⁷ Per la prima volta il principio di proporzionalità della sanzione penale detentiva, quale corollario implicito della clausola che vieta le pene crudeli ed inusuali, emerse nella *dissenting opinion* del giudice Field nel noto caso *O’Neil v. Vermont*, 144 U.S. 323 (1892). Il *seminal case* nel quale si formulò compiutamente la dottrina è però da ritenersi *Weems v. U.S.*, 217 U.S. 349 (1910), nel quale la Corte censurò una sanzione penale denominata *cadena temporal* – costituita dalla reclusione per dodici anni, unitamente ad altre sanzioni accessorie, quali l’interdizione civile, l’interdizione assoluta e perpetua dai pubblici uffici, l’assoggettamento a sorveglianza vita natural durante ed a lavori forzati in catene – irrogata ad un pubblico ufficiale statunitense di stanza nelle Filippine per un reato di falso materiale in atto pubblico. La Corte, in una *opinion* redatta dal giudice McKenna in un linguaggio quasi “poetico” e ricca di ampie statuizioni di principio (si era – d’altro canto – nel bel mezzo della c.d. *Lochner Era*), assegnò alla clausola dell’VIII Em. un significato e un contenuto di protezione da ricostruire in termini dinamico-evolutivi e non staticamente, aderendo in modo rigido al significato originario o alle “*experiences of evil*” che avevano reso necessario introdurre la clausola, quali ad esempio i metodi punitivi crudeli ed inumani. L’eccessività incostituzionale della pena prevista ed inflitta a Weems venne riscontrato tramite una valutazione comparativa con altri reati previsti dalla legislazione federale che, pur essendo più gravi, venivano puniti con minore severità. Sulla grande *authority* del precedente, cfr. M. Raymond, “*No Fellow in American Legislation*”: *Weems v. United States and the Doctrine of Proportionality*, in *Vt. L. Rev.*, 2006, p. 251 ss.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

c.d. *rational basis test*), tanto da confermare la validità della normativa sindacata, che tuttavia manteneva in vita, almeno “virtualmente”, il principio di proporzionalità nel *non-capital context*.

Ben più radicale la posizione di Scalia, che avrebbe optato per disfarsi completamente del test tripartito elaborato in *Solem v. Helm*⁸⁸, decisione a suo avviso “*semplicemente sbagliata*”, inidonea a costituire “*clear and well accepted constitutional law*” e sulla quale occorre fare *overruling*, nonostante fosse stata decisa soltanto otto anni prima e si fosse dimostrata tutto sommato “*workable*”, e perlomeno in grado di censurare i più evidenti casi di abuso della discrezionalità legislativa in ambito penale-sanzionatorio.

L'analisi di proporzionalità costituzionale della pena da parte del giudiziario – ad avviso di Scalia – presenta difficoltà insormontabili. Al proposito, si nota che mentre è tutto sommato agevole stabilire, alla luce di criteri storici e pratiche diffuse, quali *metodi punitivi* sono crudeli ed

⁸⁸ *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277 (1983) è la decisione con cui una maggioranza di cinque giudici, guidata dall'estensore Powell – modificando il precedente orientamento espresso in *Rummel v. Estelle*, 445 U.S. 263 (1980), attraverso un *distinguishing* (senza *overruling* espresso) – affermarono l'applicabilità del principio di proporzionalità anche alle pene carcerarie. Fu in particolare giudicata illegittima una sanzione detentiva dell'ergastolo senza possibilità di libertà condizionale inflitta ad un pluri-recidivo autore di reati contro il patrimonio di lieve entità in forza di un *recidivist scheme* vigente in South Dakota. Dopo aver ripercorso la storia del principio nel *common law* inglese, a partire dalla Magna Carta fino alla Dichiarazione dei Diritti del 1689, ed al *Bill of Rights* statunitense del 1791, il giudice Powell giunse a ritenere che, in assenza di una previsione testuale espressa in tal senso nell'VIII Em., sarebbe illogico sottoporre le pene pecuniarie e la pena capitale al controllo di proporzionalità costituzionale, escludendo soltanto le pene detentive. Gli stessi precedenti costituzionali in materia di pena capitale (oltre a *Weems* e *Trop*) imponevano di ritenere applicabile il principio anche nel *non capital context*. Vennero dunque indicati i fattori di “natura oggettiva” che le Corti avrebbero dovuto seguire per accertare la sproporzione incostituzionale della pena carceraria, strutturando un *test* tripartito di natura comparativa, in grado di assicurare un controllo effettivo della discrezionalità legislativa, senza però violare il fondamentale principio di separazione dei poteri e la struttura federale dell'Unione: *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277, 292 (1983): “*In sum, a court's proportionality analysis under the Eighth Amendment should be guided by objective criteria, including (i) the gravity of the offense and the harshness of the penalty; (ii) the sentences imposed on other criminals in the same jurisdiction; and (iii) the sentences imposed for commission of the same crime in other jurisdiction*”. Per un approfondimento, volendo, P. Insolera, *La proporzionalità della pena detentiva nella giurisprudenza costituzionale statunitense*, cit., p. 182 ss.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

inusuali, e perciò incostituzionali, altrettanto non può dirsi in relazione alle questioni di proporzionalità della pena.

Essa si risolve in un’analisi quasi integralmente soggettiva, che è *istituzionalmente* doveroso lasciare ai legislatori, i quali sono nettamente meglio attrezzati e godono della legittimazione democratica. Al fine di dimostrare l’impraticabilità di qualsivoglia *proportionality review of excessive penalties*, Scalia si impegna in una critica serrata del test triadico elaborato dalla Corte in *Solem*, cercando di “smontare” di fatto uno per uno i tre step, ritenendoli intrinsecamente soggettivi o comunque inidonei a far pervenire a conclusioni certe. Affrontando la questione della valutazione di gravità intrinseca del reato in relazione alla severità della risposta sanzionatoria inflitta, attraverso diverse esemplificazioni si constatò che non era possibile scorgere alcuna stabile logica nella calibratura quantitativa delle sanzioni rispetto al disvalore dei reati, e che la gravità di un illecito veniva in definitiva a dipendere da quanto esso fosse “odioso e minaccioso per la società” in un determinato luogo e momento storico⁸⁹.

Allo stesso modo venne rigettata la validità del secondo fattore applicato in *Solem*, l’*intra-jurisdictional analysis*, la comparazione tra la pena irrogata e quelle previste ed inflitte per altri delitti nella stessa giurisdizione statale, argomentando che anch’essa è irrimediabilmente soggettiva, dal momento che, mancando uno standard oggettivo sulla gravità dei reati, i giudici paragoneranno i delitti che essi ritengono comparabili, sostituendo semplicemente il loro giudizio a quello dei legislatori. Ed ancora, anche a volere ammettere che sia possibile stabilire con sufficiente oggettività quali sono i delitti di “simile gravità” (in base, ad esempio, ai criteri di *harm* e *culpability* ed i relativi corollari), entrano in considerazione innumerevoli altre giustificazioni e motivi validi per sostenere la differenza del *quantum* sanzionatorio, connessi a valutazioni utilitaristiche (di *deterrence* e *rehabilitation*), relative al peso che una data comunità concede alle diverse finalità della pena.

Sulla scorta di questi ragionamenti, Scalia giunge a ritenere che la *proporzionalità della pena come principio costituzionale* non abbia ragion d’essere né serie prospettive di attuazione⁹⁰.

⁸⁹ *Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 957, 988 (1991). Sul punto Scalia osservò icasticamente che “il legislatore del Michigan, e non la Corte, conosce la situazione sulle strade di Detroit”.

⁹⁰ Nelle parole del *Justice*: “diventa persino difficile parlare con intelligenza di proporzionalità, una volta che sia attribuita significativa rilevanza alle teorie della

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici "originalisti" e limiti costituzionali al punire nell'interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

Riguardo alla terza fase del test (*inter-jurisdictional analysis*), pur riconoscendone la maggiore oggettività ed attendibilità rispetto alle prime due, Scalia mise in dubbio la sua reale utilità e pertinenza rispetto ai valori tutelati dalla clausola. Si evidenziò al riguardo che sostanziali diversità quantitative e qualitative tra i *sentencing schemes* statali costituivano il naturale precipitato della struttura federale dell'Unione, nella quale ad ogni stato è consentito reagire alle specifiche condizioni politico-sociali come meglio ritiene, quindi anche comminando sanzioni significativamente più dure per lo stesso illecito rispetto ad un altro stato⁹¹.

Da ultimo l'*opinion* fece opera di *distinguishing* rispetto ai noti precedenti in cui la Corte Suprema aveva sviluppato in maniera più articolata la *proportionality doctrine*, in particolare *Weems v. U.S.* e i *death penalty cases*.

Riguardo al primo, Scalia sottolineò l'ambiguità del linguaggio ivi utilizzato, che, da un lato, si prestava ad essere interpretato come mera interdizione di pene disumane e crudeli, ma dall'altro pareva richiedere un rapporto di proporzione tra disvalore dell'illecito e *quantum* della pena. Nell'accedere alla prima ipotesi ermeneutica, il giudice estensore si basò sul fatto che per ben sessant'anni⁹² nessuna corte aveva dichiarato incostituzionale una sentenza di condanna a pena detentiva eccessiva utilizzando il precedente di *Weems*.

In relazione ai *leading cases* di *sproporzione categorica incostituzionale* della pena di morte si sostenne che quei precedenti costituivano solo un aspetto della giurisprudenza costituzionale sulla pena capitale, non generalizzabile a tutta la *eighth amendment litigation*⁹³.

pena preventive e rieducative. La proporzionalità è un concetto intrinsecamente retributivo, e la proporzionalità perfetta è la legge del Taglione", v. *Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 957, 989 (1991)

⁹¹ Secondo la nota definizione dei singoli stati quali laboratori di democrazia formulata dal giudice Brandeis in *New State Ice Company v. Liebmann*, 285 U.S. 262, 311 (1932).

⁹² Il lasso di tempo è quello trascorso tra *Weems v. U.S.* (1910) e *Hart v. Coiner* (1973), prima sentenza che riscontrò la violazione dell'VIII Em. per la mera *excessiveness* di una pena detentiva.

⁹³ Giacché "Il controllo di proporzionalità è uno dei numerosi aspetti in cui abbiamo ritenuto che 'la morte è differente', e abbiamo ordinato protezioni che la Costituzione non prevede in nessun altro settore"; v. *Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 957, 994 (1991)

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

Sulla metodologia interpretativa originalista di Scalia non ci si può diffondere oltre; basti osservare però che essa si pone in antitesi con l’approccio dinamico-evolutivo portato avanti dalla Corte sin dal *seminal case Weems v. U.S.* e riaffermato con forza nell’*holding* di *Trop v. Dulles*, ove si elaborò il c.d. “*evolving standards of decency*” test.

Ciò che vale la pena rimarcare è invece la ferma convinzione che non esistano *criteri adeguati* a disposizione del giudiziario per sindacare le pene comminate dalle assemblee legislative: un assunto che, seppur fondato su istanze nobili, volte a preservare fondamentali principi di “struttura” delle istituzioni politiche, finisce per svuotare di ogni significato la salvaguardia dell’VIII Em., in un momento storico dove un’applicazione incisiva sarebbe stata quanto mai opportuna.

Tale concezione estrema⁹⁴ fu ribadita nella *concurring opinion* del caso *Ewing v. California*⁹⁵. Allora cinque giudici supremi confermarono la legittimità di una pena da venticinque anni all’ergastolo, irrogata per il furto di tre mazze da golf ad un recidivo, in forza della famigerata “legge dei tre colpi” californiana.

Scalia scrisse separatamente, per reiterare la sua avversione nei confronti del controllo di proporzionalità, anche se in una forma così “sterilizzata” da portare a ritenere legittima una sanzione di tale, assurda, entità⁹⁶.

Si criticò in particolare la asserita proporzionalità della pena inflitta a Ewing nell’ambito della prima valutazione (c.d. *threshold test*), in relazione agli scopi dichiarati di neutralizzazione e prevenzione generale negativa della normativa, che precluse i successivi riscontri comparativi interni alla normativa statale e tra i diversi sistemi degli Stati dell’Unione. Sul punto il giudice italoamericano è in palese disaccordo con la *plurality opinion*. Egli infatti sostiene che i giudici, sviluppando una analisi di

⁹⁴ Secondo cui “*La vera funzione di un principio costituzionale di proporzionalità, se esso esiste, è permettere ai giudici di valutare una pena che un certo insieme di uomini e donne ha ritenuto proporzionata – e dire che essa non lo è. Per quest’impresa nel mondo reale, i criteri sembrano così inadeguati che il principio di proporzionalità diventa un invito all’imposizione di valori soggettivi*”, condivisa soltanto dal collega originalista Thomas.

⁹⁵ 538 U.S. 11 (2003)

⁹⁶ Si applicò infatti il test di manifesta sproporzione, elaborato in *Harmelin* sulla scorta del c.d. *penological pluralism*, secondo cui un *quantum* di sanzione detentiva è costituzionale fin tanto che esso è in grado di perseguire in modo razionale qualsivoglia finalità della pena tradizionalmente ritenuta ammissibile: *deterrence, retribution, rehabilitation, incapacitation*.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici "originalisti" e limiti costituzionali al punire nell'interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

proporzionalità sul presupposto che tutte le teorie della pena sono costituzionalmente legittime, dovrebbero cambiare terminologia, disvelando così la natura apertamente politica del loro sindacato⁹⁷.

3.1.5. Critiche

La giurisprudenza di Scalia in materia di *non capital proportionality*, se da un lato ben esemplifica il rigore ermeneutico originalista-testualista, "servente" rispetto alla necessità di preservare un ampio spazio esclusivo di discrezionalità politico-legislativa, dall'altro presta il fianco a fondate critiche, risultando minoritaria, tanto se si valuta la *constitutional jurisprudence* nel complesso, quanto alla stregua delle posizioni prevalenti in letteratura.

Sotto il primo profilo, l'evoluzione dei precedenti summenzionati, ancorché caratterizzata da scarsa coerenza, consegna un dato pressoché certo: la clausola che vieta le pene crudeli ed inusuali contiene un implicito divieto di pene evidentemente eccessive rispetto alla gravità del reato. Questo tanto se intende aderire ad un'impostazione teorica più aderente al *significato originario* della clausola⁹⁸, quanto se invece si

⁹⁷ Nelle parole di Scalia "Forse la plurality dovrebbe correggere la sua terminologia, così che quello che legge nell'Ottavo Emendamento non sia la affermazione implicita che tutte le pene dovrebbero essere ragionevolmente proporzionate alla gravità del reato, ma piuttosto l'affermazione inespressa che tutte le sanzioni penali dovrebbero perseguire ragionevolmente i molteplici scopi del diritto penale. Tale formulazione renderebbe più che mai chiaro che la plurality non sta applicando il disposto costituzionale ma facendo valutazioni di natura politica".

⁹⁸ V. A.F. Granucci, *Nor Cruel and Unusual Punishment Inflicted: The Original Meaning*, in *Cal. L. Rev.*, 1969, p. 839 ss.; E. Chemerinsky, *The Constitution and Punishment*, in *Stan. L. Rev.*, 2004, p. 1049 ss., 1063-1064; V.C. Jackson, *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, in *Yale L.J.*, 2015, p. 3094 ss.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

privilegia, in conformità ad oltre un secolo di giurisprudenza costituzionale⁹⁹, un approccio dinamico-evolutivo¹⁰⁰.

Proprio questo secondo aspetto trova ampio riscontro negli orientamenti dottrinari prevalenti: l’interpretazione costituzionale originalista, nella “variante” testualista propugnata da Scalia, appare eccessivamente rigida ed in definitiva non idonea a garantire adeguatamente le libertà fondamentali dell’individuo.

Si può osservare che, sebbene la posizione radicalmente anti-proporzionalistica di Scalia sia sempre stata di minoranza nel collegio, gli approdi interpretativi delle maggioranze della Corte in materia di *noncapital sentencing* si sono limitate comunque a garantire un grado di protezione pressoché nullo.

In tal modo non si è posto alcun freno ai reiterati abusi di discrezionalità da parte dei legislatori (statali e federale) che, tra la fine degli anni ’80 e la prima decade del XXI secolo, hanno contribuito ad edificare l’attuale volto crudele ed inumano del sistema penale statunitense¹⁰¹.

⁹⁹ La natura dinamico-evolutiva della protezione dell’VIII Em. è dato assodato nell’elaborazione della giurisprudenza costituzionale: come è stato opportunamente riaffermato nel parere difforme del giudice White in *Harmelin v. Michigan*, una prospettiva ermeneutica esclusivamente storica e testualista va rigettata per la sua staticità, giacché “*La giurisprudenza della Corte relativa alla portata del divieto di pene crudeli ed inusuali ha da tempo riconosciuto le limitazioni di un’analisi puramente storica. Così questa Corte non ha limitato la proibizione prevista dall’Ottavo Emendamento a quei metodi di punizione barbari che erano vietati nel XVIII secolo, ma ha invece interpretato l’Emendamento in maniera flessibile e dinamica. Nel fare ciò, la Corte ha tenuto a mente l’invito del giudice McKenna in Weems v. U.S., ossia che ‘Il tempo provoca cambiamenti, porta ad esistenza nuove condizioni e scopi. Perciò un principio, per essere vitale, deve essere capace di una applicazione più ampia rispetto alla cattiva azione che gli diede origine. Questo è particolarmente vero per le costituzioni’*”; cfr. J.P. Stevens, *Five Chiefs*, cit., pp. 225-227.

¹⁰⁰ Che si serve di una molteplicità di criteri ermeneutici collegati sistematicamente, allo scopo di plasmare contenuto e portata di principi costituzionali generali a seconda delle diverse istanze di protezione emergenti con il mutare dei tempi, v. ad es. K. Greenawalt, *Interpreting the Constitution*, New York, 2015, pp. 107-133.

¹⁰¹ Quel poco che poteva essere fatto dalla Corti federali per limitare i danni del continuo inasprirsi delle pene è stato colpevolmente omesso, per una molteplicità di complessi fattori, che vanno ben al di là delle letture originaliste di Scalia e Thomas. Sull’intrinseca limitatezza degli strumenti a disposizione delle corti federali nel *judicial review of excessive noncapital sentencing*, v. Steiker-J.M. Steiker, *Courting Death*, cit., pp. 315-16.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

Una piccola “speranza” di inversione del trend di c.d. *judicial abdication* da parte della Alta Corte – verso un utilizzo più incisivo in chiave dimostrativa del principio di proporzione della pena – sembrava potersi intravedere nelle due decisioni che hanno applicato la metodologia d’analisi della c.d. *categorical proportionality review*, tradizionalmente proprio della pena di morte, a sanzioni detentive di durata estrema (*life without parole sentences*), seppur soltanto per i c.d. *juvenile offenders*.

Tuttavia, ipotizzare oggi un’ulteriore estensione del sindacato di proporzionalità “categorico” oltre il circoscritto ambito del diritto penale minorile pare pressoché impossibile. Le tendenze interpretative del giudice Gorsuch – come si vedrà¹⁰² – considerate unitamente alla concreta possibilità che il presidente Trump possa nominare altri giuristi conservatori in sostituzione di membri più moderati¹⁰³, rendono tale sviluppo assai improbabile.

4. Substantive due process e libertà fondamentali: le posizioni di Scalia

È noto come il diritto penale sostanziale statunitense – per una serie di complessi fattori, ai quali facciamo soltanto cenno¹⁰⁴ – non sia stato storicamente oggetto di una profonda “costituzionalizzazione” ad opera della giurisprudenza della Corte suprema federale¹⁰⁵.

Il dibattito sui limiti al potere statale di criminalizzazione delle condotte umane, desunti soprattutto dal c.d. *harm principle*, è rimasto

¹⁰² Cfr. *infra* § 7.

¹⁰³ Nonché aperti al “mondo”, e dunque disposti a censurare quantomeno i tratti più disumani del sistema penale statunitense: si pensi alle posizioni espresse da giudici quali Kennedy, Breyer e Ginsburg, v. fonti bibliografiche *supra* nt. 12.

