

Quaderni Cost

di Luca Pietro Vanoni *

Dopo due anni di proclami e dichiarazioni incrociate, la battaglia politica sulla costruzione del muro americano al confine con il Messico è entrata nel vivo a seguito delle elezioni di midterm dello scorso novembre che, consegnando la maggioranza della Camera al partito democratico, hanno inasprito lo scontro tra legislativo ed esecutivo sulla opportunità di finanziare l'opera attraverso l'approvazione del bilancio federale. Il più lungo shutdown della storia americana, frutto di questo scontro, si è chiuso lo scorso 25 gennaio con la firma al bilancio apposta da Trump il quale, però, ha immediatamente minacciato il ricorso a misure straordinarie in caso di mancato futuro accordo con il Congresso. Di fronte alla perdurante resistenza parlamentare, Trump ha così dichiarato il 15 febbraio lo stato di emergenza nazionale, a motivo della grave minaccia «[to the] core national security interests» provocata, a suo avviso, dalla «large-scale» e «long-standing» crisi sull'immigrazione illegale.

Il caso, nella sua complessità, porta alla luce alcune delle contraddizioni più significative del costituzionalismo americano con particolare riguardo alla divisione dei poteri. L'esercizio degli Emergency Powers non è un tema nuovo nella storia americana, come dimostra l'utilizzo di tali poteri da parte di Washington o Lincoln. Pur non essendo espressamente prevista dalla Costituzione, infatti, tale prerogativa è stata considerata come immanente allo stesso potere esecutivo (Locke) o ricavata implicitamente da diverse clausole costituzionali quali, ad esempio, la *Take Care Clause* contenuta nell'art. II, sec. 3 Cost. (M. Tushnet, *Can The President Declare A National Emergency To Build The Wall?*, constitutioncenter.org, 10 gen. 2019).

Nel sistema americano, inoltre, il Presidente usufruisce di una serie di poteri emergenziali attribuiti tramite legge dal Congresso. Tale pratica, utilizzata in particolare da Roosevelt, è collegata al tema della delega legislativa che proprio durante il New Deal ha contribuito ad espandere il ruolo dell'esecutivo nel quadro della più ampia trasformazione costituzionale dei poteri (G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, 2000). La crescente importanza del Presidente frutto di tale trasformazione ha così portato, negli anni, al ricorrente e talvolta anche discutibile utilizzo degli Emergency Powers da parte di numerosi Presidenti (*National Emergency Powers*, Congressional Research Service, 27 feb. 2019).

Per contenere questa progressiva espansione, il Congresso ha approvato nel 1974 il *National Emergency Act* (art. 50 U.S.C. § 1601–1651 NEA) che, proceduralizzando lo stato di emergenza nazionale, affidava al Congresso poteri di controllo e revoca sull'operato del Presidente. Nata con l'obiettivo di riaffermare l'equilibrio tra potere legislativo ed esecutivo, tale legge costringeva il Presidente a dichiarare formalmente lo stato di emergenza nazionale quale condizione necessaria e preliminare per usufruire dei poteri già delegati da altre leggi federali. Questa *Proclamation* formale era poi sottoposta al controllo del Congresso, cui era riservato il potere di revoca attivabile con il voto di una sola camera e senza la firma del Presidente (legislative veto).

Il meccanismo di controllo ideato dal NEA è stato però dichiarato incostituzionale dalla Corte suprema nel caso *INS v. Chada* (1983) in cui i giudici, rilevando la natura legislativa del legislative veto, hanno statuito che esso debba rispettare le condizioni della *Presentment Clause* (Art. I, Sec. 7, Cl. 2) che consente al Presidente di apporre il veto sugli atti a lui sgraditi. Tale decisione ha così di fatto reso inefficace il controllo del legislativo sulla dichiarazione dello stato di emergenza: di fronte al (quasi certo) veto presidenziale, l'unico strumento di opposizione rimasto al Congresso è il raggiungimento di una maggioranza dei 2/3 dei rappresentanti delle due camere (K.L. Scheppele, *Trump's not-Emergency Emergency*, in *Verfassungblog*, 15 feb. 2019).

