

Giorgia Costabile

**IL GIUDIZIARIO *AT THE BAR OF POLITICS*. LA  
*COUNTERMAJORITARIAN DIFFICULTY* NELLO  
SCONTRO POLITICO-GIURIDICO SUL “*MUSLIM  
BAN*” DEL PRESIDENTE TRUMP: UNA  
RIFLESSIONE**

**Working Paper 2/2018**

*ISSN 2531-9728*

*Diritti comparati. Working paper [Online]*

*Editore: Andrea Buratti, Giuseppe Martinico, Oreste Pollicino,*

*Giorgio Repetto, Raffaele Torino*

*Coordinatore Editoriale: Serenella Quari*

*Sede: Via Roentgen, 1 – 20136 Milano*

*E-mail: [submissions@diritticomparati.it](mailto:submissions@diritticomparati.it)*

*Data di pubblicazione: 04/06/2018*

Giorgia Costabile

***IL GIUDIZIARIO AT THE BAR OF POLITICS. LA COUNTERMAJORITARIAN DIFFICULTY NELLO SCONTRO POLITICO-GIURIDICO SUL "MUSLIM BAN" DEL PRESIDENTE TRUMP: UNA RIFLESSIONE***

Dottoressa di ricerca in *Politica Cultura e Sviluppo*, Università della Calabria.

Sommario. I. Introduzione al dilemma democratico della judicial review: attualità della countermajoritarian difficulty. - II. La politica migratoria restrittiva del Presidente Trump e la risposta del giudiziario. Il ruolo della judicial review al crocevia tra giustizia e politica. - III. La Corte Suprema e il diritto all'ultima parola sull'executive order del Presidente Trump. - IV. Conclusioni.

**I. Introduzione al dilemma democratico della *judicial review*: attualità della *countermajoritarian difficulty*<sup>1</sup>.**

La domanda al cuore del problema, un vero dilemma che ha attraversato l'intera storia americana seppur prodotto e declinato sulla scorta di un set di circostanze storicamente contingenti, è quella relativa alla legittimazione democratica del potere giudiziario (federale), i cui membri sono "irresponsabili" nei confronti del popolo ma che hanno ugualmente il potere di rovesciare le decisioni popolari<sup>2</sup>.

I confini tra legislatori e giudici (costituzionali, soprattutto), tra rispettivi ruoli e funzioni, di produzione normativa, da un lato, e di accertamento giudiziario di costituzionalità, dall'altro, almeno su un piano sostanziale-materiale, si vanno attenuandosi e confondendosi un po' dappertutto e, in modo particolare, negli Stati Uniti, dove la distinzione fondamentale tra *adjudication* e *legislation*<sup>3</sup>, che rimanda immediatamente ad altre divisioni, quella tra corti e

<sup>1</sup> Articolo inviato per referaggio in data 3 marzo 2018.

<sup>2</sup> B. FRIEDMAN, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*, in *New York University Law Review*, 1998, p. 333 ss; ID., *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part II: Reconstruction's Political Court*, in *New York University School of Law*, 2002, p. 1 ss; ID., *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Three: The Lesson of Lochner*, in *New York University Law Review*", 2001, p. 1383 ss; ID., *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law's Politics*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2000, p. 971 ss; ID., *The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five*, in *The Yale Law Journal*, 2002, p. 153 ss.

<sup>3</sup> D. KENNEDY, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Cambridge, 1997, p. 23 ss. L'autore legge l'ambiguità del rapporto tra politica e diritto attraverso le categorie di legislazione e giurisdizione; M.J. HORWITZ, *La*

## WORKING PAPERS

parlamenti, tra applicazione (giudiziale) del diritto e creazione (legislativa) del diritto e in generale tra diritto e politica e tra diritto e potere, è ancora più sfocata, fluida e ambigua, se non talvolta contraddittoria<sup>4</sup>.

Le vicende attuali, legate alla battaglia legale e politica, nonché civile, sui decreti esecutivi (il primo denominato: “*Protecting the Nation from foreign terrorist entry into the United States*”) “anti-immigrazione” del Presidente Trump non possono che iscriversi appieno nel solco di questo annoso e controverso dibattito e dirci moltissimo sulla portata e sull’importanza, ad un tempo politica e giuridica-costituzionale, dell’influenza e dell’intreccio, complicato e talvolta inestricabile, fra ruoli e competenze degli organi costituzionali indipendenti e separati e nello stesso tempo reciprocamente e continuativamente bilanciati nell’esercizio dei rispettivi compiti.

L’adozione dell’*executive order* del Presidente Trump sull’immigrazione (nelle sue tre versioni) e l’immediata contestazione legale che si è innescata nei tribunali di diverso livello in tutto il Paese, fino ad arrivare ai giudici della Corte Suprema, riesce bene ad inquadrare il tema del funzionamento concreto del complesso meccanismo dei *checks and balance* - di cui la *judicial review* ne è una concreta e significativa espressione - al cuore del sistema dei rapporti dinamici fra i poteri del sistema costituzionale statunitense.

La risposta oppositiva energica del giudiziario, a distanza di una settimana dalla firma del “destabilizzante” ordine esecutivo del Presidente Trump sull’immigrazione, dimostra la vitalità del sistema nord-americano e rappresenta l’occasione ideale per analizzare e approfondire, su di un piano ad un tempo teorico e fattuale, la questione del controllo giurisdizionale di costituzionalità, la *judicial review*, nel quadro dell’impianto costituzionale della separazione dei poteri.

Sarà possibile riflettere e interrogarsi, alla luce dei fatti recenti, sul significato, la capacità e la legittimità (formale e sostanziale) democratica del controllo giudiziale di costituzionalità (diffuso), considerare se queste funzioni effettivamente come un vero contrappeso e strumento, pregnante ed indispensabile, di accertamento costituzionale, e quindi anche, necessariamente, democratico, del giudiziario nei confronti degli atti di un esecutivo, altrimenti, potenzialmente esorbitante. Ai riferimenti teorici-dottrinali di respiro generale ma imprescindibili per focalizzare l’essenza del problema della cd. *difficoltà contromaggioritaria*, verranno in seguito coniugati gli avvenimenti di cronaca in cui quegli spunti, quei dubbi e interrogativi, più o meno esplicitamente, si riproporranno operativamente, dando prova della loro indiscutibile importanza e attualità.

Dopo un’introduzione d’insieme sull’argomento in discussione, risulterà poi abbastanza intuitivo riuscire a cogliere e ad evidenziare negli avvenimenti che verranno riportati, tutti quei nodi irrisolti, dubbi, critiche e perplessità variamente collegate all’azione, più o meno democraticamente legittimata o legittimabile, del controllo giudiziario di costituzionalità esercitato sulle decisioni degli organi politici democratici, nel caso in esame del Presidente.

---

*trasformazione del diritto americano. 1870-1960*, Bologna, 2004. L’autore ripercorre la storia americana mettendo in evidenza la natura intrinsecamente politica del ruolo della giurisprudenza e la sua tensione con il ruolo del legislatore.

<sup>4</sup> S.M. Griffin, *Il costituzionalismo americano. Dalla teoria alla politica*, Bologna, 2003.

## WORKING PAPERS

Chiamati imprescindibilmente in causa, per una corretta e completa configurazione di quello che è un enigma cruciale, nonché una vera ossessione<sup>5</sup>, all'interno del dibattito, non soltanto teorico-dottrinale, ma anche e soprattutto politico statunitense (ormai presente anche in una versione europea<sup>6</sup>), ci sono la concezione della democrazia e i suoi valori fondamentali, il significato profondo della Costituzione, il suo livello di determinatezza e la sua rigidità, il principio della *rule of law* e della separazione dei poteri e ovviamente il ruolo del giudiziario e della Corte Suprema nel complesso sistema costituzionale dei *checks and balance*; dalla combinazione di tutti questi argomenti, concetti e principi, dalle loro distinte definizioni, discendono ovviamente diverse teorie dell'interpretazione costituzionale e di conseguenza differenti tentativi di dare risposta o mitigare il problema della legittimazione democratica della *judicial review*<sup>7</sup>.

È immediatamente evidente come si tratti di un discorso particolarmente ampio, articolato e complesso, in quanto coinvolge nella sua esplicazione un gran numero di questioni e problematiche e che, fra l'altro, è possibile ed auspicabile (come sollecitato dal metodo giuridico comparato<sup>8</sup>) che venga studiato in un'ottica di dialogo interdisciplinare che abbracci simultaneamente discipline diverse come il diritto, la scienza politica, la filosofia politica, la sociologia<sup>9</sup>.

In tanti oramai convergono che non ci sia evento politico su cui i giudici non siano chiamati ad intervenire<sup>10</sup> nonostante la valenza, mai rinnegata, della *political question doctrine*<sup>11</sup> come limite, difficilmente superabile, almeno teoricamente, all'interventismo e protagonismo giudiziale nelle materie riservate alla discrezionalità politica delle istituzioni rappresentative. Non si può affrontare correttamente il problema della *countermajoritarian*

<sup>5</sup> B. FRIEDMAN, *The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty*, op.cit.

<sup>6</sup> A. PIZZORUSSO, *Italian and American Models of the Judiciary and of Judicial Review of Legislation: A Comparison of Recent Tendencies*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1 April 1990, p. 373 ss; ID, *I sistemi di giustizia costituzionale: dei modelli alla prassi*, in *Quaderni Costituzionali*, 1982, p. 521 ss.; G.F. de Andrade, *Comparative Constitutional Law: Judicial Review*, in *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 2001, p. 989 ss; M. Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1978.

<sup>7</sup> A. PIERINI, *Corte Suprema e legittimazione democratica: attualità di un dibattito teorico sull'equilibrio istituzionale nel costituzionalismo statunitense*, in R. Toniatti, M. Magrassi, *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati*, Padova, 2011

<sup>8</sup> R. SCARCIGLIA, *Introduzione al diritto pubblico comparato*, Bologna, 2006.

<sup>9</sup> A. DYEVE, *Making sense of Judicial Lawmaking: a Theory of Theories of Adjudication*, in *EUI Working Paper MWP*, No 2008/09.

<sup>10</sup> Fra i primi ad osservare come i giudici siano uno dei maggiori poteri politici negli Usa: A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, (1835-1840), Milano, 1999.

