

## Gli Stati Uniti e il problema dell'immigrazione nella giurisprudenza della Corte Suprema

(contributo destinato agli *Studi in onore di Aldo Loiodice*)

di Saverio F. Regasto \*  
(29 novembre 2011)

Come è noto, secondo il diritto statunitense, le decisioni politico-istituzionali federali relative all'ammissione, alle condizioni di permanenza e all' espulsione degli stranieri dal territorio nazionale costituiscono un ambito nel quale la Costituzione non troverebbe diretta applicazione.<sup>1</sup> In materia di immigrazione, infatti, la Costituzione americana del 1787 prevede il solo potere del Congresso di "fissare le norme generali per la naturalizzazione"<sup>2</sup>. Le coordinate essenziali della condizione giuridica dello straniero sono state invece ricavate in via interpretativa dalla Corte Suprema. Essa individuò una sorta di 'illimitato potere federale', il *plenary power* in questo settore, facendolo derivare, come è stato autorevolmente sostenuto, dal concetto di sovranità nazionale<sup>3</sup>.

Le principali conseguenze di tale impostazione furono l'inserimento del potere federale sull' immigrazione nel contesto della politica estera e della sicurezza nazionale e la sostanziale sottrazione di quest' ambito al controllo di legittimità costituzionale. In particolare, nelle procedure relative all'ingresso nel Paese, così come in quelle riguardanti l'espulsione degli immigrati, non si applicavano le garanzie costituzionali del principio di eguaglianza né le garanzie di un equo processo che gli emendamenti V e XIV della Costituzione americana estendono a tutte le persone presenti sul territorio, indipendentemente dalla cittadinanza.

Proprio il ripensamento compiuto dalla Corte Suprema della *equal protection clause* e del *due process of law*, hanno segnato il passaggio dall' epoca ottocentesca all' attuale stato democratico e sociale<sup>4</sup>, consolidando il divieto costituzionale di discriminazioni irragionevoli ed introducendo elementi di uguaglianza sostanziale, soprattutto per quello che riguarda i rapporti politici e civili, rafforzando le garanzie poste a presidio dei diritti alla difesa contro indagini e persecuzioni.

La Corte Suprema ha manifestato un certo disagio nell' applicazione delle rigide categorie elaborate durante l' epoca liberale nel campo dell' immigrazione e, a partire dagli anni '70 del XX secolo, i giudici hanno deciso di applicare la *equal protection clause* contro le discriminazioni attuate dalla legislazione statale nei confronti degli stranieri a cui è concessa la residenza permanente, almeno per il diritto al lavoro e le prestazioni sociali. Ma il Congresso americano ha continuato a godere di un potere pieno ed insindacabile per quanto concerne la naturalizzazione e le condizioni di ingresso ed espulsione degli stranieri, potendo decidere, con ampia discrezionalità, in ordine sia ai permessi di residenza, sia ai motivi sui quali fondare i provvedimenti di espulsione. In questi

<sup>1</sup> Cfr. L.H. Tribe, *American constitutional law*, New York, 2000.

<sup>2</sup> Art. I, sez. 8, cl. 4.

<sup>3</sup> Il *leading case* è *Chae Chang vs. United States*, 130 U. S. 581, 1889. Cfr. S. Volterra, *Corte Suprema e assetti sociali negli Stati Uniti d'America*, Torino, 2004.

<sup>4</sup> Cfr. G. Bognetti, "Lo spirito del costituzionalismo americano", Torino, 1998.

settori, la Corte Suprema ha 'accettato' di esercitare un controllo molto limitato, esigendo unicamente che le politiche federali esprimessero una minima razionalità nel dichiarare "le ragioni chiaramente legittime e di buona fede" poste alla base delle scelte governative<sup>5</sup>.

Solo recentemente la Corte sembra decisa a rivedere i fondamenti di questa dottrina, modificando un indirizzo giurisprudenziale che ha prodotto la sostanziale astensione del controllo giudiziario in materie nelle quali le politiche governative hanno spesso stabilito gravi discriminazioni nei confronti degli immigrati, più o meno apertamente fondate su pregiudizi razziali, sulla provenienza nazionale, sulle credenze religiose o sulle opinioni politiche.

Il problema si è posto con particolare evidenza durante le varie crisi nazionali – reali o presunte tali – che, negli Stati Uniti, sono state spesso accompagnate da ostilità verso minoranze etniche.

L'isteria collettiva seguita all'attacco di Pearl Harbour, nel corso della Seconda Guerra Mondiale, condusse il presidente Roosevelt ad autorizzare la segregazione di centomila tra stranieri e cittadini americani, colpevoli unicamente di avere origini giapponesi. La matrice xenofoba di quei provvedimenti è stata riconosciuta dal Congresso che ha provveduto al risarcimento delle vittime purtroppo solo nel 1988.

