

Una nuova fase della juristocracy? Affinità e divergenze tra *Trump v. Casa e Alace e Canpelli*

di Giuseppe Franco Ferrari

Abstract: *A new phase of juristocracy? Similarities and differences between Trump v. CASA and Alace and Canpelli* – The article draws inspiration from the decision of the US Supreme Court in *Trump v. CASA* and the recent opinion of the European Court of Justice in the question for preliminary reference concerning the Common European Asylum System to provide some remarks on the contribution of the two courts to the definition of the role of the judiciary power. The text discusses the likeliness of the two judgments to fit in an overall strategy of the two courts to re-assess their own centrality, lending credibility to the hypothesis of a second and most evolved phase of the phenomenon of juristocracy.

Keywords: Common European asylum system; Juristocracy; Nationwide preliminary injunctions; Safe third countries; Separation of powers

1465

1. – La sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti pubblicata il 27 giugno 2025¹, rappresenta senza dubbio un momento epocale nel diritto costituzionale americano, inserendosi peraltro in una fase storica complessa, i cui sbocchi non sono attualmente prevedibili. Essa è destinata ad incidere sulla teoria della separazione di poteri, sulla dogmatica dei diritti, sull'assetto del federalismo, sui principi del sistema processuale civile e anzi del sistema processuale *tout court*, sui poteri e sul ruolo stesso del Giudiziario. In questo numero della Rivista appaiono quindi due commenti, a cura di Graziella Romeo (*Le inquietudini della Corte Suprema: a prima lettura di Trump v. CASA*) e di Diego Venuti (*Universal injunctions e tutela dell'interesse pubblico in Trump v. Casa, Inc.*), che si focalizzano rispettivamente sul metodo dell'analisi e sugli effetti concreti della decisione. Data l'importanza della pronuncia, tuttavia, è opportuno formulare poche considerazioni introduttive per mettere in luce alcuni aspetti sistemici, innescati o almeno rafforzati dalla sentenza in oggetto.

Al tempo stesso, l'occasione è utile per una valutazione comparata, indubbiamente iniziale e non certo definitiva in forma conclusiva, sull'approccio alla definizione dell'immagine stessa del Potere giudiziario nell'auto-rappresentazione di quelle che possono definirsi probabilmente le due corti più importanti del pianeta, pur diverse per natura, storia, ruolo attuale, competenze. Il destro per una simile operazione comparativa, che in

¹ *Donald J. Trump, President of the United States, et al. v. CASA, Inc., et al.*, 606 U.S. __ (2025).

altri tempi sarebbe parsa implausibile o azzardata, viene offerto dal quasi contemporaneo deposito da parte della Corte di giustizia dell'Unione Europea di un'altra decisione di estrema importanza, non solo sullo specifico tema e nella limitata prospettiva della politica interna italiana, ma anche questa volta sotto l'angolazione del ruolo del giudice nazionale e del suo rapporto con il Potere esecutivo².

I termini della comparazione sono ovviamente molto eterogenei. Tuttavia, la crisi della globalizzazione, di cui sovranismi, populismi e delegittimazione delle organizzazioni internazionali paiono essere gli epifenomeni, apre la via ad una geopolitica ben diversa da quella che negli ultimi trent'anni si era venuta consolidando e sembrava aver trovato un equilibrio non troppo precario nella configurazione del diritto transnazionale. La faticosa ricerca di assetti globali non meramente contingenti costringe lo studioso di diritto pubblico a porsi interrogativi nuovi, diversi e sempre più ambiziosi e per conseguenza a ricorrere ai più eterodossi e coraggiosi strumenti del proprio *toolbox*.

Non è scontato che ci si trovi in presenza di un pieno cambiamento dei parametri, tipico di una rivoluzione nel senso kuhniano³. È evidente però che il mutamento è forte e radicale, e che si manifestano plurimi segni di una transizione molto significativa. Come insegnano i cultori delle cosiddette scienze dure⁴, è in fasi come queste che la costruzione teorica speculativa deve dare il meglio di sé e la conoscenza epistemologica essere valorizzata al massimo, salvo poi verificare sperimentalmente l'effettivo verificarsi delle conseguenze ipotizzate nell'approccio all'oggetto. Il ricorso a forme di comparazione alquanto eterodosse si muove in questa linea, tentando di estrapolare da eventi contemporanei, anche se riferiti a giurisdizioni diversissime, linee di tendenza collimanti o confliggenti, per ricavarne traiettorie di cambiamento.

