

Le inquietudini della Corte Suprema: a prima lettura di *Trump v. CASA*

di Graziella Romeo

Abstract: The Supreme Court's apprehensions: a first reading of *Trump v. CASA* – This article examines *Trump v. CASA* through the lens of Grant Gilmore's framework in *The Ages of American Law*. It argues that the current Supreme Court seems to be pursuing a return to a new "age of faith," seeking historically grounded "right answers" to contemporary legal questions. Rather than reducing the case to an ideological clash between a conservative majority and a liberal minority, the analysis focuses on the legal dimensions of the decision, particularly the power of federal courts to issue nationwide preliminary injunctions. The article explores both the immediate practical effects of the ruling—possibly overstated in early commentary—and its deeper constitutional implications, especially regarding the limits of presidential power and the argumentative strategies employed by the majority and dissenting opinions.

Keywords: *Trump v. CASA*; U.S. Supreme Court; Preliminary injunctions; Presidential power; Constitutional interpretation

1475

1. – In *The Ages of American Law*, Grant Gilmore ha descritto il diritto americano come segnato da diverse fasi, nel corso delle quali esso si è progressivamente strutturato come fenomeno originale e autoctono, restando – com'è ovvio – influenzato dalle vicende storico-politiche che hanno caratterizzato l'ordinamento statunitense¹. Secondo Gilmore, dopo l'"età della fede" nel diritto come strumento di ordine sociale ispirato a criteri universali di giustizia — fase che, grosso modo, va dalla Guerra civile alla Prima guerra mondiale — gli Stati Uniti sono entrati in una lunga "age of anxiety", dominata da una filosofia realista che ha messo in discussione l'idea che esista una ricostruzione corretta della storia e della catena dei precedenti, capace di offrire la risposta "giusta" a qualsiasi domanda di natura giuridica. La "age of anxiety" segna un momento di emancipazione dalla *English law*, ma rappresenta anche una lunga stagione di fermento intellettuale, di critica all'attivismo giudiziario e di rinnovata attenzione alla forza dei formanti legislativo e dottrinale.

Se impiegassimo Gilmore per tentare di decifrare il presente, potremmo sostenere di essere in presenza di una Corte Suprema che vuole il ritorno a una nuova "age of faith", contraddistinta dal bisogno apparente di

¹ G. Gilmore, *The Ages of American Law*, 1974, P. Bobbitt (Ed.), New Haven (CT), 2015.

rintracciare, nell'esegesi delle origini del diritto americano, una "right answer" alle domande di giustizia del presente. Si potrebbe sostenere che si tratti di una mera strategia di assicurazione, in un frangente storico-politico in cui questa Corte è accusata di una certa spiccata inclinazione ad assecondare l'agenda del partito repubblicano. *Trump v. CASA*², la pronuncia oggetto di questo commento, è stata da alcuni – più all'estero che negli Stati Uniti – interpretata come un attacco aperto al potere giudiziario, un moto di rivincita della politica, assicurato da una Corte che non vuole smentire il Presidente³. Al netto di questo giudizio, non si può dubitare del fatto che il problema delle origini del diritto americano è il *topos* più frequente del ragionamento giuridico della maggioranza. Chi studia questo ordinamento, dunque, non può fare a meno di prendere sul serio l'impiego di argomenti passatisti e di interrogarsi sulla loro fondatezza, a prescindere da considerazioni circa le motivazioni interne di tutti o alcuni dei giudici del collegio.

Per questa ragione, vale la pena di discutere *Trump v. CASA* senza lasciarsi tentare troppo dalle letture che riducono questioni giuridiche dotate di una certa complessità alla dimensione dello scontro ideologico tra maggioranza e minoranza, come se la loro soluzione fosse necessariamente riconducibile a preferenze di policy o di orientamento politico. Le corti federali hanno, in passato, bloccato provvedimenti delle presidenze democratiche di Biden e di Obama⁴. Il tema, dunque, trascende le vicende della presidenza Trump benché sia evidente che solo l'attuale presidente ha ritenuto di amplificare il conflitto rivolgendosi alla Corte Suprema. Tale amplificazione è dovuta in particolare al carattere frontale che ha connotato l'attacco dell'amministrazione Trump allo strumento delle *preliminary injunctions*, le quali – come si dirà in seguito – sono state prese di mira indipendentemente dalla legittimità dell'atto presidenziale di cui sospendano l'efficacia. D'altronde, anche l'amministrazione Biden aveva impugnato analoghi provvedimenti giurisdizionali di natura cautelare davanti alla Corte Suprema⁵. Tuttavia, il ricorso era stato formulato nel senso di richiedere che le *injunctions* concesse fossero più *narrow* sotto il profilo dell'ambito di applicazione oggettivo (e non soggettivo), senza che ciò comportasse una contestazione generale relativa all'esercizio di tale potere da parte dei giudici distrettuali federali. Con ciò non si intende affatto negare che questa maggioranza sia decisamente allineata con le sensibilità più diffuse nel partito repubblicano; l'intento è piuttosto di concentrare in primo luogo l'attenzione sulla dimensione eminentemente giuridica della questione decisa