Tuttavia, dopo gli attentati terroristici a New York e Washington nel settembre 2001, si è nuovamente denunciata la tendenza dell'amministrazione ad identificare un'intera minoranza, in questo caso arabi e musulmani presenti sul territorio statunitense, con i gruppi ritenuti responsabili di atti di terrorismo.

Un esempio più recente a questo riguardo è lo *USA Patriot Act 2001*, una sorta di legge *omnibus* che modifica ed inasprisce molte disposizioni legislative in materia di diritto penale, banche, servizi segreti e immigrazione. "Le misure più estreme sono proprio quelle riservate agli stranieri, che posso essere espulsi per una vastissima serie di attività associazionistiche, possono vedersi respinti all'entrata nel paese in base ad informazioni confidenziali oppure essere detenuti in base ad un ordine del Procuratore Generale, senza che questi sia tenuto ad informare l'interessato delle colpe che gli vengono imputate."<sup>6</sup>

In questa reazione si è visto un preoccupante ritorno alla politica del maccartismo<sup>7</sup>, che è pure stata condannata dalla Corte Suprema come "estranea alle tradizioni di una società libera e allo stesso Primo Emendamento". Ma fino a tempi recenti la stessa Corte non sembrava esercitare al riguardo una particolare vigilanza sui diritti degli stranieri.

Si tratta di una posizione che ha radici lontane. Occorre rifarsi, in primo luogo, al contesto storico e sociale nel quale venne formulata la concezione classica del diritto dell'immigrazione, nella seconda metà del XIX secolo, all'indomani

---

<sup>5</sup> Per una prima applicazione di questo *standard* di controllo vedi *Kleindienst vs. Mandel*, 408 U. S. 753, 1972 e *Fiallo vs. Bell*, 430 U. S. 787, 1977.

<sup>6</sup> Cfr. S. Volterra, *Corte Suprema e assetti sociali negli Stati Uniti d'America*, cit., pag. 129.

<sup>7</sup> Prima dell'11 Settembre gli stranieri potevano essere espulsi perché coinvolti in attività di supporto ad organizzazioni terroristiche, ma non per mera associazione. In sostanza, il governo doveva dimostrare l'esistenza di un nesso tra la condotta dello straniero e l'attività terroristica, necessità ora eliminata. Inoltre, data l'ampia definizione fornita dalla legge in merito a cosa si intende per attività terroristica e organizzazione terroristica, le associazioni potenzialmente interessate sono numerosissime, dai gruppi per la vita che hanno minacciato i medici che praticano l'aborto, ai membri di *Greenpeace* o dell'*African National Congress*.

della Guerra Civile e della conquista della Frontiera. È in quel momento che la politica americana dovette confrontarsi, per la prima volta e in modo significativo, con il problema dell'immigrazione. L'occupazione dei territori fino alla costa del Pacifico, obbligò il popolo americano a prendere atto di trovarsi in un Paese le cui risorse non erano (più) illimitate. Nello stesso periodo, la composizione etnica, culturale e sociale degli immigrati subì un drastico cambiamento. Ai flussi migratori dai Paesi del Nord dell'Europa, si sostituirono popolazioni che giungevano dal meridione o dall'Est europeo e dal continente asiatico.

L'immigrazione cambiò anche in senso quantitativo, tra il 1880 ed il 1924 arrivarono negli Stati Uniti circa venti milioni di persone. Questo eccezionale afflusso di immigrati innescò una serie di pregiudizi razziali e religiosi oltre a conflitti di ordine economico e sociale ed in generale una diffusa animosità dei lavoratori americani verso i nuovi venuti. "Non a caso, le maggiori resistenze alle restrizioni decise dal governo federale furono quelle espresse dagli imprenditori che, in nome dello sviluppo industriale, chiedevano la libera circolazione di forza lavoro non professionalizzata al fine di contenere i salari"<sup>8</sup>.

Un secondo fattore che condizionò le politiche relative all'immigrazione fu l'ideologia 'nazionalistica' che accompagnò il nascente ruolo di *leadership* internazionale degli Stati Uniti. La nuova idea di Nazione si colorò ben presto degli accenti sulla superiorità della cultura americana e delle sue istituzioni; la nozione di cittadinanza acquisì un'accezione fondata su un'appartenenza razziale concepita tanto in termini fisici che culturali.

Bisognerà attendere gli anni '70 perché la cultura americana prendesse atto della natura composita della popolazione americana e si celebrassero, almeno in parte, le origini multietniche di quella realtà<sup>9</sup>.