2. – *Trump v. CASA* si presta ad analisi molto variegata, come è tipico di sentenze epocali, complesse sia nel metodo che nelle implicazioni effettuali.

Un primo dato, di banale evidenza ma comunque meritevole di sottolineatura, è rappresentato dalla ormai completa dominanza del metodo originalistico, specie quando sono in gioco svolte giurisprudenziali. La minoranza di tre, in un rapporto di forze ormai consolidato, è costretta ad accettare, per così dire, la scelta del campo, cimentandosi sul terreno favorito dalla maggioranza. Nel caso di specie l'analisi del dato storico, a parti contrapposte, è condotta anzi tutto, nell'angolazione processuale, sull'evoluzione dei rimedi *in equity* nella transizione dal diritto inglese a quello americano; sul piano sostanziale, entra in gioco la portata della *birthright citizenship clause* del XIV Emendamento, dove però lo spazio di discussione è decisamente ridotto, a favore della minoranza.

² Grande Sezione, 1 agosto 2025, in C-758 e 759/24, a seguito di rinvio pregiudiziale, sulle procedure comuni sulle politiche di asilo e sulla revoca dello status di protezione internazionale.

³ T.S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago (IL), 1962.

⁴ Cfr. ad esempio F.S.C. Northrop, *Introduzione*, in W. Heisenberg, *Physics and Philosophy*, New York (NY), 1958, trad. it., Milano, 2015.

Sulla questione processuale, la dialettica ruota intorno a testi classici, come Story⁵, Calvert⁶ e Pomeroy⁷, ma anche a dottrina contemporanea, e in particolare ai recenti lavori del processualcivilista di Chicago (Samuel L. Bray) e della *dean* di San Diego (Mila Sohoni). Non può mancare il rituale richiamo al dizionario Webster, nell'edizione del 1840. I riferimenti giurisprudenziali si collocano in un arco di tempo plurisecolare, per dar conto della natura e della estensione dei rimedi equitativi dal diritto inglese anteriore alla Rivoluzione americana agli anni recenti, con letture prevedibilmente contrapposte.

Secondo l'*opinion* di Justice Barrett, condivisa da Roberts e dagli altri quattro membri del sempre più compatto gruppo conservatore, i poteri equitativi della High Court of Chancery, transitati in capo al Giudiziario federale statunitense, e confermati dal *Judiciary Act 1789* (§11, 1 Stat. 78), pur generati da storiche esigenze di flessibilità della tutela, si limitavano a inibire le attività di determinati funzionari verso specifici attori. La giurisprudenza della Corte Suprema, a partire almeno dal 1897, avrebbe costantemente ricusato di ammettere decisioni intese a tutelare una indefinita comunità di soggetti. Benché effetti indiretti di provvedimenti giurisdizionali si riverberino spesso su terzi, nessun tipo di protezione equitativa sarebbe stato mai ammesso se non verso parti presenti in giudizio. L'istituto delle *universal o nationwide injunctions* sarebbe dunque nato a secolo XX inoltrato, esemplificativamente nel 1963 quanto al D.C. Circuit, per divenire di uso più frequente al volgere del millennio. Per ammissione della maggioranza, ben 127 sono state accordate dall'inizio del loro impiego fino al 2023, di cui 96 a partire dalla Presidenza del secondo Bush, e ben 23, ad opera di numerose corti, nei primi mesi del secondo mandato di Trump.

