

Alessandro Corda

**L'INCERTO FUTURO DEI METODI
DI ESECUZIONE DELLA PENA DI
MORTE NEGLI STATI UNITI.
SCENARI EMERGENTI E
PROSPETTIVE DOPO LA
SENTENZA *GLOSSIP V. GROSS***

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

L'INCERTO FUTURO DEI METODI DI ESECUZIONE DELLA PENA DI MORTE NEGLI STATI UNITI

Scenari emergenti e prospettive dopo la sentenza Glossip v. Gross

Abstract

L'articolo analizza la sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *Glossip v. Gross* del 2015 e le sue possibili implicazioni rispetto ai metodi di esecuzione della pena capitale. La sentenza ha affrontato il tema della compatibilità con l'Ottavo Emendamento della Costituzione americana (divieto di imporre pene crudeli e inusuali) dell'uso del midazolam, un blando anestetico impiegato quale farmaco iniziale nel protocollo per l'iniezione letale adottato dallo Stato dell'Oklahoma. Prima di soffermarsi sulla sentenza e sulle sue conseguenze, lo scritto traccia l'evoluzione dei metodi di esecuzione succedutisi nella storia della pena capitale in America. Diverse tecniche di esecuzione sono state prima adottate e in seguito abbandonate nella costante ricerca di un metodo per l'inflizione della morte quale estrema sanzione penale capace di ridurre al minimo, se non annullare del tutto, la sofferenza del condannato. L'avvento dell'iniezione letale pareva avere fornito una risposta tendenzialmente definitiva. Le recenti difficoltà incontrate dagli Stati non abolizionisti nell'ottenimento dei farmaci da impiegare nelle esecuzioni per iniezione letale hanno però rimesso tutto in discussione.

*The uncertain Future of the Methods for Executing
Capital Punishment in the United States:
Emerging Scenarios and Perspectives in the Aftermath of Glossip v. Gross*

Abstract

This essay discusses the ruling of the U.S. Supreme Court in the 2015 case Glossip v. Gross and its possible implications for the execution methods. The ruling dealt with the issue of compatibility of the use of midazolam, a mild anesthetic used as the initial drug in Oklahoma's lethal injection protocol, with the Eighth Amendment of the American Constitution (prohibition of cruel and unusual punishments). Before focusing on the judgment and its consequences, the essay outlines the history of execution methods in America. Several executions methods were first adopted and then discontinued in an ongoing search for a procedure to administer death as the ultimate criminal penalty while minimizing, if not entirely eliminating, pain and suffering to the person sentenced to death. The lethal injection seemed to provide the ultimate solution. However, the recent difficulties faced by non-

abolitionist States in obtaining the drugs used to execute death sentences by lethal injection have re-opened the debate.

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. La pena di morte in America, oggi. — 3. I metodi di esecuzione e la giurisprudenza della Corte Suprema. — 4. La resistibile ascesa dell'iniezione letale: dagli esordi al caso *Baze v. Rees*. — 5. L'assedio globale alla pena capitale eseguita mediante iniezione letale. La strada verso *Glossip v. Gross*. — 6. La *majority opinion* del giudice Alito. — 7. L'opinione dissenziente del giudice Sotomayor. — 8. L'applicazione della pena di morte negli Stati Uniti tra passato e futuro. — 9. (*Segue*): L'iniezione letale tra rinnovamento e sostituzione. — 10. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione.* — In Europa, così come nella grande maggioranza dei Paesi occidentali, si è ormai da tempo affermato un rifiuto della pena di morte basato sull'accettazione dell'intrinseca sproporzione tra reati anche particolarmente efferati e tale tipologia di pena, che si caratterizza per essere definitiva nel suo annichilimento del reo. Questa acquisizione si fonda sul principio dell'incommensurabilità tra autore di reato e fatto di reato, in forza del quale « non c'è fatto commesso che determini in capo al suo autore la perdita dell'umanità, della sua dignità e del suo valore » (1). Non si è però trattato di un percorso breve né privo di incertezze (2).

Il dibattito statunitense sulla pena di morte è stato per lungo tempo seguito con uno sguardo di rassegnato distacco dalla sponda europea dell'Atlantico. Questo non certo perché in Europa mancasse la sensibilità culturale per analizzare il tema, condannare la barbarie dell'istituto (3) e rilevarne l'ineffettività nel perseguire gli scopi dichiarati (in particolare, deterrenza (4) e « *closure* » per i familiari delle vittime (5)). Piuttosto, il mantenimento di questa tipologia estrema di sanzione penale da parte del Paese nordamericano era in larga parte considerato alla stregua di una

(1) DONINI, *La condanna a morte di Saddam Hussein. Riflessioni sul divieto di pena capitale e sulla « necessaria sproporzione » della pena nelle « gross violations »*, in *Cass. pen.*, 2007, 14.

(2) Sul percorso abolizionista in Occidente, v. ZIMRING, *The Contradictions of American Capital Punishment*, New York, 2003, 16 ss.

(3) Cfr. ad es. HAMMEL, *Civilized Rebels: Death-Penalty Abolition in Europe as Cause, Mark of Distinction, and Political Strategy*, in Sarat - Martschukat (eds.), *Is the Death Penalty Dying? European and American Perspectives*, New York, 2011, 173 ss.

(4) Cfr., per tutti, GOISIS, *Sull'efficacia deterrente della pena di morte: riflessioni sul dibattito statunitense*, in questa *Rivista*, 2006, 1366 ss.

(5) Il concetto di « *closure* » applicato al tema della pena di morte indica quel sentimento di conforto che deriverebbe ai familiari della vittima nel momento in cui l'esecuzione del reo è compiuta, visto come la chiusura 'secondo giustizia' di una vicenda estremamente dolorosa. In tema v. MADEIRA, *Killing McVeigh: The Death Penalty and the Myth of Closure*, New York, 2012; ZIMRING, *The Contradictions*, cit., 57-63; G. CALABRESI, *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano*, Bologna, 2014, 93.

« reliquia premoderna » (6), retaggio fuori tempo massimo di un'epoca della giustizia penale ormai consegnata ai libri di storia nella quasi totalità delle democrazie occidentali, quanto meno per i reati commessi in tempo di pace (7).

Fino all'inizio degli anni Duemila, l'interesse per il tema è stato mantenuto vivo soprattutto da quei casi in cui la cooperazione giudiziaria tra Paesi europei e Stati Uniti è entrata in attrito su questioni attinenti alla tutela dei diritti fondamentali in connessione alla possibile imposizione della pena capitale (8). In anni recenti però qualcosa pare essere mutato. In primo luogo, significative prese di posizione da parte sia della dottrina (9) che di importanti autorità spirituali (10) hanno dato nuovo vigore alla campagna abolizionista. Si è però soprattutto assistito a un inaspettato coinvolgimento di attori europei nella battaglia globale, caratterizzata da una forte valenza simbolica, volta al raggiungimento di una moratoria sostanzialmente definitiva della pena di morte negli Stati Uniti, se non

(6) MANACORDA, *La abolición de la pena capital en Europa: el círculo virtuoso de la política criminal y los riesgos de ruptura*, in Arroyo - Biglino Campos - Schabas (coords.), *Hacia la abolición universal de la pena capital*, Valencia, 2010, 152.

(7) Sulle vicende dell'abolizione della pena di morte in tempo di pace e in tempo di guerra nell'ambito dei Paesi membri del Consiglio d'Europa, v. MARINUCCI, *La pena di morte*, in questa *Rivista*, 2009, 5; MANACORDA, *La abolición*, cit., 150-151. Con specifico riguardo alla vicenda storica della pena di morte in Italia, dal ripristino avvenuto nel 1926 a seguito dell'abolizione in precedenza operata dal codice Zanardelli fino alla soluzione abolizionista (con l'eccezione di quanto previsto dalle leggi militari di guerra) accolta dall'originale versione dell'art. 27, co. 4 Cost., v. PISANI, *La pena di morte in Italia (1926-1948)*, in questa *Rivista*, 2015, 1 ss.; sull'abolizione totale della pena di morte nel nostro ordinamento, v. GOISIS, *La revisione dell'art. 27, comma 4 della Costituzione: l'ultima tappa di un lungo cammino*, in questa *Rivista*, 2008, 1655 ss.

(8) Cfr., in part., C. eur. dir. uomo, sent. 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, ricorso n. 14038/88.

(9) In Italia cfr. l'appello contro la pena di morte e a sostegno della sua abolizione universale sottoscritto da un elevatissimo numero di docenti di diritto e procedura penale pubblicato in *Criminalia*, 2009, 411 s., con presentazione di CANESTRARI.

(10) Nel corso della sua prima visita ufficiale negli Stati Uniti, Papa Francesco, parlando al Congresso in data 24 settembre 2015, ha rilevato con forza la necessità dell'« abolizione a livello globale della pena di morte ». « Sono convinto, ha affermato il Papa, che questa sia la via migliore, dal momento che ogni vita è sacra, ogni persona umana è dotata di una inalienabile dignità, e la società può solo beneficiare dalla riabilitazione di coloro che sono stati condannati per i loro crimini ». Il Pontefice si era già espresso in termini analoghi in una lettera del 30 maggio 2014 indirizzata ai partecipanti al XIX congresso internazionale dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale e al III congresso dell'Associazione Latinoamericana di Diritto Penale e Criminologia, pubblicata in questa *Rivista* 2014, 1019 ss., con commento di EUSEBI. Sulla precedente ambiguità della Chiesa cattolica rispetto alla pena di morte, cfr. le riflessioni di MARINUCCI contenute in una lettera pubblicata dal quotidiano *La Repubblica* in data 18 gennaio 2007 con il titolo *Ma la Chiesa è davvero contro la pena di morte?*, in <http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2007/01/18/lettere.html>.

addirittura all'ottenimento di un suo ripudio formale. L'occasione, come si avrà modo di vedere, è stata offerta dalle crescenti difficoltà riscontrate dalle amministrazioni penitenziarie di molti Stati americani che ancora prevedono e attuano la pena di morte nell'approvvigionamento di una particolare tipologia di sedativo tradizionalmente utilizzata nelle esecuzioni per iniezione letale.

Il presente lavoro si concentra sul tema della costituzionalità della pena di morte negli Stati Uniti non *in quanto tale* ma piuttosto *per come applicata*. L'attenzione sarà dunque focalizzata sui metodi di esecuzione. Lo spunto per riflettere su questo tema è offerto dalla recente sentenza della Corte Suprema federale statunitense nel caso *Glossip v. Gross*. L'importante pronuncia ha affrontato il tema della compatibilità con il divieto di imposizione di pene crudeli e inusuali sancito dall'Ottavo Emendamento alla Costituzione americana dell'uso del midazolam — una benzodiazepina impiegata in ambito medico con finalità anestetiche — nelle esecuzioni capitali mediante iniezione letale.

Nonostante l'esito in ultima analisi deludente per il fronte abolizionista, la sentenza *Glossip* rappresenta un passaggio rilevante per diverse ragioni: in primo luogo, la Corte Suprema ha accettato di confrontarsi con il tema dell'iniezione letale per la prima volta dal *leading case Baze v. Rees* del 2008 in un quadro nel frattempo profondamente trasformato a causa delle citate crescenti difficoltà di reperimento degli anestetici tradizionalmente utilizzati nei protocolli farmacologici impiegati per l'esecuzione delle condanne a morte (11). In secondo luogo, la sentenza ha messo plasticamente in luce la spaccatura ideologica tra i membri progressisti e quelli conservatori in seno alla Corte riguardo all'identificazione di metodi e condizioni di applicazione della pena capitale da ritenersi costituzionalmente ammissibili.

Lo scritto si articola come segue: il secondo paragrafo compie una breve ricognizione dello stato attuale della pena di morte negli Stati Uniti allo scopo di offrire al lettore alcune coordinate di riferimento. Il terzo paragrafo ripercorre la rara giurisprudenza della Corte Suprema statunitense in tema di metodi di esecuzione, tracciando nel contempo l'evoluzione della 'tecnologia della morte' nella storia della pena capitale in America. Il quarto paragrafo descrive la rapida ascesa dell'iniezione letale quale metodo pressoché esclusivo di esecuzione della pena di morte

(11) Appare particolarmente opportuno ricordare che la parola « farmaco » ha la sua radice etimologica nel termine greco φάρμακον, traducibile come « rimedio » ma anche come « veleno ». GARLAND, *Peculiar Institution: America's Death Penalty in an Age of Abolition*, Cambridge, MA, 2012, 52 parla di « somministrazione endovenosa di sostanze velenose » alle quali però ci si riferisce comunemente con l'espressione « farmaci per l'esecuzione ». Lo stesso avverrà nel presente scritto.

nell'ordinamento statunitense, dalla sua ideazione fino alla sentenza della Corte Suprema nell'importante caso *Baze v. Rees*. Il quinto paragrafo ripercorre gli eventi che hanno condotto alla pronuncia nel caso *Glossip v. Gross*. Il sesto paragrafo espone e discute le principali argomentazioni dell'opinione di maggioranza redatta dal giudice conservatore Alito. Il settimo paragrafo si sofferma invece sull'opinione dissenziente formulata dal giudice Sotomayor, fiera oppositrice della *death penalty*. Infine, l'ottavo e il nono paragrafo si interrogano sul futuro della pena di morte e dei suoi metodi di esecuzione in America a partire dall'attuale stato di crisi dell'iniezione letale.

2. *La pena di morte in America, oggi.* — Gli Stati Uniti sono divenuti un'anomalia rispetto alla pena di morte nell'ambito dei Paesi occidentali soltanto nella seconda metà del ventesimo secolo. Prima di allora si può a buon diritto affermare che il Paese nordamericano fosse all'avanguardia sul fronte abolizionista. Basti qui ricordare che lo Stato del Michigan — prima giurisdizione di un Paese anglosassone a farlo — aveva abolito la pena di morte per i casi di omicidio volontario (*murder*) già nel 1846, assai prima dunque dell'affermazione delle posizioni abolizioniste in Europa (12).

