

22 MAGGIO 2019

Il “*Muslim ban*” - primo esempio della politica migratoria del Presidente Trump - alla prova dei *checks and balances* costituzionali. La risposta della Corte Suprema in *Trump v Hawaii* contraddice la natura *contromaggioritaria* del controllo di costituzionalità?

di Giorgia Costabile

Dottore di ricerca in Politica, Cultura e Sviluppo
Università della Calabria

Il “*Muslim ban*” - primo esempio della politica migratoria del Presidente Trump - alla prova dei *checks and balances* costituzionali. La risposta della Corte Suprema in *Trump v Hawaii* contraddice la natura *contromaggioritaria* del controllo di costituzionalità?*

di Giorgia Costabile

Dottore di ricerca in Politica, Cultura e Sviluppo
Università della Calabria

Sommario: 1. Introduzione. 2. La politica migratoria del Presidente Trump al banco di prova della *judicial review*. Un caso esemplare: il “*Muslim ban*”. 3. La convalida definitiva della Corte Suprema in *Trump v Hawaii*: il rispetto della divisione dei poteri. 4. Carattere discriminatorio del bando e opinione dissenziente. 5. Quale controllo “*contromaggioritario*”? 6. Conclusioni.

1. Introduzione

In questo articolo intendo analizzare i contenuti principali della sentenza della Corte Suprema *Trump v. Hawaii*¹ che pone fine alla prolungata controversia sulla legittimità costituzionale dell'*executive order* del Presidente Trump noto come *Muslim ban*. L'importanza di tale pronuncia sta nell'aver ribadito con forza la valenza del principio cardine della separazione dei poteri costituzionali senza però un riferimento altrettanto incisivo al collegato, necessario e imprescindibile bilanciamento e controllo reciproco fra gli stessi. La Corte ha, infatti, confermato l'ordine presidenziale, impugnato in sede legale per abuso di potere e natura discriminatoria, come pienamente legittimo in quanto afferente alla materia della politica estera rispetto alla quale si riconosce un'ampia, forse eccessiva, discrezionalità politica del Presidente² e, di contro, una limitata attività di controllo da parte del giudiziario. Cercherò, poi, di leggere tale convalida inquadrandola nel dibattito sull'essenza e sulla funzione *contromaggioritaria* della stessa Costituzione³ e, di conseguenza, del controllo di costituzionalità esercitato dal giudiziario nel suo complesso (controllo

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ “*Trump, President of the United States et al. v. Hawaii et al.*, (26/06/2018), https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/17-965_h315.pdf

² Negli Stati Uniti le politiche sull'immigrazione vengono ricondotte nella materia delle relazioni internazionali, quindi considerate una competenza fondamentalmente federale, in particolare del Presidente, che ha competenza tendenzialmente preponderante in politica estera. C. Huntington, *The Constitutional dimension of immigration federalism*, in *Vand. L. Rev.*, 61, 2008, p. 787.

³ C. VALENTINI, *Le ragioni della Costituzione. La Corte Suprema americana, i diritti e le regole della democrazia*, Torino, 2011.

diffuso) e dalla Corte Suprema⁴ (nella veste di Corte Costituzionale) soprattutto, senza dimenticare di inserire nell'analisi il ruolo di supervisione democratica che il Congresso può e deve esercitare nei confronti dell'azione dell'esecutivo. Mi premerà esaminare il controverso caso del *Muslim ban*, esempio paradigmatico dell'orientamento politico espresso dal Presidente Trump sulla questione migratoria⁵ (e del corrispondente livello di gradimento politico e popolare ad esso accordato), alla luce dell'effettività del fondamentale equilibrio bilanciato e reciprocamente controllato fra i poteri separati che l'ordinamento costituzionale deve assicurare in funzione della garanzia essenziale dei diritti e delle libertà fondamentali (in questo caso, la libertà religiosa e il principio di non discriminazione). L'insieme delle vicende legate alla travagliata adozione del *Muslim ban* ci interroga, quindi, sulla tenuta e vitalità democratica, nonché sui possibili effetti, del sistema costituzionale dei *checks and balances*, nello specifico sul delicato, instabile e problematico equilibrio fra la discrezionalità politica-decisionale riconosciuta al Presidente e al Congresso e i limiti a quella imposti dalla Costituzione⁶ e dalle leggi approvate in sua osservanza, da farsi valere giudizialmente attraverso la *judicial review* e politicamente attraverso il rapporto di supervisione reciproca e continuativa intercorrente fra Congresso e Presidente⁷. Il lavoro procederà, quindi, dall'inquadramento generale della vicenda nella strategia complessiva adottata dal Presidente Trump nel campo della politica migratoria, all'analisi dei punti salienti e di maggior interesse della sentenza *Trump v. Hawaii*, ovvero l'abuso di potere e la discriminazione imputati al decreto e respinti dalla Corte, con un riferimento

⁴ A. PIERINI, *Corte Suprema e legittimazione democratica: attualità di un dibattito teorico sull'equilibrio istituzionale nel costituzionalismo statunitense*, in R. TONIATTI - M. MAGRASSI (a cura di), *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati*, Padova, 2011.

⁵ L'immigrazione è fenomeno particolarmente complesso e trasversale che, sempre più spesso, viene posto in primo piano nelle campagne elettorali e nelle agende di governo di molti paesi occidentali e che anima, inoltre, il dibattito dell'opinione pubblica a livello internazionale in quanto richiama, anche, una serie di implicazioni simboliche, emotive ed etiche particolarmente sensibili. La gestione e sorveglianza delle frontiere, la regolamentazione dei flussi migratori ovvero quel potere degli Stati di decidere sull'ingresso dei non cittadini, quindi storicamente configurata come competenza connessa alla sovranità (ormai considerata uno dei più importanti baluardi residui di una sovranità nazionale erosa da più parti dai processi di globalizzazione), continua a sollevare diversi interrogativi costituzionali oltre che, naturalmente, importanti questioni di natura politica, sociale, economica ed etica. Le problematiche legate alla materia dell'immigrazione, che hanno matrici e ripercussioni globali, sollevano diversi scenari di confronto, se non di conflitto, ad esempio, in particolare, tra istanze umanitarie e securitarie. Vengono introdotti, un po' dappertutto, differenti strumenti di contrasto all'immigrazione (soprattutto irregolare) che necessitano di essere valutati soprattutto nell'ottica della salvaguardia dei diritti umani e non solo di misurazione di costi e benefici. Il caso americano delle politiche anti-immigrazione di Trump si inserisce in questo scenario internazionale in cui il fenomeno migratorio viene, in misura sempre maggiore, sfruttato e "drammatizzato" a livello elettorale e mediatico. H. MOTOMURA, *Americans in Waiting: The Lost Story of Immigration and Citizenship in the United States*, Oxford, 2007; L. DE SIPIO - R.O. DE LA GARZA, *U.S. Immigration in the Twenty-First Century: Making Americans, Remaking America*, Londra, 2015; M. AMBROSINI, *Sociologia delle migrazioni*, Bologna, 2005; LUCONI - M. PRETELLI, *L'immigrazione negli Stati Uniti*, Bologna, 2008.

⁶ S. HOLMES, *Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia*, in G. ZAGREBELSKY - P.P. PORTINARO - J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, 1996, p. 171.

⁷ F.I. MICHELMAN, *La democrazia e il potere giudiziario, Il dilemma costituzionale e il giudice Brennan*, Bari, 2004.

rilevante alla principale opinione dissenziente (del giudice Sotomayor) in cui vengono esposti i motivi di profondo disaccordo con l'*opinion of the Court*. Infine, alla luce dell'analisi intrapresa, proverò a suggerire una riflessione sulla qualità genuinamente contromaggioritaria o, al contrario, sostanzialmente maggioritaria, dell'attività di controllo compiuta rispettivamente dalla Corte Suprema, dalle corti inferiori, nonché dal Congresso nei confronti della politica presidenziale sull'immigrazione.

2. La politica migratoria del Presidente Trump al banco di prova della *judicial review*. Un caso esemplare: il “*Muslim bar*”

La politica migratoria rappresenta un tema cruciale e particolarmente spinoso della presidenza Trump, fin dal momento immediatamente successivo al suo insediamento alla Casa Bianca e durante l'intera campagna elettorale. L'approccio complessivo delle decisioni di politica migratoria prese dal Presidente Trump è evidentemente molto restrittivo-repressivo, all'insegna dell'imperativo di “tolleranza zero” nei confronti dell'immigrazione soprattutto irregolare e di una connotazione fortemente negativa⁸ e allarmistica del fenomeno migratorio in generale. La questione migratoria è stata assunta, fin dalla campagna elettorale, come prioritaria dalla presidenza Trump⁹: rafforzare i controlli alle frontiere, concedere meno visti e permessi di soggiorno, costruire un muro per separare gli Usa dal Messico, rendere più difficile la richiesta e l'ottenimento dell'asilo politico, incrementare le funzioni e il numero degli agenti del servizio d'immigrazione e gestione delle dogane, inasprire e accelerare le procedure d'espulsione e rimpatrio forzato dei migranti, specialmente se sospettati di avere commesso reati e cancellare il finanziamento alle c.d. “città santuario” che non cooperano con le autorità federali nella cattura dei migranti irregolari. Sono questi alcuni degli obiettivi fondamentali in materia¹⁰.

⁸ Sul fenomeno, sempre più diffuso negli Usa e in Europa, di criminalizzazione dell'immigrazione e del diritto d'immigrazione (c.d. *crimmigration*) si veda G.L. GATTA, *La pena nell'era della “crimmigration”: tra Europa e Stati Uniti*, in C.E. PALIERO - F. VIGANÒ - F. BASILE - G.L. GATTA, (a cura di), *La pena, ancora: tra attualità e tradizione*, Milano, 2018.

⁹ È bene richiamare da subito l'approccio riconosciuto come tendenzialmente nazionalista, isolazionista e populista, riassunto nello slogan “*America first*”, della presidenza Trump, il quale ha deciso, nel corso del suo mandato, di ritirare gli Stati Uniti da diversi impegni internazionali presi sotto l'amministrazione Obama o da altri predecessori, come dall'Accordo di Parigi sul clima, dall'Unesco, dal Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite, dal NAFTA (sostituito da un nuovo accordo commerciale molto più favorevole agli Usa). Inoltre, emblematico è il voto contrario degli Stati Uniti nell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite sui due trattati, i *Global Compact*, sui migranti e sui rifugiati che, per quanto non vincolanti, intendono gettare le basi per una comprensione comune del fenomeno migratorio che, per l'importanza e portata storica e sociale globale, dovrebbe essere affrontato nello spirito della cooperazione internazionale, attraverso una condivisione delle responsabilità e l'unità degli obiettivi e delle linee guida delle strategie di gestione.

