

# DIRITTI COMPARATI

Comparare i diritti fondamentali in Europa

## **IL TRAVEL BAN È (SOLO IN PARTE) APPLICABILE: LA CORTE SUPREMA APRE SPIRAGLI DI COSTITUZIONALITÀ PER L'EXECUTIVE ORDER DEL PRESIDENTE TRUMP**

Posted on 20 Luglio 2017 by [Chiara De Santis](#)

Il 26 giugno scorso, nella causa *Trump v. International Refugee Assistance Project* (582 U.S. \_ 2017), la Corte Suprema degli Stati Uniti ha scritto l'ennesimo, e non definitivo, capitolo sulla vicenda del c.d. *Travel Ban* varato dall'amministrazione Trump per la prima volta nel mese di gennaio, immediatamente impugnato in diverse sedi giudiziarie (per maggiori dettagli sulle vicende giudiziarie che hanno investito l'*executive order*, anche nella sua prima versione, v., in questo blog, D. de Lungo, *L'executive order di Trump: una "cronaca costituzionale"*, 15 febbraio 2017; M.C. Locchi, *Il "Muslim Ban" del Presidente Trump alla prova dell'Establishment Clause: alcuni aggiornamenti*, 29 maggio 2017), revocato quindi dallo stesso Presidente e poi riproposto, con alcune modifiche, lo scorso 16 marzo.

Il primo provvedimento (*executive order* n. 13769), in realtà più complesso e articolato di quanto si potrebbe pensare, prevedeva, per finalità di prevenzione del terrorismo internazionale, una sospensione di novanta giorni degli ingressi negli Stati Uniti di stranieri provenienti da sette Paesi (oltre all'Iraq, che non viene più menzionato nella seconda versione, Siria, Yemen, Libia, Iran, Somalia e Sudan), nonché una sospensione di

centoventi giorni per le procedure di riconoscimento dello status di rifugiato; da ultimo, si stabiliva in cinquantamila il numero massimo di rifugiati che gli Stati Uniti avrebbero potuto accogliere nell'anno in corso. Il secondo *executive order* (n. 13780) sembrerebbe accogliere parzialmente le critiche e i rilievi mossi da parte dell'opinione pubblica e in sede giurisdizionale, individuando con precisione le categorie di soggetti esentate dall'applicazione del *ban* (tra gli altri, *in primis*, i titolari di *green card*, ovvero coloro che risiedono legalmente e permanentemente negli Stati Uniti), nonché diverse categorie di persone che, in ragione delle loro particolari condizioni, potrebbero essere esentate, sebbene solo all'esito di una valutazione discrezionale, caso per caso, delle amministrazioni competenti.

L'introduzione di questi correttivi non ha però impedito che gran parte delle censure riscontrate nei confronti del primo *executive order* si trasferissero al secondo provvedimento, con prosecuzione delle controversie giudiziarie già in atto e l'avvio di nuove impugnazioni. Queste ultime si basano essenzialmente su due parametri costituzionali, che si assumono violati dall'atto presidenziale: da un lato, il V Emendamento della Costituzione americana, sotto il profilo dell'eguale protezione delle leggi (clausola ricavata, in via interpretativa, dall'assimilazione della norma al XIV Emendamento, che espressamente la contempla); dall'altro, l'*Establishment Clause* di cui al I Emendamento che, prima ancora di sancire la libertà di culto, vieta al Congresso di adottare atti volti ad istituire una religione di Stato o anche solo a favorire una confessione religiosa rispetto ad un'altra. Le corti federali di distretto, dinanzi alle quali il *Travel Ban* è stato impugnato in prima istanza, lungi dal ritenerlo un provvedimento neutro sotto quest'ultimo punto di vista, vi hanno ravvisato un *animus* ostile nei confronti della religione musulmana e degli stessi individui che la professano e, sulla base di questo, ne hanno bloccato l'operatività, sospendendone l'efficacia relativamente a tutto il territorio nazionale, seppure con strumenti di portata e rilevanza diverse. Le Corti d'appello del IV e IX Circuito, cui l'amministrazione federale si è successivamente appellata, hanno sostanzialmente avallato l'operato delle corti inferiori, sebbene seguendo percorsi argomentativi non

