

Una Corte divisa sull'incerta portata della *Citizenship Clause* federale

di Roberto Toniatti

Abstract: *A Divided Court on the Uncertain Scope of the Federal Citizenship Clause* – This article analyses Trump v. Barbara (2026), in which the U.S. Supreme Court, by 6–3, invalidated Executive Order 14160 restricting birthright citizenship for children of unlawfully present or temporary immigrants. It examines the divergent opinions of Chief Justice Roberts, Justices Jackson, Kavanaugh, Thomas, Alito and Gorsuch, focusing on the contested meaning of "subject to the jurisdiction thereof" in the Fourteenth Amendment. The author argues that no opinion is fully persuasive and that the ruling offers no lasting certainty, as two executive orders of August 2026 show.

Keywords: Birthright citizenship; Citizenship Clause; Fourteenth Amendment; Supreme Court; Executive Order 14160

2189

1. Introduzione

In questi primi 237 anni, le revisioni del testo della Costituzione degli Stati Uniti (1789) sono state, in grande prevalenza, di natura puntuale ed occasionale, con due significative eccezioni, che si sono tradotte in atti di consolidamento sistematico dell'ordinamento federale: la revisione del 1791, espressa dai primi dieci emendamenti e ben nota come *the Bill of Rights*, è stata quasi una continuazione del procedimento costituente, in ragione dell'obbligo politico assunto dai *Federalists* nel dibattito pubblico – in vista della ratifica dell'atto da parte degli Stati membri – finalizzato ad introdurre una serie di precisazioni prescrittive sulla tutela dei diritti dei cittadini (Emendamenti I-IX) e degli Stati stessi (X Emendamento) nel nuovo contesto che incideva con forti innovazioni sul pregresso assetto riconducibile agli *Articles of Confederation* (1781).

La seconda revisione ricomprende tre disposizioni – il XIII, XIV e XV Emendamento (rispettivamente, del 1865, 1868 e 1870) – congiuntamente note come *Civil War Amendments* o anche come *Reconstruction Amendments*, non solo a causa della loro mera successione storica, ma anche ed ancor più in virtù del potenziale innovativo che hanno conferito alla fonte costituzionale in sé, in conseguenza dell'abolizione della schiavitù, della prescrizione della *birthright citizenship* secondo il principio dello *jussoli*, dell'introduzione in via generale per tutti i cittadini della garanzia del *due process*, della *equal protection of the law* e della *privileges and immunities clause*, dell'estensione dei diritti elettorali a tutti i cittadini maschi, proibendo la discriminazione "on account of race, color, or previous condition of

servitude”. Inoltre, le tre fonti costituzionali qui richiamate hanno conferito al Congresso la competenza legislativa finalizzata alla loro rispettiva attuazione legislativa (*implementation clause*), con evidente rafforzamento del ruolo di direzione politica dello Stato federale rispetto all’architettura costituzionale originaria. Emblematicamente, questi Emendamenti sono stati definiti anche come idonei a rappresentare un evento di *Second Founding* degli Stati Uniti.¹

Questo breve inquadramento introduttivo sembra sufficiente a richiamare quanto i *Civil War Amendments*, ciascuno letto singolarmente e tutti e tre nel loro complesso unitario – così come, del resto, il *Bill of Rights* – si prestino a contribuire a qualificare il nucleo indefettibile e la stessa identità costituzionale dell’ordinamento federale. Sicché, una volta modificate o eliminate queste disposizioni, la Costituzione federale non sarebbe eguale a sé stessa. Nella percezione dottrinarie di un giurista europeo continentale, gli Emendamenti in parola rappresenterebbero l’implicito equivalente funzionale di un obbligo di garantire e preservare contenuti selezionati della Costituzione federale, quasi una sorta di *eternity clause* assiologica di fatto². La precisazione è opportuno poiché occorre avvertire sin d’ora che non è su questo piano di ricostruzione sistematica dell’ordinamento che si svolgono i ragionamenti ermeneutici dei giudici, né di maggioranza né del dissenso (salvo, in parte, il testo di *Justice Jackson*)

¹ Cfr. l’affermazione secondo cui “the Civil War and the Reconstruction period that followed form the pivotal era of American history [...] So profound were these changes that the amendments should be seen not simply as an alteration of an existing structure but as a “second founding”, a “constitutional revolution [...]”, in E. Foner, *The Second Founding: How the Civil War and Reconstruction Remade the Constitution*, New York, 2019, XIX s.

² È noto che la Costituzione federale degli Stati Uniti – riflettendo, del resto, un orientamento proprio della cultura costituzionale di *common law* – è aliena dall’affidare la garanzia dei propri contenuti prescrittivi a strumenti normativi garantiti dalla giurisdizione e si limita alla previsione di un (super)aggravamento procedurale per la sua revisione: la stessa lesione del principio di pari rappresentanza degli Stati membri nel Senato di cui all’ Art. V (“no State, without its Consent, shall be deprived of its equal Suffrage in the Senate”) è in fondo un limite relativo che rientra nella disponibilità dei singoli Stati. La Corte Suprema, dopo un primo intervento che aveva indirettamente riconosciuto la propria competenza in materia, ha in seguito affermato che il contenzioso relativo all’Art. V costituisce una *non justiciable political question*: si veda, rispettivamente, *Dillon v. Gloss* del 1921 (“Of the power of Congress, keeping within reasonable limits, to fix a definite period for the ratification we entertain no doubt. As a rule the Constitution speaks in general terms, leaving Congress to deal with subsidiary matters of detail as the public interests and changing conditions may require; and article 5 is no exception to the rule. Whether a definite period for ratification shall be fixed, so that all may know what it is and speculation on what is a reasonable time may be avoided, is, in our opinion, a matter of detail which Congress may determine as an incident of its power to designate the mode of ratification. It is not questioned that seven years, the period fixed in this instance, was reasonable, if power existed to fix a definite time; nor could it well be questioned considering the periods within which prior amendments were ratified”, punto 11) e *Coleman v. Miller* del 1939 (“In determining whether a question falls within the category of political, non-justiciable questions, the appropriateness under our system of government of attributing finality to the action of the political departments, and also the lack of satisfactory criteria for a judicial determination, are dominant considerations”, punto 7).

La decisione della Corte Suprema nel caso *Trump, President of the United States, et al., v. Barbara et al.* (No. 25-365, June 30, 2026) si colloca nel contesto di protezione giurisdizionale della *Citizenship Clause* del XIV Emendamento³ e ha ad oggetto l'*Executive Order* (E.O.) n. 14160, intitolato *Protecting the Meaning and Value of American Citizenship*, che di quella disposizione costituzionale aveva inteso dare una nuova interpretazione di portata restrittiva, tale da escluderne l'applicabilità a nati sul territorio che fossero però figli di immigrati irregolari ovvero di titolari di visti provvisori.⁴

La controversia presenta una serie di singolarità le quali, lette nel loro insieme, contribuiscono a conferire alla vicenda un significato del tutto particolare e, indirettamente, a caratterizzare la norma con una propria configurazione costituzionale di rilievo vitale anche solo dal punto di vista simbolico, come risulta adeguatamente anche da un contenzioso pregresso presso le giurisdizioni federali di prima istanza già molto vivace che, su sollecitazione presidenziale, ha indotto la Corte Suprema ad intervenire, in sede di *certiorari* prima del giudizio di merito della *district court*.⁵

Giova, pertanto, porre in evidenza alcuni fatti indicativi dell'importanza che il Presidente ha attribuito all'atto normativo eccepito: ad esempio, non potrebbe non notarsi che l'*Executive Order* in parola – già anticipato durante la campagna elettorale – è stato (*more trumpiano*)

³ Si veda il testo integrale della Sezione 1 del XIV Emendamento che ben contribuisce a chiarire il significato sistematico nel quale si colloca, di per sé, la *Citizenship Clause*: "All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws".

⁴ Il testo dell'E.O. è consultabile sul *Federal Register* in www.federalregister.gov/documents/2025/01/29/2025-02007/protecting-the-meaning-and-value-of-american-citizenship. Ricordiamo che l'atto era rivolto a tutte le agenzie federali cui imponeva di astenersi dal riconoscimento automatico della cittadinanza degli Stati Uniti a tutti i nati i cui genitori non fossero entrambi cittadini ovvero non godessero entrambi dello *status* di *Lawful Permanent Residents (LPRs)*.

⁵ In sintesi, ricordiamo che ventiquattro Stati, due città (San Francisco e Washington, DC) ed alcune associazioni di assistenza agli immigrati fecero ricorso presso corti di distretto e che nel complesso vennero emanate una quarantina di *universal preliminary injunctions* che sospesero l'applicazione dell'E.O. con effetti generali, non circoscritti ai ricorrenti. Con queste premesse, la Corte Suprema accettò di intervenire non nel merito della controversia ma sulla portata dell'efficacia delle ingiunzioni delle *district courts*. In *Trump v. CASA, Inc.*, (2025), con una maggioranza di 6-3, essa decise che queste ultime non possono emanare ingiunzioni generali applicabili su tutto il territorio federale e a tutti i destinatari virtuali dell'atto ma solo alle parti ricorrenti, fatta eccezione per quelle circostanze nelle quali fosse necessario garantire al ricorrente "*complete relief*" (la giudice Amy Coney Barrett, nell'opinione di maggioranza, sottolineò la distinzione fra "*complete relief*" in favore del ricorrente formale e "*universal relief*" rivolto a tutte le situazioni simili nel contesto federale). Per un'analisi in proposito cfr. G.F. Ferrari, *Una nuova fase della juristocracy? Affinità e divergenze tra Trump v. Casa e Alace e Canpell*, in *DPCE Online*, 2025, 1465 ss.; G. Romeo, *Le inquietudini della Corte Suprema: a prima lettura di Trump v. CASA*, *ivi*, 1475 ss.; D. Venuti, *Universal injunctions e tutela dell'interesse pubblico in Trump v. Casa, Inc.*, *ivi*, 1487 ss. In proposito cfr. anche L. Serafinelli, *Un requiem per le universal injunctions: Trump v. Casa*, in *Dir. comp.*, 2025.

vistosamente firmato dal Presidente il 20 gennaio 2025, ossia il primo giorno del suo insediamento nella funzione; e che il Presidente ha partecipato personalmente ad un'udienza di fronte alla Corte Suprema, una prassi del tutto priva di precedenti e non certo priva (*more trumpiano*) di un potenziale intimidatorio nei confronti dei giudici.⁶ Si consideri altresì l'anomalia dell'annunciata richiesta avanzata da parte del Presidente alla Corte di rivedere la propria decisione, irrispettosamente qualificata (*more trumpiano*) come "*insane*".⁷

Ricordiamo anche che l'atto presidenziale non è in realtà mai entrato in vigore in virtù di una imponente opposizione prodotta presso alcuni settori della società civile che ha trovato ascolto nel sistema giudiziario; e che il procedimento presso la Corte Suprema ha generato una significativa partecipazione a favore e contro l'E.O., attraverso lo strumento degli *amici curiae* da parte di studiosi (giuristi e storici), membri del Congresso, Stati membri, *advocacy groups*.⁸

Ancora, precisiamo che la decisione di invalidità dell'E.O. è stata adottata con una maggioranza di 6 contro 3 ma – al di là dei numeri – risultante da una composizione insolita, comprensiva sia del *Chief Justice* John Roberts, solitamente schierato con la componente conservatrice della Corte ma addirittura autore dell'opinione della Corte, sia dei giudici Amy Coney Barrett e Brett Kavanaugh, entrambi nominati da Trump e la cui *judicial philosophy* si è rivelata in gran prevalenza assai prossima alla *political philosophy* presidenziale. A questi tre sono da includere anche i giudici Sonia Sotomayor, Elena Kagan, and Ketanji Brown Jackson, ossia i componenti della Corte di orientamento interpretativo considerato (sino a poco tempo fa) *mainstream* (liberale e progressista). Occorre precisare che *Justice* Jackson ha presentato il testo di una propria opinione (cui ha in parte aderito anche Sonia Sotomayor). Anche la minoranza dei tre giudici dissenzienti, si è distinta al proprio interno, generando opinioni differenziate riferite ai *Justices* Clarence Thomas – riconosciuto come il *principal dissent* –, Clarence Alito e Neil Gorsuch.