T. CAROTHERS – F.Z. BROWN, *Gli Usa di Trump e il futuro della democrazia nel mondo*, in www.ispionline.it, 25 ottobre 2018.

¹⁰ *Rapporto 2017-2018 di Amnesty International. La situazione dei diritti umani nel mondo*, in <https://www.amnesty.it/rapporti-annuali/rapporto-annuale-2017-2018/>

In questo articolo mi focalizzerò, nello specifico, sulle vicende politiche e giudiziarie legate ad uno dei provvedimenti esecutivi più controversi in tema di immigrazione, il primo in termini temporali ed uno dei più emblematici in questo ambito. Si tratta del primo *executive order* del mandato presidenziale di Trump, “*Protecting the Nation from foreign terrorist entry into the United States*”, firmato il 27 gennaio 2017 e subito ribattezzato dall’opinione pubblica “*muslim ban*” per la sua chiara impronta anti-musulmana. L’adozione di tale provvedimento è risultata particolarmente osteggiata e a tal motivo è stato rimaneggiato per tre volte, ossia ripresentato in tre versioni parzialmente diverse, tutte giudizialmente impugnate.

Questo decreto, con cui viene fortemente limitato l’ingresso negli Stati Uniti di cittadini provenienti da una serie di Paesi (ricompresi in una contestata, e parzialmente aggiornata, “lista nera” di Paesi giudicati ad alto rischio per la sicurezza degli Stati Uniti¹¹, la cui popolazione, in maggioranza musulmana, viene, di fatto, giudicata in blocco, potenzialmente, come *foreign terrorist*), ha immediatamente infiammato la protesta nella società civile e innescato una lunga serie di ricorsi al sistema giudiziario che sono giunti fino alla Corte Suprema, la quale, considerata la mole di ricorsi e le modifiche di volta in volta apportate al bando, si è pronunciata tre volte, l’ultima delle quali in maniera definitiva e completa.

La terza ed ultima versione del bando, *Proclamation No. 9645, “Enhancing Vetting Capabilities and Processes for Detecting Attempted Entry Into the United States by Terrorists or Other Public-Safety Threats”*, datata 24 settembre 2017, ha ottenuto dalla Corte Suprema (5 voti contro 4)¹², con decisione del 26 giugno 2018 - “*Trump, President of the United States et al. v. Hawaii et al.*” -, piena legittimazione.

Già in una precedente decisione, del 4 dicembre 2017, la Corte Suprema, senza entrare nel merito, aveva accolto la richiesta dei legali del Presidente di annullare le restrizioni stabilite da corti inferiori - in particolare la Corte d’Appello del Nono circuito che con una *nationwide preliminary injunction*¹³ aveva

¹¹ L’ultima versione del bando (c.d. *Travel Ban 3.0*), adottato dal Presidente Trump a settembre 2017, dopo che i due precedenti ordini esecutivi - rispettivamente di gennaio e marzo 2017 - sono scaduti o sono stati revocati a seguito di contestazioni legali e ingiunzioni giudiziarie che ne hanno bloccato l’implementazione a livello nazionale - con *nationwide injunctions* -, impedisce ai cittadini di alcuni Paesi (Libia, Yemen, Iran, Nord Corea, Siria, Somalia e in certi casi Venezuela, la maggioranza dei quali ha una popolazione di religione musulmana a più del 90%), di ricevere la visa - il visto - ed entrare negli Stati Uniti. Da quando il Presidente ha introdotto le restrizioni in gennaio, tre Paesi a maggioranza musulmana, Iraq, Sudan e Chad, sono stati rimossi dalla lista dei Paesi che non soddisfano i criteri richiesti per l’ingresso negli Stati Uniti. A. HOWE, *Opinion analysis: Divided court upholds Trump travel ban (Updated)*, SCOTUSblog, (Jun. 26, 2018).

¹² L’*opinion of the Court*, consegnata dal *Chief Justice* Roberts e sostenuta dai giudici Alito, Gorsuch e dalle *concurring opinion* di Kennedy e Breyer, trova parere sfavorevole nelle *dissenting opinion* di Breyer e Kagan e in quella di Sotomayor e Ginsburg.

¹³ Nella sua *concurring opinion*, il giudice Thomas manifesta il suo profondo scetticismo riguardo alla legittimità del fenomeno, sempre più frequente a partire dal 1960, delle *universal injunctions* con cui le corti distrettuali proibiscono al Governo l’*enforcement* di una certa politica non solo nei confronti delle parti della controversia ma di tutti, a livello nazionale. L’autorità delle corti federali di emettere questo tipo di ingiunzioni generali risulta, a suo giudizio, legalmente e storicamente dubbia, se non sconfinante in vero e proprio abuso giudiziario in quanto il potere giudiziario andrebbe inteso fondamentalmente come il potere di rendere giudizi in *individual cases and controversies*

sospeso l'applicazione a livello nazionale del bando - e approvato la piena implementazione della terza versione del divieto. Con il via libera arrivato dalla Corte suprema a dicembre 2017 si era quindi consentito all'amministrazione di eludere le sentenze dei giudici di grado inferiore che sospendevano l'attuazione del decreto, decretandone, già da allora, l'effettiva e piena entrata in vigore. Questa decisione (si tratta di due ordini scritti, *miscellaneous order in pending case*, senza dibattimento orale) però, per quanto abbia preannunciato l'orientamento della Corte a riguardo (essendo stati solo due i voti contrari), non aveva posto fine a polemiche, contestazioni e alla pioggia di ricorsi ancora pendenti in molti tribunali del Paese. La battaglia legale è infatti proseguita fino ad arrivare al pronunciamento nel merito e definitivo della Corte Suprema di giugno, con cui si dichiara che il Presidente ha agito nel rispetto della Costituzione e delle leggi in materia di immigrazione. Con una maggioranza risicata di 5 a 4, che rispecchia la spaccatura fra giudici di nomina repubblicana e democratica, la Corte ha stabilito che non c'è discriminazione religiosa e che il Presidente agisce pienamente nell'ambito dei suoi poteri. Non sono mancate aspre critiche e grande preoccupazione come reazione a tale valutazione dell'Alta Corte, definita da molti osservatori deludente, completamente sbagliata e addirittura nefasta – secondo, ad esempio, Amnesty International - in quanto convalidante un divieto razzista, ingiusto e immorale, quindi, senza alcun dubbio, incostituzionale¹⁴.

Il provvedimento sotto scrutinio della Corte (discusso in *oral argument* il 25 aprile 2018) era il terzo e più recente delle tre versioni degli ordini esecutivi firmati dal Presidente Trump, il primo dei quali ha rappresentato l'esordio del Presidente in carica, emesso a pochi giorni dall'insediamento alla Casa Bianca, a riprova della centralità assoluta della questione dell'immigrazione nell'agenda politica presidenziale. Il primo *executive order* del 27 gennaio 2017 imponeva un bando di 90 giorni sull'ingresso negli Stati Uniti di cittadini provenienti da 7 Paesi a maggioranza musulmana (Iran, Iraq, Libia, Siria, Somalia, Sudan e Yemen) e di 120 giorni sull'ammissione dei rifugiati (ad eccezione di quelli che nel loro Paese d'origine rappresentavano minoranze religiose).

dove la parte deve dimostrare di aver subito una *specific injury to himself*, e tutto ciò non permetterebbe alla *judicial review* di venir concepita nei termini di uno *striking down* di leggi o regolamenti, ovvero come creazione giudiziale di politiche federali. T.J. THOMAS, *cursing opinion* in *Trump v Hawaii*, 585 U.S. 2018, pp. 1-10.

¹⁴ Il capo della Commissione per la tutela dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite, Zeid bin Ràad Zeid al-Hussein, ha affermato che “la discriminazione sulla base della nazionalità è vietata dalle leggi sui diritti dell'uomo” e che “il bando americano è una cosa meschina nonché uno spreco di risorse che potrebbero essere destinate alla lotta contro il terrorismo”, Redazione L'Huffington Post, in www.huffingtonpost.it, 30/01/2017. A. LIGUORI, *Il Muslim Ban di Trump alla luce del diritto internazionale*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, vol. 11, 2017, n. 1, pp. 173-188.

L'amministrazione Trump venne bloccata nell'applicazione del provvedimento, immediatamente contestato in ambito civile e in sede giudiziaria, da alcune decisioni di corti federali inferiori e a marzo 2017 optò per rimpiazzarlo con l'adozione di un nuovo, simile ma non identico, bando.

In questa versione *bis* l'Iraq è stato rimosso dalla lista dei Paesi ai cui cittadini viene impedito l'ingresso negli Stati Uniti e la sospensione dell'ingresso dei rifugiati è qui prevista senza eccezioni e limiti temporali. Essendo anche questo ordine prontamente impugnato e bloccato nella sua implementazione, l'amministrazione ha deciso di adire la Corte Suprema che a giugno 2017 ne ha permesso la parziale applicazione (con l'introduzione di significative eccezioni sulla base del criterio della *bona fide relationship*¹⁵). A fine settembre, per scansare una possibile sentenza sfavorevole, questa volta definitiva, della Corte Suprema, prevista in autunno, Trump ha preferito adottare una terza ed ultima versione del bando che, nuovamente impugnata e bloccata a livello nazionale da giudici federali, è giunta innanzi alla Corte Suprema che ne ha prima autorizzato, senza valutazioni nel merito, l'entrata in vigore a dicembre 2017 per poi decretarne la piena legittimazione costituzionale a giugno 2018.

Una vicenda così travagliata, su un tanto vituperato bando che, fra l'altro, non ha affatto terminato di produrre tutti i suoi effetti, semmai ha soltanto iniziato a farlo, su diversi piani - politico, interno e internazionale, sociale, economico e umano - e che non preclude affatto l'attivarsi di ulteriori sviluppi¹⁶, interpella l'osservatore sull'attualità e vigore di molti principi fondamentali della Costituzione, mettendo anche in luce alcuni nodi classici del costituzionalismo statunitense, attualizzati all'era della presidenza Trump.

3. La convalida definitiva della Corte Suprema in *Trump v Hawaii*: il rispetto della divisione dei poteri

La Corte Suprema ha ammesso, attraverso la concessione del *writ of certiorari*, il riesame della decisione della Corte d'Appello del Nono Circuito la quale, accogliendo il ricorso dei ricorrenti, i *Plaintiffs* (Stato

¹⁵ La Corte Suprema, nel reintrodurre il bando dell'esecutivo, aveva autonomamente apportato delle significative eccezioni alle restrizioni all'ingresso nel Paese, stabilendo che sarebbero stati ammessi nel territorio nazionale gli stranieri, proveniente dai 6 paesi musulmani da bandire, in grado di rivendicare in modo credibile, comprovabile e legittimo rapporti familiari o una relazione di fiducia o di lavoro con una persona o un'entità presente legalmente negli Usa. M.D. SHEAR - A. LIPTAK, [Supreme Court Takes Up Travel Ban Case, and Allows Parts to Go Ahead, in The New York Times](#), June 27, 2017.

