

Advice and consent **nell'evoluzione del federalismo americano**

di Chiara Bologna

Sommario

1. *La nomina dei giudici della Corte suprema nel disegno del costituente.* – **2.** *Primi interventi della Corte suprema in materia di federalismo.* – **3.** *Il federalismo cooperativo nella giurisprudenza della Corte suprema.* – **4.** *I rapporti tra federazione e Stati nella recente giurisprudenza della Corte suprema.* – **5.** *Primazia presidenziale nella nomina dei giudici: la Corte suprema sostiene i “federalismi” del Presidente.* – **6.** *La nomina dei giudici della Corte nel dibattito dottrinale contemporaneo.*

1. La nomina dei giudici della Corte suprema nel disegno del costituente

La costituzione statunitense prevede, come noto, che il Presidente “proporrà e, sentito il parere e con il consenso del Senato, nominerà i giudici della Corte suprema” ⁽¹⁾.

Tale disposizione, tradizionalmente denominata *appointments clause*, è stata, sin dalle prime applicazioni, motivo di ampie discussioni, ancora irrisolte, circa il ruolo che il Senato dovrebbe svolgere nel processo di nomina dei giudici. In particolare, la dottrina è storicamente divisa tra coloro che sostengono che tale ruolo debba essere circoscritto ad una valutazione della sola dignità morale del candidato (con eventuale censura ideologica solo di coloro che abbiano posizioni estremiste), e coloro che invece propugnano un ruolo attivo del Senato, incari-

(1) Si tratta dell'art. II, sezione II, clausola 2: *The President “by and with the Advice and Consent of the Senate, shall appoint Judges of the supreme Court”*. Per una traduzione della Costituzione statunitense con testo a fronte v. G. SACERDOTI MARIANI -A. REPOSO, M. PATRONO, *Guida alla Costituzione degli Stati Uniti d'America*, Firenze, Sansoni, 1991, pp. 75-162.

cato di considerare anche, e soprattutto, la posizione politica e la *constitutional philosophy* dei designati dal Presidente. La soluzione della *querelle* va probabilmente cercata nella genesi della norma stessa ⁽²⁾. Essa fu, infatti, l'esito di un lungo dibattito accesi nella Convenzione, riguardo alle possibili modalità di nomina dei membri della Corte. Nell'adozione della decisione finale i delegati perseguirono in particolare tre finalità: creare una selezione che desse rilievo al valore professionale dei giudici; evitare, per quanto possibile, pressioni politiche e clientelismi; tutelare gli interessi degli Stati. Se per i primi due obiettivi fu ritenuto più idoneo il Presidente (secondo i delegati, più informato dei singoli senatori e soprattutto meno soggetto a pressioni politiche), inevitabilmente fu il Senato ad essere considerato unico organo in grado di tutelare gli interessi degli Stati. La Convenzione aveva già, infatti, raggiunto quello che fu definito il *Great Compromise*, in base al quale tutti gli Stati, indipendentemente dalla loro estensione, avrebbero avuto due rappresentanti in Senato, eletti dalle singole assemblee legislative statali. La partecipazione senatoriale alla nomina dei giudici della Corte suprema aveva, così, una generale funzione di tutela della sovranità degli Stati, essendo i singoli senatori direttamente responsabili nei confronti dei legislativi statali, al contrario del Presidente, eletto invece attraverso i collegi elettorali. Ma l'*advice and consent* aveva anche una funzione più specifica, che la Convenzione ritenne decisiva: tutelare gli Stati di minore dimensione. Il rischio era, infatti, che i Presidenti nominassero solo giudici provenienti dagli Stati più popolosi, in grado, in quanto tali, di garantire loro un enorme sostegno elettorale per un'eventuale rielezione ⁽³⁾. Che questa fosse la *ratio* della partecipazione del Senato, nel disegno costituzionale, è stato confermato in un *obiter dictum* dalla stessa Corte suprema nella pro-

(2) Sul dibattito della Convenzione in merito al processo di nomina dei giudici della Corte suprema v. J. GAUCH, *The intended role of the Senate in Supreme Court Appointments*, in *U. Chi. L. Rev.*, 1989, vol. 56, pp. 337-365.

(3) I tre maggiori Stati dell'Unione (Virginia, Pennsylvania e Massachusetts) erano, infatti, la residenza di circa il 40-45% della popolazione statunitense.

nuncia *Myers v. United States* nel 1926 ⁽⁴⁾.

Le diverse istanze sollevate durante i lavori della Convenzione trovarono la loro sintesi nell'*appointments clause*, in base alla quale, come sintetizzò Madison ⁽⁵⁾, mentre il Presidente, rappresentante dell'intero popolo americano, assumeva in prima persona la responsabilità della scelta dei giudici, il Senato, rappresentante delle differenze statali, svolgeva una funzione di controllo, rivolta a tutelare i diversi interessi toccati da ciascuna nomina e non considerati dal titolare dell'esecutivo.

