

## **U.S.A.: Da Scalia a Gorsuch. Note minime sul potere di «advice and consent»**

di Luca Pietro Vanoni  
(22 marzo 2017)

«Judges and justices are servants of the law, not the other way around. Judges are like umpires. Umpires don't make the rules; they apply them (...) I will remember that it's my job to call balls and strikes and not to pitch or bat». Con queste parole l'attuale Chief Justice della Corte suprema John Roberts apriva il proprio nomination hearing di fronte al Senato americano nel 2005, sottolineando come il primo requisito di un giudice costituzionale sia quello di mantenere una certa imparzialità anche rispetto ai propri convincimenti politici. Nello stesso tempo, però, la Costituzione americana stabilisce un meccanismo di nomina dei giudici che coinvolge direttamente tanto il Presidente quanto il Senato americano, consentendo quindi che anche valutazioni discrezionali di carattere politico possano influire sulla composizione e sugli equilibri della Corte suprema. Secondo quanto disposto dall'art. II sez. 2 cl. 2 Cost. (c.d. Appointments Clause) la nomina dei giudici federali si articola in tre diversi momenti che riguardano la scelta dei candidati da parte del Presidente («the President shall nominate»), la valutazione delle loro capacità condotta dal Senato («advice and consent») e il perfezionamento dell'incarico («appointment») riservato al Presidente. Per i giudici supremi, in particolare, l'esercizio del potere di advice and consent si articola in una serie di hearings tenuti dal Senate Judiciary Committee prima, e dall'Assemblea poi, volti a saggiare le competenze dei candidati, e i loro orientamenti teorico-costituzionali (cfr. F. Fabbrini, *Il procedimento di nomina dei giudici della Corte Suprema USA in prospettiva comparata*, in *DPCE*, 2010, p. 281 ss.)

Tale procedimento incarna dunque un momento fondamentale della vita istituzionale americana che è oggetto di grande attenzione da parte dell'opinione pubblica, e per questo il meccanismo delineato dalla Appointments Clause ha finito con il tradursi in un vero e proprio scontro politico giocato sulla interpretazione delle clausole costituzionali e delle regole parlamentari, in cui i convincimenti degli aspiranti giudici occupano un ruolo importante nel conferimento del loro incarico.

La sostituzione del giudice conservatore A.J. Scalia costituisce l'ultimo esempio di tale scontro, avendo impegnato in due momenti distinti tanto il partito repubblicano quanto quello democratico nella scelta del candidato a loro più gradito; già nel marzo del 2016, infatti, l'allora presidente Obama aveva provato a colmare repentinamente il seggio vacante nominando M. Garland, giudice democratico con posizioni moderate e Chief Justice della Corte d'Appello del District of Columbia. Attraverso la nomina di un giurista di così alto profilo, Obama aveva cercato di aggirare il forte dissenso della maggioranza repubblicana al Senato, che – preoccupata dell'effetto che l'improvvisa morte di Scalia avrebbe potuto produrre sugli equilibri della Corte – aveva dichiarato di voler respingere ogni candidato proposto dalla Casa bianca sostenendo che una nomina tanto importante non potesse essere effettuata da un Presidente in scadenza di mandato ma spettasse, piuttosto, al suo successore. Tale posizione, ratificata ufficialmente in una lettera del Judiciary Committee del 30 marzo 2016, esprimeva in particolare il convincimento per cui la Costituzione, attraverso la procedura di advice and consent, affida al Senato la piena autorità di «grant or withhold» le nomine effettuate dal Presidente, e consentirebbe quindi a tale organo di lasciare al popolo americano la facoltà di pronunciarsi sul futuro giudice attraverso le elezioni presidenziali.

L'atteggiamento dei senatori repubblicani ha sollevato più di una critica nel mondo politico e accademico; la scelta dei giudici della Corte suprema costituisce, allo stesso tempo, un potere presidenziale che non incontra alcun limite nell'ultimo anno di mandato, e allo stesso tempo un preciso obbligo per il Senato, la cui astensione incide sul funzionamento della Corte in violazione del principio per cui «one branch can't interfere with the functioning of another» (cfr. E. Chemerinsky, *Does the Senate have a duty to hold hearings on Supreme Court nominees?*, 7 Aprile 2016). In realtà, dal punto di vista testuale, l'unico obbligo che è possibile ricavare dall'art. II sez. 2 concerne le parole «shall nominate», che sono però riferite al Presidente e non al Senato (J.H. Adler, *The Senate Has No Constitutional Obligation to Consider Nominees*, in 24 *Geo. Mason L. Rev.*, 2016, 15 ss.), e neppure una indagine dell'original intent di tale clausola sembra indicare l'esistenza di un dovere improrogabile per i Senatori di valutare i candidati presidenziali (A.J. White, *Toward The Framers' Understanding Of "Advice And Consent": A Historical And Textual Inquiry*, *Harv. J.L. & Pub.*, 2005, 103 ss.). Tanto l'argomento testuale quanto quello storico sembrano dunque suggerire l'assenza di uno specifico obbligo costituzionale in capo al Senato; per quanto criticabile e pericolosa per il funzionamento degli equilibri costituzionali, la scelta dei repubblicani sembra quindi fondare le sue ragioni sull'idea, tipicamente americana, per cui ciò che la Costituzione non prescrive normativamente è riservato al conflitto politico tra i poteri e al giudizio, elettorale, del popolo.