¹⁶ Il giudice Breyer, nella sua *dissenting opinion*, oltre a criticare il lungo e opaco *iter* che, caso per caso, prevede la possibilità di autorizzare eccezioni e rinunce - il *waiver process* -, in quanto risultante meramente un "*window dressing*", auspica che la Corte Distrettuale, libera di esplorare più a fondo queste e altre questioni rimaste ambigue, prosegua con ulteriori procedimenti. Inoltre, non essendo stata riconosciuta ai ricorrenti la lamentata violazione dell'*Establishment clause* del Primo emendamento, la Corte Suprema non ha richiamato i "*constitutional concerns*" e di conseguenza sarebbe possibile superare la sua decisione con una legge del Congresso. J. BREYER, *dissenting opinion in Trump v Hawaii*, 585 U.S. 2018, pp. 1-8.

delle Hawaii, tre individui con parenti stranieri colpiti dal blocco agli ingressi e *Muslim Association of Hawaii*), aveva rilasciato una *nationwide preliminary injunction* con cui bloccava l'*enforcement* delle restrizioni previste dal *Proclamation* No. 9645.

La *District Court* aveva giudicato il provvedimento presidenziale in contrasto con due articoli della legge *Immigration and Nationality Act* (INA) e con l'*Establishment Clause* del Primo Emendamento della Costituzione. Si tratta della Sezione 1182 (f) dell'INA che autorizza il Presidente a “*suspend the entry of all aliens or class of aliens*” ogni qualvolta ritenga che il loro ingresso negli Stati Uniti “*would be detrimental to the interests of the United States*”.

La sezione 1152 (a)(1)(A) impone invece che “*no person shall...be discriminated against in the issuance of an immigrant visa because of the person’s race, sex, nationality place of birth or place of residence*”. Infine l'*Establishment Clause* stabilisce il divieto di favorire o sfavorire una religione sull'altra, “*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof*”.

Vediamo ora nello specifico in che modo e misura il *Travel Ban 3.0* contravvenga a questi articoli, quali siano le ragioni addotte dai ricorrenti a sostegno di tale dichiarata, manifesta e grave violazione e quali le risposte della *Supreme Court* che al contrario validano pienamente il provvedimento contestato, dichiarandolo costituzionalmente legittimo *in toto*.

Secondo il giudizio della Corte Suprema, il provvedimento esecutivo che vieta l'ingresso nel Paese - inteso come privilegio di ammissione e non come *constitutional right to entry*¹⁷ -, ad individui di alcune nazionalità, rientra in una materia “*within the core of executive responsibility*”, è “*a fundamental sovereign attribute exercised by the Government’s political department largely immune from judicial control*”¹⁸ (secondo quanto precedentemente stabilito nella sentenza *Fiallo v. Bell*, 430 U.S. 787). La Corte Suprema, quindi, rigetta totalmente l'argomento contestato dell'eccesso di potere, nega che la decisione presidenziale abbia ecceduto l'autorità prevista e concessa al Presidente sotto le leggi federali sull'immigrazione.

Il *Chief Justice* Roberts, redattore del dispositivo, infatti, sottolinea come la Sezione 1182(f) dell'INA inequivocabilmente “*exudes deference*” nei confronti del Presidente, fornendogli una “*broad discretion to suspend*” l'ingresso di non cittadini negli Stati Uniti¹⁹. L'unico prerequisito imposto nell'INA sta nel trovare che “*the entry of any aliens or of class of aliens into the United States, would be detrimental to the interest of the United*

¹⁷ “*Aliens have no claim of right to enter the United States and because exclusion of aliens is a fundamental act of sovereignty by the political branches, review of an exclusion decision is not within the province of any court, unless expressly authorized by law*”, in *Trump v. Hawaii* (585 U.S. 2018), cit. p. 8, che riprende quanto stabilito nella decisione *United States ex. Rel. Knauff v. Shaughnessy* (338 U.S. 1950).

¹⁸ “*Trump v. Hawaii*”, (585 U.S. 2018), *Syllabus* p.4.

¹⁹ A. HOWE, *Opinion*, cit. p.1.

*States*²⁰). Secondo il parere della maggioranza dei giudici della Corte, il Presidente Trump “*has undoubtedly fulfilled that requirement*”, esercitando *lawfully* l’ampia discrezionalità concessagli dalla legge.

Nell’*opinion of the Court* si legge più volte che *the entry suspension, the conditional restrictions* e in generale *the creation and administration of the immigration system* rientrano pienamente *into national-security realm* e, quindi, nelle “*President’s consitutional responsibilities in the area of foreign affairs*²¹”, mentre, al contrario, “*review of an exclusion decision is not within the province of any court, unless expressly authorized by law*²²”. Inoltre, la legge autorizzerebbe la *judicial review* solo per quegli stranieri fisicamente presenti negli Stati Uniti. Secondo la Corte, quando si tratta in maniera evidente, come in questo caso, di una questione di sicurezza nazionale non è compito del giudiziario sondare ed esaminare le giustificazioni delle politiche sull’immigrazione in quanto, in questi ambiti, la mancanza di competenza da parte delle corti è marcata²³, sulla scorta del principio fondamentale, proclamato come ineludibile, della separazione dei poteri da cui discende la teoria della *political question doctrine*²⁴ che serve alla Corte Suprema come limite alla propria funzione di *judicial review*²⁵, come fonte, talvolta strategicamente orientata, di un prudenziale *self-restraint*²⁶.

La Corte ha evidenziato, sulla scorta della precedente giurisprudenza (cita, fra le tante, *Kleindienst v. Mandel*, 408 U.S. 753 del 1972 e *Mathews v. Diaz*, 426 U.S. 67 del 1976) come la “*judicial review of decisions made by the Congress or the President in the area of immigration, entry and national security is narrow and highly constrained*”. Il giudizio della Corte si limita, in queste materie, a valutare se la politica in oggetto sia *facially legitimate* ed abbia *bona fide reason*, applicando il *rational basis review*, lo standard più basso, ovvero più indulgente e meno rigoroso e severo, di controllo giudiziario (più stringenti sono invece lo *strict scrutiny* e l’*intermediate scrutiny*) che riflette e motiva i presupposti del *judicial restraint*²⁷. L’utilizzo di questo tipo di controllo, il più blando e superficiale, solitamente implica la convalida della legge contestata che si ammette abbia una relazione razionale con uno scopo legittimo del governo, senza però bisogno di determinare, attraverso una revisione penetrante e scrupolosa, che appunto è esclusa, le ragioni reali o le intenzioni sottostanti del

²⁰ “*Trump v. Hawaii*”, (585 U.S. 2018), p. 11.

²¹ “*Trump v. Hawaii*”, (585 U.S. 2018), p. 31.

²² “*Trump v. Hawaii*”, (585 U.S. 2018), p. 8.

²³ J.I. CHARNEY, *Judicial deference in foreign relations*, in *The American Journal of International Law*, Vol. 83, No. 4, (Oct. 1989), pp. 805-813; L. HENKIN, *The United States Constitution in its Third Century: Foreign Affairs*, in *The American Journal of International Law*, Cambridge, Vol. 83, No. 4, (Oct. 1989), pp. 713-717.

²⁴ M.J. GLENNON, *Foreign Affairs and the Political Question Doctrine*, in *The American Journal of International Law*, Vol. 83, No. 4, (Oct., 1989), pp. 814-821.

²⁵ M. REDISH, *Judicial Review and the Political Question*, 79 Nw. U.L. Rev. p. 1031, (1984-85).

²⁶ Per le *doctrines of justiciability*, tra cui la *political question doctrine*, come strumento per l’esercizio della discrezionalità nella selezione dei casi da decidere e strumento di *polycymaking* si veda V. BARSOTTI, *L’ arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte suprema degli Stati Uniti*, Torino, 1999.

²⁷ R.A. POSNER, [The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint](#), in *California Law Review*. Vol.100, No.3, (June 2012), p. 519.

legislatore per l'emanazione di una legge, né di indagare se tale legge o azione dell'esecutivo costituisca, effettivamente, un fine o interesse legittimo del governo che giustifichi gli svantaggi e le restrizioni incidentali che si impongono a certe persone, anche se comportino, in altri termini, delle limitazioni ai loro diritti.

Con il *rational basis test* si proibisce al governo di imporre restrizioni alle libertà che siano irrazionali o arbitrarie e di fare distinzioni tra le persone in un modo che non sia razionalmente collegato e non serva ad un fine costituzionalmente legittimo, anche se poi questo obiettivo viene di fatto presupposto senza ulteriori e adeguate verifiche della sua adeguatezza, in maniera palesemente deferenziale e fortemente rispettosa nei confronti dell'azione del governo.

In poche occasioni, infatti, la Corte Suprema ha stroncato una politica come illegittima sulla base dell'utilizzo del *rational basis scrutiny* e questo è successo solo quando le leggi sono state viste scollate da qualsiasi contesto fattuale che permettesse ai giudici di discernere una relazione con interessi legittimi dello Stato²⁸. La Corte, in questi casi, si dovrebbe limitare a valutare se la legge o atto esecutivo abbia a suo fondamento un *legitimate state interest*, ovvero se sia razionalmente e funzionalmente correlato a un interesse governativo legittimo, in realtà reale o ipotetico che sia, non potendo la Corte addentrarsi a giudicare la saggezza, la fondatezza o ragionevolezza, di quell'interesse formalmente dichiarato.

I giudici convengono, quindi, sugli obiettivi legittimi e sulle giustificazioni indipendenti messe alla base dell'ordine esecutivo del Presidente Trump che espressamente fa riferimento alla necessità e all'interesse nazionale di prevenire l'ingresso di individui di Nazioni che pongano seri rischi per la sicurezza nazionale - *public safety threats* - non condividendo adeguate informazioni e non essendo sufficientemente controllati e controllabili. La Corte stabilisce che la politica d'ingresso fissata dal Presidente, rientrando nell'ampio potere delegatogli dalla legge, è plausibilmente correlata all'obiettivo dichiarato del governo di proteggere il Paese da minacce terroristiche e migliorare i processi di controllo degli stranieri che vogliono entrare negli Stati Uniti, inducendo gli altri Paesi a potenziare le loro pratiche e a fornire adeguate e accurate informazioni sui propri cittadini che intendono viaggiare negli Stati Uniti.

