Il Secondo Emendamento e il diritto di portare armi da fuoco nei luoghi pubblici

Commento a *New York State Rifle & Pistols Assn. v. Bruen*, con note minime sulle implicazioni sulla *Firearms Tort Litigation* negli Stati Uniti

di Lorenzo Serafinelli

Abstract: In *New York State Rifle & Pistols Assn. v. Bruen*, the Supreme Court of the United States rendered a 6-3 decision whereby declared the unconstitutionality of New York's proper cause requirement regulation for obtaining an unrestricted license to carry a concealed firearm. The majority opinion by Justice Clarence Thomas stated that New York law violates the Fourteenth Amendment in that it prevents law-abiding citizens with ordinary self-defense needs from exercising their Second Amendment right to keep and bear arms. This paper aim is twofold. First, the author intends to provide an analysis of the Bruen decision in light of previous SCOTUS judgments on the Second Amendment. To do so, this paper stresses the significant shift occurred in firearms regulation due to Bruen. In detail, it focuses on the "conservative revolution" embedded in the majority opinion by Justice Thomas. After having identified the major characters of the emerging so-called conservative judicial activism, the analysis delves into the consequences that Bruen broad interpretation of the Second Amendment will have on U.S. legal system. One of them is the increasing involvement of tort law, and in particular tort litigation, in firearms regulation. That is the second aim of this paper: showing how the trend towards the privatization of social and political conflicts, already experienced in abortion and climate change, also regards firearms regulation.

1619

Keywords: Comparative Law; Second Amendment; The Right to Keep and Bear Arms; Law Office History; Firearms Litigation.

1. Il caso *New York State Rifle & Pistols Assn. v. Bruen*

Con la pronuncia resa il 23 giugno 2022 nel caso *NYSRPA v. Bruen*¹, la Corte Suprema degli Stati Uniti è tornata sul tema dell'ampiezza del diritto riconosciuto dal Secondo Emendamento di possedere e portare armi.

La decisione, assunta a maggioranza di sei giudici, trae origine da un'azione proposta da due cittadini dello Stato di New York, tali Brandon Koch e Robert Nash, avverso il rigetto opposto loro alla richiesta, fondata

¹ 597 U.S. ____ (2022).

sul diritto all'autodifesa, di una licenza incondizionata per portare in pubblico armi da fuoco.

L'ufficio competente dello Stato ha motivato il diniego sulla base del mancato assolvimento, sia da parte di Koch che di Nash, dell'onere di provare la sussistenza di una giusta causa (*proper cause*): difatti, secondo la disciplina vigente nello Stato, un individuo può portare con sé fuori dalla propria abitazione un'arma nascosta a condizione che possieda un'apposita licenza (*to have and carry*), il cui rilascio è condizionato però alla prova dell'esistenza – per come si diceva poc'anzi – di una *proper cause*². Quest'ultima, secondo quanto hanno chiarito le Corti newyorchesi, sussiste ove il richiedente provi una speciale esigenza di protezione individuale che sia differenziata rispetto a quelle della comunità nel suo complesso³.

New York non è l'unico contesto in cui l'ottenimento di una licenza al porto d'armi è subordinato all'ottenimento di un provvedimento autorizzativo da parte dei poteri pubblici. Tuttavia, la maggior parte delle giurisdizioni, quarantatré per la precisione⁴ prevede un meccanismo denominato *shall issue*, tale per cui al ricorrere di alcuni requisiti di carattere oggettivo, la licenza viene automaticamente rilasciata al richiedente. Per converso, in un numero assai più contenuto (sette) di Stati prevede il diverso meccanismo del cosiddetto *may issue*, che riconosce alle autorità un margine di discrezionalità nel rilascio delle autorizzazioni.

Le norme informate al sistema da ultimo richiamato presentano formulazioni assimilabili: in California si parla di “good cause”⁵; nel District of Columbia di “proper reason”⁶; nelle *Hawaii* di “exceptional case”⁷; nel Maryland di “good and substantial reason”⁸; in Massachusetts di “good reason”⁹; e in New Jersey di “justifiable need”¹⁰.

Koch e Nash, assistiti dalla *New York State Rifle & Pistol Assn., Inc.*, un'organizzazione che persegue interessi dei proprietari di armi e della quale sono membri i due, hanno agito dolendosi del diniego opposto loro dalla sovrintendenza della *New York State Police*, organo competente al rilascio delle licenze in questione. Sia la *District Court* che la *Court of Appeals* hanno confermato l'operato dell'autorità convenuta, entrambe fondandosi sullo standard fissato da un precedente della *Court of Appeals* per cui è necessario il perseguimento di taluni interessi pubblici affinché ricorra la *proper cause*¹¹. Di conseguenza, la questione è stata portata dinanzi alla Corte Suprema, che

² N.Y. Penal Law Ann. §400.00(2)(f).

³ *In re Klenosky*, 75 App. Div. 2d 793, 428 N.Y. S. 2d 256, 257.

⁴ Sul punto, cfr. *NYSRPA v. Bruen*, 597 _____ (U.S.) 2022, 4 s., nt. 1.

⁵ Cal. Penal Code Ann. §26150

⁶ D. C. Code §§7-2509.11(1) (2018), 22-4506(a).

⁷ Haw. Rev. Stat. §§134-2(Cum. Supp. 2018), 134-9(a) (2011).

⁸ Md. Pub. Saf. Code Ann. §5-306(a)(6)(ii) (2018).

⁹ Mass. Gen. Laws, ch. 140, §131(d) (2020).

¹⁰ N. J. Stat. Ann. §2C:58-4(c) (West Cum. Supp. 2021).

¹¹ *Kachalsky*, 701 F. 3d 81, 96.

ha rilasciato il *certiorari* per stabilire se la disciplina newyorchese che abbiamo ricostruito brevemente sia o meno conforme a Costituzione.

