



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

D.B. KOPEL – T. BURRUS, *Sex, Drugs, Alcohol, Gambling and Guns: the synergistic constitutional effects*, in *Albany Government Law Review*, 6/2013.

La presente recensione prende in esame la riflessione proposta da David B. Kopel, *Adjunct Professor of Advanced Constitutional Law* presso la *Denver University, Sturm College of Law*, e da Trevor Burrus, *Research Fellow* presso il *Cato Institute, Center for Constitutional Studies (Washington D.C.)*, nel loro recentissimo saggio dal titolo *Sex, Drugs, Alcohol, Gambling and Guns: the synergistic constitutional effects*, in corso di pubblicazione sulla *Albany Government Law Review*, periodico edito dall'omonima *law school* newyorkese. L'articolo riprende gli interventi svolti dagli Autori in occasione del convegno dal titolo *“Overdose: the Failure of the U.S. Drug War and Attempts at Legalization”*, organizzato proprio dalla *Albany Government Law Review*, ed analizza gli effetti sul piano costituzionalistico della corposa normativa volta a contrastare fenomeni ritenuti moralmente riprovevoli.

La trattazione muove dalle affermazioni di Thomas Jefferson e di George Sutherland, giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti, i quali rilevano come anche una singola eccezione che alteri gli equilibri costituzionali possa poi rivelarsi un pericoloso precedente nell'ottica di una tendenza generale connotata dalla costante espansione dei pubblici poteri e, segnatamente, del potere federale. In questo senso l'occasione è stata offerta dalle “crociate legislative” contro il traffico e l'uso di armi, droga, alcool, contro il gioco d'azzardo e la prostituzione, fenomeni che hanno formato oggetto della produzione normativa del secolo scorso, tanto negli Stati Uniti quanto in Europa, e che ancora in questi primi anni Duemila sono al centro di vasti interventi legislativi, arricchendosi di oggetti sempre nuovi a seconda del mutare della sensibilità sociale su certi temi. Ieri era il traffico di armi, oggi può essere il fumo o l'esigenza di garantire la sicurezza pubblica contro il rischio di attentati terroristici; ciò che è indubbio è che il raggio di azione dei pubblici poteri su questi fenomeni è in continua espansione. Tuttavia, il fatto di colpire condotte ritenute moralmente riprovevoli non deve e non può, nell'ottica degli Autori, distogliere l'occhio del costituzionalista dal rilevare l'illegittimità di alcuni di detti interventi.

Il lavoro in commento si muove proprio in questa direzione, ponendo sotto la lente d'ingrandimento la legislazione statunitense del secolo scorso in cinque materie (droga, alcool, sesso, gioco d'azzardo e armi) in cui più marcatamente si è estrinsecato l'approccio proibizionista, cercando di verificare di volta in volta il presupposto giuridico dell'intervento del Congresso e mettendone così in luce gli eventuali profili d'incostituzionalità. Due sono in particolare le tipologie di censure che si possono riscontrare: la lesione delle competenze che la Costituzione attribuisce agli stati e la violazione dei diritti individuali

costituzionalmente sanciti. Gli Autori, tuttavia, optano per un approccio meno dogmatico, mostrandosi interessati più a identificare gli strumenti di cui il potere federale si è concretamente servito per espandere le proprie competenze che ad incasellare la legislazione a seconda del diverso profilo di illegittimità riscontrabile.

Quest'impostazione più attenta al diritto vivente che alla problematica teorica si riflette in un testo che ha come filo conduttore l'analisi critica dei casi emersi dalla giurisprudenza della Corte Suprema, che risulta così la vera protagonista dell'articolo. L'idea complessiva che può trarsene è che, a fronte di un atteggiamento del Congresso che sulle materie oggetto dello studio si è mantenuto sempre coerente, indipendentemente dal colore delle diverse maggioranze che si sono succedute negli anni, la Corte non sia riuscita ad elaborare criteri saldi su cui fondare una giurisprudenza coerente, tale da rappresentare un baluardo sicuro a protezione degli assetti e dei diritti sanciti dalla Costituzione. In un certo senso la Corte si è trovata impreparata dinanzi alla spinta "regolatrice" del Congresso e ciò ha prodotto reazioni tardive e orientamenti mutevoli, che hanno di fatto avallato le politiche adottate dal potere federale anche quando queste si sono concretizzate in lesioni della legalità costituzionale. In tal modo la Costituzione, pur rimanendo formalmente invariata, si è conformata alla nuova volontà del Congresso, aprendo, nella prima metà del secolo scorso, una nuova stagione del costituzionalismo americano, caratterizzata dall'allontanamento dall'individualismo liberale, da un crescente intervento pubblico in ambito sociale ed economico e dal rafforzamento dei poteri federali.