Nel 1972, con la sentenza *Furman v. Georgia* la Corte Suprema aveva sancito una moratoria sulle esecuzioni a livello nazionale (13). Con tale pronuncia la Corte non dichiarava la pena di morte incostituzionale *in quanto tale* ma affermava che l'arbitrarietà con cui erano emanate le condanne alla pena capitale si poneva in contrasto con due tra i più importanti emendamenti alla Costituzione americana: l'Ottavo (divieto di infliggere pene crudeli e inusuali) e il Quattordicesimo (diritto al *due process of law*). Tale importante sentenza giungeva al culmine di una traiettoria discendente nell'uso della pena capitale negli Stati Uniti. Le cose cambiano però radicalmente solo quattro anni più tardi nel 1976, anno in cui la sentenza *Gregg v. Georgia* (14) pone fine alla moratoria sancita dalla pronuncia nel caso *Furman*, dando così nuovamente il via libera all'imposizione e all'esecuzione delle condanne a morte. In particolare, in *Gregg* la Corte valuta positivamente i provvedimenti legislativi nel frattempo adottati a livello statale al fine di ridurre la casualità e l'arbitrarietà nell'infl-

(12) In tema v., per tutti, BESSLER, *Revisiting Beccaria's Vision: Enlightenment, America's Death Penalty, and the Abolition Movement*, in 4 *Nw. J. L. & Soc. Pol'y*, 2009, 226 ss.

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

(14) *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976). Nella dottrina italiana, v. SALVATORE, *La mancata rivoluzione della Corte Suprema degli Stati Uniti: il caso della pena di morte*, in *Giur. cost.*, 2013, 561 ss.

zione della pena di morte. È l'inizio di una nuova fase di espansione nell'utilizzo della « morte di Stato » all'interno del Paese (15).

Attualmente, oltre che a livello federale, sono trentuno gli Stati che ancora prevedono la pena capitale (16). In quattro di questi (Colorado, Oregon, Pennsylvania e Washington) sono però al momento in vigore moratorie disposte dai Governatori che impediscono l'esecuzione delle condanne già irrogate. Si deve poi osservare come la pena capitale negli Stati Uniti sia un fenomeno fortemente localizzato a livello geografico. Basti pensare che in quindici dei trentuno Stati non abolizionisti, oltre che a livello federale, dal 1976 a oggi sono state eseguite meno di dieci condanne a morte per un totale di cinquanta esecuzioni. Nel solo Texas, invece, nello stesso arco temporale ben 539 individui sono stati giustiziati. Infine, gli Stati del sud (Alabama, Arkansas, Florida, Georgia, Kentucky, Louisiana, Mississippi, Missouri, North Carolina, Oklahoma, South Carolina, Tennessee, Texas e Virginia) svettano nettamente quanto a numero complessivo di esecuzioni per macro aree geografiche negli ultimi quarant'anni (ben 1234 su un totale di 1446) (17).

Nel 1996 il numero delle condanne a morte irrogate negli Stati Uniti (315) era arrivato a toccare il livello più alto dei cinquant'anni precedenti. Questo dato non deve stupire. A metà degli anni Novanta del secolo scorso si era infatti raggiunto l'apice della c.d. 'svolta punitiva' iniziata intorno alla metà degli anni Settanta e accelerata a partire dagli anni Ottanta, che nel tempo ha prodotto frutti avvelenati ben noti agli studiosi di politica penale comparata (18). Una simile fase di sbornia punitiva, oltretutto assai

(15) C.S. STEIKER - J.M. STEIKER, *The Death Penalty and Mass Incarceration: Convergences and Divergences*, in 41 *Am. J. Crim. L.*, 2014, 189; ZIMRING, *Is There a Remedy for the Irrelevance of Academic Criminal Law?*, in 64 *J. Legal Educ.*, 2014, 8-9.

(16) Nell'elenco delle trentuno giurisdizioni statali non abolizioniste figurano anche Kansas e New Hampshire. In relazione ad essi è però possibile affermare che sia avvenuta un'abolizione *de facto* della pena di morte. In questi due Stati, infatti, non sono state eseguite condanne a morte dopo il 1976, anno del ripristino della pena capitale. Entrambi gli Stati, inoltre, pur avendo adottato l'iniezione letale quale metodo di esecuzione, non hanno a oggi specificato in alcun modo a livello normativo o regolamentare il protocollo farmacologico che dovrebbe essere impiegato in caso di attuazione di una condanna a morte. La pena capitale si pone dunque quale sanzione del tutto 'virtuale'.

(17) I dati sono tratti dal sito Internet del *Death Penalty Information Center*, <http://www.deathpenaltyinfo.org>.

(18) Sulla poderosa svolta punitiva registratasi negli Stati Uniti a partire dalla seconda metà degli anni Settanta del secolo scorso, che ha condotto in primo luogo al tristemente noto fenomeno dell'incarcerazione di massa, cfr. per tutti TONRY, *Sentencing Fragments: Penal Reform in America, 1975-2025*, New York, 2016, 12-17, 41 ss.; WACQUANT, *Prisons of Poverty*, Minneapolis-London, 2009, 135 ss.; GARLAND, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Chicago, IL, 2001, 142 ss.

lucrativa da un punto di vista elettorale, non poteva che fungere da volano per gli indici di approvazione della pena di morte (19).

Dopo il citato picco, la tendenza inizia a invertirsi con decisione e il numero delle *condanne a morte* cala drasticamente. Nel 2001 si scende sotto la quota delle duecento condanne capitali l'anno; dal 2011 a oggi il numero delle condanne a morte si è invece stabilmente attestato al di sotto delle cento su base annua. Il 2016 è stato un anno storico a questo riguardo: sono state infatti inflitte complessivamente trenta condanne a morte, il numero più basso dal 1976 (20). Questo trend assume ulteriore significato se si guarda al dettaglio relativo a Stati in cui tradizionalmente la pena capitale rappresenta un'opzione reale e tutt'altro che infrequente per le giurie nei casi previsti dalla legge. In Texas, ad esempio, nel solo 1999 furono inflitte ben quarantotto condanne capitali (il numero più alto dal 1976), mentre nel decennio compreso tra il 2007 e il 2016 il numero è sceso al di sotto delle dieci condanne su base annua (8,6 per la precisione).

Quanto invece al numero delle *esecuzioni effettuate* dal 1976 a oggi, dopo il picco raggiunto nel 1999 (98 individui giustiziati), il trend appare nettamente in ribasso. A partire dal 2010 ogni anno sono state eseguite meno di cinquanta condanne in tutti gli Stati Uniti. Nel 2016 le esecuzioni sono state complessivamente 'soltanto' venti. Per trovare un numero inferiore si deve risalire alle quattordici esecuzioni effettuate nel 1991 (21).

3. *I metodi di esecuzione e la giurisprudenza della Corte Suprema.* — Nella sua storia, la Corte Suprema federale degli Stati Uniti ha accettato solo in poche occasioni di pronunciarsi riguardo a specifici metodi di esecuzione, e in nessun caso ne ha dichiarato l'incostituzionalità. Si deve peraltro osservare che solo a far data dal 1962 l'Ottavo Emendamento della Costituzione federale — che, come detto, sancisce il divieto di infliggere « pene crudeli e inusuali » (« *cruel and unusual punishments* ») (22) — è

(19) A metà degli anni Novanta, negli Stati Uniti la fiducia degli elettori nel Governo raggiunge un minimo storico; al contempo, oltre l'ottanta per cento degli americani si dice a favore della pena di morte. Per una recente spiegazione in chiave libertaria del revival della pena di morte nel periodo che inizia con gli anni Settanta del Novecento, cfr. LA CHANCE, *Executing Freedom: The Cultural Life of Capital Punishment*, Chicago, IL, 2016.

(20) Cfr. DEATH PENALTY INFORMATION CENTER, *The Death Penalty in 2016: Year End Report*, 2016 in <http://deathpenaltyinfo.org/documents/2016YrEnd.pdf>, 3.

(21) PEW RESEARCH CENTER, *U.S. Ends Year With Fewest Executions Since 1991*, 28 dicembre 2016, in <http://www.pewresearch.org/fact-tank/2016/12/28/u-s-ends-year-with-fewest-executions-since-1991/>.

(22) « Non si dovranno esigere cauzioni eccessivamente onerose, né imporre ammende altrettanto onerose, né infliggere pene crudeli e inusuali ». Come noto, questo emendamento fu approvato nel 1791 come parte della celebre Dichiarazione dei Diritti (*Bill of Rights*).

stato ritenuto pacificamente applicabile agli Stati mediante la *due process clause* del Quattordicesimo Emendamento (23).

Nel 1878 in *Wilkerson v. Utah* la Corte osservò in un *obiter dictum* che la morte inflitta tramite fucilazione non costituiva una violazione del dettato dell'Ottavo Emendamento. In questa sentenza la Corte procedette però soprattutto all'indicazione di alcuni limiti, presumibilmente nel frattempo già emersi nella coscienza sociale collettiva del Paese. In essa si affermò infatti che taluni metodi di esecuzione contemplati dall'antico diritto inglese — quali, ad esempio, la morte inflitta per pubblica decapitazione, squartamento, sventramento o mediante rogo — se adottati da parte di uno Stato sarebbero stati molto probabilmente ritenuti incompatibili con il divieto di imporre pene crudeli e inusuali (24).

Nel primo caso avente ad oggetto l'inflizione della morte tramite la sedia elettrica, *In re Kemmler* del 1890, la Corte, pur negando l'applicabilità dell'Ottavo Emendamento agli Stati, osservò quanto segue: « Le pene sono da ritenersi crudeli quando comportano tortura o una morte lenta; ma la pena di morte non è da ritenersi “crudele” in quanto tale entro i confini di significato di questa parola per come utilizzata nella Costituzione. [Tale aggettivo] implica qualcosa di inumano e barbaro, qualcosa di più che la mera estinzione della vita » (25). In un caso successivo, *Louisiana ex rel. Francis v. Resweber* del 1947, la Corte giudicò ammissibile la ripetizione dell'esecuzione di una condanna a morte mediante sedia elettrica dopo un primo tentativo non riuscito a causa di un problema di natura meccanica (26). Anche in questa occasione la pronuncia non aveva ad oggetto la costituzionalità del metodo di esecuzione. In anni recenti, la sedia elettrica è stata dichiarata incostituzionale ma soltanto a livello statale (27).

(23) *Robinson v. California*, 370 U.S. 660, 660 (1962). Fino ad allora la giurisprudenza della Corte Suprema in tema di pene crudeli e inusuali concerneva formalmente solo l'azione del governo federale. In tema, v. DENNO, *The Firing Squad as a “Known and Available Method of Execution” Post-Glossip*, in 49 *U. Mich. J.L. Reform*, 2016, 761-762.

(24) *Wilkerson v. Utah*, 99 U.S. 130, 135 (1878).

(25) *In re Kemmler*, 136 U.S. 436, 447 (1890).

(26) *Louisiana ex rel. Francis v. Resweber*, 329 U.S. 459, 463-464 (1947).

(27) Merita di essere qui ricordata l'argomentazione, particolarmente incisiva, addotta dalla Corte Suprema dello Stato del Nebraska per giungere a tale conclusione nel caso *State v. Mata* 745 N.W.2d 229 (2008): « Oltre a presentare un rischio sostanziale di dolore non necessario, la nostra conclusione è che la morte per folgorazione sia inutilmente crudele nel suo infliggere violenza fisica non necessaria e mutilazioni al corpo del prigioniero. L'accertamento indiscutibile di casi in cui la morte per folgorazione ha in passato condotto a bruciare o carbonizzare i corpi dei condannati non è compatibile né con i canoni di decenza in evoluzione all'interno della società [*evolving standards of decency*] né con il principio della dignità della persona. Altri Stati hanno riconosciuto come le prime supposizioni formulate circa la sedia elettrica quale metodo di morte istantanea e indolore fossero semplicemente erronee e che esistano metodi più umani di eseguire le condanne alla pena capitale. Esaminata nell'ambito del moderno sapere scientifico, la morte per folgorazione ha dimostrato di essere

Sarebbe scorretto ritenere che, in particolare a partire dal 1962, l'esiguità dei casi aventi ad oggetto la compatibilità con l'Ottavo Emendamento di specifici metodi di esecuzione stia necessariamente a indicare un rapporto a-problematico tra la Corte Suprema federale e le varie tecniche di implementazione della pena di morte. Piuttosto, gli Stati non abolizionisti, alla costante ricerca di un metodo di esecuzione il più possibile 'umano' e dunque pienamente ammissibile alla luce del dettato dell'Ottavo Emendamento, nel tempo hanno modificato con una certa frequenza la propria legislazione in materia, di conseguenza sottraendo al rischio di possibili censure di costituzionalità le tecniche di volta in volta abrogate (28).

I passaggi succedutisi nel tempo — dall'impiccagione alla sedia elettrica, dalla sedia elettrica al gas letale, e dal gas letale all'iniezione letale — sono stati descritti come « il trionfo del progresso applicato alla tecnologia della morte » (29). La realtà, come autorevolmente osserva Austin Sarat, è però assai differente: ciascun aggiornamento tecnologico nel campo dei metodi di esecuzione ha piuttosto rappresentato un'esplicita ammissione di come il metodo in precedenza utilizzato fosse « barbaro » anche se efficiente oppure « semplicemente obsoleto », oltre che un tentativo di « porre fine allo spettacolo delle esecuzioni andate male » (30).

