

Tutta un'altra storia. Il diritto di girare armati e la legislazione sulle armi alla prova del nuovo (e manipolabile) test storico: prime note a margine di *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen**

ANDREA FIORENTINO**

Nota a Supreme Court of the United States, no. 20–483, decided June 23, 2022.

Disponibile all'indirizzo: www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/20-843_7j80.pdf.

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La metodologia «*centered on constitutional text and history*» imposta dalla Corte Suprema. – 3. Le criticità di un test quasi esclusivamente storico sul piano astratto e nella sua concreta applicazione. – 4. Dopo *Bruen*. Spunti per una riflessione sui destini dell'ordinamento statunitense e sul futuro della legislazione sulle armi.

Data della pubblicazione sul sito: 12 novembre 2022

Suggerimento di citazione

A. FIORENTINO, *Tutta un'altra storia. Il diritto di girare armati e la legislazione sulle armi alla prova del nuovo (e manipolabile) test storico: prime note a margine di New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2022. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Il presente contributo è stato valutato secondo la procedura di cui all'art. 6 del Regolamento della Rivista.

** Dottore di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale nell'Università degli studi di Roma "La Sapienza". Indirizzo mail: andrea.fiorentino@uniroma1.it.

1. Introduzione

Il 23 giugno 2022 la Corte Suprema degli Stati Uniti, con una maggioranza di 6 voti contro 3 – composta dai soli giudici di nomina repubblicana – ha dichiarato l'incostituzionalità di una legge dello Stato di New York (il *Sullivan Act*, adottato nel 1911 ed emendato nel 1913) che subordinava il rilascio della licenza al porto occulto di pistole o rivoltelle alla sussistenza di una «*proper clause*» (N.Y. Penal Law Ann. §400.00(2)(f)), interpretata dalle Corti statali come imponente un onere, per il richiedente, di dimostrare «*a special need for self-protection distinguishable from that of the general community*» (vedi ad esempio Klenosky, 75 App. Div. 2d 793, 428 N. Y. S. 2d 256, 257).

New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen, 597 U.S. (2022) merita particolare attenzione non soltanto per l'avvenuta elisione della normativa impugnata, ma anche per le ulteriori, imponenti potenzialità demolitive insite nella metodologia da essa messa a punto per il controllo di costituzionalità delle limitazioni al diritto «*to keep and bear arms*» tutelato dal Secondo Emendamento (II Em.): un test incentrato su “storia e tradizione”, destinato – già di per sé, ma ancor di più per l'uso valorialmente orientato che potrebbero farne i giudici di cultura conservatrice – a innescare un'ondata di ricorsi miranti a travolgere le restrizioni sulle armi attualmente in vigore; con il rischio, connesso a questa prospettiva, di aggravare la frattura ideologica che ormai da tempo attraversa, lacerandoli, il tessuto sociale e l'assetto politico-istituzionale del Paese d'oltreoceano.

2. La metodologia «*centered on constitutional text and history*» imposta dalla Corte Suprema

L'opinione della Corte Suprema, affidata alla penna del giudice Thomas – il suo esponente più conservatore, che da anni attendeva un'occasione per riscattare il diritto di possedere e di portare armi da un presunto *status* di diritto costituzionale di “seconda classe” (come testimoniano i suoi precedenti *dissent from denial of certiorari*) – è stata la prima in materia di II Em. dopo oltre un decennio¹. I suoi precedenti sono due noti *landmark cases*: *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008) (opinione redatta da Scalia)², con il quale la Corte ha stabilito che il II

¹ Sul II Em. alla Costituzione degli Stati Uniti, cfr. S. VOLTERRA, *Le molte facce del Secondo Emendamento della Costituzione federale statunitense*, in *Studi parlamentari*, n. 160, 2008, p. 7 ss.; L. STROPPIANA, *Stati Uniti*, Bologna, Il Mulino, 2021, p. 185 ss.

² Sul pensiero e sull'operato dell'influente *justice*, cfr. F. CLEMENTI, *Scalia after Scalia. La Corte Suprema americana e i dilemmi di una (rischiosa) nomina*, in *Federalismi.it*, n. 4,

Em. tutela nei confronti della Federazione un diritto individuale di detenere e di portare armi per scopi legittimi, tra i quali *in primis* l'autodifesa; *McDonald v. City of Chicago*, 561 U.S. 742 (2010) (opinione redatta da Alito), con cui la stessa ha determinato che l'osservanza di questo diritto soggettivo si impone altresì ai singoli Stati.

Nella pronuncia in commento la Corte, dopo aver illustrato la normativa impugnata e la relativa interpretazione giurisprudenziale, l'ha inquadrata nel ristretto novero dei regimi di licenza c.d. "*may issue*" (vigenti anche in California, District of Columbia, Hawaii, Maryland, Massachusetts e New Jersey), che consentono ai funzionari competenti di negare il rilascio del permesso di portare armi in luoghi pubblici laddove, discrezionalmente, ritengano che il richiedente non soddisfi requisiti soggettivi di "giusta causa" o di "idoneità". Quasi a voler suggerire l'anomalia di questi ultimi sistemi, la Corte li ha confrontati con quelli "*shall issue*" adottati dalla gran parte degli Stati (43), i quali, diversamente, subordinano il rilascio della licenza al positivo accertamento del possesso di ben definiti requisiti oggettivi (ad esempio, un controllo dei precedenti e/o dello stato di salute mentale del richiedente, la frequenza di corsi sull'utilizzo delle armi e sulla normativa in materia, ecc.).