¹⁰⁴ In primo luogo la struttura federale dell’Unione e la correlata, assai vasta, sfera di c.d. *Police Power*, nell’ambito del quale rientra la potestà normativa in materia penale, che, per espressa disposizione costituzionale, è di esclusiva pertinenza degli Stati (cfr. il X Em. alla Costituzione Federale: “*The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people*”), cfr. E. Chemerinsky, *Constitutional Law*, cit., p. 697.

¹⁰⁵ V., senza alcuna pretesa di esaustività, M.D. Dubber- T. Hörnle, *Criminal Law. A Comparative Approach*, Oxford, 2014, pp. 58-59; M.D. Dubber, *Toward a Constitutional Law of Crime and Punishment*, in *Hastings L.J.*, 2004, p. 509 ss.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

confinato prevalentemente nella sfera scientifico-accademica¹⁰⁶, venendo di rado approfondito nelle pronunce della Corte suprema.

Ciò non impedisce comunque di esaminare in via di estrema sintesi alcune importanti sentenze che si sono occupate di stabilire *limiti sul versante contenutistico-sostanziale al potere statale di criminalizzare e punire*. Pronunce nelle quali si sono sviluppati controlli che potremmo definire, nel nostro linguaggio, di c.d. *ragionevolezza intrinseca*, ove la legittimità della compressione dei diritti fondamentali dell’individuo tramite lo strumento penale è stata valutata in relazione ai beni giuridici protetti ed agli *scopi di tutela* perseguiti dalle norme sindacate.

Si tratta di decisioni riconducibili al “filone” di precedenti nel quale è stato in un primo momento affermato, e poi rifinito e ampliato nella sua portata, il diritto alla *riservatezza*, inteso in senso ampio, come diritto di libera autodeterminazione del singolo, senza che vi siano intrusioni dello Stato nell’intangibile sfera di libertà individuale¹⁰⁷.

Tale “*line of cases*” viene raramente intesa e rappresentata in chiave *stricto sensu* penalistica¹⁰⁸, benché gran parte delle normative censurate fosse di natura penale (si pensi alla criminalizzazione dell’aborto o dell’utilizzo di anticoncezionali).

Tra le decisioni più note e recenti rientra certamente *Lawrence v. Texas* del 2003¹⁰⁹.

¹⁰⁶ V., in una letteratura vastissima, D. Husak, *Overcriminalization*, cit., *passim*; D.J. Baker, *Constitutionalizing the Harm Principle*, in *Crim. Justice Ethics*, 2008, p. 3 ss., 15 ss.; B.L. Berger, *Constitutional Principles*, in AA.VV., a cura di M.D. Dubbert-T. Hornle, *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford, 2014, pp. 422-444.

¹⁰⁷ Precedenti citati *supra*, nt. 14.

¹⁰⁸ Per questo tipo di considerazioni v. M. Murray, *Griswold’s Criminal Law*, in *Conn. L. Rev.*, 2015, 1045 ss., in particolare 1061 ss.

¹⁰⁹ Con la quale la Corte suprema censurò, per contrasto con i principi di libertà, autonomia e dignità individuale del XIV Em., la disposizione di cui al codice penale texano (Tex. Penal Code § 21.06(a) (2003)), c.d. *anti-sodomy law*, che criminalizzava la condotta di chiunque “*si intrattiene in un rapporto sessuale deviante con un altro individuo dello stesso sesso*”. Sulla decisione v. L. Greenhouse, *Justices, 6-3, Legalize Gay Sexual Conduct in Sweeping Reversal of Court’s 86 Ruling*, June 27, 2003, disponibile all’indirizzo <http://www.nytimes.com/2003/06/27/us/supreme-court-homosexual-rights-justices-6-3-legalize-gay-sexual-conduct.html>; D. Husak, *Overcriminalization*, cit., pp. 140-41; E. Chemerinsky, *Constitutional Law*, cit., pp. 866-868. Per una traduzione in lingua italiana v. V. Varano - V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Vol. I, Terza ed., Torino, 2006, pp. 83-88.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

Il *reasoning* della pronuncia, estesa dal giudice Kennedy – che dispose l’*overruling* del controverso precedente *Bowers v. Hardwick*¹¹⁰ – fece leva sulle nozioni di libertà ed autonomia individuale, elaborate dalla Corte suprema nei numerosi precedenti già richiamati, per sancire l’incostituzionalità della norma.

L’unico legittimo interesse perseguito dallo Stato del Texas con la disposizione scrutinata – preservare i “valori morali tradizionali” prevalenti nella comunità – non fu ritenuto sufficiente a giustificare razionalmente un’intrusione significativa in una sfera, come quella dell’intimità e dell’espressione *in privato* delle proprie preferenze sessuali, così personale da non tollerare alcuna ingerenza da parte dello Stato.

La Corte non esplicitò quale “livello” di sindacato di costituzionalità stesse impiegando¹¹¹: non uno “scrutinio stretto”, giacché non fu “formalmente” attribuito rango di diritto fondamentale alla libertà di intraprendere rapporti omosessuali in privato (con tutte le conseguenze, per lo Stato, in punto di dimostrazione del c.d. *compelling state interest* e di c.d. *narrow tailoring* e *least restrictive means*); né un “*rational basis test*”, ossia un controllo minimale di razionalità rispetto agli scopi, che era stato ritenuto superato dalla Corte in *Bowers*, giacché la legge sindacata era stata considerata tale da perseguire in modo razionale l’obiettivo legittimo di far rispettare le opinioni della maggioranza in punto di immoralità dei rapporti omosessuali.

Diversamente, la Corte dichiarò che “*La disposizione normativa texana non persegue alcun legittimo interesse statale che possa giustificare la sua intrusione nella vita personale e privata dell’individuo*”.

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

¹¹¹ Ritengono si sia trattato di una forma più penetrante rispetto al tradizionale controllo di non manifesta irrazionalità (un c.d. *rational basis test with a bite*) E.T. Sullivan - R.S. Frase, *Proportionality Principles in American Law. Controlling Excessive Government Actions*, New York, 2008, pp. 65-66; sui c.d. *levels of scrutiny* nella *judicial review* statunitense: E.T. Sullivan- R.S. Frase, *Proportionality principles*, cit., pp. 53-66; E. Chemerinsky, *Constitutional Law*, cit., pp. 551-555 e 684-694; M.C. Dorf - T.W. Morrison, *The Oxford Introductions to U.S. Law. Constitutional Law*, cit., p. 142 ss.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

Il percorso argomentativo fu pressoché integralmente incentrato su una visione ampia della libertà protetta dal XIV Em.¹¹², in prospettiva dinamico-evolutiva.

Una metodologia d’analisi che viene severamente criticata nella *dissenting opinion* di Scalia¹¹³.

Infatti, secondo il giudice italoamericano – refrattario a ricavare “creativamente” dalla Costituzione *unenumerated* o *non-textual rights*¹¹⁴ – le linee guida ermeneutiche da seguire, per essere legittimati, come potere giudiziario, a desumere un diritto fondamentale dell’individuo

¹¹² Kennedy – si è rilevato – tratteggiò i contorni del diritto di riservatezza nella maniera più ampia possibile, superando i confini segnati dai precedenti della Corte suprema. Rispondendo alle obiezioni dei testualisti, secondo cui non poteva darsi un diritto di così vasta portata in assenza di disposizioni costituzionali espresse, Kennedy controbatté che i Padri Fondatori non avevano utilizzato un linguaggio specifico e “conclusivo”, poiché non pretendevano di conoscere “*le componenti della libertà nelle sue multiformi possibilità*”, ma “*sapevano che determinati periodi storici possono accecarci rispetto a certe verità e le generazioni successive possono vedere che normative una volta ritenute necessarie ed adeguate in realtà servivano soltanto ad opprimere. Visto che la Costituzione perdura, le persone in ogni generazione possono invocare i suoi principi nella propria ricerca di maggiore libertà*”, v. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 562, 578-579, cfr. M. Urofsky, *Dissent and the Supreme Court*, cit., pp. 379-380.

¹¹³ In via preliminare, per dire il vero, Scalia si concentrò, con severa critica, sull’incoerenza e sull’utilizzo “manipolativo” della *stare decisis doctrine* dimostrata dalla Corte in *Lawrence*. Tre giudici della maggioranza in *Lawrence* (Kennedy, Souter, O’Connor), infatti, undici anni prima, avevano confermato il “contenuto essenziale” di *Roe v. Wade* (la assai controversa decisione che riconobbe il diritto fondamentale all’aborto) nella decisione *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), facendo leva su argomenti basati in larga parte sull’importanza di aderire al precedente, allo scopo di preservare l’affidamento del singolo, la prevedibilità, la coerenza e la *durability* della legge, e, non da ultimo, la “legittimazione” della Corte come istituzione, le cui decisioni devono essere fondate su “qualcosa di più” che le mutevoli opinioni di nove (o cinque) individui. Tuttavia – rileva Scalia – in *Lawrence* la stessa “presunzione di validità”, che dovrebbe essere riconosciuta dalla Corte suprema alle proprie decisioni recentemente adottate, viene decisamente svalutata, ribaltando la recente sentenza *Bowers v. Hardwick*, v. K. Ring, *Scalia Dissents. Writings of the Supreme Court’s Wittiest, Most Outspoken Justice*, Washington D.C., 2004, p. 279 ss.

¹¹⁴ Scalia non ha mai nascosto la sua convinzione circa l’insussistenza di alcun fondamento, né nel testo della Costituzione né nella storia e nella tradizione di *common law*, dell’intera dottrina che attribuisce significato sostanziale alla clausola del giusto procedimento della sez. I, XIV Em., garantendo la protezione di determinati diritti non espressamente contemplati dal *Bill of Rights*: cfr. ad es. *City of Chicago v. Morales*, 527 U.S. 41, 85 (1999) e *United States v. Carlton*, 512 U.S. 26, 41-42 (1994).

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

dalla nozione di *libertà* del XIV Em., sono definite in maniera netta e precisa dai precedenti della Corte, e, soprattutto, dalla storia e dalla tradizione.

Nello specifico è la decisione *Washington v. Glucksberg*¹¹⁵ ad affermare che soltanto le limitazioni legislative ai diritti che sono “*profondamente radicati nella storia e nella tradizione di questa Nazione*” richiedono una forma di controllo più penetrante, mentre tutte le altre vanno verificate con un test poco rigoroso di non manifesta irrazionalità.

Pertanto, giacché la proibizione della sodomia gode di solido supporto tanto nella tradizione plurisecolare di *common law*, quanto nell’attuale legislazione di parte degli stati della Confederazione (13 stati, al momento in cui fu emessa la decisione), la Corte non può arrogarsi il diritto di effettuare arbitrariamente una scelta di valore che dev’essere lasciata alla dialettica democratica nei singoli stati.

La portata ampia dell’*holding* – ad avviso di Scalia – inoltre, minerebbe il fondamento giustificativo e la legittimità costituzionale di una pletera di normative, la c.d. legislazione penale morale, ossia le proibizioni di varie pratiche tradizionalmente ritenute immorali nelle giurisdizioni statali dalla maggioranza dei consociati, la cui validità era stata riaffermata con forza in *Bowers*: bigamia, incesto, prostituzione, masturbazione, adulterio, fornicazione, zoorastia e oscenità.

Tale catastrofica prospettiva, in realtà, non si sarebbe realizzata¹¹⁶.

Ciò che preme mettere in evidenza è però la metodologia di analisi applicata da Scalia per denegare la protezione costituzionale al ricorrente in *Lawrence* e che caratterizza nel complesso il suo approccio nella c.d. *constitutional adjudication on fundamental non-enumerated rights*, con importanti conseguenze (*negative*) su portata e limiti del controllo di costituzionalità delle norme penali sostanziali.

Piuttosto che “leggere” organicamente i precedenti in materia di *privacy*, valutando se il “nuovo” “*liberty interest*” in questione possa rientrare nel perimetro della nozione di libertà della *due process clause*, Scalia, al fine di limitare la discrezionalità giudiziale e di assicurare neutralità, scelte oggettive e rispettose del *political process*, valuta,

¹¹⁵ *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 706 (che afferma la conformità al XIV Em. alla Costituzione di uno *statute* dello Stato del Washington che criminalizzava il suicidio assistito anche per i malati terminali).

¹¹⁶ V. D.F. Piar, *Morality as a Legitimate Government Interest*, in *Penn. St. L. Rev.*, 2012, p. 139 ss.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

tramite una *historical analysis*, se tale diritto sia stato tradizionalmente “protetto dalla nostra società”¹¹⁷.

Nella complessa opera di ricostruzione della “tradizione di protezione” di un determinato interesse, Scalia afferma che per limitare ulteriormente la discrezionalità dei giudici occorre “riferirsi al più specifico livello al quale può essere individuata una tradizione che tuteli o neghi la protezione del diritto in questione”. Tale prospettiva, dei c.d. *livelli di generalità* – cioè come si caratterizza, a quale grado di astrattezza si configura inizialmente il diritto che si assume violato – è decisiva per giungere a ritenere uno specifico diritto fondamentale e dunque meritevole di protezione nell’alveo della *due process clause*¹¹⁸.

La differenza tra metodologie d’analisi è ben esemplificata dal raffronto tra i casi *Bowers* e *Lawrence*.

Nel primo, il giudice White nella *majority opinion* pose inizialmente la questione costituzionale nei seguenti termini: è rinvenibile nella Costituzione un diritto fondamentale dell’individuo ad avere rapporti sessuali con persone dello stesso sesso? La Corte esaminò dunque la storia del *common law*, le forti convinzioni morali delle comunità, espresse dagli *statutes* di parte significativa degli stati, che nel 1986 ancora criminalizzavano la pratica (ben 24), per giungere a ritenere che la disposizione normativa oggetto di scrutinio, volta a perseguire il legittimo interesse di preservare la moralità tradizionale della maggioranza, fosse dotata di sufficiente fondamento razionale e pertanto costituzionale, non dovendosi pretendere il soddisfacimento di alcun “*onere di persuasione*” ulteriore da parte dello Stato.

Il giudice Kennedy in *Lawrence* – diversamente – partendo dalla ricognizione delle ampie nozioni di autonomia personale e libertà di autodeterminazione soggettiva riconosciute nel consolidato filone di precedenti in materia di diritto di *privacy*¹¹⁹ e esprimendo la convinzione

¹¹⁷ La metodologia d’analisi “*iper-restrittiva*” volta a desumere diritti e libertà fondamentali dalla *due process clause* del XIV em. viene compiutamente elaborata da Scalia nella *plurality opinion* del noto caso *Michael H. v. Gerald D.*, 491 U.S. 110 (1989), con cui la Corte Suprema negò la natura di *fundamental right* al diritto del padre biologico a mantenere un rapporto con la propria figlia naturale concepita in un rapporto adulterino.

¹¹⁸ L.H. Tribe-M.C. Dorf, *Leggere la Costituzione*, cit., pp. 99-109.

¹¹⁹ Si citano in particolare *Griswold v. Connecticut*, *Eisenstaad v. Baird* e *Roe v. Wade*. La libertà protetta dal XIV Em. – si argomenta – è sufficientemente ampia da ricomprendere il diritto di scegliere di avere rapporti sessuali con persone dello stesso sesso in privato. Per una ricostruzione più approfondita dell’evoluzione del diritto di

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

che *Bowers* fosse stata decisa in modo nettamente sbagliato¹²⁰, si concentrò sui trend legislativi più recenti negli U.S.A. (ritenuti maggiormente indicativi rispetto ad un’analisi puramente storica¹²¹) e nella comunità internazionale, che evidenziavano un progressivo affievolirsi di ogni ipotizzabile valido interesse statale alla criminalizzazione delle condotte di sodomia consensuale commesse in privato.

L’orientamento interpretativo integralmente fondato sulla “tradizione di protezione al più specifico livello possibile di un determinato diritto da parte della società” propugnato da Scalia è stato sottoposto a fondate critiche¹²².

Da un lato, poiché sostanzialmente inidoneo a garantire la tutela dei diritti fondamentali rispetto agli abusi di discrezionalità delle maggioranze in sede legislativa¹²³, dall’altro non essendosi mostrato in grado di perseguire lo scopo prefissato, ossia limitare efficacemente la discrezionalità dei giudici, che – si osserva – non potranno che fare affidamento sulle proprie preferenze politiche, valori e predilezioni soggettive nel selezionare le tradizioni e i livelli di generalità rilevanti.

privacy nell’alveo della dottrina del *substantive due process* v. L. Fabiano, *Le categorie sensibili dell’eguaglianza negli Stati Uniti d’America*, Torino, 2009, pp. 149-175.

¹²⁰ Proprio a partire dalla formulazione iniziale della questione, che “rivela come la Corte non sia riuscita ad apprezzare la portata della libertà in gioco. Affermare che la questione in *Bowers* fosse semplicemente relativa al diritto di porre in essere certe condotte sessuali sminuisce la rivendicazione proposta dall’individuo, proprio come sminuirebbe una coppia sposata se si affermasse che il matrimonio riguarda soltanto il diritto ad avere rapporti sessuali”.

¹²¹ V. E.G. Spitko, *A Critique of Justice Antonin Scalia’s Approach to Fundamental Rights Adjudication*, in *Duke L.J.*, 1990, pp. 1337 ss., 1349 ss.

¹²² L.H. Tribe-M.C. Dorf, *Leggere la Costituzione*, cit., p. 131 ss.

¹²³ Tradendo così il significato originario del XIV Em., che, come noto, fu ratificato dopo la Guerra di Secessione, nel 1868, con lo scopo precipuo il proteggere gli afroamericani dalla discriminazione della maggioranza di cittadini bianchi. La *ratio* della disposizione costituzionale viene dunque tendenzialmente svuotata se – come procede Scalia – per determinare contenuto e portata dei diritti fondamentali si fa riferimento alla tradizione, definita prevalentemente in base alla morale convenzionale della maggioranza espressa nelle scelte legislative: v. L. Tribe, *American Constitutional Law*, New York, 1988, § 15-3, p. 1311; J.H. Ely, *Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review*, Cambridge, 1980, p. 69; E. Chemerinsky, *The Supreme Court, 1988 Term-Foreword, The Vanishing Constitution*, in *Harv. L. Rev.*, 1989, p. 44 ss., 88; E.G. Spitko, *A Critique of Justice Antonin Scalia’s*, cit., p. 1352 ss.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

Si mostra allora preferibile – anche in ambito penale – un approccio più simile a quello fatto proprio da Kennedy nell’opinione di maggioranza in *Lawrence*.

Nell’attribuire *ab initio* un grado di generalità più elevato al diritto in questione, collegandolo alle pregnanti affermazioni circa la sussistenza di determinati diritti fondamentali non-testuali riconducibili alla sfera individuale, rinvenibili nei precedenti della Corte, Kennedy si pone in continuità con la teoria del “*continuum* razionale” o del “giudizio ragionato”, enunciata per la prima volta dal giudice Harlan II nel parere contrario in *Poe v. Ullman*¹²⁴.

In base a tale metodologia, la libertà protetta dalla clausola del giusto procedimento sostanziale non deve essere limitata soltanto ai riferimenti testuali precisi degli emendamenti alla Dichiarazione dei Diritti¹²⁵ o alla tradizione storica di protezione di un determinato diritto, al livello più specifico possibile, ma presuppone necessariamente un *collegamento sistematico* tra diversi diritti e sfere di protezione, da sviluppare attraverso un “giudizio ragionato” e di stampo casistico, proprio della cultura giuridica di *common law*¹²⁶.

In conclusione, occorre ribadire che il metodo interpretativo di Scalia, specialmente in materia di *substantive due process*, corrisponde ad una assai riduttiva *concezione istituzionale* del ruolo della Corte

¹²⁴ V. *supra* nt. 14; in dottrina v. S.M. Griffin, *Il costituzionalismo americano*, cit., pp. 294-295; L.H. Tribe-M.C. Dorf, *Leggere la Costituzione*, cit., pp. 104-106.

¹²⁵ Anche se nella storia non sono mancati tentativi in tal senso: il più noto è certamente quello del giudice Douglas in *Griswold v. Connecticut*, dove elaborò la nozione di “*penumbra rights*” rispetto ai diritti testualmente previsti dagli emendamenti della Dichiarazione dei diritti per rinvenire un diritto di riservatezza: “*determinate garanzie contemplate dalla Dichiarazione dei diritti presentano zone grigie, che si vengono a determinare per un processo di derivazione dalle predette garanzie che concorrono ad attribuirvi esistenza e sostanza*”; meno nota, ma più influente nel dibattito successivo, l’opinione concorrente nel medesimo caso del giudice Goldberg, che tentò di ancorare il diritto di *privacy*, e più in generale la possibilità per la Corte di proteggere in forza della dottrina del giusto procedimento sostanziale diritti fondamentali impliciti, alla clausola del IX Em., che dispone: “*Alcuni diritti elencati nella Costituzione non potranno essere interpretati in modo tale da negare o misconoscere altri diritti goduti dai cittadini*”.