2. La precedente giurisprudenza costituzionale statunitense sul *right to keep and bear arms*

Prima di passare alla disamina del percorso argomentativo adottato dalla Corte nell'opinione di maggioranza, estesa dal *Justice* Clarence Thomas, conviene delineare sinteticamente il quadro della giurisprudenza costituzionale nordamericana sul diritto a possedere e a portare armi da fuoco garantito dal Secondo Emendamento del 1791. E ciò si rende necessario per porre in evidenza la tendenza, sempre più permissiva, statunitense nei confronti delle armi.

In *District of Columbia v. Heller*¹², pronuncia assunta con una maggioranza di cinque a quattro e assai controversa¹³ a causa della forte rottura ricreata con la prevalente letteratura sul tema¹⁴ e con i precedenti delle Corti statunitensi in materia¹⁵, i giudici hanno dichiarato l'incostituzionalità del *Firearms Control Regulations Act* del 1975 del District of Columbia¹⁶. La disciplina di D.C. imponeva la custodia di una pistola scarica, smontata e chiusa in una cassaforte in abitazioni private. *Heller* si è inserita nel solco del dibattito sulla qualificazione (individuale ovvero collettivo) del diritto riconosciuto dal Secondo Emendamento. Più precisamente, nell'arresto giurisprudenziale si è prescelta l'opzione interpretativa che ravvede nella formulazione di questa disposizione costituzionale¹⁷ l'attribuzione di un diritto individuale alla detenzione e al porto di armi, superando – di fatto – quelle tesi che ravvedevano nella menzione alla *well regulated militia* l'elemento decisivo per sostenere l'esistenza di un *collective right*. In dettaglio, la Corte ha stabilito che il *Bill of Rights* garantisce un diritto fondamentale della persona a possedere e a portare armi da fuoco per scopi leciti, ed in particolare di legittima difesa, all'interno della propria abitazione e nella proprietà privata.

¹² 554 U.S. 570 (2008), sulla quale v. V. Fanchiotti, *District of Columbia v. Heller: Todos Pistoleros?*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1459.

¹³ P. Insolera, *Mass shootings, culture war e diritto individuale a detenere e portare armi negli U.S.A. Brevi riflessioni sul ruolo della Supreme Court, traendo spunto da un'invettiva del giudice Thomas*, in *Diritti comparati*, 2018, 288.

¹⁴ V. ad es. L. Tribe, J. Matz, *Uncertain Justice: the Roberts Court and the Constitution*, New York, 2015, 154 ss.

¹⁵ Ad es. *Lewis v. United States*, 445 U.S. 55 (1980), nt. 8, dove si afferma che il Secondo Emendamento non si fa garante di "alcun diritto a possedere e portare armi da fuoco che non abbia una qualche ragionevole relazione con la conservazione e l'efficienza di una milizia ben organizzata"; cfr. diffusamente sul punto E. Togni, *Il secondo emendamento della Costituzione americana e la responsabilità dei produttori di armi da fuoco*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 3 ss.

¹⁶ D.C. Code §§ 7-2502.02(a)(4), 22-4504, 7-2507.02.

¹⁷ Negletta e imbarazzante, secondo S. Levinson, *The Embarrassing Second Amendment*, in 99 *Yale L.J.* 637 (1999).

Nella successiva *McDonald v. City of Chicago*, 561 U.S. 742 (2010), i *Justice* hanno esteso l'operatività del diritto alla detenzione e al porto di armi, avendo stabilito che esso può essere invocato non solo nei confronti della Federazione, ma anche dei singoli Stati e verso i provvedimenti delle autorità locali. La sentenza in questione risulta essere particolarmente rilevante se si considera che la regolazione delle armi da fuoco negli Stati Uniti si presenta come un quadro normativo in larga parte composto dalla normativa statale e municipale: se al vertice difatti v'è il Secondo Emendamento, la normativa di dettaglio si ritrova nelle leggi statali, nonché nel dedalo di disposizioni predisposte dalle *municipality*¹⁸. L'estensione del perimetro applicativo del diritto riconosciuto dal Secondo Emendamento è stata resa possibile in virtù della teoria della cosiddetta incorporazione¹⁹ in virtù della quale il *Bill of Rights* si ritiene, quasi interamente, applicabile anche nei confronti degli Stati e non più solo della Federazione.

I due precedenti citati, pur nella loro innovatività, non hanno fornito informazioni relativamente alla concreta portata del diritto e sul conseguente *standard of review* al quale sottoporre gli interventi regolatori in materia. A lungo, anche in considerazione del clamore mediatico che le due decisioni menzionate avevano provocato e – più in generale – a causa della delicatezza del tema delle armi negli Stati Uniti, la Corte Suprema non ha rilasciato il *writ of certiorari* pur a fronte di un ampio volume di richieste in tal senso²⁰. Cosa questa che le avrebbe invece consentito di fornire chiarificazioni in ordine al compasso operativo del diritto riconosciuto dal Secondo Emendamento, ivi ricompresi appunto i suoi limiti e lo *standard* cui sottoporre gli interventi limitativi dello stesso.

Clarence Thomas si è costantemente scagliato contro il rifiuto opposto dalla Corte di decidere controversie concernenti il Secondo Emendamento, anche se, come si vedrà dall'analisi dell'*opinion* di maggioranza da lui redatta in *NYSRPA v. Bruen*, le sue preoccupazioni non erano tanto provocate dall'esigenza di chiarire i limiti del diritto in questione, quanto ad ampliarne, in ottica individualistico-libertaria, la portata.

Siffatta attitudine emerge con chiarezza dalla lettura del *dissent certiorari denial* nel caso *Silvester v. Becerra*²¹. La richiesta di accesso alla Corte Suprema censurava l'operato della Corte federale del Nono circuito ed era volta a ottenere una dichiarazione di incostituzionalità della disciplina penale californiana, ritenuta particolarmente restrittiva, in base alla quale è

¹⁸ Per approfondimenti, v. M.J. Bellesiles, *Firearms Regulation: A Historical Overview*, in 28 *Crime and Justice* 137 (2001).

¹⁹ Sul tema *ex plurimis*, J.Y. Stern, *First Amendment Lochnerism & The Origins of the Incorporation Doctrine*, in 2020 *U. Ill. L. Rev.* 1501 ss. (2020); cfr. pure E. Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, New York, 2011, 511 ss.