Infine, un terzo elemento influì in modo determinante sia sulla disciplina legislativa che sulle valutazioni espresse dalla Corte Suprema in merito all'immigrazione. L'intero sistema giuridico della fine dell'Ottocento era informato alla difesa dei valori individualistici, come dimostrato dalla prevalenza del principio liberale del *laissez-faire* in virtù del quale, in particolar modo in economia, era intollerabile qualsiasi impedimento al libero dispiegarsi delle forze del mercato; la concezione liberale della sovranità nazionale venne ricalcata su quella della sovranità individuale e della difesa della proprietà privata. Nelle relazioni internazionali si riteneva che lo Stato fosse tenuto a rispettare, alla pari di un individuo, solo quegli obblighi che liberamente decideva di assumere. "In questo senso, la concezione classica della sovranità poneva lo Stato, nei suoi rapporti con gli stranieri, in una posizione speculare a quella del proprietario di un terreno con chi voglia attraversarlo"<sup>10</sup>.

Non può essere sottaciuto, per onestà intellettuale, che la logica dello stato liberale non imponeva necessariamente una visione restrittiva dell'immigrazione o una concezione della sovranità che negasse qualsiasi garanzia giuridica agli stranieri. Il liberalismo garantiva già all'individuo alcuni diritti fondamentali in

<sup>8</sup> Cfr. S. Volterra, *Corte Suprema e assetti sociali negli Stati Uniti d'America*, cit., pag. 129.

<sup>9</sup> Cfr. D. Lacorne, *La crisi dell'identità americana. Dal Melting Pot al multiculturalismo*, Roma, 1999.

<sup>10</sup> Cfr. S. Volterra, *Corte Suprema e assetti sociali negli Stati Uniti d'America*, cit., pag. 131. Sia consentito il rinvio a S. F. Regasto, *L'interpretazione costituzionale. Il confronto fra "valori" e "principi" in alcuni ordinamenti costituzionali*, Rimini, 1997.

quanto essere umano e anche nel diritto internazionale pubblico dell'epoca si riconosceva l'obbligo degli Stati di proteggere lo straniero sul proprio territorio. Le conclusioni tratte dalla Corte Suprema nei confronti degli stranieri furono in realtà una conseguenza di più fattori concomitanti, non tutti riconducibili alla logica dei principi dell'ordinamento. Il nazionalismo restrittivo, che prevalse nella giurisprudenza della fine dell'Ottocento, affonda le radici in uno dei periodi più turbolenti e drammatici della storia costituzionale americana: la reintegrazione degli Stati del Sud nell'Unione dopo la guerra civile conclusasi con il tentativo della creazione di nuove basi su cui fondare i principi della Costituzione statunitense. L'intento dei rappresentanti delle prime tredici colonie inglesi che si erano volontariamente associate per formare *a more perfect Union* nel 1787, fu reinterpretato in modo funzionale all'affermazione di una *Single Nation*; l'ideale 'liberatorio' degli individui nei confronti del potere federale venne sostituito con il principio dell'eguaglianza di tutti davanti alla legge; l'idea elitarista dell'autogoverno locale fu rimpiazzata dall'affermazione della democrazia popolare attraverso l'estensione del suffragio.

Tuttavia, questi contenuti innovativi furono per lungo tempo frustrati dalle interpretazioni restrittive offerte dalla Corte Suprema durante "l'epoca d'oro" del *judicial review*, come viene definito il periodo che, dalla fine della guerra civile fino al *New Deal*, fu caratterizzato da un inedito attivismo dei giudici federali<sup>11</sup>, meglio noto per la famosa giurisprudenza *Lochner*<sup>12</sup>. I frequenti disaccordi fra le opinioni dei membri della Corte e la scarsa coerenza di molte di queste decisioni non testimoniano unicamente la mediocrità di alcuni giudici dell'epoca, ma anche la difficoltà di interpretare i nuovi assetti politici e sociali in un quadro nel quale non apparivano più adeguate le coordinate fornite dai pochi e controversi precedenti giudiziari.

Le tensioni razziali, la nuova concezione della sovranità federale nei rapporti con gli Stati membri, la sottrazione al controllo di costituzionalità, costituiscono altrettanti piani di analisi dell'origine di una particolare giurisprudenza che ha fortemente condizionato gli sviluppi successivi in materia di immigrazione. Tenendo conto della natura preminente dei problemi ai quali si rivolge la legislazione in materia di immigrazione (malattie endemiche, regolazione del mercato del lavoro, prestazioni sociali), appare opportuno una sua collocazione all'interno della *commerce clause* della Costituzione (art. I, sez. 8, cl. 3 e 4); un settore che, diversamente dall'area 'extracostituzionale' nella quale è posta la sovranità, non è mai stato dichiarata fuori dalla competenza della Corte Suprema e che non richiederebbe alcuna traumatica rilettura della Costituzione, consentendo, peraltro, un agevole equilibrio con il peso del precedente costituito dalla dottrina del *plenary power*, che del resto sostituisce solo il