<sup>11</sup> C. DRIGO, *Giustizia costituzionale e political question doctrine*, Bologna, 2012; ID, *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, Bologna, 2017. J. C. Smith, *In re hooker: a political question doctrine game change*, 32 *Miss. C. L. Rev.*, 2013-14; R. E. BARKOW, *More Supreme Than Court? The fall of the political question doctrine and the rise of judicial supremacy*, in *Colum. L. Rev.*, 2002, p. 237 ss.

## WORKING PAPERS

*difficulty*<sup>12</sup>, inoltre, senza considerare necessariamente la questione dell'esistenza e della portata della *judicial supremacy*<sup>13</sup> e combinarla a quella del significato e della rilevanza applicativa – le condizioni di utilizzo – particolarmente variabili e di fatto ampiamente discrezionali, della dottrina della *political question*<sup>14</sup>.

Le corti hanno assunto sempre più un ruolo centrale indiscutibile nel sistema legale e politico, con una corrispondente crescita del *judicial power* come strumento incisivo di *policymaking*<sup>15</sup>, e l'impatto delle loro decisioni è considerevolmente grande, tanto da riuscire ad influenzare ormai ogni aspetto della vita pubblica e privata, senza limitarsi ad agire, irrealisticamente (soprattutto in sistemi ispirati alla tradizione di *common law*), soltanto come *juge bouche de la loi* di montesquieana memoria (*la bouche qui prononce les paroles de la loi*<sup>16</sup>).

Dal *judicial activism*<sup>17</sup> coniugato ad una ormai tendenzialmente accettata *judicial supremacy*<sup>18</sup> discende la frequente critica di usurpazione e abuso di potere che tenderebbe a stabilire un “governo dei giudici”<sup>19</sup> irresponsabile di fronte all'elettorato ma in grado di

---

<sup>12</sup> Sul «paradosso della democrazia costituzionale», si veda, fra i tanti: F.I MICHELMAN, *La democrazia e il potere giudiziario, Il dilemma costituzionale e il giudice Brennan*, Bari, 2004.

<sup>13</sup> K.E. WHITTINGTON, *Political Foundations of Judicial Supremacy: the Presidency, the Supreme Court and Constitutional Leadership in U.S. history*, Princeton (NJ), 2007, p. 295 ss; B. FRIEDMAN, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*, op.cit, p. 342: <<without judicial supremacy, no countermajoritarian problem presents itself>>.

<sup>14</sup> F. SCHARPF, *Judicial review and the political question: a functional analysis*, in *Yale L.J.*, 1966, p. 517 ss.; L.H. Tribe, *American constitutional law*, Vol. I, New York, 2000; ID, *We The People, Foundations*, Cambridge, 1991.

<sup>15</sup> M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano 1984; R.A. DAHL, *Decision-making in a democracy. The Supreme Court as a national policy-maker*, in *J.Pub.L.*, 1957, p. 279 ss.

<sup>16</sup> C.L. DE MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, Torino, 2005. In maniera simile si esprimono, fra gli atri, Kant, Condorcet e Beccaria, vedi M. LA TORRE, *Theories of Legal Argumentation and Concept of Law. An Approximation*, in *Ratio Juris*, p. 377 ss.

<sup>17</sup> Contrapposto, concettualmente, ad un atteggiamento improntato al *self-restraint* e misurabile, approssimativamente, dal numero di leggi dichiarate incostituzionali, vedi A. LIIPHART, *Patterns of democracy. Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, New Haven, 1999. Il rapporto tra politica maggioritaria e garanzie costituzionali e quindi i nodi irrisolti nella riflessione sul ruolo del potere giudiziario nei sistemi democratico-costituzionali porta ad interrogarsi, anche, su strumenti e tecniche di cui le corti si servono per interpretare la Costituzione i quali, fra l'altro, possono o meno legittimare una gestione (talvolta “creazione”) giudiziale dei diritti (attraverso un'interpretazione “evolutiva” che abbandoni la funzione meramente “dichiarativa” del diritto). Per un approfondimento della questione attraverso l'esame di alcune importanti pronunce giudiziali si veda C. VALENTINI *Le ragioni della Costituzione. La Corte Suprema americana, i diritti e le regole della democrazia*, Torino, 2011.

<sup>18</sup> Si tratta del graduale riconoscimento, a lungo contestato, dell'effetto vincolante *erga omnes* dei pronunciamenti della Corte Suprema, quale arbitro ultimo del significato della Costituzione, non solo fra le parti del caso specifico sotto giudizio ma anche sulle altre branche dei governi statali e nazionale e nelle future controversie simili (in base al funzionamento del principio dello *stare decisis*). G.F. DE ANDRADE, *Comparative Constitutional Law: Judicial Review*, op.cit.

<sup>19</sup> V. ACCATTATIS, *Il governo dei giudici e i giudici del governo*, Milano, 1998; E. Lambert, *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti: l'esperienza americana del controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi*, Milano, 1996.

## WORKING PAPERS

interferire con la volontà popolare, quantomeno quella della maggioranza, che in una democrazia dovrebbe essere sovrana, anche sovvertendola<sup>20</sup> (compromettendo, così, la valenza del principio cardine della sovranità popolare racchiuso nel glorioso “*we, the people*”).

Emergono, quindi, da un lato la difficoltà fondamentale di riconciliare la *judicial review* con un governo democratico<sup>21</sup> (o, detto in altri termini, il costituzionalismo con la democrazia) e, dell'altro, anche, la tensione permanente tra democrazia e diritti delle minoranze<sup>22</sup>.

Bisognerebbe, quindi, capire come funzionano le corti (il sistema giudiziario statunitense complessivo, articolato e complesso) e nel valutare l'impatto delle loro decisioni saper distinguere, inoltre, tra legittimazione legale di quanto stabilito da una sentenza (discendente, anche, dal riconoscimento preliminare del grado di determinatezza, completezza e precisione delle norme da applicare o della Costituzione da interpretare e garantire, che permetterebbe, poi, di ancorare le decisioni giudiziali ad una comprensione quanto più fissa, certa e razionale e ad un significato obiettivo delle leggi ed infine di avvalorarne la conseguente applicazione logica, corretta e imparziale – quasi fosse meccanica – al caso concreto) dalla legittimazione sociale, espressa nel livello di accettazione pubblica e di gradimento da parte della società, per poi ricollegare i due aspetti<sup>23</sup>.

La regola democratica fondamentale della maggioranza, come espressione della volontà popolare tramite elezioni libere e periodiche degli organi politici, può incontrare il limite del giudizio antimaggioritario di tutte le corti (che, per il sistema diffuso della *judicial review*, possono disapplicare le norme giudicate incostituzionali) e in particolare del massimo organo giurisdizionale, la *Supreme Court*, l'organo che detiene il “diritto all'ultima parola”<sup>24</sup>, la sola che ha il potere di censurare e quindi bloccare la validità e gli effetti giuridici di quelle scelte con una sorta di veto giudiziario (come esito dell'applicazione verticale del principio dello *stare decisis* che consente la produzione di effetti *erga omnes*)<sup>25</sup> e, di fatto sempre più spesso, sostituire

---

<sup>20</sup> La *judicial review* viene per questo definita “una stridente deviazione nella democrazia Americana” in A.M. BICKEL, *The last dangerous branch. The Supreme Court at the bar of politics*, Indianapolis-New York, 1962, p.18. L'autore, inoltre, è il primo ad utilizzare l'espressione *countermajoritarian difficulty* per identificare il problema in oggetto.

<sup>21</sup> E. CHEMERINSKY, *Interpreting the Constitution*, New York, 1987; ID, *The Supreme Court, 1988 Term - Foreword: The Vanishing Constitution*, in *Harv. L. Rev.*, 1989, p. 43 ss.

<sup>22</sup> M.J. HORWITZ, *The Supreme Court, 1992 Term – Foreword: The Constitution of Change: Legal Fundamentality Without Fundamentalism*, in *Harv. L. Rev.*, 1993, p. 30 ss; J.H. ELY, *Democracy and Distrust; a theory of judicial review*, Cambridge, 1980, Ely elabora la sua teoria della *judicial review* a partire dalla *Footnote 4* alla sentenza *United States v. Carolene Products Co.* (1938), individuando nella tutela delle *discrete and insular minorities* e in generale nella garanzia dell'accesso e della partecipazione ai processi deliberativi pubblici (diritti procedurali più che sostanziali) i compiti fondamentali della Corte Suprema che ne legittimerebbero democraticamente il ruolo.

<sup>23</sup>B. FRIEDMAN, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Three: The Lesson of Lochner*, op.cit., p. 1453 ss.

<sup>24</sup> In tema di “diritto all'ultima parola” cfr. L. FAVOREAU, *La légitimité du juge constitutionnel*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1994, p. 557 ss; G. Zagrebelsky, *Principi e voti: la Corte costituzionale e la politica*, Torino, 2005; V. FERRERES-COMELLA, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, 1997, p. 42 ss.

<sup>25</sup> G.F. DE ANDRADE, *Comparative Constitutional Law: Judicial Review*, op.cit., p. 979.

## WORKING PAPERS

le proprie decisioni a quelle della maggioranza al potere o, come in questo caso, del Presidente<sup>26</sup>.

Sono questi gli elementi, alla radice di un'antinomia apparentemente insolubile, connaturati al modello del costituzionalismo statunitense in cui coesistono, in una tensione permanente in quanto posti in relazione di continuo e reciproco bilanciamento/influenza, il governo democratico maggioritario e il controllo di costituzionalità contromaggioritario.

Il nodo del paradosso sta, quindi, nella possibilità che un corpo di giudici non eletti ma nominati a vita<sup>27</sup>- dalla legittimazione quindi alternativa a quella politica e democratica ordinaria, di natura tecnico-giuridica, di tipo sapienziale o elitario-aristocratico - sia in grado, se adito, di controllare e, quando ritenuto opportuno, derogare (con una pronuncia della Corte Suprema in maniera definitiva, ad eccezione della strada dell'*amending power ex art.V Cost.*) alle preferenze espresse dal corpo degli eletti, sulla base della valutazione - in parte (quanta?) discrezionale e politicamente orientata - di un insanabile contrasto normativo fra una norma, oggetto specifico del controllo (sempre concreto e incidentale<sup>28</sup>) e *the Supreme law of the Land*, del cui rispetto è interprete e guardiano.