La vicenda della sedia elettrica nello Stato della Florida è emblematica in questo senso. Con l'inizio degli anni Novanta del secolo scorso, il numero di esecuzioni caratterizzate dal malfunzionamento della sedia elettrica inizia a crescere in modo esponenziale: gli 'incidenti di percorso' diventano sempre più numerosi e raccapriccianti. Quando alla fine del 1999 la Corte Suprema federale accetta di esaminare il ricorso relativo alla costituzionalità di tale tecnica proveniente da un condannato a morte in attesa di esecuzione in un penitenziario della Florida, l'allora Governatore Jeb Bush convoca una sessione d'urgenza dell'assemblea legislativa dello Stato, che all'inizio di gennaio del 2000 approva a larghissima maggioranza la sostituzione della sedia elettrica con l'iniezione letale quale metodo di esecuzione (31).

La sedia elettrica, inizialmente impostasi alla fine del diciannovesimo secolo quale simbolo di scienza, ragione e progresso nell'esecuzione delle sentenze capitali, ha finito con il condividere il destino e il giudizio storico

un dinosauro che si addice maggiormente al laboratorio del Barone Frankenstein che alla camera della morte dei penitenziari statali ».

(28) Cfr. DENNO, *The Firing Squad*, cit., 763.

(29) SARAT, *Gruesome Spectacles: Botched Executions and America's Death Penalty*, Stanford, CA, 2014, 7.

(30) *Ibidem*.

(31) Cfr. MELLO, *Deathwork: Defending the Condemned*, Minneapolis, MN, 2002, 119-123.

dei metodi che l'avevano preceduta, dalla decapitazione, all'impiccagione, allo squartamento: tecniche giudicate disumane poiché implicanti un inaccettabile processo di vilipendio del corpo del condannato. Agli occhi della società americana della fine del Novecento, sempre meno propensa a tollerare la violenza, la sofferenza e il dolore tanto vissuti che esibiti (32), le esecuzioni mediante sedia elettrica che non andavano come previsto recavano inoltre con sé l'intollerabile 'aggravante simbolica' di porre il condannato, attraverso la deformazione della carne per mezzo dell'elettricità, in una sorta di zona di confine tra la vita e la morte che rimandava in modo sinistro all'iconografia degli zombie (33).

4. *La resistibile ascesa dell'iniezione letale: dagli esordi al caso Baze v. Rees.* — A seguito della sentenza *Gregg v. Georgia* del 1976 che aveva posto fine alla moratoria sulla pena capitale imposta dalla stessa Corte Suprema quattro anni prima, un numero sempre maggiore di Stati ha progressivamente optato per l'iniezione letale quale nuovo metodo di esecuzione. In dottrina si è sostenuto che una delle principali ragioni dietro a tale scelta sia stata la necessità di rendere il ritorno alle esecuzioni più sopportabile per l'opinione pubblica in seguito al succitato iato. Si temeva infatti che la società americana si fosse nel frattempo in qualche modo disabituata a confrontarsi con la ritualistica connessa all'attuazione delle condanne capitali (34).

L'opzione rappresentata da una « dolce morte » somministrata dallo Stato mediante procedure che 'imitano' l'esercizio della medicina pareva essere vincente (35): la pressoché totale edulcorazione estetica dell'attuazione della sanzione penale più estrema, un tempo eseguita ricorrendo a tecniche raccapriccianti, sembrava in grado di garantire un lungo futuro alla pena capitale negli Stati Uniti. Nel 1977 l'Oklahoma diventa il primo Stato ad adottare tale metodo per l'esecuzione delle condanne a morte a livello legislativo. In seguito, tra lo stesso anno e il 2009 altri trentotto Stati fanno lo stesso (36). La prima condanna a morte tramite iniezione letale

(32) In argomento, d'obbligo il rinvio a ELIAS, *The Civilizing Process* [1939], Oxford, 1994.

(33) SMITH, *Punishment and Culture*, Chicago, IL, 2008, 171-175.

(34) Cfr. DENNO, *Getting to Death: Are Executions Constitutional?*, in 82 *Iowa L. Rev.*, 1997, 373-374.

(35) KERR, *Facing the Firing Squad*, in 104 *Geo. L. J. Online*, 2015, 76-77. Cfr. anche KAUFMAN-OSBORNE, *From Noose to Needle: Capital Punishment and the Late Liberal State*, Ann Arbor, MI, 2002, 182, il quale sottolinea come l'iniezione letale fosse ritenuta una tecnica di esecuzione quasi 'umanitaria', una sorta di privilegio per il condannato.

(36) DENNO, *America's Experiment with Execution Methods*, in Lanier - Bowers - Acker (eds.), *America's Experiment with Capital Punishment: Reflections on the Past, Present, and Future of the Ultimate Penal Sanction*, Durham, NC, 2014, 710-711.

viene eseguita in Texas nel 1982. Il primo protocollo farmacologico per l'iniezione letale era stato messo a punto nel 1981 dal medico legale dell'amministrazione penitenziaria dell'Oklahoma, il dott. Jay Chapman, e consisteva nella somministrazione endovenosa di una sequenza di tre farmaci: un anestetico, un agente paralizzante e, infine, una dose massiccia di cloruro di potassio capace di provocare l'arresto cardiaco nel condannato.

Tale protocollo, per ammissione del suo stesso ideatore, non si fondava però su studi scientifici approfonditi. Piuttosto, esso rappresentava una soluzione pragmatica — messa a punto da un soggetto privo di specifiche competenze in materia di anesthesiologia — che si pensava provvisoria in attesa dello svolgimento di indagini specialistiche volte all'individuazione della migliore combinazione possibile di farmaci rispetto allo scopo perseguito (37). In altre parole, si voleva essenzialmente rendere immediatamente applicabile la legge statale di riforma della pena capitale che aveva identificato nell'iniezione letale il nuovo metodo di esecuzione delle condanne a morte (38). Nonostante l'intrinseca a-scientificità della soluzione adottata in Oklahoma, il protocollo del dottor Chapman si è nel tempo diffuso a macchia d'olio tra gli Stati non abolizionisti, che, a quanto è dato conoscere, non hanno avvertito il bisogno di commissionare studi indipendenti volti ad approfondire e validare gli effetti e le interazioni tra sostanze da altri selezionate.

Nel 2008 la Corte Suprema è chiamata a pronunciarsi per la prima volta nella sua storia in merito alla compatibilità dell'iniezione letale con il divieto costituzionale di imporre pene crudeli e inusuali (39). Il caso è *Baze v. Rees* (40).

Due detenuti del braccio della morte di un penitenziario del Kentucky

(37) Ricorda il dottor Chapman in una recente intervista: « A quell'epoca avevamo metodi più umani per l'eutanasia sugli animali che per le esecuzioni, così l'idea di usare farmaci sembrava un'alternativa assai preferibile. [...] Abbiamo semplicemente preso il protocollo standard impiegato per l'anestesia nelle procedure chirurgiche, poi tutto ciò che abbiamo fatto è stato aumentare le dosi [degli altri due] farmaci a livelli letali consigliati da un tossicologo [...] Questo non era il mio campo e non era il mio scopo nella vita — io sono un patologo forense [...] ». Cfr. PILKINGTON, *'It's problematic': inventor of US lethal injection reveals death penalty doubts*, in *The Guardian*, 29 aprile 2015, in <https://www.theguardian.com/world/2015/apr/29/supreme-court-lethal-injection-inventor-death-penalty-doubts>.

(38) Cfr. SHAH, *Experimental Execution*, in 90 *Wash. L. Rev.*, 2015, 171-172; SARAT, *Grotesque Spectacles*, cit., 117; DENNO, *The Lethal Injection Quandary: How Medicine Has Dismantled the Death Penalty*, in 76 *Fordham L. Rev.*, 2007, 65 ss.

(39) SARAT, *Grotesque Spectacles*, cit., 120, sottolinea come, nonostante numerosi casi di esecuzioni tramite iniezione letale caratterizzate da rilevanti problematiche, nel corso dei decenni i tribunali si siano mostrati pressoché « sistematicamente insensibili » rispetto ai ricorsi volti a far dichiarare l'incostituzionalità di tale metodo di esecuzione.

(40) *Baze v. Rees*, 553 U.S. 35 (2008).

presentano ricorso contro il protocollo farmacologico impiegato nello Stato per l'applicazione dell'iniezione letale. Il protocollo prevede la somministrazione in sequenza di tre sostanze: dapprima viene iniettato il sodio tiopentale (meglio noto come pentotal), un potente barbiturico ad effetto rapido che induce nel condannato un profondo stato di incoscienza simile al coma affinché questi non soffra; a seguire viene somministrato il pancuronio di bromuro (commercializzato con il nome di Pavulon) che paralizza i muscoli del condannato — incluso in particolare il diaframma, il più importante muscolo respiratorio —, producendo quindi un lento soffocamento; infine, in questo macabro crescendo, a essere iniettato è il cloruro di potassio che causa l'arresto cardiaco.

Quest'ultima sostanza è anche nota come « fuoco liquido » poiché il suo effetto, in assenza di un'adeguata anestesia, è stato paragonato alla sensazione di essere bruciati vivi (41). Nella loro azione combinata, senza una preliminare sedazione profonda, la sostanza paralizzante e quella volta a fermare il cuore produrrebbero quindi una sensazione simultanea di annegamento ed ustione dall'interno, rendendo perciò l'esecuzione « una pena la cui crudeltà è paragonabile alla straziante morte inflitta nei confronti di assassini e traditori nell'Inghilterra del diciottesimo secolo, che la Corte Suprema ha descritto come paradigma di pena crudele e inusuale » (42).

I ricorrenti riconoscono che la procedura di iniezione letale adottata dall'amministrazione penitenziaria dello Stato sia in grado di provocare una morte dignitosa e senza inutili sofferenze *se* correttamente attuata. Tuttavia essi sostengono che il rischio della commissione di errori nell'attuazione del protocollo sia talmente elevato nelle condizioni date da rendere la procedura contraria all'Ottavo Emendamento. In particolare, qualora il primo dei tre farmaci non sia somministrato secondo la *lex artis*, sussisterebbe secondo i ricorrenti un rischio concreto di inflizione di gravi sofferenze ai danni del condannato il quale, pur cosciente, non sarebbe in grado di palesare l'atroce dolore provato a causa dell'azione del farmaco paralizzante nel frattempo iniettato. L'alternativa proposta per ridurre tale rischio è la somministrazione in via esclusiva di un barbiturico in dose massiccia, come è d'uso, ad esempio, per praticare l'eutanasia sugli animali e, in alcune giurisdizioni, per il suicidio assistito dei malati terminali.

In un'opinione di maggioranza redatta dal giudice Roberts, la Corte respinge le argomentazioni dei ricorrenti stabilendo la non contrarietà

(41) STINNEFORD, *The Original Meaning of "Cruel"*, in 105 *Geo. L. J.*, 2017, 451; WILLIAMS, *Witnesses to a Botched Execution*, in *The New Yorker*, 30 aprile 2014, <http://www.newyorker.com/news/news-desk/witnesses-to-a-botched-execution>.

(42) STINNEFORD, *The Original Meaning*, cit., 451-452.

all'Ottavo Emendamento del protocollo farmacologico impiegato per le esecuzioni mediante iniezione letale in Kentucky. In primo luogo, la Corte osserva che il rischio di una « somministrazione scorretta » di un farmaco non sia di per sé sufficiente a rendere l'iniezione letale attuata secondo il protocollo descritto in precedenza una pena crudele e inusuale. Secondo la Corte, affinché possa essere qualificato come tale, un protocollo farmacologico impiegato per l'iniezione letale deve invece comportare un « *rischio sostanziale* » oppure « *oggettivamente intollerabile* » di « *danno grave* » per il condannato.

Al detenuto ricorrente è dunque richiesto di dimostrare che il protocollo adottato crei un provato rischio di grave sofferenza (« *a demonstrated risk of severe pain* ») ove comparato con metodi di esecuzione alternativi a quello contestato che devono essere indicati dallo stesso ricorrente, a patto che questi siano però noti e disponibili (« *known and available alternatives* »). Al contempo, l'adozione di queste alternative deve essere tale da non imporre allo Stato oneri eccessivi quanto alla loro concreta *mise en œuvre*. Uno Stato, argomenta la sentenza, incorrerà quindi in una violazione dell'Ottavo Emendamento qualora: (1) persista nell'impiegare un determinato protocollo nonostante questo presenti un rischio *sostanziale* oppure *oggettivamente intollerabile* di grave sofferenza per il condannato, e (2) al contempo esistano procedure alternative meno dolorose che costituiscono possibilità realmente percorribili, di facile implementazione e in grado di ridurre *significativamente e non solo marginalmente* il rischio di dolore intenso inflitto al soggetto.

Nel complesso, il ragionamento della Corte appare ispirato soprattutto dalla seguente considerazione: dall'affermazione della costituzionalità della pena di morte *in quanto tale* all'interno dell'ordinamento statunitense « consegue necessariamente che debba esistere un metodo [costituzionalmente legittimo] per eseguirla. Il rischio di causare dolore è connaturato a qualsiasi metodo di esecuzione — non importa quanto umano esso sia — anche solo considerando astrattamente la possibilità di errori nell'applicazione delle procedure richieste. È chiaro, quindi, che la Costituzione non esige che si elimini in radice *qualsiasi* rischio di causare sofferenza nello svolgimento delle esecuzioni » (43).

Il giudice Roberts chiarisce infine altresì che l'adozione da parte di altri Stati di protocolli per l'applicazione dell'iniezione letale « sostanzialmente analoghi » a quello impiegato in Kentucky sia sufficiente al fine di poter affermare in via presuntiva che essi non comportino alcun rischio di grave sofferenza e siano dunque in grado di superare il 'test di tenuta' stabilito nella sentenza.