---

<sup>11</sup> Dal punto di vista istituzionale, la Corte assunse l'autorità che oggi le è riconosciuta solo dopo la Guerra Civile. Prima del 1860, la Corte dichiarò solo due volte l'incostituzionalità delle leggi federali e di trentacinque normative statali o locali. Dopo quella data, le dichiarazioni di incostituzionalità crebbero sensibilmente grazie all'attribuzione alla Corte di nuove funzioni giurisdizionali da parte del Congresso.

<sup>12</sup> Dal nome del caso emblematico deciso nel 1905. La giurisprudenza Lochneriana è generalmente indicata come espressione degli orientamenti politicamente reazionari dei giudici dell'epoca, i quali invalidarono molte leggi tese ad introdurre elementi di regolazione del mercato in favore dei gruppi sociali più deboli e delle minoranze. Sul punto D. Sorace, *Sociologia del diritto*, Bologna, 1970.

secondo approccio adottato dalla Corte Suprema in materia di immigrazione, a partire dal 1889.

L'atteggiamento 'astensionistico' della Corte sui temi dell'immigrazione porta con sé una variante di un' altra nota dottrina formulata dai giudici statunitensi, quella delle cosiddette *political questions*<sup>13</sup>. In questo senso, la *plenary power doctrine* non ha tanto a che vedere con la definizione dei diritti degli stranieri, ma piuttosto con il problema di quali soggetti devono concorrere a definire quei diritti. Anche in questo caso, le critiche si concentrano sull'impropria definizione dei temi legati all'immigrazione come delicate "questioni politiche" che consigliano di non contraddire le determinazioni assunte dagli organi politici di governo.

Nel corso del Novecento, la Corte Suprema continuò ad affermare l'esistenza del potere insindacabile del Congresso nell'area dell'immigrazione in modo ancora più vasto, creando nuove eccezioni che finirono per svuotare di contenuti le garanzie della *due process clause*. Di fatto, la regola che le procedure relative all'immigrazione erano comunque soggette al rispetto di alcune garanzie procedurali e potevano essere autonomamente valutate dai giudici, fu vanificata anche nelle procedure relative all'espulsione degli stranieri residenti. Qualunque entrata – non solo un reale primo ingresso ma anche il ritorno di uno straniero residente – fu fatta rientrare nella piena discrezionalità dell'amministrazione.

Il mancato riconoscimento di un qualsiasi vincolo costituzionale incoraggiò alcune delle politiche estreme adottate dal Governo americano nei confronti degli stranieri. Le restrizioni contenute nelle leggi sull'immigrazione furono utilizzate per reprimere il dissenso, in dispetto della libertà di opinione e di associazione sancita dal I emendamento. Fu quanto accadde durante la prima isteria anticomunista, il c.d. periodo del Terrore Rosso (*Red Scare*). Le contestazioni sostenute da alcune associazioni radicali contro la partecipazione alla prima guerra mondiale culminarono nel 1919, con alcuni attentati contro importanti personalità istituzionali, tra le quali il giudice Holmes della Corte Suprema ed il Procuratore generale Richard Palmer. L'Amministrazione ritenne che gli autori fossero stranieri e procedette ad una serie di arresti indiscriminati, senza alcun riguardo alle garanzie dell'imputato. Circa un migliaio di immigrati furono espulsi sulla base della semplice appartenenza al partito comunista e ad alcune associazioni sindacali, senza che fosse mai dimostrata la loro partecipazione agli attentati o a qualsiasi atto di violenza<sup>14</sup>. L'epoca del maccartismo non fece che replicare questo modello repressivo, estendendolo anche ai cittadini americani. Ma l'episodio forse più drammatico è quello verificatosi durante la seconda guerra mondiale, in risposta all'attacco giapponese a Pearl Harbour. Il Presidente Roosevelt diede ordine di arrestare e condurre in campi di segregazione all'interno del paese circa centotrentamila persone di origine giapponese, con il pretesto di prevenire eventuali atti di spionaggio. Fra questi, circa cinquantamila erano cittadini americani. La Corte

<sup>13</sup> Il problema della *political question* è riferibile a "che cosa" possa costituire oggetto delle decisioni delle Corti federali. Nonostante la formulazione abbastanza semplice, essa ha sempre costituito un enigma per gli interpreti. Cfr. V. Barsotti, *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, Torino, 1999; per la dottrina italiana cfr. C. Piperno, *La Corte costituzionale e il limite di political question*, Milano, 1991.