¹²⁶ Un orientamento “*cautamente conservatore verso la generalizzazione – molto meno tradizionalista di quello del giudice Scalia, in ogni caso*”, in grado di cercare e ricavare “*strutture unificatrici per diritti specifici a un livello intermedio di generalizzazione, ricavandolo direttamente da punti di riferimento testuali*”, così L.H. Tribe-M.C. Dorf, *Leggere la Costituzione*, cit., p. 156.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

Suprema (e del potere giudiziario) nell’ordinamento e nella storia della società statunitense¹²⁷.

Una concezione che porta a ritenere, in antitesi rispetto ad Harlan, che il riferimento alla *tradizione* sia funzionale a perseguire l’obiettivo “di impedire che le generazioni future mettano da parte con leggerezza valori importanti e tradizionali: non quello di autorizzare la Corte ad inventare nuovi valori”, opponendo così una barriera invalicabile alla Corte nel riconoscimento di nuovi diritti fondamentali violati dagli Stati.

Posizione che si discosta radicalmente dall’idea di fondo che il costituzionalismo americano sia caratterizzato da una tradizione progressista e libertaria – ben identificabile nelle posizioni espresse da Harlan e Kennedy – preordinata alla protezione dei diritti minacciati da una qualche nuova forma di ingerenza dei poteri di governo; e che – non è difficile intuirlo – può avere conseguenze assai negative in ambito penale, lasciando l’individuo in completa balia della c.d. *majoritarian passion*, come gli orientamenti di Scalia nei diversi filoni giurisprudenziali sembrano confermare.

5. *Substantive due process e libertà fondamentali: le posizioni di Scalia*

Il contributo più genuinamente “garantista” offerto da Scalia nel corso della sua straordinaria carriera, è forse riconducibile ad alcuni settori della c.d. “*constitutional law of criminal procedure*”¹²⁸. Sono in particolare tre quelli che vale la pena richiamare per cenni in questa sede, dove, grazie al “recupero” dell’*Original Meaning* ed ad una lettura “purista” di principi, tradizioni e istituti di *common law*, Scalia ha non di rado fatto “lievitare” lo statuto delle protezioni costituzionali per i *criminal suspects* e *criminal defendants*.

¹²⁷ V. M. Urofsky, *Dissent and the Supreme Court*, cit., p. 381.

¹²⁸ V. ad es. D.M. Dorsen, *Antonin Scalia, Part-Time Liberal*, all’URL https://www.washingtonpost.com/opinions/antonin-scalia-part-time-liberal/2017/01/26/96ed337e-e28b-11e6-a547-5fb9411d332c_story.html?utm_term=.1ceb5af2e7eb, 26 gennaio 2017. Ciò non può stupire, se si considera come nel mondo anglosassone, storicamente, a partire dal *Writ of Habeas Corpus* medievale e dall’*Habeas Corpus Act* del 1679, le garanzie in materia penale abbiano assunto vesti prevalentemente procedurali, v. V. Zeno-Zencovich, *Comparative Legal Systems. A Short Introduction*, Roma, 2017, pp. 61-62.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

5.1. Divieto di perquisizioni e sequestri ingiustificati

Egli – benché fosse notoriamente ostile ai c.d. *Miranda Warnings* e alla c.d. *exclusionary rule*¹²⁹ – ha talvolta fornito un contributo considerevole al rafforzamento delle garanzie di cui al IV Em.¹³⁰ alla Costituzione federale, previsione che proibisce perquisizioni e sequestri irragionevoli.

Occorre concentrarsi su tre precedenti, nei quali il giudice originalista è riuscito a persuadere la maggioranza dei colleghi a coadiuvare l’incerto test giudiziale basato sulla “*reasonable-expectation-of-privacy*”¹³¹, con l’utilizzo di regole più chiare e definite, fondate sulla figura di illecito nel *common law* del *trespass*¹³², posta a presidio della *privacy* e dei diritti di proprietà della persona.

¹²⁹ Poiché le “regole” create e ampliate in sede pretoria dalla *Warren Court* in *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966) e *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961) non trovano, a suo avviso, alcun fondamento nel dato testuale costituzionale e comportano costi eccessivi (rimessione in libertà di molti rei) rispetto ai benefici che garantiscono (massima tutela delle garanzie procedurali e prevenzione degli abusi dell’autorità inquirente). Con la prima, celeberrima, sentenza la Corte suprema affermò che il c.d. *privilege against self incrimination* di cui al V Emendamento impone alle forze di polizia, pena l’inutilizzabilità delle dichiarazioni, l’obbligo di fornire preventivamente gli avvisi (i c.d. *Miranda Warnings*) all’arrestato sui propri diritti. Nella seconda decisione i giudici supremi decretarono l’inutilizzabilità di tutte le prove “ottenute illegalmente”, in violazione delle disposizioni del IV Emendamento, anche da parte delle forze di polizia statali, ampliando in modo significativo, tramite la c.d. *incorporation* del IV Em. agli Stati per mezzo della *due process clause* del XIV Em., la portata applicativa dell’*exclusionary rule*, prima limitata nella sua applicabilità all’azione del governo federale (*Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914)). Sulle ragioni dell’ostilità di Scalia verso tali pronunce v. B. Friedman, *How Did Justice Scalia Shape*, cit., p. 1 ss.

¹³⁰ Che recita: “*Non potrà essere violato il diritto dei cittadini di godere della sicurezza personale, della loro casa, delle loro carte e dei loro beni, di fronte a perquisizioni e sequestri ingiustificati; e non si rilasceranno mandati di perquisizione se non su fondati motivi sostenuti da giuramento o da dichiarazione solenne e con descrizione precisa del luogo da perquisire e delle persone da arrestare o delle cose da sequestrare*”.

¹³¹ Elaborato nell’importante precedente *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967)

¹³² Su tale fattispecie v. L. Sacharoff, *Trespass and Deception*, in *BYU L. Rev.*, 2015, p. 359 ss.; M. Papa, *La tutela penale del patrimonio nel diritto anglo-americano*, Torino, 2013, pp. 60-62.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

In *Kyllo v. United States*¹³³ l’opinione della Corte, vergata da Scalia, qualificò come “perquisizione” (*search*) ai fini costituzionali l’utilizzo a scopi investigativi della c.d. termografia a raggi infrarossi, un peculiare mezzo intrusivo, volto a rilevare dall’esterno il calore promanante dalle mura domestiche, per accertare se alcuni punti fossero più caldi, e quindi desumere che all’interno vi fosse una attività di coltivazione di marijuana.

Osservato che lo strumento costituiva una “singolare” modalità di perquisizione, in assenza di regolare mandato essa doveva ritenersi presuntivamente irragionevole, e pertanto incostituzionale. Ciò in base alla ragionevole aspettativa di *privacy* all’interno delle mura domestiche, dovendosi ritenere precluso al *law enforcement* avvalersi di tecnologie “insidiose”, non disponibili al pubblico, a prescindere dal fatto che esse “oltrepassino” fisicamente, o meno, i muri dell’edificio di riferimento¹³⁴.

Un ulteriore pronunciamento che ha ampliato la portata del divieto del IV Em. è senza dubbio *United States v. Jones*¹³⁵. Nell’ambito di una indagine federale relativa al reato di *drug conspiracy* la polizia aveva attaccato dei rilevatori GPS alla parte inferiore del veicolo di un sospettato. Piuttosto che valutare i fatti domandandosi se l’attività di indagine avesse invaso eccessivamente la “ragionevole aspettativa di riservatezza” del soggetto, Scalia si chiese se l’intrusione fisica posta in essere potesse integrare gli estremi del reato di *trespass* all’epoca della fondazione. Tramite una meticolosa analisi testuale del IV Em. – che protegge, tra l’altro, anche gli “*effects*” dell’individuo – e di numerosi antichi *common law cases* inglesi, si concluse che “*senza alcun dubbio una intrusione fisica di tal fatta sarebbe stata ritenuta una perquisizione secondo il significato del Quarto Emendamento quando esso fu adottato*”: un’interpretazione espansiva della protezione costituzionale, in un contesto importante, visto il notevole impatto nella prassi applicativa¹³⁶.

¹³³ *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001)

¹³⁴ Sul caso v. AA.VV., R. Gambini Musso (a cura di), *Il processo penale statunitense*, cit., p. 9; J.I. Davoli, *Justice Scalia*, cit., p. 749; C. Mason, *Will Gorsuch Be Another Scalia on Criminal Justice Issues? Not Likely*, disponibile all’URL <https://thecrimereport.org/2017/02/01/will-gorsuch-be-another-scalia-on-criminal-justice-issues-not-likely/>, 1 febbraio 2017, 2-3; S. Bibas, *Justice Scalia’s Originalism and Formalism*, cit., pp. 9-10.

¹³⁵ *United States v. Jones*, --- U.S. ---, 132 S. Ct. 945 (2012)

¹³⁶ V. C. Mason, *Will Gorsuch Be*, cit., p. 4.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

Da ultimo, occorre menzionare *Florida v. Jardines*¹³⁷, nella quale venne invalidato l’impiego – in assenza di regolare mandato sottoscritto dal giudice (*warrantless*) – di un cane antidroga sul cancello di una residenza privata. L’iter logico-giuridico si caratterizzò ancora una volta per l’utilizzo del c.d. *physical trespass test*: guardando alle regole di *common law* riguardanti l’illecito del *trespass* e il “permesso implicito” conferito agli agenti pubblici che si avvicinano alla porta della privata dimora allo scopo di parlare, si osservò che “l’autorizzazione di un pubblico ufficiale di raccogliere informazioni viene limitata improvvisamente quando egli esce dalle strade pubbliche principali ed entra nelle zone protette dal Quarto Emendamento”, che, conformemente al testo della clausola, comprende la “casa” dell’individuo.

Tale decisione ha posto un freno a quelle diffuse “strategie investigative” denominate *knock-and-talk* (in questo caso ancora ampliate al “*knock and sniff*”), in cui la polizia si avvantaggia della presunzione di consenso da parte del proprietario della casa – in forza della *trespass law* tradizionale – non per lo scopo consentito, ovvero parlare, ma per raccogliere informazioni ed elementi utili alle indagini¹³⁸.

Nel complesso, se si tengono in considerazione anche alcune note opinioni dissenzienti¹³⁹, deve rilevarsi che Scalia ha applicato con forza il VI Em., prendendo le mosse, nella sua analisi, dal testo della clausola e dai fondamenti del *common law*.

Ciò lo ha portato a prediligere regole chiare e tendenzialmente categoriche, rispetto a test di matrice giudiziale ad alto rischio di soggettivismo. Questo approccio – si osserva – presenta però alcuni svantaggi, comuni peraltro all’impresa originalista *tout court*: la sua rigidità aumenta le difficoltà quando si ha a che fare con fenomeni contemporanei¹⁴⁰.

¹³⁷ *Florida v. Jardines*, --- U.S. ---, 133 S. Ct. 1409 (2013)

¹³⁸ Sul caso v. C. Mason, *Will Gorsuch Be*, cit., p. 5; AA.VV., *Justice Antonin Scalia: His Jurisprudence*, cit., p. 17; S. Bibas, *Justice Scalia’s Originalism and Formalism*, cit., pp. 9-10.

¹³⁹ Si prenda ad esempio la *dissenting opinion* nel caso *Maryland v. King*, 133 S. Ct. 1958, 1980 (2013), nella quale Scalia censurò la pratica di prelevare campioni di DNA con tamponi facciali nei confronti degli arrestati – per ogni tipo di reato *grave* – pur in assenza di alcun *sospetto specifico in relazione al reato per il quale il soggetto era stato arrestato*, e dunque soltanto allo scopo di accertare responsabilità per altri crimini, ritenendola una perquisizione ingiustificata in violazione del IV Em.

¹⁴⁰ S. Bibas, *Justice Scalia’s Originalism and Formalism*, cit., p. 10.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici "originalisti" e limiti costituzionali al punire nell'interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

5.2. Confrontation clause e diritto ad un processo mediante giuria

La nostra attenzione si sposta ora sul VI Em. della Dichiarazione dei Diritti¹⁴¹, che contempla numerose protezioni processuali per l'accusato. Alcune sentenze di Scalia hanno propugnato un'interpretazione estensiva di due clausole in particolare: il diritto *ad un processo da parte di una giuria* e il diritto *a essere messo a confronto con i testimoni a carico*.

Per quanto attiene alla c.d. *Confrontation Clause*, in *Crawford v. Washington*¹⁴², si sono rinvigoriti i principi di oralità, di immediatezza e del contraddittorio, caratteri essenziali del rito accusatorio, sovvertendo decenni di precedente¹⁴³, attraverso la consueta valorizzazione del disposto letterale e della *ratio* originaria per cui la disposizione fu adottate nel *common law* inglese.

La Corte Suprema, più specificamente, aveva abbandonato il significato letterale della regola costituzionale secondo cui *"In ogni*

¹⁴¹ Che dispone: *"In ogni procedimento penale, l'accusato avrà diritto a un sollecito e pubblico processo da parte di una giuria imparziale dello Stato e del distretto in cui il reato è stato commesso e la cui competenza giurisdizionale sarà preventivamente stabilita con legge; e avrà diritto a essere informato della natura e del motivo dell'accusa, a essere messo a confronto con i testimoni a carico, a ottenere di far comparire i testimoni a suo favore, e a farsi assistere da un avvocato per la sua difesa"*.

¹⁴² *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004). Crawford era imputato di aggressione e tentato omicidio per avere accoltellato un uomo, che, a suo dire, aveva provato ad usare violenza nei confronti di sua moglie Sylvia. Quest'ultima non testimoniò dinnanzi alla giuria statale invocando il c.d. *marital privilege*. La pubblica accusa riprodusse dinnanzi ai giurati una registrazione audio nella quale Sylvia incriminava il marito, indubbiando la sua affermazione di avere agito per legittima difesa, senza che questi potesse controesaminarla. La Suprema Corte statale confermò la condanna di Crawford sulla base della ritenuta ammissibilità delle dichiarazioni, giudicate affidabili, poiché la donna era testimone oculare diretta, aveva descritto eventi recenti e era stata interrogata da un ufficiale di polizia "neutrale".

¹⁴³ Nella sentenza *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980), la Corte suprema statui che le dichiarazioni acquisite al di fuori del processo potevano essere ammesse nella misura fossero presenti determinati "indici di affidabilità", in particolare se la prova dichiarativa rientrasse in una *"firmly rooted hearsay exception"* (per la testimonianza *de relato*/indiretta, dimostrando l'indisponibilità del testimone diretto), ovvero in altre ipotesi, se potessero essere dimostrate *"particularized guarantees of trustworthiness"*, ossia dettagliate garanzie di attendibilità.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

procedimento penale, l'accusato avrà diritto ... a essere messo a confronto con i testimoni a carico”, consentendo all’accusa di introdurre dichiarazioni accusatorie rese al di fuori del processo, nella misura in cui queste rientrassero in una “*firmly rooted hearsay exception*” (e il testimone diretto fosse indisponibile per l’esame) o fossero dotate di “*dettagliate garanzie di attendibilità*”.

In tal modo, confondendo le regole probatorie sulle letture consentite con il disposto costituzionale, si diede forma ad una *presunzione relativa* a favore della testimonianza, superabile attraverso complesse ed altamente discrezionali valutazioni giudiziali sull’affidabilità/attendibilità delle dichiarazioni (c.d. *multifactor balancing tests*), tali da ingenerare imprevedibili esiti applicativi.

Uno sviluppo che si poneva in netto contrasto sia con l’origine storica della clausola nel *common law* inglese¹⁴⁴, sia con il *plain meaning* della previsione.

Il dato testuale “*l'accusato avrà diritto ... a essere messo a confronto con i testimoni a carico*”, infatti, lungi dal contemplare una mera presunzione in favore della testimonianza orale e dall’affidare al giudice una complessa valutazione di attendibilità sostanziale, prevede una chiara *regola procedurale* (non uno standard implicante complessi bilanciamenti) sulle *modalità* di accertamento della verità (*a procedural guarantee of adversarial testing*)¹⁴⁵.

Scalia rimprovera al diritto vigente – a partire da *Ohio v. Roberts* – di essersi distaccato ingiustificatamente dal significato letterale e dal *background* storico della disposizione costituzionale, a detrimento dei diritti degli imputati e della certezza del diritto¹⁴⁶.

In questa sede non è possibile esaminare gli ulteriori sviluppi e criticità che la decisione in *Crawford* ha determinato nei casi successivi, soprattutto rispetto a quali prove possono ritenersi “*testimonial*”,

¹⁴⁴ Come si evidenzia in dottrina (S. Bibas, *Justice Scalia's Originalism and Formalism*, cit., p. 6) la garanzia testuale della *confrontation clause* trae le sue origini nella tradizione accusatoria di *common law* inglese, che si è sempre basata sulla verifica dell’attendibilità del testimone tramite l’esame incrociato dinanzi alla corte, diversamente dall’introduzione di dichiarazioni extraprocessuali proprie dei sistemi inquisitori.

¹⁴⁵ Cfr. *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36, 61, 68 (2004)

¹⁴⁶ Come riassume con il suo consueto sarcasmo, “*fare a meno dell’esame incrociato perché la testimonianza è ovviamente attendibile è come fare a meno del processo con la giuria perché l’imputato è evidentemente colpevole*”.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

richiedendo le garanzie dell’esame incrociato¹⁴⁷; ciò che rileva è piuttosto sottolineare è l’effetto di rafforzamento delle garanzie processuali attraverso l’impiego del metodo interpretativo originalista.

Come si è precisato, tramite un sapiente connubio di originalismo e formalismo (entrambi a discapito dell’ossequio alla *stare decisis doctrine*), si superano le molteplici problematicità della disciplina previgente¹⁴⁸.

La decisione, dunque – oltre ad essere *pro-defendant* nell’esito – si mostra di interesse, in quanto ben manifesta la tensione che sovente viene a crearsi tra *originalism* e *stare decisis*. Quando le decisioni consolidate della Corte suprema si allontanano troppo dalla lettera della Costituzione e dal contesto storico d’adozione, rischia di verificarsi uno scenario dominato da incoerenza, instabilità e imprevedibilità applicativa, valori antitetici a quelli che il rispetto del precedente mira a preservare. In tali circostanze, l’ossequio al precedente – che non è un “*inexorable command*” – può recedere, tramite la preminente valorizzazione di altri “*intepretative tools*”, quali, appunto, il testo e la *ratio* storica, allo scopo di limitare il pericolo dell’eccesso di discrezionalità giudiziale¹⁴⁹.

Occorre ora passare ad esaminare, da ultimo, come Scalia ha affrontato l’interpretazione del diritto individuale “*ad un processo da parte di una giuria*”.

Giova anticipare, come punto di partenza, che il giudice italoamericano attribuiva assoluta centralità all’istituzione della giuria ed al suo ruolo – di “contrappeso” democratico rispetto al *government power* – nella struttura della democrazia e dell’ordinamento costituzionale statunitense.

Ciò, anzitutto, per ragioni storiche e testuali-costituzionali.

Tale salvaguardia, infatti, compare sia all’art. III, § 2, clausola 3 della Costituzione: “*Il procedimento per tutti i reati, salvo nei casi di impeachment, dovrà avvenire mediante giuria*”, sia, come detto, nel *Bill*

¹⁴⁷ Una rassegna in S. Bibas, *Justice Scalia’s Originalism and Formalism*, cit., p. 7.

¹⁴⁸ Lo rileva S. Bibas, *Originalism and Formalism in Criminal Procedure: The Triumph of Justice Scalia, the Unlikely Friend of Criminal Defendants*, in *Geo. L. J.*, 2005, p. 183 ss., pp. 192-193.