²⁰ Per una rassegna, cfr. G. Epps, *What Clarence Thomas Gets Wrong About the Second Amendment*, in *The Atlantic*, 22 febbraio 2018, reperibile in www.theatlantic.com/politics/archive/2018/02/clarence-thomas-guns/553910/.

²¹ 583 U.S. (2018), reperibile in www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/17-342_4hd5.pdf, con commento di P. Insolera, *Un'invettiva del giudice Thomas*, cit., spec. 297 ss.

necessario attendere un determinato periodo di tempo per poter acquistare armi da fuoco²². La previsione di un *waiting period* prima di poter procedere all'acquisto risponde a due esigenze: da un lato, consente alle autorità di effettuare i necessari controlli per stabilire la sussistenza in capo all'acquirente dei requisiti necessari previsti dalla legge; dall'altro, e in ottica preventiva, si atteggia quale periodo di raffreddamento teso a evitare che propositi violenti momentanei possano tradursi in atti concreti.

Il *dissent* di Thomas è istruttivo poiché vi si ritrovano, sia pure *in nuce*, le linee argomentative sviluppate nella *majority opinion* resa in *Bruen*. In primo luogo, il *Justice* si duole dello *standard of review*, a suo dire eccessivamente deferente, adottato dal Nono Circuito nell'esaminare la compatibilità della disciplina californiana con la Costituzione. Secondo Thomas, questo atteggiamento, diffuso nelle corti inferiori, era servente ad ostacolare e a fare resistenza ai pronunciamenti in *Heller* e *McDonald*. In dettaglio, a suo dire, le Corti riservavano a un diritto previsto in Costituzione, appunto quello di *keep and bear* armi da fuoco, un trattamento peggiore rispetto ad altri diritti non espressamente enunciati quali l'aborto, i matrimoni omosessuali, etc. Questi i passaggi salienti: "Il doppio standard è evidente se si considerano altri casi nei quali il Nono Circuito applica uno scrutinio più penetrante. Esso ha invalidato una legge dell'Arizona, per esempio, in parte perché essa 'ritardava' le donne che cercano di abortire. La corte d'appello ha ritenuto importante in quel caso, ma non in questo, che lo Stato 'non avesse avanzato nessun tipo di prova che la legge effettivamente perseguisse il suo interesse' e 'nessuna prova che tale asserito pericolo esistesse e si fosse mai verificato'. ... Nel Nono Circuito, sembra, parrebbe che diritti privi di qualsivoglia addentellato nel testo della Costituzione ricevano maggiore protezione del Secondo Emendamento, questo invece espressamente previsto. Il nostro persistente rifiuto a giudicare nel merito casi relativi a questa disposizione costituzionale altro non fa che incoraggiare questa ribellione. Non abbiamo giudicato un caso sul Secondo Emendamento per quasi otto anni. E non abbiamo avuto occasione di chiarire con esattezza quale sia lo standard per valutare le doglianze per violazione del Secondo Emendamento per quasi dieci. Nel frattempo, soltanto quest'anno, abbiamo ritenuto di giudicare nel merito almeno cinque casi riguardanti il Primo Emendamento e quattro sul Quarto – sebbene la nostra giurisprudenza relativa a questi diritti sia molto più sviluppata. Se questo caso avesse coinvolto uno tra i diritti prediletti dalla Corte, dubito sinceramente che si sarebbe negato il *certiorari* ... la Corte considererebbe nel merito questi casi perché aborto, libertà d'espressione e quello protetto dal Quarto Emendamento sono tre dei suoi diritti preferiti. Il diritto di possedere e portare armi è evidentemente l'orfano costituzionale di questa Corte"²³.

²² Cal. Pen. Code Ann. §§ 26815.

²³ Così *Thomas' Dissent, Sylvester v. Becerra*, cit., 11-13.

Nel 2018, le istanze individualistico-libertarie di Thomas e l'intenzione di effettuare operazioni ermeneutiche ampliative dello spettro operativo del Secondo Emendamento non avevano trovato séguito in Corte. Tuttavia, la nomina di Brett Kavanaugh e di Amy Coney Barrett durante la Presidenza Trump hanno alterato gli equilibri, spostando l'ago della bilancia in favore di posizioni maggiormente conservatrici veicolate – nel discorso giuridico – attraverso il ricorso alle teorie originaliste nell'interpretazione del dettato costituzionale statunitense.

3. Il superamento del *three tiers of scrutiny* e l'avvento del *judicial conservative activism*

Venendo, in dettaglio, al merito della decisione, occorre iniziare con il dire che la Corte Suprema ha ritenuto di dover superare l'analisi bifasica che le Corti inferiori avevano sviluppato per esaminare le doglianze in materia di controllo delle armi successivamente alle pronunce *Heller* e *McDonald*. Un approccio a due passaggi che era funzionale a limitare, sostanzialmente, la portata applicativa di queste ultime. Tale approccio risultava essere così articolato: in primo luogo, si verificava se una restrizione fosse conforme all'interpretazione storicamente orientata del testo del Secondo Emendamento; in secondo luogo e in caso affermativo, si passava a stabilire se la restrizione fosse proporzionale alla promozione di un interesse pubblico meritevole di tutela (cosiddetto *means-end scrutiny*)²⁴. Appunto, secondo l'*opinion* di maggioranza, questo doppio passaggio va censurato nella misura in cui né *Heller* né *McDonald* supportano lo scrutinio circa gli obiettivi perseguiti dalle autorità pubbliche nella regolazione. In altri termini, per stabilire la costituzionalità di una determinata norma limitativa dell'uso delle armi, l'autorità da cui essa promana deve dimostrare che tale norma faccia parte della tradizione storica che delimita i confini esterni del diritto di detenere e portare armi²⁵.

Circostanza ancor più degna di nota è che la Corte rifiuta radicalmente l'operatività del sistema a tre velocità (*three tiers of scrutiny*) nel sindacato di costituzionalità delle misure che riguardino il Secondo Emendamento.