Il dibattito sotteso all'approvazione di questa norma mostra, in conclusione, che i costituenti disegnarono un intervento senatoriale incisivo, garante di interessi altrimenti non tutelati. Tale lettura è peraltro confermata dallo stesso dettato della disposizione costituzionale, che assegna alla seconda Camera due ruoli ben distinti: l'*advice*, ossia una funzione consultiva che preceda la designazione, ed il *consent*, avente un'eventuale, successiva, funzione correttiva.

La posizione secondo la quale il Senato è legittimato a votare contro una nomina presidenziale, per motivazioni più ampie di un'eventuale indegnità morale, trova, inoltre, ampio sostegno nella prassi instauratasi all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione statunitense. Nel periodo, infatti, tra il 1787 ed il 1900 il Senato ha rifiutato di confermare ben ventidue candidati presidenziali, per motivazioni peraltro non legate all'"equilibrio geografico" della composizione della Corte, ma legate invece a divergenze, a volte squisitamente politiche, esistenti tra candidati e seconda Camera.

Emblematico è forse l'episodio del 1870 in cui il Senato negò il suo *consent* al giudice Hoar (designato dal presidente Grant) per l'opposizione di questi all'*impeachment* che il Senato stesso aveva attivato, qualche anno prima, contro il Presidente Johnson.

(4) 272 U.S. 52.

(5) V. M. FARRAND, *The Records of the Federal Convention of 1787*, New Haven, Yale Univ. Press, 1937, pp. 80-81.

2. Primi interventi della Corte suprema in materia di federalismo

Nel corso dell'Ottocento, mentre il Senato esercitava in modo incisivo il potere di controllo sulla composizione della Corte suprema, quest'ultima avviava il processo di ridefinizione giurisprudenziale delle competenze appartenenti a federazione e Stati. Tra le decisioni più significative vi sono sicuramente quelle relative alla *commerce clause* ⁽⁶⁾ ed al X emendamento ⁽⁷⁾.

Relativamente alla prima, la Corte fornì, nei primi decenni di attività, un'interpretazione molto ampia, potenzialmente idonea a legittimare interventi della federazione estremamente invasivi. La pronuncia più significativa a tal proposito è sicuramente il ben noto caso *Gibbons v. Ogden* ⁽⁸⁾, risalente al 1824, in occasione del quale la Corte definì il commercio non come semplice traffico, ma come un generale *intercourse* di persone o cose tra gli Stati. In quella stessa occasione sostenne che il *commerce power* era un potere completo, privo di limitazioni che non derivassero da esplicite disposizioni costituzionali.

Gli ampi strumenti offerti al governo nazionale dalla Corte non vennero però sfruttati fino all'ultimo decennio del XIX secolo, quando i mutamenti dell'economia mondiale, che affrontava la seconda rivoluzione industriale, con la formazione dei primi monopoli e la fine dell'agricoltura in piccola scala, sollecitarono i primi interventi governativi in campo economico. Fu così che il Congresso approvò l'*Interstate Commerce Act* nel 1887 e lo *Sherman Antitrust Act* nel 1890.

Dinanzi ai primi, incisivi, interventi federali la Corte, a partire dalla fine dell'Ottocento, ridefinì in parte la propria giurisprudenza, da un lato offrendo nuovi strumenti al governo nazionale e dall'altro limitando l'azione di questo a tutela delle sovranità statali. In particolare, essa riconobbe alla federazione la possibilità di disciplinare non solo il commercio interstatale, ma anche i

(6) Art. I, sez. VIII, claus. 3: "Il congresso avrà il potere di (...) disciplinare il commercio fra i diversi Stati dell'Unione".

(7) "I poteri non demandati dalla Costituzione agli Stati Uniti, o da essa non vietati agli Stati, sono riservati ai rispettivi Stati, o al popolo."

(8) 22 U.S. 1.

traffici interni agli Stati, qualora questi avessero comunque un impatto sul primo. In tali casi, secondo la Corte, la disciplina federale si rendeva necessaria per tutelare “l’interesse nazionale, proteggendo dal controllo locale il libero scambio tra Stati” ⁽⁹⁾. La Corte aveva insomma trasformato l’*interstate commerce* da materia disciplinabile in *finalità* da perseguire, regolando, per questa, anche materie differenti dal commercio interstatale. Era il passaggio da una definizione *materiale* ad una *teleologica* delle competenze federali. D’altro canto, però, la Corte, pur assecondando in parte il Congresso che ampliava le sue competenze, cercò di bilanciare il nuovo ruolo del governo centrale con le istanze di autonomia degli Stati e specificò che la competenza federale sussisteva solo qualora vi fosse un effetto *diretto* sul commercio interstatale: occorreva insomma una relazione reale e sostanziale con i traffici commerciali. In base a tale criterio, ad esempio, la Corte dichiarò incostituzionale, nel 1935, il *Live Poultry Code* che, proibendo il lavoro minorile e fissando salari minimi ed orari massimi di lavoro, non aveva, secondo la Corte, effetti diretti sul commercio interstatale e rappresentava, quindi, un’invasione delle competenze statali ⁽¹⁰⁾.