¹⁴⁹ Sulle complesse interazioni tra *constitutional stare decisis* e originalismo, v. R.J. Kozel, *Settled v. Right*, cit., pp. 62-69, 85-90, 165-173.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

of Rights al VI Em, e pertanto gode di uno *status* privilegiato tra i diritti costituzionali¹⁵⁰.

Sono dunque ragioni dettate da equilibri “strutturali” e dall’allocazione delle funzioni tra giudici togati e giuria, ad informare le posizioni di fondo espresse da Scalia.

La *line of cases* nella quale emerge più nitidamente questa posizione è certamente quella riguardante i principi costituzionali della c.d. *sentencing procedure*, che governano la fase della commisurazione della pena nel processo “bifasico” statunitense¹⁵¹.

La questione controversa verte in particolare su quale soggetto istituzionale, tra giudice e giuria, e tramite l’applicazione di quale *standard* probatorio – l’“oltre ogni ragionevole dubbio” (*beyond a reasonable doubt*), ovvero il meno protettivo “più probabile che non” (c.d. *preponderance of evidence*) – abbia il potere di accertare quegli elementi che non sono normativamente (*statutorily*) essenziali per la sussistenza del reato (c.d. *elements of the crime*), ma che nondimeno, qualora ritenuti sussistenti, comportano l’aumento della sanzione inflitta *oltre il limite massimo edittale della pena* prevista per il reato accertato dalla giuria nel verdetto reso in esito alla fase di *fact-finding*.

Si tratta dei c.d. *sentencing factors*, elementi “accidentali” che incidono significativamente sulla risposta sanzionatoria e che tradizionalmente potevano non essere contemplati nell’*indictment* (il capo d’imputazione formulato dal *prosecutor*) e devoluti alla verifica della giuria, ben potendo i giudici, anche successivamente ed “oltre i limiti” segnati dal verdetto di colpevolezza, ritenerli sussistenti, e modificare discrezionalmente l’entità della pena da irrogare in concreto, sulla base del c.d. *pre sentence report*¹⁵².

Una pratica, questa, che era stata a più riprese giudicata legittima dalla Corte suprema, sulla scorta di un approccio pragmatico,

¹⁵⁰ Si vedano le decisioni *Neder v. United States*, 527 U.S. 1, 30-31 (1991) e *Blakely v. Washington*, 542 U.S. 296, 306 (2004)

¹⁵¹ Sul tema v. almeno AA. VV., *Sentencing Law and Policy: Cases, Statutes and Guidelines*, New York, 2007; nella letteratura italiana, Mannozi G., *Razionalità e “giustizia” nella commisurazione della pena: il just desert model e la riforma del sentencing nordamericano*, Padova, 1996, *passim*; Id., *Sentencing*, (voce) in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. XIII, Torino, 1991 (agg. 1997).

¹⁵² Documento redatto dai *probation officers* contenente le informazioni sui precedenti arresti, condanne ed in generale sulla storia criminale del reo; per la definizione normativa federale v. l’URL <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/3552>.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

funzionalista e anti-formalistico – ad alto rischio di soggettivismo – che riponeva grande fiducia nelle capacità tecniche e nel ragionevole esercizio di discrezionalità del giudice, inteso come “professionista della decisione”¹⁵³.

Scalia, già a partire da un’opinione dissenziente in un caso poco noto¹⁵⁴, iniziò un’opera di persuasione dei suoi colleghi – basata su argomenti storico-letterali – evidenziando come un’interpretazione siffatta tradisse di fatto il significato originario ed il testo della *jury trial clause*, a detrimento delle garanzie degli imputati, che devono essere giudicati da cittadini loro “pari” e sottoposti a sanzioni prevedibili (c.d. *fair notice*).

Il nostro riuscì a conquistare la maggioranza del collegio due anni dopo, nell’importante caso *Apprendi v. New Jersey*¹⁵⁵.

La Corte si trovava a dovere giudicare un soggetto, Charles Apprendi appunto, che aveva aperto il fuoco contro una famiglia afroamericana. Egli in primo grado si era dichiarato colpevole (*guilty plea*) del reato di “*second-degree possession of a firearm for an unlawful purpose*”, punito con una cornice edittale (*statutory range*) da cinque a dieci anni di reclusione, in base alla normativa statale. Il *trial judge* appurò tuttavia che vi era prova che il delitto di Apprendi era stato motivato da odio razziale (applicando lo standard di prova meno esigente della *preponderance of evidence*). In applicazione di una “*hate crime law*” statale del New Jersey il *trial judge* applicò un aumento del carico sanzionatorio di due anni (*enhanced sentence*), condannando l’imputato a dodici anni di reclusione per il reato di possesso da arma da fuoco, aggravato dalla motivazione di odio razziale. La *Supreme Court* invalidò la condanna, ritenendola in violazione del diritto alla determinazione di colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio tramite l’accertamento di una giuria, di cui alla *due process clause* del V Em. ed al diritto al *jury trial* del VI Em., applicato agli stati tramite la *due process clause* del XIV Em. Si statui il principio di diritto secondo cui ogni fatto (tranne le precedenti condanne penali) che determina un aumento di pena oltre il massimo edittale previsto dalla legge deve essere sottoposto ad una giuria, e provato oltre ogni ragionevole dubbio.

¹⁵³ Si veda ad es. la decisione *McMillan v. Pennsylvania*, 477 U.S. 79, 85-86 (1986)

¹⁵⁴ Nel caso *Almendarez-Torres v. United States*, 523 U.S. 224 (1998)

¹⁵⁵ 530 U.S. 466 (2000)

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

L’*opinion of the Court*¹⁵⁶ fu basata su argomentazioni in larga parte “originaliste”, quali l’importanza della funzione della giuria ed il limitato ruolo del giudice all’epoca della fondazione.

Scalia, concorrendo nell’esito decisivo, si soffermò sulle ragioni che imponevano tale interpretazione, in antitesi rispetto al contingente c.d. “*professional sentencing trend*”, che aveva devoluto ai giudici, vincolati dalle c.d. *sentencing guidelines*, sempre maggiore spazio di intervento nell’individuare *sentencing factors* avulsi dagli originari limiti edittali massimi di pena e da quanto accertato nel verdetto della giuria¹⁵⁷.

Il “*core holding*” di *Apprendi* – figlio del *revival* della *jury trial clause* promosso da Scalia – fu successivamente ampliato in altre decisioni della Corte.

¹⁵⁶ Che fu estesa dal giudice di orientamento progressista John Paul Stevens. L’insolita coalizione di maggioranza in *Apprendi* era formata da due giudici apertamente progressisti (Stevens, Ginsburg), un giudice conservatore moderato, di nomina repubblicana, con tendenze libertarie (Souter) e due arciconservatori originalisti (Scalia e Thomas). Interessante rilevare, insieme alla dottrina (S. Bibas, *Justice Scalia’s Originalism and Formalism*, cit., p. 8), che in *Apprendi*, come nei successivi casi affrontati in questa *line of precedents*, che hanno rivitalizzato il diritto ad essere giudicato da una giuria in base ad una lettura originalista del VI Em., gli schieramenti in seno al supremo collegio non rispecchiano assolutamente le ideologie e l’orientamento politico dei giudici, essendo determinati piuttosto dai diversi approcci interpretativi “di scuola” alle disposizioni legislative e costituzionali: formalista, più attento a stabilire regole chiare e categoriche, da un lato (Stevens, Souter, Ginsburg, Scalia, Thomas, ed oggi Sotomayor e Kagan); “pragmatista”, e dunque più incline ad affidare complesse valutazioni discrezionali e di scopo al giudice, tramite *balancing tests*, dall’altro (Rehnquist, O’Connor, Kennedy, Breyer, e attualmente Alito e il presidente Roberts).

¹⁵⁷ *Apprendi v. New Jersey*, 530 U.S. 466, 498-499 (2000), “*I giudici, dobbiamo ogni tanto ricordarcelo, sono parte dello Stato ... i fondatori della Repubblica Americana non erano pronti a lasciare l’amministrazione della giustizia penale interamente allo Stato ... Ciò che in definitiva demolisce l’argomento dei dissenzienti è che loro non sono in grado di dire che cosa garantisce il diritto ad un processo con giuria se, come affermano, esso non protegge – quello che si è sempre pensato esso proteggesse nel corso della nostra storia – il diritto di avere una giuria ad accertare quei fatti che determinano la pena massima che la legge consente ... la Costituzione significa quello che dice. E la garanzia che ‘In ogni procedimento penale, l’accusato avrà diritto a un processo da parte di una giuria imparziale’ non ha alcun contesto comprensibile a meno che essa non significhi che tutti i fatti che devono esistere allo scopo di assoggettare l’imputato ad una pena legalmente prescritta devono essere accertati dalla giuria*”.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

Da menzionare un importante *capital case*, *Ring v. Arizona*¹⁵⁸, nel quale il giudice Ginsburg, scrivendo per la Corte e facendo *overruling*¹⁵⁹, censurò per violazione del “diritto ad un processo mediante giuria” la pratica sanzionatoria dell’Arizona, che concedeva al *sentencing judge* (oltre quanto era stato stabilito nel verdetto di colpevolezza della giuria) il potere di accertare la sussistenza di un *aggravating factor* (nello specifico, lo “scopo di lucro” dell’omicidio volontario), tale da determinare l’irrogazione della pena capitale, invece che dell’ergastolo senza possibilità di libertà condizionale¹⁶⁰.

Scalia condivise *in toto* la pronuncia, ma scrisse separatamente, rimarcando una volta di più le sue idee sul ruolo fondamentale della giuria e sulla necessità di non cedere il passo davanti a una “frode delle etichette”, come quella tra “*elements of the offense*” e “*sentencing factors*”, e all’aumento incontrollato del potere dei giudici¹⁶¹.

In un pronunciamento di poco successivo – il già citato *Blakely v. Washington* – nella decisione di maggioranza da lui redatta, si giunse al “coronamento” di questo percorso.

¹⁵⁸ 536 U.S. 584 (2002). Sull’importanza della decisione e sui successivi sviluppi giurisprudenziali v. ora diffusamente B.L. Garrett, *End of Its Rope*, cit., pp. 102-105.

¹⁵⁹ Sul già citato precedente *Walton v. Arizona* del 1990.

¹⁶⁰ La Corte, in continuità con il *reasoning* di Apprendi, spiegò che “*Il diritto ad un processo con giuria garantito dal Sesto Emendamento sarebbe insensatamente ridimensionato se esso comprendesse l’accertamento di fatto necessario ad aumentare di due anni la pena inflitta al condannato, ma non l’accertamento di fatto necessario a condannarlo a morte*”.

¹⁶¹ Scalia nell’opinione concorrente, *Ring v. Arizona*, 536 U.S. 584, 611-612 (2002), rispose all’asserzione dello Stato secondo cui i “fattori aggravanti” dovrebbero essere trattati diversamente dai “tradizionali” elementi del reato: “*Io ritengo che il significato fondamentale della garanzia del processo mediante giuria del Sesto Emendamento è che tutti i fatti essenziali per l’irrogazione della misura di pena che l’imputato riceve – che la normativa li etichetti come elementi del reato, sentencing factors, o Maria Giovanna – debbono essere accertati dalla giuria oltre ogni ragionevole dubbio*”, osservandosi poi “*Nel corso degli ultimi 12 anni la crescente tendenza dei legislatori statali e federale di adottare ‘sentencing factors’ determinati dai giudici, che aumentano la pena oltre quello che è autorizzato dal verdetto della giuria, e l’assistere da parte mia alla convinzione di buona parte dei miei colleghi che questa nuova pratica è perfettamente regolare, mi porta a ritenere che la tradizionale fiducia del nostro popolo nel diritto ad un processo mediante giuria sia in pericoloso declino. Questo declino è destinato ad essere confermato, e sicuramente accelerato, dal ripetuto spettacolo di un uomo che va incontro alla propria morte perché un giudice ha accertato che un fattore aggravante era sussistente*”.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

L’imputato Blakely si era dichiarato responsabile (c.d. *guilty plea*) del reato di sequestro di persona della sua ex moglie. I fatti riconosciuti nell’accordo autorizzavano una pena massima di 53 mesi; in base alle *sentencing guidelines* statali vigenti in Washington, era consentito al giudice imporre una sanzione superiore ai limiti previsti in sede legislativa per il reato oggetto di negoziazione con la pubblica accusa, qualora egli ritenesse che vi fossero “*motivi stringenti e sostanziali*”, non contemplati nella normativa di base. Nel caso di specie fu accertato, tramite apprezzamento discrezionale del giudice, che Blakely avesse agito con “*deliberate cruelty*”, e conseguentemente gli fu comminata una sanzione detentiva molto più severa, di 90 mesi. L’imputato appellò la sentenza di condanna, lamentando un *vulnus* al suo diritto costituzionale federale a che tutti i fatti essenziali per la l’irrogazione della pena in concreto (salvo una precedente condanna definitiva) fossero accertati da una giuria con lo *standard* dell’oltre ogni ragionevole dubbio.

La decisione, confermata dalle corti statali, giunse dinnanzi all’Alta Corte, che, applicando il principio di *Apprendi*, la giudicò costituzionalmente invalida, nella *majority opinion* estesa da Scalia¹⁶².

L’estensione dell’*holding* di *Apprendi* alle linee-guida sulla commisurazione della pena fu aspramente criticata dalla minoranza, che osservò come una regola di questo tipo, così “rigida”, ne avrebbe compromesso il meccanismo di funzionamento¹⁶³, a livello federale e statale, fondato su una ampia delega legislativa di poteri ai giudici-tecnici nell’accertamento discrezionale dei molteplici *sentencing factors*. Puntualmente, un anno dopo, la Corte dichiarò parzialmente invalide –

¹⁶² Scalia censurò la normativa statale, poiché “*la pena massima legislativamente prevista non è la pena che un giudice può irrogare dopo avere accertato fatti ulteriori, ma il massimo che egli può infliggere senza alcun accertamento ulteriore*”, aggiungendo che “*l’autorità del giudice di commisurare la pena deriva interamente dal verdetto della giuria. Senza questa restrizione, la giuria non eserciterebbe il controllo che i Framers avevano in mente ... La ragione essenziale per la quale i Framers stabilirono una garanzia di processo mediante giuria nella Costituzione è che essi non erano disposti a contare che il governo rispettasse il ruolo della giuria*”, v. *Blakely v. Washington*, 542 U.S. 296, 303-306, 308 (2004)

¹⁶³ Alle argomentazioni di natura pragmatica sviluppate nel *dissent* del giudice Breyer, il quale osservò come la strada intrapresa dalla Corte avrebbe aumentato il potere del *prosecutor*, le c.d. *sentencing disparities* (il problema principale che le *guidelines* volevano risolvere) e la complessità e i costi del sistema, Scalia rispose con un elogio delle virtù democratiche dell’istituzione-giuria nel mondo anglo-sassone, in contrapposizione al diverso modello burocratico-amministrativo proprio dei sistemi di *civil law*.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

per contrasto con il VI Em. – le *sentencing guidelines* federali, facendone venire meno la vincolatività e rendendole meramente “*advisory*” per i giudici¹⁶⁴.

Più che approfondire gli aspetti tecnici – peraltro caratterizzati da estrema complessità – e le incertezze applicative che questo “gruppo” di precedenti ha determinato¹⁶⁵, occorre sottolinearne conclusivamente la *ratio* di rafforzamento delle garanzie processuali attraverso un *constitutional reasoning* originalista, in nome di principi democratici non negoziabili, contemplati dalla lettera della Costituzione¹⁶⁶.

Come si è visto, nel complesso, gli orientamenti del giudice Scalia in materia processuale penale – quantomeno nei tre ambiti esaminati – hanno contribuito ad un rafforzamento delle garanzie costituzionali.

Si noti però, conclusivamente e in chiave critica, che alcune delle importanti pronunce “processuali” estese, o comunque promosse dal metodo interpretativo di Scalia, benché rimangano altamente significative sotto il profilo della *fedeltà ai principi*, nel senso che rivelano appieno il rigore *metodologico* del giudice come “giurista neutrale”, a prescindere dalle preferenze politiche e delle predilezioni per gli esiti favorevoli ai rei o allo Stato (nel caso di Scalia), hanno avuto un impatto complessivo tutto sommato modesto rispetto ad altre sue decisioni – ad esempio in materia di IV Em. – che hanno invece determinato perduranti effetti negativi su larga scala, vulnerando i diritti di cittadini, indagati e imputati¹⁶⁷.

¹⁶⁴ *United States v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005)

¹⁶⁵ Sui quali v. S. Bibas, *Justice Scalia’s Originalism and Formalism*, cit., p. 9; Id., *Originalism and Formalism in Criminal Procedure*, cit., p. 193 ss.

¹⁶⁶ Un esito interpretativo che si mostra di particolare interesse in prospettiva comparatistica, ben potendo essere “attualizzato”, per fornire spunti di (rinnovata) riflessione con riguardo alla contingente realtà italiana in tema di amministrazione della giustizia penale, equilibri tra poteri e giusto bilanciamento tra partecipazione diretta del popolo (art. 102, c. 3, Cost.) e ruolo dei magistrati-burocrati. Per alcune riflessioni v. G. Pecorella, *Tornare alla giuria*, in *Parola alla Difesa*, 2017, 3, p. 361 ss.

¹⁶⁷ Come fa notare attenta dottrina (C. Mason, *Will Gorsuch Be*, cit., pp. 6-7; B. Friedman, *How Did Justice Scalia Shape*, cit., p. 3 ss.) le decisioni “garantiste” di Scalia hanno avuto effetti pratici tutto sommato più limitati se raffrontate con quelle *pro-government*. In particolare, si rileva come i principi stabiliti nelle sentenze sopra esaminate in materia di *confrontation clause* e di diritto ad un processo mediante giuria trovino applicazione soltanto in una porzione minima di casi, dato che oltre il 95% di questi si risolve in via concordata/negoziata prima di andare a dibattimento. Inoltre, la stessa giurisprudenza originalista *pro-defendant* in materia di divieto di perquisizioni e sequestri irragionevoli – si sostiene – sarebbe assimilabile ad un “*trionfale articolo di*

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

Infine, per quanto attiene alle tendenze in ambito processuale penale di Gorsuch, non si ritiene necessario trattarle in modo approfondito, limitandoci ad osservare in via generale che esse paiono assimilabili a quelle di Scalia, con esiti talvolta di estensione delle garanzie costituzionali per i *criminal suspects* e *criminal defendants*, laddove essi si mostrino coerenti con la *Judicial Philosophy* originalista-testualista¹⁶⁸.

Occorre ora esaminare i principali orientamenti espressi dal giudice Gorsuch, in alcuni degli ambiti tematici già analizzati in riferimento a Scalia (specificamente: principio di legalità ed interpretazione delle norme penali; pena capitale; *substantive due process*), al fine di valutare analogie ed eventuali differenze, per poi formulare, in sede di conclusioni, alcune ipotesi sulle evoluzioni future della giurisprudenza dell’Alta Corte in materia penale.

Sezione II

dottrina: interessante in teoria, inutile a migliorare la vita delle persone”, questo perché tale garanzia costituzionale, per essere effettiva nel prevenire gli abusi da parte delle forze di polizia, pretende che vi siano *rimedi concreti*, volti ad escludere le prove illegittimamente acquisite. Rimedi che sono stati elaborati nella giurisprudenza costituzionale della Corte suprema (l’*exclusionary rule*), ma che Scalia, nel corso della sua carriera, ha costantemente avversato e provato in tutti i modi ad annullare tramite *overruling*, o comunque ridimensionare, in quanto a suo avviso essi non troverebbero alcun fondamento né nel testo né nella storia costituzionale. Paradigmatica in questa direzione una nota decisione, *Whren v. United States*, 517 U.S. 806 (1996), per vero unanime, redatta da Scalia, con la quale si è di fatto consacrata la legittimità di uno degli “*investigative tools*” più importanti nella Guerra alla Droga, le c.d. *pretextual stops*. Situazioni nelle quali la polizia di sicurezza, pur non avendo alcuna *probable cause* o *reasonable suspicion* rispetto alla commissione di un reato in corso, è nondimeno legittimata a fermare veicoli per violazioni stradali minori. Non è difficile intuire che tale pratica consente al *law enforcement*, in modo discrezionale, o, meglio, arbitrario, di trovare sempre un pretesto per fermare il sospetto, allo scopo di effettuare perquisizioni in cerca di sostanze stupefacenti, prendendo di mira ovviamente le categorie di persone più “a rischio”, generalmente afroamericani, e incentivando così il *racial profiling*, v. M. Alexander, *The New Jim Crow*, cit., pp. 67-69, 108-109.