Nel prosieguo dell'opinione, la Corte ha rigettato il "*two-part test*" impiegato per dodici anni dalle Corti di appello per esaminare le leggi sul controllo delle armi, adoperato anche dai giudici *a quibus* per respingere il ricorso di due residenti nello Stato di New York che si erano visti respingere la richiesta di licenza al porto di armi in luoghi pubblici³. Nella prima parte di tale test, le Corti erano tenute a verificare se l'attività disciplinata dalla disposizione impugnata ricadesse nell'«*original scope of the right based on its historical meaning*»⁴. In caso positivo, nella seconda parte le stesse dovevano appurare se la restrizione incidesse o meno sul "nucleo" del diritto (identificato, in genere, con l'autodifesa domestica): nel primo caso, avrebbero dovuto applicare uno *strict scrutiny*, richiedendo al governo di dimostrare che la disposizione fosse «*narrowly tailored to achieve a compelling governmental interest*»⁵; nel secondo, invece, avrebbero dovuto ricorrere a un meno intenso *intermediate scrutiny*, richiedendo di provare che la restrizione fosse

2016; G.F. FERRARI, *Nino Scalia: analisi giurisprudenziale del pensiero di un giudice conservatore*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 3, 2016, p. 1191 ss.

³ Sul test, cfr. J. CHARLES, *Where Are All the Second Amendment Circuit Splits?*, in *Second Thoughts*, 16 agosto 2019, disponibile all'indirizzo <https://sites.law.duke.edu/secondthoughts/2019/08/16/where-are-all-the-second-amendment-circuit-splits/>.

⁴ *Bruen, Opinion of the Court*, p. 9.

⁵ *Ibidem*.

«*substantially related to the achievement of an important governmental interest*»⁶. Per la maggioranza, questo secondo *step* strideva con *Heller*, il quale avrebbe espressamente escluso il *means-end scrutiny* (ossia il sindacato di proporzionalità) nel contesto del II Em., e approntato una diversa metodologia «*centered on constitutional text and history*»⁷.

Quest'ultima presa di posizione, invero, desta qualche perplessità, se non altro perché il precedente evocato rivela, sotto il profilo metodologico, un'opzione molto meno *tranchant* di quella che la Corte ha preteso di trarvi⁸. In *Heller*, in effetti, essa aveva affermato in termini generici che la legge in esame non avrebbe superato il controllo di costituzionalità «*[u]nder any of the standards of scrutiny that we have applied to enumerated constitutional rights*»⁹, con ciò implicando la possibile applicazione di un qualche livello di *means-end scrutiny*. In quella pronuncia, oltretutto, lungi dal rigettare l'applicazione del test di proporzionalità, la Corte aveva scartato il metodo di analisi proposto nel *dissent* di Breyer¹⁰ proprio in quanto si configurava come un «*freestanding "interest-balancing" approach*»¹¹ non corrispondente a nessuna delle classiche forme di *means-end scrutiny* e, inoltre, mai impiegato per la tutela di diritti costituzionali enumerati, come il diritto di parola (per la cui protezione, tra l'altro, si applica regolarmente il sindacato di proporzionalità)¹². Ma c'è ancora di più. L'opinione dissenziente (redatta da Breyer e sottoscritta dai restanti giudici *liberal*) ha infatti centrato un'ulteriore criticità: nonostante il tentativo di Thomas di dimostrare il contrario¹³, il rigetto dell'analisi "mezzi-fine" e l'affidamento pressoché esclusivo alla storia informano una scelta metodologica non conforme alla modalità con cui il giudice supremo assicura la protezione dei diritti costituzionali, posto che, quand'anche si rivolga alla storia per determinarne i contorni di un diritto, lo stesso, normalmente, poi procede all'applicazione di un *means-end scrutiny* per verificare la costituzionalità della disposizione in esame¹⁴. Ciò rende piuttosto paradossale una delle affermazioni conclusive della pronuncia, nella quale si rimarca – non senza una nota di trionfalismo, derivante dalla pretesa di aver restituito al II Em. la dignità che gli

⁶ *Ivi*, *Opinion of the Court*, p. 10.

⁷ *Ivi*, *Opinion of the Court*, p. 13.

⁸ In tal senso, *ivi*, BREYER, J., *dissenting*, p. 22 ss. Cfr. anche J. CHARLES, *Bruen, Analogies, and the Quest for Goldilocks History*, in *Second Thoughts*, 28 giugno 2022, nota 1, disponibile all'indirizzo <https://firearmslaw.duke.edu/2022/06/bruen-analogies-and-the-quest-for-goldilocks-history/>.

⁹ *Heller*, at 628-629.

¹⁰ *Ivi*, at 689-690.

¹¹ *Ivi*, at 634.

¹² Cfr. *Bruen*, BREYER, J., *dissenting*, p. 25.

¹³ *Ivi*, *Opinion of the Court*, pp. 15-16.

¹⁴ *Ivi*, BREYER, J., *dissenting*, pp. 24-25.

spetta – che quello di portare armi in luogo pubblico per l'autodifesa non è un diritto di seconda classe «*subject to an entirely different body of rules than the other Bill of Rights guarantees*»¹⁵.

Ad ogni modo, in ragione dell'inusuale metodologia che la Corte Suprema ha preteso di derivare da *Heller* (già teorizzata da Kavanaugh in un *dissent* risalente al tempo in cui era ancora giudice della DC Circuit Court of Appeals¹⁶, e invocata da lungo tempo dai sostenitori dei “*gun rights*”), alle Corti inferiori, d'ora in avanti, è richiesto «*to assess whether modern firearms regulations are consistent with the Second Amendment's text and historical understanding*». In particolare, quando la condotta individuale invocata dei ricorrenti risulti loro coperta dal «*plain text*» del II Em., secondo la Corte vale una presunzione di garanzia costituzionale della stessa: di conseguenza, l'onore di giustificare la normativa impugnata ricade sul governo, il quale deve dimostrarne la conformità «*with the Nation's historical tradition of firearm regulation*»¹⁷.