Altro strumento del quale la Corte si avvalse, nello stesso periodo, per cassare i provvedimenti federali più invasivi, fu il X emendamento. Affianco, infatti, all’interpretazione di tale norma, secondo la quale i poteri non delegati alla federazione sono *ipso facto* riservati agli Stati, la Corte utilizzò un secondo significato, molto più pregnante. In diverse pronunce ⁽¹¹⁾ essa considerò il X emendamento quale limite autonomo ed ulteriore per il potere legislativo federale, limite in base al quale anche interventi legislativi che fossero esercizio pacifico di uno dei poteri enumerati della federazione, potevano risultare illegittimi, se incoerenti con il principio della sovranità degli Stati e con l’idea della sfera di autonomia loro spettante.

(9) V. cd. *Shreveport Rate Case* (1914); 234 U.S. 342; p. 350.

(10) Vedi *A.L.A. Schechter Poultry Corporation v. United States* 295 U.S. 495 (1935).

(11) V. a titolo esemplificativo: *Collector v. Day*, 78 U.S. 113 (1870); *Keller v. United States*, 213 U.S. 138 (1909); *Ashton v. Cameron County Water Improvement District*, 298 U.S. 513 (1936).

In sintesi, la Corte sembra affrontare i primi interventi di ridefinizione delle competenze federali e statali con un certo equilibrio, mostrandosi arbitro *super partes*, in grado di allargare le maglie del potere federale, senza stravolgere, però, il disegno costituzionale di un governo centrale a competenze enumerate.

3. *Il federalismo cooperativo nella giurisprudenza della Corte suprema*

La giurisprudenza della Corte suprema muta radicalmente a partire dalla fine degli anni trenta, concretizzandosi in una serie di pronunce, che danno legittimità costituzionale ad un nuovo assetto di rapporti tra federazione e Stati, assetto promosso dall'esecutivo centrale fin dall'inizio del XX secolo e noto come federalismo cooperativo. A partire dalla presidenza di Theodore Roosevelt ⁽¹²⁾, infatti, il governo federale cominciò a rivendicare un ruolo decisamente più incisivo, in coincidenza con il passaggio, avviatosi in quegli anni in tutte le democrazie occidentali, dalla forma di Stato liberale verso quella liberaldemocratica. Si apriva così una fase caratterizzata dall'uso, tra i diversi livelli di governo, di moduli collaborativi che, assegnando alla federazione un ruolo guida nella cooperazione, le garantivano, di fatto, la preminenza nella dialettica con gli Stati. Emblematico è lo strumento dei *grants in aid*, sovvenzioni che il governo federale concedeva, per la realizzazione di determinati obiettivi, *in materie di competenza statale*, previa negoziazione con i governi statali e con una successiva supervisione federale ⁽¹³⁾.

La svolta definitiva nelle dinamiche del federalismo si verificò, però, solo con il *New Deal* di Franklin Delano Roosevelt, il nuovo patto che il Presidente propose all'indomani del "giovedì nero" di Wall Street ⁽¹⁴⁾ e che prevedeva, secondo gli schemi

(12) 1901-1909.

(13) Sul punto v. D. ELAZAR, *American federalism: a view from the states*, New York, Crowell, 1966.

(14) È lo storico crollo della Borsa di Wall Street del 24 ottobre 1929 e considerato

keynesiani, un vigoroso intervento pubblico per stimolare l'attività economica e sostenere l'occupazione.

In una prima fase, i provvedimenti legislativi di attuazione del *New Deal* furono sistematicamente invalidati dalla Corte suprema, che ritenne tanto gli interventi di programmazione economica quanto la legislazione sociale, non legittimati dal *commerce power* appartenente al Congresso. Tale competenza, infatti, era estesa solo al commercio, da intendersi in senso restrittivo quale "rapporto finalizzato allo scambio" ⁽¹⁵⁾.

La frattura tra il Presidente e la Corte divenne ben presto incolmabile: la crisi economica rendeva anacronistico e dannoso il sostegno che il potere giudiziario federale continuava a fornire ai principi del *laissez-faire*. La rielezione plebiscitaria di Roosevelt, nel 1936, palesò l'esistenza di una frattura tra la stessa Corte suprema e l'opinione pubblica. Incoraggiato dal sostegno ricevuto, Roosevelt propose una modifica della composizione della Corte, in base alla quale sarebbe stato aggiunto un giudice per ogni suo membro che fosse, al momento della proposta, di età superiore ai settant'anni. Grazie alla *court packing proposal* il Presidente avrebbe potuto nominare sei nuovi giudici e garantirsi il *placet* della giustizia costituzionale al *New Deal*. L'operazione sarebbe stata tecnicamente non difficoltosa, considerando che la Costituzione americana non contiene alcun riferimento al numero dei membri della Corte, definito invece, nel corso del tempo, da leggi del Congresso. Quest'ultimo, però, nel secolo e mezzo precedente, aveva gestito tale potere con molto equilibrio, accrescendo il numero dei componenti della Corte solo con l'espandersi del numero degli Stati e la susseguente creazione di nuovi circuiti di Corti d'appello. Conseguentemente, nonostante l'assenza di riferimenti costituzionali al numero dei giudici della Corte suprema, la proposta di Roosevelt fu contestata, quale palese violazione dell'indipendenza del potere giudiziario, finanche da una parte dell'opinione pubblica che lo aveva sostenuto alle presidenziali. La situazione di tensione

data d'inizio della Grande Depressione, crisi economica dilagata poi in tutto il mondo.