(43) *Baze v. Rees*, cit., 47 (2008) (traduzione e corsivi nostri).

L'intento con tutta evidenza perseguito dalla maggioranza della Corte è perciò quello di stabilire un precedente tale da prevenire in futuro numerosi ricorsi concernenti i protocolli farmacologici adottati nei vari Stati non abolizionisti. Tuttavia *Baze* non fissa paletti chiari per valutare cosa si debba intendere per « rischio sostanziale » di grave sofferenza per il condannato connesso all'esecuzione per iniezione letale. E proprio questo elemento si rivelerà un fattore decisivo, in uno scenario nel frattempo notevolmente mutato, nel far moltiplicare anziché diminuire i ricorsi volti a far dichiarare la contrarietà dell'iniezione letale all'Ottavo Emendamento (44).

5. *L'assedio globale alla pena capitale eseguita mediante iniezione letale. La strada verso Glossip v. Gross.* — In seguito alla pronuncia nel caso *Baze*, un fatto inedito è emerso nell'ultima decade: la notevole difficoltà per le amministrazioni penitenziarie degli Stati non abolizionisti nel reperimento dei farmaci necessari per eseguire la pena di morte mediante iniezione letale, con particolare riferimento alla sostanza anestetica.

Dei trentuno Stati non abolizionisti, attualmente ventitré adottano un protocollo farmacologico che prevede la somministrazione di tre farmaci secondo la sequenza descritta nel paragrafo precedente. In due giurisdizioni statali è invece previsto l'impiego di un protocollo che prevede l'iniezione di due farmaci. In sei Stati, infine, la legge dispone l'utilizzo di una singola sostanza. Comune a tutte e tre le tipologie di protocollo è il ricorso ad un potente anestetico generale, tipicamente della famiglia dei barbiturici. Esso è iniettato quale prima sostanza nei protocolli a tre e a due farmaci mentre è utilizzato in una massiccia dose mortale nei protocolli che prevedono una sola sostanza (45).

Dal 2009 gli Stati non abolizionisti hanno iniziato a dover fare i conti con una problematica mai verificatasi fino a quel momento: la scarsità a livello nazionale del sodio tiopentale. L'azienda farmaceutica Hospira, unico produttore americano di pentotal, in quell'anno aveva infatti cessato la produzione a causa della difficoltà nel procurarsi alcuni componenti del farmaco da un'altra azienda del settore. La Hospira aveva in seguito annunciato di voler riprendere la produzione del pentotal all'estero, più

(44) Cfr. DENNO, *Lethal Injection Chaos Post-Baze*, in 102 *Geo. L. J.*, 2014, 1347-1351, la quale sostiene che primariamente per tale ragione *Baze* costituisca un precedente strutturalmente debole. V. anche EAD., *For Execution Methods Challenges, the Road to Abolition is Paved with Paradox*, in Ogletree - Sarat (eds.), *The Road to Abolition? The Future of Capital Punishment in the United States*, New York, 2009, 198, 201.

(45) Per una rassegna aggiornata dei protocolli attualmente adottati in ciascuno Stato, cfr. DEATH PENALTY INFORMATION CENTER, *State by State Lethal Injection*, 2017, <http://www.deathpenaltyinfo.org/state-lethal-injection>.

precisamente presso il proprio stabilimento italiano di Liscate nel milanese. Due anni più tardi, nel 2011, l'azienda ha però formalizzato la propria uscita definitiva dal mercato del sodio tiopentale perché non in grado di garantire che il prodotto non sarebbe stato utilizzato per l'esecuzione di condanne a morte, come invece richiesto dal Governo italiano (46).

Nello stesso anno, l'Unione Europea ha imposto forti restrizioni all'esportazione di pentotal verso gli Stati Uniti, subordinando la concessione della licenza di esportazione alla presentazione da parte delle aziende produttrici di un'adeguata documentazione in grado di assicurare che il farmaco non sarebbe stato impiegato per eseguire sentenze di morte. Infine, alcuni Paesi europei (come ad esempio la Gran Bretagna) hanno autonomamente sancito uno stop incondizionato all'esportazione del farmaco e di composti a esso affini verso gli Stati Uniti.

Alcuni Stati americani hanno allora deciso di importare il sodio tiopentale ricorrendo a fornitori stranieri non in regola con la rigida disciplina sulla sicurezza dei farmaci stabilita dalla *Food and Drug Administration* (FDA). Questo tentativo è però stato prontamente bloccato nel 2013 dalla decisione di un giudice federale a causa dei rischi connessi all'impiego nelle esecuzioni di sostanze non adeguatamente testate (47).

Vicende in buona parte analoghe a quella relativa all'approvvigionamento del pentotal hanno riguardato anche altri barbiturici impiegati da altri Stati nei rispettivi protocolli farmacologici. Nel 2011 un'azienda dei Paesi Bassi produttrice di pentobarbital ha ceduto i diritti per la produzione del farmaco ad un'impresa dell'Illinois, inserendo però nell'accordo di

(46) DENNO, *Lethal Injection*, cit., 1360-1361. V. però T. ALPER, *The United States Execution Drug Shortage: A Consequence of Our Values*, in 21 *Brown J. World Aff.*, 2014, 33, il quale racconta una storia in parte differente, dando conto, ad es., degli sforzi intrapresi già nel 2010 dalla Hospira, indipendentemente da alcun tipo di pressione 'esterna', al fine di impedire che i farmaci da essa prodotti fossero utilizzati nelle esecuzioni capitali. Si deve segnalare, inoltre, che anche il colosso farmaceutico Pfizer nell'aprile del 2016 ha annunciato rigidi controlli sulla destinazione d'uso di alcuni suoi prodotti (tra cui il propofol, il pancuronio di bromuro, il midazolam e il cloruro di potassio) al fine di garantire che essi non siano utilizzati nei mix letali utilizzati nelle esecuzioni capitali. Cfr. *Pfizer's Position on Use of Our Products in Lethal Injections for Capital Punishment*, aprile 2016, in <https://www.pfizer.com/files/b2b/GlobalPolicyPaperLethalInjection.pdf>.

(47) Cfr. *Cook v. FDA*, 733 F.3d 1 (D.C. Cir. 2013) che ha confermato la sentenza della corte distrettuale in *Beaty v. FDA*, 853 F.Supp.2d 30, 39 (D.D.C.2012). Le difficoltà nel reperimento dei medicinali da impiegare nei protocolli per l'applicazione della pena di morte tramite iniezione letale stanno conducendo a situazioni che non appare esagerato definire grottesche. Un esempio per tutti: nel gennaio 2017 l'*Attorney General* dello Stato del Texas ha citato in giudizio la FDA per farsi riconsegnare una partita di farmaci da impiegare nelle esecuzioni sequestrata oltre un anno e mezzo prima in quanto importata illegalmente dall'India. Cfr. BARAJAS, *Texas Sues Feds for Seizing State's Illegally-Imported Execution Drugs*, in *San Antonio Current*, 4 gennaio 2017, <http://www.sacurrent.com/the-daily/archives/2017/01/04/texas-sues-feds-for-seizing-states-illegally-imported-execution-drugs>.

cessione una clausola esplicitamente volta ad impedirne la vendita ad autorità statali che intendessero utilizzarlo per l'esecuzione di condanne capitali. Successivamente, nel 2012 un'azienda farmaceutica tedesca tra i primi produttori mondiali di propofol, un farmaco anestetico a rapido effetto e breve durata d'azione, ha annunciato l'intenzione di bloccarne la vendita ai Dipartimenti delle amministrazioni penitenziarie degli Stati americani che prevedono la pena di morte. Da ultimo, nel 2013 una grande industria farmaceutica britannica produttrice di fenobarbital, un altro farmaco utilizzato come succedaneo del pentotal nelle iniezioni letali, ha compiuto una scelta analoga (48).

Com'è stato sottolineato, l'opposizione dell'Europa alla pena di morte negli Stati Uniti è così divenuto un « problema americano » (49). Questo risultato non è però stato conseguito dall'Unione Europea e dagli Stati membri attraverso i canali e gli strumenti propri del diritto internazionale, che, anzi, da sempre si sono caratterizzati per il loro impatto ridotto su questo fronte (50). Piuttosto, risultati ben più concreti e tangibili sono stati ottenuti mediante lo strumento della regolamentazione del mercato dei farmaci impiegati nei protocolli per l'esecuzione delle condanne a morte tramite iniezione letale: « Dove i tradizionali strumenti volti alla promozione dei diritti umani a livello internazionale hanno fallito, il mercato ha invece avuto successo » (51).

Questa grave difficoltà di approvvigionamento dei barbiturici ha rallentato le esecuzioni ma non ha fermato la lugubre creatività di alcune amministrazioni statali, che hanno cercato di individuare altre strade percorribili. I Dipartimenti delle amministrazioni penitenziarie di alcuni Stati hanno in particolare fatto ricorso a sostanze prodotte da laboratori farmaceutici artigianali (le c.d. « *compounding pharmacies* ») tradizionalmente specializzati nella creazione di farmaci personalizzati. Trattasi di strutture sottoposte alla vigilanza e alla regolamentazione di organismi statali e non invece a quelle assai più stringenti della FDA federale. Pur con rilevanti eccezioni, anche questi soggetti stanno però via via abbandonando il campo, non soltanto per i bassi margini di profitto conseguibili sul

(48) DENNO, *America's Experiment*, cit., 718-719. Cfr. anche CAPLAN, *The End of the Open Market for Lethal-Injection Drugs*, in *The New Yorker*, 21 maggio 2016, <http://www.newyorker.com/news/news-desk/the-end-of-the-open-market-for-lethal-injection-drugs>.

(49) DENNO, *America's Experiment*, cit., 717.

(50) Cfr. però GARLAND, *Why the Death Penalty is Disappearing*, in Scherdin (ed.), *Capital Punishment: A Hazard to a Sustainable Criminal Justice System?*, Farnham, 2014, 88, il quale sottolinea la grande efficacia degli strumenti internazionali nel mutare la natura del dibattito sulla pena di morte, trasformandolo in una questione politica di rilevanza transnazionale.

(51) Così GIBSON-LEIN, *Death Penalty Drugs and the International Moral Marketplace*, in 103 *Geo. L. J.*, 2015, 1217.

mercato dei farmaci per le esecuzioni capitali ma soprattutto alla luce dei rischi connessi alle azioni legali relative agli effetti di farmaci sottoposti a test e sperimentazioni assai meno rigorosi rispetto a quelli richiesti alle industrie farmaceutiche tradizionali (52).

Quale mossa estrema, alcuni Stati hanno recentemente apposto il segreto di Stato sull'identità dei produttori e dei fornitori dei farmaci utilizzati nelle esecuzioni capitali allo scopo di preservare le proprie fonti di approvvigionamento, che altrimenti avrebbero molto probabilmente scelto di bloccare la vendita ai Dipartimenti delle amministrazioni penitenziarie temendo azioni legali e soprattutto ingenti danni reputazionali. Questo non ha fatto altro che aumentare l'opacità e la segretezza delle procedure di esecuzione tramite iniezione letale (53).

Nello Stato dell'Oklahoma la scelta per ovviare all'indisponibilità del sodio tiopentale cade sul midazolam, una agente sedativo appartenente alla famiglia delle benzodiazepine generalmente ritenuto un anestetico piuttosto blando non in grado di mantenere — e talora neppure di indurre — uno stato di profonda e prolungata incoscienza. E questo nonostante tale macabra variazione sul tema in relazione all'anestetico utilizzato per le esecuzioni con iniezione letale avesse già in precedenza portato a morti tra orribili tormenti in Arizona e Ohio.

Il 29 aprile 2014 in Oklahoma è in programma l'esecuzione di Clayton Lockett. La procedura però non segue il corso previsto. Lockett dà segni di risveglio — iniziando a contorcersi, stringere i denti e respirare a fatica — dopo la somministrazione dei tre farmaci del protocollo nonostante il primo di questi, il midazolam appunto, avrebbe dovuto renderlo incosciente. Il condannato muore agonizzante circa quaranta minuti più tardi tra atroci sofferenze (54). Si trattava della prima esecuzione in cui lo Stato utilizzava come primo farmaco del protocollo il midazolam a seguito della difficoltà riscontrate nel reperimento del pentotal. La vicenda scuote profondamente gli Stati Uniti e riaccende il dibattito sulla pena di morte in generale e sull'umanità dell'iniezione letale come metodo di esecuzione in particolare. Persino la Casa Bianca dirama un comunicato nel quale si

(52) In tema v. DENNO, *Lethal Injection*, cit., 1367-1371, la quale dà altresì conto di *compounding pharmacies* che hanno iniziato ad operare su larga scala con susseguenti effetti negativi sulla salute pubblica di vaste proporzioni.

(53) V. DENNO, *America's Experiment*, cit., 721-722; FAN, *The Supply-Side Attack on Lethal Injection and the Rise of Execution Secrecy*, in 95 *B.U. L. Rev.*, 2015, 427 ss.

(54) Cfr. ECKHOLM, *One Execution Botched, State Delays the Next*, in *N.Y. Times*, 30 aprile 2014, A1; STERN, *The Cruel and Unusual Execution of Clayton Lockett*, in *The Atlantic*, giugno 2015, <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2015/06/execution-clayton-lockett/392069/>.

legge: « L'esecuzione di alcune ore fa in Oklahoma non è all'altezza del rispetto degli standard di umanità » (55).