<sup>14</sup> Sul punto V. Barsotti, *L'arte di tacere*, cit.

Suprema condivise le ragioni del Governo, riconoscendo che il pericolo di futuri attacchi era sufficiente a giustificare che “questi cittadini fossero separati da quelli che non avevano particolari legami con il Giappone”<sup>15</sup>.

Nel corso della guerra fredda, che seguì, senza soluzione di continuità, alla fine del conflitto mondiale, la Corte Suprema approvò altre drastiche misure dell'amministrazione nei confronti degli stranieri, in alcuni casi manifestando le concezioni più restrittive dei diritti dei cittadini di un altro Paese mai formulate nell'ambito della *plenary power doctrine*.

Nel caso *Knauff* del 1950<sup>16</sup>, i giudici affermarono che gli stranieri ai quali veniva negato l'ingresso negli USA non avevano diritto di ricorrere ad un tribunale, decisione particolarmente severa per le circostanze. Ellen Knauff era una cittadina tedesca che chiedeva di raggiungere il marito, un soldato statunitense trasferito nel 1948 durante l'occupazione americana di Berlino. Nonostante il *War Brides Act* del 1941 prevedesse condizioni favorevoli per l'entrata dei coniugi dei militari americani, il Dipartimento per la Giustizia rifiutò l'ingresso alla Knauff in base ad una procedura amministrativa, stabilita all'inizio della seconda guerra mondiale, che prevedeva l'ammissibilità di informazioni confidenziali attestanti una qualche minaccia per la sicurezza nazionale, senza alcun obbligo di comunicazione all'interessato<sup>17</sup>.

La Corte ritenne insindacabile la decisione del Governo tanto dal punto di vista sostanziale che procedurale. Il potere di escludere uno straniero fu qualificato come un “fondamentale atto di sovranità” il cui esercizio spettava tanto al Congresso quanto al Presidente o, per sua delega, al Procuratore generale, specialmente nei periodi di emergenza nazionale (che si riteneva sussistesse ancora nel 1950 nonostante la fine della guerra). Non solo, nello stabilire le procedure di ammissione, disse la Corte, il Congresso in tali circostanze esercitava, in realtà, un potere di competenza dell'Esecutivo. E concluse lapidariamente che nessun diritto al giusto processo poteva essere vantato in una procedura di ammissione nel territorio degli Stati Uniti.

Ma anche le procedure di espulsione concernenti le persone residenti da molto tempo negli Usa furono esaminate, dalla Corte Suprema, con estrema deferenza nei confronti dell'Amministrazione.

Del resto, la pratica abituale dell'ufficio dell'immigrazione era quella di trattenere gli immigrati nei porti di arrivo in attesa che fosse stabilita la loro ammissibilità nel Paese (o la loro espulsione); un'abitudine che fu espressamente dichiarata valida dalla Corte Suprema che non ritenne di individuare alcuna privazione della libertà personale dell'individuo<sup>18</sup>.

Il caso *Harisiades* del 1952<sup>19</sup>, relativo ad uno straniero residente espulso per essersi iscritto al partito comunista americano, aveva già dimostrato che trovarsi fisicamente sul territorio statunitense non conferiva necessariamente

---

<sup>15</sup> *Hirabayshi vs. United States*, 320 U. S. 81, 1943. Cfr. S. Volterra, *Corte Suprema e assetti sociali negli Stati Uniti d'America*, cit., pag. 142.

<sup>16</sup> *United States ex rel. Knauff vs. Shaughnessy*, 338 U. S. 537, 1950.

<sup>17</sup> Nel 1952 il Congresso rese permanente questa previsione, inserendola nella legge sull'immigrazione e la naturalizzazione.

<sup>18</sup> Principio stabilito per la prima volta in *Carlson vs. London* nel 1952. La Corte dichiarò ragionevole la detenzione preventiva di alcuni stranieri in attesa dell'espulsione, ritenendo sufficiente l'adesione al partito comunista per sostenere la pericolosità di queste persone.

<sup>19</sup> *Harisiades vs. Shaughnessy*, 342 U. S. 580, 1952.

una miglior posizione per la difesa dei propri diritti. I giudici della Corte, oltre a stabilire che la libertà di opinione protetta dal I emendamento non riguardava i membri del partito comunista, cittadini o stranieri che fossero, negò anche che la *due process clause* concernesse gli stranieri residenti. Anche in questo caso vi fu un vibrante dissenso dalle conclusioni della maggioranza, espresso dal giudice Douglas, a proposito del concetto di *punishment*: “L’esilio è una punizione dal punto di vista pratico. Può privare un uomo e la sua famiglia di tutto quanto rende dignitosa la vita. Quanti hanno posto qui le loro radici, hanno un interesse ben saldo in questo Paese. I progetti per sé stessi e le speranze per i loro figli dipendono totalmente dal loro diritto di rimanere. Se saranno sradicati e mandati in paesi a loro sconosciuti ed inospitali, diverranno profughi, gente senza dimora condannata all’ amarezza e alla disperazione”<sup>20</sup>.