(15) *V. Carter v. Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238 (1936).

istituzionale fu risolta, però, da un giudice della stessa Corte suprema, Owen Roberts, che mutò la sua posizione nei confronti del *New Deal*, fornendo, così, il quinto, decisivo voto a favore del programma di governo presidenziale ⁽¹⁶⁾.

La sentenza-manifesto del nuovo orientamento giurisprudenziale della Corte suprema è stata emessa nel 1941: in *United States v. Darby* ⁽¹⁷⁾ veniva analizzata la legittimità costituzionale del *Fair Labour Standards Act* che, prevedendo salari minimi ed orari massimi di lavoro, vietava il commercio interstatale di beni prodotti in aziende che non rispettassero gli standard fissati.

In tale pronuncia la Corte non solo recuperò alcune affermazioni risalenti alla storica sentenza *Gibbons v. Ogden* che, come ricordato in precedenza, forniva una già ampia interpretazione del *commerce power*, ma andò oltre, ampliando ulteriormente le possibili applicazioni di tale competenza e fornendo parallelamente una nuova interpretazione del X emendamento, che, di fatto, lo privava di qualunque capacità limitativa del potere legislativo federale.

Nella sentenza *Darby* la Corte ribadisce, in primo luogo, che il *commerce power* è un potere completo di prescrivere le regole attraverso le quali il commercio deve essere governato, potere per il quale non possono essere identificate limitazioni che non derivino direttamente da disposizioni costituzionali ⁽¹⁸⁾.

In secondo luogo la Corte abbandona il criterio dell'“effetto diretto” sul commercio, quale requisito necessario per l'esercizio della competenza federale; ammette invece che scopo del *Fair Labour Act* sia non la disciplina dei traffici, bensì il “mantenimento degli standard minimi di vita necessari per la salute ed il benessere generali”. La Corte rinuncia a sostenere che la legislazione sul lavoro abbia un effetto diretto sugli scambi interstatali, come aveva fatto ancora in alcune pronunce pre-

(16) Relativamente alla proposta di Roosevelt di riformare la Corte suprema, v. diffusamente R. H. JACKSON, *The struggle for judicial supremacy*, New York, Random House, 1941.

(17) 312 U.S. 100 (1941).

(18) Viene citato quale esempio il *Bill of Rights*, il catalogo dei diritti contenuto nei primi dieci emendamenti, votati dal Congresso nel 1791.

cedenti e come farà in altre successive, pur con non poche forzature⁽¹⁹⁾.

In conclusione, qualunque siano le motivazioni sottese alla regolazione del commercio, la Corte non è legittimata a sindacarle, essendo il Congresso libero di utilizzare tale competenza per tutelare “*the public health, morals or welfare*”.

A partire da tale sentenza, e per i successivi sessant’anni, la Corte sembra abbandonare il ruolo di giudice equilibrato nella dialettica tra federazione e Stati, per sostenere unilateralmente gli interventi del governo centrale e far quasi scomparire, nelle sue pronunce, l’idea stessa dei diritti statali quale limite per le competenze federali.

Emblematica è la nuova interpretazione che la Corte fornisce del X emendamento. Il giudice Stone, sempre nella sentenza *Darby*, definisce tale norma “niente più di un truismo in base al quale gli Stati trattengono tutto ciò che non è stato ceduto” alla federazione, a titolo di potere implicito od esplicito. Il X emendamento non svolge più alcuna funzione di tutela della sovranità statale. Esso non può più essere violato e con lui non possono più essere violati i diritti degli Stati; questi ultimi, infatti, sono trasformati in un “residuo”⁽²⁰⁾ che esiste solo in assenza d’ogni competenza federale, espressa o implicita.

4. *I rapporti tra federazione e Stati nella recente giurisprudenza della Corte suprema*

Nella sua fase più recente la giurisprudenza della Corte suprema in materia di federalismo ha mostrato segni di forte trasformazione. La Corte ha, infatti, in una serie di pronunce, messo in discussione ed in molti casi contestato, soluzioni ermeneu-

(19) *V. NLRB v. Jones and Laughlin Steel Corporation*, 301 U.S. 1 (1937) o *Heart of Atlanta Motel v. U.S.*, 379 U.S. (1964). In quest’ultimo caso, in particolare, la Corte si spingerà a sostenere l’effetto diretto sul commercio interstatale del maggior intervento legislativo contro la segregazione razziale, il *Civil Rights Act*, approvato anch’esso quale esercizio del *commerce power*.