Nel ripercorrere la strada che ha portato al mutamento poc'anzi descritto, gli Autori prendono le mosse dall'uso che è stato fatto della *taxing clause* già nei primi anni del Novecento. L'utilizzo della leva fiscale per disincentivare determinati comportamenti più che per realizzare obiettivi di politica economica ha iniziato a diffondersi proprio in quel periodo e in molti Paesi, tra cui l'Italia, resiste a tutt'oggi, almeno a giudicare dalla forte tassazione su prodotti da fumo e lotterie che si può riscontrare.

Punto di partenza dell'analisi di Kopel e Burrus è l'*Harrison Narcotics Act*, che nel 1914 impose una tassa sul commercio di droga e obbligò i venditori a munirsi di apposite licenze; ma che lo strumento fiscale fosse poco più che una *fiction* era evidente dall'importo della tassa, solo un dollaro l'anno, che la rendeva quindi inidonea a costituire un'entrata vera e propria. Mentre in un primo momento la Corte Suprema, forse ancora legata al previgente approccio liberale, sottopose ad un'interpretazione restrittiva le norme censurate, riconoscendone la finalità più morale che economica, in una seconda fase i giudici iniziarono a dubitare di poter svolgere indagini penetranti sui motivi che stanno alla base dell'intervento normativo. Dopo una rapida carrellata sulle ondivaghe decisioni che hanno caratterizzato gli anni Venti, l'attenzione degli Autori si appunta sulla sentenza *Sonzinsky* (1937), che diventa emblema del mutato approccio della Corte. In quel caso lo scrutinio di legittimità concerneva il *National Firearm Act*, che imponeva una tassa sulla produzione e la vendita di certe tipologie di armi, e, sebbene lo scopo di politica criminale teso a sopprimere il commercio delle armi più pericolose fosse dichiarato apertamente, la Corte ha affermato che la legge rientrasse a pieno titolo nella competenza del Congresso in materia fiscale. Kopel e Burrus mettono in evidenza la significatività delle motivazioni poste a base della decisione, nella quale si afferma che il solo fatto che la legge preveda l'imposizione di un tributo è di per sé sufficiente a radicare la competenza legislativa del Congresso, pure qualora l'intervento normativo contenga anche misure non strettamente fiscali. Significativamente il giudice Stone scrive che "*Inquiry into the hidden motives which may move Congress to exercise a power constitutionally conferred upon it is beyond the competency of courts*". Tale rifiuto di guardare all'obiettivo concretamente perseguito per arrestarsi alla veste formalmente tributaria della legge costituisce, a giudizio degli Autori, una vera e propria abdicazione allo scrutinio di legittimità costituzionale, che ha di fatto incoraggiato ulteriori interventi federali di natura formalmente tributaria, ma in realtà diretti ad incidere sulla vita

quotidiana dei cittadini, con ciò menomando le competenze degli stati in materia di benessere, salute e sicurezza. Seguendo questo filone, il saggio amplia il campo di analisi includendovi il *Maribuana Tax Act* (1937), nel quale sono addirittura gli atti del Congresso ad indicare come obiettivo primario rendere estremamente difficoltoso l'acquisto di marijuana per scopi illeciti, e il *Revenue Act* (1951) sul gioco d'azzardo. Si tratta di norme destinate a raggiungere scopi eminentemente morali dietro il velo dello strumento fiscale e gli Autori individuano come indice più sintomatico di ciò l'esiguità delle entrate conseguite.