Occorre sottolineare, inoltre, che la maggioranza 6-3 che ha verificato l'illegittimità dell'E.O. si è differenziata al proprio interno fra, da un lato, la posizione di cinque giudici che ha riscontrato la sua contrarietà al XIV Emendamento e ha di conseguenza inibito soluzioni legislative diverse dalla

⁶ Si è trattato dell'udienza del 3 aprile 2026. Il Presidente ha assistito alla presentazione dei propri argomenti da parte del *Solicitor General* D. John Sauer, allontanandosi prima dell'intervento, contrario, dell'*American Civil Liberties Union (ACLU)*, come riportato dal *New York Times* del 3 aprile 2026.

⁷ Cfr. in proposito www.scotusblog.com/2026/07/trump-wants-court-to-rehear-birthright-citizenship-case/ (July 9, 2026) che riporta l'affermazione scritta su *Truth Social* secondo la quale che "this miscarriage of Justice will destroy America if they don't change their absolutely insane decision". Al termine della scadenza, non risulta però che la richiesta presidenziale sia stata avanzata, come segnalato in A. Howe, *Trump administration appears not to have asked the Supreme Court to rehear birthright citizenship case*, in *SCOTUSblog* (Jul. 28, 2026), www.scotusblog.com/2026/07/trump-administration-appears-not-to-have-asked-supreme-court-to-rehear-birthright-citizenship-ca/

⁸ Tutti i rispettivi testi del lungo elenco sono pubblici e sono consultabili in www.supremecourt.gov/docket/docketfiles/html/public/25-365.html).

revisione costituzionale e, dall'altro, la posizione isolata del giudice Brett Kavanaugh, il quale ha invece fatto riferimento, come parametro di invalidità dell'*E.O.*, alla fonte legislativa espressa da due leggi federali quali il *Nationality Act* del 1940 e l'*Immigration and Nationality Act* del 1952. È palese come quest'ultima ricostruzione del quadro normativo suggerisca una ben distinta prospettiva per l'eventuale seguito da dare alla decisione qui commentata.

Ne consegue che l'analisi della decisione debba adeguatamente articolarsi al fine di ricostruire il ragionamento svolto non solo dalla maggioranza e dal dissenso ma anche dall'opinione "concurring in the judgement and dissenting in part" del giudice Kavanaugh.

2. La Birthright Citizenship Clause: le interpretazioni

Il dato normativo cruciale sulla cui diversa interpretazione occorre confrontare le opinioni espresse in seno alla Corte Suprema – la *Birthright Citizenship Clause* di cui al XIV Emendamento – consta di due enunciati essenziali riferiti alle persone fisiche cui si riconosce la cittadinanza⁹: queste ultime devono essere connotate dalla duplice circostanza, l'una – strettamente di fatto – di essere nate o naturalizzate nel territorio degli Stati Uniti e l'altra – idonea a qualificare giuridicamente la prima ma suscettibile di venire interpretata non univocamente – di essere soggette alla sovranità degli Stati Uniti¹⁰.

⁹ Un terzo enunciato della disposizione è riferito al primato della cittadinanza federale rispetto a quella, derivata, dello Stato membro nel quale i cittadini risiedono, che, quanto all'*an*, è dunque prescritta dalla Costituzione federale. Ricordiamo, inoltre, che la sezione 5 prescrive, in generale, che "the Congress shall have power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article", mentre la sezione 2 restringe proporzionalmente l'attribuzione di seggi nel Congresso agli Stati in ragione del numero di cittadini privati del diritto di voto per la partecipazione alla ribellione; e la sezione 3 esclude dal diritto elettorale passivo coloro i quali "shall have engaged in insurrection or rebellion against the same, or given aid or comfort to the enemies thereof. But Congress may by a vote of two-thirds of each House, remove such disability". È evidente, pertanto, quanto la portata normativa del XIV Emendamento sia configurata in modo strettamente dipendente dal contesto storico della Guerra civile.

¹⁰ Questa è, a nostro giudizio, la corretta traduzione di "subject to the jurisdiction of the United States", adottata – senza specifica motivazione – anche in G. Sacerdoti Mariani, A. Reposo, M. Patrono, *La Costituzione degli Stati Uniti d'America. Duecento anni di storia, lingua e diritto*, Milano, 1985, 139. L'opinione del *Chief Justice* Roberts si sofferma sul significato da attribuire alla formula in parola attraverso l'individuazione delle sue deroghe: "The ordinary legal meaning of the text of the Clause thus neatly captures the common law rule, with its broad reach and narrow exceptions. The same groups included (and excluded) by *jus soli* were included (and excluded) by the conventional understanding of jurisdiction. Excluded by both were the children of foreign ministers and members of 19th century Indian tribes over whom the United States had ceded a part of its territorial jurisdiction to preserve its relationship with a foreign sovereign (or quasi-sovereign). No such intersovereign concerns apply to children born of parents unlawfully or temporarily present in the United States [...] Those children are thus subject to the jurisdiction of the United States. They satisfy both elements of the Citizenship Clause: they are "born [...] in the United States" and

Pertanto, mentre la prima circostanza, riconducibile al concetto di *jus soli*, è oggetto di mera rilevazione oggettiva, la seconda, invece, è suscettibile di più di una lettura: in particolare, essa può essere interpretata in modo estensivo o – come, come si dice, nell’opinione di maggioranza – “universalist”, ovvero in senso restrittivo, ossia applicabile a singole e specifiche circostanze (“specific”).

In altre parole, l’applicazione automatica e generalizzata del criterio dello *jussoli* è destinata a dover sopportare talune eccezioni dipendenti dalla precisazione posta dalla condizione giuridica della soggezione alla sovranità dell’ordinamento federale. Proprio su questo dato, l’E.O. presidenziale intendeva negare l’estensione automatica dello *jus soli* a figli nati da immigrati irregolari ovvero da titolari di un permesso di soggiorno solo provvisorio, dunque a figli di persone prive di un titolo che ne legittimi la presenza sul territorio.

Sulla base di questo breve inquadramento, conviene analizzare le argomentazioni esposte nelle distinte opinioni.

2.1 Segue: l’opinione della Corte (Chief Justice Roberts)

Il testo della decisione della Corte precisa che i nati negli Stati Uniti che siano figli di genitori privi del tutto di un titolo che ne legittimi la presenza sul territorio ovvero titolari di un visto provvisorio sono soggetti alla sovranità degli Stati Uniti e sono, di conseguenza, cittadini.

Le argomentazioni offerte si collocano nell’ambito di tre ordini di considerazioni. In primo luogo (p. 3), si fa riferimento alla tradizione giuridica di *common law* trasferitasi dalla madrepatria inglese alle colonie¹¹: citando autorevoli fonti dottrinarie (W. Blackstone) e giurisprudenziali (*Lord Coke*), si richiama il rapporto sinallagmatico (“dual and reciprocal tie”) fra coloro che fossero “born within the dominions” e la figura del Re, espressa, rispettivamente, da “the duty of allegiance”, da un lato, e da “the duty of protection”, dall’altro (“for those children, and all others born in Britain, the rule was the same. With protection came allegiance, and with allegiance came the status of a natural-born subject”).

Secondo il *Chief Justice*, il riferimento ai criteri propri dell’*English common law* ha disciplinato anche la definizione dello *status* dei *Native Americans*, che rappresentavano una situazione ignota alla Madrepatria: pertanto, “Indians born under those dominions [of their own] were not “citizens or subjects of the United States...but members of alien and sovereign tribes”, rappresentando in tal modo un’eccezione all’applicazione generale dello *jus soli* (p. 5).

Ben diversamente, “in a Nation of immigrants – an “asylum for mankind”, in Thomas Paine’s words – *jus soli* broad scope took on particular

“subject to the jurisdiction thereof” Under the Constitution, they are citizens at birth” (Parte III, B).

¹¹ Si scrive, in proposito, che “this view crossed the Atlantic with the colonists – and was adopted with little fanfare after the Revolution [...] This common law of citizenship – known as *jus soli*, or right of the soil – prevailed in “each and all of the states” after American independence, and continued to emphasize reciprocal “allegiance” and “protection” (p. 4).

importance”: “The young Republic attracted tens of thousands of émigrés from the Old World ... they could be assured that their children would be American citizens by birth alone”. In tal senso, prima della guerra civile, ha avuto modo di esprimersi la Corte Suprema in *Lynch v. Clarke* (1844): “the common law rule was the law of the land for the children of “citizens” and “foreigners” alike – including those foreigners here merely on a temporary sojourn” (p. 5).

Oltre all’eccezione data dai *Native Americans*, si è posto il problema degli schiavi, rispetto ai quali si rifiutava la regola di *common law*: “not even emancipation [XIII Emendamento, 1865] could “confer citizenship ... because free African Americans still suffered from “social and civil degradation” based on “the taint of blood” (p. 6). Questo orientamento è stato fatto proprio dalla Corte Suprema di *Dred Scott v. Sandford* (1857): il *Chief Justice* Taney, autore della decisione di maggioranza, scrisse che le persone in stato di schiavitù erano “not included, and were not intended to be included, under the word ‘citizens’ in the Constitution”.

Osserva il *Chief Justice* Roberts nella presente decisione, che “for them, blood, not soil, was made the rule” e, pertanto, “the Court had overruled the common law, but the people – eventually – would overrule the Court” con l’intervento innovatore, alla fine della guerra, del *Reconstruction Congress* (p. 8).

Nel prosieguo del ragionamento, la Corte fa riferimento al *Civil Rights Act* del 1866, il quale stabilì che “all persons born in the United States and not subject to any foreign power, excluding Indians not taxed, are hereby . . . citizens of the United States” (p. 9). Nondimeno, la fonte legislativa non fu ritenuta sufficiente a rovesciare la giurisprudenza in *Dred Scott* e “to quiet those concerns – and to permanently enshrine the common law in the Constitution – Congress turned to the Fourteenth Amendment”.¹² Si deliberò, in altre parole, di porre la regola di *common law* al riparo da futuri interventi legislativi di portata restrittiva (p. 9): questo obiettivo si conferma molto rilevante in relazione alla successiva decisione della Corte Suprema in *United States v. Wong Kim Ark* (1898) e al testo vigente dell’ *Immigration and Nationality Act (INA)* del 1952.

In secondo luogo, la Corte precisa il significato da attribuire alla formula “subject to the jurisdiction thereof” del XIV Emendamento: “the Citizenship Clause uses jurisdiction in its ordinary sense—referring to the power of the United States to govern those within its territory” (p. 11).¹³

La decisione della Corte in *Trump v. Barbara* elabora un ulteriore ordine di rilievi con riferimento al precedente della Corte stessa resa nel caso

¹² Nelle parole della decisione, “The Citizenship Clause mirrored the common law’s criteria for citizenship. The Clause starts, like the common law, with territory – a child must be “born [...] in the United States,” not elsewhere (even to American parents). And the Clause ends, again like the common law, with sovereign power – a child must be “subject to the jurisdiction” of the United States” (parte III, A).