(20) L’espressione è di L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, New York, Foundation Press, 2000, p. 863.

tiche che apparivano ormai pacifiche. Il nuovo assetto di rapporti tra federazione e stati, sebbene ancora *in fieri*, ha il suo elemento caratterizzante nella definizione di un ruolo più circoscritto per il governo federale, a favore di una riespansione delle competenze statali. Tale assetto è stato propugnato, però, prima nel mondo politico, a partire dai primi anni Settanta, attraverso il progetto del *New Federalism*, avviato da Richard Nixon, consolidato da Reagan ⁽²¹⁾ e successivamente parte di ogni programma di governo presidenziale. L'idea di fondo è la riduzione di ogni forma di intervento federale a favore di un'accentuata sussidiarietà verticale ed orizzontale, con lo scopo ultimo di smantellare il *big government* creato dal *New Deal*.

Non fa eccezione neanche la presidenza democratica di Bill Clinton, che, dopo il fallito tentativo di riformare il sistema sanitario, ha assecondato l'ampio elettorato conservatore con il *Personal Responsibility and Work Opportunity Act* del 1996. Con tale provvedimento si affida agli Stati e non più al governo federale l'erogazione dei sussidi (peraltro fortemente decurtati) a minori ed immigrati indigenti.

Il *trend*, evidenziatosi nelle dinamiche politiche, come ricordato, sin dagli inizi degli anni settanta, raggiunge la giurisprudenza costituzionale nel 1992 dopo la nomina, determinante, di due giudici conservatori ad opera di George Bush ⁽²²⁾. In quell'anno, infatti, la Corte enuncia il cd. *anti commandeering principle* nella sentenza *New York v. United States*. In base a tale principio, poi integrato dal caso *Printz v. United States* del 1997, la federazione, pur esercitando uno dei suoi poteri enumerati, non può né richiedere che gli Stati adottino una normativa sull'argomento, né che i funzionari statali siano coinvolti nell'attuazione di discipline federali. Il senso di tale principio, che la Corte evince dal X emendamento e dalla tutela che questo garantisce alle singole sovranità statali, è che la federazione è li-

(21) In realtà il *New Federalism* di Nixon ebbe caratteristiche e finalità differenti rispetto a quello poi avviato da Reagan. Sul punto v. T. CONLAN, *From New Federalism to Devolution*, Washington, Brookings Institution Press, 1998.

(22) Si tratta di DAVID H. SOUTER, nominato nel 1990 e CLARENCE THOMAS, nominato nel 1991.

bera di disciplinare le materie di sua competenza, senza che però questo la legittimi a richiedere alcun comportamento di ausilio (normativo o esecutivo) ai singoli Stati.

È del 1995, però, la sentenza che sembra mettere in discussione diversi decenni di giurisprudenza sul federalismo: nella pronuncia *United States v. Lopez* la Corte suprema, per la prima volta dopo sessant'anni, dichiara costituzionalmente illegittima una legge federale in quanto eccedente il *commerce power* del Congresso. Oggetto del giudizio è il *Gun Free School Zones Act* del 1990, che proibisce il possesso di armi in luoghi circostanti una scuola. Nell'*opinion* la Corte riesamina la competenza del Congresso sotto il profilo della *commerce clause*, affermando che esso può disciplinare i canali e gli strumenti del commercio, nonché le persone e le cose che si muovano tra diversi Stati. In base a tale potere, infine, la federazione può disciplinare anche le attività che abbiano comunque effetti sul commercio interstatale (*activities that affect interstate commerce*). Ciononostante, scrive la Corte, tale competenza deve avere comunque un *outer limit*, un limite esterno, derivante dall'essenza stessa dell'assetto federale, inteso quale governo centrale a poteri enumerati.

Problematica è, però, la definizione di tale limite che il giudice Rehnquist, autore della sentenza, àncora a più criteri. In primo luogo, rigettando la tradizionale distinzione tra effetti diretti ed indiretti, egli sostiene che l'attività regolata dal Congresso debba avere effetti sostanziali sul commercio interstatale; l'elemento che circoscrive, però, le competenze federali è che tale tipo di effetti sono rintracciabili, secondo la Corte, solo in attività che siano, esse stesse, di natura economica. Il divieto contenuto nel *Gun Free Act*, non avendo tale natura, non può esercitare effetti sostanziali sul commercio interstatale ed è, quindi, esercizio illegittimo del *commerce power*. Al contrario, e qui viene suggerito un secondo criterio, il diritto penale, al pari della famiglia e l'istruzione, è un'area di *traditional state concern*, di interesse cioè tradizionalmente statale, che esclude, conseguentemente, l'opportunità e la legittimità di una disciplina federale.