² 606 U.S. ____ (2025), disponibile all'indirizzo Internet www.supremecourt.gov/opinions/24pdf/24a884_8n59.pdf.

³ W. Roberts, *Trump versus the judiciary*, in *International Bar Association Blog*, 23-7-2025, disponibile all'indirizzo Internet www.ibanet.org/Trump-versus-the-judiciary. In Italia v. L. Serafinelli, *Un Requiem per le Universal Injunction: Trump v. CASA*, in *Blog di Dir. comp.*, 15-7-2025, disponibile all'indirizzo Internet www.diritticomparati.it/un-requiem-per-le-universal-injunction-trump-v-casa/.

⁴ V. per esempio D. Fisher, *Texas Judge Issues Nationwide Injunction Against Obama's Overtime Rule*, in *Forbes*, 22-11-2016, disponibile all'indirizzo Internet www.forbes.com/sites/danielfisher/2016/11/22/texas-judge-issues-nationwide-injunction-against-obamas-overtime-rule/.

⁵ V. *Department of Education v. Louisiana*, 603 U.S. ____ (2024).

dalla Corte così da cogliere il significato concreto di *Trump v. CASA*. Questa scelta non implica neppure sottrarsi all'apprezzamento delle circostanze politiche di contesto, bensì essa vuole porre in luce l'esistenza di un doppio livello di lettura della sentenza in commento. Un primo livello riguarda l'analisi della questione oggetto del giudizio, ossia il potere delle corti di circuito di emanare *preliminary injunctions* di portata universale. Su questo profilo, i primi commenti potrebbero aver sovrastimato gli effetti concreti di questa decisione. Un secondo livello di lettura attiene, invece, al significato costituzionale della pronuncia, ricostruito a partire da ciò che essa tace, vale a dire quale sia il limite costituzionale ultimo del potere presidenziale di attuare la sua agenda politica. Tale aspetto è senz'altro più problematico e merita di essere compreso attraverso l'analisi delle strategie argomentative di maggioranza e minoranza.

2. – Per sviluppare i due livelli di lettura, è opportuno muovere dalla ricostruzione della vicenda che ha suscitato l'intervento della Corte Suprema. La pronuncia *Trump v. CASA* trae origine dal ricorso presentato dall'Esecutivo presso tre Corti di circuito per la sospensione delle misure cautelari (le cosiddette *preliminary injunctions*) emesse da diverse Corti distrettuali al fine di bloccare l'attuazione dell'ordine esecutivo — firmato nel gennaio 2025 — sull'interpretazione della clausola del XIV Emendamento, con cui sono state introdotte nuove regole in materia di acquisto della cittadinanza⁶. In nessuno di questi ricorsi, l'Esecutivo contesta le conclusioni dei giudici distrettuali secondo le quali l'*order* viola verosimilmente la Costituzione. Le contestazioni riguardano esclusivamente l'ambito di applicazione delle *preliminary injunctions* concesse, sostenendo che le ingiunzioni avrebbero dovuto essere limitate nel senso di impedire l'applicazione dell'*order* soltanto nei confronti delle parti dei procedimenti in questione.

Tutte e tre le corti di circuito, tuttavia, respingono le richieste dell'Esecutivo (131 F. 4th 27 (CA1 2025); 2025 WL 654902 (CA4, 28 febbraio 2025); 2025 WL 553485 (CA9, 19 febbraio 2025)). In particolare, secondo il Quarto Circuito il giudice distrettuale ha chiarito perché un'ingiunzione limitata alle sole parti non avrebbe garantito un rimedio completo agli attori (2025 WL 654902, 1). Similmente, il Primo e il Nono Circuito concordano con le decisioni delle corti di distretto del Massachusetts e di Washington, secondo le quali solo le *universal injunctions* garantiscono il tipo di rimedio completo rispetto ai danni subiti dagli attori coinvolti (131 F. 4th, 42–43; 2025 WL 553485, 1).