Fondandosi sulle stesse fonti dottrinali, Justice Sotomayor per la minoranza ritiene invece che per secoli la tutela equitativa, in forma di ingiunzione o altrimenti, sia stata accordata ad esempio nei casi dei "*bills of peace*", in cui il singolo caso viene usato in funzione pilota, per prevenire contenziosi seriali quando intere comunità, e comunque altri soggetti in condizione di quasi-parti, possono giovare della prima pronuncia, assolvendo così insieme a funzioni di giustizia e di economia processuale. Analoga dinamica avrebbe avuto il contenzioso tributario, in cui la vittoria di un contribuente da sempre ha comportato l'estensione del giudicato a quelli in condizione analoga. La stessa Corte Suprema avrebbe ammesso simili azioni almeno sin dal 1913, con plurime importanti decisioni.

Tutti gli argomenti processuali sono quindi proposti specularmente nelle due prospettive interpretative. Secondo l'*opinion* di maggioranza, il *bill of peace* avrebbe riguardato rari casi di gruppi piccoli e coesi (Justice Stone avrebbe forse scritto «discrete and insular», ma Justice Barrett non osa ricorrere a questaendiadi, di cui invece Sotomayor utilizza almeno il primo termine), non generalità di soggetti; il suo discendente diretto sarebbe invece

⁵ *Commentaries on Equity Pleadings and the Incidents Thereof, According to the Practice of the Courts of Equity of England and America*, 2nd ed., Boston (MA), 1840.

⁶ *A Treatise upon the Law Respecting Parties to Suits in Equity*, 2nd ed., London, 1847.

⁷ *A Treatise on Equity Jurisprudence, As Administered in the United States of America; Adapted for All the States, and to the Union of Legal and Equitable Remedies Under the Reformed Procedure*, San Francisco (CA), 1881.

la *class action*, oggi governata dalla *rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedure*, che richiede numerosità tale da non consentire la mera riunione di ricorsi, identiche questioni in diritto, tipicità e soggetti adeguatamente rappresentativi degli interessi di una classe. La *universal injunction* non sarebbe quindi che una *de facto class action*, creata al di fuori del diritto federale scritto. Pure le liti tributarie si sarebbero diffuse solo dalla metà dell'800 e non avrebbero attecchito in tutti gli Stati. Per la minoranza, flessibilità e adattabilità sono sempre stati le caratteristiche naturali dell'*equity*, e i giudici inglesi come quelli americani non hanno mai declinato giustizia codificando regole che limitassero i propri poteri in casi particolari: follia quindi trattare l'*equity* come un sistema chiuso, cercando parallelismi o sequenzialità storiche rigidamente bloccati. La storia del diritto americano dimostra d'altronde tendenze chiaramente evolutive, come la rimozione dell'immunità sovrana del Governo federale con gli emendamenti all'*Administrative Procedure Act* nel 1976 o l'eliminazione del foro esclusivo delle corti del *District of Columbia*. Vi sarebbero dunque ragioni storiche sia nell'ambito del *common law* che in quello più specifico del diritto statunitense a imporre di considerare l'*equity* come una giustizia piena, non a pezzi o a metà, che assicuri "*complete relief*". Per converso, secondo Justice Barrett, pienezza di tutela è formula applicabile solo alle parti, salvi vantaggi incidentali per terzi, come in una causa civile per immissioni sonore, in cui solo l'attore iniziale può agire per ottemperanza, anche se tutti i vicini traggono vantaggio dalla sua lite.

Del pari sul terreno della politica del processo, l'universalità della misura cautelare evita soluzioni a macchia di leopardo e può favorire il *forum shopping*; garantisce eguaglianza di trattamento e previene *litigation* diffusa. Offre rapidità di decisione, ma può derivare da istruttorie sommarie e affrettate.

In termini di danno, il bilanciamento di interessi tipico del giudizio cautelare per la maggioranza va deciso nel senso della prevalenza del danno irreparabile per il Governo consistente nell'impossibilità di attuare politiche verso soggetti estranei al giudizio, mentre l'annullamento parziale delle *injunctions* accordate dalle corti inferiori garantisce piena tutela agli attori in primo grado. Per la minoranza, al contrario, andrebbe tenuta in considerazione anzi tutto la difficoltà amministrativa procurata ai 22 Stati ricorrenti dalla rimozione delle misure cautelari: distinzione tra soggetti da identificare tramite le tessere di sicurezza sociale, necessità di seguirli nella mobilità interstatale. Inoltre, i bambini toccati dall'*Executive Order* presidenziale perderebbero un beneficio primario, anzi un diritto civile e politico accompagnato da un corollario di prestazioni sociali, a parte il rischio di dividere famiglie attraverso espulsioni selettive che colpirebbero solo alcuni membri del nucleo familiare.