¹⁶⁸ AA.VV., *Judge Neil M. Gorsuch: His Jurisprudence*, cit., pp. 53-59; cfr. il report NAACP Legal Defense and Educational Fund, Inc., *The Civil Rights Record of Judge Neil M. Gorsuch*, all’URL <http://www.naacpldf.org/files/about-us/LDF-Report-on-the-Civil-Rights-Record-of-Neil-Gorsuch-FINAL-3.16.2017.pdf>, 16 marzo 2017, p. 41 ss.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

6. *Gli orientamenti interpretativi di Gorsuch in materia penale: Overcriminalization, deficit di precisione, accessibilità e prevedibilità delle disposizioni, statutory interpretation*

Si è rilevato da più parti che la linea interpretativa emergente dalle *opinions* del giudice Gorsuch in materia penale – come per il giudice Scalia – sfugge ad una rigida classificazione¹⁶⁹.

Gorsuch – esprimendo peraltro un pensiero consolidato nelle *elites* conservatrici, soprattutto in materia di *White Collar Crime*¹⁷⁰ – ha manifestato le sue riserve, rispetto all’incessante proliferare di nuove fattispecie ed ai nefasti effetti in punto di accessibilità individuale ai precetti, prevedibilità delle sanzioni, e conseguente frustrazione della funzione generale di orientamento della legge penale¹⁷¹.

¹⁶⁹ V. ad es. S. Hananel, *Neil Gorsuch could be the Supreme Court’s wild card in criminal justice cases*, disponibile all’URL <http://www.businessinsider.com/neil-gorsuch-on-criminal-justice-law-2017-3?IR=T>, 14 marzo 2017.

¹⁷⁰ Cfr. E. Randall, *Judge Gorsuch, White Collar Crime, and the Legacy of Justice Scalia*, disponibile all’URL <https://sidebarsblog.com/2017/02/09/judge-gorsuch-white-collar-crime-and-the-legacy-of-justice-scalia/>, 9 febbraio 2017.

¹⁷¹ In un noto intervento dinnanzi al *Think Tank* conservatore *Federalist Society* nel 2013 ha in particolare affermato: “Oggi abbiamo circa 5,000 leggi federali in materia penale on the books, la maggior parte delle quali introdotte negli ultimi decenni, e l’acqua continua a scendere dal rubinetto, con letteralmente centinaia di nuovi reati statutari creati ogni anno. E non si cominciano neanche a contare le migliaia di regulatory crimes sepolti nel registro federale ... Imprenditori che importano code d’aragosta in buste di plastica, piuttosto che in scatole di cartone, possono essere accusati di un reato. Venditori di materassi che rimuovono quella piccola etichetta identificativa: sì, probabilmente sono criminali federali anche loro. Che sia per problemi di scelta politica o per altri motivi, sembra che ci sia un aumento incessante, sempre in direzione di più, mai meno, normative penali federali. Alcuni rispondono che il numero crescente dei reati federali non è sproporzionato alla nostra popolazione ed alla sua crescita. Altri suggeriscono che gli effetti del proliferare delle leggi penali federali possano essere mitigati consentendo un ampliamento della possibilità di invocare la *mistake of law defense*. Ma, in ogni caso, non c’è un inquietante paradosso nascosto in questo stato delle cose? Senza leggi scritte, ci manca un chiaro preavviso (*fair notice*) delle regole che noi, come cittadini, dobbiamo rispettare. Ma con troppe leggi scritte, non provochiamo un nuovo problema di *fair notice*? E che succede alla libertà individuale e all’eguaglianza quando il diritto penale arriva a coprire così tanti aspetti della vita quotidiana che gli uffici di accusa possono quasi scegliere i loro obiettivi con impunità?”, cfr. N.M. Gorsuch, *Law’s Irony*, in *Harv. J. L. Pub. & Pol’y.*, 2013, pp. 743 ss., 747-749.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

Pensieri che riecheggiano quelli manifestati da Scalia in numerose decisioni¹⁷².

L’esame di alcune sue pronunce porta a ritenere che, in punto di legalità penale e, soprattutto, di *statutory interpretation* – restrittiva e aderente al tenore letterale delle disposizioni – egli seguirà le orme di Scalia, garantendo, in linea di principio, le istanze di accessibilità al precetto penale e prevedibilità delle sanzioni¹⁷³.

Almeno due casi si mostrano di particolare interesse a tale proposito.

Nel primo di essi, *United States v. Games-Peres*¹⁷⁴, Gorsuch ha dissentito dal rigetto di “*rehearing en banc*”¹⁷⁵. La normativa federale applicata criminalizzava il possesso di armi da fuoco da parte di soggetti già condannati in sede penale. In particolare, Games-Peres era stato incriminato in forza dell’U.S.C. § 924(a)(2), per avere “*violato consapevolmente*” (*knowingly violating*) il disposto della § 922(g), che proibisce ad un soggetto già condannato in sede penale per un *felony* di possedere armi da fuoco nel commercio interstatale.

Il *controlling precedent* del decimo circuito (*United States v. Capps*, 10th Cir. 1996) accedeva ad un’interpretazione *contra legem* secondo cui, ai fini della configurabilità del reato, l’elemento soggettivo di fattispecie (*knowledge*), poteva essere riferito unicamente allo *statutory element* del possesso di armi da fuoco, e non a quello, parimenti

¹⁷² Cfr. *supra*, § 2.

¹⁷³ V. E. Volokh, *Neil Gorsuch on criminal defendants and the rule of law*, all’URL https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2017/02/01/neil-gorsuch-on-criminal-defendants-and-the-rule-of-law/?utm_term=.98bbdc071e7b, 1 febbraio 2017; K. Ring, *Neil Gorsuch Follows*, cit., p. 2; AA.VV., *Judge Neil M. Gorsuch: His Jurisprudence*, cit., pp. 22-27, 60-62; E. Randall, *Judge Gorsuch, White Collar Crime*, cit.; C.J. Dieterle, *Gorsuch v. Overcriminalization*, all’URL <http://www.nationalreview.com/article/445187/neil-gorsuch-over-criminalization-his-track-record-opposing-it>, 24 febbraio 2017; J.F. Lauro, *Gorsuch’s Judicial Tools For Fixing Overcriminalization*, all’URL <https://www.law360.com/articles/895416/gorsuch-s-judicial-tools-for-fixing-overcriminalization>, 24 febbraio 2017.

¹⁷⁴ 695 F.3d 1104, 1116 (10th Cir. 2012) (Gorsuch, J., dissenting from denial of rehearing en banc).

¹⁷⁵ Il c.d. *rehearing en banc* è la rivalutazione di una causa da parte della totalità dei giudici di una *Court of Appeals*, che viene solitamente richiesta quando sorgono contrasti interpretativi tra i diversi *Panels* (collegi formati da tre giudici) del Circuito o la questione di diritto controversa è di eccezionale importanza, cfr. Rule 35, Federal Rules of Appellate Procedure, v. https://www.law.cornell.edu/rules/frap/rule_35.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

contemplato dal testo della legge, di essere stato precedentemente condannato in un processo penale.

Gorsuch – pur comprendendo l’esigenza di rispettare il precedente del circuito – ha censurato con forza l’interpretazione della maggioranza. Il soggetto non può essere infatti condannato senza che venga provato l’elemento psicologico richiesto dall’inequivoco tenore letterale della disposizione: la consapevolezza di avere subito una condanna penale, oltre a quella di possedere un’arma da fuoco nel commercio interstatale¹⁷⁶.

Infine, Gorsuch critica apertamente l’approccio ermeneutico *teleologico* (*purposivist*) della *majority*, basato sull’incerta ricostruzione della *ratio legis*, funzionale a rendere più efficace la persecuzione e repressione dei reati¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Si argomenta con chiarezza: “*Le persone sono in prigione perché la legge, come interpretata dal nostro circuito, permette al governo di metterle lì senza aver provato un elemento del reato contestato specificato dal testo della legge. Oggi, questa corte vota di misura, sei a quattro, per non rivisitare lo stato delle cose. Così il signor Games-Peres rimarrà dietro le sbarre, senza l’opportunità di presentare ad una giuria il suo argomento che non ha commesso alcun reato in base alla legislazione vigente*” ... “*l’interpretazione in Capps – valutando il requisito di mens rea (i.e., il requisito di uno stato psicologico colpevole) previsto dal Congresso come se esso scavalchi il primo elemento previsto specificamente dalla legge e tocchi soltanto il secondo elemento previsto, sfida la gravità grammaticale e la logica linguistica. Ordinariamente, dopo tutto, quando una legge penale introduce gli elementi di un reato con la parola “consapevolmente”, questo requisito di mens rea deve essere applicato a tutti gli elementi sostanziali del reato contemplati di seguito*”. Qualsiasi lettura diversa da quella imposta dal significato delle parole, determinerebbe una grave ingiustizia: “*Possano esserci poche ingiustizie più gravi, in una società governata dalla rule of law, che imprigionare un uomo senza richiedere prova della sua colpevolezza, in base alle leggi scritte in vigore nel paese. Tuttavia, questo è ciò che Capps permette, esonerando il governo dal provare un elemento fondamentale del reato che il Congresso ha riconosciuto*”; traduzione tratta dagli excerpts in E. Volokh, *Neil Gorsuch on criminal defendants*, cit.

¹⁷⁷ “*Le sezioni 922(g) e 924(a)(2) non autorizzano il governo a imprigionare il signor Games-Peres e persone nella sua stessa posizione, a meno che e finché il governo possa dimostrare che essi fossero consapevoli del loro status di soggetti condannati per un reato (felon status) al tempo del presunto crimine. Il governo non ha tentato di provare lo stesso in questo caso. Ed è tutto ciò che abbiamo bisogno di sapere. Il Congresso avrebbe potuto scrivere la legge differentemente da quanto ha fatto, ed esso è sempre libero di riscrivere la legge quando desidera. Ma nel nostro ordine legale il ruolo delle corti è quello di applicare la legge per come essa è scritta, non qualche legge diversa che il Congresso avrebbe potuto scrivere nel passato o potrebbe scrivere nel futuro*”.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

La stretta aderenza al c.d. *plain meaning* delle disposizioni, l’interpretazione sistematica e la necessità del rispetto delle prerogative del legislatore, da parte di giudici e *prosecutors*, si manifesta anche nella seconda decisione che si esamina in breve, *United States v. Rentz*¹⁷⁸.

Qui, scrivendo per la maggioranza dei giudici del Circuito riuniti *en banc*, si applica la c.d. *rule of lenity*, che abbiām visto essere canone interpretativo caro a Scalia.

Ancora una volta la disciplina positiva in questione riguardava una disposizione di un draconiano *federal sentencing scheme* in materia di uso di armi da fuoco nella commissione di reati violenti o connessi agli stupefacenti¹⁷⁹. La questione controversa era se all’imputato Rentz, che aveva colpito due persone con un singolo sparo, potessero essere contestate due distinte violazioni della disposizione (*counts*), con conseguente duplicazione del carico sanzionatorio. Gorsuch, scomponendo analiticamente il testo di legge con un “diagramma”¹⁸⁰, ha sostenuto che il numero totale dei capi d’accusa nei confronti dell’imputato in forza della normativa non dovrebbe mai eccedere l’effettivo numero di volte in cui l’arma viene utilizzata, portata o posseduta (le condotte rilevanti per i *sentencing enhancements*). Nel caso di specie, l’arma da fuoco era stata utilizzata soltanto una volta, pertanto l’aggravamento sanzionatorio, seguendo l’indicazione univoca del dato letterale, doveva essere uno.

La necessità di un’interpretazione letterale, conforme alla *rule of lenity*, viene supportata evidenziando come nel caso in cui permanga un’ambiguità circa il significato della disposizione di cui alla § 924(c)(1)(A), dopo avere esaurito l’indagine sugli elementi apportati

¹⁷⁸ 777 F.3d 1105 (10th Cir. 2015).

¹⁷⁹ 18 U.S.C. § 924(c)(1)(A) (“Except to the extent that a greater minimum sentence is otherwise provided by this subsection or by any other provision of law, any person who, during and in relation to any crime of violence or drug trafficking crime (including a crime of violence or drug trafficking crime that provides for an enhanced punishment if committed by the use of a deadly or dangerous weapon or device) for which the person may be prosecuted in a court of the United States, uses or carries a firearm, or who, in furtherance of any such crime, possesses a firearm, shall, in addition to the punishment provided for such crime of violence or drug trafficking crime (i) be sentenced to a term of imprisonment of not less than 5 years; (ii) if the firearm is brandished, be sentenced to a term of imprisonment of not less than 7 years; and (iii) if the firearm is discharged, be sentenced to a term of imprisonment of not less than 10 years.”)

¹⁸⁰ AA.VV., *Judge Neil M. Gorsuch: His Jurisprudence*, cit., p. 24.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

dalle parti tali da rivelare un “*congressional meaning*” (una *ratio legis*), non bisogna cedere all’interpretazione più severa possibile delle disposizioni normative, ma privilegiare la protezione dei diritti dell’imputato.

Due i fondamenti principali di tale canone ermeneutico: anzitutto, la necessità di fornire agli individui un chiaro preavviso delle condotte incriminate, che garantisca piena accessibilità al precetto e prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie; in secondo luogo, la stretta interdipendenza con il principio di *separation of powers*, alla cui osservanza la *rule of lenity* contribuisce significativamente¹⁸¹.

In definitiva, l’approccio testualista del nuovo giudice – anche in materia penale – nella misura in cui si concentra sul *plain language* e sulla struttura grammaticale del linguaggio legislativo, non sembra discostarsi da quello di Scalia. Nello stesso senso, pare assai limitata la sua fiducia nell’utilizzo di *legislative history materials*, forse utili nella non semplice impresa di delineare il *legislative intent* e/o *purpose* di una determinata normativa, ma estremamente malleabili, sempre a rischio di essere piegati al c.d. *cherry-picking* funzionale ad un *results-oriented judgment*, secondo le preferenze politiche dell’interprete¹⁸². Ulteriore preoccupazione è quella di dare peso preminente, nel conferire significato alla legge, a materiali ed elementi che non rispondono ai *requisiti formali* del procedimento legislativo scolpiti in Costituzione¹⁸³.

Dunque, se con riferimento al c.d. *narrow reading* delle norme penali ordinarie si può pronosticare un orientamento generalmente sensibile alle istanze *libertarian* e di c.d. *limited government*¹⁸⁴, più

¹⁸¹ Come precisa Gorsuch: “*Nel nostro ordine legale non è compito di corti indipendenti piegare ambigue sottosezioni di normative penali statutarie in modi drastici per adattarle al programma della pubblica accusa*”, cfr. *United States v. Smith*, 756 F.3d 1179, 1191 (10th Cir. 2014). AA.VV., *Judge Neil M. Gorsuch: His Jurisprudence*, cit., p. 61.

¹⁸² Su tale rischio cfr. AA.VV., *Justice Antonin Scalia: His Jurisprudence*, cit., p. 7 e riferimenti bibliografici ivi richiamati nt. 52.

¹⁸³ V. AA.VV., *Justice Antonin Scalia: His Jurisprudence*, cit., p. 7.

¹⁸⁴ Su questo fondamentale concetto, nella riflessione statunitense, v. A. Ristroph, *Proportionality as a Principle of Limited Government*, in *Duke L.J.*, 2005, p. 263 ss. Va rilevato, però, che le istanze espresse da Gorsuch nei casi soprarichiamati – la preoccupazione rispetto all’*overcriminalization* federale – sono maggiormente determinate dal suo forte scetticismo nei confronti del c.d. “*modern administrative state*” e dei compiti e poteri sempre più dilatati e penetranti attribuiti alle Agenzie Federali, sovente nell’ambito della regolamentazione del *business*, che non dalla preoccupazione di garanzie con il *judicial review* la protezione dei diritti fondamentali,

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

difficile ipotizzare (per carenza di prese di posizione) quale sarà la tendenza di Gorsuch riguardo alle disposizioni così indeterminate da violare i precetti costituzionali del V e XIV em. (c.d. *void for vagueness doctrine*): un discreto “attivismo”, simile a quello dell’ultimo Scalia¹⁸⁵, o un atteggiamento – almeno iniziale – più deferenziale rispetto alle determinazioni legislative? Soltanto in futuro potremo rispondere a questa domanda, quando l’identità di Gorsuch e il suo specifico ruolo nel collegio si delinearà con maggiore precisione.

7. Gorsuch: alcuni spunti sulla sua giurisprudenza in materia di pena capitale e sistema sanzionatorio

Il giudice Gorsuch non ha tardato a manifestare quello che verosimilmente sarà il suo orientamento nei *capital cases*¹⁸⁶.

In particolare, il suo primo voto come *Associate Justice* della Corte suprema si è aggiunto a quello degli altri quattro giudici di nomina repubblicana, che, senza alcuna motivazione, hanno rigettato la richiesta di sospensione inoltrata dal condannato a morte Ledell Lee nello stato dell’Arkansas¹⁸⁷. Lee è stato giustiziato tramite iniezione letale il 20 aprile 2017.

soprattutto delle c.d. “*discrete and insular minorities*”: cfr. *The Civil Rights Record*, cit., pp. 37-38.

¹⁸⁵ Quello, per intendersi, della recente pronuncia sopracitata, *Johnson v. U.S.* del 2015. In vero, come sempre accade, non è possibile fare una generalizzazione esatta sugli orientamenti dei giudici supremi: Scalia ha infatti votato in diverse occasioni per “salvare” dall’incostituzionalità disposizioni estremamente vaghe e imprecise, probabilmente inidonee a fornire “chiaro preavviso” (*fair notice*) ai soggetti destinatari del precetto. Ad es. si veda la nota, ed estremamente dura, *dissenting opinion*, in *City of Chicago v. Morales*, 527 U.S. 41 (1999). Una discussione del caso in G. Binder, *The Oxford Introductions*, cit., pp. 110-111.

¹⁸⁶ Mettendo subito in chiaro che le speranze per un’abolizione in via giurisprudenziale-costituzionale della pena di morte dovranno ancora attendere per un tempo indefinito: cfr. Tuberville S.E., *The Court after Scalia: Will a liberal appointment to the Court matter in decisions of life and death?*, consultabile all’URL <http://www.scotusblog.com/2016/09/the-court-after-scalia-will-a-liberal-appointment-to-the-court-matter-in-decisions-of-life-and-death/>, 1 settembre 2016.

¹⁸⁷ Cfr. Blindler A.-Fernandez M., *Arkansas Puts Ledell Lee to Death, in Its First Execution Since 2005*, all’URL <https://www.nytimes.com/2017/04/21/us/arkansas-death-penalty-ledell-lee-execution.html>, 21 aprile 2017; The Editorial Board, *Neil Gorsuch and the State’s Power to Kill*, disponibile all’URL

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

Molto singolare il contesto in cui ha avuto luogo tale esecuzione: lo Stato dell’Arkansas, che non eseguiva condanne a morte dal 2005, aveva fissato l’esecuzione di ben otto soggetti nel solo mese di aprile. Una situazione estremamente anomala nello scenario attuale.

Ma l’assurdità di tale contingenza emerge se si considera la ragione di tutta questa fretta: lo spirare del termine di utilizzo, la scadenza, di uno dei farmaci (il Midazolam) che compongono il protocollo utilizzato, iniettato in endovena, per provocare la morte dei detenuti¹⁸⁸.

Problematica – quella del “protocollo di morte” – che tormenta da tempo la giurisprudenza della Corte suprema; ciò, soprattutto, alla luce delle difficoltà da parte delle amministrazioni statali nel reperire le *drugs*, per l’obiezione della stragrande maggioranza delle case farmaceutiche, che ha determinato con sconcertante frequenza il verificarsi di c.d. “*botched executions*”, nelle quali qualcosa va storto e il condannato a morte soffre dolori atroci, per un tempo significativo, prima di morire.

Non è questa la sede per ripercorrere nel dettaglio la ampia e complessa *litigation* in materia di c.d. metodi di esecuzione¹⁸⁹, essendo sufficiente esaminare in sintesi le posizioni espresse dal giudice Gorsuch sul punto.