Così, la vicenda giunge alla Corte Suprema tramite un ricorso d'urgenza per la sospensione parziale delle tre ingiunzioni preliminari relative all'*order* in tema di cittadinanza. La tesi dell'Esecutivo, in sostanza, è che le *injunctions* devono essere limitate alle sole parti formalmente coinvolte nella causa. L'*opinion* di maggioranza, redatta da Justice Barrett, coagula i sei giudici conservatori, tutti persuasi che l'ambito di applicazione

⁶ Executive Order No. 14160, 20-1-2025, *Protecting the Meaning and Value of American Citizenship*, disponibile all'indirizzo Internet www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/01/protecting-the-meaning-and-value-of-american-citizenship/.

delle *preliminary injunctions* debba essere *inter partes*. Per giungere a questa conclusione, la Corte muove dall'esegesi del *Judiciary Act 1789* e del diritto inglese in materia di poteri equitativi. Secondo la maggioranza, l'*Act* non riconosce alle corti federali il potere di emettere *universal (nationwide) injunctions* e, dunque, il potere equitativo di cui pure godono non è così ampio da determinare effetti *erga omnes* delle decisioni adottate in quella sede.

Sul piano metodologico, si assiste alla ripetizione di un approccio ormai consolidato: la ricostruzione del diritto anglo-americano alla ricerca di prove del radicamento storico del potere delle corti federali contestato dall'Esecutivo. Così, ad assumere rilievo è il *Judiciary Act* del 1789 dal quale deriva il potere delle corti federali di decidere "in equity". Per giurisprudenza costante, la competenza prevista dalla legge comprende solo quei tipi di rimedi equitativi «tradizionalmente riconosciuti dai tribunali di *equity*» all'epoca della nascita del Paese⁷. Per questa ragione, il passaggio successivo dell'argomentazione consiste nell'interrogare il diritto inglese al fine di individuare l'esistenza di rimedi, disposti dalle corti di *equity*, identici o assimilabili alle *universal injunctions*. Per la maggioranza, la risposta è negativa e a nulla vale l'esempio – indagato dalla minoranza – dei *bill of peace*. Un *bill of peace* era un rimedio tipico delle corti inglesi, impiegato tra il XVII e XVIII secolo, per risolvere controversie che coinvolgevano più parti ed erano dotate di elementi comuni. In particolare, la Court of Chancery inglese poteva così definire, in un'unica causa, i diritti delle parti coinvolte e identificate come un gruppo ("multitude") accomunato da interessi identici. Per la maggioranza, infatti, il *bill of peace* riguardava comunque non tutti i soggetti potenzialmente destinatari di un provvedimento normativo, ma un gruppo «small and cohesive»⁸, per quanto non formalizzato, a fini processuali, in un litisconsorzio.

Fino a questo punto, la Corte si limita a rispondere alla questione a essa sottoposta interrogando (e interpretando) i materiali storici a sua disposizione, senza preoccuparsi di chiarire se, al di là del loro secolare radicamento storico, le *universal injunctions* rispondono a una domanda di giustizia in un modo coerente rispetto al quadro costituzionale. La scelta argomentativa è di evitare di impegnarsi in un'analisi di tono costituzionale che avrebbe implicato misurarsi con l'Art. III della Costituzione per arrivare magari a sostenere che quest'ultimo giustifica la limitazione alle parti in cause degli effetti giuridici dei rimedi cautelari come le *preliminary injunctions*⁹. La tesi sarebbe stata difficilmente sostenibile, non solo per

⁷ V. *Grupo Mexicano de Desarrollo v. Alliance Bond Fund*, 527 U.S. 308, 319 (1999).

⁸ *Trump v. CASA*, *slip op.*, 13.

⁹ A venire in rilievo sono soprattutto la sec. 1 e 2 dell'Art. III, le quali recitano: «Section 1. The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behaviour, and shall, at stated Times, receive for their Services, a Compensation, which shall not be diminished during their Continuance in Office. Section 2. The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority;—to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls;—to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction;—to Controversies to which the United States shall be a Party;—to Controversies between two or more States;—

assenza di appoggi testuali, ma anche perché una tale interpretazione avrebbe colpito ogni tipo di *injunction*, comprese quelle esperibili attraverso l'Administrative Procedure Act (d'ora in avanti: APA). Tale legge infatti è stata costantemente interpretata nel senso di consentire alle Corti l'emanazione di *universal injunctions* in caso di condotte *contra legem* del potere esecutivo. Un risultato che la maggioranza sicuramente non aveva intenzione di raggiungere. Così, evitando il piano costituzionale, l'*opinion* circoscrive accuratamente – come non mancherà di segnalare la *concurring opinion* di Alito – la portata concreta della decisione¹⁰. Al contempo, il silenzio sull'Art. III consente alla Corte di rendere una sentenza che, sul piano del ragionamento costituzionale, non si candida in alcun modo a diventare un precedente autorevole.