Bisogna considerare anche, quindi, l'impatto e l'importanza politica<sup>29</sup>, ormai indiscutibile, del procedimento di nomina presidenziale dei giudici (con approvazione senatoriale), il corrispondente livello di garanzia della loro necessaria indipendenza (assicurato costituzionalmente attraverso la sola previsione del mandato vitalizio e dall'irriducibilità della loro indennità economica) e la conseguente mancanza di un rapporto di responsabilità democratica che li sottoponga al controllo del legislativo o direttamente del corpo elettorale, essendo considerevolmente protetti da qualsiasi rapporto di supervisione democratica sulle scelte da essi operate ed esenti da vincoli di *accountability*.

La consapevolezza, inoltre, che in molti degli enunciati costituzionali sia stato possibile, nel corso della storia costituzionale statunitense, individuare significati perfino alternativi, comporta inevitabilmente che i giudici effettuino, sempre, delle scelte di valore personali, esprimano opinioni soggettive, operino delle valutazioni politiche o preferenze ideologiche, per quanto abilmente celate, che creano il fenomeno problematico della contaminazione ideologica e politica del diritto (e del controllo di costituzionalità) e della mancanza o carenza di oggettività in quello che si rivela, di fatto, un processo politicamente connotato, e strategicamente

---

<sup>26</sup> Sul protagonismo legislativo del Presidente si veda: M. Comba, *Il Presidente degli Stati Uniti d'America: la persistenza del modello rooseveltiano*, in A. Di Giovine e A. Mastromarino, *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Torino, 2007, p. 9 ss.

<sup>27</sup> B. BARBISAN, *Designazione e nomina dei giudici alla Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2003, p. 187 ss.

<sup>28</sup> Ricordiamo il limite del *case and controversy* posto dall'articolo III della Costituzione al potere di *adjudication* delle corti federali, dalla cui elaborazione scaturiscono poi le diverse *doctrines of justiciability*, impiegate spesso strategicamente.

<sup>29</sup> Sul processo di politicizzazione delle nomine dei giudici supremi che nell'approvazione in Senato diventano terreno di acceso scontro politico fra gli opposti partiti in base all'affiliazione al Presidente in carica che ha effettuato la scelta e sulla conseguente, parziale, delegittimazione della Corte si veda C. BOLOGNA, *We the People o We the Judges?*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, p. 975 ss.

## WORKING PAPERS

orientato, di *rule making* giudiziale, con effetti inevitabilmente negativi sull'immagine imparziale, obiettiva e squisitamente tecnico-formale-giuridica del controllo di costituzionalità<sup>30</sup>.

In breve, è possibile inquadrare il problema della c.d. *countermajoritarian difficulty*<sup>31</sup> come il “vizio antimaggioritario”<sup>32</sup> che deriva dal profondo scarto esistente fra l'effettivo e determinante ruolo politico esercitato dai giudici e in particolare dalla Corte Suprema come interprete ultimo della Costituzione<sup>33</sup> e censore delle leggi (degli atti amministrativi e delle sentenze, sia statali che federali) valutate incompatibili con essa (con la *Supreme law of the land*, ovvero l'interpretazione delle disposizioni e clausole costituzionali<sup>34</sup>, elaborata con argomentazioni e tecniche di giudizio alternative, dall'ampia discrezionalità e variabili<sup>35</sup>) e l'assenza di un meccanismo di responsabilità diretta di fronte all'elettorato.

Si tratta, innegabilmente, dell'esercizio di un grande potere, perlomeno in parte, inevitabilmente discrezionale<sup>36</sup> e materialmente politico, in grado di bloccare e sostituire le scelte delle maggioranze, legittimate democraticamente a governare, con le proprie e, così facendo, in molti casi, capace di incidere profondamente sulla forma di governo, sulla forma di Stato - ovvero inserendosi attivamente negli ingranaggi del *federalizing process*<sup>37</sup> -, nonché sulla materia dei diritti fondamentali<sup>38</sup>, quindi, sull'evoluzione complessiva dell'ordinamento giuridico-costituzionale e su moltissimi aspetti della vita degli stessi cittadini.

---

<sup>30</sup> J.L. COLEMAN, B. LEITER, *Determinacy, objectivity, and authority*, in *U.Pa.L.Rev.*, 1993, p. 549 ss.; H. FELDMAN, *Objectivity in legal judgment*, in *Minch.L.Rev.*, 1994, p.551 ss.

<sup>31</sup> A.M. BICKEL, *The last dangerous branch. The Supreme Court at the bar of politics*, op.cit., p.18. Il titolo dell'opera riprende, confutandolo ironicamente, il famoso passo del *Federalist* in cui Hamilton definiva il potere giudiziario come “il ramo meno pericoloso per i diritti politici sanciti in Costituzione” in quanto “non può influire né sulla spada né sulla borsa, non può dirigere né la forza né la ricchezza della società e non può addivenire a nessuna decisione veramente risolutiva. Si può, a ragione, dire che esso non ha forza né volontà ma soltanto giudizio e dovrà ricorrere all'aiuto del governo perfino per dare esecuzione ai propri giudizi.” (Hamilton, il *Federalista* n.78) A. HAMILTON, J. MADISON, J. JAY, *Il Federalista*, (a cura di) M. D'ADDIO, G. NEGRI, Bologna, 1997, p. 621 ss.

<sup>32</sup> R. DAHL, *Quanto è democratica la Costituzione americana?*, Roma-Bari, 2003, p. 107.

<sup>33</sup> Un approccio critico e problematico alla *judicial review* deve considerare l'importanza delle interconnessioni fra teoria della Costituzione, teoria della giustizia costituzionale e teoria dell'interpretazione costituzionale. Si veda, fra i tanti: O. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014.

<sup>34</sup> L.H.TRIBE, *The Invisible Constitution*, Oxford, 2008. Viene sottolineata la necessità di cogliere la “sostanza invisibile” del sostrato filosofico-concettuale-ideale a fondamento della Costituzione, andare oltre il dato testuale e scorgere i valori fondamentali e gli obiettivi posti al suo sviluppo.

<sup>35</sup> L.H.TRIBE, M.C. DORF, *Leggere la costituzione. Una lezione americana*, Bologna, 2005.

<sup>36</sup> A. BARAK, *La discrezionalità del giudice*, Milano, 1995.

<sup>37</sup> C. FRIEDRICH, *Trends of federalism in theory and practice*, New York, 1968; A. Pin, *La sovranità in America. Il federalismo di fronte alla Corte Suprema dalle origini alla crisi economica contemporanea*, Padova, 2012.

<sup>38</sup> M. CAVINO, C. Tripodina, *La tutela dei diritti fondamentali fra diritto politico e diritto giurisprudenziale: casi difficili alla prova*, Milano, 2012.



## II. La politica migratoria restrittiva del Presidente Trump e la risposta del giudiziario. Il ruolo della *judicial review* al crocevia tra giustizia e politica

Abbiamo fin qui cercato di inquadrare, brevemente, l'annosa e controversa questione della legittimità democratica della *judicial review*, ricordando tutti gli aspetti e le problematiche che essa inevitabilmente richiama. L'elevata complessità e l'importanza degli interrogativi e dei dubbi emersi possono essere analizzati, come anticipato, attraverso il riferimento e l'analisi di concrete vicende storiche e specifiche sentenze che sono poi le condizioni fondamentali e necessarie che hanno costituito, alimentato e dato concretezza e validità alle diverse posizioni in questo ampio dibattito teorico-dottrinale che, in molte occasioni, infatti, ha costituito il terreno per un acceso scontro politico, come accade tuttora.

Il mio tentativo, qui, sarà specificatamente quello di attualizzare questa polemica, calarla nel vivo delle vicende di cronaca statunitense, leggerla e analizzarla all'interno dello scontro politico-giuridico innescato dalle politiche migratorie approvate e sostenute dal Presidente Trump.

Alla luce degli avvenimenti attuali, è possibile, infatti, comprendere meglio quali siano il significato, la portata, gli effetti, nonché riflettere sulle possibili soluzioni-attenuazioni, dell'antitesi centrale esistente tra la natura intrinsecamente antimaggioritaria della *judicial review of legislation*<sup>39</sup> e il principio maggioritario alla base dei processi di formazione della *ordinary legislation*<sup>40</sup>; come abbiamo evidenziato, due elementi cardine dello Stato democratico: da una lato, la giustizia costituzionale, dalla scarsa o nulla o, se non altro, alternativa, legittimazione democratica, finalizzata alla garanzia della rigidità, intesa come supremazia gerarchica su tutte le altre fonti<sup>41</sup>, della Costituzione e, dall'altro, l'attività legislativa ordinaria, esercitata, a livello sia statale che federale, da istituzioni rappresentative, democraticamente elette e responsabili di fronte all'elettorato.

Le vicende recenti legate alla travagliata approvazione dei diversi ordini esecutivi del Presidente Trump in materia di politica migratoria serviranno a dare maggiore contezza esplicativa dell'importanza politica, concreta e attuale, dell'accesa disputa sulla *countermajoritarian difficulty* che ha accompagnato, seppur con le dovute precisazioni e differenze, l'intera storia costituzionale degli Stati Uniti, fin dalle sue origini.

All'inizio del suo mandato, il Presidente Trump ha firmato un ordine esecutivo<sup>42</sup> in cui era previsto il divieto per i cittadini di sette Stati (ridotti, in una seconda versione del decreto<sup>43</sup>,

<sup>39</sup> E.S. CORWIN, *The doctrine of judicial review. Its Legal and Historical Basis*, Princeton, 1914.

<sup>40</sup> A. PIERINI, *Corte Suprema e legittimazione democratica: attualità di un dibattito teorico sull'equilibrio istituzionale nel costituzionalismo statunitense*, op.cit.

<sup>41</sup> R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1996.

<sup>42</sup> Il primo *executive order*, intitolato "*Protecting the Nation from foreign terrorist entry into the United States*", subito ribattezzato "*muslim ban*" è stato firmato dal Presidente Trump il 27 gennaio 2017. D. DE LUNGO, *L'executive order di Trump: una cronaca costituzionale*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 15 Febbraio 2017.