Sul piano sostanziale, il tema del contrasto con il XIV Emendamento di una disciplina introdotta in via amministrativa passa in secondo piano, almeno nel testo di maggioranza. Le opinioni dissenzienti evidenziano con forza come la posizione giuridica soggettiva pregiudicata dall'*Order* abbia rango di costituzionalità e sia protetta dalla storia dell'ordinamento americano, oltre che arricchita di costante sostegno giurisprudenziale e dottrinale. La maggioranza glissa sulla posta sostanziale in gioco, quasi

assorbendola nelle dinamiche processuali e facendola di fatto scomparire dal bilanciamento degli interessi della sede cautelare.

Lo squilibrio tra le opposte tesi processuali da un lato e dall'altro le recessive, secondo l'esito, considerazioni sul merito dei diritti in discussione attesta che la decisione, in presenza di argomenti processuali di almeno pari efficacia nella ricostruzione storica, si risolve in una mera prova di forza.

La minoranza ritiene che la decisione della Corte non sia che un aperto invito al Governo ad aggirare la Costituzione dando corso a tempo indefinito a politiche anche patentemente in contrasto con diritti costituzionali, lasciando i giudici federali impotenti a bloccarle fino a che uno o più singoli riescano a ottenere tutela cautelare limitata a se stessi. Che l'Esecutivo estenda spontaneamente l'applicazione di pronunce specifiche è quanto meno improbabile. Per *Justice Sotomayor* la Corte rinuncia ad essere «il decisore ultimo del destino legale di importanti nuove iniziative del Legislativo federale e azioni dell'Esecutivo». Inspirato, poi, il suo monito a non considerare la *rule of law* un dato acquisito, ma un precetto della democrazia che necessita di una continua lotta manutentiva da parte di ogni *branch*. La Corte, a suo dire, abdica invece al suo ruolo vitale, cedendo al Presidente invece di tenere duro, consentendogli di farsi beffe della Costituzione con un tratto di penna e rendendosi così sua complice. *Justice Jackson* è ancor più critica, accusando la Corte di usare il linguaggio legalese di taglio processuale per contravvenire al principio base del costituzionalismo, quello del governo limitato mediante i precetti della Costituzione e della separazione dei poteri. Il richiamo alle sorgenti del costituzionalismo a nulla vale per la maggioranza, che, confermando anche conclusivamente la preminenza del danno per il Governo, ribadisce con forza che le corti federali non sono chiamate ad esercitare un controllo generale sull'Esecutivo, ma solo a risolvere «cases and controversies» nei limiti dell'autorità conferita loro dal Congresso.

Si scontrano dunque due posizioni duramente contrapposte, anzi due visioni del ruolo del Giudiziario e, in ultima analisi, del costituzionalismo. La minoranza si identifica con quella classica, che contempla una progressione nella tutela dei diritti, ciclica nel lavoro giurisprudenziale e integrata a fasi alterne da interventi legislativi o addirittura di revisione costituzionale: la *incorporation* a livello federale dei diritti, iniziata nel primo '900, l'espansione delle applicazioni del principio di eguaglianza e l'articolazione delle tecniche di scrutinio a loro supporto, il proattivismo nell'assumere la guida dell'indirizzo politico costituzionale fino alla soglia della costruzione della *heavenly city* del XX secolo, il rafforzamento del federalismo con una propulsione centripeta ne sono state le manifestazioni più note e visibili. Questa spinta si è esaurita, secondo uno schematismo grossolano, nel passaggio dalla Corte Burger alla Corte Rehnquist. Da allora è diventata via via dominante la concezione opposta: ripresa dell'autonomismo statale, declinazione sempre più prudente dei diritti civili (con *incorporation*, però, del diritto di portare armi), allentamento degli *standards* interpretativi della *equal protection clause* e minimizzazione del ricorso al *due process*, soprattutto di quello sostanziale, sono state le linee di tendenza più marcate di questo indirizzo.