In questo contesto si pone, oggi, la problematica costituzionale sulla *Presidential Proclamation 9844 on Declaring a National Emergency Concerning the Southern Border of the United States* (84 Fed. Reg. 4949). Tale documento rinvia esplicitamente alle sezioni 201 e 301 del

NEA, che conferiscono al Presidente «special or extraordinary power (...) during the period of a national emergency» e gli impongono di «specifies the provisions of law under which he proposes that he (...) will act». In ottemperanza a quest'ultima disposizione, la Casa Bianca ha individuato le fonti normative per realizzare l'opera, riallocando risorse già stanziare per altri fini (sec. 12302, 2808, 284, Titolo 10, USC)

Il Congresso ha tentato di opporsi alla decisione con una risoluzione congiunta (H.J. Res. 46) passata alla Camera con 252 voti ma anche al Senato grazie al voto di 12 Repubblicani (59 voti a favore). Trump, dal canto suo, ha immediatamente esercitato il suo potere di veto, costringendo il Congresso a recepire la maggioranza dei 2/3 per approvare la risoluzione H.J. Res. 46; riunitasi lo scorso 26 marzo la Camera non è però riuscita a convincere parte dei Repubblicani a *override the veto*.

Conclusasi sul piano politico con una vittoria di Trump, la battaglia sulla costruzione del muro si è nel frattempo spostata anche nelle aule giudiziarie grazie ai ricorsi presentati da alcuni cittadini americani (*Alvarez v. Trump*) e da sedici Stati guidati dal Procuratore californiano Xavier Becera (*State of California et al. v. Trump*) (S. Schwimm, in *Constitutional Professor Blog*, 16 e 19 feb. 2019). Per i ricorrenti la decisione della Casa Bianca non è supportata da una concreta ed effettiva emergenza, quanto piuttosto dal perdurante rifiuto del Congresso a finanziare l'opera, che ha spinto la Casa Bianca a reperire altrove i fondi necessari: lo stesso Trump, del resto, ha dichiarato in conferenza stampa che «I could do the wall over a longer period of time, I didn't need to do this, but I'd rather do it much faster». Così facendo, tuttavia, l'esecutivo avrebbe violato la separazione dei poteri, ponendosi in contrasto con l'*Appropriation Clause* (Art. I, sez. 9, cl. 7) che dispone «a straightforward and explicit command [that] no money can be paid out of the Treasury unless it has been appropriated by an act of Congress» (*Office of Pers. Mgmt. v. Richmond* 1990). In aggiunta, i ricorrenti rilevano l'illegittimità di una delle fonti normative utilizzate dal Presidente per reperire i fondi (sec. 2808, Titolo 10, USC) che consente al Segretario della difesa di utilizzare le risorse solo per la costruzione di opere militari, e non invece per finanziare il muro di confine la cui finalità non è quella di respingere un esercito nemico.

L'esito dei ricorsi, tuttavia, appare tutt'altro che scontato. Innanzitutto, sui ricorrenti pesa il non facile onere di dimostrare la propria legittimazione ad agire (standing); «proving concrete injury with a general constitutional violation [could be] very difficult» (K.L. Scheppele, cit.), perché la controversia non riguarda la violazione specifica di un diritto/interesse dei cittadini (o degli Stati) americani ma configura, diversamente, un conflitto tra poteri costituzionali disciplinato da leggi federali. Le argomentazioni portate nei ricorsi, secondo cui la *Proclamation* «could divert funding from state-based projects to construction of the wall» o «threatens an imminent invasion of their privacy and the quiet enjoyment of the [plaintiff's] land», potrebbero però rivelarsi troppo deboli per superare i parametri processuali dello standing; di conseguenza, «even if the lower courts allow a suit against the administration to proceed, it is easy to imagine the Supreme Court using procedural doctrines to toss it» (M. Dorf, *Complicity in Trump's Bogus Emergency*, in *Verdict*, 18 feb. 2019).

In secondo luogo, i giudici potrebbero incontrare ostacoli nel dichiarare l'illegittimità della *Proclamation* senza sconfinare nelle cd. political questions; il NEA, infatti, non chiarisce quando e come possa essere dichiarato lo stato di emergenza nazionale, affidando tale valutazione ai Presidenti. Trump, del resto, non è il primo Presidente ad aver utilizzato in modo estensivo i poteri emergenziali ed anzi negli ultimi decenni «of the fifty-nine instances of declarations under the NEA (...) the vast majority concern policy problems that were neither unforeseen nor exigent in nature» (S. Estreicher – D. Moosmann, *President Trump's Emergency Wall Declaration: A Guide to the Legal Issues*, in *Verdict*, 4 mar. 2019).