In base alla valutazione della Corte, il Presidente ha pienamente soddisfatto la condizione prevista dalla legge per la delegazione dell'ampio potere presidenziale di decidere di sospendere l'entrata, o di imporre restrizioni condizionate all'ingresso, negli Stati Uniti ad alcuni stranieri - "*class of aliens*" - collegati dalla nazionalità, sulla base del riscontro di "*inadequacies and risks*".

La Corte ha quindi riconosciuto la presenza della necessaria connessione fra i mezzi previsti dal *Proclamation* e i fini o interessi di Stato legittimi – in questo caso prevenire i non ben accertati *national*

²⁸ Così si è espressa nel caso *Romer v. Evans*, 717 U.S. 620 (1996).



security risks - come giustificazione indipendente e valida all'ordine esecutivo del Presidente, che fra l'altro rifletterebbe i risultati di un *worldwide review process* intrapreso da funzionari di Gabinetto e da loro agenzie. Viene inoltre ribadito come i Paesi inclusi nel bando siano stati previamente individuati dal Congresso o da precedenti amministrazioni e come tutto questo lavoro impedisca alla Corte di sostituire la propria valutazione, ovvero una autonoma percezione di efficacia e saggezza, alle stime e alle previsioni fatte dall'esecutivo, con il contributo del Congresso e di altri soggetti istituzionali, in una materia che è al cuore delle sue competenze e responsabilità. L'immigrazione e l'ammissione di stranieri nel Paese sono materie che rientrano, senza dubbio, nell'area della sicurezza nazionale e sulla scorta della separazione dei poteri si definisce e determina la mancanza di competenza istituzionale del giudiziario a raccogliere prove e trarre conclusioni valide - *courts may not second-guess* - su questioni di questo tipo²⁹.

Il punto più critico riguardante la presunta discriminazione effettuata nei confronti dei musulmani, ovvero la violazione dell'*Establishment Clause* del Primo Emendamento, dovuta alla evidente motivazione del bando *by animus toward Islam*, viene anch'essa pienamente rigettata affermando al contrario che "*the Proclamation No. 9645 is facially neutral toward religion*".

Questa contestata ostilità e discriminazione religiosa viene respinta evidenziando il fatto che la politica in oggetto riguardi solo l'8% della popolazione musulmana mondiale (e che non tocchi molti altri Paesi a maggioranza musulmana, come l'Arabia Saudita, i cui cittadini, fra l'altro sono stati responsabili degli attacchi dell'11 settembre) e che altri Presidenti in passato fecero esattamente la stessa cosa: bloccare l'ingresso nel territorio degli Stati Uniti di alcuni stranieri appartenenti ad alcune specifiche nazionalità.

La Corte, per corroborare il proprio giudizio, fa riferimento, infatti, a *common sense* e *historical practice* ovvero a come, più volte, molti Presidenti, in passato, abbiano legittimamente esercitato la propria autorità di sospendere o restringere l'ingresso di individui sulla base della nazionalità e riporta alcuni esempi: il Presidente Reagan nei confronti dei cubani ed alcuni panamiani, il Presidente Carter verso gli iraniani, il Presidente Clinton riguardo al personale di governo e militare sudanese e più recentemente anche il Presidente Obama adottò simili restrizioni rispetto ad alcune categorie di cittadini russi. Inoltre, nessuno dei 43 ordini di sospensione emessi precedentemente a quello del Presidente Trump specificava una precisa data di fine della validità delle restrizioni previste, quindi questa mancata previsione di un termine di vigenza, anche in questa occasione, come per tutti i Presidenti in precedenza, non intacca in alcun modo la legittimità delle misure adottate. Il Congresso, attraverso l'INA e in particolare la sezione §1182(f), delega al Presidente l'autorità – un *ample power* - di sospendere o restringere l'ingresso negli Stati Uniti di qualsiasi straniero o qualsiasi classe di stranieri, ogniqualvolta lo ritenga nocivo - *detrimental* - per

²⁹ T. FISHER, *Symposium: What might Trump v. Hawaii portend for states in establishment clause cases?*, SCOTUSblog (Jun. 26, 2018).

gli interessi nazionali, per il periodo di tempo che giudichi necessario e sulla base delle condizioni che valuti appropriate³⁰. Secondo la Corte Suprema, quindi, la legge autorizzerebbe il Presidente a stabilire, discrezionalmente, quali stranieri o categorie di stranieri non possano fare ingresso nel Paese o quali restrizioni prevedere alla loro entrata, per quale interesse nazionale da salvaguardare e per quanto tempo. La maggioranza dei giudici valuta le 12 pagine del *Proclamation* No. 9645 del Presidente Trump molto più dettagliate di qualsiasi altro ordine simile emanato in precedenza da un Presidente sulla base dell'INA (promulgata nel 1952), notando come, fra l'altro, nessuno di questi precedenti provvedimenti abbia mai prodotto una seria contestazione³¹.

La Corte, inoltre, nota come la delegazione di autorità - *facially broad grant of power* - fatta dalla legge al Presidente non è, o non è più, limitata a situazioni di crisi, emergenza nazionale o a tempi di guerra e nel farlo ribadisce la propria consolidata giurisprudenza secondo cui la decisione di ammettere ed escludere gli stranieri dal territorio nazionale, qualora il loro ingresso risulti dannoso per l'interesse nazionale, e in particolare per la sua sicurezza interna, costituisca l'esercizio di una «prerogativa sovrana fondamentale» spettante al Presidente. Viene ricordato come non esista un diritto costituzionalmente protetto degli stranieri all'ingresso sul suolo americano e che sia assente ogni riferimento al diritto di asilo nel *Bill of Right*.

A questo riguardo, richiamo la decisione del Presidente Trump di promulgare, il 9 novembre 2018, un ordine esecutivo con cui si revoca la possibilità ai migranti che attraversano illegalmente la frontiera a sud, fra Stati Uniti e Messico³², i c.d. *caminantes*, di fare domanda d'asilo³³. Accenno a questa vicenda, strettamente collegata a quella qui in esame, perché anche in questa occasione si è attivato il sistema giudiziario che attraverso la pronuncia di un giudice della corte distrettuale di San Francisco, J.S. Tigar,

³⁰ “*Trump v. Hawaii*”, (585 U.S. 2018), p.10.

³¹ J. EASTMAN, *Symposium: Repudiating the judicial coup d'etat*, SCOTUSblog, (27/06/2018).

³² Ricordiamo la ferma volontà del Presidente Trump di costruire un muro alla frontiera con il Messico e la sua minaccia di schierare l'esercito per bloccare la carovana di migranti provenienti da sud, unita alla dichiarata possibilità che i militari sparino sui migranti che lanciano sassi. Altra sorprendente minaccia, datata ottobre 2018, è stata quella di smantellare lo *ius soli* con un decreto esecutivo, senza aspettare i tempi lunghi richiesti da un processo costituzionale di modifica del XIV Emendamento (che stabilisce che è cittadino americano chiunque nasca nel Paese) che a suo parere non deve più valere per i figli di immigrati senza documenti o con visti temporanei ma solo per chi è in possesso della cittadinanza o ha ottenuto la *green card*. Anche questa decisione, se verrà portata avanti dal Presidente, rischia di generare numerosi ricorsi che finiranno, molto probabilmente, dinanzi alla Corte Suprema che potrebbe modificare l'interpretazione consolidata del XIV Emendamento senza bisogno che ne venga approvata una modifica formale. G. ROMEO, *Archivio - Don't ask why: l'immigrazione nell'era (caotica) di Trump*, in www.dpceonline.it, 27-02-2018.

³³ Con tale provvedimento viene sospeso per 90 giorni il diritto d'asilo che il *Refugee Act* del 1980, incorporato nell'*Immigration and Nationality Act*, garantisce ad ogni persona presente sul territorio statunitense, a prescindere dal modo in cui vi sia entrata, e che permette l'avvio di un percorso indirizzato ad acquisire la cittadinanza o ad ottenere il permesso di soggiorno permanente (*green card*). S. LUCONI, *Washington*, 5/11/2018, www.rivistailmulino.it, 5/11/2018.

ha bloccato temporaneamente il provvedimento esecutivo, permettendo nuovamente a tutti i migranti, anche quelli irregolari, di fare richiesta d'asilo. Ad impugnare il provvedimento dinanzi ad un tribunale federale sono state quattro Ong californiane, sostenute dall'Aclu (*American civil liberties union*), che hanno lamentato l'assenza dei requisiti emergenziali che permetterebbero al Presidente di bypassare il Congresso e contraddire in maniera eclatante la legge statunitense sul sistema di protezione dell'asilo politico³⁴. Probabilmente, anche queste misure, se non verranno ritirate prima dello scadere previsto dei 90 giorni per raggiungimento di un accordo con il Messico che assicuri, come auspicato dal Presidente Trump, il respingimento degli immigrati illegali, giungeranno dinnanzi alla Corte Suprema che dovrà anche in questa occasione giudicare la legittimità costituzionale del bando e permetterne o meno l'attuazione. Il governo, infatti, in attesa di una soluzione permanente del giudice federale della California prevista a dicembre e probabilmente ad esso ostile, e dopo aver criticato aspramente la sentenza che ordina all'amministrazione di accettare le richieste d'asilo di tutti i migranti, è pronto ad adire la Corte Suprema che attualmente esprime una più salda maggioranza repubblicana a seguito della nomina, particolarmente controversa, da parte del Presidente Trump, lo scorso ottobre, del giudice conservatore Kavanaugh³⁵ che sostituisce il dimissionario e più moderato Kennedy³⁶.

Bisogna evidenziare, come la stessa Corte Suprema fa nella sentenza *Trump v. Hawaii*, che il "Proclama" presidenziale a cui dà il via libera definitivo è quello opportunamente emendato per ben tre volte e più sapientemente calibrato e dettagliato nei suoi contenuti, si tratta infatti della terza versione del bando che risulta, a suo giudizio, da un attento lavoro svolto dall'amministrazione, dal dialogo con i governi stranieri interessati che hanno in alcuni casi registrato significativi progressi³⁷, dal coinvolgimento e dalla consultazione di tutti i membri dell'esecutivo e di tutte le agenzie federali competenti in materia³⁸. Inoltre

³⁴ Sulla base del provvedimento che di fatto prevede il respingimento oltreconfine, quindi il rimpatrio forzato, degli immigrati irregolari, rimangono valide due forme alternative di protezione per gli irregolari, molto più restrittive dell'asilo; il *withdrawal of removal* (ritiro dell'espulsione), un provvedimento giudiziale con cui viene sospeso l'ordine di espulsione qualora il migrante riesca a dimostrare la rilevante, e non più solo credibile, probabilità di subire persecuzioni in patria e la protezione, ancora più rara, data dalla Convenzione internazionale contro la tortura che scatta solo qualora il migrante riesca a provare di essere a rischio di subire torture nel proprio Paese d'origine. M. CATUCCI, *Stati Uniti. Sentenza boccia i ban di Trump: "L'asilo è un diritto di tutti"*, in www.dirittiglobali.it, 21/11/2018.