Com'è noto, nell'ambito dei diritti fondamentali della persona e sulla clausola dell'*equal protection*, vi sono tre diversi test elaborati dalla prassi giurisprudenziale²⁶: il *rationality basis test*, che si attegga quale sindacato di legittimità sulla ragionevolezza dell'operato dei poteri pubblici, *rectius* come controllo di non manifesta irragionevolezza (si tratta di uno scrutinio generalmente impiegato per giudicare su legislazioni economico-sociali); l'*intermediate scrutiny*, a mente del quale una legge è considerata costituzionale se risulti essere correlata al perseguimento di un importante

²⁴ Ad es. *United States v. Greeno*, 679 F. 3d 510, 518 (CA6 2012),

²⁵ *NYRSPA v. Bruen, Majority Opinion*, 9-15.

²⁶ Cfr. *United States v. Carolene Prods. Co.*, 304 U.S. 144, 152 n. 4 (1938).

obiettivo da parte del governo (e viene impiegato generalmente in alcune forme di discriminazione, di disciplina del cosiddetto *commercial speech* e della *freedom of speech* nei luoghi pubblici); infine, lo *strict scrutiny*, la forma più penetrante di controllo giurisdizionale che impone alle autorità pubbliche di dimostrare che la misura adottata sia necessaria per ottenere un impellente obiettivo di interesse generale (*compelling government purpose*) e che costituisca l'alternativa meno restrittiva e discriminatoria (il tipo di scrutinio appena descritto viene impiegato nei casi di discriminazione razziale, sulla base della nazionalità, nei confronti degli stranieri, e in materia di *fundamental rights*)²⁷.

Si diceva di come i giudici statunitensi avessero impiegato nell'epoca post-*Heller* uno scrutinio di tipo intermedio per valutare la costituzionalità delle misure in materia di controllo delle armi²⁸.

In *Bruen* è netta la cesura rispetto al *modus operandi* appena illustrato: nella sentenza in commento, infatti, si legge che mentre la deferenza da parte del potere giudiziario al bilanciamento degli interessi legislativi è comprensibile e, altrove appropriato, non è quanto richiesto dalla Costituzione con riferimento al Secondo Emendamento. Quest'ultimo, nell'opzione interpretativa assunta dalla Corte, è difatti già "il prodotto stesso di un bilanciamento degli interessi da parte del popolo (*People*)", sicché "eleva sicuramente al di sopra di tutti gli altri interessi il diritto dei cittadini responsabili e rispettosi della legge a usare le armi" per l'autodifesa²⁹. Da ciò deriva che l'unico test da doversi impiegare, in conformità con *Heller*, sia l'analisi storica (*historical analysis test*), che si traduce nell'imporre ai tribunali, come si diceva poc'anzi, di valutare se le moderne normative sulle armi da fuoco siano coerenti con il testo del Secondo Emendamento e con la sua interpretazione, appunto, storicamente orientata. *Justice* Thomas concede che le sfide normative poste oggi dalle armi da fuoco non coincidono con quelle che hanno interessato i Fondatori nel 1791 o la generazione della Ricostruzione nel 1868. Tuttavia, egli reputa che il significato della Costituzione, benché questa debba applicarsi a circostanze non limitate solo a quelle previste dai Fondatori, non può che essere quello che i Fondatori stessi le hanno attribuito.

Più precisamente, per determinare la coerenza con il Secondo Emendamento di misure per il controllo delle armi, sono due i parametri rilevanti: in primo luogo, che le discipline contemporanee prevedano delle limitazioni al diritto di autodifesa che trovino delle analoghe e comparabili

²⁷ Senza pretese di completezza sul tema, v. da ultimo T.L. Grove, *Tiers of Scrutiny in a Hierarchical Judiciary*, in 14 *Geo. J.L. & Pub. Pol'y* 475 (2016). Cfr. inoltre M.C. Dorf, T.W. Morrison, *The Oxford Introductions to U.S. Constitutional Law*, New York, 2010, 142 ss.

²⁸ S.H. Herman, *Post-Heller Second Amendment Jurisprudence*, Congressional Research Service, 25 marzo 2019, 15 s., reperibile in crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R44618/14

²⁹ *Bruen*, *Majority Opinion*, 15-17.

fattispecie nella tradizione delle discipline storiche adottate nel corso del tempo; in secondo luogo, che tali limitazioni siano giustificate sulla base di motivazioni che abbiano dei riscontri anche nelle discipline più risalenti. Poiché “l’autodifesa individuale” è “la componente centrale” del diritto garantito dal Secondo Emendamento, questi due parametri sono considerati dalla Corte imprescindibili quando si svolge un’indagine di tipo diacronico-comparativo.

Per meglio chiarire il suo ragionamento, la Corte prosegue affermando che, sebbene le normative adottate al giorno d’oggi non possano certo essere fedeli riproduzioni delle discipline storiche, ciononostante devono presentare un certo grado di analogia con queste ultime per poter superare il *constitutional muster*. Ad esempio, i tribunali possono utilizzare analogie con “leggi di vecchia data” che vietano il porto di armi da fuoco in luoghi sensibili, come scuole ed edifici governativi, per stabilire la costituzionalità di tali imposizioni³⁰.

Applicando questo più rigoroso standard alla disciplina dello Stato di New York, Thomas ha stabilito che il diritto di portare una pistola in pubblico per legittima difesa rientra pienamente nella tutela accordata dal Secondo Emendamento. Il testo dell’emendamento, sempre a detta del *Justice* estensore dell’*opinion* di maggioranza, non distingue tra i diritti sulle armi entro i confini della propria abitazione e quelli nei luoghi pubblici, con il che il diritto di *bear arms* deve essere riferito proprio al diritto di portare armi fuori dalla propria casa per auto-difesa.