coincidenti. Soltanto la prima, infatti, ha valutato i possibili profili di incostituzionalità del *Muslim Ban* relativamente all'*Establishment Clause*, facendo leva, tra l'altro, anche sul contenuto di alcune affermazioni fatte da Trump e dai componenti del suo *staff* in campagna elettorale; la seconda, invece, si è attenuta ad un risalente principio dettato dalla Corte Suprema in base al quale, se un atto normativo viola sia lo *statutory law* sia il diritto costituzionale, è il primo ordine di censure che deve essere affrontato con priorità, evitando di sollevare la *constitutional question*. Pertanto, la Corte del IX Circuito ha incentrato le proprie valutazioni sul carattere esorbitante del provvedimento rispetto ai poteri conferiti al Presidente dalla legislazione federale (*Immigration and Nationality Act*), poteri che, seppure ampi, non sono assoluti. È indubbio che la normativa presidenziale si ponga in attrito con il principio costituzionale della separazione dei poteri; tuttavia, l'argomentazione della Corte si focalizza più precisamente sul divieto di discriminazioni in base alla nazionalità contemplato dall'*Immigration and Nationality Act*, in quanto espressione di una precisa volontà del Congresso disattesa dal Presidente. In definitiva, il *Travel Ban*, secondo i giudici del IX Circuito, è esorbitante proprio in quanto fortemente discriminatorio; a questo proposito infatti, e forse contraddicendo la propria intenzione iniziale di evitare la questione di costituzionalità, i giudici hanno evocato lo spettro di *Korematsu v. United States*, la sentenza che ha conferito il crisma di legittimità della Corte Suprema alla segregazione dei membri della comunità nippo-americana durante il secondo conflitto mondiale, le cui opinioni dissenzienti sono - queste sì - tutte basate sul V Emendamento.

La Corte Suprema, pronunciandosi in via interinale sul ricorso della Presidenza e rimandando la decisione definitiva al prossimo ottobre, ha formulato una *per curiam opinion* in cui, con una soluzione interpretativa abbastanza ardita, ma non inconsueta nella storia delle sue pronunce, ha sostanzialmente disegnato e delimitato una categoria di soggetti cui il *ban* non può legittimamente applicarsi, aprendo invece la strada all'*enforcement* dell'ordine esecutivo nei confronti di ogni altra persona e restringendo quindi l'operatività dei provvedimenti sospensivi assunti dalle corti federali inferiori. Le categorie esentate sono state individuate

dalla Corte in riferimento alle condizioni dei *respondent* nei casi provenienti dalle Corti del IV e IX Circuito; nella fattispecie, si trattava di due soggetti residenti negli Stati Uniti che attendevano l'arrivo di un familiare stretto dalla Siria e, nell'altro caso, dello Stato delle Hawaii, la cui università aveva ammesso degli studenti stranieri provenienti dai sei Paesi musulmani oggetto del divieto. In sostanza, per essere comunque ammesso negli Stati Uniti, il soggetto deve poter vantare (*credible claim*) una *bona fide relationship*, o di tipo familiare, con un individuo già residente negli Stati Uniti, o fondata su ragioni lavorative o di studio, con un ente avente sede in America e, in tal caso, deve ovviamente trattarsi di un rapporto reale e non costruito e documentato *ad hoc* al fine di ottenere l'ingresso nel Paese. Ove questa connessione, questo legame con gli Stati Uniti non sussista, manca, da parte statunitense, un soggetto titolare di una legittima e qualificata aspettativa che possa essere concretamente danneggiato dal divieto di ingresso e pertanto l'esigenza del Governo federale di tutelare la sicurezza nazionale si riepande pienamente e deve prevalere ("Denying entry to such a foreign national does not burden any American party by reason of that party's relationship with the foreign national").

Della decisione fa parte altresì un'opinione, parzialmente concorrente e parzialmente dissenziente, del giudice Clarence Thomas, condivisa dai giudici Alito e Gorsuch, che critica la soluzione di compromesso escogitata dalla Corte sia perché essa grava l'amministrazione competente di un ulteriore carico di lavoro finalizzato a sondare la sussistenza dei requisiti individuati dalla pronuncia, sia soprattutto perché, a detta dei tre giudici, le ragioni della tutela della sicurezza nazionale portate avanti dalla Presidenza avrebbero legittimato l'applicazione *in toto* e senza eccezioni del *Travel Ban*.

Ad ogni modo, se è vero che la disciplina dei divieti di ingresso è destinata a restare in vigore per un periodo di tempo definito, sia la struttura dell'atto, che prevede l'eventuale protrarsi delle restrizioni ed una possibile estensione del divieto ad altri Paesi, sia più in generale le linee direttrici della politica dell'amministrazione Trump in materia di sicurezza, terrorismo e immigrazione fanno presagire che la Corte potrebbe anche

trovarsi ad affrontare un contenzioso più ampio e di non agevole soluzione. Sarà interessante in questo caso vedere se la Corte Suprema, con la maggioranza conservatrice saldamente ricostituita in seno ad essa dopo la nomina di Gorsuch ad *Associate Justice*, sarà in grado, come già accadde ai tempi della legislazione Bush del post-11 settembre, di mediare tra politiche presidenziali restrittive e diritti dei singoli, facendo da argine alle normative che maggiormente rischierebbero di incidere sulle posizioni dei singoli tutelate dalla Costituzione, anche e soprattutto sotto il profilo del divieto di discriminazioni e dell'eguale protezione delle leggi. A prescindere dall'orientamento dei singoli giudici (che, peraltro, non sempre si è rivelato un buon criterio di prevedibilità delle decisioni della *Supreme Court*), la Corte ha ormai abituato i suoi osservatori più attenti ad una difesa gelosa delle proprie prerogative e a pronunce che esprimono in modo incisivo il proprio ruolo contro-maggioritario.