

3 MAGGIO 2017

Filibuster e nuclear option al Senato USA.
L'effetto domino della nomina
di Neil Gorsuch alla Corte Suprema
degli Stati Uniti

di Gabriele Conti

Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate
Sapienza – Università di Roma



Filibuster e nuclear option al Senato USA. L'effetto domino della nomina di Neil Gorsuch alla Corte Suprema degli Stati Uniti*

di Gabriele Conti

Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate
Sapienza – Università di Roma

Sommario: 1. L'eredità di Antonin Scalia. 2. Gli equilibri nella Corte Suprema e l'opposizione repubblicana contro la nomina di Merrick Garland. 3. L'aggiornamento delle procedure del Senato attraverso la “nuclear option” per la nomina di Neil Gorsuch. 4. I risvolti costituzionalistici della nuclear option adottata dai Repubblicani

1. L'eredità di Antonin Scalia

Ripercorrere le tappe della nomina di Neil Gorsuch come nuovo giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti (*justice*), nomina proposta a febbraio dal Presidente Trump e confermata il 7 aprile scorso dal Senato con un voto a maggioranza semplice, significa dover affrontare una triplice serie di questioni: la prima, di carattere propriamente politico, concerne in particolare i rapporti di forza tra i due maggiori partiti politici di livello federale, ovvero il Partito Democratico e quello Repubblicano; la seconda, è relativa invece alle procedure parlamentari (o meglio, congressuali) e alle loro revisioni; la terza, infine, strettamente legata alle modifiche delle procedure del Senato, è quella relativa ai rapporti tra i massimi poteri dello Stato, in particolare i rapporti che intercorrono tra il Senato ed il Presidente degli Stati Uniti.

Il 13 febbraio 2016, in piena campagna elettorale presidenziale, è venuto a mancare Antonin Gregory Scalia, storico *justice* della Corte Suprema statunitense, nominato nel 1986 dall'allora Presidente Ronald Reagan. Scalia era uno dei massimi esponenti della dottrina della interpretazione “originalista” della Costituzione e poteva essere annoverato tra la schiera dei giudici supremi orientativamente indicata come “conservatrice”¹. Come ben ricordato da Andrea Buratti, che riprendeva in tal senso J. G. Wofford², l'originalismo interpretativo consisterebbe “in tre distinte operazioni: il ricorso alle intenzioni dei padri fondatori, il ricorso al significato della terminologia costituzionale, il ricorso alla comprensione

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Vedi a tal proposito B. A. MURPHY, *Scalia. A Court of One*, New York: Simon & Schuster, 2014.

² Vedi J. G. WOFFORD, *The Blinding Light: The Uses of History in Constitutional Interpretation*, in *University of Chicago Law Review*, vol. 31(3), Spring 1964.



del problema all'origine della formulazione delle disposizioni costituzionali"³. In tal modo però emergerebbe, come sottolineato dallo stesso Buratti, un insieme "molto articolato di prassi interpretative"⁴ che lasciano spazio a differenti definizioni, anche contraddittorie, dello stesso concetto di "originalismo".

L'originalismo di Scalia è riconducibile invero al rifiuto dell'idea di una "Costituzione vivente"⁵, ed accoglie invece un approccio "testualista" che contesta chi, attraverso un ragionamento di carattere "teleologico", cerca di dare invece una "lettura generosa"⁶ della Carta costituzionale, traendone principi non ricavabili nel testo, e tradendone così i fini stabiliti nel momento in cui questa fu adottata. È dunque in questo senso che si può ritenere l'approccio di Scalia come "conservatore", anche se bisogna tenere conto del fatto che il "conservatorismo" degli originalisti come Scalia non è del tutto assimilabile al "conservatorismo" proprio del Partito Repubblicano, e che pertanto gli orientamenti giurisprudenziali dei giudici supremi (*judicial philosophy*) "conservatori" non devono essere confusi con la sfera dei valori politici afferibili al GOP (acronimo con cui viene indicato storicamente il Partito Repubblicano), sebbene i due sistemi valoriali siano spesso collimanti e si influenzino vicendevolmente⁷.

Lo stesso Scalia tendeva anzi a rigettare, seppure in parte, alcuni dei principali elementi del conservatorismo repubblicano propriamente inteso, ed in particolare quelli relativi ai rapporti tra poteri statali e potere federale (tale rapporto è anzi considerato il perno su cui si fonda lo stesso approccio all'interpretazione costituzionale di stampo originalista⁸).