Le due visioni, pur diametralmente contrastanti, hanno però sempre avuto in comune una costante, per così dire, metodologica: l'attivismo della

Corte Suprema, che nell'età di Rehnquist e Roberts ha preso la forma prevalente dell'originalismo (cfr. i numerosi scritti di Graziella Romeo sul tema), strumento preferenziale di contenimento di interpretazioni innovative o espansive, in particolare nell'ambito dei diritti civili e politici e a maggior ragione di quelli sociali.

Trump v. CASA offre invece un raro esempio di apparente *self-restraint*. La Corte infatti si esibisce in un dispositivo, fondato su presupposti originalistici, che non può non leggersi come una forte compressione del ruolo dei giudici federali di primo e secondo livello, mutilati di uno strumento equitativo tutto sommato divenuto quasi consuetudinario e ritenuto utile dalla comunità forense. Al tempo stesso, l'omaggio all'istituzione presidenziale pare evidente: nella specie un *Order* di pressoché certa illegittimità costituzionale viene convalidato, con l'effetto di consentire massicce espulsioni, che potrebbero venire poi revocate ad esito di una cognizione piena.

Spiegare il razionale di questa linea di condotta non è facile. Una lettura rozza potrebbe limitarsi a ipotizzare uno schiacciamento di una Corte conservatrice sulla linea di Trump: una sorta di adesione al *Project '25*⁸ piuttosto che alla linea MAGA. Vero è che il risultato viene raggiunto tramite una forte e sonora dichiarazione di assoluta preminenza del massimo giudice sulle corti inferiori. Rimane però che il beneficiario immediato della decisione è il Presidente in carica, anzi l'istituzione presidenziale. Come se si volesse metter fine a un periodo di dominanza del Giudiziario con un ritorno alla Presidenza imperiale. Se dunque si trattasse davvero di una autolimitazione, essa avrebbe luogo a vantaggio dell'Esecutivo, liberato dal fastidio di misure cautelari generali e d'ora innanzi costretto a cimentarsi solo in multiple cause con individui o gruppi ben circoscritti. Ma come spiegare questo passo indietro della Corte in tempi di preminenza quasi universale dell'aristocrazia giudiziaria⁹, peraltro sospinta in parte anche proprio dall'esempio statunitense? Che la Corte Roberts pensi a una linea di minore intrusione nell'attività delle altre due *branches*? Recenti pronunce in diversi ambiti, da *Dobbs* in materia di interruzione della gravidanza a *Kennedy* sul trattamento delle scuole confessionali, a *Biden v. Nebraska* sulla cancellazione del debito degli studenti universitari, fino a *Loper Bright* sulla caducazione della *Chevron deference* verso l'amministrazione, sembrano escludere questa interpretazione e attestare invece un perdurante attivismo, certo non timoroso di interferenze o di sgarbi agli altri Poteri. Può allora trattarsi di un esempio di uso degli strumenti dell'originalismo fine a se stesso e non strumentale? Anche questa ipotesi non pare difendibile, considerato che l'analisi storica, da almeno due decenni, non è mai neutrale ma sempre funzionale.

Può essere che la rielezione di Trump, avvenuta in un contesto di estrema polarizzazione della società americana e circondata da un forte apparato declamatorio, abbia indotto la Corte a schierarsi, per evitare la

⁸ v. D.A. Graham, *The Project. How Project 2025 Is Reshaping America*, New York (NY), 2025.