<sup>43</sup> La seconda versione del bando risale al 6 marzo 2017 e doveva entrare in vigore il 16 marzo ma il giorno prima è stata bloccata a livello nazionale dalla pronuncia del giudice Derrick K. Watson, del Tribunale federale distrettuale delle Hawaii. Nella versione "bis" viene specificato che i detentori di visti e green card saranno protetti dalla misura

## WORKING PAPERS

a 6 togliendo l'Iraq, alleato Usa, dalla lista nera, ovvero: Iran, Libia, Somalia, Sudan, Siria e Yemen, in maggioranza musulmana), di fare ingresso negli Stati Uniti, valido per un periodo di 90 giorni.

Il provvedimento, inoltre, prevedeva che venissero bloccati per 120 giorni anche tutti i profughi e, a tempo indeterminato, i rifugiati provenienti dalla Siria<sup>44</sup>.

La società civile, immediatamente, si è indignata e ha protestato per le strade e negli aeroporti si è creato il caos.

Il bando, a pochi giorni dalla sua adozione, è stato duramente contestato perché considerato incostituzionale<sup>45</sup>, ingiusto e discriminatorio ai danni dei musulmani<sup>46</sup> e numerosi, a tal motivo, sono stati i ricorsi al circuito giudiziario.

È iniziata da subito, congiuntamente alla protesta civile, la lunga e complessa battaglia legale. Giudici statali e corti d'appello federali hanno bloccato la decisione presidenziale, sostenuta dall'esecutivo con motivazioni di sicurezza nazionale e obiettivi di lotta al terrorismo, in quanto l'hanno giudicata illegittima e incostituzionale.

In un primo momento sembrava che fosse prevalsa la Costituzione ed avesse vinto il diritto alla libertà di religione in essa protetto (al I emendamento), con la sospensione temporanea, a livello nazionale, del divieto sull'immigrazione da paesi in prevalenza musulmani<sup>47</sup>.

---

e potranno viaggiare liberamente negli Usa. Ulteriore novità è che la sospensione per 120 giorni si applica a tutti i rifugiati, senza sottoporre solo quelli siriani a un divieto a tempo indeterminato. L. MARINI, *Trump ed i giudici: gli Stati Uniti fra politica e Costituzione. L'ordine esecutivo in tema di immigrazione e la decisione di appello tra Costituzione, diritti e politica*, in *Osservatorio internazionale, Questione giustizia*, (pubblicazione online editata dalla Associazione Magistratura Democratica), 24 febbraio 2017; ID, *Stato di Washington versus Donald J.Trump*, in *Osservatorio internazionale, Questione giustizia*, 9 febbraio 2017.

<sup>44</sup> Con il “*Muslim ban bis*” viene drasticamente dimezzata la quota annuale di richiedenti asilo che possono essere accolti nel Paese passando dai 110mila stabiliti sotto l'amministrazione Obama ai 50mila dall'amministrazione Trump, all'interno di una più ampia opera di smantellamento delle politiche, in questo caso quella migratoria, del predecessore.

<sup>45</sup> Per violazione del *due process* (V Emendamento) che non si applica ai soli cittadini americani ma anche agli stranieri, inclusi quelli che si trovano sul territorio in modo illegittimo. Si veda *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723, 765 (2008) in cui viene esplicitamente rigettata l'idea che per legge il Congresso o l'esecutivo possano privare le corti federali della giurisdizione sull'*habeas corpus*, nemmeno sugli *enemy combatants*, perché <<*the political branches lack the power to switch the Constitution on or off at will*>>; e *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919, 940 (1983), in cui viene rigettato l'argomento secondo cui il Congresso abbia un “*unreviewable authority over the regulation of aliens*”, affermando al contrario che le corti abbiano il compito di *review* anche quando si tratti di politica estera o sicurezza nazionale e debbano valutare se il Congresso abbia utilizzato mezzi costituzionalmente ammissibili per implementare il suo potere; un controllo richiesto soprattutto quando siano in gioco i diritti costituzionali.

<sup>46</sup> Ricordiamo il divieto di discriminazione nel godimento dei diritti fondamentali, nei confronti anche dei soggetti non cittadini, delle “*discrete and insular minorities*” basate su parametri quali la razza, la religione, la nazionalità, ecc., che andrebbero a costituire delle “*suspect classifications*” da respingere secondo la giurisprudenza che si rifà alla nota n.4 alla sentenza *Carolene Products*. B.A. Ackerman, *Beyond Carolene Products*, in *Harvard Law Review*, 1985, p. 713 ss.

<sup>47</sup> Il giudice federale del Distretto occidentale dello Stato di Washington a Seattle, J. Robart, sospende il provvedimento restrittivo sull'immigrazione, accogliendo il ricorso presentatogli dagli stati di Washington e

## WORKING PAPERS

La Corte d'appello federale del 9° circuito di San Francisco<sup>48</sup>, il 9 febbraio in <<*State of Washington et al. contro Donald J. Trump et al.*>>, aveva infatti respinto il ricorso, in via d'urgenza, del dipartimento di Giustizia, con il quale l'amministrazione Trump richiedeva che la sospensione del bando<sup>49</sup>, disposta il 3 febbraio, da un giudice federale di primo grado del distretto di Washington a Seattle, James Robart (nominato dal repubblicano G.W. Bush), venisse revocata. Il giudice di primo grado aveva inoltre emesso un'ordinanza di emergenza che impediva agli Stati Uniti di espellere i rifugiati che provenivano dagli Stati a maggioranza islamica bollati come pericolosi e di rimandarli nei loro paesi di provenienza se fermati agli aeroporti.

L'importanza della pronuncia di Robart sta nell'efficacia su tutto il territorio degli Stati Uniti che ha, quindi, bloccato in via generale l'applicazione del provvedimento esecutivo del Presidente Trump fino a successive udienze nel merito. Il bando degli immigrati musulmani ha immediatamente infiammato la contestazione della società civile che ha visto migliaia di persone protestare in molte città e, parallelamente, ha innescato uno scontro durissimo fra il giudiziario<sup>50</sup> e l'esecutivo e, nello stesso tempo, visto da un'altra prospettiva, fra alcuni Stati<sup>51</sup> e

---

Minnesota, i primi che ne avevano chiesto la sospensione, denunciando i gravi danni economici, sociali, e ai diritti umani dei propri cittadini, provocati dal bando (alla causa promossa dai due Stati se ne sono poi aggiunti altri 16, più un centinaio di grandi aziende) ed emana quindi un'ingiunzione restrittiva verso il decreto del Presidente Trump che, eccezionalmente, ha effetto a livello nazionale per assicurare garanzia all'imperativo costituzionale di una regola uniforme in fatto di immigrazione.

<sup>48</sup> Ricordiamo l'insolita udienza avvenuta per via telefonica, dove A. Flentje, avvocato del ministero della Giustizia, ha risposto per un'ora circa alle domande di tre giudici della corte d'appello del Ninth Circuite, trasmessa in streaming che è stata seguita da migliaia di persone.

<sup>49</sup> Particolarmente delicata e fonte di aspre polemiche riguardo la sua legalità è, fra l'altro, l'adozione da parte delle Corti federali di sentenze "*nationwide injunctions*" (ben 22 da quando Trump si è insediato alla Presidenza degli Stati Uniti, mentre nei 2 secoli di storia è successo pochissime volte e per casi ritenuti eccezionali). Il Procuratore generale degli Stati Uniti, l'*Attorney General* Jeff Session, capo del Dipartimento della Giustizia, ad esempio, (durante la conferenza al *California Peace Officers Association's annual Legislative Day*) ha criticato la possibilità che una corte federale competente per un ben determinato distretto giudiziario possa sentenziare *erga omnes*, prerogativa che dovrebbe essere riservata alla sola Corte Suprema.

<sup>50</sup> Il "*Travel ban*", secondo la Corte d'Appello del quarto distretto di Richmond, in Virginia, ad esempio, viola la libertà di religione, un diritto costituzionale fondamentale che nel primo emendamento della Costituzione (con l'*Establishment Clause* e la *Free Exercise Clause*) assicura parità di trattamento ai fedeli delle diverse religioni. La Corte d'appello di San Francisco ha invece sostenuto che l'ordine esecutivo presidenziale di Trump, oltre ad essere discriminatorio, esorbitava i poteri costituzionali assegnati al presidente degli Stati Uniti.

<sup>51</sup> Gli *attorney general* di 18 Stati, inclusa la capitale, hanno emesso una dichiarazione congiunta con cui hanno condannato come incostituzionale il bando del presidente. "*Oggi ha vinto la Costituzione*", così ha commentato Bob Ferguson, di nomina democratica, il primo procuratore generale a contestare il bando, alla notizia che la Corte federale di Seattle aveva accolto la sua richiesta di bloccare l'ordine su base nazionale, sostenendo che, altrimenti, questo avrebbe provocato un danno irreparabile poiché non avrebbe aumentato la sicurezza ma soltanto diviso e ulteriormente polarizzato il Paese e seminato caos e diffidenza (anche Obama ha contestato pubblicamente il provvedimento sostenendo che avrebbe rischiato solo di radicalizzare i musulmani, rendendoli più vulnerabili all'ideologia estremista). "*Nessuno* - ha dichiarato il governatore dello Stato di Washington, Jay Inslee - *è al di sopra della legge* - e della Costituzione come legge suprema - *neanche il presidente*", che secondo molti, come

## WORKING PAPERS

il governo federale. Gli *State Attorney* che hanno sollecitato il giudice federale di primo grado alla sospensione del provvedimento, hanno argomentato la richiesta sulla base dell'interesse degli Stati - garantito dal riconoscimento in capo agli stessi di un ampio e generale *police power*<sup>52</sup> - a proteggere la salute, la sicurezza e il benessere dei propri residenti (da qui la contestazione, da parte dei ricorrenti, della violazione anche del X emendamento), compromessi negativamente<sup>53</sup> dall'operatività del bando.

Emergono, come evidente, anche profili che ricadono sui delicati rapporti federali, quei particolarissimi equilibri dinamici e instabili fra *federal government* e governi statali<sup>54</sup> che portano anche a chiedersi se per volere della maggioranza si debba intendere esclusivamente quella espressa a livello nazionale oppure anche quella, eventualmente alternativa, della maggioranza degli Stati (e se e come questa vada tenuta in considerazione). Sono tanti i rilievi costituzionalmente impegnativi quanto delicati che emergono dalla sentenza di secondo grado del tribunale di San Francisco che rigetta il ricorso dell'Amministrazione Trump avverso la decisione di sospensione, che viene invece mantenuta, in quanto dichiarato non sufficientemente fondato.