Infatti, alcune *opinions* sulla tematica delle “*botched executions*”, in relazione ad un’eventuale violazione del divieto costituzionale di *cruel methods of punishment* di cui all’VIII Em., insieme ad altre pronunce nelle quali il nuovo giudice supremo interpreta le disposizioni dell’*AEDPA*, per stabilire, sul piano procedurale, in quali circostanze i condannati a morte abbiano diritto ad un riesame del loro caso da parte della magistratura federale – se lette congiuntamente – possono fornire un’indicazione di massima su come egli si determinerà nella *death penalty jurisprudence*. Non si tratta di notizie confortanti per i *capital defendants*.

<https://www.nytimes.com/2017/04/21/opinion/neil-gorsuch-and-the-states-power-to-kill.html>, 21 aprile 2017.

¹⁸⁸ L’assoluta arbitrarietà di tale fattore, del tutto avulso dalla gravità oggettiva e soggettiva del reato e dal soddisfacimento delle potenziali funzioni della pena di morte, è rilevata dal giudice Breyer nella sua *dissenting opinion from denial of application for stay of execution*, cfr. *McGehee v. Hutchinson*, 581 U.S. _ 2017.

¹⁸⁹ Una sintesi in A. Corda, *Pena di morte, iniezione letale e protocolli farmacologici. Verso un nuovo pronunciamento della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in www.penalecontemporaneo.it, 10 marzo 2015, all’URL <http://www.penalecontemporaneo.it/d/3736-pena-di-morte-iniezione-letale-e-protocolli-farmacologici-verso-un-nuovo-pronunciamento-della-corte>.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

Sul primo versante, un paio di casi – che hanno ricevuto ampie attenzioni della critica¹⁹⁰ – si mostrano di particolare importanza.

Il primo di essi riguarda il controverso utilizzo del farmaco Midazolam da parte dello Stato dell’Oklahoma nel protocollo d’esecuzione tramite iniezione letale¹⁹¹. Gorsuch faceva parte del collegio del decimo circuito, che nel caso *Estate of Clayton Lockett v. Fallin*¹⁹² fu chiamato a valutare la compatibilità a Costituzione di tale medicinale, la cui somministrazione avrebbe dovuto rendere privo di sensi il condannato, prima che gli fossero iniettati bromuro di vecuronio e cloruro di potassio, per determinare l’interruzione della respirazione e del battito cardiaco.

In particolare, in seguito alla *botched execution* di Lockett¹⁹³, i suoi eredi intentarono causa lamentando una violazione dell’VIII Em., per la crudeltà non necessaria dell’esecuzione.

L’*opinion* del collegio, condivisa da Gorsuch, rigettò il *constitutional claim*, ritenendo che il ricorso “*descrivesse esattamente la tipologia di ‘disavventura innocente’ e di ‘sporadico contrattempo’*” che non rientra nello spettro di protezione della *Cruel and Unusual Punishment Clause*. In altri termini, la Corte d’appello – aderendo all’autorità di precedenti della *Supreme Court* come *Baze v. Reese* del

¹⁹⁰ Cfr. ad es. AA.VV., *Judge Neil M. Gorsuch: His Jurisprudence*, cit., pp. 37-38.

¹⁹¹ Il Midazolam, farmaco anestetico che dovrebbe avere la funzione di rendere privo di sensi il detenuto prima della somministrazione degli altri due farmaci, risulta essere sempre presente nei *cocktail* di due o tre farmaci che hanno recentemente dato luogo a *botched executions* in diversi stati, v. *State by State Lethal Injection*, all’URL <https://deathpenaltyinfo.org/state-lethal-injection>, 23 giugno 2017.

¹⁹² 841 F.3d 1098 (10th Cir. 2016)

¹⁹³ Secondo quanto riportato dai testimoni Lockett sembrava privo di sensi, ma all’improvviso cominciò a contorcersi e ad avere convulsioni, prima di provare ad alzare la testa dal tavolo mentre diceva che qualcosa era andato storto. Poco dopo, cominciò a scalcciare e ad agitarsi, come se stesse provando ad alzarsi dalla lettiga, mentre digrignava i denti e faceva smorfie di dolore. Provando a somministrare in via endovenosa una dose maggiore di midazolam, i funzionari medici infilarono l’ago in un’arteria di Lockett, determinando un bagno di sangue, scena descritta da una testimone oculare come un “*film dell’orrore*”. Ci vollero 43 minuti allo Stato per uccidere Lockett, dopo numerosi tentativi falliti di assicurarsi l’accesso endovenosa. Cfr. J.E. Stern, *The Cruel and Unusual Execution of Clayton Lockett*, consultabile all’URL <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2015/06/execution-clayton-lockett/392069/>, giugno 2015.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

2008 e *Louisiana ex rel. Francis v. Resweber*¹⁹⁴ – stabilì che fosse necessario qualcosa di più di esecuzioni eccezionalmente “andate storte” a causa di incidenti nella somministrazione dei farmaci per violare il divieto costituzionale.

Lo stesso *cocktail* di farmaci fu sottoposto al vaglio della Corte d’appello del decimo circuito nel caso *Warner v. Gross*¹⁹⁵, con esito analogo. La decisione della Corte d’appello fu poi confermata dalla Corte suprema nel già citato caso *Glossip v. Gross*, nel quale il giudice Sotomayor per i dissenzienti criticò aspramente le testimonianze scientifiche degli esperti, sulle quali si era basata la sentenza della Corte distrettuale. L’approdo delle Corti inferiori, avallato dalla maggioranza dei giudici supremi, ad avviso del giudice Sotomayor, “*lasciava di fatto i ricorrenti esposti a quello che può ben essere l’equivalente chimico di essere bruciati al palo*”¹⁹⁶.

Non è possibile approfondire il tema in questa sede, ma è evidente che il problema sta proprio nella giurisprudenza costituzionale federale, che interpreta la proibizione dell’VIII Em. in maniera quanto meno riduttiva. Addirittura, nel caso del protocollo di esecuzione discusso in *Glossip v. Gross*, trasforma il divieto di pene crudeli ed inusuali da assoluto a condizionato: si pone infatti in capo al ricorrente l’onere di indicare un metodo di esecuzione alternativo meno doloroso e crudele, oltreché rapidamente a disposizione dello Stato, per potere prevalere nel *constitutional claim*. Un’interpretazione che distorce il significato della clausola, come rilevato nel *dissent* del giudice Sotomayor¹⁹⁷.

¹⁹⁴ Si tratta, rispettivamente, della pronuncia già citata del 2008 con la quale la Corte suprema confermò la legittimità del protocollo di morte dello Stato del Kentucky, e di una pronuncia del 1947 (*Louisiana ex rel. Francis v. Resweber*, 329 U.S. 459 (1947)) dove la Corte suprema affermò che sottoporre nuovamente il condannato a morte ad un’esecuzione sulla sedia elettrica, dopo un primo tentativo fallito in ragione dell’accidentale malfunzionamento dell’apparecchio, non costituiva una violazione dell’VIII Em.; v. Steiker-J.M. Steiker, *Courting Death*, cit., p. 130 ss.

¹⁹⁵ 776 F. 3d 721 (10th Cir. 2015)

¹⁹⁶ *Glossip v. Gross*, 135 S. Ct. 2726, 2781 (Sotomayor, J., dissenting).

¹⁹⁷ “*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*”.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

Occorre comunque notare che se è certamente vero – come si è osservato¹⁹⁸ – che Gorsuch nelle due decisioni succitate ha manifestato una “*allarmante mancanza di sensibilità riguardo all’estremo ed inutile dolore nel contesto delle esecuzioni*”, ciò è in buona parte dovuto ai principi consolidati nei *precedents* della Corte suprema¹⁹⁹.

Rispetto all’interpretazione letterale e restrittiva delle disposizioni dell’*AEDPA*, che, come si è visto²⁰⁰, determina un’eccessiva deferenza nei confronti degli attori statali e una compressione dei diritti degli imputati capitali al c.d. “*access to justice*”, un *report* critico ha fatto notare l’estrema rigidità dell’approccio di Gorsuch²⁰¹.

Tali considerazioni trovano conferma se si esaminano sinteticamente alcuni pronunciamenti in materia.

Nel *capital case Eizember v. Trammell*²⁰², la doglianza devoluta alla cognizione alla Corte d’appello del decimo circuito riguardava due giurati che – si sosteneva – avevano manifestato un inammissibile pregiudizio in favore dell’estrema sanzione. In particolare una giurata, sottoposta al c.d. *death-penalty questionnaire*, affermava di essere “*fortemente in favore della pena di morte come pena appropriata*”, “*ritenere fermamente che se tu spezzi una vita dovresti perdere la tua*” e “*che avrebbe faticato molto a propendere per l’ergastolo senza possibilità di libertà condizionale*” e “*non avrebbe esitato a votare per l’estrema sanzione*”, in caso di accertamento della responsabilità. Gorsuch, nell’opinione di maggioranza, rigettava il ricorso, in base alla necessità di accordare una “*double deference*” alle determinazioni della corte distrettuale. Benché le affermazioni fossero certamente espressive di un pregiudizio a supporto della pena capitale – infatti – la decisione di

¹⁹⁸ *The Civil Rights Record*, cit., p. 35.

¹⁹⁹ Cfr. L. Segura, *The Life and Death’s Issues Ignored at Judge Gorsuch’s Confirmation Hearing*, all’URL <https://theintercept.com/2017/03/23/the-life-and-death-issue-ignored-at-judge-gorsuchs-confirmation-hearings/>, 23 marzo 2017.

²⁰⁰ V. *supra*, nt. 56.

²⁰¹ Cfr. *The Civil Rights Record*, cit., 32, dove si osseva: “*Ottenere un rimedio in sede di Federal Habeas Corpus da parte di ogni giudice è una sfida in salita. Ottenerlo dal giudice Gorsuch è quasi impossibile. Se la legge federale stabilisce uno standard elevato per il rimedio dell’Habeas e impone deferenza rispetto alle determinazioni delle corti statali in punto di fatto ed in punto di diritto ... le tendenze che emergono dalle opinioni del giudice Gorsuch dimostrano che lui è particolarmente esigente con i ricorrenti ... tanto riguardo ai ricorrenti in casi capitali quanto ai ricorrenti in casi non capitali*”.

²⁰² 803 F.3d 1129 (10th Cir. 2015).

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

confermare la giurata non si manifestava irragionevole, in base ad una “*strict construction*” dell’*AEDPA*²⁰³.

Un altro caso emblematico riguardo a tale tendenza interpretativa è *Wilson v. Workman*²⁰⁴, nel quale un soggetto condannato alla pena di morte lamentava un’assistenza legale inefficace, poiché il suo avvocato non era stato in grado di provare i suoi problemi mentali, quale *mitigating factor*. La corte statale di ultima istanza rigettava sia l’istanza per una nuova udienza finalizzata alla produzione delle prove, sia la asserita violazione del diritto ad una difesa effettiva. Nel procedimento di *Habeas Corpus* la corte d’appello federale accoglieva il ricorso, affermando l’erroneità della pronuncia, con il dissenso del solo Gorsuch, il quale sottolineava ancora l’esigenza di aderire strettamente al disposto testuale della legge.

I casi sopracitati ed altri ancora²⁰⁵, in materia di *Habeas Review*, rivelano una tendenza a restringere drammaticamente l’accesso alla giustizia federale da parte del giudice neonominato; una precisa volontà di aggirare le difficili questioni interpretative che si presentano durante la c.d. *post-conviction review*, che produce – analogamente a quanto osservato *supra* a proposito di Scalia – decisioni che “*sopravalutano il proceduralismo rispetto ai diritti sostanziali in un modo che ha l’effetto di erodere la possibilità effettiva di accesso degli imputati alle corti*”²⁰⁶.

Nel complesso, valutando tutte le sue prese di posizione in materia di *death penalty* appare evidente il rigorismo di Gorsuch²⁰⁷. Ciò detto, un aspetto di grande interesse da valutare *pro futuro* sarà quello relativo al rispetto, in base allo *stare decisis*, delle *constitutional doctrines* già

²⁰³ Nel motivare la sua presa di posizione Gorsuch spiega che “*la Corte suprema ci ha ripetutamente ricordato che i requisiti dell’AEDPA riflettono una presunzione che le corti statali conoscono e rispettano il diritto federale ... questa presunzione impone che i giudici federali accordino alle corti statali il rispetto dovuto riformando le loro decisioni soltanto quando non ci potrebbe essere alcuna ragionevole discussione che esse fossero erranee*”.

²⁰⁴ 577 F.3d 1284 (10th Cir. 2009) (en banc).

²⁰⁵ Un’ampia rassegna in *Alliance for Justice: The Gorsuch Record*, disponibile all’URL <https://www.afj.org/wp-content/uploads/2017/02/The-Gorsuch-Record.pdf>, 36-39.

²⁰⁶ L. Segura, *The Life and Death’s Issues*, cit., p. 13.

²⁰⁷ Il quale “*in generale accorda un ampio grado di deferenza alle decisioni dei legislatori, dei giudici e degli ufficiali dell’esecutivo statali sulle questioni relative all’imposizione e all’applicazione della pena capitale da parte degli stati*”. AA.VV., *Judge Neil M. Gorsuch: His Jurisprudence*, cit., p. 37.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

consolidate nei percorsi interpretativi della Corte suprema. Proprio riguardo alla *capital proportionality doctrine* è possibile individuare alcuni spunti, che sembrano rivelare l’attitudine da parte del giudice neonominato di adeguarsi e rispettare le protezioni riconosciute nei precedenti della *Supreme Court*. In particolare, nel caso *Williams v. Trammel*²⁰⁸, egli ha sottolineato l’erroneità della volontà della Corte statale di applicare la pena di morte ad un complice che non aveva voluto né si era rappresentato la possibilità che la condotta delittuosa risultasse nella morte di una persona, né aveva mostrato uno sconsiderato e sprezzante disprezzo per la vita umana durante la commissione del delitto. Aderendo alle decisioni della Corte suprema in materia di c.d. *felony murder rule* (sentenze *Enmund v. Florida* e *Tyson v. Arizona*, già citate *supra*), Gorsuch afferma l’illegittimità dell’estrema sanzione nei casi di *accessory/strict liability*, ovverosia – si direbbe – di responsabilità oggettiva per reato diverso da quello voluto da parte di taluno dei concorrenti²⁰⁹.

Anche se si tratta di segnali apprezzabili, occorre tenere in considerazione che i giudici delle corti d’appello federali sono vincolati dallo *stare decisis* in senso “forte”, gerarchico, “verticale”, e non è scontato che in veste di giudice supremo Gorsuch si mostri così ossequioso del precedente²¹⁰.

Ad ogni modo, dev’essere escluso un supporto all’ampliamento delle garanzie costituzionali, oltre i confini di quelle già previste dalla giurisprudenza costituzionale-federale²¹¹.

C’è allora da auspicarsi che rimangano in vita le guarentigie allo stato esistenti (prime fra tutte, le limitazioni di proporzionalità della pena capitale rispetto a categorie di reati e di rei); circostanza che, però, non può ritenersi affatto scontata, soprattutto se, come è molto probabile, Trump avrà a disposizione ulteriori nomine²¹².

²⁰⁸ 782 F.3d 1184 (10th Cir. 2015)

²⁰⁹ AA.VV., *Judge Neil M. Gorsuch: His Jurisprudence*, cit., p. 40.

²¹⁰ Per un’esaustiva trattazione della dottrina *stare decisis*, anche nell’esperienza statunitense, v. U. Mattei, *Il modello di common law*, Torino, 2014, pp. 147-200. Sulla peculiare, meno rigida, declinazione dello *horizontal stare decisis* nella dimensione costituzionale statunitense e nelle decisioni della Corte suprema, quella che più rileva in questa sede, v. R.J. Kozel, *Settled v. Right: a Theory of Precedent*, Cambridge, 2017, sulla distinzione tra *stare decisis* orizzontale e verticale, v. pp. 19-21.

²¹¹ AA.VV., *Judge Neil M. Gorsuch: His Jurisprudence*, cit., p. 40.

²¹² Sul possibile pensionamento dei membri più anziani (Kennedy, Ginsburg, Breyer), e la conseguente *vacancy* durante il mandato presidenziale di Trump v. M.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

Ciò che invece deve escludersi recisamente è che nel breve termine possano essere elaborate nuove limitazioni costituzionali di tipo sostanziale o procedurale alla pena di morte, ovvero estese dottrine *più protettive* proprie del settore della pena capitale al distinto ambito del *noncapital sentencing*²¹³.

Infine, proprio con riferimento a tale ambito, i pochi commenti che ne hanno trattato²¹⁴, rilevano che, diversamente dai settori dell’*habeas corpus* e della pena capitale, dalle pronunce non emerge una forte “connotazione ideologica”.

Vale la pena comunque osservare conclusivamente che – nonostante la *Judicial Philosophy* di Gorsuch renda probabile che egli si assesterà su posizioni analoghe a quelle di Scalia, inclini a lasciare sostanzialmente incontrollata la discrezionalità dei parlamenti statali in punto di comminatorie di pena detentiva – quantomeno ha espresso grande sensibilità e consapevolezza, rispetto alla complessità ed alla rilevanza di un tema come il *sentencing*²¹⁵, ed al ruolo fondamentale che i giudici di merito sono chiamati a svolgere nell’opera di commisurazione della pena.

8. Una prognosi su Gorsuch in materia di substantive due process

Riguardo agli indirizzi interpretativi del “nuovo” giudice supremo sui diritti fondamentali “impliciti” non disponiamo ovviamente dell’ammontare di dati e opinioni, che costituiscono il risultato di trent’anni di servizio all’alta Corte di *Justice* Scalia.

Non mancano, tuttavia, spunti di notevole interesse.

Ciò che sembra emergere, in sostanziale continuità con i percorsi ermeneutici intrapresi dal predecessore, è una probabile inclinazione a

Walsh, *How will Trump shape the Supreme Court*, all’URL http://www.abajournal.com/magazine/article/trump_supreme_court, gennaio 2017.

²¹³ Come sembravano suggerire le già citate sentenze *Graham v. Florida* e *Miller v. Alabama*, che hanno applicato l’*analytical framework* della *categorical proportionality* a pene detentive di durata estrema, nel circoscritto settore del diritto penale minorile.

²¹⁴ V. *The Civil Rights Record*, cit., pp. 45-47.

²¹⁵ Cfr. *United States v. Elder Geovany Sabillon-Umana*, 772 F.3d 1328 (10th Cir. 2014); v. anche H. Mundy, *Will prison sentences rise with Trump?*, in *Chicago Daily Law Bulletin*, Vol. 163, No. 64, 3 aprile 2017.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

non intendere “espansivamente” le garanzie sostanziali contemplate dal XIV Em.

Con alcune precisazioni, da svolgere tenendo in considerazione le due distinte “fonti” dalle quali si può attingere, e differenziando i contesti: da una parte, alcune decisioni emesse come giudice federale del decimo circuito; dall’altra, un libro pubblicato nel 2006²¹⁶, nel quale, pur in assenza di prese di posizione ufficiali, si sviluppano alcune riflessioni – sia sul piano etico-filosofico che su quello strettamente giuridico – su temi sensibili, connessi a profili rilevanti per la tutela dei diritti fondamentali della persona.

Sul primo versante, occorre focalizzare l’attenzione su una pronuncia nello specifico: *Browder v. City of Albuquerque*²¹⁷, in cui si discutono approfonditamente contenuti e portata della *substantive due process doctrine*. I fatti di causa riguardavano un poliziotto che aveva ucciso una persona e ferito gravemente un altro soggetto, investendoli mentre procedeva fuori servizio in auto a velocità elevata e senza rispettare vari semafori rossi. Gorsuch, pur sostenendo che il ricorso della persona rimasta gravemente infortunata e dei parenti del deceduto fosse fondato e che l’agente non avesse diritto alla c.d. *qualified immunity*, giacché si erano dimostrate “*dirette e rilevanti menomazioni del loro diritto fondamentale alla vita*” ed i fatti mostravano un “*consapevole disprezzo per la vita di altri e così una forma di sconsiderata indifferenza nei confronti di un diritto fondamentale*”, non mancava di manifestare scetticismo nei confronti dell’attività creativa delle Corti di ricavare diritti fondamentali non testualmente contemplati dalla Costituzione.