Gli spunti offerti da tale sentenza sono stati riproposti in una

pronuncia successiva, *United States v. Morrison* del 2000, nella quale la Corte suprema ha in particolare invalidato una norma del *Violence against Women Act* del 1994, ribadendo che la natura penale e non economica dell'attività criminalizzata, precludeva la possibilità di una regolamentazione federale che fosse esercizio della competenza sull'*interstate commerce*. Nonostante le pronunce che circoscrivono il *commerce power* siano numericamente poco rilevanti, le loro potenzialità vengono sottolineate dalla dottrina americana contemporanea. Tali sentenze, infatti, unitamente a quelle sul X emendamento (*anti commandeering principle*), nonché al caso *City of Boerne v. Flores* ⁽²³⁾ che offre un'interpretazione restrittiva dell'*enforcement clause* (altro strumento storico del potere federale), evidenziano la fisionomia di una Corte fortemente orientata a rivedere, dopo sessant'anni, le categorie essenziali di definizione dei rapporti tra federazione e Stati.

5. *Primazia presidenziale nella nomina dei giudici: la Corte suprema sostiene i "federalismi" del Presidente*

L'evoluzione del federalismo americano prima verso il modello cooperativo, poi verso il *New Federalism*, è stata favorita dalle modifiche verificatesi, nello stesso periodo, nel processo di nomina dei giudici della Corte suprema. Tali modifiche, infatti, hanno garantito alla Presidenza la possibilità di influenzare l'orientamento ideologico della Corte e, con questo, le più specifiche posizioni in materia di rapporti tra federazione e Stati.

Proprio a partire dagli inizi del Novecento, infatti, l'*advice and consent* senatoriale si è trasformato, nella maggior parte dei casi, in una semplice verifica dell'eventuale indegnità morale

(23) Nella sentenza del 1997, che dichiara l'incostituzionalità del *Religious Freedom Restoration Act* (1993), la Corte suprema fornisce un'interpretazione restrittiva della quinta sezione del XIV emendamento che affida al Congresso il potere di emanare le norme necessarie per dare esecuzione alle garanzie previste nelle sezioni precedenti dell'articolo; garanzie in base alle quali nessuno Stato deve privare alcuna persona della "vita, libertà, o proprietà, senza una procedura legale nella dovuta forma", né negare ad alcuno "l'eguale protezione delle legge".

dei candidati, così che la Presidenza è divenuta, di fatto, unica titolare del potere di nomina. Emblematico è il dato secondo cui, fino alla fine degli anni Sessanta, si è verificato un solo caso di mancata conferma da parte del Senato di un giudice designato dal Presidente.

Tale fenomeno si inserisce *a latere* del generale rafforzamento che la Presidenza ha vissuto proprio dagli inizi del nuovo secolo. È in questo periodo, infatti, che grazie a diversi fattori ⁽²⁴⁾ viene definitivamente superato l'assetto del *Congressional Government* ⁽²⁵⁾ ottocentesco, caratterizzato dalla primazia del Congresso, e si delinea la nuova fisionomia dell'attuale forma di governo pienamente presidenziale ⁽²⁶⁾.

Una delle diverse conseguenze istituzionali della primazia presidenziale fu proprio la trasformazione dell'*advice and consent* in un *pro forma*, nel quale il Senato rinunciò ad esercitare un giudizio indipendente da quello del Presidente.

Qualche episodio di rinnovata vitalità senatoriale si verificò alla fine degli anni sessanta, in coincidenza con la crisi che la Presidenza americana attraversava e che ebbe il suo apice con l'episodio del *Watergate* e le conseguenti dimissioni di Richard Nixon nel 1974. Proprio due giudici ⁽²⁷⁾ designati da questo, infatti, si videro negato il consenso del Senato, per le loro posizioni fortemente conservatrici, sui temi razziali. Il neoattivismo del Senato in tali circostanze ebbe, però, carattere episodico. Lo stesso Nixon, infatti, rivendicò la prerogativa, in quanto Presidente, di scegliere giudici della Corte suprema che avessero le sue stesse posizioni politiche ⁽²⁸⁾. Con le amministrazioni Reagan e Bush, lo *screening* dei giudici viene istituzionalizzato in

(24) Tra i tanti, vi furono il neointerventismo americano in politica internazionale, l'introduzione delle primarie per la scelta dei delegati da inviare alle convenzioni nazionali, nonché il crescente intervento dello Stato in economia.

(25) V. W. WILSON, *Congressional government: a study in American politics* (1885), New York, Legal Classics Library, 1993.

(26) Significativo, in tal senso, il testo di A. M. SCHLESINGER, *La Presidenza imperiale* (1917), trad. it., Milano, Comunità, 1980.

(27) Si tratta di CLEMENT HAYNSWORTH e HAROLD CARSWELL.

(28) Nixon sostenne la sua posizione in una lettera ufficiale, del 31 marzo 1970, al senatore WILLIAM SAXBE, in 116 Cong. Rec. 10158 (2 aprile, 1970).

decisioni concertate tra il Dipartimento della Giustizia e la Casa Bianca.

