

7 maggio 2018 | Gian Luigi Gatta

## LA 'MATERIA PENALE' OLTRE OCEANO: UNA STORICA SENTENZA DELLA CORTE SUPREMA U.S.A. INNALZA LO STANDARD DI TUTELA DELLE GARANZIE FONDAMENTALI CORRELATE ALL'ESPULSIONE DELLO STRANIERO

**Corte Suprema degli Stati Uniti, 17.4.2018, Sessions v. Dimaya**

Per leggere il testo della sentenza annotata, comprensivo delle opinioni concorrenti e dissenzienti, [clicca qui](#).

1. Come opportunamente sottolinea Luca Masera già nel titolo di una sua recente monografia (*“La nozione costituzionale di materia penale”*, Giappichelli, 2018), l'individuazione di ciò che appartiene sostanzialmente (anche se non formalmente) alla 'materia penale', meritando la condivisione delle relative **garanzie** fondamentali, è un **problema di diritto costituzionale interno, prima ancora che sovranazionale**. Masera richiama l'attenzione dell'interprete sull'opportunità di interrogarsi sulla possibile estensione o meno a misure para-penali delle **garanzie, sostanziali e processuali, accordate dalla Costituzione** con riferimento al 'reato' e alla 'pena'. E' il caso, ad esempio, delle garanzie incarnate nei principi di legalità e irretroattività, nel principio di colpevolezza, nella presunzione di innocenza e nei principi relativi al giusto processo. E' un richiamo opportuno, considerato come il tema della 'materia penale' si è imposto all'attenzione della prassi, con una significativa *escalation* negli ultimi anni, nella parallela ma diversa e autonoma (lo sottolinea Masera) prospettiva della CEDU, le cui garanzie hanno un contenuto e una estensione non sempre coincidente con le disposizioni costituzionali. L'osservazione di Masera, in prospettiva comparatistica, è interessante perché richiama l'attenzione sulla **dimensione internazionale del problema della 'materia penale'**, che è affrontato non solo nel sistema della CEDU o in analoghi contesti sovranazionali (penso al sistema della Convenzione Americana sui Diritti Umani) ma anche – questo mi preme sottolineare – come **questione di diritto costituzionale squisitamente interna**. E' questo il caso, ad esempio, degli Stati Uniti d'America, paese che notoriamente vanta una lunga tradizione costituzionale e che, per inciso, ha sottoscritto (nel 1977) ma non ratificato la richiamata Convenzione Americana sui Diritti Umani.

2. Proprio dagli Stati Uniti è arrivata una autorevole conferma, in questi giorni, di quanto sia rilevante andare alla ricerca di una nozione costituzionale di 'materia penale'. Mi riferisco a una **sentenza della Corte Suprema**, depositata lo scorso 18 aprile (**Sessions v. Dimaya**), che non esiterei a definire storica e che, per diverse ragioni – di carattere politico – non è passata inosservata nel dibattito pubblico.

In breve, per la prima volta nella sua storia (lo ricorda nella sua *dissenting opinion* il giudice Thomas, a pag. 11), la Corte Suprema ha dichiarato **“unconstitutionally vague”** (indeterminata o imprecisa, diremmo noi) una disposizione dell'Immigration and Nationality Act (INA) relativa all'**espulsione** dello straniero quale *conseguenza* amministrativa di una sentenza penale di condanna. E lo ha fatto, si noti, dopo avere sottolineato (pag. 6) il **carattere afflittivo/punitivo dell'espulsione**: *“a particularly severe penalty which may be of greater concern to a convicted alien than any potential jail sentence”* e che, quando consegue a una sentenza penale di condanna, è **“intimately related to the criminal process”** e richiede perciò di essere scrutinata con lo stesso *standard* (**“the same standard”**) in rapporto alla **garanzia accordata dai principi di legalità/precisione della legge penale**.

2.1. Procedendo per gradi, va anzitutto segnalato, come ricorda la sentenza in commento (pag. 4 s.), che negli Stati Uniti il principio di legalità (*legality principle*) è incarnato anche e proprio nel divieto costituzionale di leggi imprecise (*vague statutes*)[1]. La **vagueness prohibition** viene fatta discendere dai principi del giusto processo: più precisamente, dalle **“due process clauses” contenute nel V e nel IV Emendamento** alla Costituzione Americana, concepite con riferimento a *criminal cases*. Il nesso tra legalità e giusto processo risiede in ciò, che il cittadino deve poter avere una *“fair notice”* di ciò che la legge penale prescrive e sanziona, onde evitare (questa la garanzia) possibili arbitri del governo e dei giudici.