La Corte Suprema non ha mancato di riconoscere che l'analisi storica, talora, può essere difficile e complessa; ciononostante, ha sostenuto che affidarsi alla storia per interpretare il testo della Costituzione è «*more legitimate, and more administrable*» che chiedere ai giudici di compiere valutazioni empiriche in merito ai costi e ai benefici delle restrizioni legislative, considerata sia la loro mancanza di *expertise*, sia la loro conseguente tendenza a rimettersi al bilanciamento degli interessi rilevanti operato dai legislativi¹⁸. Per la maggioranza, una simile deferenza nei confronti degli organi legislativi non sarebbe accettabile, dal momento che l'individuazione del punto di equilibrio tra gli interessi coinvolti sarebbe stata sottratta *ab origine* alla loro disponibilità: secondo una sua interpretazione assolutizzante risalente a *Heller*, infatti, il testo stesso del II Em. sarebbe già il prodotto finale di un *interest balancing* realizzato dal soggetto costituente «*the people*», il quale avrebbe stabilito in via definitiva di far prevalere «*above all other interests the right of law-abiding, responsible citizens to use arms*»¹⁹.

Il giudice supremo, a questo punto, ha fornito alle Corti inferiori alcune vaghe indicazioni sull'applicazione del nuovo «*history-only approach*»²⁰, risoltesi, essenzialmente, nell'invito a impiegare un *ragionamento analogico*: in base ad esso,

¹⁵ *Ivi*, *Opinion of the Court*, p. 62.

¹⁶ *V. Heller v. District of Columbia*, 670 F.3d 1244 (D.C. Cir. 2011). Cfr. J. CHARLES, *The “Text, History, and Tradition” Alternative*, in *Second Thoughts*, 5 dicembre 2019, disponibile all'indirizzo <https://sites.law.duke.edu/secondthoughts/2019/12/05/the-text-history-and-tradition-alternative/>.

¹⁷ *Bruen*, *Opinion of the Court*, p. 15.

¹⁸ *Ivi*, *Opinion of the Court*, p. 16.

¹⁹ *Heller*, *Opinion of the Court*, at 635.

²⁰ Come definito criticamente in *Bruen*, BREYER, J., *dissenting, passim*.

i giudici sono chiamati a verificare se la normativa impugnata faccia gravare sul diritto di autodifesa armata un *onere comparabile e comparabilmente giustificato* (che sia analogo, quindi, nel *quomodo* e nella *ratio*) con quello ad esso imposto dalle normative storiche addotte dai convenuti in giudizio. Tale approccio – ha aggiunto la Corte – non deve essere «*neither a regulatory straightjacket nor a regulatory blank check*», nella misura in cui esso richiede che il governo identifichi non necessariamente un «*historical twin*», ma anche solo «*a well-established and representative historical analogue*», escludendo in ogni caso che si possa far salva «*every modern law that remotely resembles a historical analogue*»²¹.

Passando all'applicazione del nuovo test alla normativa impugnata, inoltre, la Corte ha inteso delimitare rigidamente il materiale storico-giuridico che può essere considerato nell'ambito del *reasoning* analogico, in ossequio al principio per cui «*not all history is created equal*»²²: se è pacifico, in una prospettiva tutta originalista, che i diritti costituzionali sono garantiti «*with the scope they were understood to have when the people adopted them*»²³, per la maggioranza il riferimento alle testimonianze storiche di gran lunga antecedenti o posteriori all'adozione del II Em. (1791) e del XIV Em. (1868) potrebbe non essere utile all'individuazione dell'estensione del diritto protetto dal II Em., e non possedere dunque valore probatorio, se, rispettivamente, le convenzioni linguistiche o giuridiche sono nel frattempo cambiate, o le prove di epoca successiva contrastano col significato originario del testo costituzionale; in particolare, la Corte ha anche precisato che le prove relative al tardo XIX secolo non sono idonee a informare il significato del II Em. al pari di quelle più risalenti nel tempo, e ha rifiutato di considerare le testimonianze del XX secolo²⁴ (verosimilmente, per non confrontarsi con la lunga vigenza del *Sullivan Act*).

3. Le criticità di un test quasi esclusivamente storico sul piano astratto e nella sua concreta applicazione

Il nuovo test di costituzionalità predisposto dalla Corte Suprema, già solo in astratto, appare alquanto problematico. Sul punto, si ritiene di concordare con i rilievi formulati da Breyer nel *dissent*, ove questi ha messo in guardia dal carattere «*deeply impractical*»²⁵ di un'analisi incentrata pressoché esclusivamente sulla storia, alla quale ha contrapposto la necessità di un esame che tenesse in considerazione le prove empiriche «*justifying [State's] reasons for adopting the law or showing how*

²¹ *Ivi*, *Opinion of the Court*, p. 21.

²² *Ivi*, *Opinion of the Court*, p. 25.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ivi*, *Opinion of the Court*, p. 58, nota 28.

²⁵ *Ivi*, BREYER, J., *dissenting*, p. 25.

the law actually operates in practice»²⁶. In special modo, il giudice ha sottolineato che le Corti in genere, e soprattutto quelle inferiori, non sono affatto attrezzate per affrontare e risolvere in modo appropriato difficili questioni storiche (come dimostrano le “cantonate” prese dalla Corte in *Heller*, ampiamente accertate in ambito accademico)²⁷, e al contempo ha rimarcato come esse siano invece «*well equipped to administer means-end scrutiny*»²⁸. Inoltre, ha segnalato il rischio che il nuovo approccio possa far sì che il significato del II Em. cambi ogniqualvolta si rinviengano nuove testimonianze, nonché quello, ancora peggiore, che possa consentire ai giudici «*to reach the outcomes they prefer and then cloak those outcomes in the language of history*»²⁹. Breyer ha altresì posto in evidenza l'inadeguatezza di questo metodo allorché si tratti di affrontare questioni costituzionali dell'oggi, alla luce non soltanto del carattere spesso non risolutivo del mero riferimento alle fonti storiche, e delle difficoltà che si presenterebbero al cospetto di «*modern cases presenting modern problems*»³⁰ e di «*modern-day circumstances that [the Framers] could not have anticipated*»³¹ (come ad esempio le restrizioni sulle armi fabbricate con stampanti 3D), ma anche della carenza di indicazioni precise su quanto rigorosamente debba essere applicato il *reasoning* analogico. Nel complesso, la Corte pare aver conferito al nuovo test una configurazione indefinita e a maglie larghe, nella cui cornice, la valutazione di *quanti* e *quali* elementi siano idonei a integrare un «*well-established and representative historical analogue*» concede inevitabilmente – e forse anche