³⁵ A. HOWE, *Kavanaugh confirmed as 114th justice*, SCOTUSblog, (6/10/2018).

³⁶ Sulla filosofia costituzionale del giudice Kennedy si veda E. FOLEY, *Voting rights in Justice Kennedy's Constitution*, SCOTUSblog, 6/07/2018.

³⁷ Quella che viene definita *word-wide multi-agency review* ha ottenuto risultati proficui nel caso dell'Iraq, del Sudan e del Chad, che sono stati inclusi e successivamente rimossi dalla lista dei Paesi "bannati" dagli Stati Uniti in quanto hanno provveduto a fornire lo standard minimo di informazioni richieste per un attento controllo dei propri cittadini viaggiatori. *Trump v. Hawaii*, (585 U.S. 2018), p. 36.

³⁸ Il provvedimento, infatti, prevede che il *Department of Homeland Security* (DHS), con l'ausilio dello *State Department* e delle agenzie di intelligence, dovrà valutare, in maniera continuativa, l'opportunità di mantenere o modificare le restrizioni e comunicarlo ogni 180 giorni al Presidente. *Trump v. Hawaii*, (585 U.S. 2018), *Syllabus*, p. 1.



il Proclama contiene delle eccezioni che permetterebbero a taluni cittadini, di quasi tutti i Paesi ricompresi nel bando, di entrare negli Stati Uniti in presenza di specifiche circostanze e condizioni (come, ad esempio, la richiesta di ottenere urgenti cure mediche). Si tratta di un sistema di esenzioni da stabilirsi caso per caso, su base individuale

4. Carattere discriminatorio del bando e opinione dissenziente

Dopo aver legittimato l'ordine esecutivo sul piano dell'autorità del Presidente che si vedrebbe riconosciuto un *plenary and exclusive power* in quanto unico organo del governo federale nel campo delle relazioni internazionali³⁹ - all'interno delle quali sono ricomprese le decisioni sull'immigrazione -, la Corte Suprema passa ad argomentare, respingendolo, il punto più sensibile e spinoso della questione sotto giudizio: il carattere discriminatorio del bando.

I ricorrenti hanno contestato il Proclama in quanto contravverrebbe alla sezione §1152 (a)(1)(A) dell'INA la quale prevede che nessuna persona può essere discriminata nel rilascio del visto – *issuance of an immigrant visa* – a motivo della razza, sesso, nazionalità, luogo di nascita o di residenza. La Corte contesta questa presunta violazione e specifica la differenza fra l'ammissibilità di uno straniero ad entrare negli Stati Uniti dal rilascio della visa, sostenendo come la legge stabilisca il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità solo nel secondo caso mentre nel primo il Presidente risulti svincolato nell'esercitare la propria autorità, imperniata su interessi di politica estera, di sospendere l'ingresso di stranieri per la loro nazionalità, così come d'altronde confermato dal *common sense* e dall'*historical practice* (che dimostrerebbero, inoltre, come per più di un secolo la Corte Suprema abbia riconosciuto che l'ammissione e l'esclusione di cittadini stranieri dal territorio nazionale sia un attributo fondamentale della sovranità, esercitato dal governo in maniera *largely immune from judicial control*⁴⁰). Secondo il giudizio della Corte non c'è stato abuso di discrezionalità da parte del Presidente Trump che, come molti Presidenti nel passato, sia repubblicani che democratici, ha esercitato il suo ampio potere di stabilire le politiche migratorie che ricadono nell'area della sicurezza nazionale e che, per motivi attinenti al principio costituzionale fondamentale della separazione dei poteri, impongono al sistema giudiziario standard deferenziali di *review*.

Per quanto riguarda invece l'accusa di violazione dell'*Establishment clause* del Primo emendamento - che stabilisce il principio della libertà ed uguaglianza religiosa, ovvero il divieto sia di favorire che di ostacolare l'esercizio di qualsiasi religione -, la Corte replica affermando che l'ordine esecutivo sotto esame non dice

³⁹ In questi termini si è espressa la Corte Suprema nel caso *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.* 299 U.S. 319 (1938).

⁴⁰ *Fiallo v. Bell* 430 U.S. 787, 792 (1977).

niente sulla religione (*the text says nothing about religion*⁴¹), non è motivato da nessuna ostilità religiosa e non rappresenta alcuna discriminazione della religione islamica. Secondo il parere della maggioranza dei giudici della Corte Suprema il Proclama presidenziale non viola in alcun modo il Primo emendamento, non è motivato da *religious animus* anti-islamico, *is facially neutral toward religion*⁴², e non opera come un “*religious gerrymander*”⁴³. L’inclusione di Paesi non musulmani nella terza versione del bando non rappresenta un pretesto o uno stratagemma per continuare a discriminare i musulmani che, come evidenziato dalla Corte, sono toccati dalla decisione soltanto nella misura dell’8% della popolazione musulmana mondiale. Secondo l’accusa, invece, l’introduzione nel divieto d’ingresso negli Stati Uniti di cittadini Nordcoreani e Venezuelani, non musulmani, sarebbe esclusivamente orientata a mascherare strategicamente le vere intenzioni del Presidente Trump, che in diverse occasioni non ha nascosto la sua ostilità verso l’Islam (“*Islam hate us*”), fin dai tempi della campagna elettorale.

Risuonano palesemente ostili e minacciose le parole del Presidente sulla sua intenzione di una “*total and complete shutdown of Muslim entering the United States*” e i suoi discorsi denigratori⁴⁴ nei confronti degli immigrati che rispecchierebbero apertamente la sua ideologia sull’immigrazione in generale - vista in termini fortemente negativi, come fonte di pericoli e costi per la sicurezza e il benessere nazionali - e la sua politica di tolleranza zero⁴⁵.

La Corte Suprema, pur richiamando le accuse mosse al Presidente Trump di un atteggiamento discriminatorio, se non aggressivo e intollerante, nei confronti dei musulmani, che sarebbe alla base, quale intento o motivazione reale, del bando contestato, sebbene ci sia stato il tentativo di occultarlo e “annacquarlo”, in maniera nemmeno tanto efficace, nella terza versione “ripulita” del bando, non ha dato peso, ai fini della risoluzione della controversia, a tali dichiarazioni fatte dal Presidente Trump, la maggior parte delle quali risale al periodo antecedente all’insediamento in carica del Presidente stesso.

⁴¹ *Trump v. Hawaii*, (585 U.S. 2018), p.34.

⁴² *Trump v. Hawaii*, (585 U.S. 2018), p.29.

⁴³ *Trump v. Hawaii*, (585 U.S. 2018), p.26.

⁴⁴ Nel suo scioccante attacco alle città della California che si rifiutano di collaborare con i servizi di immigrazione federale, il presidente Trump definisce gli immigrati illegali dei “delinquenti”, “i più viziosi e violenti della terra”, “non sono uomini ma sono animali”. L’Alto Commissario per i diritti umani delle Nazioni Unite, R. Colville, ha definito questi commenti, scandalosi e vergognosi, tanto da poter definire il Presidente Trump “un razzista”. Ad inizio di questo anno il Presidente ha lanciato un’altra dichiarazione estrema “non voglio immigrati da *shitbole countries*”, riferendosi alla sua decisione di togliere lo *status* di protezione a migliaia di migranti provenienti da Haiti, El Salvador e alcuni Paesi africani. C. CUCCLATTI, *Trump shock: "Non voglio immigrati di Haiti, El Salvador e Stati africani: cesso di Paesi". L'Onu: "È razzismo". Unione Africana: "Si scusi"*, in www.repubblica.it, 12/01/2018.

⁴⁵ Ricordiamo il tentativo, anche questo che ha subito innescato una bufera mediatica ed è stato poi bloccato dal giudiziario che ha costretto il Presidente Trump a fare marcia indietro con un apposito ordine esecutivo, di separare forzatamente i bambini dai propri genitori che entrano clandestinamente negli Stati Uniti. D. MACERI, *Usa. La strategia di Trump sull’immigrazione: dubbia legalità e pochi successi*, in <https://www.notiziegeopolitiche.net/usa-la-strategia-di-trump-sullimmigrazione-dubbia-legalita-e-pochi-successi/>

Quindi, nonostante il richiamo alle affermazioni, non tanto ambigue ma piuttosto apertamente anti-islamiche, fatte prima o dopo l'elezione, la maggioranza dei giudici della Corte ha concentrato il suo ragionamento sul tenore oggettivo del provvedimento che ha giudicato neutrale sul piano religioso⁴⁶, accantonando come irrilevanti ai fini della questione quelle dichiarazioni dal tenore per niente velatamente xenofobo.

Il *Chief Justice* Roberts, autore dell'opinione di maggioranza, sostiene che la Corte debba limitarsi a valutare se il provvedimento in esame sia neutrale *on its face*, senza spingersi a rintracciare e giudicare l'intento sottostante al provvedimento, anche qualora risulti abbastanza evidente dal tenore o dal testo delle dichiarazioni⁴⁷ che hanno accompagnato o preceduto la promulgazione del bando che, proprio per quelle affermazioni, abbastanza eloquenti ed esplicite, è stato immediatamente ribattezzato dall'opinione pubblica *Muslim ban*.

Inoltre il Presidente, nell'adottare l'ordine esecutivo che, secondo il parere della Corte, verrebbe applicato a tutte le religioni equamente – pertanto senza risultare in violazione dell'*Establishment clause* che proibisce di favorire o sfavorire una religione su un'altra -, avrebbe basato la sua decisione su *legitimate purpose*, ovvero prevenire l'ingresso di cittadini di nazionalità che non possono essere adeguatamente controllate – in quanto non raccolgono o non forniscono sufficienti e soddisfacenti informazioni sui propri cittadini in viaggio negli Stati Uniti. In questo modo si indurrebbero le altre Nazioni a migliorare le loro pratiche, il tutto nella cornice della prerogativa presidenziale di salvaguardia della sicurezza nazionale, in questo caso assicurata per mezzo della *broad discretion* di restringere, condizionare o sospendere l'ingresso negli Stati Uniti di alcuni non cittadini⁴⁸ ritenuti pericolosi - sulla base di un'ampia libertà di valutazione, di fatto, per una qualsiasi ragione, poiché ritenuta insondabile ai giudici -.