3. – Sul piano sostanziale, secondo la maggioranza, il fulcro della questione sta nella natura di *complete remedy* dei provvedimenti sospensivi di natura universale. L'argomento speso per difendere le *universal injunctions* si fonda, infatti, sulla tesi per cui esse costituiscono semplicemente un'applicazione del principio per il quale una corte di *equity* può riconoscere il rimedio che assicuri un risarcimento completo. Per la maggioranza, tuttavia, "risarcimento completo" (*complete relief*) non è sinonimo di "risarcimento universale" (*universal relief*). *Complete relief* sarebbe, in questa prospettiva, un concetto più circoscritto, da tempo accolto nella tradizione equitativa, che consente alle corti di riconoscere un rimedio completo ma pur sempre limitato alle parti in causa¹¹.

Accogliendo la richiesta di sospensione parziale dell'Esecutivo, la Corte ha dunque stabilito le *injunctions* devono essere limitate a quanto necessario per garantire un rimedio completo ai soli ricorrenti effettivi per ciascun caso. Questo nuovo indirizzo giurisprudenziale non implica, tuttavia, l'inesistenza di rimedi di natura universale. Questi ultimi possono essere esperiti e ottenuti tramite le *class actions* regolarmente certificate (cioè le cosiddette *Rule 23 class actions*)¹² oppure, nei casi disciplinati dall'APA, attraverso l'"annullamento" dei provvedimenti delle agenzie federali a contenuto normativo¹³. Di più, la sentenza lascia intatto il potere delle corti

between a State and Citizens of another State,—between Citizens of different States,—between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects».

¹⁰ V. M. Sohoni, *Trump v. CASA and the Future of the Universal Injunction*, in *Stanford Law School Blog*, 15-7-2025, disponibile all'indirizzo [Internet law.stanford.edu/2025/07/15/trump-v-casa-and-the-future-of-the-universal-injunction/](https://www.law.stanford.edu/2025/07/15/trump-v-casa-and-the-future-of-the-universal-injunction/).

¹¹ *Trump v. CASA*, slip op., 16.

¹² Il riferimento qui è alla Rule 23 delle Federal Rules of Civil Procedure, ai sensi della quale una *class action*, per produrre effetti giuridici, deve essere certificata attraverso un'ordinanza del giudice che ne definisca i membri, gli interessi protetti e una serie di altri elementi. Il testo è disponibile all'indirizzo [Internet www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_23](https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_23).

¹³ Vale la pena di rammentare che in dottrina sono stati evidenziati anche altre possibili vie alternative per ottenere *universal injunctions*, tra le quali devono essere menzionate almeno le *associations lawsuits*. In particolare, la Corte non ha vietato alle associazioni – inclusi gli Stati – di agire in giudizio per conto dei propri membri (o dei propri cittadini).

federali di emanare *preliminary injunctions* nelle ipotesi di cosiddette *putative class actions*, ovvero di quelle azioni collettive che non sono ancora state certificate da un giudice, con ciò peraltro non accogliendo l'argomento radicale dell'Esecutivo che avrebbe voluto eliminare persino questa possibilità. Justice Alito, nella sua *concurring opinion*, fa leva su questo argomento per sostenere – probabilmente con un accenno polemico nei confronti della giudice redattrice – che la decisione produce “molto rumore per nulla” poiché si limiterebbe a sottolineare la necessità di un apprezzamento più rigoroso della legittimazione dei terzi a stare in giudizio (*third-party-standing limitations*). Alito avrebbe aderito più convintamente a una decisione che avesse affrontato apertamente questo tema e, parallelamente, chiarito che devono esistere requisiti altrettanto stringenti per autorizzare una *class action*.