²⁶ *Ivi*, BREYER, J., *dissenting*, p. 52. Per una critica alla mancata considerazione delle evidenze empiriche, cfr. L. VICENS, S. LEVANDER, *The Bruen majority ignores decision's empirical effects*, in *SCOTUSblog*, 8 luglio 2022, disponibile all'indirizzo www.scotusblog.com/2022/07/the-bruen-majority-ignores-decisions-empirical-effects/.

²⁷ *V. Bruen*, BREYER, J., *dissenting*, p. 27 ss., il quale cita a titolo esemplificativo il *Brief for English/Early American Historians as Amici Curiae in McDonald v. Chicago*, O. T. 2009, No. 08–1521, p. 2 ss., nonché, in generale, S. CORNELL, *The Changing Meaning of the Right To Keep and Bear Arms: 1688–1788*, in A. SARAT, L. DOUGLAS, M. UMPHREY (a cura di), *Guns in Law*, Amherst, UMP, 2019, p. 20 ss.; D. WALKER, *Necessary to the Security of Free States: The Second Amendment as the Auxiliary Right of Federalism*, in *American Journal of Legal History*, vol. 56, 2016, p. 365 ss.; P. FINKELMAN, *The Living Constitution and the Second Amendment: Poor History, False Originalism, and a Very Confused Court*, in *Cardozo Law Review*, vol. 37, 2015, p. 623 ss.; M. WALDMANN, *The Second Amendment. A Biography*, New York, Simon & Schuster, 2014; W. MERKEL, *Heller as Hubris, and How McDonald v. City of Chicago May Well Change the Constitutional World as We Know It*, in *Santa Clara Law Review*, vol. 50, 2010, p. 1221 ss.

²⁸ *Ivi*, BREYER, J., *dissenting*, p. 30.

²⁹ *Ivi*, BREYER, J., *dissenting*, p. 26.

³⁰ *Ivi*, BREYER, J., *dissenting*, p. 32.

³¹ *Ibidem*.

volutamente – ai giudici ampi margini di discrezionalità; margini al cui interno potrebbero potenzialmente insinuarsi letture storiche imprecise o errate (in buona o in malafede), o anche forzature interpretative valorialmente orientate.

È proprio quel che è accaduto, malauguratamente, in occasione della prima applicazione del test da parte della Corte Suprema. Una volta accertato – senza difficoltà – che la linea di condotta rivendicata dai ricorrenti ricadeva nella protezione accordata dal «*plain text*» del II Em. (come interpretato nei due precedenti), questa sembra infatti essersi avventurata in una valutazione piuttosto tendenziosa delle prove storiche addotte dai ricorrenti a sostegno della costituzionalità della normativa impugnata, oggetto di disinvolute operazioni di *cherry-picking*, di *distinguishing* e di *dismissing* finalizzate a scartare quelle più promettenti come non analoghe a sufficienza, o non abbastanza rappresentative, oppure, ancora, ignorandole completamente. Il tutto allo scopo di pervenire a una precisa conclusione: che i convenuti non hanno adempiuto all'onere di individuare «*an American tradition justifying New York's proper-cause requirement*»³², e che pertanto quest'ultimo, impedendo ai cittadini rispettosi della legge e con ordinarie necessità di autodifesa di esercitare un loro diritto costituzionale, viola il XIV Em.³³

Così, ad esempio, tre restrizioni di epoca coloniale identificate dallo Stato di New York sono state ritenute dalla Corte insufficienti a provare l'esistenza di una «*tradition of public-carry regulation*»³⁴, lasciando aperto l'interrogativo di quante prove occorranza per fare una “tradizione”; e ciò anche a prescindere da una possibile vocazione analogica del merito delle stesse, comunque negata in esito a un accertamento assai esigente della comparabilità tra le restrizioni passate e quella impugnata. Ancora, a suo avviso, i divieti di trasporto pubblico previsti da alcuni Stati a inizio Ottocento non rilevarebbero, in quanto ritenuti costituzionali dalle Corti del tempo solo nella misura in cui non proibissero qualunque forma di trasporto, con ciò trascurando deliberatamente un diffuso orientamento delle stesse nel senso di considerare incostituzionali i divieti di portare armi a vista, ma non anche quelli di porto occulto (gli unici rilevanti nel caso in esame). Inoltre, un divieto generale di girare armati introdotto nel 1860 nel Territorio del New Mexico è stato relegato a una mera eccezione facendo leva sul carattere estremo di una restrizione adottata da un governo territoriale troppi anni dopo la ratifica del *Bill of Rights*, e sulla quale non si riscontra giurisprudenza. Ma l'esclusione più eclatante dal dominio delle regole storiche analoghe al requisito della “giusta causa” sembra essere quella di una legge del Texas di poco successiva alla ratifica del XIV Em. (1871) e per ben due volte convalidata dalle Corti statali, la quale proibiva il trasporto di pistole in assenza di “motivi ragionevoli” per temere un

³² *Ivi*, *Opinion of the Court*, p. 30.

³³ *Ivi*, *Opinion of the Court*, p. 63.