L'ampia sfera di discrezionalità politica riconosciuta al Governo nelle materie della sicurezza nazionale, che sono caratterizzate da delicatezza, complessità ed ampi elementi di *prophecy*, non permetterebbe ai giudici, né ai ricorrenti, di sostituire alle decisioni dell'esecutivo – che dovrebbero essere altamente accurate e fare seguito ad analisi e indagini dettagliate, scrupolosi ragionamenti e attente previsioni -, le proprie opinioni e valutazioni, prive degli strumenti e delle conoscenze necessarie, in una parola della competenza, che soltanto l'esecutivo possiede in questi settori. Questa sostanziale e significativa deferenza che andrebbe accordata al Governo nella conduzione degli affari esteri, che risponderebbe al

⁴⁶ G. NAPOLITANO, *I poteri e le parole del Presidente Trump*, in www.corriere della sera.it, editoriali, 3/07/2018.

⁴⁷ Con un implicito monito al Presidente, la Corte richiama l'importanza dello "straordinario potere di parola" dei Presidenti americani, fin da G. Washington, ricordando la storica tradizione dei grandi discorsi in cui veniva sempre ribadito l'impegno ad onorare e proteggere i principi di libertà, uguaglianza, rispetto e tolleranza. *Trump v. Hawaii*, (585 U.S. 2018), p. 28.

⁴⁸ A. HOWE, *Opinion*, cit. p.1.

principio cardine dell’allocazione dei tre diversi poteri in tre branche separate, indipendenti e bilanciate, e che assicurerebbe un certa esenzione dal *judicial scrutiny* o *review* in questi ambiti⁴⁹, non deve comunque significare, come ribadito dal giudice Kennedy nella sua *concurring opinion*, che esistano sfere d’azione, pur anche la stessa politica estera e quella migratoria, esenti dall’imperativo assoluto di rispetto della Costituzione, nei suoi significati e nelle sue promesse. Il Governo è quindi sempre vincolato alla garanzia e alla salvaguardia delle libertà costituzionali, in qualsiasi campo d’azione esso agisca, anche in quelli in cui risulta sostanzialmente immune al controllo del giudiziario. Il giuramento di fedeltà alla Costituzione fatto da ogni ufficiale del governo, e *in primis* dal Presidente, impone loro sempre e comunque il dovere di proteggere ed assicurare i principi e i diritti che la Costituzione proclama e garantisce.

Per rendere l’analisi più completa occorre fare riferimento, anche, all’incisiva e accorata *dissenting opinion* del giudice Sonia Sotomayor (a cui si associa il giudice Ginsburg), che nelle sue 28 pagine – a fronte delle 39 dell’*opinion of the Court* – espone e motiva tutti i punti della sentenza su cui dissente. L’opinione del giudice Sotomayor esordisce affermando come gli Stati Uniti d’America siano una Nazione fondata sulla promessa della libertà, anche religiosa, e che il principio della neutralità religiosa sia stata incorporata dai Padri Fondatori nel primo emendamento della Costituzione.

Il giudice supremo passa immediatamente a contestare la decisione presa dalla maggioranza della Corte denunciando come essa rappresenti un fallimento della tutela di quel principio fondamentale. Con profondo rammarico il giudice critica la Corte per aver ciecamente approvato una politica discriminatoria motivata palesemente da ostilità nei confronti dei musulmani. Accusa la Suprema Corte di aver chiuso gli occhi davanti ad una decisione, mascherata dietro la facciata, nebulosa, degli interessi di sicurezza nazionale, che crea danni e sofferenza a un gran numero di famiglie ed individui, molti dei quali cittadini americani.

Il provvedimento convalidato, come affermato dai querelanti e dai loro *amici curie*, avrebbe effetti deleteri sul sistema educativo, sulla stessa sicurezza nazionale, sull’assistenza sanitaria, sulla cultura artistica, sull’industria tecnologica e sull’economia generale.

Una moltitudine di conseguenze devastanti, come centinaia di famiglie separate, e danni, non solo monetari, irreparabili, come l’impossibilità di favorire la diversità e la qualità all’interno delle comunità universitarie e nell’associazionismo, non solo di matrice musulmana.

Per quanto l’interesse della sicurezza nazionale sia un tema di importanza pubblica primario, questo non può servire da talismano nelle mani del Governo ed essere usato per respingere rivendicazioni scomode, come quell’etichetta in grado di coprire *a multitude of sins*⁵⁰. Il Primo Emendamento funge da bastione di

⁴⁹ J.H. CHOPER, *The political question doctrine: suggested criteria*, in *Duke Law Journal*, Vol. 54, p. 1457, 2005.

⁵⁰ J. SOTOMAYOR, *dissenting opinion* in *Trump v. Hawaii*, (585 U.S., 2018), p. 24.



difesa – *bulwark* - contro l'intolleranza, la discriminazione e il pregiudizio e incarna il profondo impegno nazionale a favore della neutralità, pluralità e tolleranza religiosa. Proprio questa libertà religiosa che ha spinto negli Stati Uniti, fin dalla sua nascita, così tanti individui da tutto il mondo per poter beneficiare di tale libertà solennemente proclamate e difesa, viene ora pesantemente sacrificata nel bilanciamento con l'interesse, di fatto giudicato prioritario, della sicurezza, e quindi risulta ignorata e calpestata.

La Corte Suprema convalidando il bando, sulla base dell'impossibilità sostanziale, storicamente riscontrata, di applicare la giurisprudenza sull'*Establishment clause* ai casi che coinvolgono politiche migratorie, sanzioni diplomatiche e azioni militari, ha di fatto chiuso gli occhi su un provvedimento motivato da nient'altro che da ostilità religiosa, mentre la deferenza dovuta alle decisioni afferenti alla sfera della sicurezza nazionale non significa e non deve significare *unquestioning acceptance*. Il divieto di discriminazione religiosa è e deve essere assoluto e vincolare tutte le decisioni del Governo, a prescindere dall'ambito specifico in cui ricadano.

Il Presidente ha inoltre solo diluito, mitigato e riconfezionato per tre volte il bando originale del 27 gennaio 2017, senza però riuscire ad eliminarne gli elementi discriminatori.

Inoltre, le diverse eccezioni - il *waiver program* - contenute nel *Travel ban 3.0*, che permetterebbero, in talune circostanze e in presenza di specifici fattori, ai cittadini dei Paesi inclusi nel bando di ottenere il visto per entrare negli Stati Uniti, risultano, secondo il parere del giudice Sotomayor, nient'altro che una finzione. La possibilità di vedersi riconosciuto un *waiver*, appare remota e incredibilmente rara, come dimostrano diversi casi meritevoli di ottenerlo che invece se lo sono visti nei fatti negato. Si tratta, in concreto, di un procedimento *ad hoc*, estremamente discrezionale ed arbitrario, particolarmente opaco, se non guasto⁵¹.

Se alla fine dell'opinione di maggioranza il Presidente Roberts nega ogni similitudine, richiamata dai ricorrenti, con il caso *Korematsu v. United States* (323 U.S. 214 del 1944), che per la prima volta, dopo ben 75 anni, viene qui espressamente *overruled* e definito *gravely wrong*, nell'opinione dissenziente il giudice Sotomayor afferma al contrario come, con la decisione presa in *Trump v Hawaii*, si sostituisca semplicemente una decisione gravemente sbagliata con un'altra.

La Corte approfitta dell'occasione per prendere le distanze dalla sentenza del 1944 con cui aveva convalidato l'ordine esecutivo del Presidente Roosevelt, qui definito espressamente *morally repugnant*, di internare i cittadini americani di origine nipponica nei campi di concentramento e per confermare come questa decisione non abbia niente a che fare con quella del Presidente Trump di negare o condizionare il privilegio dell'ammissione nel territorio nazionale a talune nazionalità.

⁵¹ S.S. WADHIA, *Symposium: Reflection on the travel ban decision*, SCOTUSblog, 26/06/2018.

Il ripudio formale, forse troppo tardivo e sbrigativo, di quella storica e nefasta sentenza non basta a dissimulare l'evidente e allarmante parallelismo che intercorre fra le due sentenze.

La stessa pericolosa logica soggiace ad entrambe le decisioni che avallano ciecamente una disposizione del Governo di sfavorire un gruppo di individui nel nome di una rivendicazione, superficiale e inconsistente, di sicurezza nazionale. Risulta essenziale limitare la discrezionalità dell'esecutivo e impedire che gli individui siano privati dei loro diritti costituzionali col pretesto di necessità militari o interessi di sicurezza che non hanno sostanza né supporto empirico.

Come in quella occasione la sentenza della Corte Suprema che approvava una politica governativa illiberale ha dimostrato di essere un'offesa ancora più pesante e sottile alla libertà rispetto alla promulgazione dell'ordine stesso, a motivo del fatto che quest'ultimo aveva comunque un'attuazione limitata nel tempo mentre la prima esprimeva una propensione interpretativa destinata a durare più a lungo, lo stesso si può dire della situazione attuale che non può che rievocare, con grande sconcerto e preoccupazione, il fantasma di *Korematsu*⁵². L'errore principale, in entrambe le decisioni, seppur l'ultima rinneghi e respinga formalmente la prima, sta nel giudicare pericolose delle persone non sulla base delle caratteristiche individuali e specifiche del loro carattere o natura ma sulla loro appartenenza a gruppi presunti pericolosi – definiti tali sulla base dalla discendenza, nazionalità o religione – della cui pericolosità il governo non ha mai dato prova.

5. Quale controllo “contromaggioritario”?

Trump v. Hawaii, insieme ad altre decisioni della Corte Suprema di questa stagione⁵³ denuncia, secondo alcuni, un critico indebolimento del sistema di controlli ed un significativo squilibrio fra i poteri⁵⁴, tanto da essere perfino richiamato lo spauracchio della tanto temuta tirannia della maggioranza, se non, addirittura, la possibilità che sia una minoranza⁵⁵ a ridurre all'impotenza la maggioranza⁵⁶.

⁵² H.H. KOH, *Symposium: Trump v. Hawaii – Korematsu's ghost and national-security masquerades*, SCOTUSblog, 28/06/2018.

⁵³ Per fare un esempio, la Corte Suprema, il 22 gennaio 2019, ha stabilito, in maniera alquanto insolita essendo il contenzioso ancora in svolgimento, che l'ordine esecutivo di marzo 2018 del Presidente Trump con cui vengono banditi i transgender dall'esercito può restare in vigore finché, nel frattempo, prosegue la battaglia legale in appello. V. TOMASSIN, *Usa, i procuratori sfidano Trump, "incostituzionale il divieto per i transessuali di arruolarsi"*, in www.notiziegeopolitiche.net, 17/10/2017. N. PALAZZO, *Requiem for a Dream: the Switch of the Trump Administration on Transgender Rights*, in www.dpce.it.