Per assistere ad un ripensamento sul punto si è dovuto aspettare gli anni Sessanta con le celebri sentenze *Marchetti* e *Haynes* (1968), che dichiararono incostituzionali *National Firearm Act* e il *Maribuana Act* per violazione del principio di autoincriminazione sancito dal V emendamento. A tal proposito Kopel e Burrus rilevano che la questione non sarebbe mai arrivata a minacciare un diritto inviolabile se la Corte avesse sanzionato fin da subito la lesione delle competenze statali. In tal senso il V emendamento, proprio in quanto posto a tutela di uno dei diritti fondamentali dell'individuo, ha rappresentato una sorta di argine estremo, che ha necessariamente indotto i giudici a rivedere la loro posizione, opponendosi a quell'ampliamento eccessivo dell'intervento federale cui pure avevano inizialmente prestato il fianco.

Invero i riflessi del poc'anzi accennato *revirement* sono stati limitati, poiché il Congresso aveva già abbandonato l'abuso della *taxing clause* in favore della *commerce clause* e su questa nuova base furono subito approvate nuove leggi in materia di armi e di stupefacenti che andarono a sostituire quelle dichiarate incostituzionali. L'interpretazione secondo cui la competenza federale in materia di regolamentazione del commercio si estende a tutti quei casi nei quali il commercio interstatale poteva subire un'influenza anche solo indiretta è stata per quasi tutto il secolo scorso un punto fermo della giurisprudenza costituzionale. Sebbene tale orientamento abbia trovato la sua più eminente affermazione nella celebre sentenza *Heart of Atlanta Motel v. United States* (1964) in materia di discriminazione razziale, gli Autori mettono in luce come l'interpretazione estensiva della *commerce clause* sia nata già nei primi anni del Novecento nell'ambito della legislazione volta a contrastare il gioco d'azzardo e la prostituzione.

Ad offrire importanti spunti di riflessione è in particolare la giurisprudenza sul *Mann Act* (1910), nato per proibire il trasporto interstatale di donne a fini di prostituzione e poi applicato estensivamente dalla Corte anche a quei casi in cui l'attraversamento della frontiera avesse scopi immorali, anche se non commerciali. Con ciò i giudici federali non solo hanno offerto un precedente di interpretazione abnorme della *commerce clause* al di là della sua *sedes materiae*, ma hanno anche interpretato le norme ampliandone la portata ben oltre il loro significato letterale. La Corte ha dimostrato di aderire pienamente alla battaglia ideologica iniziata dal Congresso e, secondo l'opinione dissenziente del giudice Murphy, ha trasformato i giudici federali in arbitri della moralità, travalicando la stessa funzione del potere giudiziario.

Benché a partire dal 1995 si sia assistito ad un ripensamento della funzione della *commerce clause*, tale da far apparire oggi lontane le decisioni sul *Mann Act*, il giudizio espresso da Kopel e Burrus in chiusura di questa seconda parte è durissimo e non manca di rilevare come a tutt'oggi la legislazione in materia di armi da fuoco e di stupefacenti abbia per fondamento un potere che il Congresso ha usurpato tramite la *commerce clause*.

La parte conclusiva del saggio sposta l'attenzione dai mezzi che hanno consentito al potere federale di attrarre nella propria sfera anche quelle competenze legislative che la Costituzione non gli attribuisce agli strumenti di cui concretamente si è servito per contrastare la diffusione di alcool, droga e armi. In particolare l'analisi si concentra sulle decisioni con cui la Corte ha autorizzato l'uso di confische e

perquisizioni. Con riferimento alle prime, dopo un *excursus* sui casi più eclatanti in cui la proprietà privata è stata menomata pur in assenza di una responsabilità penale del proprietario, gli Autori criticano aspramente l'orientamento che, muovendo dalla natura civilistica e rimediale, piuttosto che punitiva, della confisca, svincola quest'ultima dalle garanzie che assistono il giudizio penale. Da ciò è scaturita una prassi dell'abuso che consiste nell'applicazione della confisca anche in via retroattiva e sulla base di prove più labili di quelle richieste per l'accertamento del reato, ammettendo in tal modo che una persona assolta in sede penale possa ugualmente vedersi confiscati i beni.