Nel caso *Galvan* del 1954<sup>21</sup>, fu ammessa esplicitamente anche l’espulsione retroattiva degli stranieri residenti.

In ciascuna delle decisioni illustrate, le forti perplessità espresse da alcuni membri della Corte Suprema vertevano sull’assoluto diniego del controllo di costituzionalità, tanto per i profili procedurali quanto per quelli sostanziali, in particolare nelle questioni concernenti le persone residenti da lungo tempo negli Stati Uniti. Lo spiraglio aperto da questi *dissents* ebbe l’effetto di moltiplicare i ricorsi ed il ventaglio di ipotesi relative all’immigrazione presentate alla Corte Suprema, che in molti casi colse l’occasione per introdurre criteri di equità (*fairness*) nei propri giudizi.

Ma in questa, seppur cospicua giurisprudenza, i giudici hanno sempre accuratamente evitato di individuare dei precisi fondamenti costituzionali per i diritti che vennero progressivamente estesi agli immigrati, adattandosi piuttosto a riformulare l’intento del legislatore o accomodare opportunamente le circostanze presentate in giudizio, spesso con evidenti forzature e contraddizioni. Un esempio è proprio il caso che rovesciò, a distanza di pochi anni, la decisione *Galvan*: nel caso *Rowoldt v. Perfetto* (1957)<sup>22</sup>.

Si può dire che, a partire da questa decisione, l’interpretazione e l’applicazione delle leggi e dei regolamenti amministrativi in materia di immigrazione è risultata, molto più spesso, più favorevole agli stranieri di quanto non sia stato il controllo giudiziario sul rispetto, da parte di queste leggi e regolamenti, dei principi costituzionali. In un certo senso, il peso del precedente ha solo formalmente condizionato la Corte Suprema; i criteri utilizzati dai giudici, che in molti casi hanno sostanzialmente applicato la Costituzione senza mai invocarla apertamente, è ben sintetizzato nell’espressione di *phantom constitutional norms*.

A questo riguardo, una parziale inversione di tendenza da parte della Corte si ebbe solo nel corso degli anni ’80, quando un’ondata di esiliati provenienti dai paesi dell’area caraibica sulle coste della Florida pose nuovamente, ed in modo pressante, il problema, dell’accoglienza degli immigrati. In quel caso, le corti federali di grado inferiore si rifiutarono di appoggiare il ripristino della detenzione dei nuovi arrivati in attesa di stabilire la loro ammissibilità. La Corte

---

<sup>20</sup> *Dissenting opinion* del giudice Douglas, *Harisiades vs. Shaugnessy*, 342 U. S. 580, 1952.

<sup>21</sup> *Galvan vs. Press*, 347 U. S. 522, 1954.

<sup>22</sup> *Rowoldt vs. Perfetto*, 355 U. S. 115, 1957.

Suprema da parte sua, nel caso *Landon v. Plasencia* del 1982<sup>23</sup>, riconobbe finalmente sul piano costituzionale il diritto alle garanzie del giusto processo nel caso di rientro degli stranieri residenti, scegliendo di enfatizzare il legame tra lo straniero e la comunità nazionale invece di applicare un rigido criterio territoriale (o temporale)<sup>24</sup>. La Corte dichiarò, nella sentenza del caso *Plasencia*, che: “Una volta che uno straniero è stato ammesso nel nostro Paese e sviluppa legami tipici di una residenza permanente, il suo *status* costituzionale cambia di conseguenza” Tuttavia, a questo riconoscimento non fece seguito l’applicazione dello *strict scrutiny* che generalmente la Corte adotta in tema di classificazioni sospette o diritti fondamentali. I giudici procedettero piuttosto ad un bilanciamento degli interessi del Governo con quelli dell’individuo, applicando un mero controllo di razionalità delle giustificazioni addotte dal legislatore<sup>25</sup>.

Per il resto, la Corte si guardò bene dall’esaminare altre fondamentali questioni, quali la disciplina dell’esclusione dei nuovi arrivati o la tutela della loro libertà di opinione.

La più evidente modifica dell’impostazione della Corte fu la sostituzione del linguaggio retorico dell’epoca liberale con le discussioni circa il livello più appropriato di controllo da applicare in materia di immigrazione e naturalizzazione. Controllo che si limitò, generalmente, al riscontro di un minimo di razionalità nelle giustificazioni addotte dal Legislatore, ma ispirato ad un atteggiamento di deferenza verso le decisioni del potere politico.