⁵⁴ G.A. LEONIDI, *La svolta conservatrice della Corte Suprema. Verso una rottura del sistema dei checks and balances*, in www.nomos-leattualitàdeldiritto.it, Nomos 2-2018.

⁵⁵ Ricordiamo la discrepanza fra voti elettorali e voti popolari – determinato dal sistema federale - che, nelle elezioni presidenziali del 2016 e, in misura diversa, nelle elezioni di metà mandato del 2018, ha complessivamente giocato a favore del partito repubblicano, anche se meno votato a livello popolare. G. ARAVANTINO LEONIDI, *Le elezioni di mid-term negli Stati Uniti nell'era Trump*, in www.nomos-leattualitàdeldiritto.it, Nomos, 3-2018.

⁵⁶ J.E. STIGLIZ, *Democrazia Americana sull'Orlo del Baratro*, in www.ilsole24ore.com, 19/10/2018.

La minaccia che preoccupa di più, da sempre, è quella legata alla possibilità concreta di un deterioramento dell'attività di controllo, genuinamente democratico e indipendente, esercitato dal sistema giudiziario sulle decisioni politiche, qualora si capovolga il rapporto di controllo, ovvero nell'ipotesi in cui sia proprio il governo – qualora il partito del Presidente abbia la maggioranza in una o, nella situazione di *party government*, entrambe le Camere del Congresso -, a controllare la c.d. *third branch of government* attraverso lo strumento cruciale della nomina dei giudici federali e degli *Old Nine* della Corte Suprema. L'opportunità decisiva di nominare *during good behavior* i giudici federali, che spetta al Presidente con l'approvazione del Senato, ha da sempre destato particolare attenzione, se non preoccupazione, perché si è consapevoli di come, dall'esercizio di questa determinante competenza, ne venga condizionato – proporzionalmente al numero di giudici che un Presidente si trova nelle condizioni di poter nominare, quando l'incarico rimane vacante (per morte, dimissioni o *impeachment*) - il futuro giuridico del Paese ovvero si possa imprimere una certa direzione politica-ideologica, più spostata a destra o a sinistra, che l'ordinamento, presumibilmente, seguirà negli anni a venire⁵⁷.

Il quesito decisivo, fin dalla nascita costituzionale degli Stati Uniti, destinato a riproporsi indefinitamente, riguarda il problema della combinazione costituzionalmente ottimale fra indipendenza dei poteri e controllo reciproco degli stessi, fra autonomia e mutua influenza, fra discrezionalità politica e *judicial review*, fra autorità politica decisionale e potere giudiziario di controllo⁵⁸.

La lunga battaglia politica e legale innescata dal *muslim ban*, che ha visto contrapporsi esecutivo e giudiziario, alcuni Stati alla Federazione, la società civile alle scelte del Presidente, la Corte Suprema alle decisioni delle Corti federali inferiori, potrebbe essere letta, anche, come concreta espressione del funzionamento dei meccanismi dei *checks and balances*, in quanto ha visto attivare diversi soggetti istituzionali – nonché settori della società civile - che si sono scontrati su opposte posizioni, contrapposizione che ha poi portato l'esecutivo a rivedere e modificare più volte il programma sull'immigrazione puntualmente impugnato, fino all'atto finale di convalida definitiva dell'ultima versione ad opera della Corte Suprema.

⁵⁷ La nomina di un giudice, conservatore o *liberal*, imprimerà sempre un certo grado significativo di influenza all'indirizzo politico generale della Corte Suprema, andando a rafforzare o depotenziare il peso del blocco maggioritario. I giudici adottano un certo approccio al loro ruolo e un modello di interpretazione giudiziaria, conservatrice e originalista o liberale ed evoluzionista, che ricalca, in parte, la divisione fra repubblicani e democratici su casi importanti come matrimoni gay, finanziamento campagne elettorali, secondo emendamento, Obamacare, ecc. Per le teorie dell'interpretazione costituzionale. O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014.

⁵⁸ Per rispondere a questo cruciale interrogativo la Corte Suprema ha fornito il suo ampio e ininterrotto contributo, seppur con una certa variabilità e discontinuità, se non ambiguità, anche attraverso la configurazione della teoria della *political question doctrine* (richiamata anche in *Trump v. Hawaii*). F.W. SCHARPF, *Judicial Review and the Political Question: a Functional Analysis*, in *Yale Law Journal*, vol. 75, 1966, p. 517.

Da questa prospettiva, si potrebbe scorgere nel conflitto politico e giudiziario sul *Muslim Ban* una forma, per quanto particolarmente antagonista, di confronto dialettico e plurale fra le parti, di dialogo interistituzionale, nonché quella vigile attività di accertamento di legittimità costituzionale, quindi di validità democratica, effettuato dall'intero sistema giudiziario - trovandoci in un sistema diffuso di *judicial review* - sull'attività del governo. Emergerebbe, in tal senso, una certa processualità, interattività e compartecipazione di più soggetti istituzionali all'approvazione finale di una decisione, che dovrebbe essere sempre espressione democratica e garanzia del pluralismo. Se analizzassimo l'intera vicenda da questo punto di vista generale, infatti, potremmo giungere ad una conclusione alquanto positiva riguardo alla tenuta e vitalità del sistema dei controlli democratici, sempre se ci limitassimo a considerare che il Presidente, per poter implementare una sua politica, ampiamente contestata, sia stato costretto a correggerla più volte fino a quando non sia risultata pienamente legittima al vaglio del massimo tribunale del Paese.

Se, invece, osservassimo la sentenza finale della Corte Suprema, che pone fine al lungo contenzioso, potremmo interpretare la decisione dei giudici supremi, presa a stretta maggioranza, come il riflesso della contrapposizione politica-ideologica, sempre più esasperata, presente nelle istituzioni politiche (nel Congresso diviso dopo le elezioni di metà mandato, tenutesi a novembre 2018, quindi dopo *Trump v. Hawaii*) e nel Paese. Sicuramente dall'analisi di *Trump v. Hawaii*, calata nel contesto politico odierno, riemergono, con un richiamo più o meno diretto, i temi caldi del dibattito politico e del costituzionalismo americano come, ad esempio, l'importanza cruciale delle nomine dei giudici federali⁵⁹ che, da quando l'ordinamento ha sperimentato una sempre più accentuata presidenzializzazione della forma di governo, è se possibile ancor più spiccata, soprattutto negli effetti concreti del *judicial decision-making process*⁶⁰ sulla configurazione dei rapporti ed equilibri dei poteri nonché sulla garanzia effettiva dei diritti fondamentali. Ritorna, immancabile, anche il riferimento al dilemma, lungamente dibattuto e ad oggi ancora aperto, della c.d. difficoltà contromaggioritaria⁶¹ del giudiziario e soprattutto della Corte Suprema. In questo caso

⁵⁹ Sul ruolo significativo che “*politics, partisanship and ideology*” hanno nella nomina presidenziale dei giudici federali, soprattutto supremi e anche nella conferma senatoriale si veda R. DAVIS, *Electing Justice. Fixing the Supreme Court Nomination Process*, Oxford-New York, 2005.

⁶⁰ R.A. DAHL, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, in *Journal of Public Law*, 6(2), 1957, pp. 279-295.

⁶¹ A.M. BICKEL, *The last dangerous branch. The Supreme Court at the bar of politics*, Indianapolis-New York, 1962; B. FRIEDMAN, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*, in *New York University Law Review*, vol. 73, 1998, p. 333; ID., *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part II: Reconstruction's Political Court*, in *New York University School of Law*, no.49, 2002, p. 1; ID., *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Three: The Lesson of Lochner*, in *New York University Law Review*, vol. 76, 2001, p. 1383; ID., *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law's Politics*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 148, no. 4, 2000, p. 971; ID., *The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five*, in *The Yale Law Journal*, vol. 112, no. 2, 2002, p. 153.



però si potrebbe parlare, al contrario, di un'azione sostanzialmente maggioritaria⁶² della Corte Suprema e, semmai, di una condotta genuinamente, e direi positivamente, contromaggioritaria delle corti inferiori in quanto rispondente ai principi e alle finalità democratiche dell'ordinamento, ovvero servente da muro di contenimento del potere e da baluardo di difesa dei diritti e delle libertà fondamentali, anche, se non soprattutto, delle minoranze⁶³. A fronte di uno stile presidenziale, potremmo dire, vivace e imprevedibile, con un protagonismo presidenziale talvolta aggressivo e sconsiderato, un Congresso controllato dallo stesso partito del Presidente - fino alle *mid-term election* del 2018 -, quindi, da un certo punto di vista, politicamente debole e in posizione defilata (in quanto tendente a convalidare, con maggiore propensione e minore presa in esame, le politiche presidenziali), è stato il giudiziario a svolgere quell'attività indispensabile di controllo e di freno e quella funzione autenticamente contromaggioritaria, che il Legislativo, dal canto suo, non era in condizione di svolgere (per mancanza di un'azione politica, stabile e robusta, dell'opposizione). Il sistema giudiziario è stato chiamato a supplire o rimediare⁶⁴, in senso lato, alla debolezza del ruolo dell'opposizione e a vigilare più scrupolosamente sull'attivismo presidenziale affinché non sconfinasse in abuso e compromettesse la qualità e sostanza democratica dell'ordinamento e dei diritti che è chiamato a garantire.

Il rischio che l'azione di controllo giudiziario di costituzionalità effettuato dalla Corte Suprema risulti depotenziata, in quanto, oggi, esprime una salda maggioranza conservatrice (con le nomine di Kavanaugh e Gorsuch assume un orientamento tendenzialmente e presumibilmente più allineato al partito repubblicano e al Presidente), spinge a guardare con più fiducia al Congresso, come la sede privilegiata di un controllo politico di costituzionalità più penetrante sulle scelte di un esecutivo che sembra, talvolta, mettere a repentaglio l'essenza democratica degli Stati Uniti⁶⁵. Ma non mancano però segnali contrastanti,

⁶² R.H PILDES, *Is the Supreme Court a "Majoritarian" Institution?*, in *The Supreme Court Review*, (1), 2010, pp. 103-158.