³⁴ *Ivi*, *Opinion of the Court*, p. 37.

attacco illegale alla propria persona: la Corte, malgrado non abbia potuto esimersi dal riconoscere «*the support that postbellum Texas provides for respondents' view*»³⁵, nondimeno non ha esitato a negarne la valenza analogica, nel presupposto che non si potrebbe fondare l'interpretazione del II Em. sull'eccezione di una sola legge vigente in un solo Stato e che per di più contraddice «*the overwhelming weight of other evidence*»³⁶. Similmente, la Corte ha respinto le prove di numerosi divieti introdotti nel tardo XIX secolo, principalmente nei Western Territories, per la loro distanza temporale dall'epoca della Fondazione, ma anche in quanto ha ritenuto che l'interpretazione del II Em. non si possa basare su una manciata di leggi temporanee e localizzate adottate quasi un secolo dopo la sua ratifica, rivolte a una popolazione irrisoria, sottoposte di rado a controllo giudiziario, e in contrasto con altre soverchianti prove a sostegno di una «*enduring American tradition permitting public carry*»³⁷. In realtà, queste restrizioni, così come quella texana, non possono essere considerate “*outliers*”, a meno che non si vogliano intenzionalmente ignorare – come ha fatto alla maggioranza – le prove che dimostrano l'ampia diffusione, durante e subito dopo la Ricostruzione, di normative statali e locali fortemente limitative del porto pubblico di armi, incluse alcune molto simili a quella impugnata³⁸.

Alla luce di questi esempi tratti dalla pronuncia, è evidente come la Corte si sia lanciata in un impiego spregiudicato dell'esteso margine di manovra che ha inteso riservare al ramo giudiziario in sede di costruzione del nuovo test. Come acutamente rilevato dai primi critici della decisione, quest'ultimo, all'atto pratico, si è dimostrato un approccio fondato non tanto su “testo, storia e tradizione”, quanto, piuttosto, su «*Fiction, Fantasy, and Mythology*»³⁹. In altre parole – citando lo storico Saul Cornell – quello propinato dalla Corte non è altro che un esempio di deterioro «*law office history*», frutto dell'applicazione di una metodologia in virtù della quale «*evidence is selectively gathered and interpreted to produce a preordained conclusion*»⁴⁰: vale a dire, *tutta un'altra storia*.

³⁵ *Ivi*, *Opinion of the Court*, p. 57.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ivi*, *Opinion of the Court*, 59.

³⁸ Così S. CORNELL, *Cherry-picked history and ideology-driven outcomes: Bruen's originalist distortions*, in *SCOTUSblog*, 27 giugno 2022, disponibile all'indirizzo www.scotusblog.com/2022/06/cherry-picked-history-and-ideology-driven-outcomes-bruens-originalist-distortions/.

³⁹ *Ibidem*. V. anche Bruen, BREYER, J., pp. 49-50.

⁴⁰ S. CORNELL, Heller, *New Originalism, and Law Office History: “Meet the New Boss, Same as the Old Boss”*, in *UCLA Law Review*, vol. 56, 2009, p. 1098. Cfr. anche ID., *History and Tradition or Fantasy and Fiction: Which Version of the Past Will the Supreme Court Choose in NYSRPA v. Bruen?*, in *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 49, 2022, p. 145 ss.

Al pari, si crede, che in altre rilevanti decisioni “di rottura” da essa adottate nel *term* 2021 (tra cui soprattutto, ma non solo, il clamoroso *overruling* di *Roe v. Wade* in *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*)⁴¹, la *conservative supermajority* della Corte Suprema, forte del suo preponderante peso, non ha avuto alcuna remora a sviluppare un *iter* argomentativo preordinato a realizzare un fine chiaramente politico: quello di offrire un riconoscimento costituzionale alla lettura *assolutizzante* del diritto di detenere e di portare armi perorata dall’influente *lobby* dei produttori e dai settori più conservatori della politica e della società americana⁴², rivolta a frustrare e, al limite, ad affossare del tutto, le restrizioni vigenti e le istanze favorevoli all’introduzione di regole più severe (in un Paese dove soltanto nel 2021 si sono contati 45.052 morti da arma da fuoco)⁴³. In ultima analisi, non appare azzardato ipotizzare che l’imposizione di un test storico dalla connotazione indefinita e a maglie larghe sia stata appositamente concepita per rendere la soluzione dei casi permeabile a giudizi di valore in linea con la sensibilità *superconservative* della maggioranza dell’organo di vertice del sistema giudiziario.

Manipolando per fini ideologici la ricostruzione storico-tradizionale del *public meaning* del II Em., la Corte Suprema – o «*Thomas Court*» (come pure è stata denominata, alludendo all’accresciuta influenza del *justice* e del suo pensiero ultraconservatore in esito al recente rafforzamento della destra interna)⁴⁴ – ha materializzato un paradossale contrappasso: il canone *originalista*⁴⁵, a detrimento del suo “originario” obiettivo di politica del diritto, ossia quello di difendere l’ordinamento dai danni che la discrezionalità giudiziaria esaltata dal *living constitutionalism*⁴⁶ potrebbe arrecare ai principi di certezza del diritto, di separazione dei poteri e di sovranità popolare, ha infatti finito con l’essere

⁴¹ V. anche *Vega v. Tekob*; *Kennedy v. Bremerton School District*; *West Virginia v. Environmental Protection Agency*.

⁴² Cfr. T. ZICK, *The Second Amendment as a Fundamental Right*, in *Hastings Const. Law Q.*, vol. 46, 2019, p. 624, per il quale i sostenitori dei “*gun-rights*” invocano il riconoscimento di «*a kind of super-right, one defined in absolute terms and buttressed by the most rigid standards*».

⁴³ Si consulti, per questo e altri dati sulla violenza da armi da fuoco, il sito <https://www.gunviolencearchive.org/>.

⁴⁴ Cfr., da ultimo, J. ABRAMSON, *In the ultimate coup for the right, it's Justice Thomas's Supreme Court now*, in *The Financial Times*, 7 luglio 2022, disponibile all’indirizzo <https://www.ft.com/content/b188c7dc-8374-47da-9222-a53141a04bbd>.