Se i Repubblicani da un lato si ergono a difensori dei primi, contrastando dunque il cosiddetto "big government"⁹, ovvero opponendosi all'interventismo del Governo federale, Scalia, dall'altro, riteneva necessario preservare il principio dell'unità del Governo federale ed impedire in tal senso una riduzione degli ostacoli posti dal legislatore nei riguardi delle prerogative del Presidente stabilite in Costituzione (vedi ad esempio *Printz v. United States* del 1997¹⁰, *Morrison v. Olson* del 1988¹¹ e *Mistretta v. United States* del 1989¹²).

³ In A. BURATTI, *The Last of The Fathers. James Madison e le origini dell'originalismo*, in *Diritticomparati.it*, 5 novembre 2012.

⁴ *Ivi*.

⁵ Così lo stesso Scalia, in A. SCALIA – A. GUTMANN (ed), *A Matter of Interpretation Federal Courts and the Law*, Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1998.

⁶ Sul punto si rimanda a D. TEGA, *La mia concezione dei diritti. Intervista di Diletta Tega ad Antonin Scalia*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3, 2013, pp. 669-678.

⁷ Così J. B. GROSSMAN – S. L. WASBY, *The Senate and Supreme Court Nominations: Some Reflections*, in *Duke Law Journal*, a. 1972, pp. 557-591.

⁸ Sul punto si veda sempre A. BURATTI, in *op. cit.*, *ivi*.

⁹ In tema di *big government* si vedano R. A. VIGUERIE, *Conservatives Betrayed: How George W. Bush and Other Big Government Republicans Hijacked the Conservative Cause*, Los Angeles: Bonus Book, 2006 e H. COX RICHARDSON, *To Make Men Free: A History of the Republican Party*, New York Basic Books, 2014.

¹⁰ *Printz v. United States* 521 U.S. 898 (1997), in <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/521/898>

¹¹ *Morrison v. Olson* 487 U.S. 654 (1988), in <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/487/654>

¹² *Mistretta v. U S* 488 U.S. 361 (1989), in <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/488/361>

In tal modo, quello di Scalia è stato definito piuttosto come un originalismo “*hamiltoniano*”, orientamento, quest’ultimo che vedrebbe in linea generale quello giudiziario come un mero “potere neutro”¹³ che non deve incidere sull’equilibrio dei poteri (così come stabilito dai *Framers*).

Scalia non si è mai però sottratto al confronto con gli altri giudici supremi e alcune sue posizioni possono essere considerate come il risultato di una aperta dialettica con la controparte progressista, in particolare con una delle massime rappresentanti di quella corrente giurisprudenziale, la giudice Ruth Bader Ginsburg, *justice* alla quale era tra l’altro legato da una profonda amicizia¹⁴. Antonin Scalia pertanto costituiva sì, un baluardo per i conservatori, ma il suo enorme contributo alla Corte Suprema¹⁵ non può essere assimilato a quello di un ultraconservatore inflessibile e poco incline al compromesso come William Rehnquist o come lo stesso Clarence Thomas.

Ciò tuttavia non ha impedito che Scalia venisse percepito – e sia tuttora percepito – dall’opinione pubblica come una figura particolarmente divisiva, tenendo conto soprattutto della portata politica di alcune sue decisioni, non ultima quella relativa all’elezione del Presidente George W. Bush nella storica sentenza *Bush v. Gore* del 2000¹⁶.

Con la morte di Scalia si è aperta dunque una vera e propria voragine in grado di ridefinire gli equilibri non solo all’interno della Corte Suprema ma anche in ambito politico, inasprando i già non facili rapporti tra Democratici e Repubblicani.

I Repubblicani si sono battuti sin da subito affinché venisse nominato un nuovo *justice* orientato sui medesimi principi sui quali è stata improntata la giurisprudenza di Antonin Scalia, opponendosi così in maniera preventiva ad ogni possibile soluzione da parte del Presidente Obama. Lo scontro politico tra Repubblicani e Democratici, già piuttosto acceso durante i due mandati Obama – scontro che di fatto ha creato un vero e proprio “*gridlock*” sul piano legislativo, in virtù delle pratiche ostruzionistiche adottate dal GOP, rendendo, se possibile, ancor più inefficiente il sistema di produzione normativa statunitense¹⁷ – si è dunque inasprito ulteriormente, andando ad intaccare questa volta gli equilibri dello stesso sistema costituzionale statunitense.

¹³ Si veda O. CHESSA, *La novità delle origini. Recenti sviluppi del pensiero costituzionale originalista*, in *Diritto @ Storia*, n. 12, 2014.

¹⁴ Così J. B. STAAB, *The Political Thought of Justice Antonin Scalia: A Hamiltonian on the Supreme Court*, Lanham, Maryland: Rowman & Littlefield, 2006.