Anche il giudice Kavanaugh scrive separatamente per insistere sulla portata limitata della pronuncia. Per Kavanaugh, in particolare, *Trump v. CASA* si limita a circoscrivere il potere delle corti di distretto nella fase che può essere definita di «interim before the interim»¹⁴, cioè al livello cautelare che precede tanto il ricorso alle corti di circuito, quanto quello alla Corte Suprema. Se osservata da questa prospettiva, la decisione non ridurrebbe affatto il potere di emanare *preliminary injunctions*, ma lo sottoporrebbe a condizioni procedurali più stringenti e lascerebbe pressoché intatto il potere delle corti superiori¹⁵. Kavanaugh, tuttavia, non rinuncia – unico nella maggioranza – a un rapido cenno alla questione costituzionale che pure deve aver svolto un ruolo nella decisione della Corte. Egli scrive:

«Should there be a *nationally uniform* answer on the question of whether a major new federal statute or executive action can be legally enforced in the often years-long interim period until this Court reaches a final decision on the merits? If so, *who decides* what the nationally uniform interim answer is?»¹⁶.

Per Kavanaugh, la risposta alla prima domanda è senz'altro affermativa, anche in ragione della frequenza con cui decisioni fondamentali operate da Presidenti di entrambi i partiti politici (dalle norme sulla cittadinanza, ai programmi per la cancellazione del debito studentesco) sono

Tuttavia, nella sua opinione concorrente, il giudice Alito ha chiarito che un'associazione deve provare di avere «una 'stretta relazione' con il titolare del diritto e che esista un certo 'ostacolo' alla capacità del titolare stesso di 'tutelare i propri interessi'». Secondo il giudice Alito, infatti, le *associations lawsuits*, se esperite dagli Stati senza adeguato controllo sulla loro legittimazione a ricorrere per conto di terzi, vanificherebbero il dispositivo della decisione *Trump v. CASA*. Sul punto v. C.J. Walker, *What Trump v. CASA Means for the Future of Universal Relief in Administrative Law*, in *Yale J. Regul.*, online Notice and Comment, 29-6-2025, disponibile all'indirizzo www.yalejreg.com/nc/what-trump-v-casa-means-for-the-future-of-universal-relief-in-administrative-law/.

¹⁴ *Trump v. CASA*, Kavanaugh, J., *concurring op.*, 2.

¹⁵ «Today's decision on district court injunctions will not affect this Court's vitally important responsibility to resolve applications for stays or injunctions with respect to major new federal statutes and executive actions». *Trump v. CASA*, Kavanaugh J., *concurring op.*, 12.

¹⁶ *Trump v. CASA*, Kavanaugh J., *concurring op.*, 4-5.

state bloccate da *nationwide preliminary injunctions*. Se, dunque, la risposta è affermativa, il potere di decidere la *nationally uniform interim answer* deve senz'altro spettare alla Corte Suprema. Ciò implica che per Kavanaugh la sentenza *Trump v. CASA* non altera significativamente gli equilibri del sistema costituzionale.

4. – L'*opinion* di maggioranza evita così ogni riflessione sulla natura, sostanzialmente non equitativa, dei rimedi alternativi alle *universal injunctions* e, dunque, sulla diversità tra queste ultime e una *class action* dal punto di vista dell'ampiezza del potere riconosciuto alle corti. Spetta così alla *dissenting opinion* della giudice Sotomayor evidenziare come la posizione della Corte ridimensioni ampiamente il potere equitativo, sino a renderlo di fatto privo di mordente poiché la flessibilità insita nei rimedi equitativi è irrigidita e forzata nelle formule procedurali suggerite dalla maggioranza¹⁷.

È però interessante notare come l'*opinione* dissenziente verta soprattutto sull'incostituzionalità dell'*executive order*, tema espressamente escluso dalla trattazione della maggioranza. Per la minoranza *liberal*, invece, la questione dell'incostituzionalità del provvedimento presidenziale precede ogni altra considerazione. Infatti, per ottenere dalla Corte un *emergency relief*, ossia un provvedimento cautelare emergenziale di sospensione totale delle ingiunzioni, l'Esecutivo avrebbe dovuto provare che, con ogni probabilità, il suo *order* avrebbe superato lo scrutinio di costituzionalità. Il ricorso è invece per un *partial stay* dei provvedimenti giudiziari contestati proprio perché – secondo la minoranza – l'Esecutivo è consapevole della difficoltà di raggiungere quella prova e si accontenta dunque di dimostrare che soffrirebbe un *irreparable harm* in assenza di un *partial stay*.