Dopo avere descritto i precedenti della Corte Suprema in materia come un “*ambito confuso*” del diritto giurisprudenziale, con una “*denominazione paradossale*”²¹⁸, rilevava come l’asserito fondamento testuale nella clausola del XIV Em. fosse da ritenersi erroneo e che l’intera dottrina non potesse trovare alcuna base nelle previsioni costituzionali espresse. Tuttavia, riconosciuta la validità dei casi decisi dai giudici supremi, raccomandava che “*la dottrina dovrebbe essere applicata ed espansa con moderazione*”, stante la sua natura inevitabilmente indefinita e connessa a valutazioni apertamente

²¹⁶ N.M. Gorsuch, *The Future of Assisted Suicide and Euthanasia*, Princeton, 2006, 320 pp.

²¹⁷ 787 F3d 1076, 1085 (10th Cir. 2015)

²¹⁸ Come è stato rilevato da molti studiosi, cfr. ad es. da J.H. Ely, *Democracy and Distrust*, cit., p. 18.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

politiche, individuando nella *storia* e nel *precedente* i criteri fondamentali per limitare l’attività delle Corti²¹⁹.

Inoltre, Gorsuch, in maniera inusuale, scrisse una opinione concorrente alla *majority opinion* da lui stesso redatta, per precisare che le Corti federali devono essere particolarmente caute quando giudicano la fondatezza di azioni risarcitorie esperite da privati per violazioni di diritti fondamentali protetti dalla *due process clause* della Costituzione (*life, liberty, property*) commesse da parte di *state officials*. Infatti, le Corti federali *hanno giurisdizione* e devono accertare la violazione costituzionale, accordando eventualmente il giusto rimedio, soltanto quando tutti i rimedi dinnanzi alle Corti statali – in base alla *tort law* – sono stati esperiti²²⁰.

Si evince – come è stato osservato²²¹ – che anche in questo ambito, analogamente a quanto già visto in materia di pena di morte e *habeas litigation*, Gorsuch tende a restringere troppo il diritto di accesso alle Corti federali, allo scopo di preservare principi di struttura, ed in particolare il federalismo. Si tratta però di una interpretazione poco condivisibile, in quanto rischia di sterilizzare la protezione costituzionale del XIV Em., tradendone la *ratio* originaria, e finendo per affidare la protezione dei diritti fondamentali quasi esclusivamente alle Corti statali, che, per una molteplicità di fattori²²², non sono istituzionalmente in grado di assicurarla con la stessa efficacia della magistratura federale.

²¹⁹ AA.VV., *Judge Neil M. Gorsuch*, cit., 94-95.

²²⁰ Si argomenta: “*il common law solitamente fornisce un sicuro rimedio quando i cittadini vengono privati della vita, della libertà e della proprietà*” e “*le corti federali spesso si astengono quando esse possono procedere diversamente in base al rispetto della comity e del federalismo e all’assenza di un convincente bisogno del loro servizio*”. Secondo il giudice supremo neominato “*non c’è alcun bisogno di trasformare le corti federali in corti di common law e immaginare una nuova intera giurisprudenza sugli illeciti secondo la Costituzione per difendere i diritti fondamentali, quando noi abbiamo corti statali pronte e disposte a proteggere quegli stessi diritti utilizzando un approfondito e ricco common law che è stato collaudato nel corso dei secoli*”.

²²¹ V. D.H. Gans, *The Selective Originalism of Judge Neil Gorsuch. A Review of the Record*, disponibile all’URL <https://theconstitution.org/think-tank/issue-brief/selective-originalism-judge-neil-gorsuch-review-record>, marzo 2017, 1 ss., 4-6; M. Buxton-H. Kieschnick-R.D. Levin, *Judge Gorsuch and Civil Rights: A Restrictive Reading*, in *Stan. L. Rev. Online*, March 2017, pp. 155 ss., 162.

²²² Si pensi soltanto che la maggioranza dei giudici statali vengono eletti direttamente, diversamente dai giudici federali che sono nominati dal Presidente e confermati dal Senato. Sul punto v. A.R. Amar, *Law Story*, in *Harv. L. Rev.*, 1989, pp.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

Passiamo ora a valutare in breve i c.d. *non-judicial writings*, rammentando sempre che si tratta di opinioni personali dell’autore, frutto di ricerche scientifiche, e non di decisioni giurisdizionali – che pertanto “problematizzano” le questioni e non si occupano di decidere casi – utili dunque nella limitata prospettiva di fornire un quadro d’insieme sul suo approccio interpretativo, specialmente *pro futuro*²²³.

Nel volume sopra citato Gorsuch svolge diverse argomentazioni etico-giuridiche in opposizione alla legalizzazione del suicidio assistito (c.d. *death with dignity laws*), sulla base della premessa centrale che “*la vita umana è fondamentalmente e intrinsecamente di valore ... la privazione intenzionale di una vita umana da parte di persone private è sempre sbagliata*”²²⁴.

Non vengono dunque affrontate né le tematiche peculiari della pena capitale e della guerra, ed in generale tutte le forme di “*taking of human life*” da parte di autorità pubbliche²²⁵, né le problematiche definitorie e i

688 ss., 703, 707, ove si fa notare “*la chiara mancanza di fungibilità tra corti statali e corti federali; le profonde differenze nei metodi di selezione, nel mandato, e nella mentalità istituzionale*” e “*il ruolo strutturale unico delle corti federali nel proteggere gli individui nei confronti delle istituzioni governative*”.

²²³ AA.VV., *Judge Neil M. Gorsuch*, cit., p. 98.

²²⁴ N.M. Gorsuch, *The Future of Assisted Suicide*, cit., p. 157; v. D. Hawkins, *Neil Gorsuch wrote the book on assisted suicide. Here’s what he said*, all’URL https://www.washingtonpost.com/news/morning-mix/wp/2017/02/01/neil-gorsuch-wrote-the-book-on-assisted-suicide-heres-what-he-said/?utm_term=.a8044bc956c5, 1 febbraio 2017.

²²⁵ Molto interessanti le critiche che sono state avanzate da M.S. Lewis, *Questions of life and death for Neil Gorsuch*, disponibile all’URL <https://www.bostonglobe.com/opinion/2017/03/17/questions-life-and-death-for-neil-gorsuch/lkmgloHivqkgmnEG0m6xbI/story.html>, 18 marzo 2017, il quale pone in dubbio la diffusa caratterizzazione quale giudice di orientamento autenticamente libertario, che ha contraddistinto il dibattito successivo alla nomina di Gorsuch, in particolare alla luce di alcune problematiche sociali attuali della realtà statunitense. Viene discussa la distinzione di fondo, premessa logica del libro, tra soppressione della vita umana effettuata da privati, sempre illecita, ovvero da agenti pubblici o dallo Stato, talvolta legittima e giustificabile. L’A. manifesta preoccupazione rispetto alle tendenze interpretativo-giudiziali che possono derivare da questa “*presunzione di correttezza morale*” dell’azione pubblica, in una fase storica nella quale si ripetono drammaticamente e giungono all’attenzione dei tribunali episodi di *police brutality*, con esiti di frequente letali, specialmente per giovani membri della minoranza afroamericana, oppure questioni sulla legittimità della pena di morte, a fronte di prove scientifiche di innocenza. L’A. da ultimo mette in luce la difficile conciliabilità della posizione di Gorsuch, in punto di illegittimità automatica delle azioni dei privati, con l’interpretazione “ampia” corrente del II Em., diritto individuale a possedere e portare

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

limiti del termine “*human life*”, in riferimento al perdurante, e ancora lacerante nella società statunitense, dibattito sul diritto all’aborto.

Nell’ambito della discussione strettamente giuridica sulla eventuale sussistenza di un diritto fondamentale dell’individuo – costituzionalmente protetto dalla *due process clause* – a “morire con dignità”, ci si sofferma sulle decisioni emesse dalla *Supreme Court*²²⁶, dedicando particolare attenzione alla metodologia ermeneutica impiegata per stabilire se un diritto possa essere considerato fondamentale e meritare quindi un “*heightened scrutiny*”.

Con specifico riferimento alle leggi che ponevano divieti di “suicidio assistito” – la cui legittimità costituzionale fu affermata dalla Corte – Gorsuch conferma la correttezza del “*test storico*” impiegato (*historical test*), basato sulla tradizione di protezione al livello più specifico possibile.

Tale tradizione, infatti, pare non poter confortare l’assunto secondo cui un *liberty interest* a morire con dignità per mano di terzi possa ritenersi profondamente radicato nelle tradizioni della nazione, così da rientrare nell’alveo di protezione del XIV Em.

Un orientamento, dunque, che si accosta maggiormente a quello espresso da Scalia nel caso *Michael H.*, brevemente criticato *supra*, incentrato quasi esclusivamente sulla tradizione.

D’altro canto, lo stesso Gorsuch critica il differente metodo del “*reasoned judgment*”, incentrato sul “*moral reasoning*” e sul “*critical discourse*” – esposto originariamente dal giudice Harlan in *Poe v. Ullman*

armi, consacrata nella nota decisione estesa da Scalia *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), che ha costituito forse il successo più grande della metodologia d’interpretazione costituzionale originalista-testualista. Ci si chiede opportunamente al proposito, con tono evidentemente retorico, per sottolineare le contraddizioni di Gorsuch (che sarà sicuramente disposto a confermare il diritto a portare armi nella sua massima estensione, rendendo complessa ogni possibilità di disciplina e regolamentazione da parte degli Stati): “*il suo desiderio di restringere le attività di soppressione della vita intenzionali private influenzerà il modo in cui egli definisce i confini e i limiti del diritto di cui al Secondo Emendamento quando gli viene chiesto di affrontare quei diritti con gli sforzi del governo per contrastare il crimine?*”.

²²⁶ Oltre alla già citata *Washington v. Glucksberg*, *Vacco v. Quill*, 521 U.S. 793 (1997), che parimenti confermò la legittimità dell’interesse statale a criminalizzare il suicidio assistito e negò che la “libertà” protetta dal XIV Em. comprendesse anche il diritto di suicidarsi o di assistere un altro soggetto a suicidarsi.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

– e fatto proprio dalla Corte Suprema in casi più recenti, con esiti di espansione per le libertà del singolo²²⁷.

Le obiezioni che vengono mosse a tale modo di ragionare, da un canto, sono quelle consuete dell’eccesso di “politicità” e soggettivismo giudiziale; dall’altro, il timore – affine a quello espresso da Scalia nel suo *dissent* in *Lawrence* – che il riconoscimento in sede pretoria di nuovi diritti sulla base di indeterminate nozioni di filosofia morale e concetti “libertari”, quali l’autonomia individuale, possa portare a giustificare l’annullamento diffuso di molteplici normative, quali ad esempio quelle che vietano la poligamia, i duelli consensuali, la prostituzione o il consumo di stupefacenti²²⁸.

Alla luce di tutte le considerazioni sopra svolte, se si tengono congiuntamente in conto le opinioni espresse nella sua *scholarship*, le *judicial opinions* estese, nonché le opinioni generali sul “ruolo delle Corti” nella società e nell’ordinamento statunitense²²⁹, si può ragionevolmente ipotizzare che il più giovane tra i *Justices* non interpreterà “espansivamente” il contenuto di protezione sostanziale

²²⁷ Si può fare l’esempio della già descritta opinione della Corte redatta da Kennedy in *Lawrence*, ovvero della nota decisione sui matrimoni omosessuali *Obergefell v. Hodges*. Esemplicativa del metodo del “giudizio razionale” anche la decisione con la quale fu riaffermato il “contenuto essenziale” (c.d. *core holding*) del precedente in materia di diritto all’aborto *Roe v. Wade* del 1973. In *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), la *plurality opinion* dei giudici conservatori “moderati” O’Connor, Souter e Kennedy, animata prevalentemente dall’esigenza di rispettare la dottrina dello *stare decisis*, ribadì, attraverso il metodo del “*moral reasoning*” e del “*critical discourse*”, che le “*scelte essenziali per la dignità personale e l’autonomia ... sono fondamentali per la libertà protetta dal Quattordicesimo Emendamento*” e che “*al cuore della libertà vi è il diritto di definire la propria concezione di esistenza, di significato, dell’universo, e del mistero della vita umana. Le convinzioni riguardanti tali questioni non potrebbero formare gli attributi della personalità se esse si venissero a creare sotto costrizione dello Stato*”. Per una critica più approfondita alla metodologia “restrittiva” che sembra contraddistinguere la *fundamental rights adjudication* di Gorsuch: cfr. AA.VV., *Judge Neil M. Gorsuch*, cit., pp. 97-99; D.H. Gans, *The Selective Originalism*, cit., pp. 10-13; *The Civil Rights Record*, cit., pp. 68-70; esamina in maniera approfondita il precedente *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, tra gli altri, J. Toobin, *The Nine. Inside the Secret World of the Supreme Court*, New York, 2007, pp. 51-60.

²²⁸ Si tratta della stessa preoccupazione espressa dal presidente Roberts, nel parere contrario alla sentenza che ha reso legittimi i matrimoni omosessuali in tutta la nazione, rispondendo agli argomenti della maggioranza basati sull’*harm principle*: v. *Obergefell v. Hodges*, --- U.S. ---, 135 S. Ct. 2584, 2622 (2015).

²²⁹ AA.VV., *Judge Neil M. Gorsuch*, cit., pp. 8-22.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

della *due process clause*. Questo approccio, rispetto ai controlli di legittimità costituzionale sulle disposizioni penali – e, nello specifico, sulle scelte legislative di criminalizzazione – potrebbe dar luogo ad uno scrutinio estremamente deferenziale, orientato a lasciare sostanzialmente incontrollato il potere delle assemblee legislative statali.

9. Un nuovo Scalia? Come (non) cambiano gli equilibri all’interno della Corte

Giunti al termine di questa rassegna, non resta che provare a tirare fila con un bilancio di sintesi, da un lato, concentrandosi sull’eredità di Scalia in materia di rapporti tra Costituzione e diritto *lato sensu* punitivo, dall’altro prospettando, *de iure condendo*, alcune potenziali evoluzioni future, connesse all’“entrata” di Gorsuch nel supremo collegio.

Dall’esame dei percorsi interpretativi di Scalia emerge un profilo complesso, caratterizzato da molteplici e contrastanti sfaccettature – come è normale che sia – per una figura così influente, “*larger than life*”, che ha impresso un marchio indelebile e duraturo nella storia giuridico-politica nordamericana²³⁰.

Sebbene sia vero che Scalia sarà ricordato più per la sua prosa, straordinaria per chiarezza e fruibilità, e per la diffusione e il consolidamento della metodologia originalista-testualista nel mondo giudiziario e accademico statunitense²³¹, che non per il diritto

²³⁰ Una splendida commemorazione, da parte di importanti accademici e di alcuni colleghi, può leggersi nel numero dedicato dell’*Harvard Law Review*, *In Memoriam: Justice Antonin Scalia*, consultabile all’URL <https://harvardlawreview.org/2016/11/in-memoriam-justice-antonin-scalia/>, 10 novembre 2016.

²³¹ Sotto quest’ultimo profilo, si è unanimemente rilevato che Scalia scrivesse le sue opinioni, soprattutto quelle dissenzienti, nelle quali era più “libero” da esigenze di compromesso, indirizzandosi principalmente all’uditorio degli studenti delle *law schools*, tramite l’uso di un linguaggio divertente e fruibile, spesso sarcastico e polemico, ma sempre chiaro, nonché perfetto sotto il profilo tecnico-giuridico (v. A. Pin, *Exit Nino*, cit., pp. 261-262). Parte della dottrina costituzionalistica *liberal* ha criticato apertamente il suo stile, cfr. E. Chemerinsky, *The Jurisprudence of Justice Scalia*, cit., pp. 399-401. Scalia illustra dettagliatamente le molteplici ragioni a supporto dell’istituto delle “opinioni separate” (concorrenti e dissenzienti), diffondendosi sul grande utilizzo che ne ha fatto nel corso del suo servizio in D. Tega, *La Mia Concezione dei diritti*, cit., p. 669 ss.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

“effettivamente creato” con le *majority opinions*, nella materia penale il discorso cambia.

Infatti – come si è visto – il suo voto si è dimostrato spesso importante, se non risolutivo, e ha talvolta determinato la formazione di maggioranze “imprevedibili” – in base al consueto “*political-ideological spectrum*” – nel collegio: una sorta di *Jolly* nel settore dello *ius puniendi*.

La fedeltà ai principi desumibili dalla lettera costituzionale si rispecchia in una *coerenza* che impone di giungere a risultati interpretativi non sempre conformi alle proprie opzioni politiche “di fondo”, ma nondimeno imposti dal *rule of law*.

Così, se si guarda alle sentenze in materia di principio c.d. *void for vagueness doctrine* (principio di determinatezza) e di c.d. *rule of lenity* (principio del *favor rei* nell’interpretazione delle norme penali ordinarie), la primaria importanza attribuita ai *segni linguistici del testo*, in funzione di garanzia individuale di accessibilità al precetto e prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie, supera spesso le istanze autoritarie-repressive dello Stato, rendendole opportunamente recessive. Ciò anche a costo di sacrificare l’effettività delle norme e sterilizzare le varie, spesso imperscrutabili, *rationes legis*.

Diversamente, la giurisprudenza in ambito penale-sanzionatorio, nel quale si concentra il più elevato tasso di discrezionalità politica degli stati sovrani, consegna l’immagine più nitida della mentalità profondamente conservatrice, finanche populistica, di Scalia, il quale, per preservare principi “*di struttura ordinamentale*”, nega alle corti – con esiti assai critici – qualsivoglia ruolo di controllo giurisdizionale sui risultati del processo democratico, che non sarebbe legittimato dalla *strict construction* del testo costituzionale federale. Qui si manifesta una “*retorica più accesa*”, a tratti infuriata²³².

Analoghe considerazioni possono svolgersi con riferimento al tema sensibile delle protezioni processuali, in sede di *Habeas review*, dei potenziali innocenti già condannati in via definitiva, ove la maggiore preoccupazione del nostro era quella di preservare la struttura federale dell’Unione, e dunque la definitività delle condanne irrogate dalle corti

²³² Cfr. R.J. Smith, *Antonin Scalia’s Other Legacy*, all’URL http://www.slate.com/articles/news_and_politics/jurisprudence/2016/02/antonin_scalia_a_was_often_a_friend_of_criminal_defendants.html, 16 febbraio 2016, secondo il quale Scalia “*utilizza la sua voce per trasformare le esperienze giuridiche in esperienze culturali, e la pena di morte ispirava la sua prosa più aggressiva*”.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

statali, anche nei processi capitali, con costi ai nostri occhi intollerabili²³³.

Le posizioni espresse in punto di *fundamental non-enumerated rights adjudication*, e la conseguente aprioristica rinuncia ad ogni tipo di scrutinio contenutistico-sostanziale sulle scelte d’incriminazione, paiono criticabili, e caratterizzate, più in generale, da contraddittorietà.

Si osserva da più parti – infatti – che il controllo di costituzionalità presuppone sempre *scelte di valore*, e gli strumenti interpretativi dell’originalismo²³⁴ non sono in grado di garantire la piena neutralità del giudice.

I maggiori “successi originalisti” – ad esempio la celebre decisione *District of Columbia v. Heller*²³⁵ – devono considerarsi non meno “creativi” dell’elaborazione giurisprudenziale a-testuale in materia di diritto di riservatezza quale limite alla *government action* (per quel che

²³³ V. R. Little, *The Court after Scalia: A mixed bag on criminal law and procedure issues*, consultabile all’URL <http://www.scotusblog.com/2016/09/the-court-after-scalia-a-mixed-bag-on-criminal-law-and-procedure-issues/>, 9 settembre 2016.

²³⁴ Come quelli di tutte le altre teorie dell’interpretazione costituzionale: cfr. sul punto C. Drigo, *Le Corti costituzionali*, cit., p. 112 ss.