⁹ *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, come si ricorderà, è il titolo di un noto volume di Ran Hirschl, New York (NY), 2004, che fotografava un trend già in corso dall'avvio della globalizzazione, se non prima.

delegittimazione della Presidenza in un'area particolarmente sensibile della piattaforma elettorale? Effettivamente sotto la guida di Roberts il collegio sembra dare l'impressione di non adoperarsi per ridurre la conflittualità sociale prima che quella politica, ma di non esitare ad accrescerla, sia con pronunce a marcata connotazione ideologica che con dure contrapposizioni nel collegio. Ma questa volta la corrività verrebbe messa in atto a caro prezzo: quello dell'auto-ridimensionamento del Giudiziario, soprattutto, ma non solo, delle corti inferiori, in un'area di protezione delicata e sensibile. Può la Corte non avere avvertito questo rischio? In effetti tutte le *opinions* danno prova di percepirlo e segni di volerlo limitare, oltre che di riservarsi vie d'uscita adeguate. La maggioranza non esclude che sul territorio si possano adottare *injunctions* che assicurino una tutela completa ma non *overbroad*, come ad esempio il divieto di applicazione di un *Executive Order* in uno Stato ricorrente, magari ad inclusione di bambini nati altrove ma ivi residenti, sempre che lo Stato superi il *test* di *standing*. L'opinione concorrente di Justice Thomas sottolinea che sia pure eccezionalmente continueranno a manifestarsi casi in cui la tutela sia indivisibile e sia «all but impossible» predisporre *relief* limitato ai soli ricorrenti. Justice Kavanaugh appone alla fine della propria opinione concorrente una sorta di esplicito *understanding*, chiarendo che la decisione di questo caso non pregiudica la possibilità di accogliere istanze di sospensione di importanti nuove misure legislative o amministrative, compito che rimane parte critica del lavoro della Corte. Il dissenso di Justice Sotomayor valorizza questo spazio residuo di intervento giudiziale, pur segnalando che la difesa del Governo non ha mai fatto ricorso a questo argomento nei due gradi di giudizio. Justice Alito rimarca la sopravvivenza dello strumento della *class action*, pur auspicando che non ne venga fatto un uso sostitutivo delle *injunctions* appena messe fuori gioco.

In sintesi, una «*grave and unsupported diminution of judicial power*», nelle parole di Sotomayor, ma insieme la riserva e forse il preannuncio di elusioni o di eccezioni ad alto grado di discrezionalità. Rigidità formale, ma flessibilità occulta, e neppure troppo. Equità negata, equità promessa?

3. – Altro continente, altra *venue*, altro giudice. Lussemburgo, Corte di giustizia. Il 1° agosto 2025 i giudici europei depositano l'attesa decisione di due delle domande di pronuncia pregiudiziale presentate tra ottobre e novembre 2024 dal tribunale di Roma in merito alla politica di asilo, alle procedure comuni per riconoscimento e revoca dello *status* di protezione internazionale, con particolare riguardo alla nozione di Paese sicuro e alla competenza alla relativa definizione. I quesiti sollevati avevano avuto ampia diffusione non solo nei *media* italiani, ma in tutta Europa, come attesta il numero dei Paesi che avevano presentato osservazioni, ben sedici. Essi si riferivano all'interpretazione degli artt. 36-38 della direttiva 2013/32 nelle forme applicative utilizzate dalla legge italiana, nella specie il d.l. 158/2024. In particolare si chiedeva se la definizione dei Paesi di origine sicuri possa avere luogo con atto normativo primario aggiornato periodicamente nelle stesse forme; se il legislatore debba comunque rendere accessibili e verificabili le fonti utilizzate per la formazione dell'elenco; se i singoli giudici, davanti ai quali viene proposto ricorso da persona proveniente da Paese sicuro e quindi fatta oggetto di procedura accelerata di rimpatrio, possano

verificare la correttezza della qualificazione attingendo autonomamente dalle fonti internazionali menzionate dalla stessa direttiva; se infine la presenza nel Paese dichiarato sicuro di categorie di persone per cui condizioni sostanziali di sicurezza non sussistano consenta di superare la presunzione derivante dall'elencazione normativa.