Inizialmente il problema riscontrato è addebitato non tanto all'inefficienza del primo farmaco nell'indurre uno stato d'incoscienza nel condannato quanto piuttosto ad un problema connesso alla procedura di somministrazione dello stesso: il farmaco, si sostiene, non sarebbe entrato correttamente in circolo. Dopo questo incidente, l'Oklahoma sospende tutte le esecuzioni successive e dispone che vengano compiuti accertamenti approfonditi sull'accaduto. In seguito, è adottato un nuovo protocollo che pone maggiore enfasi sulla corretta somministrazione della prima sostanza avente funzione sedativa.

Queste rassicurazioni non sono però ritenute sufficienti. Charles Warner e altri venti detenuti del braccio della morte decidono di agire in giudizio sostenendo che l'uso del midazolam come farmaco iniziale del protocollo di esecuzione costituisca una violazione del divieto di imporre pene crudeli e inusuali. Warner e altri tre detenuti, tra cui Richard Glossip, chiedono contestualmente anche un rinvio delle loro esecuzioni in attesa della decisione sul ricorso. Un tribunale distrettuale federale rigetta nel merito il ricorso dei detenuti e nega la sospensione delle esecuzioni. La decisione viene in seguito confermata anche in appello. La Corte Suprema rigetta un ulteriore ricorso di Warner nel gennaio 2015 e il detenuto viene successivamente giustiziato. Glossip, insieme agli altri due condannati superstiti, presenta un nuovo ricorso alla Corte Suprema, che questa volta accetta di decidere il caso. In attesa di esaminare la questione, la Corte sospende altresì tutte le esecuzioni nello Stato dell'Oklahoma. Molti altri Stati, in attesa del pronunciamento del supremo organo giurisdizionale federale, fanno altrettanto.

6. *La decisione della Corte: la majority opinion del giudice Alito.* — La questione centrale sulla quale la Corte Suprema è chiamata a pronunciarsi nel caso *Glossip v. Gross* è la seguente: l'uso del midazolam quale farmaco iniziale nel protocollo di iniezione letale adottato dall'amministrazione penitenziaria dell'Oklahoma viola il divieto di imposizione di pene crudeli e inusuali sancito dall'Ottavo Emendamento?

In *Glossip* la Corte Suprema torna dunque a occuparsi del tema dell'iniezione letale a soli sette anni dalla sentenza nel caso *Baze v. Rees*. Lo fa, come detto, in uno scenario che nel frattempo è però sostanzialmente mutato alla luce delle notevoli difficoltà incontrate da molti Stati nel

(55) Cfr. MARKON-BERMAN-BEVER, *White House: Execution Was Not Conducted Humanely*, in *The Washington Post*, 30 aprile 2014, https://www.washingtonpost.com/politics/2014/04/30/5a40bd62-d06c-11e3-a6b1-45c4dffb85a6_story.html?utm_term=.22caac097ede.

reperimento di farmaci anestetici divenuti quasi introvabili in ragione della finalità del loro impiego. Se in *Baze* il dedotto contrasto con il divieto di imposizione di pene crudeli e inusuali discendeva dalla non corretta somministrazione di farmaci letali da parte di personale non adeguatamente qualificato, in *Glossip* è uno dei farmaci impiegati in quanto tale a rappresentare, ad avviso dei ricorrenti, la fonte di un rischio di grave sofferenza per il condannato.

Come detto, il fondamento del ricorso di *Glossip* e degli altri condannati a morte è rappresentato dall'impiego da parte dello Stato dell'Oklahoma del midazolam quale farmaco iniziale del protocollo farmacologico utilizzato nelle esecuzioni, scelto come sostituto del sodio pentotal nel frattempo divenuto irreperibile. Per queste ragioni la decisione della Corte suscita grande attesa: dichiarare l'incompatibilità con il dettato costituzionale del protocollo farmacologico comprendente il midazolam avrebbe infatti compromesso, non soltanto in Oklahoma ma anche in molti altri Stati, la possibilità di eseguire concretamente le condanne capitali alla luce delle notevolissime difficoltà nel procurarsi sul mercato legale barbiturici capaci di garantire un'azione sedativa profonda e sufficientemente prolungata.

Sia nelle loro memorie che dinanzi alla Corte, i legali dei ricorrenti affermano che il midazolam sia inidoneo a fungere da farmaco sedativo nel protocollo stante la sua incapacità di indurre un profondo e prolungato stato d'incoscienza che consenta l'iniezione 'in sicurezza' delle successive due sostanze, nel dettaglio l'agente paralizzante e, infine, il cloruro di potassio per fermare il battito cardiaco. Alla luce della dedotta inidoneità del sedativo prescelto a produrre l'effetto richiesto, il condannato rischierebbe quindi di trovarsi in uno stato di coscienza o semi-coscienza al momento dell'iniezione delle sostanze che portano in concreto alla morte. E questo senza che egli sia nella condizione di palesare la propria condizione a causa dell'azione paralizzante del pancuronio di bromuro, nel frattempo subentrata, in grado di mascherare anche le più atroci sofferenze. L'impiego del midazolam in luogo di anestetici più potenti, nel frattempo divenuti irreperibili, creerebbe pertanto un rischio sostanziale di sofferenza oggettivamente intollerabile tale da rendere il protocollo incompatibile con il dettato dell'Ottavo Emendamento.

Le robuste evidenze scientifiche presentate dai detenuti ricorrenti si soffermano in particolare sui seguenti profili: *in primis*, il midazolam non rientra tra i farmaci approvati dalla FDA per fungere da unica sostanza volta a indurre e mantenere l'anestesia nel paziente in occasione di dolorose procedure chirurgiche (56). Il midazolam è, invece, generalmente

(56) Cfr. GOLDBERG, *Safe and Effective for Human Executions? Glossip v. Gross and the Eighth Amendment Bar Against Off-Label Drug Lethal Injection*, in 68 *Stan. L. Rev. Online*, 2015, 2.

somministrato per trattare stati di ansia e sedare leggermente i pazienti prima dell'anestesia vera e propria. Se non impiegato in combinazione con altri antidolorifici specifici non sarebbe perciò in grado di rendere un soggetto insensibile al dolore. Il midazolam, si sostiene, sarebbe dunque utilizzato nei protocolli farmacologici per le iniezioni letali con finalità diverse rispetto alla propria indicazione terapeutica (c.d. utilizzo *off-label*) senza che neppure sussista al momento della sua somministrazione nella prima fase delle esecuzioni una adeguata supervisione da parte di personale medico specializzato. I membri delle professioni sanitarie, infatti, per ragioni deontologiche non prendono parte alle esecuzioni (57). Citando *Baze*, dunque, i ricorrenti affermano che le proprietà farmacologiche del midazolam non siano tali da indurre nel condannato uno stato di profonda incoscienza simile al coma.

In secondo luogo, i ricorrenti sostengono che il midazolam, come tutti i farmaci appartenenti alla famiglia delle benzodiazepine, si caratterizzerebbe per il c.d. « effetto tetto » (*ceiling effect*), fenomeno ben noto agli esperti della terapia del dolore in forza del quale oltre un certo quantitativo l'ulteriore aumento della dose di un farmaco non produce una migliore analgesia ma conduce soltanto ad un aumento degli effetti avversi. Aumentare la dose di midazolam somministrata al condannato non sarebbe dunque sufficiente ad indurre nel soggetto quel necessario stato di incoscienza profonda e prolungata che rappresenta un imprescindibile requisito per l'iniezione degli ulteriori due farmaci che causano concretamente la morte. Questa argomentazione è volta a contrastare direttamente la mossa dell'amministrazione penitenziaria dell'Oklahoma che, in seguito alla più che problematica esecuzione di Clayton Lockett, aveva aumentato la dose di midazolam prevista dal proprio protocollo da 100 a 500 milligrammi.

I giudici della Corte Suprema si spaccano sulla decisione del caso: con cinque voti a favore e quattro contrari, è stabilito che l'uso del midazolam nell'ambito delle esecuzioni effettuate mediante iniezione letale non costituisce una violazione dell'Ottavo Emendamento (58).

I ricorrenti, si afferma, non sono stati in grado di soddisfare l'onere probatorio consistente nel dimostrare che il rischio di inflizione di un danno grave al condannato sia di carattere sostanziale se confrontato con un metodo di esecuzione alternativo, conosciuto e disponibile. L'opinione di maggioranza è redatta dal giudice Samuel Alito, uno dei membri conservatori del supremo organo giudiziario degli Stati Uniti.

(57) GOLDBERG, *Safe and Effective*, cit., 2-3. Cfr. però DENNO, *The Lethal Injection Quandary*, cit., 84-88, che dà conto di come in taluni Stati sia dato riscontrare il coinvolgimento di alcuni medici, sia pure con ruoli variabili, nelle procedure di implementazione dell'iniezione letale.

(58) *Glossip v. Gross*, 135 S. Ct. 2726 (2015).

Due sono i punti principali della *majority opinion* che meritano attenzione.

In primo luogo, secondo la Corte i ricorrenti non sono stati in grado di dimostrare che l'utilizzo del midazolam, anche in dose massiccia, comporti il « rischio sostanziale di provocare una grave sofferenza » (*substantial risk of severe pain*) a seguito della successiva somministrazione degli altri farmaci del protocollo (59). In particolare, secondo l'opinione di maggioranza, l'assenza di test specifici sull'uomo circa la capacità anestetica di elevate dosi di midazolam non può essere equiparata alla prova positiva del fatto che il suo impiego quale primo farmaco del protocollo contestato crei un rischio sostanziale di arrecare un dolore acuto al condannato in seguito alla somministrazione del secondo e del terzo farmaco. Detto altrimenti, secondo la Corte in assenza di prove dirette sul punto (le prove presentate dai legali di Glossip e degli altri condannati sono definite « mere congetture ») l'incertezza scientifica non soccorre i ricorrenti alla luce dell'onere probatorio gravante su di essi.

Il giudice Alito pone l'accento sul fatto che, tradizionalmente, la giurisprudenza della Corte Suprema prevede un elevato grado di deferenza nei confronti delle decisioni assunte nel merito dalle corti inferiori. Alla luce di ciò, i ricorrenti avrebbero dovuto dimostrare che gli accertamenti circa l'inefficacia del midazolam compiuti dalla corte distrettuale e confermati poi dalla corte d'appello fossero « manifestamente erronei » al fine di consentire alla Corte Suprema di ribaltare le precedenti decisioni. La Corte dunque conferma *in toto* gli accertamenti (scientificamente discutibili) operati dalla corte distrettuale. E questo nonostante l'oggettiva solidità degli argomenti offerti dai ricorrenti. Quello adottato è quindi un approccio nettamente sfavorevole ai condannati in relazione alle complesse valutazioni, in contesto di incertezza scientifica, circa le capacità anestetiche del midazolam e il rischio che esso possa condurre ad atroci sofferenze durante l'esecuzione delle sentenze capitali (60). In dottrina si è osservato

(59) *Glossip v. Gross*, cit., 18 (opinione di maggioranza del giudice Alito, traduzione nostra così come le successive).

(60) In un passaggio assai significativo, l'opinione di maggioranza sottolinea, citando *Baze*, quanto segue: « Sebbene la Corte debba invalidare un protocollo qualora esso violi l'Ottavo Emendamento, le corti federali non devono partecipare a controversie scientifiche in corso che eccedano il proprio *expertise*. Di conseguenza, un detenuto che voglia sostenere l'incostituzionalità di un determinato protocollo farmacologico avrà l'onere di dimostrare, mediante la presentazione di prove [...] che sussiste un rischio sostanziale di dolore intenso ». *Glossip v. Gross*, cit., 18 (opinione di maggioranza del giudice Alito). Tale rilievo appare peraltro un poco ingenuo in un'epoca qual è l'attuale, successiva alla celebre sentenza *Daubert*: se da un lato è senza dubbio vero che il progresso scientifico porti le corti a doversi spesso confrontare con saperi che non appartengono al tradizionale bagaglio conoscitivo del giurista, dall'altro è ormai patrimonio acquisito che il giudice, in condizioni di incertezza scientifica, non sia chiamato a farsi produttore di scienza quanto piuttosto a porsi quale

come questa conclusione equivalga a una *probatio diabolica* alla luce delle notevoli difficoltà insite nel fornire prove scientifiche affidabili riguardo al dolore causato da un metodo di esecuzione (61).

In secondo luogo, secondo la Corte i ricorrenti non hanno indicato l'esistenza di un « metodo di esecuzione alternativo noto e disponibile » (*known and available alternative*) — incluso un farmaco più efficace del midazolam che fosse reperibile e utilizzabile dallo Stato nei loro casi — tale da comportare un minor rischio di sofferenza. Questo requisito, si legge nella sentenza, deve essere soddisfatto da tutti i ricorsi che sostengano l'incompatibilità di un determinato metodo di esecuzione con il divieto sancito dall'Ottavo Emendamento (62).

Nulla serve ai legali di Glossip e degli altri condannati l'aver suggerito che l'amministrazione penitenziaria dell'Oklahoma potrebbe utilizzare in via esclusiva una dose massiccia di pentotal o pentobarbital per causare la morte, passando così a un protocollo composto da un unico farmaco. La Corte rileva come tale possibilità sia in realtà puramente teorica stante l'impossibilità per lo Stato di reperire quei farmaci « nonostante uno sforzo in buona fede » compiuto a tale scopo. Questa circostanza, si rileva, è riconosciuta anche dagli stessi ricorrenti, « i quali però, allo stesso tempo, non hanno saputo identificare alcun farmaco (o combinazione di farmaci) disponibile e in grado di rimpiazzare quelli che lo Stato dell'Oklahoma non è attualmente in grado di procurarsi » (63).