L'esito delle nomine fortemente politicizzate è il processo di trasformazione ideologica della Corte. Nel 1990 e 1991 Bush nomina, rispettivamente, i giudici Souter e Thomas, portando a dieci le consecutive nomine repubblicane di membri della Corte suprema e fornendo, soprattutto, i voti decisivi per la svolta "neofederalista", auspicata per anni, nelle *dissenting opinions*, dai giudici Rehnquist e Scalia. Proprio all'indomani di tali nomine, nel 1992, la Corte, con la già citata sentenza *New York v. United States*, inizia il processo storico, tuttora in atto, di ridefinizione giurisprudenziale dei rapporti tra Stato e federazione, accogliendo nei suoi criteri ermeneutici la nuova filosofia politica del *New Federalism*.

Tale episodio conferma come nell'arco del XX secolo, la Presidenza sembra essere riuscita ad incidere sulla composizione della Corte, favorendo la legittimazione, da parte di quest'ultima, dei nuovi modelli di federalismo di cui la Presidenza stessa era promotrice. Oltre all'episodio eclatante della *court packing proposal* con cui Roosevelt, alla fine degli anni trenta, costrinse la Corte ad un repentino *revirement* giurisprudenziale, è un dato di fatto, inoltre, che il *New Deal* sia stato sostenuto dalla Corte suprema nell'arco di un periodo in cui a diciassette nomine democratiche se ne sono opposte solo cinque repubblicane ⁽²⁹⁾. Al contrario, come visto sopra, lo stesso *New Deal* ha cominciato ad essere scardinato al termine di una fase, iniziata alla fine degli anni sessanta e conclusasi dopo due decenni, di completo rinnovamento dei membri della Corte, rinnovamento che i repubblicani sono riusciti a realizzare, attraverso le presidenze Nixon, Ford, Reagan e Bush.

La legittimazione giurisprudenziale dei "federalismi" del Presidente è solo, probabilmente, il sintomo più eclatante della generale politicizzazione del processo di nomina dei giudici della

(29) In particolare, il riferimento è per le nomine "democratiche", alle dieci di F.D. Roosevelt (1933-1945), quattro di Truman (1945-1953), tre di Kennedy (1961-1963), due di Johnson (1963-1968). Le cinque nomine repubblicane furono tutte di Eisenhower (1953-1961).

Corte suprema. Nell'arco del Novecento, infatti, in assenza del contrappeso senatoriale, la Presidenza ha, come constata la dottrina contemporanea ⁽³⁰⁾, selezionato solo personalità che avessero, su tutti i principali temi, posizioni ideologiche analoghe alla propria.

6. *La nomina dei giudici della Corte nel dibattito dottrinale contemporaneo*

Il ruolo preponderante del Presidente nella nomina dei giudici della Corte suprema, e la conseguente spiccata politicizzazione del processo di selezione, sebbene emersi sin dagli inizi del secolo, non sono stati, però, oggetto di forte dibattito, nella dottrina americana, fino all'inizio degli anni Novanta.

La Costituzione, infatti, non disegna né ambisce ad una Corte suprema completamente depoliticizzata. La Corte, pur dovendo *in primis* interpretare la Costituzione, libera dalle contingenti controversie politiche, deve parallelamente evitare di essere un organo completamente isolato rispetto alle dinamiche socio-politiche del Paese. Così la Costituzione, da un lato, prevede per i giudici la durata vitalizia della carica ed il divieto di diminuzione della retribuzione per affrancarli dal potere politico, dall'altro, sceglie una modalità di nomina che, coinvolgendo due organi elettivi ⁽³¹⁾, permette di seguire la società che evolve.

L'elemento che ha reso, inoltre, per lungo tempo, l'inattività congressuale scarsamente problematica, è stata una caratteristica del sistema americano: l'omogeneità politica degli organi di governo contemporaneamente in carica. Fino agli anni settanta, infatti, difficilmente Presidente e Congresso sono stati in mano a partiti politici differenti. Lo stesso episodio della *court packing proposal* di Roosevelt, spesso semplicisticamente descritto come un braccio di ferro tra Presidenza e Corte, fu in realtà lo

(30) V. R. D. MANOLOFF, *The Advice and Consent of the Congress: toward a Supreme Court appointment process for our time*, in *Ohio St. L. J.*, 1993, vol. 54, pp. 1087-1107.

(31) Tale aspetto è stato rafforzato dal XVII emendamento (1913) che ha previsto che i senatori siano eletti direttamente dalla popolazione e non più dai legislativi locali.

scontro tra un giudiziario conservatore e l'intero Paese: Camera dei Rappresentanti, Senato, Presidenza appartenevano ai democratici, che avevano fatto del *New Deal* l'essenza del loro programma. Nonostante la gravità delle pressioni esercitate dal Presidente sulla Corte, in relazione alla separazione dei poteri, l'esito della vicenda fu quello di assecondare l'opinione pubblica che aveva, in ogni sede d'esercizio della sovranità popolare, espresso sostegno al partito democratico ed al suo programma.