Viene così convalidata la tesi secondo cui gli Stati subirebbero danni irreparabili, dall'applicazione di un ordine esecutivo considerato privo di motivazione reale, discriminatorio e contrario alla Costituzione. Inoltre si rifiuta la pretesa che il Presidente (legittimato ad esercitare, attraverso lo strumento degli *executive order*<sup>55</sup>, un sorprendente potere, nei fatti, legislativo, pur presentandosi come attività esecutiva, attribuitagli dalla *take care clause* costituzionale - con il "farsi carico che le leggi siano fedelmente eseguite"-), abbia un'autorità non sindacabile di stabilire le politiche d'ingresso degli stranieri (e di chiudere le frontiere), ovvero che le corti non possano assoggettare a revisione e controllo le sue decisioni in materia di immigrazione, soprattutto se motivate da ragioni di sicurezza nazionale. Nella sentenza<sup>56</sup> si legge chiaramente che le politiche in materia di immigrazione, così come l'esercizio di ogni attività costituzionalmente riconosciuta ad uno dei tre poteri, non sospendono le prerogative delle corti di interpretare la legge e verificare che il Congresso e il Presidente abbiano adottato "soluzioni costituzionalmente corrette".

---

l'associazione per i diritti civili, *American Civil Liberties Union*, avrebbe iniziato una vera e propria guerra all'uguaglianza e, come la NAACP, starebbe dando voce al razzismo e alla xenofobia.

<sup>52</sup> Viene riconosciuto l'obbligo dello Stato (quale *parens patriae*) di farsi carico di reagire rispetto ai danni subiti o arrecabili ai propri cittadini.

<sup>53</sup> Le conseguenze negative lamentate erano quelle arrecate alle università, ai centri di ricerca, alle imprese (soggetti impossibilitati ad avvalersi di risorse umane importanti) e, di conseguenza, all'economia delle comunità e al bilancio statale.

<sup>54</sup> Ricordiamo, inoltre, la minaccia del Presidente Trump rivolta ai cosiddetti 'Stati santuari' (quegli Stati, come la California, accusati di proteggere con leggi incostituzionali gli immigrati irregolari) a cui intima di perseguire gli oltre undici milioni di clandestini irregolari presenti nei loro territori, altrimenti non si vedranno riconosciuti i finanziamenti per i dipartimenti di giustizia dei propri Stati.

<sup>55</sup> E. GRANDE, *Gli executive orders nell'epoca del trumpismo*, in *Osservatorio internazionale*, 6 febbraio 2017.

<sup>56</sup> <https://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2017/02/09/17-35105.pdf>

## WORKING PAPERS

Il controllo è quindi sempre necessario e non escludibile nemmeno qualora si motivi un provvedimento con ragioni di sicurezza nazionale. L'esecutivo non può vantare, quindi, una libertà di scelta priva di limiti ma al contrario ogni azione governativa è soggetta ad importanti vincoli costituzionali e, perfino in tempi di guerra, le corti non possono “venire meno all’obbligo di garantire la protezione che la Costituzione riconosce agli individui”. In tutti i casi in cui, quindi, i diritti costituzionali siano chiamati in causa in un atto legislativo o esecutivo, il controllo giudiziale non è per nessuna ragione eludibile. La reazione alla sentenza di secondo grado, come a quella di primo, ha alimentato il rischio di un conflitto fra poteri, in quanto, da parte dell’Amministrazione della Casa Bianca, si è duramente biasimata l’azione del sistema giudiziario, additata come impropriamente e illegittimamente politica. Il Presidente Trump ha espresso tutto il suo disappunto nei termini di un tentativo di “golpe” giudiziario, di ingerenza indebita e sconsiderata del giudiziario nella sfera delle autonome prerogative politiche presidenziali, di una manovra pericolosa dei giudici, non eletti, di bloccare decisioni politiche urgenti, per la protezione della Nazione, prese, sulla scorta dei compiti costituzionalmente riconosciuti, da chi è stato democraticamente eletto e legittimato a governare dal popolo americano. Vengono chiaramente riattivati tutti i temi caldi del *countermajoritarian criticism*; il governo federale, infatti, critica aspramente la natura delle sentenze che hanno bocciato l’ordine esecutivo sospensivo dei visti dai Paesi a rischio terrorismo, in quanto si fonderebbero esclusivamente su valutazioni politiche piuttosto che legali<sup>57</sup>, finendo per configurare, illegittimamente, la sentenza come puro atto di volontà<sup>58</sup>.

Non mancano, poi, polemiche sull’opportunità che avvenga in sede legislativa la riforma, l’abrogazione o la delimitazione, più stringente e specifica, dello spazio di discrezionalità che può esser concessa agli *executive order* presidenziali in materia di immigrazione.

Nonostante le sue rivendicazioni, il Presidente Trump, dopo il rigetto, a maggioranza, del suo ricorso in appello al giudice federale del nono circuito<sup>59</sup> e le numerose bocciature in diversi tribunali nel Paese, ha preferito evitare di ricorrere alla Corte Suprema, scegliendo di riscrivere il provvedimento e firmare un nuovo ordine esecutivo sull’immigrazione. Anche la versione “bis” – il c.d. “*Travel ban*” –, rivista e corretta, del controverso provvedimento, quella del 6 marzo 2017, con cui la Casa Bianca, strategicamente, ha sperato di abbandonare lo scontro nei tribunali riscrivendo il decreto, col fine dichiarato di garantire la sicurezza nazionale, è stato bocciato, poche ore prima della sua entrata in vigore, per gli stessi motivi con cui anche la sua prima versione ha ricevuto il veto giudiziario, ed è stato sospeso a livello nazionale. Questa

---

<sup>57</sup> A fronte di una certa neutralità esteriore del decreto e al di là della motivazione formale addotta, viene evidenziata dai giudici l’esistenza di un *animus* anti-musulmano, circostanza che ha fatto ingenerare ulteriori critiche riguardo alla possibilità che il giudizio si possa spingere fino a sindacare le ragioni non espresse di un provvedimento esecutivo.

<sup>58</sup> E. BORK, *Il giudice sovrano*, Macerata, 2004.

<sup>59</sup> Si sostiene che Il governo non sia stato in grado di dimostrare che la sospensione del decreto, stabilita dal giudice Robart, avrebbe causato *vulnera* irreparabili, oltre al fatto che non era stata fornita la minima prova che cittadini provenienti dai Paesi richiamati nel provvedimento avessero mai perpetrato un attacco terroristico negli Stati Uniti.

volta la contestazione è partita da un giudice federale delle Hawaii, D. Watson<sup>60</sup>, che ha nuovamente mosso l'accusa di discriminazione religiosa e violazione della Costituzione<sup>61</sup>.

### III. La Corte Suprema e il *diritto all'ultima parola sull'executive order* del Presidente Trump

La Corte Suprema, adita dal governo per contestare i provvedimenti di sospensione del decreto presidenziale e porre fine alla estenuante battaglia legale, ha poi stabilito, il 26 giugno, con una decisione all'unanimità <sup>62</sup>, che avrebbe esaminato il caso in autunno e, contemporaneamente, ha permesso la reintroduzione di una versione ridotta e rivisitata dell'ordine esecutivo con cui la Casa Bianca aveva deciso la temporanea sospensione del rilascio dei visti di ingresso negli Stati Uniti e delle pratiche di riconoscimento dello *status* di rifugiato nei confronti degli individui provenienti da sei Paesi a maggioranza musulmana (con lo scopo di proteggere il Paese da infiltrazioni terroristiche, nell'ottica di un rafforzamento della guerra al terrorismo).

Il provvedimento, per disposizione della Corte, è così tornato in vigore a fine giugno e doveva durare per i successivi 90 giorni<sup>63</sup>.

Una vittoria, seppur parziale ma significativa, per il Presidente Trump che ha, inoltre, anticipato le nuove dinamiche ed indicato i nuovi equilibri, più spostati verso destra, della massima Corte americana, dopo la nomina - particolarmente combattuta e controversa in quanto ha ottenuto conferma al Senato solo dopo che i repubblicani hanno "forzato la mano" cambiando le procedure di voto<sup>64</sup> - del giudice Gorsuch<sup>65</sup> che, come era prevedibile, si è schierato con il blocco più conservatore, portando molti osservatori a porsi l'eterna domanda se si possa deliberare secondo giustizia e non secondo ideologia<sup>66</sup>.

Questa prima pronuncia della Corte si è mossa decisamente a favore del governo Trump, superando le bocciature effettuate in precedenza dalle corti inferiori e poi dalle corti d'appello federali che, all'opposto, ne avevano contestato interamente la legittimità.

---

<sup>60</sup> Lo stesso giudice federale delle Hawaii, nominato da Obama, che bloccherà anche la terza versione del bando, quella corretta e firmata dal Presidente Trump il 24 settembre, a seguito di una prima pronuncia della Corte Suprema, in quanto, questa volta, discriminerebbe palesemente sulla base della nazionalità, in modo già giudicato antitetico ai principi fondanti degli Stati Uniti.

<sup>61</sup> L'illegittimità addotta dell'*executive order* nuovamente sotto il profilo della violazione del principio del *due process*, in quanto non si consentirebbe un'adeguata difesa in giudizio delle proprie ragioni a chi è stata tolta la possibilità di entrare in America e poter difendere e rivendicare i propri diritti.

<sup>62</sup> *Trump v. International Refugee Assistance Project* (582 U.S. 2017)

<sup>63</sup> La *Supreme Court* si era riservata la decisione definitiva, rimandandola al *term* autunnale, in ottobre.

<sup>64</sup> Attraverso l'utilizzo della procedura parlamentare della *nuclear option* al Senato, si è scavalcata la regola dei 60 voti per chiudere il dibattito e si è ridotta la supermaggioranza richiesta ad una maggioranza semplice di 51 voti.

<sup>65</sup> G. Conti, *Filibuster e nuclear option al Senato USA. L'effetto domino della nomina di Neil Gorsuch alla Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Federalismi.it*, 3/maggio/2017.

<sup>66</sup> Il Presidente Trump deve nominare 129 giudici federali a vita (ne ha già nominati 12), potendo così chiaramente spostare a destra l'equilibrio giudiziario americano complessivo e, nel farlo, si è rifiutato di porre al vaglio dell'*American Bar Association*, considerata un'associazione privata partitica di stampo *liberal*, le proprie scelte.