¹³ La Corte precisa ulteriormente che “Even putting the common law to one side, the Citizenship Clause’s key phrase—“subject to the jurisdiction”—requires the same result. The word “jurisdiction” was hardly unknown to the drafters and ratifiers of the Fourteenth Amendment. Congress chose to use an established legal term and the Clause must be interpreted in that light. In 1868, as today, “jurisdiction” (in the context of a sovereign) refers to the “[p]ower of governing or legislating” (p.11).

– testé richiamato – in *United States v. Wong Kim Ark*. Nel corso del tempo successivo all'adozione del XIV Emendamento, infatti, l'orientamento politico incise in senso restrittivo sulla gestione del fenomeno migratorio (ad esempio, con l'adozione del primo *Chinese Exclusion Act* del 1882), nel senso di porre l'accento sullo *status* dei genitori anziché su quello dei figli (“it was only if a child’s parents were domiciled in the United States ... that the child was internationally subject to the jurisdiction of the United States”). Tuttavia, la Corte intervenne in merito attraverso la decisione in *Wong Kim Ark* citata: essa confermò che “the Citizenship Clause incorporated the common law and granted citizenship to nearly all children born in the United States” (p. 16).

Quella che la Corte, in *Trump v. Barbara*, definisce come “dramatically revisionist view” (p. 18) – ripresa dalle argomentazioni del ricorso del Presidente e dei giudici dissenzienti Thomas (“the principal dissent”), Alito e Gorsuch che la Corte confuta (soprattutto i primi due) con approccio analitico – sposta il *focus* della *ratio* della *Citizenship Clause* sul dato forte del domicilio (*domicile*), ovvero della fedeltà (*allegiance*).

Ma la Corte precisa che “of course, domicile was relevant to naturalization and expatriation. But that by no means suggests it was a prerequisite to national citizenship at birth” (p. 19) e impiega, ai fini della propria confutazione della tesi avversa, sia un argomento testuale¹⁴, sia un argomento connesso al metodo interpretativo originalista.¹⁵

Anche il riferimento al precedente in *Wong Kim Ark* conferma, pertanto, il ragionamento di fondo elaborato dal *Chief Justice* Roberts: “What the Court held in *Wong Kim Ark* was simple: the Citizenship Clause incorporated the common law and granted citizenship to nearly all children born in the United States. Not surprisingly, then, in the 128 years since, we have repeatedly understood the rule of *Wong Kim Ark* to guarantee citizenship to all children born in the United States and subject to its power... We see no reason to depart from that view today” (p. 16).

Occorre osservare che, a nostro giudizio, l'espressione “nearly all children born” non è sufficientemente precisa: essa fa generico riferimento alle deroghe già note all'*English common law* ma anche a quelle proprie delle colonie e poi degli Stati membri (*Native Americans* e schiavi, solo questi ultimi prima dei *Civil War Amendments*). Anche il *Civil Rights Act* del 1866 stabilì delle vaghe deroghe all'applicazione generale dello *jus soli*, quale “all persons

¹⁴ Si veda il testo: “In any case, postenactment history cannot override the text. If Congress intended to limit American citizenship to the children of those domiciled in the United States, nothing in the succinct language of the Citizenship Clause conveyed that design [...] And while the Clause does ensure state citizenship attaches for U. S. citizens in “the State wherein they reside [...] the explicit invocation of residence for state citizenship only highlights its absence from the criteria for U. S. citizenship” (p. 22).

¹⁵ Con riguardo a *Wong Kim Ark*, la Corte osserva che “as we have already explained, the Court exhaustively canvassed the text and history of the Citizenship Clause. It traced an unbroken line from the English common law, into the founding and antebellum eras, and through the debates, to the Clause’s ratification. Yet at no point did the Court identify any evidence in the historical record that the ratifiers of the Fourteenth Amendment thought themselves to be imposing a domicile limitation” (p. 25).

born in the United States and not subject to any foreign power, excluding Indians not taxed”.

In conclusione, in contrapposizione alla critica delle *dissenting opinions* dei giudici Thomas, Alito e Gorsuch (“*Again and again, the dissents cast the common law as “feudal,” “medieval”—a remnant of “the darkness of the middle ages”*”, p. 25). il *Chief Justice* conferma il fondamento di *common law* di una concezione aperta della *birthright citizenship* quale incorporata dal *Reconstruction Congress* nel XIV Emendamento: “Where the dissents see feudalism, the Framers of the Fourteenth Amendment saw emancipation” (p. 26).

2.2 Segue: l’opinione concorrente della giudice K. B. Jackson (e, in parte, della giudice S. Sotomayor)

Occorre dar conto di un’opinione concorrente presentata dalla giudice K.B. Jackson (con l’adesione parziale della giudice S. Sotomayor) che, oltre a condividere i contenuti della decisione della maggioranza (“I join the Court’s opinion in full”, p. 1), si propone di replicare alle asserzioni del “principal dissent” del giudice Thomas: tuttavia, andando oltre a questo specifico fine, *Justice* Jackson innesta sul ragionamento elaborato dal *Chief Justice* Roberts un ordine di argomentazioni che valorizza una visione prevalentemente storica e ideologica della *Citizenship Clause* e propone una lettura sistematica del XIV Emendamento che integra in modo determinante il patrimonio assiologico della Costituzione federale.

Del dissenso di Thomas si contesta – anche in relazione agli orientamenti di fondo del giudice conservatore connessi alla sua rigida concezione di una “*colorblind*” *Constitution* – la lettura della *Citizenship Clause* come “a race-conscious remedial measure, relating only to “freed slaves such as Dred Scott ... and those who shared with them certain characteristics ... (no other homeland)”: si tratterebbe di una “narrow vision”, che induce a negare la *birthright citizenship* in assenza del requisito del domicilio e, più in generale, a non cogliere come e quanto “the Reconstruction Amendments were an anticaste, antisubordination reset for the Nation, not a mere spot treatment for the dark stain of slavery” (p. 1).

Ed invece, “the Citizenship Cause reflects this universalist approach”: la giudice Jackson rileva che “indeed, around the time they gained their freedom, former slaves faced a crisis similar in relevant respects to the American immigrant experience” (p. 3).

Nella *concurring opinion* qui in parola si fa riferimento al corso di due eventi particolarmente significativi: in primo luogo, la curiosa alleanza fra gli *Antislavery Northerners* e i *pro-slavery Southerners* nell’ambito della *American Colonization Society*, entrambi favorevoli, per motivi opposti, al “ritorno volontario” degli schiavi liberati di origine africana nel continente di origine, segnatamente nello Stato della Liberia; e, in secondo luogo, l’esperienza delle *Colored Conventions*, ossia del movimento organizzato degli ex-schiavi, quali “visionaries [i quali] already understood themselves to be American citizens” (p. 7): “birthright figured importantly [...] as delegates frequently characterized their status as that of native-born citizens” (p.7). Si precisa che “freed Blacks already had a rightful claim to citizenship because

they had been born on American soil” e che “freed Blacks did not advocate for a unique set of rules that catered only to their situation. Nor did they seek to advance their own position relative to, or at the expense and exclusion of, other marginalized groups. Instead, those whose gatherings helped galvanize the push for full equality understood that “a diverse origin does not disprove a common nature, nor does it disprove a united destiny ... The firmest foundation for freedom would require an anticaste reset” (p. 10).¹⁶

Di conseguenza, “the ... universalist view of citizenship made its mark on the Constitution”, nel contesto sia del *Civil Rights Act* del 1866 che del XIV Emendamento. Ricordiamo in proposito che il Presidente Andrew Johnson oppose il suo veto al *Civil Rights Act*, che fu però superato dal Congresso e che, con la successiva adozione della *Citizenship Clause* del XIV Emendamento, consacrò, secondo l’opinione concorrente di Jackson e di Sotomayor, la concezione universalista dell’accesso alla cittadinanza secondo il criterio dello *jus soli*. E si rileva che “with this recognition, the U. S. Constitution finally got an anticaste engine. And with it, the Nation gained a new font of legitimacy and vitality” (p. 15).

Ulteriori considerazioni vengono svolte dalla giudice Jackson nella Parte II dell’opinione (senza il concorso di Sonia Sotomayor) con una conferma della contrapposizione fra la concezione universalista esposta dall’opinione della maggioranza della Corte, da un lato, e, dall’altro, la “group-specific reading of the Citizenship Clause”, secondo la tesi del ricorso presidenziale e del giudice Thomas, oltre che di “a handful of revisionist commentators”, i quali propongono un’interpretazione della Citizenship Clause “che “diverges sharply not only from what the text says, but also from the historical record as interpreted by the keepers of “the call of remembrance” (trained historians)”.¹⁷

2.3 Segue: l’opinione (in parte concorrente e in parte dissenziente) dal giudice B. Kavanaugh

Rispetto all’opinione di maggioranza scritta dal *Chief Justice*, osserviamo che in realtà è proprio la decisione in *Wong Kim Ark* che ha “codificato” le deroghe alla *birthright citizenship* secondo lo *jus soli*, come opportunamente rilevato nell’opinione del giudice Kavanaugh: in quest’ultima, infatti, si sostiene che la giurisprudenza in *Wong Kim Ark* “interpreted the “subject to the jurisdiction” language in the Fourteenth Amendment... adopted a general rule of birthright citizenship for those born in the United States – with four disparate exceptions for “children of foreign sovereigns or their ministers, or born on foreign public ships, or of enemies within and during

¹⁶ L’approccio universalista risultava inclusivo, nell’ambito della *birthright citizenship*, di altri gruppi di immigrati (oltre agli schiavi di origine africana liberati) nei confronti dei quali esisteva un forte e diffuso pregiudizio, quali i Cinesi (spesso definiti “coolies”) e i Roma (chiamati anche “gypsies”).

¹⁷ La nota 59 contiene una bibliografia di opere di dottrina storica sui *Reconstruction Amendments* in linea con la tesi sostenuta nell’opinione qui ricostruita.

a hostile occupation of part of our territory” and “children of members of the Indian tribes”.¹⁸

Inoltre, osserva il giudice Kavanaugh, che “importantly, the *Wong Kim Ark* decision treated those four exceptions as a closed set for constitutional purposes, meaning that Congress could not create other exceptions to birthright citizenship, although Congress could eliminate one or more of those four exceptions”. In conformità a quanto deciso in quella circostanza dalla Corte Suprema, il Congresso ha introdotto nella propria legislazione in materia una disciplina del tutto ripetitiva: il riferimento normativo, già sopra esposto, è al *Nationality Act* del 1940 e all'*Immigration and Nationality Act* del 1952, ora codificati in 8 U. S. C. §1401(a).

In altre parole, tanto il Congresso quanto le successive Presidenze hanno inteso l'elenco delle quattro deroghe alla portata generale dello *jus soli* enunciato dalla Corte Suprema in *Wong Kim Ark* come tassativo. In realtà, la Corte riprende l'elenco delle deroghe riconducibili alla fonte di *common law* ma non lo qualifica apertamente come tassativo, tanto è vero che quell'elenco viene integrato con riguardo all'inclusione in esso dei *Native Americans*.