La derivazione solo presidenziale dei giudici nominati alla Corte suprema è stata interpretata dalla dottrina americana, come un dato invece fortemente problematico, a partire dai primi anni novanta, col convergere di due fenomeni decisivi.

Il primo, perdurante dagli anni settanta, è il cd. *divided government*: per la prima volta nella storia americana, potere legislativo ed esecutivo cominciano ad essere sistematicamente controllati da partiti differenti. Dalla presidenza Nixon in poi a presidenti repubblicani si affiancano Congressi democratici: mentre Nixon, Ford, Reagan e Bush nominano consecutivamente dieci giudici, i democratici controllano immancabilmente la Camera ed in otto casi anche il Senato.

Il secondo elemento decisivo, maturato invece all'inizio degli anni novanta, è, secondo gli osservatori americani, il fatto che tali nomine abbiano dato vita ad una Corte tra le più conservatrici della storia costituzionale statunitense, la quale ha, in particolare, avviato un'opera di storica ridefinizione dei rapporti tra Stati e federazione, mettendo in discussione le stesse radici del *New Deal*.

Il contesto è quindi quello di una Corte che, discostandosi da decenni di giurisprudenza conforme, sta tentando di rivoluzionare i rapporti tra federazione e Stati; una Corte "creata" nel tempo dai Presidenti repubblicani; ed un elettorato che, invece, richiede, attraverso l'elezione di un legislativo democratico, dialettica e differenziazione tra gli organi di governo. La coesistenza di questi elementi rende ormai, secondo la dottrina americana contemporanea, ingiustificabile un ruolo marginale del Senato nel processo di nomina dei giudici della Corte, processo che,

come sostiene un autore ⁽³²⁾, è per le sue conseguenze, equiparabile ad un vero e proprio emendamento costituzionale.

Nonostante sia scemata la funzione della seconda Camera di difendere con l'*advice and consent* gli interessi dei piccoli Stati (tema sentito ed attuale soprattutto nei primi decenni di vita dell'Unione), esistono tuttora interessi toccati dalla composizione della Corte suprema e non altrimenti tutelati, se non attraverso una funzione consultiva e censoria del Senato, nei confronti dell'operato del Presidente. L'intervento senatoriale, infatti, pur avendo perso la sua funzione originaria, continua ad essere l'unico momento di rappresentanza, all'interno del processo di nomina dei giudici, delle istanze non appartenenti alla maggioranza.

Parte della dottrina americana continua, però, a sostenere il tradizionale argomento contro un intervento attivo del Senato nella nomina dei giudici: un ruolo indipendente della seconda Camera trasformerebbe il processo di nomina in una vera e propria investitura politica, ledendo il principio fondamentale di separazione dei poteri, alla base del sistema costituzionale americano. Il punto è, però, secondo molti osservatori ⁽³³⁾, che tale principio è stato già ampiamente violato. Proprio l'evoluzione del federalismo nel Novecento mostra come la Corte abbia quasi legittimato *ex post* i programmi politici presidenziali, trasformandosi, come certa dottrina ha sottolineato, da potere *super partes* in "alleato della Presidenza" ⁽³⁴⁾.

Il processo di nomina è in realtà già ampiamente politicizzato: l'idea del Presidente, libero da pressioni politiche e giudice qualificato della professionalità dei candidati, sottesa al disegno costituzionale, non ha avuto, almeno in questo secolo, alcun riscontro. Un intervento politico del Senato, nota la dottrina ⁽³⁵⁾,

(32) V. J. GAUCH, *The intended role of the Senate in Supreme Court Appointments*, cit., p. 365.

(33) V. per tutti J. YATES, W. GILLESPIE, *Supreme Court power play: assessing the appropriate role of the Senate in the confirmation process*, in *Wash. & Lee L. Rev.*, 2001, vol. 58, pp. 1053-1070.

(34) V. D. A. STRAUSS, C. R. SUNSTEIN, *The Senate, the Constitution, and the Confirmation Process*, in *Yale L. J.*, 1992, vol. 101, p. 1502.

(35) V. D. A. STRAUSS, C. R. SUNSTEIN, *The Senate...*, cit., pp. 1491-1520.

deprecabile in linea di principio, diventerebbe, paradossalmente, strumento di depoliticizzazione del processo di nomina dei giudici. Una funzione consultiva incisiva e l'*extrema ratio* della negazione del consenso renderebbero probabili accordi *bipartisan*, costringendo comunque il Presidente a proporre individualità che incontrino l'approvazione di un nutrito gruppo di senatori. Inevitabilmente la concertazione porterebbe a nomine ideologicamente più equilibrate, professionalmente più qualificate, ripristinando anche in questa materia, un sistema di *checks and balances* che, nel lungo periodo, sottragga la Corte suprema al monopolio presidenziale.