Così, per *Justice* Sotomayor la questione della costituzionalità dell'*order* è centrale in quanto l'Esecutivo non ha diritto, in principio, di applicare un provvedimento apertamente incostituzionale. La giudice scrive, infatti, che poche questioni di costituzionalità possono essere risolte facendo semplicemente appello a un'interpretazione testuale della Costituzione e la *birthright citizenship*, ossia la regola per cui l'acquisizione della cittadinanza avviene per nascita sul territorio statunitense, rientra tra queste. Sotomayor chiarisce che la questione fu espressamente dibattuta in Congresso all'epoca della ratifica del XIV emendamento e risolta nel senso che l'acquisto della cittadinanza sarebbe stato consentito a ogni bambino a prescindere dalla condizione giuridica dei genitori¹⁸. Alla giudice è poi sufficiente richiamare una lunga lista di precedenti per dimostrare che la Corte ha costantemente interpretato il XIV emendamento nel senso di assicurare un generale accesso alla *birthright citizenship*.

La parte centrale della lunga *dissenting opinion* colpisce la maggioranza proprio sul terreno della sua apparente devozione alla storia costituzionale¹⁹. *Justice* Sotomayor ritiene che la Corte neghi la tradizione delle *equity courts*, la cui ragion d'essere affonda le radici nella natura "inflexibile" della *common law*. Poiché il diritto di *common law* inquadrava i rimedi nelle rigide formule

¹⁷ *Trump v. CASA*, Sotomayor J., *dissenting op.*, 18.

¹⁸ *Trump v. CASA*, Sotomayor J., *dissenting op.*, 4.

¹⁹ *Trump v. CASA*, Sotomayor, J., *dissenting op.*, 18-36.

dei “writs”, l'*equity* nacque per garantire la soddisfazione di domande di giustizia non azionabili nell'ambito di quel sistema. Per la minoranza, la decisione *Trump v. CASA*, dunque, contraddice quella “adattabilità” che caratterizza i rimedi *in equity* e limita di fatto le azioni esperibili di fronte a condotte incostituzionali del potere esecutivo. La natura universale delle *injunction*, poi, assicura un rimedio completo in quanto salvaguardia l'uniformità del diritto nel territorio statunitense, evitando fenomeni di differenziazione delle tutele.

Justice Jackson che, pur condividendo l'opinione dissenziente di Sotomayor, scrive separatamente è più esplicita nel leggere la posizione della maggioranza come una limitazione significativa del potere giudiziario. È l'unica giudice a evidenziare l'assenza di riguardo per il tema della separazione dei poteri, che dovrebbe essere chiamato in causa da una decisione che riflette sul potere delle corti di bloccare in via cautelare un provvedimento dell'Esecutivo. Secondo Jackson, l'effetto pratico della decisione è di offrire all'Esecutivo «the go-ahead to sometimes wield the kind of unchecked, arbitrary power the Founders crafted our Constitution to eradicate»²⁰. Se non si affronta questo tema la decisione potrebbe essere interpretata – come del resto suggeriva lo stesso Alito – come solo apparentemente epocale e, invece, piuttosto tecnica e interessante al più per gli appassionati di diritto processuale²¹.

5. – La giudice con meno anzianità nel collegio coglie, in realtà, il *punctum dolens* della decisione *Trump v. CASA* ovvero la pressoché completa assenza di considerazioni di natura costituzionale. La Corte Suprema ci ha abituati alla *constitutional avoidance* – ossia alla pratica di evitare l'interrogazione di principi costituzionali quando la questione giuridica può essere risolta sulla base di materiali giuridici diversi – e la Corte presieduta dal giudice Roberts non fa certo eccezione²². La *constitutional avoidance* può essere una strategia

²⁰ *Trump v. CASA*, Jackson, J., *dissenting op.*, 2.

²¹ *Justice* Jackson scrive che una persona potrebbe ragionevolmente domandarsi: «Why all the fuss?», *Trump v. CASA*, Jackson, J., *dissenting op.*, 11.