Ciò che sarebbe avvenuto attraverso l'E.O. No. 14160 del Presidente Trump, secondo l'opinione qui riferita, è stata l'introduzione di due nuove deroghe alle quattro già esistenti, in virtù tanto della giurisprudenza quanto della legislazione vigente. Ma la nuova disciplina che prevede due nuove eccezioni – ossia “children born to foreign citizens who are either illegally or temporarily in the United States” – è in contrasto con la legislazione federale in vigore (il §1401(a) del 8 U. S. C.). Pertanto, conclude il giudice Kavanaugh, “unless and until Congress enacts such legislation, the Executive Order contravenes the federal statute, §1401(a)”.

Pertanto, risulterebbe che il Congresso avrebbe letto riduttivamente la portata materiale della propria competenza legislativa in attuazione del XIV Emendamento, attenendosi rigorosamente alle “four *Wong Kim Ark* exceptions”. Ne consegue che, nell'opinione del giudice Kavanaugh, “if Congress amends §1401(a) or otherwise enacts a statute creating new exceptions along the lines of the Executive Order for children born to foreign citizens unlawfully or temporarily in the country, such a statute, as I see it, would pass constitutional muster”.

Le conseguenze dell'impostazione di questo ragionamento comportano una esplicita indicazione – forse inevitabile o involontaria – di

¹⁸ Questo il testo in *Wong Kim Ark* richiamato dal giudice Kavanaugh: “the Fourteenth Amendment affirms the ancient and fundamental rule of citizenship by birth within the territory, in the allegiance and under the protection of the country, including all children here born of resident aliens, with the exceptions or qualifications (as old as the rule itself) of children of foreign sovereigns or their ministers, or born on foreign public ships, or of enemies within and during a hostile occupation of part of our territory, and with the single additional exception of children of members of the Indian tribes owing direct allegiance to their several tribes. The Amendment, in clear words and in manifest intent, includes the children born, within the territory of the United States, of all other persons, of whatever race or color, domiciled within the United States. Every citizen or subject of another country, while domiciled here, is within the allegiance and the protection, and consequently subject to the jurisdiction, of the United States. His allegiance to the United States is direct and immediate, [...] although but local and temporary” (p. 693).

un percorso di superamento della decisione in *Trump v. Barbara*¹⁹; tanto è vero che, in nota e a mo' di *excusatio non petita*, il giudice Kavanaugh si sente in dovere di precisare che “nothing in this opinion is intended to suggest how birthright citizenship should be addressed as a policy matter”.

Come già rilevato, l'opinione del giudice Kavanaugh si qualifica come concorrente con quella di maggioranza quanto all'invalidazione dell'*E.O.* di Trump ma si distingue quanto al dissenso in rapporto sia al parametro sia alla lettura del XIV Emendamento.

Dopo aver già illustrato il parametro legislativo impiegato, è interessante richiamare anche la diversa lettura del XIV Emendamento in ragione della motivazione non in quanto riferita al contenuto (la non tassatività delle deroghe indicate dalla Corte in *Wong Kim Ark* e meccanicamente recepite dal Congresso) ma sotto il profilo della precisazione circa il metodo ermeneutico applicato (Parte II).

Il giudice Kavanaugh si richiama espressamente al metodo dell'*originalism* ma, con il sostegno del contributo di autorevole dottrina rappresentativa di quella scuola interpretativa giurisprudenziale – quali A. Scalia e R. Bork – rivendica l'obbligatorietà di un adattamento del precetto originario a condizioni di contesto che non si potrebbe far risalire alla consapevole volontà normativa del legislatore costituente o della revisione costituzionale.²⁰

In via generale, il metodo originalista conduce ad individuare ulteriori deroghe a quelle già individuate dalla Corte in *Wong Kim Ark* a condizione che esse “(i) are based on subsequent developments or circumstances that are new, i.e., largely unknown or unanticipated by the Framers of the Fourteenth Amendment, and (ii) are relevantly similar to the four previously recognized *Wong Kim Ark* exceptions”.

Lo sviluppo del fenomeno dell'immigrazione negli Stati Uniti corrisponde a quelle condizioni di contesto che richiedono un adattamento interpretativo della norma originaria, segnatamente la *Citizenship Clause* del XIV Emendamento: “Here, that interpretive principle would support additional exceptions for children born to foreign citizens unlawfully or temporarily in the country”.

Tale integrazione condivide la *ratio* delle deroghe già riconosciute: “The only apparent principle unifying the four disparate exceptions listed by the Court in *Wong Kim Ark*—especially in light of the exception for tribal

¹⁹ L'indicazione è ripetuta in sede conclusiva: “For those reasons, to reiterate, the Executive Order does not violate the Fourteenth Amendment. But the Order does contravene 8 U. S. C. §1401(a). Consistent with the Fourteenth Amendment, Congress could amend §1401(a) or otherwise enact new legislation establishing exceptions to birthright citizenship for children born to foreign citizens unlawfully or temporarily in the country. But Congress has not yet done so”.

²⁰ Così si esprime in proposito l'opinione del giudice Kavanaugh, anche con esempi tratti alla giurisprudenza relativa al Secondo e al Quarto Emendamento: “The Constitution is an enduring document, and its principles were designed to, and do, apply to modern conditions and developments. The original constitutional principles do not change absent a constitutional amendment, but the relevant principles— both the rules and exceptions alike—must be faithfully applied not only to circumstances as they existed in 1787, 1791, and 1868, for example, but also to modern situations that were unknown or unanticipated by the Constitution's Framers. Stated otherwise, the “meaning of rules is constant. Only their application to new situations presents a novelty”.

American Indians—is that the parents in all of those varied circumstances were not U. S. citizens and were citizens of other nations, whether tribal or foreign... An exception for those born in the United States to foreign parents unlawfully or temporarily in the country is consistent with that principle and therefore with the Fourteenth Amendment”.

L’interpretazione applicata dal *Chief Justice* Roberts si rivela fondamentalmente basata sulla continuità della tradizione di *common law*, a partire dal recepimento coloniale sino alla sua formalizzazione – dotata di efficacia dichiarativa della *law of the land* - nel XIV Emendamento e nella sua conferma da parte della legislazione attuativa del Congresso. La norma generale è suscettibile di interpretazione storica circoscritta idonea a vincolare la discrezionalità politica del Congresso. Paradossalmente, anche questa interpretazione si richiama al contesto storico quale emerge dalle norme e dal contesto più che dalla volontà normativa dei *Framers*.

Secondo il giudice Kavanaugh, del tutto indifferente alle origini di *common law* della norma (*jus soli*), la lettura originalista privilegia invece l’adattamento della disciplina alle nuove condizioni contingenti purché conforme alla volontà normativa originaria. In tal senso, l’*originalism* quale espresso in questa circostanza dall’opinione richiamata si rivela più flessibile e rispondente alle priorità della direzione politica.

2.4 Segue: l’opinione dissenziente del giudice C. Thomas

Nel testo della sua corposa opinione dissenziente (91 pagine) – ripetutamente indicata dai colleghi quale il “principal dissent”- il giudice Thomas imposta la sua riflessione essenzialmente su un unico argomento, che ricostruisce nell’ambito di un vago contesto di “principles of natural reason” (p. 8) e che lo assiste nel ricondurre il significato della formula “subject to the jurisdiction of the United States” e del correlato fattore “allegiance” all’elemento del “domicile” (“a person’s legal home”, p. 2)²¹ quale preconditione – se non addirittura, a volte, come sinonimo stesso – per la titolarità della “*citizenship*”. Questa identificazione permette di escludere radicalmente dalla nozione di “*birthright citizenship*” i nati da persone presenti sul territorio a titolo solo provvisorio, avulso, appunto, da un rapporto permanente espresso dal domicilio. È palese che il *focus* di questa lettura sposta l’accento del titolo di acquisizione della cittadinanza dalle circostanze proprie di chi nasce a quelle relative ai suoi genitori.²²

²¹ Si veda: “Domicile meant legal home. The most common definition of domicile was residence with the intent to permanently remain [...] (p. 10) Because a person’s temporary visit to a place did not change his domicile, persons who were temporarily present in a place were regarded by the law not as “subjects,” but as “strangers (p. 11) [...] A child took on the domicile of his parents. Because any person incapable of establishing his own domicile had the domicile “of that person, on whom he depends for support,” it followed that generally “minor children ha[d] the settlement of their fathers [...] if a child was born to foreigners who did not permanently reside here, the child was not domiciled here” (p. 11).

²² Si insiste ripetutamente sull’equivalenza delle due nozioni: “The government of a person’s domicile had broad power over that person, including with respect to his personal affairs, his conduct abroad, his personal taxes, and the mutual duties of protection and allegiance [...] The Citizenship Clause was consistently interpreted not

Il giudice Thomas non si fa carico se non in modo del tutto sbrigativo del riferimento alle origini di *common law* quale fondamento della *birthright citizenship*, che - come sopra indicato - svolge invece un ruolo essenziale nel ragionamento della maggioranza²³; e sostiene, invece, che “the law of domicile is essential to understanding the citizenship provisions of the Civil Rights Act and the Fourteenth Amendment”; e che “because a person could have only one domicile, domicile was a natural criterion for citizenship”.²⁴

Il fattore “domicile” si sarebbe rivelato cruciale anche in relazione alle critiche alla decisione della Corte in *Dred Scott*: “Blacks were entitled to citizenship because they were Americans” (p. 1) [...] Nobody disagreed with the premise that Scott was domiciled in Missouri. Black slaves and freedmen alike were unambiguously Americans. They were “not foreigners [...] They were not “aliens” [...] They “owed no foreign allegiance” (p. 19). Ma la giurisprudenza della Corte Suprema in *Dred Scott* negò il riconoscimento della cittadinanza di *Dred Scott* “because of his race”.²⁵

Il riferimento al domicilio quale preconditione per il riconoscimento della cittadinanza viene assunto dal giudice Thomas anche con riguardo al *Civil Rights Act del 1866* e alla *Citizenship Clause* del XIV Emendamento del 1868.

La formulazione testuale della legge federale prevede, rispetto a quella dell’Emendamento, che siano cittadini “all persons born or naturalized in the United States” che, nel primo caso, siano “not subject to any foreign power,

to apply to the children of foreign temporary visitors, who were by definition not domiciled in the United States” (p.3).

²³ Si veda il testo: “American citizenship, the Court says, was based on a medieval English “feudal” principle, according to which each person “owed personal service to the lord of the soil” as his “master”—a perpetual servitude that was “born with the child and only ended in the grave [...] Americans, the Court says, adopted this feudal principle as a rule of American citizenship “with little fanfare”. Then, according to the Court, the Reconstruction Congress codified that feudal principle with the words “not subject to any foreign power” in the Civil Rights Act and “subject to the jurisdiction thereof” in the Citizenship Clause. Then, the Court says, the Clause’s meaning was definitively settled by dicta in *United States v. Wong Kim Ark* [...] With due respect, the Court’s account is not historically accurate. The Court says that the Citizenship Clause incorporated the English feudal principle that subjects owed lifetime servitude to the King who owned the soil on which they were born, but Americans—unsurprisingly—rejected this feudal principle” (p-4-5).

²⁴ Si veda il testo: “The legal relationships that followed from domicile— which collectively made a person subject to the jurisdiction of the government of his domicile—could be grouped into four categories. First, domicile determined which government had the power to declare the law as to an individual’s most important personal affairs (p. 15) [...] Second, domicile determined which government had plenary jurisdiction over a person to regulate his actions anywhere (p. 16) [...] Third, domicile determined which government had the power to impose personal taxes on a person (p. 6) [...] Fourth, domicile determined which government owed a person protection when he went abroad” (p. 17).