⁴⁵ Sull’*originalismo*, su tutti, cfr. S.G. CALABRESI (a cura di), *Originalism: a quarter-century of debate*, Washington, DC, Regnery, 2007.

⁴⁶ Sul quale, *ex pluribus*, cfr. D.A. STRAUSS, *The Living Constitution*, Oxford-New York, OUP, 2010. Per un tentativo di superare la contrapposizione tra le due teorie sull’interpretazione costituzionale, cfr. J.M. BALKIN, *Living Originalism*, Harvard, Belknap, 2011.

utilizzato allo scopo di piegare la giurisprudenza a un'agenda politica tutta contemporanea, indebitamente mascherata da verità storica e giudiziaria⁴⁷.

4. Dopo *Bruen*. Spunti per una riflessione sui destini dell'ordinamento statunitense e sul futuro della legislazione sulle armi

Prima ancora che per il suo imponente impatto sulle restrizioni attuali e future al diritto di detenere e di portare armi (vedi *infra*), ma tenendolo nondimeno in forte considerazione, la complessiva operazione politico-metodologica realizzata dalla Corte in *Bruen* richiede di essere osservata, innanzitutto, sotto il profilo delle sue implicazioni sistemiche. In questa prospettiva, ci sono pochi dubbi sul fatto che questa decisione, rappresentando l'ennesimo, allarmante segnale di un'accresciuta politicizzazione della Corte Suprema, abbia concorso a minare, di certo la sua credibilità, ma anche – all'interno di un sistema democratico fondato su un fine meccanismo di *checks and balances* – la legittimazione dello stesso ordinamento⁴⁸. In effetti, con questa e con le altre coeve sentenze, la schiacciante maggioranza di nomina repubblicana, trainata dalla sua componente più oltranzista, ha trascinato la Corte nel cuore pulsante dell'agone politico nell'evidente intento di ridefinire – segnando discontinuità più o meno marcate rispetto alla sua stessa giurisprudenza, e producendo risultati a dir poco controversi – alcune delle questioni che oggi maggiormente infuocano lo scontro identitario tra “due Americhe” radicalmente contrapposte (oltre alla violenza armata, l'interruzione della gravidanza, il cambiamento climatico, la libertà religiosa, ecc.). Architrave di quello che fu definito da Hamilton «*the least dangerous [branch]*»⁴⁹, la Corte Suprema, imboccando questo sentiero impervio, rischia non solo di smarrire la propria vocazione neutrale e garantistica, e con essa la fiducia riposta nel suo ruolo⁵⁰

⁴⁷ Così S. CORNELL, *Cherry-picked history and ideology-driven outcomes*, cit., nonché C. CARUSO, *Originalismo e politicità della Corte suprema degli Stati Uniti*, in *Lettera AIC*, 07/2022. L'impiego del canone originalista per porre la storia al servizio di un'agenda politica moderna è stato già contestato con riferimento a *Heller*: cfr. R.B. SIEGEL, *Heller and Originalism's Dead Hand - In Theory and Practice*, in *UCLA Law Rev.*, vol. 56, 2009, 1399 ss.; S. CORNELL, *Heller, New Originalism, and Law Office History*, cit.

⁴⁸ Così F. CLEMENTI, *La Corte Suprema americana e il passato che non passa*, in *Affarinternazionali.it*, 11 luglio 2022, disponibile all'indirizzo <https://www.affarinternazionali.it/la-corte-suprema-americana-e-il-passato-che-non-passa/>.

⁴⁹ A. HAMILTON, No. 78, in A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *The Federalist*, Indianapolis, Liberty Fund, 2001, p. 402.

⁵⁰ Secondo Gallup, nel giugno 2022 la fiducia nei confronti della Corte Suprema ha toccato il minimo storico, scendendo al 25%: v. <https://news.gallup.com/poll/394103/confidence-supreme-court-sinks-historic-low.aspx>. Sui rischi derivanti dalla politicizzazione e dalla conseguente delegittimazione della Corte,

(riproponendo prepotentemente l'antico *counter majoritarian dilemma*⁵¹), ma anche di esacerbare i conflitti che già attanagliano e scuotono in profondità una società sempre più polarizzata, sullo sfondo di quella che viene talvolta descritta come una permanente “guerra culturale”⁵², o come l'anticamera di una potenziale “seconda guerra civile”⁵³. Il sommo pericolo, in definitiva, è quello di aggiungere altra legna al fuoco dell'attuale crisi della democrazia statunitense⁵⁴, con esiti imprevedibili.

In questa chiave, si possono rinvenire in *Bruen* ulteriori e peculiari significati, meritevoli di più approfondita trattazione in altra sede. Per un verso, con un fragoroso “non detto” sul parametro del giudizio, Thomas sembra aver voluto ribadire la sua presa di distanza⁵⁵ dalla scelta di fondare *McDonald* sulla *Due Process Clause* del XIV Em.⁵⁶, in conformità con la sua nota opposizione alla teoria del “*substantive due process*”⁵⁷: sicché tale silenzio, ancor più se letto alla luce dell'attacco scagliato contro quella teoria nella propria *concurring opinion* in *Dobbs*⁵⁸, rappresenta probabilmente un altro monito circa la sua intenzione di guidare una vasta offensiva contro la c.d. “*liberal rights revolution*”, in adesione a una dottrina giuridica e politica reazionaria⁵⁹. Per altro verso, appare degna di nota anche l'insistenza del giudice redattore e, nella sua opinione concorrente, di Alito, sul presupposto pregiuridico di una società irrimediabilmente violenta (si potrebbe

cfr. E. GRANDE, *Le recenti sentenze della Corte Suprema statunitense su armi, aborto e clima: una sfida alla sua sopravvivenza?*, in *Questione Giustizia*, 12 luglio 2022, disponibile all'indirizzo <https://www.questionegiustizia.it/articolo/scotus-armi-aborto-clima>.