²³⁵ Che ha riconosciuto un diritto individuale fondamentale a possedere e a portare armi nel II Em. La sentenza già citata, pur non essendo in senso stretto attinente alla materia penale, è ricca di risvolti (negativi) per la nostra materia. Lo *status* di diritto fondamentale conferito a quanto previsto dal II Em. – con un indubbio strappo rispetto ai *precedenti* della Corte suprema, giustificato esclusivamente in base ad argomenti storico-testuali – implica una serie di conseguenze indesiderabili, prima fra tutte quella di rendere molto più difficoltoso lo sforzo normativo-regolatore del legislatore federale e dei legislatori statali (dopo la decisione *McDonald v. Chicago*, 561 U.S. 742 (2010)) mirato a prevenire la violenza e gli omicidi commessi con armi da fuoco, che, come noto, costituiscono una vera e propria emergenza, se non una piaga, nelle società statunitensi. Detta altrimenti, essa è in parte responsabile delle enormi difficoltà che i legislatori incontrano nel disciplinare e contrastare in maniera effettiva (tramite c.d. *background checks*, divieti e controlli di altro tipo), anche attraverso lo strumento penale, l’accesso alle armi da fuoco, e, conseguentemente, fenomeni quali, a titolo di esempio, i frequenti c.d. *mass shootings* da parte di soggetti mentalmente disturbati e la violenza giovanile in molte aree urbane “difficili”. L’onere di giustificazione in capo al legislatore è infatti più pesante, poiché ogni tipo di limitazione/restrizione al diritto fondamentale di portare e possedere armi deve superare uno scrutinio caratterizzato da particolare rigore. Su questi profili v. l’autorevole critica di L. Tribe-J. Matz, *Uncertain Justice. The Roberts Court and the Constitution*, New York, 2014, pp. 154-184. Evidenzia la stringente necessità di approvare misure legislative idonee a prevenire e reprimere il devastante fenomeno della violenza da armi da fuoco e i c.d. *mass shootings* B. Obama, *The President’s Role*, cit., 856-858.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

qui rileva, alla criminalizzazione). Gli esempi sono molteplici²³⁶: si tratterebbe, in altri termini, di un *judicial activism* di stampo conservatore²³⁷, che, sotto le mentite spoglie del “significato originario” e della storia, asseritamente in grado di scongiurare il c.d. *judicial subjectivism*, mira in realtà ad imporre, aggirando le forme della democrazia, l’agenda politica ed i valori del partito repubblicano e dei “gruppi di interesse” ad esso collegati.

Il quadro del diritto processuale penale – pur assai apprezzato in dottrina – è anch’esso contraddistinto da diversi chiaro-scuro. Se, infatti, per un verso, le decisioni sui diritti fondamentali di cui al IV e al VI emendamento hanno irrobustito lo statuto delle garanzie costituzionali dell’indagato e dell’imputato, deve nondimeno rimarcarsi la loro già evidenziata *ipo-effettività* sul piano pratico²³⁸, che si accentua a causa della avversione verso gli *effettivi rimedi* costituzionali disponibili, da sempre manifestata da Scalia. Questi ultimi soltanto, in definitiva, possono concretamente migliorare la posizione dei cittadini, preservandoli dagli abusi dello Stato.

Emerge dunque un quadro complesso, che mal si presta ad essere definito con semplicistiche etichette.

Ciò che si può dire conclusivamente è che Scalia ha davvero offerto un contributo unico e originale in materia di diritto punitivo, definendo sovente – più che in altri settori – i contorni della *Supreme Law of the Land*. Con i suoi chiari e talvolta provocatori *reasoning* ha smentito coloro che lo ritenevano aprioristicamente un c.d. *hanging judge*²³⁹ e,

²³⁶ Si può citare, a mero titolo d’esempio, la notissima e assai criticata sentenza *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010). Più nel dettaglio v. M. De Medici, *Citizens United: la decisione più osteggiata della corte suprema*, consultabile all’URL <http://www.centroeinaudi.it/agenda-liberale/articoli/4316-citizens-united-la-decisione-pi%C3%B9-osteggiata-della-corte-suprema.html>, 5 febbraio 2016; L. Tribe-J. Matz, *Uncertain Justice*, cit., pp. 88-120.

²³⁷ V. C. Sunstein, *Radicals in Robes. Why Extreme Right-Wing Courts Are Wrong for America*, New York, 2005, *passim*; E. Chemerinsky, *The Conservative Assault*, cit., *passim*. Più di recente si veda l’interessante contributo: E. Segall, *Justice Scalia and the Myth of the Originalist Judge*, all’URL <http://www.dorfonlaw.org/2017/10/justice-scalia-and-myth-of-originalist.html>, 4 ottobre 2017, e letteratura ivi richiamata; S. Whitehouse, *Conservative Judicial Activism: the Politicization of the Supreme Court Under Chief Justice Roberts*, in *Harv. L. & Pol’y Rev.*, 2015, 195 ss.

²³⁸ Cfr. *supra* §§ 5, 5.1., 5.2.

²³⁹ Letteralmente “un giudice che condanna a morte per impiccagione”; in senso figurato un giudice aprioristicamente forcaiolo e incline ad un eccessivo rigorismo

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

profilo di non poco momento, ha stimolato una continua riflessione negli studiosi, spesso sorpresi dalle sue interpretazioni, ampliative delle garanzie, così lontane dalla sua personale mentalità ed ideologia politica.

Questo è il dato forse di maggiore interesse: il profilo “penalistico” del giudice Scalia è molto più complesso di quello che si potrebbe dedurre in base alla rappresentazione del *mainstream* mediatico e, talvolta, anche dei contributi scientifici. I motivi che determinano le sue prese di posizione sono strettamente correlati a principi democratici fondamentali, di “struttura ordinamentale”, e pertanto degni della più attenta considerazione.

Come si innesterà il giudice Gorsuch in tale contesto? Saprà raccogliere e portare ad ulteriori sviluppi cotanta eredità? Quale sarà il suo impatto sugli equilibri interni al collegio?

Le prime decisioni alle quali ha partecipato non rivelano certo timidezza e sembrano confermare quanto si è osservato sopra, rispetto alle stringenti limitazioni istituzionali del “*Role of the Judiciary*” proprie della sua concezione.

Come si è rilevato²⁴⁰, emerge un “*confident textualist*”, un giurista precipuamente focalizzato sul dato positivo e sui suoi limiti, refrattario ad intervenire in via giudiziale, affidando alla giurisdizione compiti di “riscrittura” delle norme che non le sono propri, sulla base di incerte valutazioni teleologiche, sempre a rischio di sostituirsi alle scelte politiche discrezionali effettuate dal legislatore.

Proprio in relazione al “testualismo”, sarà interessante vedere se Gorsuch darà continuità – in chiave di estensione delle garanzie per il reo – alle posizioni espresse nell’ufficio di giudice di Corte d’appello in punto di interpretazione letterale/restrittiva delle norme penali (*statutory interpretation*), contribuendo alla realizzazione di tali istanze ad un livello sovraordinato, tramite la valutazione della conformità ai principi costituzionali di tassatività/determinatezza (c.d. *void for vagueness doctrine*) di un precetto “indeterminato” previsto da una normativa in materia di immigrazione, in un caso la cui trattazione è già fissata nel

sanzionatorio, cfr. la definizione all’URL <https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/hanging-judge>.

²⁴⁰ J. H. Adler, *Justice Gorsuch’s first opinions reveal a confident textualist*, all’URL https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2017/06/23/justice-gorsuchs-first-opinions-reveal-a-confident-textualist/?utm_term=.2dde37471deb, 23 giugno 2017.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

calendario della Corte²⁴¹. Se il nuovo giudice seguisse effettivamente le orme dell’ultimo Scalia, tale disposizione avrebbe scarse possibilità di superare il controllo di costituzionalità²⁴².

²⁴¹ Nel caso *Session v. Dimaya*, No. 15-1498 (*reargument* fissato per il 2 ottobre 2017), la Corte Suprema sarà chiamata a valutare la costituzionalità della normativa federale (*Immigration and Nationality Act*) che prevede l’espulsione obbligatoria di soggetti non dotati di cittadinanza, anche se risiedono lecitamente sul territorio statunitense, qualora sia accertata con sentenza definitiva la commissione di “reati aggravati” (*aggravated felonies*). La disciplina definisce tali “reati aggravati” in modo ampio, riferendosi sia a *felonies* sia a *misdemeanors*. E’ contemplata poi una c.d. *residual clause*, una disposizione “di chiusura”, di cui al 18 U.S.C. §16(b), che definisce, ai fini dell’applicabilità della norma, come “crimine di violenza” (*crime of violence*) “ogni 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”. La “clausola residuale” si mostra molto simile a quella, prevista dalla normativa penale federale in materia di delitti commessi con utilizzo di armi da fuoco, censurata dalla opinione di maggioranza di Scalia per eccessiva *vagueness*, indeterminatezza, in violazione della protezione sostanziale del *due process* di cui al V Em., nel caso sopra esaminato *Johnson v. United States*. Si noti però che il caso *Session v. Dimaya* presenta alcune peculiarità che lo differenziano da *Johnson*: la misura del *mandatory removal* (espulsione obbligatoria) in questione, comminabile ai soggetti autori di reati, ha natura non penale, ma *civil* (noi diremmo *formalmente amministrativa*). Il problema dunque verte soprattutto sull’applicabilità del *coté* sostanziale del *due process*, nella specie il requisito di garanzia costituzionale di accessibilità-prevedibilità, a disposizioni di natura non *formalmente* penale, ma sostanzialmente afflittive. Applicabilità che era stata già sancita in un risalente precedente della Corte Suprema, *Jordan v. DeGeorge*, 341 U.S. 223 (1951), laddove si ritenne che, vista la natura sostanzialmente afflittivo-punitiva della deportazione, la protezione sostanziale del *due process* impone un “chiaro preavviso” (*fair notice*) dei reati le cui condanne potessero portare all’adozione di una misura amministrativa di deportazione. La questione nel merito fu però rigettata dalla Corte, che confermò la legittimità costituzionale di una disposizione amministrativa che autorizzava la deportazione di un immigrato condannato “per ogni reato espressivo di depravazione morale”. Cfr. K. Johnson, *Argument preview: Criminal removal – Is “crime of violence” void for vagueness?*, consultabile all’URL <http://www.scotusblog.com/2017/09/argument-preview-criminal-removal-crime-violence-void-vagueness/>, 25 settembre 2017.

²⁴² Sembrano andare in questa direzione le indicazioni provenienti dall’*oral argument* del 2 ottobre 2017, nel quale Gorsuch – che potrebbe rivelarsi il voto decisivo nel caso – ha sostenuto apertamente l’applicabilità del precedente *Johnson v. United States* alla misura di *mandatory removal* prevista dalla normativa in materia di immigrazione *sub iudice*. Cfr. K. Johnson, *Argument analysis: Faithful to Scalia, Gorsuch may be deciding vote for immigrant*, all’URL <http://www.scotusblog.com/2017/10/argument-analysis-faithful-scalia-gorsuch-may-deciding-vote-immigrant/>, 3 ottobre 2017.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

Per quanto concerne la pena capitale, si è già visto come il primo voto di Gorsuch sia stato assai eloquente. D’altro canto, la “rigidità” delle sue opinioni in proposito – accostabile a quella di Scalia – non induce a ritenere possibile alcun cambio di rotta sul breve (o lungo) periodo²⁴³. Anzi, la sua conferma, insieme alla probabile nomina trumpiana di altri membri, rende quanto mai improbabile una abolizione della pena capitale per via giudiziale nel prossimo futuro²⁴⁴.

Analogamente, in base alla più volte espressa diffidenza nei confronti della c.d. *substantive due process doctrine*, si può ragionevolmente affermare che il nuovo giudice non offrirà alcun contributo al rafforzamento del sindacato contenutistico/sostanziale sulle scelte d’incriminazione dei legislatori²⁴⁵.

Passando conclusivamente a valutare l’impatto complessivo sugli equilibri politico-ideologici del collegio, occorre segnalare – come prevedibile – un immediato spostamento “a destra”²⁴⁶, che sembra avere

²⁴³ Non resta che confidare in una piuttosto improbabile evoluzione durante il suo servizio. Come ci ricorda l’ex giudice supremo Stevens (35 anni di servizio): “proprio come il significato dell’Ottavo Emendamento reagisce agli standard di decenza in evoluzione in una società in via di maturazione, allo stesso modo le opinioni dei singoli giudici supremi possono diventare più civili dopo vent’anni di servizio alla Corte”, cfr. J.P. Stevens, *Five Chiefs*, cit., p. 226.

²⁴⁴ Sulle prospettive future dell’abolizione per via giudiziale da parte della Corte suprema v. le considerazioni di B.L. Garrett, *End of Its Rope*, cit., pp. 226-232.

²⁴⁵ Anche se possono scorgersi alcuni elementi in grado di suggerire un diverso – costituzionalmente “più protettivo”, rispetto a quello di Scalia – approccio in tale ambito, v. J. P. Kelleher, *Neil Gorsuch’s “natural law” philosophy is a long way from Justice Scalia’s originalism*, consultabile all’URL <https://www.vox.com/the-big-idea/2017/3/20/14976926/gorsuch-natural-law-supreme-court-hearings>, 20 marzo 2017.

²⁴⁶ Convergono nel formulare questo tipo di osservazioni, citando diverse decisioni in tema di diritti delle coppie omosessuali (*Pavan v. Smith*, 582 U.S. (2017)); c.d. *gun rights* (*Peruta v. California*); regolamentazione dell’immigrazione (*Donald J. Trump v. International Refugee Assistance Project*); separazione tra Stato e Chiesa e *campaign financing*: E. Chemerinsky, *Chemerinsky: Gorsuch has quickly made his ideology clear*, in http://www.abajournal.com/news/article/chemerinsky_gorsuch/, 2 agosto 2017; D.S. Savage, *Gorsuch is already pushing the Supreme Court right on religion, guns and gay rights*, all’URL <http://www.latimes.com/politics/la-na-pol-gorsuch-court-20170628-story.html>, 29 giugno 2017; L. Fadulu; *Neil Gorsuch’s early opinions reveal a deeply conservative Supreme Court justice*, all’URL <https://qz.com/1015025/neil-gorsuchs-early-opinions-reveal-a-deeply-conservative-supreme-court-justice/>, 26 giugno 2017.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

ripristinato la situazione precedente al decesso di Scalia, con una maggioranza conservatrice di cinque giudici relativamente solida.

Il ruolo di c.d. *swing vote*, l’ago della bilancia, dal quale dipende l’esito di molti dei casi politicamente e socialmente più controversi²⁴⁷, resta pertanto appannaggio dell’anziano giudice Kennedy, di nomina reaganiana, ma assai distante da posizioni originaliste, incline a valutazioni casistico/pragmatiche, e talvolta più allineato con i giudici di orientamento progressista, anche in campo penale²⁴⁸.

Sotto questo profilo, sarà stimolante verificare se Gorsuch si allineerà su posizioni più “estreme” e categoriche – affini a quelle fatte proprie, ad esempio, dall’altro giudice originalista Clarence Thomas²⁴⁹ –

²⁴⁷ Cfr. ad es. I. Shapiro, *Justice Kennedy: the Once and Future Swing Vote*, disponibile all’URL <https://www.cato.org/publications/commentary/justice-kennedy-once-future-swing-vote>, 13 novembre 2016.

²⁴⁸ Si prendano ad esempio i temi della pena di morte e delle limitazioni ai diritti civili ed alle libertà fondamentali protette in base al significato sostanziale delle clausole del *due process* del V e XIV Em.

²⁴⁹ Occorre notare che Thomas – in materia penale – pur essendo noto (o, forse, famigerato) soprattutto per alcune delle più “macabre” pronunce in materia di pena di morte, nelle quali ripercorre nel dettaglio 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!), presenta alcune interessanti tendenze interpretative in chiave di espansione dei diritti dei rei, basate sulla fedeltà al testo ed alla storia della Costituzione e del *common law*. Una dinamica, dunque, simile a quella vista per Scalia, anche se la variante di originalismo propugnata da Thomas è generalmente ritenuta ancora più radicale di quella del giudice recentemente scomparso. Cfr. 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, 18 giugno 2013, ove si passano in rassegna diversi ambiti del diritto penale sostanziale e processuale nei quali i voti di Thomas hanno contribuito a rafforzare le garanzie costituzionali per gli imputati, con L. Greenhouse, *Justice Clarence Thomas Solitary Voice*, all’URL <https://www.nytimes.com/2016/06/09/opinion/justice-clarence-thomass-solitary-voice.html>, 8 giugno 2016, dove si analizza una recente decisione con cui la Corte suprema (*Foster v. Chatman*, 578 U.S. ____ (2016)), in materia di utilizzo viziato da discriminazione razziale dei c.d. *peremptory strikes* (le “eliminazioni” che le parti, in questo caso l’accusa, possono chiedere, per fondati e non discriminatori motivi, durante la selezione dei giurati), aveva censurato, per sette voti a uno, l’operato di un *prosecutor*, che aveva determinato la condanna a morte di un uomo di colore per l’omicidio di una donna caucasica, da parte di una giuria integralmente formata da cittadini bianchi. Il giudice Thomas – unico afroamericano nel collegio, che, paradossalmente, ereditò il posto del giudice Thurgood Marshall – scrisse da solo in

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

come sembra emergere dalle prime *opinions*²⁵⁰, oppure, in un’ottica di maggiore compromesso, si avvicinerà al conservatorismo più moderato del giudice capo Roberts²⁵¹, o dello stesso Kennedy, che – si rammenta – è stato suo mentore durante la *clerkship* alla Corte suprema nel 1993-94.

Indubbiamente la giovane età del giudice supremo gli consentirà di servire a lungo, lasciando una forte impronta sulla *jurisprudence* della Corte.

Conclusivamente, sebbene siano molti i tratti di affinità riscontrati tra gli orientamenti di Gorsuch e Scalia, alla luce dell’unicità della giurisprudenza costituzionale-penale di quest’ultimo, sarebbe affrettato, ed in definitiva erroneo, sostenere di trovarci in presenza di un “nuovo Scalia”²⁵².

Soltanto il trascorrere del tempo, attraverso cui si misurano e possono meglio valutarsi le evoluzioni interpretative di un organo giurisdizionale i cui membri sono nominati a vita, consentirà di apprezzare compiutamente il reale contributo che Gorsuch potrà offrire nella materia penale.

dissenso: non avrebbe riscontrato alcuna violazione e avrebbe confermato la condanna in ragione di argomenti procedurali. In generale v. W.H. Pryor Jr., *Justice Thomas, Criminal Justice, and Originalism’s Legitimacy*, in *The Yale Law Journal Forum*, 2 agosto 2017, p. 173 ss.

²⁵⁰ S. Hananel, *Clue to Gorsuch’s Ideology Seen in Pairings With Thomas*, consultabile all’URL http://www.bostonherald.com/news/national/2017/06/clue_to_gorsuchs_ideology_seen_in_pairings_with_thomas, 24 giugno 2017; v. anche *supra* nt. 239.

²⁵¹ A tale proposito v. J. Biskupic, *Gorsuch and Roberts, a relationship that could define American justice*, all’URL <http://edition.cnn.com/2017/02/03/politics/neil-gorsuch-john-roberts/index.html>, 3 febbraio 2017.

²⁵² C. Mason, *Will Gorsuch Be*, cit., p. 6.

Pietro Insolera

Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense

Abstract: Il testo, dopo una breve premessa, inquadra ed analizza la c.d. *Judicial Philosophy* del giudice supremo Antonin Scalia, che ha avuto un impatto forte, e difficilmente “classificabile” con convenzionali etichette, nella giurisprudenza costituzionale in materia penale (e non solo), durante i suoi trenta anni “*on the bench*”. Si traccia quindi una analisi comparativa con il successore Neil Gorsuch, recentemente confermato dal Senato, approfondendo alcune sue *opinions* in materia penale, emesse quando ricopriva l’ufficio di *Appellate Judge* del *10th Circuit*, oltre ad alcune prese di posizione espresse in ambito dottrinale. Il raffronto, oltre a rivelarsi utile per formulare alcune ipotesi sulla possibile influenza del nuovo *Justice* nello sviluppo della giurisprudenza costituzionale della Corte Suprema in ambito penale, offre un’importante occasione per riflettere sulla situazione attuale del sistema di giustizia penale e costituzionale statunitense.

Keywords: originalismo, controlli di costituzionalità in materia penale, Corte Suprema statunitense, diritti fondamentali, teorie dell’interpretazione costituzionale

Pietro Insolera, pietroinsolera@gmail.com