Alito rileva dunque che per avere successo un ricorso che sostenga l'incostituzionalità di un determinato metodo di esecuzione debba imprescindibilmente indicare alla Corte una *ragionevole alternativa* che sia concretamente praticabile e che presenti un rischio di sofferenza non necessaria significativamente inferiore rispetto al metodo contestato, cosa che i ricorrenti in *Glossip* a parere della Corte non hanno fatto. Secondo la *majority opinion* tale requisito non fa altro che ribadire quanto già affermato in *Baze*, argomentazione questa contrastata con forza dal Giudice Sotomayor nella sua opinione dissenziente (64).

L'opinione di maggioranza osserva poi, in via generale, come le decisioni in tema di metodi di esecuzione siano senz'altro influenzate dal fatto che, allo stato, il *case law* della Corte Suprema ritenga la pena di morte *in quanto tale* compatibile con il dettato costituzionale:

fruitore selettivo e critico di leggi scientifiche al fine di adottare una decisione che sia il più possibile giusta.

(61) KERR, *Facing the Firing Squad*, cit., 82, il quale parla di « *real epistemological puzzle* » a proposito di tale requisito.

(62) Cfr. *Glossip v. Gross*, cit., 13-16 (opinione di maggioranza del giudice Alito).

(63) *Glossip v. Gross*, cit., 13-14 (opinione di maggioranza del giudice Alito).

(64) V. *infra* par. 7.

« [Da ciò] consegue necessariamente che debba esistere un metodo [costituzionalmente legittimo] per eseguirla. E poiché un certo rischio di dolore è connotato ad ogni metodo di esecuzione, abbiamo ritenuto che la Costituzione non richieda che qualunque rischio di sofferenza debba essere eliminato. [...] Affermare che l'Ottavo Emendamento richieda nella sostanza l'effettivo azzeramento di qualsivoglia rischio di sofferenza [nel corso dell'esecuzione] equivarrebbe a rendere la pena di morte incostituzionale » (65).

La *majority opinion* osserva poi come in *Baze* la Corte abbia affermato la piena costituzionalità di tutti quei protocolli caratterizzati dall'iniezione come primo farmaco di un potente anestetico capace di indurre uno stato di incoscienza profondo e prolungato e dunque in grado di assicurare una morte « rapida e indolore ». Le difficoltà sorte successivamente in relazione all'approvvigionamento dei farmaci capaci di sortire tale effetto per ragioni indipendenti rispetto alla volontà degli Stati hanno però condotto ad uno scenario in precedenza difficilmente prefigurabile. Su questo punto due affermazioni dello stesso Alito e del giudice Scalia nelle trascrizioni della discussione orale del caso *Glossip* sono di particolare interesse. Alito osserva come attualmente sia in corso una vera e propria « guerriglia contro la pena di morte ». Scalia invece replica aspramente alle argomentazioni degli avvocati dei ricorrenti sottolineando quanto segue: « Vorreste venire dinanzi a questa Corte sostenendo che questo farmaco [il midazolam] non è sicuro al cento per cento. Il motivo per il quale non è sicuro al cento per cento dipende dal fatto che gli abolizionisti hanno reso impossibile ottenere farmaci sicuri al cento per cento, e pensate che noi non dovremmo considerare ciò come un fattore [...] rilevante ai fini della decisione che ci viene chiesto di adottare? » (66).

Com'è dato intuire, dunque, l'opinione di maggioranza in *Glossip* pare essere stata fortemente condizionata dal percepito stato di assedio nei confronti della pena di morte negli Stati Uniti. Il livore nei confronti dei « fautori dell'abolizionismo » a livello internazionale è palpabile e alle volte quasi esplicito nelle motivazioni redatte del giudice Alito (lo stesso può affermarsi anche in relazione all'opinione concorrente del giudice Scalia). Il risultato è una decisione in cui il mezzo argomentativo appare piegato al risultato che si intendeva conseguire, vale a dire salvaguardare l'iniezione letale a fronte delle crescenti difficoltà di approvvigionamento di farmaci anestetici sufficientemente efficaci. Dopo il tentativo operato in *Baze*, la decisione della Corte sembra in ultima analisi voler erigere, *rebus sic*

(65) *Glossip v. Gross*, cit., 4 (opinione di maggioranza del giudice Alito).

(66) Cfr. la trascrizione della discussione orale nel caso *Glossip v. Gross* tenutasi in data 29 aprile 2015, https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2014/14-7955_1823.pdf, 14-15.

stantibus, un nuovo schermo a difesa dell'iniezione letale rispetto a ricorsi volti a farne dichiarare la contrarietà all'Ottavo Emendamento.

7. *L'opinione dissenziente del giudice Sotomayor.* — Come non di rado accaduto nel corso della storia della Corte Suprema statunitense, a fronte di opinioni di maggioranza deludenti negli esiti e volte a preservare lo status quo, gli spunti maggiormente stimolanti — nonché spesso capaci di prefigurare i futuri indirizzi della giurisprudenza della Corte medesima — emergono dalla lettura delle *dissenting opinions*. Le due opinioni dissenzienti del caso *Glossip* portano la firma dei giudici Breyer e Sotomayor.

Breyer non contrasta le argomentazioni sviluppate nell'opinione di maggioranza focalizzate su uno specifico metodo di esecuzione (pena di morte *per come applicata*) bensì sceglie di affrontare la questione più generale della costituzionalità della pena di morte *in quanto tale*. A differenza del collega, nella sua opinione dissenziente il giudice Sotomayor affronta invece di petto, criticandole aspramente, le principali argomentazioni esposte nella *majority opinion*.

In primo luogo, il giudice Sotomayor osserva come la corte distrettuale abbia errato nel ritenere che l'uso del solo midazolam quale anestetico non crei un rischio sostanziale di sofferenza grave per il condannato. A suo avviso, gli esperti di parte avrebbero invece sufficientemente dimostrato che, nonostante il fatto che midazolam somministrato in dosaggi elevati sia in grado di provocare uno stato d'incoscienza, esso non sarebbe idoneo a mantenere tale stato fino al termine dell'esecuzione, o verosimilmente fino a che i successivi due farmaci del protocollo abbiano prodotto i loro effetti letali. Secondo il giudice progressista, da tale prova — unita all'evidenza concernente l'inadeguatezza delle procedure adottate dallo Stato dell'Oklahoma al fine di ridurre il summenzionato rischio di grave danno alla persona — non sarebbe che potuta scaturire la seguente decisione: l'uso del midazolam nel protocollo farmacologico oggetto del ricorso viola il divieto di imporre pene crudeli e inusuali.

Il giudice Sotomayor sviluppa poi una critica serrata rispetto a uno dei requisiti fondamentali esplicitati nel caso *Baze*, invocato dal giudice Alito quale decisivo precedente per la decisione in *Glossip*.

A differenza di quanto affermato nella *majority opinion*, afferma Sotomayor, non è assolutamente necessario che i ricorrenti indichino una ragionevole alternativa al metodo di esecuzione del quale stanno contestando la compatibilità con l'Ottavo Emendamento. E questo perché un metodo di esecuzione crudele non diventa costituzionalmente legittimo semplicemente in forza della mancanza di alternative ad esso note e disponibili.

Il giudice Sotomayor definisce l'interpretazione data dalla maggioranza al criterio stabilito in *Baze* « giuridicamente indifendibile » (67) poiché l'esigenza di indicare un'alternativa sarebbe limitata ai soli casi in cui, come appunto avvenuto in *Baze*, « i ricorrenti sostengono che un determinato metodo di esecuzione adottato da uno Stato sia intollerabile alla luce delle alternative effettivamente disponibili » (68). In altre parole, mai la Corte ha in precedenza affermato che *tutte* le dedotte violazioni dell'Ottavo Emendamento relative ad un metodo di esecuzione debbano essere soggette ad una simile analisi riguardante il « rischio comparato » (69).

In *Glossip* non era questo il caso giacché l'impiego del midazolam era dipeso proprio dall'impossibilità di utilizzare le sostanze 'ideali' allo scopo di ridurre al minimo il rischio di sofferenze — il più volte citato pentotal o, in alternativa, il pentobarbital — a causa di oggettive difficoltà di approvvigionamento nel frattempo subentrate. Su questo punto il giudice Sotomayor è alquanto esplicito. Pur riconoscendo come legittimo in linea teorica il tentativo della Corte di « preservare la capacità degli Stati di eseguire le condanne alla pena di morte a fronte di circostanze in evoluzione » (70), cionondimeno osserva quanto segue:

« Se uno Stato intende applicare la pena di morte, lo deve fare in un modo che sia rispettoso dei vincoli imposti dalla nostra Costituzione, tra cui l'obbligo di garantire che il metodo di esecuzione prescelto non sia crudele e inusuale. Certamente il condannato non ha alcun dovere di elaborare o selezionare un metodo compatibile con il dettato costituzionale per la propria morte. Per queste ragioni, il requisito dell'"alternativa disponibile" indicato della Corte conduce a conseguenze palesemente assurde [nel caso in esame]. I ricorrenti sostengono che il protocollo attualmente adottato dall'Oklahoma rappresenti un barbaro metodo di esecuzione [...] [m]a in base alla nuova lettura della Corte non avrebbe importanza se lo Stato intenda comunque utilizzare il midazolam, piuttosto che squartare i ricorrenti, oppure torturarli lentamente o bruciarli sul rogo: [in base al ragionamento della Corte] alla luce del fatto che i ricorrenti non sono stati capaci di dimostrare la disponibilità del sodio tiopentale o del pentobarbital, lo Stato sarebbe libero di eseguire le condanne a morte ricorrendo a qualsiasi metodo » (71).

Una simile conclusione, si afferma, sarebbe senz'altro inaccettabile dal punto di vista dell'interpretazione costituzionale. Il giudice Sotomayor prosegue rilevando che

(67) *Glossip v. Gross*, cit., 22-23 (opinione dissenziente del giudice Sotomayor, traduzione nostra così come le successive).

(68) *Glossip v. Gross*, cit., 26 (opinione dissenziente del giudice Sotomayor).

(69) Su questo punto, cfr. anche DENNO, *The Firing Squad*, cit., 774.

(70) *Glossip v. Gross*, cit., 28-29 (opinione dissenziente del giudice Sotomayor).

(71) *Glossip v. Gross*, cit., 28 (opinione dissenziente del giudice Sotomayor).

« I ricorrenti non hanno avuto alcun ruolo rispetto alla sopravvenuta carenza dei farmaci per le esecuzioni; è paradossale dunque penalizzarli per azioni compiute dalle aziende farmaceutiche e da altri soggetti che cercano di dissociarsi dalla pena di morte — azioni che sono, naturalmente, totalmente lecite [...]. I protocolli farmacologici per le esecuzioni che gli Stati hanno frettolosamente escogitato, precipitandosi a individuare farmaci nuovi e non testati, sono oltremodo crudeli e inusuali [...]. Il giudizio concernente i metodi di esecuzione effettuato dalle corti dovrebbe essere ancor più e non invece meno rigoroso in una situazione [come quella attuale] in cui gli Stati sono impegnati in qualcosa che nei fatti costituisce una sperimentazione sugli esseri umani » (72).

La conclusione che ne viene tratta è netta e fortemente critica. La decisione della Corte solleverebbe lo Stato dell'Oklahoma dal proprio dovere di garantire una fine dignitosa ai condannati a morte. E questo avviene « mal interpretando e ignorando le prove che sono state presentate in merito all'insufficienza costituzionale del midazolam a fungere da sedativo [...] e imponendo al condannato in stato di detenzione un obbligo senza precedenti: quello di identificare un metodo disponibile per la propria esecuzione » (73).

Ma cosa potrebbe accadere in un prossimo futuro qualora farmaci anestetici capaci di assicurare una morte dignitosa mediante il ricorso all'iniezione letale non fossero più in alcun modo reperibili negli Stati non abolizionisti? Il giudice Sotomayor cerca di immaginare le possibili implicazioni di un simile scenario:

« In futuro i detenuti condannati a morte ben potrebbero rifiutarsi di accettare l'impiego da parte degli Stati dell'iniezione letale [...]. In particolare, alcuni detenuti potrebbero suggerire la fucilazione quale alternativa [...] [in quanto] sostanzialmente più affidabile rispetto ad altri metodi, inclusa l'iniezione letale [...]. Certamente, l'uso della fucilazione potrebbe essere visto come il segno di una involuzione verso un'epoca maggiormente primitiva [...]. E qualcuno potrebbe obiettare che la palese brutalità di tale metodo di esecuzione darebbe verosimilmente adito a dubbi circa la sua compatibilità con l'Ottavo Emendamento. Tuttavia, almeno dal punto di vista del condannato, un metodo così palesemente violento, per quanto relativamente indolore, potrebbe rappresentare una soluzione assai preferibile rispetto a una morte terribilmente dolorosa camuffata da procedura di carattere medico » (74).

In ultima analisi, per il giudice Sotomayor affermare che se la pena

(72) *Glossip v. Gross*, cit., 29 (opinione dissenziente del giudice Sotomayor).

(73) *Glossip v. Gross*, cit., 31 (opinione dissenziente del giudice Sotomayor).

(74) *Glossip v. Gross*, cit., 30-31 (opinione dissenziente del giudice Sotomayor).

capitale è ritenuta costituzionale allora deve necessariamente esistere un metodo costituzionalmente ammissibile per eseguirla non è corretto. E questo perché laddove l'unico metodo disponibile implicasse l'inflizione di un dolore straziante, l'Ottavo Emendamento — che vieta l'imposizione di pene crudeli e inusuali — interverrebbe a censurarlo. È interessante osservare come questi rilievi del giudice Sotomayor siano affrontati *ex professo* dal giudice Alito nella *majority opinion*. In essa si osserva che qualora gli Stati non abolizionisti si trovassero nell'impossibilità di tornare a impiegare metodi di esecuzione « maggiormente primitivi » in auge prima dell'avvento dell'iniezione letale in ragione dell'evoluzione nel frattempo intervenuta negli standard di decenza della società americana, « la logica conclusione sarebbe chiara », vale a dire un'abolizione *de facto* della pena di morte. La pena capitale si troverebbe infatti a essere pienamente conforme rispetto alla Costituzione *in quanto tale* ma allo stesso tempo in concreto non implementabile stante l'assenza di *metodi di esecuzione* costituzionalmente legittimi. Un vero e proprio paradosso del Comma 22, per dirla con Heller (75).