²⁵ Si veda il testo per la prosecuzione della citazione del ragionamento della maggioranza in *Dred Scott*: “According to the Court, blacks could not be citizens because they were “considered as a subordinate and inferior class of beings, who had been subjugated by the dominant race, and, whether emancipated or not, yet remained subject to their authority, and had no rights or privileges but such as those who held the power and the Government might choose to grant them”.

excluding Indians not taxed” mentre, nel secondo, che siano “subject to the jurisdiction thereof”.

Secondo il giudice Thomas, nonostante la differenziazione del testo, “the Citizenship Clause did not change the Civil Rights Act’s rule” (p. 27) e dunque lo status di “subject to the jurisdiction thereof” non potrebbe essere interpretato – in conformità a quanto deliberato dalla maggioranza della Corte – in modo da poter essere esteso ai nati di genitori non “domiciliati” e titolari di un titolo di immigrazione solo provvisorio.

Pertanto, “the Civil Rights Act of 1866 confirmed that former slaves were citizens, but it did not extend citizenship to foreign temporary visitors or Indians who were still within their tribes” (p. 23). Con riguardo a questi ultimi, si precisa – integrando il ragionamento con l’uso dall’avverbio “*completely*” – che essi sarebbero inidonei ad essere considerati come “stranieri” essendo soggetti di “domestic dependent nations” e, di conseguenza, “like temporary visitors, tribal Indians were not completely subject to the jurisdiction of the United States (p. 25) [...] thus, to preserve the status quo that tribal Indians were not citizens, Congress used the clause “not subject to any foreign power, excluding Indians not taxed” (p. 26).

Nella comparazione fra le due fonti, nell’opinione del giudice Thomas si osserva che “with respect to temporary visitors from foreign nations, the phrase was believed to accomplish the same object as the Civil Rights Act’s exclusion of those “subject to” a foreign power. Children born to temporary visitors owed allegiance to another government—the country of their domicile—so they were not subject to the jurisdiction of the United States”. Pertanto, “the Citizenship Clause simply states in positive terms (‘subject to the jurisdiction thereof’) what the Act stated in negative terms (‘not subject to any foreign power’)” (p. 31). Tuttavia, si tenga presente che le due successive leggi federali (*Nationality Act*, 1940 e *Immigration and Nationality Act* (INA), 1952 hanno formalizzato la stessa formulazione testuale del XIV Emendamento (“subject to the jurisdiction thereof”).

Il testo di Thomas presenta una nutrita ed eterogenea esposizione di casi, esperienze, interpretazioni (del Congresso, della Presidenza, di funzionari federali e statali), *obiter dicta* e *dissenting opinions* in decisioni della Corte Suprema (*Slaughter-House Cases*, 1873; *Elk v. Wilkins*, 1884); *Plessy v. Ferguson*, 1896, e la stessa sentenza in *Wong Kim Ark*, 1896 che nell’opinione del *Chief Justice* Roberts viene citata in senso del tutto contrario), decisioni giudiziarie statali, contributi della dottrina, tutti orientati a sostenere il requisito del domicilio nel territorio quale condizione per l’acquisizione della cittadinanza al momento della nascita. In realtà, a nostro sommo giudizio, la pletora di citazioni non va oltre a dare testimonianza della ambiguità delle fonti normative e della plurivocità delle sue interpretazioni nella diversità dei contesti storici e delle circostanze.

Secondo l’opinione qui registrata, è solo nel corso del XX secolo che si è venuto ad escludere il requisito del domicilio (dei genitori) – asseritamente incorporato nel testo costituzionale (“subject to the jurisdiction thereof”) – quale condizione per acquisire la cittadinanza alla nascita e in tal senso si sarebbe sviluppata la prassi del “birth tourism”, molto frequente e molto redditizia per chi la organizza. Si trattava, evidentemente, di una prassi molto consolidata se il Presidente – come osserva *Justice* Thomas – ha ritenuto di dover intervenire con una propria fonte normativa per

restringere l'acquisizione della cittadinanza a nati da stranieri forniti di un titolo legittimo di soggiorno ed escluderla nel caso di genitori presenti illegalmente ovvero a titolo provvisorio.²⁶

Il dissenso del giudice Thomas è dedicato, in una sua prima parte, ad esporre e motivare le proprie argomentazioni a sostegno della sua lettura del XIV Emendamento, delle fonti legislative che si sono succedute nel tempo e della giurisprudenza pregressa della stessa Corte Suprema, e a riconoscere, di conseguenza, la piena legittimità dell'*E.O.* presidenziale impugnato²⁷; in seguito, il *focus* del ragionamento si sofferma su una serrata *pars destruens* dell'opinione della maggioranza scritta dal *Chief Justice* Roberts.

Si sostiene, con motivazioni che ripercorrono in ampia parte la precedente esposizione in positivo delle proprie tesi, che “the Court’s alternative theory is more difficult to square with the text” (p. 60), con riguardo all’interpretazione della formula “subject to the jurisdiction”; che “the Court’s definition also cannot be reconciled with the contextual evidence that would have informed the meaning of the Citizenship Clause” (p. 63); che “decades of poststratification scholarship interpreting the Citizenship Clause confirmed this view” (p. 69); e che “Many other indicators of original public meaning support the domicile requirement” (p. 72).

Anche il principale argomento impiegato da Roberts viene giudicato privo di fondamento (“the Court’s alternative history is mistaken”, p. 75): si afferma, infatti, che “the English principle was a rule of feudal servitude, not a rule of citizenship [...] the English principle instead determined a person’s permanent feudal bondage to the King, which he could not unilaterally abandon” (p. 75) [...] Americans “emphatically rejected” this theory ... in this new system of government, feudalism had no place” (p. 76) [...] in fact, by the 1840s, even English law had evolved” (p. 77). Infine, si scrive che “as for the remainder of the Court’s reasoning, much of it is self-defeating” (p. 85); e “the Court’s responses to my view also undermine its own” (p. 86).

2.5 Segue: l’opinione dissenziente del giudice S.A. Alito

Anche *Justice* Alito elabora il proprio dissenso esprimendo una critica molto severa della decisione della Corte²⁸ che, come si indicherà in seguito, estende il proprio campo di valutazione anche a profili di merito e di *policy making* in tema di immigrazione.

In primo luogo, in questa *opinion* occorre registrare la negazione di ogni rilievo all’argomento dell’origine di *common law* della disciplina della

²⁶ Notiamo che, a più riprese, si cita un (breve) elenco di “originalist scholars” a sostegno della conformità costituzionale dell'*E.O.* presidenziale.

²⁷ In sintesi: “The ordinary principles of constitutional interpretation— the ones on which this Court typically relies when presented with a constitutional question such as this one—support the conclusion that the Citizenship Clause requires domicile. That conclusion is supported by the constitutional text, contemporaneous evidence, early executive practice, early legislative practice, judicial precedent, and all of the other indicators of original public meaning. The Court’s alternative account does not have a similar degree of support” (p. 57).

²⁸ Si tratta delle parole iniziali stesse del testo: “This is one of the most important decisions in the history of the Court, and in my judgment, the Court has made a serious mistake” (p. 1).

cittadinanza, con una pluralità di motivi: si rileva – con una precisazione semantica significativa – che il criterio giuridico dello *jus soli* inglese è espressione di un rapporto di *birthright subjecthood* piuttosto che di *birthright citizenship*, in ragione dell’impatto della Dichiarazione di *indipendenza* degli Stati Uniti, “which emphatically renounced the foundation on which the British rule rested” (p. 4). Del resto, il recepimento di quella norma sarebbe stato ostacolato da due fattori propri dell’ordinamento delle colonie, quale “the problem of slavery and, more broadly, of race” (p. 5) e quale “the unique legal status of Indian tribes in the United States”, su quale il giudice Alito si dilunga piuttosto analiticamente.

Inoltre, il significato della norma di *common law* non sarebbe adeguato all’accezione con la quale la Costituzione fa riferimento alla nozione di cittadino²⁹, per quanto concerne i requisiti per l’elezione a membro del Congresso ovvero alla Presidenza (la *Presidential Eligibility Clause* di cui all’Art. II, sez. 1).

Assume particolare rilievo la circostanza per la quale “no case concerning the meaning of the term “citizen” in any constitutional provision reached the Supreme Court until *Dred Scott v. Sandford*, 19 How. 393 (1857). Before then, the British rule did figure in a handful of antebellum Supreme Court decisions, but none of these addressed any constitutional question”. In altre parole, “not only were there no Supreme Court decisions on the constitutional question, there was not much litigation of any kind on the question of United States citizenship” (p. 9). Inoltre, “in the years before the Civil War—and indeed, until many years thereafter—the distinction between citizens and aliens meant less than it does today. During that period, immigration was unrestricted, so aliens could come and stay as long as they wanted ... if that was their choice, naturalization, as noted, was easy [...] the lack of citizenship did not matter as much as it would in later years” (p. 10).

In base a questa premessa, si comprende bene la forza dell’innovazione introdotta, dopo la Guerra civile, dal *Civil Rights Act* del 1866 e, successivamente, dal XIV Emendamento (1868), sopraggiunto per evitare che la legge federale potesse essere valutata come contraria alla Costituzione: infatti, “for the first time in the Nation’s history, these enactments provided a national rule on citizenship, and the meaning of that rule is the question that the Court now addresses” (p. 11).

Conseguentemente, in secondo luogo, *Justice Alito* si sofferma sul rilievo del testo del XIV Emendamento in relazione alla sua formula “*subject to the jurisdiction thereof*” che – accanto al dato territoriale (“born in the United States”) - rappresenta uno dei due distinti elementi della *birthright citizenship*: “It is therefore critical to ascertain the meaning of “subject to the jurisdiction thereof.” And that is no easy task because, as we have often remarked, jurisdiction is a term of many meanings” (p. 12).

Allo scopo, il testo del XIV Emendamento viene comparato con quello del *Civil Rights Act* di poco precedente che qualifica il criterio territoriale con la condizione di essere “not subject to any foreign power”, quest’ultima precisata dalla legge stessa con due eccezioni: “The first was for the children

²⁹ A sostegno dell’asserzione si osserva che “nothing in the records of the Constitutional Convention supports that conclusion” (p. 8).

of diplomats. The second was for Indians who had not left their traditional way of life and continued to live with other members of their tribes under the governance of tribal leaders” (p. 14).

Il testo del XIV Emendamento, elaborato in termini positivi (“subject to the jurisdiction thereof”) include entrambe le eccezioni e, secondo Alito, “therefore, a person who is “subject to any foreign power” is not “subject to the jurisdiction” of the United States within the meaning of the Fourteenth Amendment” (p.16). E, pertanto, “in sum, the Fourteenth Amendment confers citizenship on a person who is born in this country or naturalized only if that person is also “not subject to any foreign power” (p. 17).

Questo rilievo permette a Justice Alito di identificare il significato da attribuire alla condizione posta dal XIV Emendamento, ossia “subject to the complete jurisdiction thereof” e, pertanto, “not owing allegiance to anybody else” (p. 20).

L’elemento “complete allegiance” svolge, nel ragionamento di Alito, la funzione dell’elemento del “domicile” individuato, invece, da Thomas quale condizione aggiuntiva rispetto al criterio territoriale del XIV Emendamento e, di conseguenza, quale fonte costituzionale della *ratio* idonea a legittimare la definizione normativa di altre eccezioni alla *birthright citizenship*.