Dopo aver esaminato circa sette secoli di fonti (dal 1200 al 1900), Thomas è giunto alla conclusione che, pur rinvenendosi tracce nella storia statunitense di “ben definite restrizioni” al diritto di portare armi da fuoco in pubblico, non sarebbe mai esistito un divieto ampio e largheggiante analogo a quello previsto invece dalla legge newyorchese. Inoltre, e con rare eccezioni di cui si dirà, ha aggiunto che non c’era alcun requisito storicamente documentabile che richiedesse ai cittadini in regola con la legge di dimostrare un bisogno specifico per il porto d’armi in luoghi pubblici³¹. Rileva sul punto che “non esiste altro diritto costituzionale che un individuo possa esercitare solo dopo aver dimostrato ai funzionari del governo qualche speciale necessità”³².

Conseguentemente, Thomas e la maggioranza dei *Justice* hanno respinto il tentativo dello Stato di New York di dimostrare la ricorrenza di una *proper cause* a partire dalla qualificazione di Manhattan, in quanto area urbana densamente popolata e luogo di assembramenti, come “luogo sensibile”, avendo chiarito che le aree urbane non soddisfano tale definizione. Stando alla sua ricostruzione, infatti, l’equiparazione di tali aree a *sensitive place* avrebbe l’effetto di escludere le città dall’ambito applicativo del Secondo

³⁰ Ivi, 17-22.

³¹ Ivi, 23-62.

³² Ivi, 62 s.

Emendamento, in questo modo finendo per neutralizzare il diritto a portare armi in luoghi pubblici.

Nell'opinione concorrente del giudice Brett Kavanaugh, cui si è unito John Roberts, si è tentato di circoscrivere l'ambito operativo della pronuncia resa in *Bruen*. Secondo Kavanaugh, la sentenza non impedirà ai singoli Stati di imporre requisiti per l'ottenimento della licenza al possesso e al porto di armi, purché si tratti di requisiti di natura obiettiva (il meccanismo di *shall-issue* di cui si è detto poco più sopra), e purché dunque siano atti a scongiurare una discrezionalità illimitata in capo ai funzionari competenti al relativo rilascio ovvero richiedano ai cittadini che intendano portare armi in luoghi pubblici di dimostrare esigenze particolari a tal fine. L'opinione concorrente si è dunque incaricata di precisare come il Secondo Emendamento consenta un ampio spettro di misure di controllo sulle armi, richiamando un passaggio dell'*opinion* redatta dal Justice Antonin Scalia in *Heller*: affermava Scalia che nulla in quella decisione doveva essere inteso come elemento idoneo a mettere in discussione la legittimità dei divieti tradizionali al possesso delle armi da fuoco da parte di criminali e malati di mente, o la conformità a Costituzione delle leggi che vietano il porto di armi in luoghi sensibili come scuole o sedi governative, ovvero delle leggi che impongono condizioni e qualifiche sulla vendita commerciale delle armi.

4. L'uso della storia come veicolo di *conservative judicial activism*

Per comprendere a pieno la portata della decisione in *Bruen*, conviene muovere proprio dall'arresto giurisprudenziale da ultimo citato che si atteggia – per come vedremo – a vero e proprio antecedente logico su cui Thomas ha potuto condurre l'operazione ortopedica di notevole ampliamento dell'applicazione del Secondo Emendamento.

Si è già detto che in *Heller*, i Justice hanno rovesciato il comune intendimento di tale ultima disposizione costituzionale, essendo giunti ad affermare un vero e proprio diritto individuale alla detenzione e al porto di armi. È stato detto che con ciò si è raggiunto l'acme nella storia³³ della giurisprudenza costituzionale statunitense delle teorie originaliste-testualiste³⁴, incarnate proprio da Scalia³⁵.

È noto, difatti, come l'impianto argomentativo di *Heller* muoveva dall'assunto per cui la decisione resa non produceva l'elaborazione di una nuova regola giuridica, e di un nuovo significato da attribuire al dato testuale

³³ Come definita da taluni, un'autentica presa di potere, cfr. P. Insolera, *Un'invettiva del giudice Thomas*, cit., 292.

³⁴ Senza pretese di completezza, sul tema si rinvia a E.A. Purcell, *Originalism, Federalism, and the American Constitutional Enterprise: A Historical Inquiry*, New Haven 2007; Aa.Vv., *The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation*, Cambridge, 2011. In dottrina italiana, si rinvia agli interessanti spunti contenuti in Aa.Vv., *Comparative Perspective on Originalism*, in questa *Rivista*, 2017, 571 ss.

³⁵ In dottrina italiana, su questa figura, *ex multis* N.G. Cezzi, *L'esperienza di Antonin Scalia nella cultura costituzionale statunitense*, in *Dir. pubb.*, 2016, 849 ss.

contenuto nel Secondo Emendamento. Al contrario, e in ossequio alle teorie originaliste, si limitava a riscoprire il significato originale di tale disposizione per come concepita e approvata nel 1791. In realtà, l'uso della storia da parte di Scalia per giungere al risultato sperato è stato criticato per essere una riedizione della *law office history*, ovvero quella discutibile metodologia orientata al raggiungimento di uno scopo prestabilito (*result oriented*) in cui i dati storici vengono raccolti e interpretati in maniera selettiva per raggiungere un certo approdo argomentativo³⁶. Come è stato convincentemente argomentato, l'originalismo nel campo del diritto alla detenzione e al porto di armi ha rappresentato – invero – il veicolo che ha consentito alle istanze portate avanti dalla *National Rifle Association* e da alcune frange del Partito Repubblicano di farsi strada nel discorso giuridico e di affermarsi. Si è trattato, in altri termini, di un chiaro esempio di *Conservative Judicial Activism*³⁷ funzionale a riequilibrare il *Progressive Judicial Activism* delle presidenze di Warren e Burger. Insomma, dietro lo stendardo del *judicial self-restraint* e della *strict interpretation*, gli originalisti hanno condotto una specie di rivoluzione conservatrice³⁸.

1628

Questi due elementi, il pretestuoso uso della ricerca storica e l'attivismo di stampo conservatore travestito da autolimitazione, si ritrovano anche nella *majority opinion* stesa dal giudice Thomas in *Bruen*. I primi commenti alla sentenza hanno già fatto rilevare come Thomas abbia illustrato perfettamente il nuovo modello interpretativo che la Corte Suprema adotterà in futuro, ovvero quella della finzione, della fantasia e della mitologia³⁹.