La Corte ha respinto preliminarmente, utilizzando le tecniche di tutela della effettività del gravame europeo, tutte le eccezioni di irricevibilità sollevate dal Governo italiano in punto di mancata motivazione da parte del giudice remittente e di astrattezza dei quesiti per carenza di verifica della concreta situazione dei migranti. Nel merito, ha dichiarato anzi tutto legittimo l'impiego di atti legislativi per definire i Paesi sicuri, richiamando la storica giurisprudenza che richiede agli Stati membri specificità, precisione, chiarezza e pubblicità delle fonti utilizzate per il recepimento del diritto europeo. Indi, ha affermato che i dati informativi posti alla base dell'elenco di Paesi sicuri devono essere resi noti, imponendo così una sorta di obbligo motivazionale per il legislatore nazionale. Infine, ha statuito che il supporto motivazionale della definizione normativa deve essere noto al ricorrente e da lui verificabile, in ragione dell'effettività della tutela imposta dal diritto europeo, e a maggior ragione per il giudice adito, che possa e anzi debba effettuare una valutazione individualizzata, aggiornata temporalmente, completa, estesa agli aspetti procedurali e a quelli sostanziali e in particolare alla ricorrenza di circostanze che permettano di concludere nel senso della scorrettezza dell'inclusione di un Paese nell'elenco, almeno per categorie di persone o per parti del territorio.

4. – Un pur sommario raffronto tra questa pronuncia della Corte di giustizia europea e quella della Corte Suprema statunitense analizzata più sopra consente di mettere in luce alcune convergenze e alcuni scostamenti tra i due approcci.

Sul piano del *reasoning*, anzi tutto, la differenza è eclatante. L'originalismo non ha mai attecchito presso le corti degli ordinamenti europei e tanto meno in quelle sovranazionali: troppo diverse le condizioni storiche e troppo difficile l'applicazione del "metodo Scalia" a un ordinamento che ha fatto dell'evoluzione progressiva il suo marchio distintivo e che non può prescindere dal diritto vivente. Il richiamo della Corte di giustizia è come sempre a un consolidato corpo di pronunce relative al principio di effettività della tutela dei diritti, senza particolari scostamenti da prassi anteriori.

La deferenza della Corte Suprema verso l'Esecutivo non trova parallelismi nell'atteggiamento di Lussemburgo verso gli Stati membri. L'indifferenza per la strumentazione normativa dispiegata dagli ordinamenti nazionali, salvi i vincoli formali, non deve ingannare: si tratta di un *topos* della giurisprudenza europea, ma di mera facciata, compatibile con qualsiasi sviluppo ulteriore. L'unico vero obiettivo della Corte di giustizia è mantenere saldo a livello europeo il controllo dei meccanismi di valutazione degli accessi migratori, a prescindere dalla fonte nazionale di recepimento.

L'elemento forse più significativo dell'approccio della Corte europea è però rappresentato dalla volontà di utilizzare i giudici nazionali, in modo per così dire diffuso, per instaurare con essi un dialogo diretto attraverso gli

eventuali rinvii pregiudiziali. Nessuna delegittimazione delle corti inferiori, come nel caso statunitense, dunque, ma anzi la loro strumentalizzazione funzionale al primato del diritto europeo, con uno scavalcamento non solo delle corti costituzionali e delle corti supreme nazionali, ma anche dei Governi; anzi, soprattutto dei Governi. La Corte non lamenta alcuna insufficienza nel regime italiano di gestione delle provenienze da Paesi sicuri, né dal punto di vista della forma di determinazione di questi ultimi né sotto l'angolazione delle tutele, che peraltro rientrano nella sfera delle garanzie giurisdizionali previste dalla Costituzione. Ma intende consentire che la regola nell'accertamento concreto della provenienza o meno da Paese sicuro soffra eccezioni correlate a circostanze specifiche e che questa verifica competa necessariamente ai giudici.