⁵¹ A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale, Yale University Press, 1962.

⁵² La paternità del concetto si deve a J.D. HUNTER, *Culture Wars: The Struggle to Define America*, New York, Basic, 1991.

⁵³ Sulla crescente popolarità di questa chiave di lettura, cfr. R. ELVING, *Imagine another American Civil War, but this time in every state*, in NPR, 11 gennaio 2022.

⁵⁴ Da ultimo, v. la registrazione del Convegno “*La crisi della democrazia statunitense: ragioni e prospettive*”, Roma-Pisa-Firenze, 27 giugno 2022, disponibile all'indirizzo <https://www.radioradicale.it/scheda/672396/la-crisi-della-democrazia-statunitense-ragioni-e-prospettive?i=4471368>.

⁵⁵ Cfr. *McDonald*, THOMAS, J., *concurring*, p. 1 ss., laddove, in disaccordo con Alito, fonda l'applicabilità del II Em. agli Stati sulla *Privileges-and-Immunities Clause* del XIV Em.

⁵⁶ Cfr. *ivi*, *Opinion of the Court*, p. 10.

⁵⁷ Cfr. P. PASSAGLIA, *I diritti e le libertà fondamentali*, in G. D'IGNAZIO (a cura di), *Il sistema costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Padova, Cedam, 2020, p. 273 ss.

⁵⁸ *Dobbs*, THOMAS, J., *concurring*, p. 1 ss.

⁵⁹ Sul pensiero giuridico-politico del *justice*, cfr. C. ROBIN, *The Self-Fulfilling Prophecies of Clarence Thomas*, in *The New Yorker*, 9 luglio 2022, nonché, ampiamente, ID., *The Enigma of Clarence Thomas*, New York, Metropolitan, 2019.

dire, in uno stato quasi-naturale di guerra civile latente) nella quale gli individui «*face a serious risk of lethal violence when they venture outside their homes*»⁶⁰, al punto che, persa ogni fiducia nella *capacità* o, dal punto di vista di alcuni gruppi minoritari, nella *volontà* delle autorità di garantirne la sicurezza⁶¹, «*have good reason to fear that they will be victimized if they are unable to protect themselves*»⁶²: in merito, mentre si dubita di questa narrazione quasi survivalista della realtà (non a caso diffusa negli ambienti dell'estrema destra), si coglie anche il paradosso di una Corte che, nel riconoscere la violenza e l'insicurezza che pure indiscutibilmente dilagano, promuove una lettura del II Em. che pone le condizioni perché esse si aggravino ancora, autoalimentandosi in una spirale drammatica⁶³.

Quest'ultima riflessione induce a tentare di soppesare gli effetti concreti della pronuncia sulla potestà dei legislativi federale e statali di regolamentare l'esercizio del diritto «*to keep and bear arms*». Sul punto, si evidenzia anzitutto che la decisione, invalidando il requisito della “giusta causa” previsto dal *Sullivan Act*, finisce col travolgere anche gli altri regimi di licenza di tipo “*may-issue*” oggi vigenti, i quali, se non saranno presto abbandonati, cadranno sicuramente in sede giudiziaria. Quanto ai sistemi “*shall issue*”, la Corte ha rassicurato che «*nothing in our analysis should be interpreted to suggest the unconstitutionality of the 43 States' "shall-issue" licensing regimes*»⁶⁴, posto che essi, non imponendo al richiedente di dimostrare un «*atypical need*», non impediscono alla generalità dei cittadini responsabili di esercitare un loro diritto costituzionale; al contempo, tuttavia, la stessa ha messo in guardia i legislatori dal piegare tali sistemi a fini abusivi, prefigurando la possibile incostituzionalità di quelli che dovessero prevedere, ad esempio, tempi di attesa eccessivamente lunghi, o il pagamento di tasse esorbitanti. A riguardo, si pongono però due questioni. In primo luogo, non è chiaro come i sistemi “*shall issue*” si possano presumere al riparo da doglianze di incostituzionalità: poiché, infatti, questi ultimi sono un'invenzione novecentesca divenuta prevalente soltanto nell'ultimo trentennio, non è affatto scontato che abbiano “i precedenti storici in regola” per superare indenni il test storico

⁶⁰ Bruen, ALITO, J., *concurring*, pp. 1-2.

⁶¹ Come sembra suggerire Thomas quando, riferendosi alla situazione degli Stati del Sud all'indomani della Guerra civile, ricorda i tentativi dei neri di armarsi «*to defend themselves and their communities*» dalla violenza dei bianchi, «*[s]eeing that government was inadequately protecting them*» (*ivi*, *Opinion of the Court*, pp. 53-54).

⁶² *Ivi*, ALITO, J., *concurring*, p. 9.

⁶³ Cfr. E. SANCHEZ-GOMEZ, *The right to fear, in public: Our town square after Bruen*, in *SCOTUSblog*, 29 giugno 2022, disponibile all'indirizzo <https://www.scotusblog.com/2022/06/the-right-to-fear-in-public-our-town-square-after-bruen/>.

⁶⁴ *Ivi*, *Opinion of the Court*, p. 30, nota 9.

predisposto in *Bruen*. In secondo luogo, l'identificazione di una possibile causa di incostituzionalità di un regime del genere nella sproporzione dell'onere (temporale o fiscale) imposto all'esercizio del diritto di portare armi, *a fortiori* perché sganciata da qualsiasi considerazione di ordine storico, potrebbe essere letta come uno sconfinamento della Corte nel vituperato di proporzionalità, frutto – si potrebbe ipotizzare – di una concessione strappata a Thomas dai membri più moderati della maggioranza conservatrice, inclini a preservare agli organi legislativi un ventaglio più ampio di opzioni normative ammissibili.