## WORKING PAPERS

La Corte Suprema ha quindi deciso, all'unanimità, che il provvedimento sarebbe stato esaminato nel merito a partire da ottobre, quando sarebbero state ascoltate le parti, però, nel contempo, nel reintrodurre il divieto d'ingresso per gli immigrati musulmani ha individuato alcune eccezioni: potevano essere ammessi nel territorio nazionale gli stranieri, proveniente dai 6 paesi musulmani indicati, in grado di rivendicare in modo credibile e comprovabile rapporti familiari o una relazione di fiducia o di lavoro con una persona o un'entità negli Usa<sup>67</sup>. Tale circostanza avrebbe prevedibilmente lasciato qualche margine di interpretazione alle autorità di frontiera e avrebbe potuto far scaturire ambiguità e, di conseguenza, ancora una volta, numerosi ricorsi legali.

Un quadro così problematico che, invece che dirimersi, si complica ulteriormente quando, a fine settembre, il Presidente Trump cerca nuovamente di aggirare il pericolo di una pronuncia sfavorevole, questa volta definitiva, della Corte Suprema, prevista in autunno, varando un nuovo bando<sup>68</sup>, definito subito, questa volta, come “*Enemy ban*”, che aggiunge nella precedente lista nera dei Paesi “nemici” degli Stati Uniti il Ciad, la Corea del Nord e il Venezuela ed esclude il Sudan.

Il nuovo divieto, che sarebbe dovuto entrare in vigore a fine ottobre, in maniera forse un po' più sofisticata o meno grossolana, cercava di non apparire come una persecuzione diretta e palese contro intere categorie di persone in base a criteri religiosi, come in precedenza, ma era più stringente e restrittivo essendo il divieto imposto qui in maniera definitiva (non più per 3 mesi).

A questo punto, per bloccare le nuove restrizioni si sarebbe dovuto ricominciare da capo l'iter dei ricorsi e così anche questo decreto è finito nelle mire dei giudici federali. Lo stesso giudice delle Hawaii che si era opposto al *muslim ban* “bis” ha in seguito sospeso anche il terzo ordine esecutivo del Presidente Trump per problemi legati sempre alla discriminazione, effettuata adesso in base alla nazionalità<sup>69</sup>. La Corte Suprema poteva a questo punto decidere di pronunciarsi o meno sul *muslim ban* che era arrivato davanti ad essa – e che aveva deciso di esaminare a partire da ottobre – ma che è stato superato del nuovo provvedimento del Presidente Trump emesso a fine settembre e nuovamente impugnato e temporaneamente sospeso. La Corte Suprema ha stabilito, quindi, di cancellare le audizioni previste per il 10 ottobre, alla fine delle quali avrebbe dovuto pronunciarsi sulla legalità del precedente bando ormai scaduto. Il Presidente aveva insistito sull'esigenza e appropriatezza del divieto per

---

<sup>67</sup> Chi aveva famigliari, visti, la green card (permesso di residenza permanente), posti di lavoro, inviti per studiare, altri permessi o connessioni del genere (sulla base del criterio della *bona fide relationship*) sarebbe stato quindi autorizzato ad entrare negli Usa, in base a quanto stabilito da sei giudici, Roberts, Kennedy, Breyer, Ginsburg, Sotomayor e Kagan. I restanti tre giudici, Thomas, Alito e Gorsuch, hanno dissentito, sostenendo che secondo loro il bando doveva entrare in vigore interamente, senza alcuna eccezione, anche perché l'analisi di chi poteva entrare e chi no avrebbe, a loro avviso, paralizzato e penalizzato l'amministrazione.

<sup>68</sup> “*Presidential Proclamation enhancing vetting capabilities and processes for detecting attempted entry into the United States by terrorists or other public-safety threats*”.

<sup>69</sup> Con l'inclusione nel bando di nuovi Stati non espressione di una cultura e religione musulmana, l'accusa di discriminazione per motivi religiosi viene formalmente superata

## WORKING PAPERS

difendere il proprio Paese dal terrorismo<sup>70</sup>, impedendo l'ingresso ai "nemici degli Stati Uniti", sostenendo che si trattasse di una decisione politica<sup>71</sup> non opponibile dai giudici<sup>72</sup> (che, invece, secondo il Presidente Trump, avevano effettuato un abuso giudiziario senza precedenti e messo a rischio l'incolumità nazionale).

Il Dipartimento di Stato ha dichiarato, quindi, di voler ricorrere contro la sentenza che sospende il nuovo "*Enemy ban*" di fine settembre, che riprende il precedente aggiornandolo in alcune parti.

I decreti presidenziali sull'immigrazione, fra i primi atti del mandato presidenziale di Trump, hanno ingenerato tensioni, polemiche, e divisioni profonde. Appena insediato, e ancora prima in campagna elettorale, il Presidente Trump ha avuto su questo tema<sup>73</sup> una posizione ferma e rigida, per molti espressioni preoccupante e sconsiderata di ingiustificata intolleranza che ha generato non solo una reazione durissima nell'opinione pubblica<sup>74</sup> ma anche uno scontro all'interno della stessa compagine governativa, ad esempio, con il ministro della Giustizia, Sally Yates<sup>75</sup>, arrivando a rimuoverla dall'incarico.

L'iter particolarmente contrastato del provvedimento, nelle sue tre versioni tutte immediatamente contestate, con la lunga e complessa serie di sfide legali e con la profonda insoddisfazione manifestata da una fetta consistente della società civile<sup>76</sup> si è concluso, ad inizio dicembre, con una completa<sup>77</sup> convalida da parte della Corte Suprema<sup>78</sup> della politica

---

<sup>70</sup> Il giudice federale Watson ha definito "pretestuoso" e affatto neutrale l'argomento della sicurezza nazionale.

<sup>71</sup> L. HENKIN, *Is there a political question doctrine?*, in *Yale Law Journal*, 1976, p. 597 ss.

<sup>72</sup> Sulla base dei limiti imposti dal principio della *deference* (fonte di *self-restraint*) che le corti dovrebbero rispettare di fronte alle decisioni degli organi politici in materia di immigrazione e sicurezza nazionale. Anche qui il richiamo è alla *political question doctrine*.

<sup>73</sup> L'attentato terroristico di matrice islamica a New York, del 31 ottobre scorso, di Sayfullo Saipov – di origine uzbeka, vincitore della *Green Card*, tramite la lotteria che, ogni anno, permette di diventare residenti permanenti degli Stati Uniti – non può che aver alimentato ulteriormente l'aria di ostilità e paura e lo scontro sulla questione, già rovente, dell'immigrazione. Il Presidente Trump ha annunciato di voler abolire la lotteria, sollecitando a tal fine il Congresso.

<sup>74</sup> In molti ne criticano i danni più pesanti che colpirebbero l'immagine (democratica) di un Paese la cui grandezza non solo economica ma sociale e culturale deriva, anche, dalla capacità storica di attrarre, accogliere ed integrare (seppur con modalità talvolta discutibili) braccia e cervelli, individui e idee di ogni provenienza. I decreti esecutivi del Presidente Trump, invece, avrebbero riaperto in America la ferita dell'intolleranza verso l'immigrazione

<sup>75</sup> Nominata da Obama, aveva dato ordine ai suoi dipendenti di non difendere in tribunale l'ordine esecutivo contestato.

<sup>76</sup> Grande la mobilitazione dell'opinione pubblica, decine le memorie presentate dai diversi soggetti intervenuti in qualità di *amici curiae* nei procedimenti avviati contro gli *executive order* del Presidente Trump, tra cui un *brief* depositato da alcuni costituzionalisti statunitensi nell'ambito del procedimento *International Refugee Assistance Project v. Trump*, presso la Corte d'Appello del Quarto circuito.

<sup>77</sup> Le restrizioni, quindi, sono ora valide anche per i cittadini dei sei Paesi che abbiano rapporti di parentela con una persona già residente in maniera legale negli Stati Uniti, decadono, cioè, le eccezioni stabilite in precedenza dalla stessa Corte Suprema.

<sup>78</sup> La decisione, che consente che venga pienamente applicato il bando, è stata presa a maggioranza, con il parere contrario di soli due giudici, Ruth Bader Ginsburg e Sonia Sotomayor.



## WORKING PAPERS

presidenziale sulla “sicurezza alle frontiere”<sup>79</sup>, interpretata come strumento fondamentale della lotta al terrorismo e alla criminalità e prerogativa presidenziale. La Corte, dando ragione al Presidente Trump, si è schierata a favore delle ragioni della Presidenza, privando di efficacia i provvedimenti inibitori delle Corti federali inferiori e consentendo così il pieno *enforcement* del terzo *Travel Ban* (annullando le eccezioni dalla Corte stessa precedentemente fissate e autonomamente elaborate).

Ma diversi sono i procedimenti pendenti in molti tribunali nel Paese, che sfoceranno, molto probabilmente, in un’ulteriore, e si spera definitiva, pronuncia, della stessa Corte di Washington D.C.

La Corte Suprema, inoltre, a febbraio 2018, ha deciso di non accogliere l'appello sulla decisione di un tribunale minore (del giudice William Alsup del distretto settentrionale della California), che ha imposto all'amministrazione Trump di ricominciare ad accettare le richieste di rinnovo per il *Daca* (il *Deferred Action for Childhood Arrivals*, il programma varato da Obama nel 2012 - e soppresso dal Presidente Trump<sup>80</sup> - che permette agli immigrati irregolari, entrati da bambini nel Paese, di evitare l'espulsione e avere la possibilità di ricevere un permesso di lavoro o di studio biennale e rinnovabile), decisione giudiziale, quindi, con cui si “ordina” di far ripartire il *Daca* e di mantenerlo attivo su base nazionale (fino ad eventuale decisione contraria di un tribunale superiore).

La reazione di ira del Presidente Trump si riversa, nuovamente, sul sistema giudiziario giudicato “guasto e ingiusto”.

Si tratta, questa volta, di una sconfitta per il Presidente Trump, che aveva deciso di ricorrere alla Corte Suprema prima ancora che si pronunciasse la Corte d'Appello del Nono circuito ma, come noto, sono molto rari i casi che la Corte accetta di esaminare prima che siano stati giudicati da una Corte d'Appello.