La sentenza qui in commento si segnala per avere, appunto, dichiarato **void for vagueness** (invalida per imprecisione) una disposizione di legge extrapenale relativa ai presupposti per l'espulsione (*removal*) dello straniero, che è considerata pacificamente – almeno dalla fine dell'ottocento – una **civil matter**. Senonché – questo il punto – il carattere di afflittività dell'espulsione, che incide su diritti fondamentali dell'individuo e, nell'ipotesi considerata, consegue quale effetto a una condanna penale, rende per la Corte Suprema necessario attrarre quella misura nell'ambito – diremmo noi – della 'materia penale', con conseguente **estensione della garanzia costituzionale della vagueness prohibition in rapporto ai requisiti previsti dalla legge per ordinare la misura stessa**.

2.2. Più in dettaglio, la Corte Suprema è stata chiamata a pronunciarsi in merito a una disposizione dell'INA che prevede l'**espulsione dello straniero regolare** (non importa da quanto tempo residente negli Stati Uniti) che abbia commesso un **“aggravated felony”**, cioè uno dei reati di una certa gravità inclusi in un ampio elenco che prevede, tra le diverse voci (alcune nominalistiche e altre generiche), i reati violenti. L'espulsione consegue infatti alla condanna per un **“violent crime”**. La legge definisce tale concetto facendo riferimento, da un lato, ai reati che contengono tra i propri elementi costitutivi l'uso della forza fisica contro le persone o le cose e, dall'altro, attraverso una c.d. clausola residuale, ai **reati che “per loro natura**

**implicano un rischio sostanziale [a *substantial risk*]** che la forza fisica sia usata, contro le persone o le cose, durante la loro commissione. Secondo la giurisprudenza – compresa quella della stessa Corte Suprema – questa *residual clause* impone al giudice di domandarsi **se nell'“ordinary case” del reato è presente un rischio del ricorso alla violenza.**

Nel caso oggetto del giudizio portato davanti alla Corte Suprema, James **Dimaya**, un filippino che risiede legalmente negli Stati Uniti dal 1992, viene espulso da un *immigration judge* californiano (con provvedimento confermato in appello) a fronte della seconda condanna per **first degree burglary** riportata durante la sua permanenza negli *States*. Per il codice penale della California (§§ 459, 460(a)), risponde di tale reato chi entra in un'abitazione o in altri luoghi di privata dimora (diremmo noi) per commettere un furto o altri gravi reati; la *burglary* è poi di primo grado quando, come nel caso di specie, l'intrusione è realizzata in un *luogo non abitato*. Dimaya, questo è il punto, può (*rectius*, deve) essere espulso se, e solo se, la *first degree burglary* rientra nella nozione di “*violent crime*” – se cioè, come ha ritenuto l'*immigration judge*, quel reato implica, nel suo *ordinary case*, un rischio del ricorso alla violenza, da parte dell'autore.

Secondo la Corte Suprema, rispondere a tale cruciale domanda non è possibile: **chi può dire se nell'ordinary case l'intruso si dia alla fuga, una volta sorpreso, ovvero affronti face to face la vittima**, concretizzando il *substantial risk* del ricorso alla forza fisica, che rende il reato 'violento' e, di conseguenza, doverosa ai sensi di legge l'espulsione dell'autore straniero? **Come si dovrebbe individuare l'ordinary case, si domanda retoricamente la Corte Suprema: “statistical analyses? Surveys? Experts? Google? Gut instinct?”.** In realtà l'*ordinary case* di un reato (che non contempra la violenza tra i suoi elementi costitutivi) è “*an excessively 'speculative', essentially inscrutable thing*”. Se ne trae conferma dalla giurisprudenza, che non è univoca nel qualificare come violento questo o quel reato (ad es., la *car burglary*). La legge è d'altra parte doppiamente imprecisa, secondo la Corte Suprema, perché non fornisce indicazioni sul **livello del rischio necessario per qualificare un reato come violento.**