Questo sospetto sembra trovare conferma anche nella lettura della *concurring opinion* di Kavanaugh (cui si è associato il *Chief justice* Roberts), specificatamente intesa a rimarcare che la sentenza non incide sui vigenti regimi “*shall issue*”⁶⁵, e a reiterare una rassicurazione contenuta nei due precedenti⁶⁶ ma – significativamente – non ribadita anche nell'opinione della Corte in *Bruen*: ossia che il diritto garantito dal II Em., al pari degli altri, non è illimitato, ma anzi consente «*a “variety” of gun regulations*»⁶⁷, come ad esempio il divieto di possesso per criminali e persone con problemi di salute mentale, il divieto di trasporto in luoghi sensibili, la sottoposizione a condizioni della vendita commerciale e le restrizioni riguardanti le armi di uso non comune. Invero, queste puntualizzazioni sono di ben poco conforto: molte limitazioni non enumerate in questa lista non esaustiva, infatti, poiché adottate solo nel XX e nel XXI secolo e concepite spesso per affrontare situazioni di volta in volta inedite, potrebbero non superare il vaglio storico, specie ove esso sia deliberatamente dirottato verso un risultato prestabilito, come accaduto in *Bruen*⁶⁸; inoltre, c'è motivo di ritenere che potrebbero non essere risparmiate persino alcune delle normative storiche elencate. Quest'ultimo potrebbe essere il caso dei divieti di possedere armi rivolti ai condannati, introdotti nel XX secolo, e anche di quelli di portare armi in certi “*sensitive places*”. I secondi, in realtà, sono stati espressamente richiamati dalla Corte, laddove, a titolo esemplificativo, ha individuato nelle relative leggi di vecchia data le normative storiche alle quali guardare per confermare la validità di quelle contemporanee che proibiscono il trasporto in luoghi sensibili nuovi e analoghi⁶⁹. Eppure, questo

⁶⁵ Cfr. *Ivi*, KAVANAUGH, J., *concurring*, pp. 1-2.

⁶⁶ *V. Heller*, at 626-627; *McDonald*, at 786.

⁶⁷ KAVANAUGH, J., *concurring*, p. 3.

⁶⁸ Cfr. *ivi*, BREYER, J., *dissenting*, p. 33.

⁶⁹ Sul punto, emerge una contraddizione dell'*iter* argomentativo della Corte: essa ha infatti ritenuto di poter presumere la conformità al II Em. dei “*sensitive places*” individuati delle normative storiche in ragione dell'assenza di controversie sulla loro legittimità (*ivi*, *Opinion of the Court*, p. 21); tuttavia, in sede di valutazione delle prove addotte dai resistenti, la stessa si è servita del medesimo rilievo per confutarne il preteso carattere analogico (v. *supra*).

richiamo va ridimensionato: da un lato, è la stessa Corte che si è curata di restringere la portata dell'esempio, riferendo i divieti storici a relativamente pochi luoghi (come le assemblee legislative, i seggi elettorali e i tribunali) e rigettando il tentativo dei resistenti di qualificare quella newyorkese come una legge di questo tipo, con la motivazione che sarebbe troppo oneroso, oltre che privo di fondamento storico, ritenere "sensibili" «*all places of public congregation that are not isolated from law enforcement*»⁷⁰ (come le città); dall'altro, anche in conseguenza di una simile delimitazione, i divieti storici – come osservato nel *dissent* – potrebbero rivelarsi «*surprisingly difficult to apply to modern circumstances*» e, dunque, inidonei a giustificare la specialità di luoghi come «*subways, nightclubs, movie theaters, and sports stadiums*»⁷¹.

Tutte queste criticità – a maggior ragione se osservate alla luce dell'utilizzo distorsivo e valorialmente orientato dalla storia fatto in *Bruen*, e che ora potrebbe essere reiterato dalle Corti inferiori (accresciute dalle nomine di Trump nella loro componente conservatrice) – indeboliscono la pretesa efficacia rassicurante delle precisazioni formulate nella *concurring opinion*, proiettando un più che ragionevole dubbio sulla futura capacità di tenuta di molte delle restrizioni in vigore. Tra queste, anche quelle, pur modeste, previste o incentivate dalla più importante legge federale degli ultimi decenni sulla vendita e sul possesso delle armi: il *Bipartisan Safer Communities Act*, promulgato appena due giorni dopo l'emissione della sentenza. Tale legge, per esempio, stanziava dei fondi per favorire l'implementazione da parte degli Stati di leggi c.d. "red-flag", ossia misure che autorizzano la confisca provvisoria delle armi a persone segnalate come "pericolose": configurando un tipo di limitazione del diritto tutelato dal II Em. molto recente (la prima legge del genere è stata adottata dal Connecticut nel 1999), difficilmente esse potrebbero superare il test di costituzionalità, giacché non è dato individuare restrizioni analoghe nella storia e nella tradizione di Sette-Ottocento.

Tali presupposti pongono le basi per un'offensiva giudiziaria senza precedenti ad opera dei potenti gruppi di pressione favorevoli a un esercizio sostanzialmente illimitato dei "gun rights", condotta allo scopo di ottenere declaratorie di incostituzionalità delle leggi, statali e federali, che disciplinano in modo più o meno stringente il possesso e il porto delle armi. Se quest'obiettivo, in esito a liti giudiziarie che si preannunciano ad ogni modo assai lunghe e complesse, andrà infine in porto, a farne le spese sarà di certo la potestà dei rappresentanti eletti dal popolo di bilanciare, secondo proporzionalità e ragionevolezza, la tutela del diritto di autodifesa individuale e la promozione dell'interesse governativo a garantire la pubblica sicurezza; ma ancor di più, inevitabilmente, chi perderà la propria vita

⁷⁰ *Ivi*, *Opinion of the Court*, p. 22.

⁷¹ *Ivi*, BREYER, J., *dissenting*, p. 33.

anche in conseguenza di decisioni come quella in commento. Ma anche questa, in fin dei conti, è *un'altra storia*.