Più recentemente la Corte – con riferimento all’*Immigration and Nationality Act* – è intervenuta con riferimento alla discriminazione di genere nell’acquisizione della cittadinanza americana.

Nel caso *Miller vs. Albright* del 1998<sup>26</sup>, i giudici si sono dimostrati drammaticamente divisi sull’applicabilità del divieto di discriminazioni sessuali nel settore della naturalizzazione, malgrado la copiosa giurisprudenza, sviluppatasi nel ventennio precedente, e l’assenza di ogni collegamento della questione con temi di politica estera. Ancora una volta la Corte ha deciso di ‘salvare’ la legge federale, ma è riuscita a negare l’applicabilità del precedente circa la sostanziale insindacabilità delle decisioni del Congresso in materia.

---

<sup>23</sup> Il caso riguardava Maria Plasencia, una cittadina salvadoregna regolarmente residente negli Usa e sposata con un cittadino americano. Durante un breve viaggio in Messico, accettò di favorire l’ingresso illegale di alcuni connazionali e per questo fu arrestata ed espulsa dal paese dai funzionari dell’ufficio immigrazione. La Corte Suprema accettò di esaminare il ricorso contro il provvedimento di espulsione, nonostante la signora si trovasse fuori dal territorio statunitense, ma negò che potesse vantare un diritto costituzionale a rientrare negli Usa. La sentenza si limitò, quindi, a stabilire un riesame della procedura di espulsione. Cfr. *Landon vs. Plasencia*, 459 U.S. 21, 1982.

<sup>24</sup> Il principio costituzionale del giusto processo fu riconosciuto applicabile nelle procedure di deportazione di stranieri residenti.

<sup>25</sup> La Corte spiegò infatti che “Nel valutare le procedure di ogni caso, le corti devono considerare l’interesse in gioco per l’individuo, il rischio di un’ingiusta privazione dell’interesse per mezzo delle procedure usate, così come il valore probabile di ulteriori e diverse salvaguardie procedurali, e l’interesse del governo nell’utilizzo delle procedure correnti piuttosto che delle ulteriori e diverse”. Il giudice avrebbe dovuto, in sostanza, limitarsi a valutare se tali procedure rispettavano i requisiti minimi di equità richiesti dalla *due process clause*. Sul punto e sui diversi tipi di *scrutiny* sviluppati dalla Corte Suprema vedi G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, cit.

<sup>26</sup> *Miller vs. Albright*, 523 U. S. 420, 1998.

È nel campo della cittadinanza per nascita che si sono avuti i primi segnali dell'usura della dottrina dell'illimitato potere del Congresso, che comincia ad essere coniugato con il principio di uguaglianza.

La traiettoria descritta si conclude nel 2001, con il caso *Nguyen*<sup>27</sup>. La Corte ha risolto il caso nella prospettiva del principio generale che vieta le discriminazioni di genere e che impone la verifica della ragionevolezza di una misura che possa dirsi sostanzialmente giustificata dal perseguimento di un importante obiettivo governativo.

Sostanzialmente, la Corte si rifiuta di applicare un controllo di grado inferiore, in ragione della specialità della materia, come invece è tradizionalmente richiesto dalla dottrina. Ma, come è stato rilevato nella *dissenting opinion*, il caso *Nguyen* non riguarda strettamente l'ammissione o l'espulsione degli immigrati, bensì la questione di stabilire se un individuo ha diritto ad essere cittadino statunitense.

<sup>28</sup> Sempre nella *dissenting opinion* si conclude che l'applicazione della 'deferenza' del giudiziario in materia di immigrazione - che dunque non si disconosce - riguarda esclusivamente gli stranieri.

In sostanza, per effetto della dottrina del pieno potere del Congresso, i giudici hanno continuato ad affermare la prevalenza delle ragioni della politica estera o dell'interesse nazionale; vi si può leggere, dunque, la conferma della perdurante validità di una impostazione dovuta alla volontà di affermare i poteri federali contro le tendenze centrifughe degli Stati.<sup>29</sup> Questo sistema tende, tutt'oggi, alla non piena applicazione del principio di uguaglianza contro le discriminazioni disposte verso gli immigrati.