²² La *constitutional avoidance* rientra tra le dottrine che prescrivono il *judicial restraint*, frequentemente impiegate dai giudici supremi per giustificare l'esclusione della *judicial review* oppure, più semplicemente, l'aggiramento di un problema di costituzionalità. Tale elusione è motivata dall'inesistenza di un grado sufficiente di intesa tra i membri della corte su una certa questione nodale e, dunque, dall'intento di evitare la statuizione di principi fondamentali in assenza di un consenso minimamente significativo. Questa opzione consente, infatti, al giudice di *common law* di approdare a soluzioni praticabili, cioè accettate e applicate dalle corti, benché poggiate su basi teoriche non adeguatamente esplicitate. La formulazione originale di tale dottrina si fa generalmente risalire a *Justice* Brandeis all'epoca dei controversi interventi legislativi del New Deal. Secondo il giudice Brandeis è sempre opportuno preferire la soluzione del caso concreto che non implichi la decisione di questioni di legittimità costituzionale: *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288, 347 (1936), Brandeis J., *concurring*. Su questi aspetti v. J.B. Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, in 7(3) *Harv. L. Rev.* 129, 144 (1893). L'A. riteneva che la dichiarazione di incostituzionalità dovesse essere confinata alle ipotesi in cui il giudice non avesse alcun *reasonable doubt* che la norma sottoposta al sindacato di costituzionalità potesse ricevere un'interpretazione conforme alla Costituzione. V. inoltre W.K. Kelley, *Avoiding Constitutional Questions as a Three-Branch Problem*, in 86 *Cornell L. Rev.* 831, 837 (2001).

lungimirante per evitare l'exasperazione dello scontro ideologico, soprattutto sui "casi difficili", caratterizzati da divisioni etico-morali tanto nel collegio quanto nella società civile. Tuttavia, in questa circostanza la *constitutional avoidance* risulta particolarmente problematica. La maggioranza, infatti, sostiene una posizione dai profondi riflessi sul sistema giuridico americano – poiché limita il potere delle corti inferiori di sospendere l'applicazione di provvedimenti la cui costituzionalità è così apertamente contestata – offrendo argomentazioni che paiono andare nella direzione di ridimensionare il mutamento di paradigma impresso. Dalla flessibilità dei rimedi *in equity* a un irrigidimento delle condizioni procedurali che consentono a una corte di emanare *universal injunctions*. La maggioranza si sforza in molte occasioni di spiegare che molto poco muta, nei fatti, per coloro che intendessero contestare la costituzionalità di un provvedimento dell'Esecutivo. Eppure, tutte queste spiegazioni eludono la domanda di fondo: in ragione di quale principio una corte, persuasa dell'incostituzionalità di un provvedimento dell'Esecutivo, dovrebbe salvarne gli effetti limitando la sospensione della sua applicazione alle sole parti in causa? La maggioranza non offre risposta migliore di un appello alla prassi della Court of Chancery inglese, tacendo la differenza di contesto storico e costituzionale.

Così, ha ragione Justice Jackson quando scrive che la decisione della maggioranza determina la creazione di due zone di giustizia. Una in cui si applica la "rule of decision" delle corti di circuito per cui l'Executive Order è incostituzionale e una in cui questa affermazione è priva di effetti giuridici. Questa seconda zona è popolata da coloro che non hanno gli strumenti economici e culturali di rivolgersi ai tribunali, dai poveri e dagli emarginati, per i quali deve essere sufficiente affidarsi alle valutazioni dell'Esecutivo circa la portata dei loro diritti costituzionali. Il profilo problematico di questa pronuncia, dunque, non risiede tanto nel destino delle *universal injunctions* – strumento imperfetto ed esposto a impieghi opportunistici in un sistema ove la posizione ideologica dei giudici gioca un ruolo nella loro nomina – ma nell'aver articolato un ragionamento che ignora completamente i profili costituzionali della questione giuridica sottoposta all'attenzione della Corte. Il rischio è di aver aperto la strada a una difesa prioritaria del potere di indirizzo politico della Presidenza, all'insegna di una rivendicazione della forza della politica sulla giurisdizione. Del resto, nell'*opinion* della maggioranza si sostiene che quand'anche il Presidente travalicasse i suoi poteri, il rimedio non dovrebbe essere quello di assicurare poteri ancora più ampi ai giudici. Non vi sono dubbi che la facoltà del Presidente di vedere

Deve essere chiarito che la *constitutional avoidance doctrine* non rappresenta tanto la traduzione sul piano dell'ermeneutica giuridica della teoria della dichiarazione di incostituzionalità come soluzione di *extrema ratio* rispetto a patologie dell'ordinamento giuridico. Non ha cioè a che fare con lo sforzo interpretativo che ricava dalla disposizione una norma conforme a Costituzione, evitando la pronuncia di incostituzionalità. Essa è piuttosto lo strumento per trasferire la questione di diritto, nella misura in cui la ricostruzione sostenuta dalle parti lo consente, su un terreno diverso da quello del giudizio di costituzionalità, per esempio sanzionando la violazione di un *constitutional right* sulla base della legge che prescrive il relativo *remedy*, invece che attraverso l'invocazione di un principio costituzionale. Sul punto sia consentito il rinvio a G. Romeo, *L'argomentazione costituzionale di common law*, Torino, 2020, 234.

realizzata la propria linea politica, sebbene non oggetto di approfondite considerazioni, abbia avuto un peso notevole nella pronuncia della Corte.