In una prima fase, la Corte Suprema avrebbe fatto propria questa interpretazione³⁰ che, tuttavia, avrebbe in seguito modificato in *Wong Kim Ark* (1898), adottando un nuovo orientamento secondo il quale la formula “subject to the jurisdiction thereof” della Citizenship Clause avrebbe lo stesso significato di essere “within its jurisdiction” testualmente presente nella *Equal Protection Clause* dello stesso Emendamento (p. 23), con conseguente soppressione di ulteriori qualificazioni, che siano la *complete allegiance* (Alito) ovvero il “domicile” (Thomas).

L’analisi dei testi normativi e il richiamo critico alla nuova giurisprudenza della Corte Suprema sono completati dal riferimento storico: “Wong Kim Ark benefited Chinese Americans, but its impact on other immigrants was limited. For decades after that decision, immigration remained largely unregulated” (p. 28) sino alla prima Guerra mondiale e, in particolare, all’adozione di leggi quali l’*Immigration Act* del 1924 e l’*Immigration and Nationality Act* del 1965.

Negli anni ’70, il fenomeno dell’immigrazione e, soprattutto, dell’immigrazione illegale ha avuto un notevole sviluppo, con una attribuzione di responsabilità, da parte del giudice Alito, alla stessa Corte Suprema.³¹ Nessun apprezzabile risultato si sarebbe ottenuto con un successivo intervento legislativo del Congresso (*Immigration Reform and*

³⁰ Il riferimento è alle decisioni negli *Slaughter-House Cases* (1873), in *Minor v. Happersett* (1875) e a *Elk v. Wilkins* (1884).

³¹ Così si esprime il *dissent* di Alito: “The story of illegal immigration unfolds in four parts. First, illegal immigration emerged as a notable problem in the 1970s. Second, the Federal Government tried to deal with this problem in 1986 by implementing employer sanctions and amnesty for millions of immigrants, but that attempt failed. Third, the Federal Government—with help from this Court—blocked border States from implementing their own solutions to a problem that hit them particularly hard. Meanwhile, other States, counties, and cities designated themselves “sanctuary jurisdictions,” thus encouraging illegal immigration. Finally, as a result of these developments, the number of illegal immigrants in this country exploded” (p. 28-29).

Control Act (IRCA) del 1986, anche a fronte dello sviluppo delle cosiddette “sanctuary jurisdictions” di Stati e città (p. 35).

A fronte della propria ricostruzione della norma³², *Justice Alito* sostiene che la decisione della Corte Suprema in *Trump v. Barbara* provoca un ulteriore peggioramento della situazione che non può non richiamare l'intervento correttivo del legislatore federale.³³

È interessante rilevare, in proposito, che il dissenso del giudice Alito, per un verso, fa riferimento esplicito al Congresso³⁴ e, per l'altro, non include uno specifico ed esplicito giudizio critico sull'idoneità formale della fonte oggetto della controversia, ossia l'*Executive Order* n. 14160, benché esso prospetti una condivisione della diagnosi e, in fondo, della stessa terapia dell'atto presidenziale, quale espressa dall'intitolazione formale di quest'ultimo (“Protecting the Meaning and Value of American Citizenship”).

Sul punto, il giudizio di Alito è articolato e ruota attorno al criterio della portata globale del vizio di incostituzionalità dell'*E.O.* in oggetto, sostenuta dalla controparte processuale di Trump³⁵: nel dissenso si afferma, infatti, che, mentre, “respondents’ claim in this case is that Executive Order No. 14160 is unconstitutional on its face” (p. 38), è invece da ritenere che esso sia costituzionale almeno “as applied” in alcune chiare circostanze, virtualmente molto numerose.

In base alla propria interpretazione data alla condizione di “subject to the jurisdiction thereof” come equivalente a “not subject to a foreign power”, infatti, il giudice Alito osserva che i nati di immigrati irregolari sono automaticamente anche cittadini dell'ordinamento dei genitori nei casi in cui quest'ultimo attribuisca la propria cittadinanza ai figli dei propri cittadini nati all'estero e siano, di conseguenza, “subject to a foreign power” e non possano, pertanto, essere (anche) cittadini degli Stati Uniti (p. 37).³⁶ In queste circostanze, dunque, l'applicazione dell'*E.O.* sarebbe certamente conforme alla *Citizenship Clause* ma “in all likelihood, the Executive Order is also constitutional as applied to nationals from a great many other countries” (p. 38).

³² In sintesi: “As shown in Part II, supra, a person who is born in the United States is made a citizen by the Fourteenth Amendment only if that person was also “subject to the jurisdiction” of the United States. And that phrase means subject to the jurisdiction of the United States alone and not “subject to any foreign power” (p. 36).

³³ Si afferma, infatti, che “as a result of the events of the past 50 years, the United States now has a huge contingent of people who entered or remained in this country illegally, as well as a large group of people who were born here to such parents. The Court’s interpretation of the Fourteenth Amendment makes all the members of this latter group citizens. Many of those who have grown up here now have a strong moral claim to be allowed to remain, but that is a matter that the Fourteenth Amendment, when properly interpreted, leaves to Congress” (p. 36).

³⁴ Si veda il testo di cui alla nota precedente.

³⁵ La configurazione di una “facial constitutional challenge” contrapposta ad una “as-applied constitutional challenge” richiama un contesto tendenzialmente analogo a quello che, nella giurisprudenza costituzionale italiana, sollecita, rispettivamente, una sentenza di accoglimento ovvero una sentenza interpretativa di rigetto con rinvio a conforme applicazione da parte del giudice comune.

³⁶ In particolare, questa sarebbe la situazione di Paesi (Messico, Guatemala, El Salvador, Honduras, Filippine, Cina) dai quali proviene “the greatest number of illegal immigrants come” (p. 37).

Ma, secondo Alito, la validità dell'*E.O.* sarebbe da affermare anche a proposito della seconda categoria da esso colpita: si sostiene, infatti, che “indeed, showing merely that the Executive Order is valid as applied to a child born to a birth tourist would be enough to defeat respondents’ facial claim. That is why the Court goes out of its way to hold that even a child born to a mother who is here for only a brief time is a citizen under the Fourteenth Amendment” (p. 38).

Sicché, pur senza richiamarsi al dissenso parziale di *Justice* Kavanaugh, anche il giudice Alito conclude sollecitando una correzione della sentenza dalla quale dissente.

2.6 Segue: l’opinione dissenziente del giudice N. Gorsuch

Il conciso dissenso di *Justice* Gorsuch condivide con Thomas la critica all’interpretazione della Corte che individua l’origine della *birthright citizenship* nella tradizione di *common law* e, al contrario, valorizza una orgogliosa “distinctly American settler’s view of citizenship. One that promises the full “dignity and glory of American citizenship” to any child born in this country to parents who have made this Nation their permanent home, regardless of their race, religion, or national origin” (con citazione della celebre *dissenting opinion* di *Justice* Harlan in *Plessy v. Ferguson* del 1896).

Nondimeno, questa opinione si distingue giacché, se è da ritenere che “just because the executive order has some lawful applications and can survive a facial challenge does not mean it is lawful across the board and immune from narrower legal challenges” (p. 3). Vi è, dunque, una presa di distanza sia dalla decisione della Corte – che ha invece sostenuto l'*E.O.* incostituzionale in ogni sua possibile applicazione –, sia dall’interpretazione del giudice Thomas che, all’opposto, lo giudica costituzionalmente legittimo ed applicabile ad ogni fattispecie.

Secondo *Justice* Gorsuch, l’applicazione dell'*E.O.* sarebbe legittima nella circostanza di figli di visitatori temporanei: “By definition, temporary visitors to this country do not choose to make a permanent home here, and their children thus cannot claim the privilege of citizenship. Because the executive order is lawful at least to this extent, respondents’ facial challenge must fail” (p. 2).

In particolare, si esprime un dubbio sull’interpretazione della *Citizenship Clause* che negherebbe la cittadinanza secondo il criterio dello *jus soli* ai nati da genitori immigrati irregolari: “Still, I wonder: Is a child born here to parents who have long chosen to make this Nation their permanent home not a citizen under the Fourteenth Amendment solely because his parents’ presence violates statutory law?” (p. 3).

In linea con l’*ethos* del richiamo ad una “distinctly American settler’s view of citizenship”, infatti, il giudice Gorsuch (si) domanda se “because the executive order is not facially invalid, these questions may not be properly before us. But their answers are undeniably important to a Nation committed to a view of citizenship open to all children born here to parents who can call this country their home” (p. 3).

3. Rilievi finali

Fin qui la ricognizione della decisione della Corte Suprema e delle opinioni individuali – concorrenti e dissenzienti – dei giudici Jackson (e Sotomayor), Kavanaugh, Thomas, Alito e Gorsuch in *Trump v. Barbara* (2026): tanto le cinque opinioni di maggioranza che si riconoscono nel ragionamento esposto dal *Chief Justice* Roberts – fra le quali si colloca l’opinione concorrente della giudice Jackson (in parte condivisa dalla giudice Sotomayor) e cui è da aggiungere la sesta opinione del giudice Kavanaugh che condivide il giudizio di invalidazione dell’*Executive Order* presidenziale n. 14160 del 2025 ma per contrasto con la legge federale e non con la fonte costituzionale –, quanto le tre di minoranza, fra le quali emerge il corposo *principal dissent* del giudice Thomas, cui si affiancano i due testi scritti dal giudice Alito e dal giudice Gorsuch.

Una decisione molto articolata, dunque, che si segnala sia per la singolarità di quegli aspetti di contesto che già abbiamo segnalato nell’introduzione, sia anche per la pluralità delle argomentazioni con le quali si sono svolti i distinti interventi ricostruttivi e interpretativi all’interno della Corte.

Si tratta di un’articolazione di motivazioni che, a nostro giudizio, – al di là del comprensibile e, per quanto ci riguarda, condivisibile apprezzamento per l’esito della controversia che privilegia il principio di *rule of law* nel contesto di contrasto alla politica dell’immigrazione del Presidente³⁷ – non giova all’autorevolezza della Corte Suprema, ancorché tendenzialmente la paternità del testo riconducibile alla figura del *Chief Justice* possa in parte compensare il *vulnus* che sarebbe stato evitato dall’unanimità della decisione.

Justice Alito ha osservato, nel suo dissenso, che “the important point for present purposes is that during the antebellum period, there was no settled understanding about the meaning of citizenship under the Constitution. And there certainly was no settled understanding about the citizenship of a child born on United States soil to parents whose presence in the country was unlawful. That was a situation that could not have occurred” (p. 11).

Alla lettura delle diverse ricostruzioni storiche e giuridiche offerte dai giudici della Corte Suprema non potrebbe non condividersi quest’ultima osservazione – “no settled understanding” – e, anzi, la rilevazione circa l’incertezza del significato della condizione posta dalla *Citizenship Clause* (“subject to the jurisdiction of”) potrebbe estendersi non solo anche al periodo immediatamente successivo alla Guerra civile ma, a nostro avviso,

³⁷ Giova ricordare che in *Mullin v. Al Otro Lado* (adottata il 25 giugno 2026, solo pochi giorni prima di *Trump v. Barbara*) la Corte, con la consueta maggioranza di 6-3, ha riconosciuto la legittimità del respingimento di richiedenti asilo al di là del confine. Con l’occasione, Justice Sotomayor, in segno di grave e profondo disaccordo con la decisione della maggioranza, ha letto pubblicamente in aula (*from the bench*) il testo dell’opinione dissenziente. In argomento cfr. A. Howe, *Justices side with Trump administration in border dispute over asylum seekers*, in *SCOTUSblog* (Jun. 25, 2026), in www.scotusblog.com/2026/06/justices-side-with-trump-administration-in-border-dispute-over-asylum-seekers/. Analogamente, anche *Trump et al. v. CASA et al.* (v. *supra* nota 5), approvata con la consueta maggioranza 6-3 in favore del ricorso presidenziale, risale al 27 giugno 2025.

persino a periodi più recenti, nei quali il fenomeno dell'immigrazione irregolare è divenuto un problema che non si riesce a governare.