La riluttanza ad applicare le usuali garanzie costituzionali nel settore dell'immigrazione deriva dalle presunte connessioni della materia con i temi della politica estera e della sicurezza nazionale, discipline nelle quali la Corte ha solitamente ritenuto di non avere sufficienti elementi di 'sovranità' e legittimazione. È appena il caso di sottolineare che, la maggior parte dei ricorsi contro le leggi dell'immigrazione si fonda sulla lesione del principio di uguaglianza e delle garanzie di un equo processo, motivi, rispetto ai quali, la Costituzione non prevede alcuna possibilità di eccezione da parte dei giudici, così come non prevede espressamente il sindacato di legittimità. Quindi, la deferenza (o quasi sottomissione) del giudiziario nei confronti del legislatore è fondata sulla prudenza che i giudici ritengono di dover osservare nella decisione di controversie in grado di influenzare le politiche federali, in particolare in materia di sicurezza. Si ripropone, cos', la dottrina delle *political questions*. Nella materia dell'immigrazione, la Corte ha seguito parzialmente la parabola delle stesse, manifestando il suo tendenziale abbandono a partire

---

<sup>27</sup> *Nguyen vs. INS (Immigration and Naturalization Service)*, 121 S. Ct. 2053, 2001.

<sup>28</sup> Bisogna aggiungere che, secondo la legge esaminata nel caso *Nguyen*, i figli di cittadini americani maschi devono soddisfare una serie di ulteriori condizioni rispetto ai figli di madri statunitensi, quali, ad esempio, una certificazione di paternità fondata su " chiara e convincente prova" del legame biologico o l'attestazione in tal senso da parte di un giudice competente e la dichiarazione del genitore di consentire al mantenimento del figlio fino alla maggiore età.

<sup>29</sup> È stato anche rilevato come la Corte Suprema, abbia opposto un fermo diniego ai tentativi del Congresso di delegare agli Stati il proprio potere sull'immigrazione nell'intento di favorire l'adozione di politiche restrittive in materia di assistenza sociale agli stranieri. Sul punto S. Volterra, *Corte Suprema e assetti sociali negli Stati Uniti d'America*, cit.

dagli anni Settanta. Per la prima volta, nel 1972<sup>30</sup>, i giudici hanno ventilato l'ipotesi di un controllo sulle decisioni governative, riconoscendo che l'immigrazione non costituisce propriamente una questione politica, ma che, tuttavia, le ragioni che precludono il controllo di legittimità delle *political questions* impongono anche un 'basso livello' di controllo sulle decisioni del Congresso o del Presidente. Si pone in evidenza perciò la contraddizione della posizione della *Supreme Court*: la discussione sul livello, anche minimo di controllo, si pone in netto contrasto con il fondamento della *plenary power doctrine*. Insomma, ciò è opportuno rilevare criticamente è che, ammesso che contingenti ragioni di opportunità politica possano talvolta suggerire ai giudici di non contraddire le determinazioni ufficiali assunte dal Governo, perlomeno nella fase acuta delle crisi<sup>31</sup>, tali circostanze costituiscono, in ogni modo, più l'eccezione che la regola, quando si tratta di temi delicati come quelli legati all'immigrazione.

Non si può, poi, non rimarcare la circostanza che la Corte, nonostante le incertezze espresse dagli stessi giudici nel corso di oltre un secolo di giurisprudenza, non ha mai direttamente dichiarato l'illegittimità di una legge federale relativa all'immigrazione. In buona sostanza, la dottrina dei pieni poteri non si è mai adeguata ai cambiamenti intervenuti nel settore dell'immigrazione; il diritto all'immigrazione è rimasto, infatti, impermeabile alla vera e propria rivoluzione dell'interpretazione costituzionale intervenuta a partire dall'epoca del *New Deal*, mediante gli sviluppi del *due process of law* e del principio di eguaglianza.

Nel momento in cui i giudici hanno iniziato ad applicare un controllo, anche minimo, di ragionevolezza nei casi relativi all'immigrazione, essi hanno contraddetto il fondamento stesso dell'impostazione originaria che esclude qualsiasi controllo di tipo giudiziario. In effetti, il *plenary power*, non è più del tutto insindacabile e, di fatto, se il Congresso, in qualche caso ha percorso la giurisprudenza più favorevole agli stranieri, non ha mai sfidato le decisioni successive che hanno via via allargato il ventaglio dei benefici giudizialmente estesi agli immigrati.

\* Ordinario di Diritto pubblico comparato nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia.

---

<sup>30</sup> Kleindienst vs. Mandel, 408 U. S. 753, 1972. Il caso fu sollevato dalle proteste di alcuni accademici che videro frustrata la propria intenzione di avere un confronto diretto con un "rivoluzionario marxista". La conferenza fu tenuta per via telefonica. Cfr. S. Volterra, *Corte Suprema e assetti sociali negli Stati Uniti d'America*, cit., pag. 171.

<sup>31</sup> Come accadde per esempio con la legislazione anti terrorismo emanata dopo gli attentati del 2001.