Non vi è dubbio che nell'*opinion* di maggioranza si assuma una visione, in alcuni passaggi, eccessivamente caricaturale della storia, come quando l'Inghilterra di Shakespeare viene descritta come pullulante di contadini armati di pistole⁴⁰.

Cosa ancor meno lodevole è la circostanza che l'opinione di maggioranza liquidi come inconsistenti, in alcuni casi, ovvero ignori del tutto, in altri, taluni dati normativi storicamente documentati i quali certificano come in un numero ampio di Stati esistessero in realtà delle discipline limitative dell'uso delle armi alla stregua di quella oggetto di

³⁶ In tema, si veda S. Cornell, Heller, *New Originalism and Law Office History: "Meet the New Boss, Same as the Old Boss"*, in 56 *UCLA L. Rev.* (2009).

³⁷ R.B. Siegel, *Dead or Alive: Originalism as Popular Constitutionalism* in Heller, in 122 *Harv. L. Rev.* 191 (2009).

³⁸ P. Insolera, *Un'invettiva del giudice Thomas*, cit., 293 ed E. Chemerinsky, *The Conservative Assault on the Constitution*, New York, 2011, 191 s.

³⁹ S. Cornell, *Cherry-Picked History and Ideology-Driven Outcomes: Bruen's Originalist Distortions*, in *SCOTUSblog*, 27 giugno 2022, reperibile in www.scotusblog.com/2022/06/cherry-picked-history-and-ideology-driven-outcomes-bruens-originalist-distortions/, ove si cita Id., *History and Tradition or Fantasy and Fiction: Which Version of the Past Will the Supreme Court Choose in NYRSPA v. Bruen?*, in 49 *Hastings Const. L.Q.* 145 (2022).

⁴⁰ *NYRSPA v. Bruen, Majority Opinion*, 32.

censura nel caso *Bruen*. Questa idiosincrasia viene ben colta e denunciata nella opinione dissenziente a firma di Breyer. Quest'ultimo, difatti, critica l'operato di Thomas da un lato perché questi non delinea con chiarezza quali siano le caratteristiche che valgano a rendere comparabile la legge newyorchese con le discipline del passato, dall'altro perché il focus esclusivo sull'epoca storica della Ricostruzione è miope proprio perché non tiene conto di un complesso quadro normativo, lungo 700 anni circa, in cui il diritto di portare armi nei luoghi pubblici ha subito una pervasiva regolazione, tanto nella madrepatria inglese quanto nei territori d'oltreoceano⁴¹. La ragione per cui ci si sofferma su questo frangente storico deriva, come si diceva in apertura, dal fatto che il Secondo Emendamento è stato reso operativo nei confronti degli Stati grazie al Quattordicesimo Emendamento (e in virtù della cosiddetta *incorporation doctrine*) ratificato nel 1888.

Non solo: ancor più singolare è l'assenza di analisi concernente la regolamentazione locale delle armi, aumentata notevolmente durante proprio la Ricostruzione. Come è stato documentato da un parere presentato – in qualità di *amicus curiae* – dallo storico Patrick Charles⁴² vi era invece un numero imponente di discipline locali che, ove considerate, avrebbero contraddetto la tesi secondo cui la regolazione del porto di armi in luoghi pubblici andava considerata alla stregua di una circostanza eccezionale, e dunque trascurabile. Così come pure Thomas ha ignorato il parere redatto da alcuni storici e professori di diritto in cui veniva riportato come il meccanismo dei permessi per il porto di armi nei luoghi pubblici fosse diffuso in California e in altre zone degli Stati Uniti⁴³.

In sintesi, durante l'ultima decade del XIX secolo, più della metà della popolazione nordamericana che abitava in zone urbane era soggetta a limiti analoghi a quelli imposti dalla disciplina newyorchese⁴⁴. Fenomeno, quello dei divieti e delle limitazioni, che non era presente solamente nel *West*, ma anche sulla costa orientale, come dimostra l'ordinanza adottata nel 1873 da Jersey City che vietava il porto di armi pericolose senza un'autorizzazione rilasciata sulla base della natura della professione svolta, della loro professione, occupazioni, ovvero per circostanze particolari⁴⁵.

⁴¹ *NYRSPA v. Bruen, Breyer's Dissenting Opinion*, 30 ss.; sul tema, cfr. pure J.L. Malcolm, *The Right to Carry Your Gun Outside: A Snapshot History*, in 83 *Law & Contemporary Problems* 195 (2020).

⁴² Si veda in particolare l'Appendice in cui è contenuto un elenco delle discipline in questione: www.supremecourt.gov/DocketPDF/20/20-843/184310/20210719174313263_40977%20pdf%20Charles%20app.pdf.

⁴³ Il parere in questione è accessibile al seguente indirizzo www.supremecourt.gov/DocketPDF/20/20-843/193309/20210921191001002_20-843%20bsacProfessorsOfHistoryAndLaw.pdf.

⁴⁴ S. Cornell, *The Right to Regulate Arms in the Era of the Fourteenth Amendment: The Emergence of Good Cause Permit Schemes in Post-Civil War America*, in 55 *U.C. Davis L. Rev.* 65 (2021).

⁴⁵ Lo rileva S. Cornell, *Cherry-Picked History*, cit.

L'alterazione dei dati storici è, si crede, il punto di criticità più evidente della sentenza e idoneo ad avere dei riverberi negativi in un numero potenzialmente indefinito di casi⁴⁶.

5. *Firearms regulation through litigation*: il ruolo della *tort law*

La sentenza in *Bruen*, oltre ad aver chiarito la natura costituzionale del diritto di portare in luoghi pubblici armi e ad aver – verosimilmente – inaugurato una tendenza interpretativa di alterazione sistematica dei dati storici a disposizione, simboleggia l'inizio di una stagione in cui la regolazione delle armi assumerà nuove forme, e in cui i singoli, le associazioni e le stesse autorità pubbliche tenteranno di contrastare la crescente diffusione delle armi da fuoco attraverso la proposizione di *tort claim* nei confronti della *gun industry*, nel più ampio contesto della cosiddetta *Firearms Litigation*⁴⁷.