Si potrebbe obiettare che proprio il tecnicismo della decisione scongiura letture di questo tipo, volte cioè a intravedervi quel che la minoranza paventa, ovvero la garanzia di un potere presidenziale sempre più penetrante e incontrollato. È possibile che la maggioranza abbia operato questo calcolo e, pur garantendo il risultato più gradito alla Presidenza, abbia evitato accuratamente di rendere una decisione di tono costituzionale, peraltro lasciando diversi margini per la sopravvivenza di *universal injunctions*, sebbene nell'ambito di procedure più strutturate rispetto a quelle richieste dai rimedi *in equity*. Si tratta, però, di scommettere sulla tenuta complessiva dell'ordinamento e della *rule of law* ossia, in questo frangente politico, sull'esistenza di istituzioni disposte al rispetto della separazione dei poteri e alla leale collaborazione pur in un clima di estrema conflittualità. Due anni fa, Mark Graber, proprio sulle pagine di questa rivista, osservava come la crisi della *rule of law* negli Stati Uniti fosse determinata dalla coesistenza di «two competing partisan constitutions and partisan understandings of fundamental law»²³ e paragonava gli Stati Uniti contemporanei alla Chiesa cattolica all'epoca dello scisma d'Occidente. Così come allora convivano due papi, oggi convivono due concezioni diametralmente opposte della *rule of law*, incarnate rispettivamente dal Partito Repubblicano e dal Partito Democratico²⁴.

Per questa ragione, la preferenza per confinare l'argomentazione sul terreno del diritto processuale, del litisconsorzio e dei rimedi alternativi, scelta dalla maggioranza nel caso *Trump v. CASA*, non riesce a nascondere l'esistenza di un secondo livello di lettura della decisione in commento. Tale secondo livello corrisponde alla dimensione costituzionale del problema giuridico sollevato dall'Esecutivo, la cui effettiva portata dipenderà ampiamente dalle reazioni che la pronuncia scatenerà tanto nella sfera del giudiziario, quanto in quella delle istituzioni politiche.

Vi è, infine, un altro profilo che merita alcune riflessioni da un punto di vista più schiettamente comparatistico. Benché sempre interessata alla ricostruzione storica, questa Corte esibisce una certa inquietudine rispetto alle origini inglesi del diritto americano. Da una parte, la maggioranza manifesta una devozione sacrale nei confronti della *English Law* quando costruisce l'intera argomentazione della decisione in commento attorno alla prassi sette-ottocentesca della Court of Chancery. Dall'altro, rigetta apertamente il modello inglese quando si tratta di applicare rigorosamente la regola del precedente, in nome di una sorta di eccezionalismo costituzionale americano che esalta il primato dell'interpretazione originalista del testo costituzionale e la natura recessiva della ricostruzione dottrinale dei precedenti²⁵. La minoranza *liberal* è spesso disorientata ed elabora risposte che se per un verso celebrano le radici storiche dello *stare*

²³ M. Graber, *The Rule of Law in the United States: Variations on Donald Trump's Themes*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2023, 885.

²⁴ *Ivi*, 893.

²⁵ Su questi aspetti sia consentito rinviare a G. Romeo, *Statutory stare decisis e tenuta del precedente wrongly decided: una lettura di Loper Bright Enterprises v. Raimondo*, in *DPCE Online*, 2024, 2131.

decisis, per l'altro ridimensionano il rilievo del diritto inglese delle origini a fronte dello sviluppo di una dogmatica, di un ragionamento e di una prassi giuridico-costituzionali autoctone. Così, tanto la maggioranza quanto la minoranza richiamano le radici inglesi del diritto americano per arrivare a conclusioni frequentemente opposte. Non si tratta della rivendicazione orgogliosa di origini antiche, ma dell'ennesimo prodotto di una polarizzazione politica che genera una evidente confusione di orientamenti che finisce per trasformarsi anche in un certo disordine concettuale, a discapito della solidità del prestigio del modello statunitense.

Graziella Romeo
Dipartimento di Studi Giuridici
Università Bocconi
graziella.romeo@unibocconi.it