8. *L'applicazione della pena di morte negli Stati Uniti tra passato e futuro.* — La medicalizzazione della pena capitale attuata mediante l'adozione dell'iniezione letale quale metodo di esecuzione pressoché esclusivo negli anni successivi alla sentenza *Gregg v. Georgia* si prefiggeva lo scopo di perfezionare in modo forse decisivo la macchina della morte e consegnare definitivamente alla storia i patimenti connessi ai metodi più risalenti nel tempo. Questi auspici si sono però rivelati vani. Nonostante l'evidenziata ritrosia della Corte Suprema, appare opportuno interrogarsi sul futuro della pena di morte negli Stati Uniti a fronte della crisi ormai conclamata che sta attraversando quella che da molti era stata definita una « dolce fine », un metodo di esecuzione al contempo in grado di mettere al riparo la pena capitale *per come attuata* da censure di costituzionalità e di assicurare al condannato una fine dignitosa e indolore.

Un recente studio empirico ha analizzato gli errori avvenuti nel corso delle esecuzioni effettuate dal 1910 al 2010 con i cinque metodi succedutisi negli Stati Uniti (impiccagione, fucilazione, sedia elettrica, gas letale e iniezione letale). I dati rivelano come l'iniezione letale presenti il tasso percentuale più alto di esecuzioni andate storte (7,2 per cento) — ben 75 su 1054 nel periodo relativamente breve compreso tra il 1982, anno della prima esecuzione con tale metodo, e il 2010. Questi dati rivelano come l'iniezione letale costituisca, contrariamente all'opinione comunemente diffusa, il metodo di esecuzione maggiormente difettoso nella storia ame-

(75) HELLER, *Catch-22*, New York, 1961.

ricana della pena di morte (76). Tale conclusione acquista poi ulteriore forza se si considerano i molteplici incidenti connessi all'impiego di farmaci anestetici inadeguati verificatisi in anni recenti successivi al 2010.

A parere di chi scrive, rivolgendo lo sguardo oltre l'orientamento espresso dalla Corte Suprema nel caso *Glossip*, appare auspicabile che gli Stati non abolizionisti compiano in autonomia una riflessione critica riguardo alla tecnica dell'iniezione letale nello scenario attuale. D'altra parte, la posizione maggioritaria all'interno della Corte, per quanto fortemente permissiva rispetto a protocolli farmacologici pure molto discutibili, non potrà di certo reggere a lungo laddove le amministrazioni penitenziarie — a fronte di persistenti problemi di approvvigionamento dei barbiturici — scegliessero di avventurarsi in territori finora completamente inesplorati riguardo alle sostanze da impiegare nelle esecuzioni, con tutti i rischi a ciò connessi.

Da più parti si sostiene che la presa d'atto dello stato di crisi, da molti ritenuto ormai irreversibile, in cui versa l'iniezione letale potrebbe favorire in alcuni Stati che mantengono la pena di morte l'adozione della scelta abolizionista nel prossimo futuro. Molti fattori parrebbero spingere in questa direzione. In particolare, le difficoltà ormai croniche nel reperire i farmaci necessari per le esecuzioni hanno fatto ulteriormente lievitare i costi già estremamente elevati associati alla pena di morte (77). In Virginia, ad esempio, il costo per ottenere i farmaci necessari all'implementazione dell'iniezione letale è salito nel 2016 da 525 a oltre 16.500 dollari per esecuzione (78). A questo va ad aggiungersi la sempre più diffusa consapevolezza — per quanto non palesata apertamente — che in questo momento l'iniezione letale rappresenta come forse mai nella storia recente un'opzione oltremodo rischiosa e azzardata. La convergenza di motivazioni economiche e umanitarie potrebbe dunque rappresentare, almeno sulla carta, un promettente viatico per il percorso verso l'eliminazione della pena di morte dall'arsenale delle sanzioni penali.

Si deve però evidenziare che si tratta di uno sviluppo tutt'altro che scontato. In particolare negli Stati del sud, così come in quelli maggior-

(76) SARAT, *Gruesome Spectacles*, cit., 177.

(77) Uno studio recente ha calcolato, ad esempio, che lo Stato della California avrebbe speso dal 1978, anno di ripristino della pena di morte, oltre quattro miliardi di dollari per le spese associate a tredici condanne a morte, comprensivi dei costi sostenuti dalla fase istruttoria fino all'esecuzione, passando per i molteplici appelli e ricorsi speciali previsti in questi casi dalla legge. Cfr. ALARCÓN-MITCHELL, *Executing the Will of the Voters?: A Roadmap to Mend or End the California Legislature's Multi-Billion-Dollar Death Penalty Debacle*, in 44 *Loy. L.A. L. Rev.*, 2011, S41 ss.

(78) Cfr. ASSOCIATED PRESS, *Virginia's Lethal Injection Costs Set to Skyrocket to \$16.5K*, in *The Washington Times*, 30 settembre 2016, <http://www.washingtontimes.com/news/2016/sep/30/virginias-lethal-injection-costs-set-to-skyrocket/>.

mente conservatori in altre aree del Paese, appare difficile che maturino in tempi brevi le condizioni per un netto rifiuto della pena capitale pur a fronte delle crescenti difficoltà nell'attuazione delle esecuzioni.

La pena di morte rappresenta infatti un tratto caratteristico del c.d. *eccezionalismo americano* nel campo delle politiche penali. In linea generale, esso si manifesta sotto forma di un atteggiamento moralistico del tutto peculiare da parte della società statunitense riguardo al crimine e alle risposte che lo Stato deve dare a tale problema in termini di severità, tanto a livello di *law enforcement* che di sanzioni. In tal senso, il mantenimento della pena capitale in un numero ancora così elevato di Stati oltre che a livello federale sarebbe in buona parte attribuibile alla maggiore attitudine punitiva dell'opinione pubblica americana rispetto a quanto è dato riscontrare negli altri Paesi occidentali (79). Questo non significa che all'interno del Paese nordamericano non vi sia un importante fronte di opposizione alla pena di morte. Tutt'altro. Oggi gli Stati Uniti si caratterizzano per una vera e propria « ambivalenza istituzionale » nei confronti della pena capitale, che si esprime in un insieme di procedure « singolarmente farraginoso e conflittuale » per la sua attuazione (80). Attualmente, all'interno delle giurisdizioni non abolizioniste coesistono due apparati tra loro contrapposti: uno volto a preservare la pena di morte e uno finalizzato a paralizzarne l'implementazione (81).

Ciò detto, è però assai significativo che persino le gravi 'difficoltà operative' che caratterizzano in questo momento storico la tecnica dell'iniezione letale non paiano in grado di scalfire più di tanto il fronte conservatore, se è vero che molti Stati sono arrivati persino a cercare di procurarsi i farmaci per le esecuzioni per vie illegali oppure si siano dimostrati disponibili a pagare cifre elevatissime per ottenere i barbiturici sul mercato legale affermando che si tratta semplicemente del « costo che è necessario sostenere per applicare la legge ». Lo studioso è pertanto chiamato a confrontarsi, all'interno dello scenario del mantenimento della

(79) V. S.G. CALABRESI, "A Shining City on a Hill": *American Exceptionalism and the Supreme Court's Practice of Relying on Foreign Law*, in 86 *B.U. L. Rev.*, 2006, 1406. Sul tema cfr. in generale Reitz (ed.), *American Exceptionalism in Crime and Punishment*, New York, 2017. Si ricordi che, a differenza di quanto accade negli ordinamenti di *civil law*, negli Stati Uniti sia i giudici sia i pubblici ministeri sono in larga parte eletti direttamente dai cittadini. Questo fa sì che la descritta attitudine punitiva sia in grado di incidere sulle scelte degli organi deputati all'applicazione del diritto penale in misura assai superiore rispetto a quanto accade in sistemi in cui giudici e pubblici ministeri sono invece *civil servant* di carriera, dunque sostanzialmente isolati sia dalla pressione della politica che da quella dell'opinione pubblica.

(80) GARLAND, *Peculiar Institution*, cit., 11.

(81) Così Zimring intervistato da TEMPEST, *Death Row Often Means a Long Life; California Condemns Many Murderers, but Few are Ever Executed*, in *L.A. Times*, 6 marzo 2005, B1.

pena di morte, anche con le possibili prospettive di riforma dell'iniezione letale.

9. (Segue): *L'iniezione letale tra rinnovamento e sostituzione.* — Laddove prevalga la volontà di mantenere la pena capitale eseguita tramite iniezione letale, oggi più che mai sussiste la necessità che le giurisdizioni statali acquisiscano piena consapevolezza circa il fatto che tale tecnica costituisce una procedura altamente specialistica, che dunque richiede competenze specifiche in ogni passaggio della sua attuazione (82). Come rilevato dal giudice Sotomayor, l'utilizzo di nuovi farmaci in combinazioni e dosaggi non testati in precedenza equivale allo svolgimento di una vera e propria sperimentazione (per giunta su soggetti umani), che però non potrebbe essere più lontana dagli ordinari standard di ricerca e valutazione applicati in campo medico e riconosciuti dalla comunità scientifica di riferimento.

Il processo di riforma dell'iniezione letale sembra però essere fortemente ostacolato da alcuni problemi strutturali, in primo luogo l'estrema amministrativizzazione della procedura. L'iniezione letale nelle sue modalità esecutive è infatti disciplinata a livello legislativo solo in un numero esiguo di giurisdizioni non abolizioniste, e comunque mai in modo organico. Le assemblee legislative accordano da sempre grande discrezionalità e autonomia decisionale ai Dipartimenti delle amministrazioni penitenziarie (83). Non si tratta dunque della mera attuazione di decisioni e discipline adottate altrove. Tale autonomia riguarda aspetti cruciali del procedimento: dalla scelta del protocollo farmacologico alla selezione e formazione dei soggetti che eseguono e supervisionano le esecuzioni. Questi ultimi peraltro, come osservato in precedenza, non possono essere membri delle professioni mediche alla luce di specifici doveri di carattere deontologico.

In un simile quadro sussistono ben pochi incentivi esterni che spingono a valutare e correggere quei deficit organizzativi che conducono, in un numero sempre crescente di casi, a esecuzioni caratterizzate da problemi spesso di rilevante entità ai danni del condannato (84). Allo stesso tempo, non è presente alcun reale incentivo rispetto al perseguimento di una riforma della procedura di iniezione letale che nasca dall'interno. In anni recenti è stata anzi riscontrata la tendenza a rendere progressivamente sempre più opaco il procedimento (si pensi, ad esempio, al già menzionato

(82) BERGER, *The Executioners' Dilemmas*, in 49 *U. Rich. L. Rev.*, 2015, 743.

(83) Cfr. DENNO, *The Lethal Injection Quandary*, cit., 93 ss.; EAD., *When Legislatures Delegate Death: The Troubling Paradox Behind State Uses of Electrocuting and Lethal Injection and What It Says About Us*, in 65 *Ohio St. L.J.*, 2002, 100, 109.

(84) BERGER, *The Executioners' Dilemmas*, cit., 748-752.

segreto di Stato apposto in alcuni casi sull'identità dei fornitori dei farmaci impiegati nelle esecuzioni).

In ultima analisi, le odierne procedure di implementazione dell'iniezione letale sembrano presentare caratteristiche proprie delle forme pervasive di *devianza organizzativa*. Questa è determinata in particolare da due fattori:

(a) La *pressione esterna* esercitata da una serie di attori, istituzionali e non, tra cui la pubblica opinione, le associazioni abolizioniste, i tribunali, parte della politica e i mezzi di informazione (85). Queste pressioni hanno portato all'adozione di contromisure finalizzate a 'schermare' le esecuzioni, a rischio sempre crescente di incidenti, rispetto a forme di attenzione che, a torto o a ragione, sono ritenute indebitamente invasive dalle amministrazioni penitenziarie. In tal modo però si eliminano elementi di trasparenza cruciali che potrebbero consentire a soggetti esterni, nell'esercizio di un'attività di controllo *lato sensu* intesa, di indicare specifici fattori di rischio.

(b) La crescente *normalizzazione della devianza* che porta a derubricare i sempre più frequenti incidenti a semplici errori dovuti al caso, il cui verificarsi non può essere mai completamente previsto e prevenuto stante l'intrinseca complessità della procedura. Tale atteggiamento negazionista rispetto alle falle della macchina della morte finisce con il far assomigliare sempre più le esecuzioni per iniezione letale a un esercizio semi-dilettantesco di apprendimento attraverso la pratica (c.d. *learning-by-doing process*) (86).

I Dipartimenti delle amministrazioni penitenziarie si ritrovano così sempre più frequentemente 'intrappolati' tra poli opposti sempre meno conciliabili nello scenario attuale. Due, in particolare, sono le diadi tra loro adiacenti che descrivono questa situazione (87):

(i) *efficacia vs effettività*;

(ii) *ottemperanza vs umanità*. Analizziamole nel dettaglio.

(i) Nel caso della *prima diade*, l'efficacia richiesta alle procedure di esecuzione tramite iniezione letale, intesa come capacità di raggiungere l'obiettivo prefissato, entra in tensione con la necessaria effettività delle procedure medesime, in questo caso da intendersi come lo svolgimento del compito assegnato in un modo che sia pienamente soddisfacente rispetto ai parametri e ai requisiti prestabiliti.