Questo stato di cose è confermato da due iniziative processuali assunte dallo Stato di New York sei giorni dopo la pronuncia di *Bruen*⁴⁸. In particolare, i funzionari hanno intentato due azioni legali cercando di fermare la proliferazione di armi da fuoco non rintracciabili, note come *ghost gun*, sulla base di una nuova legge statale diretta ad aggirare l'ampia immunità riconosciuta dal *Protection of Lawful Commerce in Arms Act*⁴⁹ ai produttori di armi in virtù della quale questi ultimi vanno esenti da responsabilità per i crimini commessi con le armi da loro messe in commercio⁵⁰.

La disciplina newyorchese prevede in capo all'industria delle armi una forma di responsabilità nel caso in cui le pratiche commerciali creino un *public nuisance*. La normativa in questione impone alle compagnie di armi di effettuare dei controlli ragionevoli finalizzati a impedire che le loro armi vengano utilizzate, commercializzate ovvero illegalmente vendute nello Stato di New York. In assenza di tali controlli, il procuratore generale e le autorità locali sono legittimate ad agire contro le società, al contempo consentendo anche alle persone lese da crimini commessi a valle dei mancati controlli da parte loro un risarcimento. Insieme ai risarcimenti per equivalente, le azioni giudiziarie, modellate sull'esperienza maturata nel contenzioso contro l'industria farmaceutica nell'ambito della crisi degli oppioidi, mirano a realizzare una specie di redistribuzione imponendo alle

⁴⁶ V. le riflessioni di R. Barnett, *A Minor Impact on Gun Laws but a Potentially Momentous Shift in Constitutional Method*, in *SCOTUSblog*, 27 giugno 2022, reperibile in www.scotusblog.com/2022/06/a-minor-impact-on-gun-laws-but-a-potentially-momentous-shift-in-constitutional-method/.

⁴⁷ Sul tema, cfr. T.D. Lytton (ed.), *Suing the Gun Industry – A Battle at the Cross of Gun Control and Mass Torts*, Ann Arbor, 2005.

⁴⁸ Si veda il comunicato stampa reperibile in ag.ny.gov/press-release/2022/attorney-general-james-sues-national-gun-distributors-fueling-gun-violence-crisis.

⁴⁹ 15 U.S.C. §§ 7901-39.

⁵⁰ N.Y. Gen. Bus. Law §§ 898-a-e.

aziende di alimentare il fondo per la prevenzione della violenza armata a New York attraverso il versamento dei profitti derivanti dalle vendite delle *ghost gun*.

Con le iniziative proposte dalle autorità di New York, sono state convenute in giudizio dieci società ritenute responsabili di aver venduto illegalmente nel territorio dello Stato decine di migliaia di componenti di armi negli ultimi cinque anni ad acquirenti che poi le hanno usate per assemblare pistole e armi d'assalto, in questo modo avendo alimentato la diffusione della violenza armata.

Nella prassi giurisprudenziale statunitense, si rinviene un caso in cui una Corte ha ritenuto responsabile civilmente un'azienda produttrice di armi. In *Kelley v. R.G. Industries, Inc.*⁵¹, i giudici del Maryland sono stati chiamati a stabilire se il produttore dell'arma utilizzata in una rapina dovesse essere ritenuto responsabile civilmente per i danni causati dalla commissione del reato. L'attore richiese, difatti, la condanna al risarcimento sia per la qualificazione come pericolosa dell'attività di produzione e commercializzazione delle armi, sia perché esse sono un prodotto intrinsecamente pericoloso. I giudici hanno messo anzitutto in rilievo che vale come regola generale l'esenzione del produttore di armi dalle disposizioni sulla responsabilità oggettiva. In guisa che per poter ritenere sussistente la sua responsabilità è necessario che il prodotto sia difettoso e irragionevolmente pericoloso. La Corte ha quindi ritenuto l'azienda produttrice *strictly liable* in ragione delle caratteristiche dell'arma venduta (ritenuta come particolarmente attrattiva per usi criminali e virtualmente senza alcuna utilità per usi legittimi) e hanno per l'effetto condannato al risarcimento dei danni patiti dalle vittime innocenti a causa dell'uso criminale del dispositivo in questione, denominato *Saturday Night Special*⁵².

Invero, il caso citato del *Maryland* rappresenta un *unicum* nel panorama degli Stati Uniti, dal momento che le Corti hanno tendenzialmente, perlomeno in passato, ritenuto di adottare un *self-restraint* sostenendosi come dovessero essere le assemblee legislative ad adottare iniziative in materia⁵³.

Più frammentata è invece la posizione della letteratura in materia: accanto ai sostenitori dell'idea della *regulation through litigation*⁵⁴ e ai suoi detrattori⁵⁵, si ritrovano posizioni più caute che adottano un approccio che

⁵¹ 479 A.2d. 1143 (Md. 1985).

⁵² Per approfondimenti sul caso in questione, cfr. E. Togni, *La responsabilità dei produttori di armi da fuoco*, cit., 428 s.

⁵³ Per una rassegna, cfr. *ivi*, 431.

⁵⁴ J.G. Pearson, *Make It, Market It, and You May Have to Pay for It: An Evaluation of Gun Manufacturers Liability for the Criminal Use of Uniquely Dangerous Firearms in Light of In re 101 California Street*, 1997 B.Y.U. Law Review. 131 (1997).

⁵⁵ V. ad es. M. Pontillo, *Suing Gun Manufacturers: A Shot in the Dark*, in 74 *St. John's L. Rev.* 1167 (2000).

potremmo definire olistico, di sinergia – più correttamente – tra la sfera dell’attività legislativa e quella del contenzioso⁵⁶.