La tendenza ad un uso massiccio e distorto di istituti creati per fini legittimi si riscontra anche nelle statuizioni che, a partire dal 1968, hanno ampliato la possibilità di effettuare perquisizioni. Infatti in un primo momento la Corte aveva ritenuto che i poliziotti potessero perquisire qualcuno solo quando poteva ragionevolmente sospettarsi che il soggetto in questione fosse armato e pericoloso, ma successivamente l'assenza di un penetrante controllo sul presupposto, costituzionalmente imposto in ossequio al IV emendamento, del ragionevole sospetto comportò un'amplissima discrezionalità da parte delle forze dell'ordine nel decidere se effettuare una perquisizione. Spesso accade che uno strumento nato per contrastare una determinata pratica abbia poi trovato applicazione anche nei confronti di altre situazioni che l'ordinamento intende debellare. Questo è quel che è accaduto quando la Corte ha ammesso che eventuali sostanze stupefacenti, rinvenute durante una perquisizione finalizzata ad assicurarsi che l'individuo fermato non fosse in possesso di armi, possano fondare un autonomo titolo di responsabilità. Così uno strumento nato come deroga al IV emendamento, al solo scopo di garantire l'incolumità degli agenti, è in breve tempo diventato un potentissimo strumento di indagine che incide fortemente sulle libertà civili. Gli Autori appuntano però la loro attenzione su una prassi ancor più specifica, basata sul fatto che il mero possesso di piccole quantità di marijuana non consente l'arresto del possessore a meno che la droga non sia pubblicamente esposta. Si è così giunti a qualificare la scoperta di modeste quantità di marijuana durante una perquisizione come pubblica esibizione della stessa, tale da poter condurre all'arresto.

In conclusione, il saggio in commento, lungi dall'essere esaustivo della casistica degli effetti sul piano costituzionale della legislazione di contrasto a certe pratiche considerate immorali, vuol rappresentare una provocazione e un punto di partenza per rileggere l'esercizio dei pubblici poteri nella sfera morale. Nonostante Kopel e Burrus affrontino il tema guardando al secolo appena trascorso, non v'è dubbio che i loro rilievi siano rivolti anche al futuro. Probabilmente la scelta di concentrarsi sul passato è dovuta al fatto che solo una lettura storicizzata di fatti in parte lontani può farne emergere con chiarezza abusi e contraddizioni. Ugualmente il fatto che negli ultimi paragrafi si accenni anche a prassi piuttosto recenti chiarisce che ciò di cui gli Autori parlano sono problemi ancora attuali. Il monito lanciato da Kopel e Burrus emerge con chiarezza: nel costituzionalismo moderno il fine non giustifica i mezzi. Anche il perseguimento dello scopo più nobile non può ammettere la lesione della legalità costituzionale, altrimenti lo sconfinamento nell'abuso è inevitabile, perché vengono meno quei paletti che guidano e limitano l'esercizio del potere. L'abdicazione della Corte Suprema statunitense al suo ruolo, spesso sottolineata nel saggio, rappresenta così uno smottamento nel sistema di *checks and balances* i cui effetti rischiano di propagarsi ben oltre i casi specifici, in una sorta di effetto domino sia nel rapporto tra i diversi livelli di potere che caratterizzano uno stato federale sia nel campo dei diritti fondamentali. Tornano così alla mente le affermazioni preoccupate di Jefferson e Sutherland riportate in apertura dell'articolo e la conclusione che può trarsene è che l'espansione del potere normativo federale deve essere accompagnata da controlli sempre più penetranti da parte degli organi a ciò deputati, per evitare che possa comportare la lesione dei diritti fondamentali e delle competenze costituzionalmente attribuite ad altri livelli di potere.

Del resto, volendo provare ad ampliare il discorso su scala globale, il momento storico attuale è caratterizzato, da un lato, dalla riduzione dell'intervento assistenziale dello Stato a causa della crisi economica, e, dall'altro lato, dal proliferare di norme che incidono sulle libere scelte dell'individuo, talvolta imponendo in via normativa comportamenti salutisti. In estrema sintesi, i pubblici poteri sembrano non voler abbandonare l'impronta paternalistica pur non disponendo più delle risorse necessarie per offrire servizi.

Niccolò Guasconi