Tutto questo rivelerebbe la generale deferenza con cui le Corti hanno solitamente approcciato il problema, tanto che l'unico precedente potenzialmente utile ai ricorrenti riguarda un caso deciso nel 1952 prima dell'approvazione del NEA. In *Youngstown Sheet & Tube Company v. Sawyer* i giudici hanno dichiarato l'incostituzionalità di un Executive Order di Truman il quale, esercitando i suoi poteri di Commander in Chief per superare il diniego del Congresso ad autorizzare tramite legge

il sequestro delle imprese, aveva disposto la confisca di alcune acciaierie per evitare che uno sciopero potesse interrompere la produzione necessaria a far fronte all'emergenza provocata dalla guerra di Corea. Dopo aver rilevato che la Costituzione non conferisce al Presidente il potere «to take possession of private property», né lo autorizza a prevenire gli scioperi, i giudici hanno annullato l'atto sostenendo che «the President's power to see that the laws are faithfully executed refutes the idea that he is to be a lawmaker».

Anche oggi, il voto del Congresso contro Trump potrebbe essere utilizzato dai giudici quale valida argomentazione per sostenere la lesione della separazione dei poteri e del power of purse riservato al legislativo. Al contempo, però, non va dimenticato come le due fattispecie presentino significative differenze; se Truman aveva agito ricavando i propri poteri direttamente dalla Costituzione, la *Proclamation* di Trump si fonda, interamente, su poteri espressamente delegati da leggi federali, e ciò pone l'attuale Congresso in una posizione di maggiore debolezza.

Quale che sia il suo esito finale, lo scontro sul muro svela alcune criticità del sistema costituzionale americano. Innanzitutto, vengono alla luce i limiti con cui il sistema regola l'esercizio degli Emergency Powers in quella che è stata definita come l'epoca della Presidenza imperiale. È vero infatti che l'emergenza nazionale dichiarata da Trump si fonda su una duplice inconsistenza pratica, perché i numeri dell'immigrazione illegale sono diminuiti negli ultimi anni e le risorse già stanziare dai precedenti Congressi avrebbero probabilmente potuto finanziare la costruzione di parte del muro evitando il ricorso ai poteri di emergenza (K.L. Scheppele, *Trump's not-Emergency Emergency Part II*, in *Verfassungblog*, 17 feb. 2019). Allo stesso tempo, però, l'interpretazione estensiva dei poteri presidenziali non è solo figlia dalla demagogia di Trump, ma anche di uno sbilanciamento tra i poteri che ha coinvolto tutti i Presidenti dal dopoguerra in avanti. Secondo il *Brennan Center for Justice*, sono attualmente 132 gli statutory powers attivabili dal Presidente in caso di emergenza, e delle 59 emergency proclamations dichiarate a partire dal 1978 ben 31 sono ancora in vigore; come ricordato da Jackson in *Korematsu v. United States* (1944), «each emergency power lies about like a loaded weapon, ready for the hand of any authority that can bring forward a plausible claim of an urgent need».

Infine, il conflitto in atto mostra le lacerazioni nel tessuto politico-costituzionale dovute alla profonda spaccatura tra due Americhe che, già a partire dalla presidenza Obama, si riflette non solo sui partiti ma anche sulle istituzioni, oggi immerse in un perdurante conflitto ideologico. Questa particolare contingenza entra in tensione con l'evoluzione del costituzionalismo americano che, ricorda Burke, si è sviluppato a partire da stratificazioni di pratiche politico-istituzionali, favorendo una trasformazione graduale dei poteri all'interno di uno spirito di fairness costituzionale. Tale polarizzazione sembra avere inciso profondamente su questo spirito, generando un diffuso sentimento di sfiducia verso le istituzioni e squarciando il tessuto politico che ha consentito per molti anni il funzionamento di regole scritte in un'altra epoca. Letto sotto questa luce, l'atteggiamento anti-establishment di Trump costituisce forse solo la punta dell'iceberg di un problema più profondo, capace di svelare l'instabilità di equilibri costituzionali che sembrano oggi scricchiolare sotto il peso del tempo.

*Ricercatore di diritto costituzionale – Università degli Studi di Milano