2.3. Fin dalle prime pagine della motivazione della sentenza, qui sintetizzata, la Corte Suprema sottolinea come la dichiarazione di *void for vagueness* della disciplina in esame discenda dalla piana e coerente applicazione di principi già affermati nel 2015 dalla Corte stessa in **Johnson v. United States**. In quel precedente, la Corte dichiarò *void for vagueness* una disposizione penale dell'Armed Career Criminal Act (ACCA) che imponeva una *mandatory minimum sentence* (una condanna a non meno di 15 anni di detenzione) nel caso in cui il condannato fosse una persona con alle spalle tre precedenti condanne per un “*violent felony*”, definito tra l'altro, come un reato che comporta “un serio rischio potenziale di aggressione fisica”. Dopo aver sottolineato l'analogia con la disposizione dell'INA che definisce il concetto di “*violent crime*” ai fini dell'espulsione, e dopo avere riadattato la motivazione di *Johnson* a *Dimaya*, la Corte Suprema imbocca con decisione la via della dichiarazione di illegittimità costituzionale senza farsi frenare (per quanto si è detto circa la riconosciuta natura penale dell'espulsione) dalla circostanza – sottolineata dal Governo durante la discussione – che *Dimaya* non è un *criminal case*, a differenza di *Johnson*.

\*\*\*

3. *Sessions v. Dimaya*, dicevo, è una sentenza storica nella giurisprudenza della Corte Suprema statunitense. **E' la prima volta che una disposizione del diritto dell'immigrazione viene dichiarata costituzionalmente imprecisa.** Non è però la prima volta in cui lo standard penalistico per la valutazione della precisione di una legge viene impiegato nel diritto dell'immigrazione, in rapporto alla disciplina dell'espulsione. Come ho segnalato in **un lavoro appena pubblicato negli studi in onore di Emilio Dolcini**[2], quel passo è già stato compiuto nel lontano 1951 in *Jordan v. De George*: un caso relativo a un cittadino italiano entrato legalmente negli Stati Uniti e che lì si era dedicato al commercio di alcolici architettando una frode fiscale e andando così incontro all'espulsione sul presupposto che questa era ed è prevista anche in caso di condanna per un “*crime of moral turpitude*”. In quell'occasione la Corte Suprema esclude la *vagueness* di una simile formula, ritenendola sufficientemente precisa, nel suo nucleo essenziale, alla luce del diritto vivente e del *common understanding*. Al di là del differente esito, anche in *Jordan v. De George*, la Corte Suprema ha introdotto lo scrutinio di legittimità costituzionale della disposizione censurata, alla luce della *void for vagueness doctrine*, dopo avere inquadrato l'espulsione dello straniero nella ‘materia penale’: “*deportation is a drastic measure and at times the equivalent of banishment or exile. It is the forfeiture for misconduct of a residence in this country. Such a forfeiture is a penalty*”.

Come ho sottolineato nel saggio pubblicato negli Studi in onore di Dolcini[3], la giurisprudenza della Corte Suprema, dalla fine dell'800, è consolidata nel ripetere che “*deportation is not a punishment for crime*” (**Fong Yue Ting v. U.S., 1893**), facendone derivare l'**esclusione di un copioso elenco di garanzie costituzionali, sostanziali e processuali**: il *ban of cruel and unusual punishment*, la *double jeopardy clause* (il *ne bis in dem*), la *prohibition of ex post facto laws*, la presunzione di innocenza, il *privilege against self incrimination*, la *exclusionary rule* (divieto di utilizzabilità della prova illegale), il *right to counsel*, il *right to a trial by jury*, il diritto a ricevere i *Miranda warnings*. Questo atteggiamento della Corte Suprema è condizionato da un presupposto di natura politica, sotto il profilo del diritto costituzionale: la scelta, anch'essa risalente, di considerare il diritto dell'immigrazione (che è tradizionalmente diritto federale) come affare di politica estera affidato al Governo, rispetto al quale la Corte mantiene usualmente un *self-restraint*[4]. Questo atteggiamento della Corte è stato da più parti criticato in considerazione del fatto che sempre più si assiste, negli Stati Uniti come e forse ancor più che in Europa, a un fenomeno di **criminalizzazione del diritto dell'immigrazione** (c.d. **crimmigration**), cui ho dedicato il saggio sopra richiamato, che si realizza anche e proprio prevedendo conseguenze di diritto dell'immigrazione (l'espulsione) per la violazione di leggi penali: conseguenze che hanno la sostanza della pena e che vengono ordinate all'esito di procedimenti che sono *criminal-type*, senza però – questo il punto – le garanzie costituzionali tipiche del diritto e del processo penale.