⁶³ Nel dibattito sulla contestata discriminazione del bando non si può non fare riferimento alla famosa *Footnote 4* alla sentenza *United States v. Carolene Products Co.* (1938) che individua specificamente nella tutela delle *discrete and insular minorities* e in generale nella garanzia dell'accesso e della partecipazione ugualitaria ai processi deliberativi pubblici non solo i compiti fondamentali della Corte Suprema, che ne legittimerebbero democraticamente il ruolo, ma la stessa immagine della Costituzione caratterizzata in funzione contromaggioritaria. Cfr. J.H. ELY, *Democracy and Distrust; a theory of judicial review*, Cambridge, 1980. B.A. ACKERMAN, *Beyond Carolene Products*, in *Harvard Law Review* 98, n.4, Cambridge, 1985.

⁶⁴ Si parla, in questi casi, di supplenza giudiziaria a scapito del potere legislativo e si discute se questo ruolo riesca a conciliare - e a conciliarsi con - il principio democratico, quello maggioritario e la tutela dei diritti. C. BOLOGNA, *We the People o We the Judges?*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, p. 975.

⁶⁵ Già solo l'intenzione del Presidente Trump di mettere in discussione lo *ius soli* e il diritto d'asilo, ha significato, per molti, voler minare le fondamenta costituzionali e storico-culturali degli Stati Uniti come la terra della libertà che ha accolto dissidenti, perseguitati e immigrati da tutto il mondo. A. TESTI, *Donald Trump e lo ius soli. Non serve cambiare la Costituzione, basta interpretarla*, in www.shortcutsamerica.com, 1/11/2018.

basti ricordare la recente sentenza, per alcuni di importanza storica, *Sessions v Dimaya*⁶⁶, resa dalla Corte Suprema il 18 aprile 2018, con il voto determinante e per certi versi inaspettato, del giudice Gorsuch che in questa occasione ha dato prova della sua indipendenza, unendosi ai giudici liberali per formare una insolita maggioranza di 5 a 4. Con questa decisione si boccia la clausola residuale della legge sull'immigrazione statunitense (sempre l'*Immigration and Nationality Act*) che rende più facile l'espulsione degli immigrati regolari che hanno commesso dei *aggravated felony* tra cui rientrano i crimini violenti. È la prima volta che una disposizione del diritto dell'immigrazione - considerato affare di politica estera spettante al Governo, rispetto al quale, come pure evidenziato in *Trump v. Hawaii*, la Corte Suprema mantiene usualmente un *self-restraint*⁶⁷ -, viene dichiarata incostituzionale per indeterminatezza che creerebbe incertezza e arbitrarietà nell'applicazione giudiziale (alla luce della *void for vagueness doctrine*, discendente dalla *Due Process Clause* del V Emendamento). La sentenza rappresenta un colpo alla politica della 'tolleranza zero' verso gli immigrati, regolari e irregolari, promossa dal Presidente Trump; la sua determinazione nel procedere più spesso e più velocemente con le espulsioni degli immigrati trova in questa sentenza un punto d'arresto significativo⁶⁸. In considerazione della gravità delle conseguenze di un reato grave, nel caso di specie l'espulsione (che rientra nel diritto dell'immigrazione che è diritto civile), pur non etichettate quindi come 'penali', lo stesso giudice Gorsuch, nella sua *concurring opinion* afferma che quando si tratta di stabilire i presupposti per l'espulsione di uno straniero (regolare), l'esigenza di precisione della legge è pari a quella richiesta in materia penale⁶⁹. Altro segnale per certi versi inaspettato che scompagina la previsione, piuttosto allarmistica, di una Corte Suprema ormai espressione di una salda maggioranza conservatrice - sostenitrice, di conseguenza, delle politiche del Presidente Trump, quasi ne fosse sua scontata alleata - è la decisione datata 22 gennaio 2019, con cui la Corte ha respinto la richiesta dell'amministrazione Trump di valutare tempestivamente la fine del programma Daca⁷⁰ (che protegge dal

⁶⁶ G.L. GATTA, *La 'materia penale' oltre Oceano: una storica sentenza della Corte Suprema U.S.A. innalza lo standard di tutela delle garanzie fondamentali correlate all'espulsione dello straniero*, in *Diritto penale contemporaneo*, Fascicolo 5/2018, p. 357.

⁶⁷ "A matter will be considered ('a political question') ... if the court believes it to be a matter more appropriate for resolution by either of the other branches of government, or one that the judges consider themselves incompetent to resolve because the character of the dispute is not amenable to resolution through judicial processes", in H. ROHDE - D. SPAETH, *Supreme Court Decision Making*, San Francisco, 1976, cit. p.156.

⁶⁸ E. CHEMERINSKY, *Chemerinsky: What Sessions v. Dimaya means for immigration law*, in *American Bar Association Journal*, 3/06/2018.

⁶⁹ In altri termini, all'espulsione dello straniero regolare (prevista dalla disposizione dell'Ina dichiarata incostituzionale), quale conseguenza amministrativa di una sentenza penale di condanna, vanno estese le garanzie costituzionali, sostanziali e processuali, accordate dal principio di legalità e precisione della legge penale (riconoscendo, di fatto, la natura penale dell'espulsione). E. CHEMERINSKY, *Chemerinsky, op.cit.* p.1.

⁷⁰ Nel gennaio 2018 un breve *shutdown*, durato tre giorni, era scaturito proprio dal mancato accordo tra repubblicani e democratici sui cosiddetti "*dreamers*", i migranti entrati illegalmente negli Usa da minori, che l'ex Presidente Obama con il programma Daca (*Deferred Action for Childhood Arrival*) aveva voluto regolarizzare per evitarne

rimpatrio 700.000 immigrati irregolari arrivati da bambini). Il rifiuto della Corte di pronunciarsi sul caso fa sì che il programma resti per ora in vigore, in attesa che lo scontro arrivi a conclusione nei tribunali inferiori.

6. Conclusioni

Per concludere, ricordo come strettamente legato al tema immigrazione è il recente e grave *shutdown*⁷¹, durante il quale il Presidente Trump è arrivato a prospettare, e alla fine a dichiarare, lo stato di emergenza nazionale⁷², per ottenere i finanziamenti richiesti per la costruzione del muro al confine meridionale, bypassando l'opposizione intransigente nel Congresso. Si tratta di una decisione che inasprisce ancor di più il conflitto politico in corso nelle istituzioni e che pone seri interrogativi sulla fondatezza e legittimità costituzionale del ricorso a tale misura emergenziale. Anche in questo caso è quindi ipotizzabile l'innescarsi di un fiume di ricorsi⁷³ e una forte disapprovazione nel Congresso⁷⁴ e nel Paese, situazione che, presumibilmente, giungerà a richiedere, ancora una volta, l'intervento dirimente e finale della Corte Suprema, in qualità di organo di equilibrio e di garanzia del sistema costituzionale.

Si tratta di un tema attualissimo, scottante e controverso che necessita di essere tenuto sotto attenta osservazione per poterne analizzare gli ulteriori sviluppi. Come evidente, le decisioni di politica migratoria del Presidente Trump, a partire dal *Muslim ban* fino alla questione ancora aperta del muro, hanno innescato un'estrema conflittualità, se non, per certi versi, disfunzionalità, nel sistema politico e giuridico-

l'espulsione e che invece il Presidente Trump intende abolire. [J. WALTERS](#), *What is DACA and who are the Dreamers?*, in www.theguardian.com, 14/09/2017.

⁷¹ Il clima sempre più polarizzato nel Congresso (e nel Paese) che si riflette nello scontro tra Trump e i democratici sulla questione dell'immigrazione e sulla costruzione del muro al confine col Messico, ha innescato lo *shutdown* più lungo della storia degli Stati Uniti (35 giorni). Questo ha comportato una paralisi parziale ma significativa delle attività del governo federale (nove ministeri e numerose agenzie e enti federali sono rimasti bloccati o nel caos). L'economia americana (il blocco del governo è costato 1,2 miliardi alla settimana) ha corso il pericolo di una recessione economica di grandi proporzioni, ma il rischio maggiore, probabilmente, è stato in termini politici, di crisi di fiducia e credibilità nella responsabilità delle istituzioni e del governo. D. LU – A. SINGHVI, *Government Shutdown Timeline: See How the Effects Are Piling Up*, in www.nytimes.com, 28/01/2019.

⁷² Con il ricorso a tale misura, sicuramente estrema, collegata a crisi eccezionali e urgenti, disastri naturali o guerre e disciplinata, in particolare, dal *National Emergencies Act* del 1976, il Presidente, in definitiva, può rafforzare molto i propri poteri tramite eccezioni alle norme che normalmente li limitano, andando così a compromettere, se non ad eludere, la dottrina della separazione e dell'equilibrio dei poteri che è promossa per impedire l'esercizio arbitrario del potere e quindi qualsiasi forma di attentato alla democrazia. L.P. VANONI, «*A loaded weapon*»: *gli Emergency Powers del Presidente americano tra costruzione del muro e separazione dei poteri*, in www.forumcostituzionale.it, 22/03/2019.

⁷³ 16 Stati hanno già presentato ricorso al tribunale federale di San Francisco contro la decisione del Presidente che a loro parere violerebbe la Costituzione in maniera grave e pretestuosa.

⁷⁴ La Camera dei Rappresentanti ha approvato una risoluzione, con l'apporto significativo di 13 voti repubblicani, con cui intende revocare lo stato d'emergenza. Il voto è passato, con 12 voti repubblicani, anche al Senato ma è stato oggetto di veto presidenziale (il primo del Presidente Trump) e richiederà una maggioranza qualificata – forse improbabile da raggiungere in entrambe le Camere - per esser superato. L.P. VANONI, «*A loaded weapon*», *op.cit.*, p. 3.



costituzionale, e continuano a sollevare perplessità e timori in merito alla tenuta democratica del principio dell'essenziale e complesso equilibrio fra separazione e bilanciamento dei i poteri, fulcro dell'architettura costituzionale e del suo funzionamento dinamico. Se, da una parte, può sembrare che emerga una certa ambiguità e contraddittorietà dal fatto che proprio dalla valorizzazione dei meccanismi dei *checks and balances* possano determinarsi, in talune circostanze, perfino situazioni di stallo istituzionale, di estrema polarizzazione politica o di accentuata conflittualità giudiziale, dall'altra, però, risulta ancor più evidente che dal depotenziamento degli stessi possa derivarne un più grave rischio di indebita concentrazione di potere, ovvero di derive egemoniche, di atteggiamenti autoritari e di decisioni antidemocratiche che andrebbero a minare irrimediabilmente il significato, la struttura e le finalità della Costituzione e quindi la stessa democrazia⁷⁵.

⁷⁵ A. DI GIOVINE, *Le tecniche del costituzionalismo del '900 per limitare la tirannide della maggioranza*, in G. BRAVO (a cura di), *La democrazia tra libertà e tirannide della maggioranza nell'Ottocento*, Olschki, 2004.