Anche per il protrarsi di questo stesso problema potrebbe anzi osservarsi che, verosimilmente, neppure l'odierna decisione in *Trump v. Barbara* riuscirà a conferire una stabile certezza rispetto ai dubbi interpretativi posti dal testo considerato di per sé e, di conseguenza, a futuri tentativi politici di disciplina e controllo del fenomeno.³⁸

Del resto, in data 6 agosto 2026 – dopo poche settimane dalla sentenza della Corte Suprema (30 giugno 2026) –, con un'iniziativa che ribadisce la sua consueta spregiudicata abilità politica³⁹ il Presidente Trump ha riaperto la questione con l'adozione di due nuovi *Executive Orders*, i quali hanno riproposto altrettante situazioni nelle quali verrebbe negata l'automaticità del riconoscimento della *birth citizenship*.

Il primo *E.O.*, intitolato “Continuing to Protect the Meaning and Value of American Citizenship”, si propone – precisando che esso agisce “*non-exhaustively*” – di colpire un'ampia sfera di individui i cui genitori possano essere fatti rientrare in una categoria “for whom no extraterritorial fiction applie[s]” e, pertanto, “do not fall within the rule of birthright citizenship as announced by the Supreme Court”.⁴⁰

³⁸ Osserviamo che, tenuto conto del monito di chiusura del giudice Thomas (“I am not sure that today’s opinion will stand the test of time”, p. 91), neppure l'autorità nel tempo della decisione potrebbe essere assicurata, anche alla luce del suggerimento (oggettivo) del giudice Kavanaugh di modificare il fondamento legislativo (“Consistent with the Fourteenth Amendment, Congress could amend §1401(a) or otherwise enact new legislation establishing exceptions to birthright citizenship for children born to foreign citizens unlawfully or temporarily in the country”) in modo da renderlo idoneo a legittimare un successivo analogo *E.O.* presidenziale di natura meramente attuativa. Evidentemente, alla luce della decisione di maggioranza, l'innovazione legislativa dovrebbe intervenire solo in seguito alla preliminare revisione del testo del XIV Emendamento. Ma non si può escludere che l'*ethos* della lettura MAGA della Costituzione – così lontano dal costituzionalismo *mainstream* – vada oltre il menzionato requisito formale facendo ricorso, ad esempio, alla ricostruzione dei tre gradi di legittimità delle azioni presidenziali quale delineata nella nota *concurring opinion* di Justice Robert Jackson (in *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, del 1952), secondo cui “when the President acts pursuant to an express or implied authorization of Congress, his authority is at its maximum, for it includes all that he possesses in his own right plus all that Congress can delegate”.

³⁹ L'adozione dei due *E.O.* è stata presentata – sul sito della Presidenza (www.whitehouse.gov/news/) – nel contesto di un'esaltazione delle politiche in tema: “Putting Americans First and Restoring the Immigration System. President Trump has delivered on his promise to fix the immigration system, prioritize American citizens, and protect U.S. citizenship [...] The Trump Administration launched an unprecedented denaturalization surge targeting those who fraudulently obtained U.S. citizenship. To date, the Trump Administration has filed claims against 88 individuals who received U.S. citizenship but were ineligible. [...] The Trump Administration has deported over 3 million illegal aliens, including thousands convicted for violent crimes [...] The Trump Administration reformed the citizenship test to better assess aliens’ understandings of American history, government, and values, and better ensure aliens meet all eligibility requirements [...]”.

⁴⁰ Gli individui vengono così identificati: “persons when neither parent of that person is a citizen and any of the following applies: (a) either parent of that person is an alien enemy, defined to include any member of a designated Foreign Terrorist Organization [...]; (b) either parent of that person is a foreign government employee, defined to

Si tratta di una categoria definita con criteri analitici e, ciononostante, come il testo stesso si premura di precisare, aperta e suscettibile di ulteriori integrazioni: essa risulta in una classificazione articolata e non uniformemente omogenea o oggettiva, tale da essere destinata a produrre nuove esperienze di contenzioso.⁴¹

Il secondo *E.O.* – intitolato “Ending Birth Tourism” – si propone di impedire che le finalità specifiche del titolo di concessione di un visto di ingresso temporaneo (turismo, studio, salute, etc.) possano essere aggirate e trasformate in un presupposto per ottenere la cittadinanza per nascita ai figli generati durante un soggiorno inizialmente configurato per rimanere circoscritto nel tempo.

Il fenomeno stesso è destinatario di una concisa definizione che pone l'accento sull'intenzionalità dell'uso improprio di un visto temporaneo il cui puntuale accertamento non risulterebbe agevole in sede contenziosa.⁴²

Esso, tuttavia, presenta una lunga ed articolata esposizione degli obiettivi dell'atto che illustra i vantaggi della cittadinanza statunitense, descrive la vigente disciplina dell'immigrazione, indulge nella narrazione delle modalità con le quali quella disciplina può essere e, di fatto, viene aggirata, precisa – con un concetto tecnico destinato ad essere applicato in sede contenziosa – che gli Stati Uniti hanno “a compelling interest in ensuring that each visa category is used only for the purpose for which it was established”.⁴³

include: (i) ambassadors; (ii) persons employed by a foreign embassy or consulate who are nationals of that foreign country; (iii) persons employed by a foreign government in an official capacity; and (iv) persons employed by an international organization that possess international-organization immunity; (c) either parent of that person engaged in a commercial transaction to purchase or access birth right citizenship for the person, or engaged in fraudulent activity to obtain citizenship, to include: (i) when the parent(s) of the person engage in a commercial transaction to ensure that the person's mother is present in the United States, or a territory of the United States, to give birth; or (ii) when the parent(s) engage in a commercial transaction with a surrogate present in the United States, or a territory of the United States, to give birth; (d) the person is born in a territory or territorial waters of the United States where citizenship is not conferred by Federal statute”.

⁴¹ Anche in questa prospettiva è stata introdotta (Sez. 1) la *Severability Clause*, secondo la quale si prescrive che “if any provision of this order, or the application of any provision to any individual or circumstance, is held to be invalid, the remainder of this order and the application of its other provisions to any other individuals or circumstances shall not be affected thereby”.

⁴² Si veda il testo: “birth tourism” is defined as: (a) the entry of any foreign national into the United States via a nonimmigrant visa for the purpose of giving birth on American soil; or (b) any effort by any foreign national to facilitate the entry of any foreign national into the United States via a nonimmigrant visa for the purpose of giving birth on American soil”.

⁴³ Questo il testo della Sez. 1 dell'*E.O.*: “United States citizenship is among the greatest inheritances the Nation can bestow. It embodies a sacred bond between the American people and the Nation in which they live, and carries profound rights, privileges, and responsibilities reflective of the enduring allegiance of citizens to the United States and our Constitution. Citizenship is not a commodity to be acquired through calculated exploitation and evasion of the immigration laws, such as by entering the United States on a nonimmigrant visa for the purpose of giving birth within the Nation's borders. Birth tourism operators use deceptive advertisements and inducements to entice foreign nationals to travel to the United States for the

La decisione del Presidente Trump è stata assunta in alternativa ad un’iniziativa del Congresso e si presta ad essere valutata soprattutto in base a criteri di comunicazione politica, quale immagine di “sfida” alla Corte Suprema con riguardo ad ipotesi interstiziali che, in sede giudiziaria, possano riuscire ad eludere i parametri esposti dalla recente giurisprudenza. Si tratta, probabilmente, anche di un *test* cui sottoporre l’establishment politico, il sistema giudiziario e la stessa maggioranza occasionale di *Trump v. Barbara*, la capacità di pressione da parte dei sostenitori del movimento M.A.G.A., la società civile organizzata più sensibile ai diritti degli immigrati.⁴⁴

Anche questa recente iniziativa, con tutta la sua forza provocatoria, contribuisce a connotare la materia con una certezza normativa forse ancora solo precaria,

In altre parole, le conseguenze dell’articolazione delle opinioni dei giudici – rinvigorite dall’emanazione dei nuovi *Executive Orders* – si riflettono sul piano giuridico anche per quanto concerne la valutazione scientifica dei ragionamenti elaborati e proposti alla comunità dei giuristi: nessuna delle opinioni, a nostro modesto giudizio, appare del tutto persuasiva.

purpose of giving birth on American soil. They promise citizenship; access to public benefits; and short-term stays in specialized facilities, hotels, or rentals, but often fail to deliver on these promises. These operators coach their clients to misrepresent the purpose and duration of their travel to consular and border officials to obtain visas authorizing entry into the United States. Failure to appropriately combat these schemes has resulted in thriving industries around the world that profit by enabling the evasion of American immigration laws to obtain citizenship and other immigration benefits for foreign visitors, and the exploitation of the women who travel here for purposes of giving birth. The immigration laws of the United States establish discrete categories of temporary nonimmigrant visas to allow foreign visitors into the United States for study, exchange, temporary employment, tourism, and other transitory activities that are now exploited by birth tourism operators. Participants in birth tourism schemes abuse these categories to establish a permanent foothold in the United States by securing the advantage of citizenship for their children and then potentially for themselves. Birth tourism, defined in section 3 of this order, undermines the integrity of the Nation’s immigration system by enabling foreign nationals to exploit their temporary admission to obtain permanent immigration-related benefits. Birth tourism also diverts limited consular inspection and enforcement resources away from legitimate visa applicants, erodes public confidence in the faithful enforcement of the immigration laws, and impairs the executive branch’s ability to protect the national security [...] Foreign nationals seeking temporary admission into the United States must adhere to the purposes for which the Congress has authorized their temporary admission, and cannot be permitted to circumvent the immigration laws in an attempt to vest themselves and their children with lasting benefits that are irreconcilable with their nonimmigrant status. It is therefore the policy of the United States to promote the integrity of its immigration system, to ensure that nonimmigrant visa classifications are used only for their lawful and intended purposes, and to prevent the exploitation of those classifications by persons engaging in birth tourism”.

⁴⁴ Significativa l’immediata reazione da parte dell’*A.C.L.U.* (*American Civil Liberties Union*), secondo la quale “the Supreme Court already decided this issue: birthright citizenship is guaranteed by the Constitution. No additional executive order can change the meaning of the Constitution. Any executive order that tries to rewrite birthright citizenship will meet the same fate as the last one” (Come affermato da C. Wofsy, vicedirettore dell’*Immigrants’ Rights Project*, in data 6 agosto 2026, consultabile in www.aclu.org/issues/immigrants-rights).

Un ruolo centrale di ogni ragionamento è rappresentato dall'interpretazione della formula “subject to the jurisdiction of the United States”, prevista – accanto al fattore territoriale (ossia il dato oggettivo del luogo di nascita) – quale una delle due condizioni prescritte dalla *Citizenship Clause* del XIV Emendamento.

Nel ragionamento del *Chief Justice*, quella condizione si identifica con una generale e generica soggezione alla supremazia sovrana dello Stato. Secondo *Justice Thomas*, l'interpretazione corretta deve invece richiamarsi alla situazione di stabilità del rapporto fra il neonato e l'ordinamento quale deriva solo dal domicilio (“domicile”) dei genitori; laddove, secondo *Justice Alito*, la soggezione alla sovranità dello Stato si identifica con il requisito della fedeltà esclusiva (“*complete allegiance*”) all'ordinamento stesso.