A partire da queste vicende, ad un tempo politiche, giudiziarie e civili, è possibile riflettere su importanti questioni di respiro costituzionale, come i rapporti (di bilanciamento/controllo, che si può esprimere in contrasto o deferenza, conflitto o allineamento di posizioni) fra i poteri separati ma interdipendenti della Repubblica federale statunitense e il ruolo (politico e democratico?) del giudiziario ed in particolare della Corte Suprema nel funzionamento, nella garanzia e nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico-costituzionale. L'attività di controllo giudiziario di costituzionalità di ogni atto dei pubblici poteri per quanto di tipo diffuso, come è emerso dagli episodi di cronaca riportati, deve trovare nei pronunciamenti della Corte Suprema il momento definitivo e inappellabile di chiusura, quello che fornisce la c.d. ultima parola in merito alla costituzionalità o meno di ogni provvedimento legislativo o esecutivo che sia

<sup>79</sup> La Corte ha confermato il potere presidenziale, come sua autonoma prerogativa, di decidere la maggiore o minore apertura delle frontiere per proteggere i cittadini statunitensi, senza entrare nel merito della contestata discriminazione, quindi rimandando a nuova udienza, non ancora fissata, l'esame completo dell'*enemy ban*.

<sup>80</sup>La decisione di mettere fine al programma, definito dal Presidente Trump incostituzionale, è stata presa a settembre 2017, prevedendo sei mesi di tempo per il Congresso affinché trovasse una soluzione appropriata per le 689.800 persone interessate dal provvedimento e consentendo entro il 5 ottobre un ultimo rinnovo alle persone con un permesso in scadenza. Tutti i permessi *Daca* sarebbero comunque dovuti scadere entro la fine del settembre 2019.

## WORKING PAPERS

(statale o federale). In questa congerie di vecchie e nuove limitazioni, di ricorsi giudiziari e di pronunce giurisdizionali rese a diversi livelli e vertenti diverse versioni del decreto o diverse parti di essi, non si può che attendere l'intervento dirimente e chiarificatore finale della Suprema Corte, affinché la questione possa trovare finalmente un punto di equilibrio definitivo.

La disputa legale sul bando all'immigrazione del Presidente Trump, quindi, ripropone e rinfiamma la polemica cruciale sulla legittimità del controllo giudiziario sugli atti del governo democratico del Paese, sui limiti, criteri e modalità che dovrebbe avere quel controllo, sulla democraticità dei suoi effetti potenzialmente sovversivi della volontà popolare, rappresentata nelle istituzioni di governo.

Nella particolare dinamica dei poteri separati e nello stesso tempo interdipendenti e interagenti, spesso si incorre nel rischio di un'ostilità fra di essi, di un conflitto sulla portata e sui margini delle rispettive prerogative e ci si accusa, talvolta, a vicenda, di aver oltrepassato i confini costituzionalmente legittimi all'esercizio dei rispettivi compiti. Che piaccia oppure no è specificatamente compito della Corte Suprema, dalla composizione non elettiva, porre fine a dispute, rivendicazioni e contrasti, di vario tipo, vertenti la legittimità di decisioni rese da soggetti elettivi<sup>81</sup> e per ciò legittimati democraticamente. Ma è la stessa operazione di composizione delle controversie nelle mani dei giudici supremi che, avendo un effetto vincolante e autoritativo inappellabile, in non rare occasioni, può diventare oggetto di contestazione o polemica.

#### IV. Conclusioni

La Costituzione statunitense esprime, garantisce e concretizza il principio cardine del governo limitato e bilanciato nell'esercizio dei poteri a garanzia delle libertà e dei diritti degli individui anche, se non soprattutto, attraverso la *judicial review*. Si fonda, infatti, sul principio del necessario e ineludibile bilanciamento e controllo reciproco tra i poteri separati (federali e statali, d'indirizzo politico e di garanzia).

La possibilità che il giudiziario e la Corte Suprema blocchino l'efficacia di un provvedimento normativo - a livello temporaneo o definitivo, *inter partes* o *erga omnes* -, fa sì che le sentenze dei giudici (soprattutto quelli della Corte Suprema) acquisiscano, di fatto, un potere superiore alla legge, nonostante la dichiarata subordinazione e dipendenza gerarchica (e logico-deduttiva) della sentenza dalla legge. Le corti federali e al loro vertice la Corte Suprema, con il loro operato, dovrebbero riuscire a dimostrare di essere una risorsa insostituibile per la stessa democrazia e superare quindi l'accusa di difetto di legittimazione democratica nella misura in

---

<sup>81</sup> R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine. Una prospettiva "quantistica"*, Milano, 2013. Secondo l'autore sarebbe il legislatore l'unica autorità che possa vantare una piena legittimazione democratica e di conseguenza ogni esercizio di potere pubblico che non risulti legata saldamente alle sue indicazioni apparirebbe arbitrario e inaccettabile.

## WORKING PAPERS

cui l'esito dei processi di interpretazione<sup>82</sup> e di controllo costituzionale siano meritevoli di rispetto in termini di qualità ed effetti democratici.

La legittimazione del ruolo del giudiziario federale e in particolare della Corte Suprema non si può misurare ed inquadrare, quindi, con i medesimi criteri del potere politico ma piuttosto *a posteriori* e in termini di giustizia dei risultati ovvero di prestazioni democratiche nel loro significato e soprattutto nei loro risultati concreti.

Le Corti, attraverso l'esercizio della funzione loro riconosciuta della *judicial review*, dovrebbero cioè arginare gli eventuali e illegittimi sconfinamenti – *encroachments* –, abusi e violazioni del potere, che sono sempre infrazioni antidemocratiche seppur poste in essere da attori democraticamente eletti, e assicurare una struttura dialogica, aperta e paritaria nei confronti della politica e della società, farsi interpreti, promotrici e garanti di una visione egualitaria e partecipativa, quindi democratica, a tutti i livelli dell'ordinamento.

La Corte Suprema, in particolare, dovrebbe sfruttare il suo ampio capitale di credibilità e autorevolezza a fini di giustizia ed equità sociale, di garanzia dei diritti costituzionali e per una condivisione delle scelte collettive a cui tutti i gruppi della società, senza discriminazione di alcun genere, devono, non solo, poter prendere parte e contribuire attivamente ma anche giovarne direttamente.

È a partire da queste premesse e con queste finalità, seppur molto generali e forse per questo aleatorie, che la Corte può riuscire a superare critiche e accuse di antidemocraticità e sciogliere le perplessità legate al dilemma della *countermajoritarian difficulty*, svolgere efficacemente il suo ruolo di mediazione e comporre i valori confliggenti di una società pluralista sempre più eterogenea in una sintesi condivisa e partecipata al massimo grado possibile. Solo in questa prospettiva potrebbe pretendere di limitare e correggere la democrazia e le scelte che produce per finalità democratiche, mantenere in questo modo una *workable Constitution* e assicurare una *workable democracy*<sup>83</sup>, non solo a livello formale e procedurale ma anche e soprattutto sostanziale.

La Corte Suprema dovrebbe vigilare sul funzionamento e sull'evoluzione democratici dell'intero ordinamento, intervenendo sempre e solo a garanzia del rispetto fondamentale del principio democratico a tutti i livelli e in tutte le sue possibili espressioni, scongiurando eventuali rischi di derive dispotiche, illiberali o antiegalitarie di ogni forma e entità. Spetta, cioè, proprio al giudiziario e alla Corte Suprema in particolare il compito fondamentale e delicatissimo di guardiani della Costituzione, e quindi di custodi della democrazia. La Costituzione andrebbe intesa, prima di tutto, come limite democratico al prevalere indiscriminato, talvolta arbitrario o autoritario, del potere delle maggioranze<sup>84</sup> che possono, invece, creare casi di *process failure*, di malfunzionamento, compromissione e indebolimento del

---

<sup>82</sup> R. BIN, op.cit., p.7; sempre più spesso, la discrezionalità del giudice nei procedimenti interpretativi si risolverebbe in valutazioni prive di briglie, libere, cioè, di svolgersi secondo convinzioni personali piuttosto che nell'alveo dei criteri fissati dal legislatore (o dal costituente).

<sup>83</sup> S. BREYER, *Making Our Democracy Work: A Judge's View*, New York, 2010, p. 82 e 87.

<sup>84</sup> Viene immediato qui il richiamo ai timori espressi da Madison nel *Federalist n. 51* sui pericoli di tirannia della maggioranza.

## WORKING PAPERS

sistema democratico e dei suoi principi fondanti, riducendo, ad esempio, il godimento delle libertà democratiche, o compromettendone perfino il riconoscimento, come sembra si sia verificato con i decreti in tema di immigrazione.

La Corte Suprema avrebbe, inoltre, il ruolo genuinamente arbitrale e di mediazione risolutiva dei conflitti all'interno di un ordinamento estremamente frammentato e pluralista a livello politico-istituzionale e sociale, la funzione di garanzia del rispetto delle regole fondamentali del funzionamento democratico dell'attività di governo del Paese (in tutte le sue diramazioni, a livello statale e federale), assicurando, inoltre, ai diritti fondamentali, soprattutto rispetto alle minoranze svantaggiate o sottorappresentate, la doverosa tutela giustiziabile e rinforzata.

Nella realtà politica-istituzionale composta, in cui la lotta e lo scontro di posizioni ed interessi plurali rappresenta un elemento imprescindibile e vitale della politica stessa e della strutturazione federale dell'ordinamento, la *judicial review* sarebbe così il fondamento dei meccanismi democratici di composizione dei conflitti politici e di attribuzione di competenze, delle rivendicazioni di autonomia e in generale delle antinomie normative.

L'istituto della *judicial review* in questo modo verrebbe ad esercitare una funzione genuinamente democratica e di contrappeso effettivo e positivo rispetto al potere delle maggioranze politiche, il cui esercizio verrebbe così controllato e contenuto nei limiti democratici posti dalla Costituzione<sup>85</sup> a garanzia dei diritti e delle libertà degli individui.

Attraverso e all'interno degli eventi di cronaca politica possiamo quindi leggere molti dei principi costitutivi e di funzionamento dell'ordinamento costituzionale statunitense, scoprirne talune incongruenze o contraddizioni e, in qualche modo, anche, metterli alla prova e verificarne l'andamento. Il controllo di costituzionalità è sempre un'attività particolarmente delicata, se non problematica, proprio perché presuppone inevitabilmente un'attività interpretativa<sup>86</sup> e di bilanciamento degli interessi in gioco che si rivela, almeno in parte, significativamente discrezionale – come nel caso del *muslim ban*, in cui all'interesse pubblico della sicurezza della nazione non è stato attribuito una prevalenza assoluta o maggiore rispetto al concorrente interesse pubblico corrispondente ai diritti costituzionali della persona -.