La vittoria di Trump alle ultime elezioni ha ribaltato gli equilibri politici nel paese e con essi anche la situazione relativa alla sostituzione di quello che molti democratici considerano, oggi, «a stolen seat». A differenza di quanto avvenuto un anno fa, tuttavia, oggi non siamo in una situazione di governo condiviso, e la minoranza democratica al Senato (48 seggi contro 52) può sperare di bloccare la nomina del candidato scelto da Trump (il giudice conservatore del X Circuito Neil Gorsuch) solo attraverso il filibuster, ovvero un criticato strumento di opposizione parlamentare che permette di rinviare la votazione su uno specifico ordine del giorno. Il filibuster è particolarmente efficace proprio al Senato, dove le regole parlamentari consentono ai propri componenti di prendere parola e di tenerla per un tempo indefinito; l'unico modo per frenare l'ostruzionismo è disciplinato dalla Rule XXII delle Standing Rule of Senate, che permette di presentare una mozione per interrompere il dibattito dell'assemblea attraverso la votazione di tre quinti dei Senatori «duly chosen and sworn» (c.d. cloture rule). Il combinato disposto tra filibuster e cloture rule fa sì che sempre più spesso le votazioni più rilevanti (e quindi anche quelle relative alla conferma dei giudici supremi) siano ormai decise con la maggioranza di almeno 60 voti su 100, riservando un grande potere alla minoranza, e allo stesso tempo rallentando molto i lavori di tale organo.

Proprio per ovviare a tale problema, il sistema americano ha ideato un meccanismo interpretativo chiamato *nuclear option*. Esso si fonda sull'art. I sez. 5 cl. 2 Cost. che affida alle camere il potere di «determine the Rule of its Proceedings» e quindi, indirettamente, anche la facoltà definirne il significato, consentendo ad ogni Senatore di sollevare «a question of order» interpretativa su cui è chiamata a pronunciarsi l'Assemblea a maggioranza semplice. Attraverso tale procedura, il 113th Senato (controllato dai democratici) ha così modificato temporaneamente l'interpretazione della cloture rule sostenendo che il quorum richiesto per interrompere il filibuster (come detto i tre quinti) debba in realtà essere inteso come maggioranza semplice: «by using (...) the nuclear option, fifty-two Democrat Senators effectively made sixty equal fifty-one» (O.G. Hatch, *How 52 Senators Made 60 = 51*, 25 *Stan. L. & Pol'y Rev.*, 2014, 12). Nonostante le critiche che hanno accompagnato questa interpretazione, essa costituisce un precedente che potrebbe essere replicato dai repubblicani per procedere speditamente alla nomina di Gorsuch, anche se potrebbe non essere semplice per il Majority Leader McConnell convincere la quasi totalità dei Senatori del

suo partito ad appoggiare uno strumento da lui stesso fortemente criticato.

Per comprendere in modo più chiaro le posizioni di entrambi gli schieramenti circa la nomina di Gorsuch occorrerà quindi attendere i nominations hearings, il cui inizio è fissato per la fine di marzo. Quello che già è possibile osservare è che il meccanismo di nomina dei giudici americani, che ha il pregio di bilanciare i poteri dell'esecutivo e del legislativo favorendo accordi trasparenti tra i due organi, pare essersi ultimamente inceppato a causa di una iper-politicizzazione della procedura causata dalle divisioni del paese nate con la presidenza Obama ed acuitesi con la vittoria di Trump.

Tuttavia, sarebbe ingeneroso giudicare la figura di Gorsuch in termini esclusivamente politico-partitici per almeno due motivi. In primo luogo, la scelta di Trump potrebbe rivelarsi come la meno divisiva di quelle fin qui operate nella sua criticatissima esperienza alla Casa bianca, perché il designato è certamente un giudice conservatore, ma abbraccia uno stile assai prudente ed adogmatico nella analisi delle questioni più controverse del diritto americano, tanto che anche i suoi colleghi liberal lo hanno definito come un giurista capace «interpret the Constitution and apply the law of the land without prejudice» (N.K. Katyal, *Why Liberals Should Back Neil Gorsuch*, NYT, 31/1/2017). Pur mostrando una posizione vicina all'originalismo di Scalia, le sentenze di Gorsuch testimoniano anche una concezione Jeffersoniana della separazione dei poteri attenta ai limiti del governo federale; per questo, sotto il profilo squisitamente politico, le decisioni di Gorsuch potrebbero non incontrare (ad esempio in tema di immigrazione) i favori della Casa bianca. In secondo luogo, la corretta valutazione dei futuri giudici supremi dovrebbe indagare, più ancora che le inclinazioni politico-partitiche dei candidati, la loro teoria della Costituzione nel tentativo di comprendere se essa possa o meno, all'interno degli equilibri della Corte, migliorare l'interpretazione pluralista del diritto costituzionale americano. È noto, infatti, che all'interno della attuale Corte si fronteggiano (almeno) due filosofie giuridiche opposte che, rispettivamente, assegnano ai giudici il ruolo di interpreti di «a living document» o «a dead Constitution»; il confronto tra queste due teorie ha reso negli anni più ricco ed articolato lo sviluppo del costituzionalismo americano, consentendo ai giudici – anche e soprattutto attraverso l'utilizzo delle dissenting e concurring opinions – di dare visibilità in modo plurale alle diverse idee che compongono la società americana. La scomparsa di Scalia ha privato l'originalismo di uno dei suoi più brillanti interpreti, ed è dunque (anche) in questa prospettiva che deve essere valutata la nomina del suo sostituto; più che per le sue idee politiche, infatti, l'eredità di Scalia merita di essere celebrata per la sua capacità di dar voce, attraverso argomentazioni spigolose ma convincenti, ad una teoria originalista e testualista della Costituzione che ha arricchito non solo le decisioni della Corte suprema, ma anche tutta la cultura giuridica, non solo americana.

\* Ricercatore di Diritto costituzionale – Università di Milano