Guardando al contesto europeo, è stata criticata l'ingerenza del giudice europeo nell'organizzazione costituzionale interna, intesa ad operare uno spostamento di materia – tradizionalmente rientrante nelle prerogative dell'Esecutivo, in particolare proprio negli Stati Uniti e negli ordinamenti presidenziali, ma anche altrove –, verso il Giudiziario¹⁰. Da qui a ipotizzare una nuova manifestazione di invadenza omologativa dell'UE verso gli Stati membri, questa volta indirizzata sul concreto funzionamento della forma di governo, il passo è breve. D'altronde la storia ha abituato gli osservatori dottrinali a conoscere gradienti di rafforzamento dell'ordinamento europeo provenienti ora dalla Commissione o dal Parlamento, ora dalla burocrazia, ora appunto dal Giudiziario. Autorevoli cultori del diritto europeo, infatti, hanno salutato questa pronuncia come un successo del *trend* rafforzativo. Può anche essere che in un mondo che negli ultimi mesi sta conoscendo riassetti geopolitici epocali vi sia bisogno di un consolidamento dell'integrazione dell'Europa come soggetto della Comunità internazionale. Discutibile però è che ciò avvenga a colpi di decisioni giudiziarie mentre la politica langue o addirittura si muove lungo linee marcatamente diverse.

Il punto di vista costituzionalistico circa la competenza della Corte europea a erodere i margini di autonomia dei Governi e insieme la democraticità delle scelte nazionali sulla composizione del *demos*¹¹ è molto rilevante. Dal punto di vista del comparatista, tuttavia, occorre focalizzare un altro profilo di questa pronuncia. In apparenza, mentre la Corte Suprema sembra ridimensionare il ruolo delle corti inferiori dando campo libero all'Esecutivo in un settore tradizionalmente di sua spettanza, la Corte di giustizia comprime il ruolo dell'Esecutivo a pro dei giudici di merito dei Paesi membri, onerati di compiti non facili da assolvere sul piano istruttorio e della stessa cognizione. Si tratta dunque di due indirizzi opposti che, pur manifestandosi in ordinamenti diversi per forma di governo e tradizioni politiche, indicano l'emersione di un nuovo profondo *cleavage*? Quali ne sarebbero i fattori scatenanti e quali gli sviluppi? Vi possono essere ricadute sull'intreccio di diritto costituzionale e diritto internazionale che si è iniziato da qualche anno a chiamare diritto transnazionale? E ciò eventualmente in

¹⁰ v. ad es. M. Esposito, *Un abuso di potere che viola i principi della Costituzione*, in *Sussidiario.net*, 2-8-2025.

¹¹ Come si esprime S. Benhabib, *The Rights of Others*, Cambridge, 2000 e *Another Cosmopolitanism*, Oxford-New York (NY), 2009.

chiave di circolazione di modelli o di dialogo tra corti? Il tema è senza dubbio appassionante, ma sorge il dubbio che anche un'altra lettura sia praticabile.

Non è inverosimile che entrambe le pronunce testimonino, in modalità e con stili condizionati dalla conformazione dei rispettivi sistemi costituzionali, di una volontà degli organi di vertice dei due Giudiziari di rafforzare la propria centralità. La Corte Suprema, indebolendo i poteri delle corti inferiori, avoca a sé, non rinunciando a riserve alquanto fumose di ricorso eccezionale allo strumento cautelare invalidato in quanto non originale, l'interpretazione del *Bill of Rights*, occasionalmente supportando la scelta presidenziale, ma in realtà proponendo una nuova versione della formula «separated institutions sharing powers», finora riservata alla titanica contrapposizione tra Presidenza e Congresso. La Corte di giustizia, delegittimando gli Esecutivi, incurante degli assetti costituzionali interni e della opponibilità di controlimiti relativi in fondo alla democraticità degli ordinamenti nazionali, rivendica sempre più per sé il ruolo di riferimento dei giudici nazionali, di unico interlocutore anche su aree tematiche in cui il diritto europeo ha faticato tradizionalmente e continua a faticare nel convenire su politiche comuni.

Non si può escludere che in termini macrocomparativi si stia manifestando una convergenza che a livello micro può presentarsi come uno sfrangiamento o una frattura rispetto al passato recente. Forse una seconda e più evoluta fase della *juristocracy*?

Giuseppe Franco Ferrari
Dipartimento di studi giuridici "A. Sraffa"
Università comm.le "L. Bocconi"
ferrari.giuseppe@unibocconi.it