Al momento, e a séguito della pronuncia in *Bruen*, è di tutta evidenza come l’attività legislativa volta all’imposizione di limiti alla detenzione e al porto di armi sarà recessiva, stante l’ampiezza dell’interpretazione data al diritto riconosciuto dal Secondo Emendamento agli individui. Ebbene è ragionevole ritenere che sarà il contenzioso civile ad occupare tali spazi nell’ottica di una tendenza che sta tornando in auge negli Stati Uniti, e si sta diffondendo anche altrove, che potrebbe esprimersi con la formula di “privatizzazione del conflitto”, ovvero di “compensazione privatistica di scopi pubblicistici”. Non sfugge, difatti, come questo schema sia presente anche in altre due materie nello specifico, ovverosia l’aborto e il cambiamento climatico. Ad accomunare queste due al controllo delle armi non è solo il fatto di avere formato l’oggetto di scrutinio da parte della Corte Suprema sostanzialmente nello stesso arco di tempo⁵⁷, ma anche la circostanza che sempre più la regolazione di tali settori è rimessa al contenzioso civile, e in particolare a quello in materia di *tort law*.

Nel contesto dell’aborto, una linea di tendenza in emersione è volta non tanto a utilizzare la *civil litigation* come dispositivo emancipativo, quanto ad assicurare il rispetto dei dettami legislativi in ordine al divieto di effettuare pratiche abortive in taluni casi e a certe condizioni. È il caso della legislazione texana, il *Texas Heartbeat Act* (SB 8), che ha predisposto una variante di *private enforcement*, una sorta di sistema di taglie (un *bounty system*), per cui i cittadini, e non anche le autorità pubbliche, sono incaricati di vigilare sull’osservanza delle prescrizioni limitative delle pratiche abortive attraverso il ricorso alla *civil litigation* (divenendo così degli autentici cacciatori di taglie, dei *bounty hunters*). Infatti, ai privati (cittadini e non dello Stato) che instaurino vittoriosamente un giudizio civile contro i soggetti ritenuti responsabili di aver posto in essere pratiche abortive vietate è riconosciuto il diritto di pretendere da questi ultimi la somma di 10.000 dollari, mentre in caso di soccombenza la legge esonera gli attori-vigilantes dal rifondere ai convenuti le spese processuali⁵⁸.

Di segno senza dubbio più progressista sono le controversie climatiche che utilizzano invece il sistema dei *tort* come veicolo per l’affermazione di regole maggiormente alle questioni dei *climate change*⁵⁹. E sembrerebbe che

⁵⁶ T. Lytton, *The Complementary Role of Tort Litigation in Regulating the Gun Industry*, in Id (ed.), *Suing Gun Industry*, cit., 250 ss.

⁵⁷ Rispettivamente, *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 597 U.S. (2022) e *West Virginia v. EPA*, 597 U.S. (2022).

⁵⁸ Sul tema, cfr. P.L. Schuster, *Citizen Bounty Hunters: The New Method for Evading Judicial Enforcement*, in *Univ. Baltimore L. Rev. – Online Series*, 1. aprile 2022, reperibile all’indirizzo <https://ubaltlawreview.com/2022/04/01/citizen-bounty-hunters-the-new-method-for-evading-judicial-enforcement/>.

⁵⁹ Cfr., *ex multis*, D.A. Kysar, *What Climate Change Can Do about Tort Law*, in 41 *Env. L.* 1 (2011); Id., R.H. Weaver, *Courting Disaster: Climate Change and The Adjudication of Catastrophe*, in 93 *Notre Dame Law Rev.* 296 (2016); R. Blomquist, *Comparative Climate*

in questo solco emancipatorio si stiano inserendo anche le iniziative statali di introduzione di specifiche forme di responsabilità in capo ai produttori di armi.

Nello specifico contesto dell'esperienza giuridica statunitense questa traslazione dalle discipline legislative al sistema della responsabilità civile del perseguimento di compiti tradizionalmente assegnati alla rappresentanza politica non deve destare stupore. Infatti, il sistema di *tort law* è volto al raggiungimento di obiettivi sconosciuti ai sistemi di responsabilità della tradizione di *civil law*, tra cui va annoverato quello di "redistribuzione delle risorse". Manca, del resto, negli Stati Uniti un sistema pubblico di sicurezza sociale, sicché le regole sulla responsabilità assurgono in alcuni casi a quella che abbiamo definito "compensazione privatistica" con fini redistributivi⁶⁰.

Occorrerà verificare se anche altri Stati si orienteranno nel senso prescelto da New York e tenteranno di regolare, attraverso la *civil litigation*, la materia delle armi da fuoco.

Ciononostante, rimane fermo che gli statunitensi potranno liberamente circolare armati in luoghi pubblici su tutto il territorio statunitense, essendo tale diritto costituzionalmente garantito dal Secondo Emendamento per come letto, in ottica originalista, dalla Corte Suprema in *Bruen*.

Lorenzo Serafinelli
Ditp.to di Giurisprudenza
Università di Roma – La Sapienza
lorenzo.serafinelli@uniroma1.it

Change Torts, in 46 *Val. Univ. Law Rev.* 1053 (2012); B. Pozzo, *Climate Change Litigation in a Comparative Law Perspective*, in F. Sindico, M.M. Mbengue (a cura di), *Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects, Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law* 47, 2021 593 ss.; C.V. Giabardo, *Climate Change Litigation and Tort Law. Regulation Through Litigation?*, in 2021 *Diritto e processo* 361 (2021); M. Hinteregger, *Climate Change and Tort Law*, in Aa.Vv. (a cura di), *Climate Change, Responsibility and Liability*, Baden, 2022, 383 ss.

⁶⁰ Sul ruolo redistributivo della disciplina dei *tort* e sui rischi ad esso sottesi, cfr. T. Keren-Paz, *An Inquiry into the Merits of Redistribution Through Tort Law: Rejecting the Claim of Randomness*, in 16 *Canad. J. L. & Jur.* 91 (2003). Cfr. pure W.T. Harris, *A Public Choice Analysis of the Evolution of Tort Law: Liabilities, Lotteries, and Redistribution*, in 59 *Am. J. Econ. & Soc'y* 101 (1992).