(85) MADEIRA, *The Ghosts in the Machinery of Death: The Rhetoric of Mistake in Lethal Injection Reform*, in Sarat - Douglas - Umphrey (eds.), *Law's Mistakes*, Amherst, MA, 2016, 95-96.

(86) MADEIRA, *The Ghosts*, cit., 98. Sul tema della devianza organizzativa cfr. in generale CATINO, *Organizational Myopia: Problems of Rationality and Foresight in Organizations*, Cambridge, 2013, spec. 95 ss. e 160 ss.

(87) MADEIRA, *The Ghosts*, cit., 97.

(ii) Nel caso della *seconda diade*, l'esigenza di ottemperare al mandato ricevuto (eseguire una pena capitale) viene a scontrarsi con la necessità di assicurare nel contempo l'umanità della procedura di iniezione letale.

Entro lo scenario del mantenimento della pena di morte, che — come detto — lo studioso non può certo ignorare, l'alternativa che si impone rispetto alla tecnica di esecuzione dell'iniezione letale è perciò drastica: *rinnovamento* o *sostituzione*. Entrambe le vie appaiono però difficili da percorrere per le ragioni di seguito esposte.

La via del *rinnovamento* richiede un radicale sovvertimento dell'approccio attualmente adottato. Opacità e segretezza delle procedure dovrebbero essere rimpiazzate da massima trasparenza ed estremo rigore scientifico-metodologico. In particolare, i Dipartimenti delle amministrazioni penitenziarie dovrebbero rendere noti i propri protocolli farmacologici, porsi volontariamente sotto la supervisione e il controllo di revisori esperti esterni, oltre che rispettare, *mutatis mutandis*, le linee guida che disciplinano la sperimentazione dei farmaci nei suoi diversi stadi (88). Questa strada, per quanto certamente complessa, sembra potenzialmente in grado di minimizzare in futuro il rischio di esecuzioni per iniezione letale che finiscano con l'equivalere a una morte per tortura (89). Alla luce di quanto esposto in precedenza, una simile soluzione appare però allo stato difficilmente praticabile.

La via della *sostituzione* si scontra invece con la difficoltà di individuare un metodo alternativo realmente attuabile: una questione, questa, emersa con grande chiarezza nel dibattito tra i giudici della Corte Suprema sul caso *Glossip*. In anni recenti, in risposta ai problemi nel reperimento a livello nazionale dei farmaci anestetici impiegati nelle esecuzioni, alcuni Stati hanno ripristinato la possibilità di fare ricorso a metodi di esecuzione che parevano ormai essere stati del tutto superati. L'Oklahoma ha reintrodotta la camera a gas (2015), lo Utah il plotone d'esecuzione (2015) e il Tennessee la sedia elettrica (2014). E il numero sembra destinato a crescere. In tali giurisdizioni, i summenzionati metodi alternativi possono essere impiegati qualora l'iniezione letale sia dichiarata incostituzionale oppure diventi un'opzione non più disponibile in ragione dell'assoluta impossibilità nel procurarsi farmaci idonei allo scopo.

Alcune voci, anche autorevoli, hanno indicato la fucilazione quale unico metodo che sembra poter essere in grado di superare lo scrutinio di costituzionalità. È bene precisare che si tratta di voci del campo abolizionista che però non si sono sottratte al confronto con la realtà rappresentata da quella che oggi è la ferma posizione della Corte Suprema: fino a che la

(88) DENNO, *The Lethal Injection Quandary*, cit., 118 ss.

(89) Cfr., in part., SHAH, *Experimental Execution*, cit., 191 ss.

pena di morte in quante tale sarà ritenuta costituzionalmente legittima, vi dovrà essere un metodo costituzionalmente legittimo per la sua esecuzione.

Fatta questa premessa, è stato osservato che la fucilazione presenterebbe delle caratteristiche che, su base comparativa, allo stato attuale la farebbero preferire all'iniezione letale. In particolare, si sostiene che la fucilazione sia in grado di soddisfare tutti i requisiti indicati dal *case law* della Corte Suprema. In primo luogo, si tratterebbe di un metodo di esecuzione allo stesso tempo *noto e disponibile*. Esso è infatti al momento previsto come tecnica alternativa rispetto all'iniezione letale in due Stati, segnatamente Oklahoma (ma solo quale *ultima ratio*) e, come già osservato, Utah. Inoltre, a differenza delle notevoli difficoltà riscontrate nell'approvvigionamento di alcune sostanze utilizzate nei protocolli farmacologici, il reperimento sul mercato di fucili e proiettili non pare in questo momento suscettibile di diventare problematico in futuro (sic).

E ancora: la fucilazione si caratterizzerebbe per l'essere attuata da *personale altamente specializzato*, segnatamente membri delle forze dell'ordine che ricevono un addestramento specifico. Questo rappresenterebbe un ulteriore fattore a favore del plotone di esecuzione nella comparazione con l'iniezione letale poiché, come detto, ragioni deontologiche vietano ai membri delle professioni mediche di prendere parte a procedure connesse all'implementazione di quest'ultima (90). Infine, la fucilazione si distinguerebbe per una assai elevata *prevedibilità dell'esito*, una qualità che, come evidenziato, soprattutto in anni recenti è sempre meno associata all'iniezione letale. Il plotone di esecuzione sarebbe in grado di garantire una morte pressoché istantanea, riducendo al minimo il rischio di inflizione di sofferenze intense e non strettamente necessarie al condannato, assicurandogli dunque una fine dignitosa (91).

I limiti di tale opzione paiono però essere intimamente connessi al consenso, che sembra ormai consolidato in seno all'opinione pubblica statunitense, nel rigettare metodi di esecuzione ritenuti — anche da molti sostenitori della *death penalty* — irreversibilmente consegnati a un passato che non deve tornare, in cui le condanne a morte presentavano una esibita componente di lugubre teatralità oggi ritenuta inaccettabile (92).

10. *Considerazioni conclusive.* — Il presente scritto ha cercato di restituire l'attuale stato di incertezza relativo al futuro della pena capitale negli Stati Uniti con particolare riferimento ai metodi di esecuzione. Se, da

(90) Cfr. DENNO, *The Firing Squad*, cit., 777 ss.

(91) Cfr. DENNO, *The Firing Squad*, cit., 781. SARAT, *Gruesome Spectacles*, cit., 177, rileva come nessuna delle trentaquattro esecuzioni effettuate negli Stati Uniti tra il 1900 e il 2010 mediante fucilazione sia stata caratterizzata da problemi o errori.

(92) Cfr. DENNO, *Getting to Death*, cit., 325; KERR, *Facing the Firing Squad*, cit., 84-86.

un lato, la crisi dell'iniezione letale potrebbe apparire come un passaggio decisivo nel percorso abolizionista, dall'altro indicazioni di segno contrapposto — inclusa la reintroduzione di tecniche di esecuzione che parevano ormai essere state definitivamente abbandonate — sono tutt'altro che assenti.

Oggi come forse mai in passato la pena di morte in America si presenta agli occhi dell'osservatore come un istituto caratterizzato da radicali contraddizioni: ormai morente e con un destino apparentemente segnato (93) ma allo stesso tempo ancora capace di dare improvvisi quanto vigorosi segnali di vitalità. Spinte abolizioniste e contro-spinte, se non palesi *revirement*, di segno conservatore si alternano con una certa frequenza a livello statale.

La costante diminuzione delle condanne a morte e delle esecuzioni registratasi negli ultimi anni e il numero sempre crescente di Stati abolizionisti (94) costituiscono fattori che sembrano sorreggere la tesi del declino ormai inesorabile della pena capitale in America. Il 2016 ha inoltre fatto registrare la percentuale più bassa degli ultimi quarant'anni nel supporto popolare per la pena di morte in caso di omicidio (49 per cento di favorevoli) (95). A tali elementi si aggiungano poi i costi esorbitanti e i notevolissimi tempi di attesa tra l'imposizione della condanna a morte e la sua esecuzione. Il sistema della pena di morte è perciò stato definito da molti come un esperimento fallito e un meccanismo che è ormai impossibile riparare (96).

I segnali contraddittori però non mancano. Due esempi recenti sono assai indicativi in tal senso. A seguito di uno storico voto parlamentare nel 2015, il Nebraska era diventato il primo Stato tradizionalmente a maggioranza repubblicana ad abolire la pena di morte in epoca moderna. Tuttavia, già un anno dopo gli elettori hanno reintrodotta la pena capitale a larghissima maggioranza tramite un referendum. A fine 2016 in California, uno Stato dai più considerato saldamente progressista, gli elettori, chiamati parimenti ad esprimersi tramite referendum, hanno contestualmente re-

(93) Cfr. DIETER, *The Future of the Death Penalty in the United States*, in 49 *U. Rich. L. Rev.*, 2015, 921 ss.; C.S. STEIKER - J.M. STEIKER, *Courting Death: The Supreme Court and Capital Punishment*, Cambridge, MA, 2016, 255 affermano che, nel periodo che va dal 1976 in avanti, la pena di morte in America non è mai stata tanto vulnerabile come lo è attualmente.

(94) In ben sei Stati abolizionisti su diciannove la pena di morte è stata abrogata per legge o dichiarata incostituzionale nel corso dell'ultima decade.

(95) PEW RESEARCH CENTER, *Support For Death Penalty Lowest in More Than Four Decades*, 29 settembre 2016, in <http://www.pewresearch.org/fact-tank/2016/09/29/support-for-death-penalty-lowest-in-more-than-four-decades/>. Il picco fu toccato nel 1994 con l'ottanta per cento degli Americani che si dichiarava favorevole alla pena di morte.

(96) Per una discussione di questi profili si rinvia in part. a GARLAND, *Peculiar Institution*, cit., 45 ss.; J.M. STEIKER, *The American Death Penalty from a Consequentialist Perspective*, in 47 *Texas Tech L. Rev.*, 2014, 214-216.

spinto l'abolizione della pena di morte (che sarebbe stata sostituita dalla pena dell'ergastolo senza possibilità di liberazione condizionale) e approvato misure che limitano le possibilità di ricorso dei condannati con la finalità ultima di velocizzare le esecuzioni.

Il quadro complessivo appare quindi caratterizzato da una tensione oscillatoria costante.

In un simile contesto, la giurisprudenza della Corte Suprema non fa eccezione. Se, da un lato, in anni recenti la Corte ha limitato la portata applicativa della pena di morte introducendo rilevanti esclusioni categoriche (97), dall'altro essa si è mostrata assai intransigente nel rigettare censure di costituzionalità rivolte tanto alla pena capitale *in quanto tale* che, in conseguenza di ciò, al metodo di esecuzione adottato in tutti gli Stati non abolizionisti e a livello federale, ovverosia l'iniezione letale.

Nonostante la sconfitta per il fronte abolizionista, il caso *Glossip v. Gross* ha rappresentato un'occasione importante per far emergere con forza, ben al di là dei circuiti accademici e giudiziari, il dibattito sull'attuale costituzionalità dell'iniezione letale così come di possibili metodi di esecuzione alternativi a seguito del profondo mutamento dello scenario che faceva da sfondo al caso *Baze v. Rees*. Inoltre il sostanziale avallo della Corte Suprema rispetto all'utilizzo di combinazioni di farmaci letali pressoché mai testate in precedenza pare fino a oggi essere stato vanificato in larga misura dalle persistenti difficoltà di approvvigionamento di farmaci sedativi idonei allo scopo. Questa situazione ha già portato alla sospensione *sine die* delle esecuzioni in alcuni Stati, primo fra tutti proprio l'Oklahoma, in attesa dell'adozione e della validazione di nuovi protocolli. In altri Stati, si sta invece registrando un aumento esponenziale dei costi per entrare in possesso di barbiturici dalla provata efficacia sedativa in modo lecito.

È difficile dire quali siano le possibilità che la sentenza *Glossip* possa essere ricordata in futuro come una vittoria di Pirro per i sostenitori della

(97) Cfr. *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002) (incostituzionalità della pena di morte per i soggetti con disabilità mentale); *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005) (incostituzionalità della pena di morte per i reati commessi dai minori degli anni diciotto); *Kennedy v. Louisiana*, 554 U.S. 407 (2008) (incostituzionalità della pena di morte imposta per reati che non portano alla morte della vittima, esclusi i reati di eccezionale gravità come i casi più seri di traffico di droga o reati contro lo Stato come lo spionaggio e l'alto tradimento). È opinione diffusa quella secondo cui la Corte Suprema non voglia imporre soluzioni 'dall'alto' in tema di pena di morte che non siano perfettamente allineate con l'opinione della maggioranza degli americani. La Corte, viene ipotizzato, potrebbe pronunciarsi a favore della incostituzionalità della pena di morte *in quanto tale* scegliendo di cavalcare un deciso trend abolizionista oppure qualora si trovi nella condizione di poter ratificare un evento di portata storica già avvenuto, segnatamente l'adesione alla posizione abolizionista da parte della maggioranza degli Stati, scenario questo attualmente ancora lontano dal verificarsi.

pena di morte negli Stati Uniti. Quel che è certo è che a seguito della sua emanazione non si è registrata alcuna accelerazione nelle esecuzioni. È vero anzi il contrario. L'auspicio è che la situazione d'*impasse* che in larga misura oggi caratterizza l'iniezione letale, unitamente alla ritrosia nel riproporre metodi di esecuzione ormai ritenuti non in linea con l'*idem sentire* collettivo, sia in grado di far maturare nei legislatori e nelle opinioni pubbliche degli Stati non abolizionisti una decisiva riflessione sul destino della pena di morte. *Why try harder?*

ALESSANDRO CORDA
*Post-Doctoral Research Fellow presso
il Robina Institute of Criminal Law and Criminal Justice
University of Minnesota Law School*