---

<sup>85</sup> Il problema, qui, sta nel riconoscimento preliminare del grado di generalità, indeterminatezza, lacunosità, incompletezza delle disposizioni costituzionali da cui deriverebbero diverse teorie dell'interpretazione; da un lato, le correnti che si rifanno al formalismo o testualismo (come l'originalismo - la dottrina dell'*original understanding* - che adotta come metodo interpretativo la ricerca dell'*original intent* dei costituenti), dall'altro, vi si contrappongono fortemente, le teorie evuzioniste della *Living Constitution* che sostengono la necessità per la Costituzione, di fronteggiare le varie crisi degli affari umani, evolvere al passo coi tempi e adeguarsi a nuovi valori, bisogni e tendenze emersi nella pubblica opinione. Per l'interpretazione costituzionale definita come funzione di *Constitutional modernization* o *development* vedi D.A. Strauss, *The modernizing mission of judicial review*, in *Public Law and Legal Theory Working Paper*, August 2009, p. 865 ss.

<sup>86</sup> R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge, 1986, p. 86 ss. È impossibile, per l'autore, rappresentare il procedimento interpretativo in termini oggettivi e incontrovertibili, cioè in un modo che metta d'accordo tutti (giudici, politici, giuristi, cittadini). Ciascun giudice, infatti, ragiona in modo diverso, le teorie interpretative che elabora e che segue si fonderanno sulle sue convinzioni personali che saranno inevitabilmente diverse da quelle di altri giudici.

## WORKING PAPERS

L'analisi del ruolo della Corte Suprema, per essere colto in maniera rigorosa, non può che collocarsi, infatti, all'interno della più ampia, complessa e dinamica trama di rapporti, cooperativi/conflittuali, fra i poteri multipli dell'ordinamento composto statunitense che sarebbe essa stessa a dover mantenere in un delicato ma indispensabile equilibrio democratico. La battaglia politica-legale sui decreti "anti-immigrazione" è solo apparentemente e temporaneamente chiusa, restano, infatti, pendenti alcuni ricorsi presso diversi tribunali del Paese e dovremo, quindi, attendere ancora per vedere quali saranno le nuove mosse degli attori politici, dell'opinione pubblica, del giudiziario e della Corte Suprema e se quello che è definito "l'uomo dei muri" sarà bloccato proprio dalle barriere di protezione erette dalla giustizia americana a garanzia della costituzionalità, che dovrebbe sempre presupporre democraticità, delle decisioni dei pubblici poteri.

Il controllo di costituzionalità dovrebbe rappresentare un baluardo permanente della democrazia, quindi, una verifica - apolitica e imparziale - dell'effettiva democraticità delle decisioni prese dai poteri democratici, a prescindere dalle affiliazioni partitiche degli interpreti, e potrebbe, così, superare possibili accuse di illegittimità democratica e/o di connotazione politica qualora arrivi ad invalidare quelle decisioni. Ma il problema, fondamentale, sta nell'interpretazione della legge, ordinaria o costituzionale che sia, che non può che implicare un certo grado, più o meno grande, di discrezionalità che si tradurrebbe, in definitiva, nell'espressione del personale orientamento politico del giudice che, a sua volta, almeno tendenzialmente, risulterebbe allineato o coerente, per quanto in linea generale o ipotetica, a quello del presidente che ne ha effettuato la nomina proprio sulla base della previsione, sempre però disattendibile, di una disposizione ideologica a lui favorevole<sup>87</sup>.

Il lungo braccio di ferro fra l'amministrazione Trump e il giudiziario statunitense, che fra l'altro denuncia una grave mancanza di fiducia reciproca fra i due poteri, si è concluso, solo temporaneamente, il 4 dicembre 2017 con la decisione della Corte Suprema<sup>88</sup> che avalla l'applicazione integrale, ma non *sine die*, dell'ultimo decreto sull'immigrazione voluto dal Presidente Trump.

Ma ancora non è detta, appunto, l'ultima parola, resta sempre percorribile e auspicabile la strada di un autentico e penetrante controllo democratico sull'attività del Presidente, nonostante la maggioranza (al momento risicata) dei giudici condivida, parzialmente e su un piano generale, la stessa disposizione politico-ideologica<sup>89</sup>.

<sup>87</sup> B.A. ACKERMAN, *Transformative Appointments*, in *Harvard Law Review*, 1988, p. 1164 ss.

<sup>88</sup> La Corte si riserva di entrare nel merito dell'eventuale discriminazione contestata, essendosi fin qui limitata a confermare le prerogative del presidente: governare le frontiere e salvaguardare la sicurezza dei cittadini

<sup>89</sup> Alla notizia che il giudice della Corte Suprema Kennedy - nominato da Reagan nel 1987 ma repubblicano solo nominalmente, espressione di un "crucial swing vote" - vorrebbe ritirarsi, è emblematico che si sia attivata nei suoi confronti una campagna di convincimento e di pressione, da parte dei democratici, affinché rimandi la scelta di andare in pensione e non dia così al Presidente Trump la possibilità, che si rivelerebbe determinante per l'equilibrio ideologico della Corte nei decenni futuri, di rimpiazzarlo con un giudice affine al suo orientamento politico. Kennedy è "l'uomo più importante in America", il voto che fa oscillare la Corte sui casi più importanti, ha detto Elizabeth Wydra, presidente del *Constitutional Accountability Center*.

## WORKING PAPERS

Non si può che sperare, quindi, che giudiziario e Corte Suprema possano agire positivamente e genuinamente da istituzione contromaggioritaria, tutte le volte che sia necessario farlo a garanzia della qualità ed essenza democratica delle scelte del governo (è, fra l'altro, alquanto dubbio il carattere maggioritario di una politica migratoria ampiamente contestata nel Paese).

Ma il dilemma della *countermajoritarian difficulty* è destinato a persistere, il problema a rimanere aperto e a riproporre indefinitamente nuove contrapposizioni. Forse l'ostacolo più grande sta, anche, nella difficoltà di leggere nell'essenza della Costituzione e della democrazia, ben oltre le mere proclamazioni formali che non mancano, un *corpus* di norme, principi e valori realmente superiori e fondamentali, apolitici e neutrali, universali e indefettibili, che per loro natura non dovrebbero generare conflitti fra opposti partiti o organi o livelli di governo, ma rappresentare la base comune e condivisa da tutti gli attori - politici, istituzionali e sociali - dell'ordinamento che risulti capace di orientare effettivamente l'esercizio dei propri compiti e la realizzazione delle proprie attività. L'inderogabile protezione e garanzia dei principi democratici, che dovrebbe essere effettuata tramite una rigorosa, attenta e imparziale *judicial review*, dovrebbe essere intesa, sostenuta e condivisa come interesse superiore, comune e non di parte, e per questo unire e non dividere. Ma la complessità istituzionale e sociale che caratterizza gli Stati Uniti a tutti i livelli non può che tradursi in conflittualità, talvolta esasperata, di posizioni e interessi da comporre necessariamente in maniera autoritativa e centralizzata.

Per concludere un discorso così controverso che, come evidente, non trova facilmente un punto di chiusura, riprenderei le parole di Bickel, secondo il quale, «il contrasto tra legge e Costituzione è in molti casi tutt'altro che auto-evidente (*self-evident*) ed è, piuttosto, una questione di valutazione politica (*an issue of policy*) che qualcuno deve decidere»; e se l'incostituzionalità di una legge non è *self-evident* e può perciò generare un disaccordo che qualcuno deve risolvere, allora il problema è «chi (debba farlo): le corti, lo stesso legislatore, il presidente o forse le giurie popolari dei processi penali ovvero in via ultimativa e definitiva il popolo attraverso il processo elettorale?»<sup>90</sup>

---

<sup>90</sup> A.M. BICKEL, *op.cit.*, traduzione in O. CHESSA; *Fatti sociali, verità morali e difficoltà contromaggioritarie. A proposito di alcune tesi di Roberto Bin sulla discrezionalità giudiziale*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2014, p. 435.

## WORKING PAPERS

**Abstract.** L'annosa ed estremamente controversa questione della legittimità democratica della funzione del controllo di costituzionalità (*judicial review*) nelle mani del potere giudiziario (federale) e al suo vertice della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America viene analizzata alla luce delle vicende legate all'adozione dell'*executive order* del Presidente Trump in materia di immigrazione ("*Protecting the Nation from foreign terrorist entry into the United States*", ribattezzato dai *media* "*Muslim ban*" e modificato due volte) che ha ingenerato accese polemiche nell'opinione pubblica e numerosi ricorsi al circuito giudiziario. Nella dinamica plurale e multilivello dei poteri statunitensi si innesca quel particolare cortocircuito rappresentato dalla giustizia costituzionale la quale consente, di fatto, di giungere ad identificare la volontà del popolo o costituente, solennemente impressa nella Costituzione, nella volontà del potere giudiziario e soprattutto della Corte Suprema, che di quella volontà si fa interprete e garante inappellabile attraverso il controllo dei poteri costituiti, rappresentanti della volontà popolare. La contemporanea e contraddittoria incompatibilità/necessità della *judicial review* accanto al principio democratico-costituzionale verrà osservata all'interno del recente scontro, ad un tempo giuridico-legale e politico, sui decreti esecutivi adottati dal Presidente Trump in tema di chiusura delle frontiere a determinate categorie di individui per ragioni di sicurezza nazionale. Emergeranno, attualizzati, tutti i temi caldi del dibattito sulla *countermajoritarian difficulty*, ci si interrogherà sul ruolo ermeneutico e di protezione della Costituzione esercitato dal giudiziario federale e se e a quali condizioni l'operato dalla Corte Suprema possa rappresentare un elemento imprescindibile e positivo, nonostante la lamentata carenza in termini di rappresentatività e responsabilità democratica, di equilibrio sistemico e democratico.

**Keywords.** *Judicial review*; *Countermajoritarian difficulty*; "*Muslim ban*" del Presidente Trump; *Political question doctrine*; *Due process*