4. In questo quadro, nel 2010, durante a fase iniziale dell'amministrazione di Obama, un'altra storica sentenza fu rappresentata da **Padilla v. Kentucky**[5], con la quale la Corte Suprema affermò che la garanzia costituzionale del **diritto a una difesa effettiva** “nei procedimenti penali” (VI Emendamento) riguarda non le sole conseguenze penali, ma anche quelle extrapenali e, in particolare, l'espulsione; sicché il difensore ha l'obbligo di informare l'imputato sul rischio di andare incontro all'espulsione patteggiando la pena: “*The counsel must inform her client whether his plea carries a risk of deportation. Our longstanding Sixth Amendment precedents, the seriousness of deportation as a consequence of a criminal plea, and the concomitant impact of deportation on families living lawfully in this country demand no less*”. La Corte giunse a questa conclusione dopo avere attratto l'espulsione nella ‘materia penale’, come diremmo noi europei: essa è infatti “**an integral part — indeed, sometimes the most important part — of the penalty that may be imposed on noncitizen defendants who plead guilty to specified crimes**”.

Con *Sessions v. Dimaya* la Corte Suprema riprende oggi la strada aperta otto anni fa con *Padilla v. Kentucky*, fornendo ragioni per un cauto ottimismo ai difensori dei diritti civili impegnati nel settore del diritto dell'immigrazione. Che ciò sia avvenuto durante l'amministrazione di Donald Trump – noto per le sue politiche di rigore rispetto al tema dell'immigrazione – non è passato inosservato, ancor più perché **la decisione della Corte Suprema è stata deliberata con il voto, decisivo, del giudice Gorsuch, nominato proprio da Trump**. E l'ottimismo aumenta se si legge quel che il giudice Gorsuch scrive a pagina 11 della sua *concurring opinion* circa la necessità di guardare alla sostanza (della materia penale) e non alla sola qualificazione formale quando si tratta di individuare lo standard dello scrutinio di legittimità costituzionale in rapporto a garanzie fondamentali: ***“if the severity of the consequences counts when deciding the standard of review, shouldn't we also take account of the fact that today's civil laws regularly impose penalties far more severe than those found in many criminal statutes?...Today 'civil' penalties include confiscatory rather than compensatory fines, forfeiture provisions that allow homes to be taken, remedies that strip persons of their professional licenses...”*** e così via. In considerazione della gravità delle conseguenze, pur non etichettate come 'penali', l'esigenza di precisione della legge è pari a quella richiesta in materia penale quando si tratta di stabilire i presupposti per l'espulsione di uno straniero o quelli della confisca di un'abitazione (v. pag. 16). Come hanno notato alcuni commentatori, dando prova della sua indipendenza il giudice Gorsuch ha contribuito, con *Dimaya*, ad una *“landmark liberal victory”*[1]. Un passo avanti verso il riconoscimento della 'materia penale' costituzionale, negli Stati Uniti d'America.

[1] L'importanza della decisione, al di là dell'insolita maggioranza con la quale è stata adottata, viene autorevolmente sottolineata da E. Chemerinsky in un'intervento sul Journal dell'American Bar Association: [Chemerinsky: What Sessions v. Dimaya Means for Immigration Law](#).

[1] Cfr. ad es. P.H. Robinson, M. T. Cahill, *Criminal Law*, II ed., Wolters Kluwer, 2012, p. 64 s.: *“...the legality principle is embodied in the constitutional prohibition against vague statutes...”*.

[2] G.L. Gatta, *La pena nell'era della 'cimmigration': tra Europa e Stati Uniti*, in C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta (a cura di), *La pena, ancora: tra attualità e tradizione*, Giuffrè, 2018, tomo II, p. 1007 e p. 1036.

[3] *Ibidem*, p. 1032 s.

[4] *Ibidem*.

[5] *Ibidem*, p. 1034 s.