Ricordiamo anche che l'interpretazione di tale condizione si rivela decisiva ai fini della prospettiva di inclusione o esclusione delle due categorie di immigrati colpiti all'*E.O.* presidenziale (i figli di immigrati irregolari ovvero di titolari di un titolo di soggiorno provvisorio, in particolare i *birth tourists*), anche in relazione ai due nuovi atti presidenziali.

Precisate, in sintesi, queste distinzioni interpretative, occorre valutarne il rispettivo fondamento sistematico.

L'opinione della maggioranza assume alla base della propria lettura del XIV Emendamento la conformità di quest'ultimo alla norma di *common law* che ha disciplinato l'attribuzione della cittadinanza a tutti i nati nel territorio del Regno all'interno di un rapporto di natura sinallagmatica fra protezione e fedeltà; norma che si sarebbe trasferita nel territorio delle colonie e poi degli Stati.

Ridurre questa norma a residuo feudale, come fa il giudice Thomas (seguito da Alito e da Gorsuch), è, a nostro giudizio, alquanto riduttivo, alla luce dell'atipicità dei ritmi e dei contenuti di evoluzione nel tempo degli istituti di *common law* e dell'attualità del rapporto fisiologico fra protezione e presunzione di fedeltà insito nel concetto di cittadinanza in ogni contesto, incluso quello medioevale del Regno inglese.

Inoltre, secondo l'opinione della maggioranza la norma di *common law* non vivrebbe e non sarebbe applicabile in quanto tale ma solo ed esclusivamente in quanto, dopo la guerra civile, essa sarebbe stata formalizzata e positivizzata nel testo dell'emendamento costituzionale. In altre parole, anche in questo contesto il riferimento normativo decisivo sarebbe la qualificazione della norma come *the law of the land* divenuta *the supreme law of the land* (Art. VI, par. 2 Cost.).

Leggere nel XIV Emendamento, accanto ad un elemento oggettivo (il fattore territoriale), un secondo fattore idoneo ad integrare e condizionare il primo è una conseguenza obbligata del testo della *Citizenship Clause*, ma non è agevole cogliere in base a quale fondamento dare ad esso un significato – di natura materiale (il domicilio), ovvero ideale (la fedeltà esclusiva) – aggiuntivo e diverso dalla soggezione alla sovranità dell'ordinamento, alla sua potestà di governo, alla sottoposizione alle sue leggi.⁴⁵

⁴⁵ Nella medesima prospettiva può essere utile richiamare una fonte di dottrina in ragione del suo essere espressiva della scuola originalista e conservatrice che ipotizza, con riferimento alla Dichiarazione di Indipendenza, l'elemento del “consent” come “natural law argument” quale contenuto proprio della *Citizenship Clause*: cfr. in tal senso

Il riferimento alla norma originaria di *common law* non può non apparire, a nostro giudizio, più descrittivo di una dinamica di circolazione del diritto che, *faute de mieux*, dotato di un potenziale ermeneutico di per sé pienamente persuasivo. Infatti, se non vi è dubbio circa la profonda influenza della cultura giuridica di *common law* sulla configurazione del diritto costituzionale statunitense⁴⁶, non si può non osservare, in primo luogo, che quel fondamento appare alquanto fragile e marginale in un contesto, come quello della rivoluzione americana contro la Corona inglese; e, in secondo luogo, che il forte impatto politico e sistematico della storia nordamericana (schiavitù, secessione, guerra civile, ricostruzione) si rivela essere più che idoneo a giustificare l'autoreferenzialità dell'innovazione introdotta con il XIV Emendamento.⁴⁷

In proposito, deve osservarsi che la ricostruzione di *Justice* Jackson – che va esattamente nel senso qui da ultimo indicato – valorizza ampiamente l'impatto giuridico sistematico formale post-schiavista del XIV Emendamento (come, sia singolarmente che congiuntamente, del XIII e del XV), benché sarebbe superficiale ignorare come – sul piano dell'effettività delle sue garanzie – il percorso sia stato (e sia) ancora molto lungo e accidentato; ed, altresì, benché la sua vocazione “universalista” e non circoscritta alla popolazione ex-schiava di origine africana non appaia del tutto confortata da una risalente prassi consolidata.⁴⁸

La formula testuale del XIV Emendamento (“and subject to the jurisdiction thereof”) svolge un ruolo cruciale in quanto, a nostro giudizio, qualifica con un elemento aggiuntivo il criterio dello *jus soli* inteso di per sé.

E. Erler, *Citizenship*, in E. Meese III, M. Spalding, D. Forte (eds), *The Heritage Guide to the Constitution*, 2005, Washington (DC), 383, dove, si sostiene altresì che “based on the intent of the framers of the Fourteenth Amendment, some believe that Congress could exercise its Section 5 powers to prevent the children of illegal aliens from automatically becoming citizens of the United States. An effort in 1997 failed in the face of intense political opposition from immigrant rights groups. Apparently, the question remains open to the determination of the political and legal process”, 386.

⁴⁶ Cfr. in proposito R. Toniatti, *Common law constitutionalism: priorità e continuità della famiglia giuridica nel testo delle costituzioni derivate*, in P. G. Monateri (a cura di), *Scritti in memoria di Rodolfo Sacco*, Tomo II, Torino, 2024, 1705, ss.; Idem, *Common Law Constitutionalism*, in *Costituzionalismo britannico e irlandese*, n. 2 del 2024, 6 ss. Osserviamo altresì – benché nessuno dei giudici sollevi il tema, che ha un rilievo soprattutto procedurale – che il richiamo qui esaminato potrebbe essere in linea con la *Erie Doctrine* (definita in *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, del 1938), con la quale la Corte Suprema ha precisato che, mentre norme di *common law* sono in vigore nell'ordinamento giuridico degli Stati membri, nell'ordinamento federale, invece, “there is no federal general common law”. Il richiamo al *common law* vale, pertanto, solo in quanto esso ha determinato sia la formulazione del testo del XIV Emendamento, sia la sua conseguente interpretazione. In argomento si rinvia a U. Mattei, *Common law. Il diritto anglo-americano*, Torino, 1992, 176 ss.

⁴⁷ Rinviamo a E. Foner, *The Second Founding*, cit., per un'approfondita trattazione circa il XIV Emendamento, il quale “has undergone an astonishing expansion, although one in keeping with the widespread aspiration of 1866 to establish a broad standard of equality for the entire nation. The amendment played a crucial role in the rights revolution of the twentieth century”, 171.

⁴⁸ Ricordiamo che il riconoscimento universale della cittadinanza federale ai *Native Americans* nati nel territorio degli Stati Uniti risale all'*Indian Citizenship Act* del 1924.

Esso, però, non è di lettura univoca e, a nostro giudizio, l'interpretazione preferibile (come già sopra indicato) si conferma essere quella più fedelmente conseguente al testo e al suo significato immediato ("soggetto alla sovranità dello Stato") e non può essere considerato – se non arbitrariamente – come un sinonimo di "domicilio" o di "fedeltà esclusiva", secondo quanto sostenuto, rispettivamente, da Thomas e da Alito al fine di essere ragionevolmente valutata alla stregua di una fonte di legittimazione di deroghe legislative alla mera circostanza territoriale, benché nella fattispecie introdotte con fonte non formalmente idonea.

A questo punto, il *focus* conclusivo della nostra riflessione si sposta dalla materia oggetto della controversia decisa dalla Corte Suprema alla Corte Suprema stessa, per dare un senso alle dinamiche che si sono verificate al suo interno.

In tale prospettiva, giova trarre spunto da due fattori: in primo luogo, l'insolita alleanza fra i tre giudici di cultura "progressista" (Sotomayor, Kagan, Jackson) e tre giudici di cultura "conservatrice" (Roberts e Barrett e, con adesione solo parziale, Kavanaugh)⁴⁹ e, in secondo luogo, l'assunzione della titolarità del testo dell'opinione di maggioranza da parte del *Chief Justice* Roberts.

I due fattori convergono nel suggerire che la motivazione della (insolita) maggioranza e (ancor più, per ragioni istituzionali) la sua paternità da parte del *Chief Justice* possano essere imputate alla priorità di salvaguardare un'immagine acriticamente consolidata nel tempo, una lettura altamente simbolica e, forse, anche la stessa "retorica costituzionale" del XIV Emendamento⁵⁰, ossia la celebrata rappresentazione pubblica della fonte costituzionale quale origine del "sogno americano" e della sua accessibilità universale.⁵¹ In altre parole, la maggioranza dei giudici della Corte Suprema

⁴⁹ Ricordiamo, in proposito, che sia la giudice Amy Barrett, sia il giudice Brett Kavanaugh sono stati nominati (come il giudice Neil Gorsuch) dallo stesso Presidente Trump nel corso del suo primo mandato.

⁵⁰ Particolarmente suggestivo, in tal senso, il seguente brano della giudice Jackson, che, come già a suo tempo indicato, si rivela essere emblematicamente rappresentativa di questo approccio interpretativo volto ad esaltare la retorica costituzionale statunitense: "As I have shown in this opinion, the Fourteenth Amendment is not color-blind; rather, its core principle is that our Nation does not tolerate racial caste—i.e., the systemic subordination that many (even some who opposed slavery) had wished to perpetuate after the Civil War. So, the architects of the Second Founding did not think or pretend that race didn't matter. Quite to the contrary, they understood that race made an enormous difference to the lived experiences of all concerned—and to the fate of our union. Indeed, it is for that very reason that a radical restructuring was required. The Citizenship Clause applies universally precisely because such universal application was necessary to achieve the Amendment's own race-conscious remedial purposes" (p. 17). Non si dimentichi che, per quella parte di cittadini, il "sogno americano" non inizia nel 1776 o nel 1789 o nel 1791 ma solo a partire dai *Civil War Amendments*.

⁵¹ Ancora alla giudice Jackson si deve il seguente brano, non meno eloquente: "That kind of ambitious transformation—nothing less than the remaking of the soul of a Nation beset by rank, entrenched race-based prejudice and inequity—did not come for free, or purely by the say-so of those who claimed to be 'color-blind.' It required heavy lifting, a fundamental shift—the very thing for which the Fourteenth Amendment stands: a repudiation of the notion that there is a 'superior, dominant, ruling class of citizens' [citando l'opinione dissenziente del giudice Harlan in *Plessy*] and a willingness

e, *in primis*, il suo Presidente si sarebbero fatti carico di preservare un aspetto dell'identità costituzionale federale e avrebbero optato per una scelta istituzionale di *judicial statecraft*,

In tal senso si possono leggere le affermazioni finali – palesemente enfatiche – enunciate da Roberts: “Citizenship, then and now, was the right to have rights — to freely participate in our political community. The Framers of the Fourteenth Amendment extended that promise to “every free-born person in this land” [...] We keep that promise today” (p. 26).

A queste parole si aggiungono le asserzioni conclusive – anch'esse non meno enfatiche - della giudice Jackson: “I add only that the Fourteenth Amendment’s universalist aims should forever be the death knell for this kind of claim—one that seeks to make bloodline the marker of birthright. The America that was reborn from the rubble of the Civil War simply does not countenance that inequitable result. Thankfully, a majority of the Court remembered this today, and has dutifully preserved the most basic animating principle of our Nation’s founding—that all human beings are created equal— once more” (p. 20).

Roberto Toniatti
Facoltà di Giurisprudenza
Università di Trento
roberto.toniatti@unitn.it

to see, and strive to eliminate, all remaining vestiges of historical subjugation” (p. 17-18).