¹⁵ Sulla giurisprudenza Scalia si rimanda ad A. SCALIA, *Scalia’s Court: A Legacy of Landmark Opinions and Dissents*, Washington: Regnery Publishing, 2016.

¹⁶ *Bush v. Gore* 531 U.S. 98 (2000), in <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/531/98>

¹⁷ In tema di D. R. JONES, *Political Parties and Policy Gridlock in American Government*, Lewiston, New York: Edwin Mellen Press, 2001.

2. Gli equilibri nella Corte Suprema e l'opposizione repubblicana contro la nomina di Merrick Garland

La morte di *justice* Scalia aveva indotto i massimi esponenti del Partito Repubblicano ad opporsi strenuamente contro ogni possibilità, per l'allora Presidente Barack Obama, di nominare un nuovo giudice supremo. Il rischio per i Repubblicani era infatti quello di vedere ribaltati, dopo decenni di predominio conservatore, e dopo un lieve ma decisivo slittamento *liberal* emerso soprattutto durante il secondo mandato Obama, gli equilibri all'interno della Corte Suprema a favore della componente "progressista".

La Corte è stata dominata, infatti, dal 1986 in poi, ovvero con l'avvio della cosiddetta "era Rehnquist" da un orientamento apertamente anti-progressista¹⁸, pur tenendo conto di alcune importanti eccezioni (*Lawrence v. Texas* del 2003¹⁹; *Grutter v. Bollinger* del 2003²⁰; *McConnell v. FEC* del 2003²¹, poi rovesciata da *Citizens United v. FEC* del 2010²²). Quel predominio è stato eroso solo dopo la prima metà degli anni 2000, in seguito alla morte dello stesso Rehnquist, rimpiazzato nel ruolo di *chief justice* da John G. Roberts e, successivamente, con la nomina da parte di Barack Obama di due nuovi *justice*, ovvero Sonia Sotomayor (la prima *justice* di origine ispaniche) ed Elena Kagan.

Con il contributo dello *justice* Anthony Kennedy, ritenuto vero e proprio ago della bilancia, il cosiddetto "swing vote"²³ di una Corte perfettamente divisa in due sul piano ideologico – decisivo è stato ad esempio il voto di quest'ultimo nella celeberrima sentenza *Obergefell v. Hodges* del 2015²⁴ che ha di fatto legalizzato i matrimoni tra persone dello stesso sesso in tutto il territorio degli Stati Uniti – la Corte ha progressivamente spostato il proprio orientamento verso posizioni maggiormente *liberal*, soprattutto su alcune importanti questioni di carattere sociale. Questo cambio di direzione si è rivelato ad esempio in modo evidente con le due sentenze che hanno di fatto salvato la riforma sanitaria adottata da Obama (*National Federation of Independent Business v. Sebelius* del 2011²⁵ e *King v. Burwell* del 2015²⁶).

¹⁸ Sul punto si veda L. A. RINGHAND, *The Rehnquist Court: A 'By the Numbers' Retrospective*, in *Journal of Constitutional Law*, vol. 9(4), Apr. 2007, pp. 1033-1081.

¹⁹ *Lawrence v. Texas* 539 U.S. 558 (2003), in <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/558>

²⁰ *Grutter v. Bollinger* 539 U.S. 306 (2003), in <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/306>

²¹ *McConnell v. FEC* 540 U.S. 93 (2003), in <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/540/93>

²² *Citizens united v. FEC* 558 U.S. ___ (2010), in <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/558/08-205>. Per una disamina alla sentenza si veda M. YOUN, *Money, Politics and the Constitution. Beyond Citizens United*, New York: The Century Foundation, 2011, e la relativa recensione critica a cura di G. CONTI, *Rec. a M. Youn*, apparsa su *Nomos Le attualità nel Diritto*, vol. 3/2012.

²³ Sulla Corte Roberts si vedano M. TUSHNET, *In the Balance. Law and Politics on the Roberts Court*, New York: W. W. Norton & Co., 2013 e L. TRIBE & J. MATZ, *Uncertain Justice. The Roberts Court and The Constitution*, New York: Henry Holt & Co., 2014.

²⁴ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), in <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/576/14-556>

²⁵ *NFIB v. Sebelius* 567 U.S. (2012), in <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/567/11-393>

²⁶ *King v. Burwell* 576 U.S. ___ (2015), in <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/576/14-114>

L'opposizione dei Repubblicani alla possibilità di una nuova nomina da parte di Obama, era stata giustificata dal leader del GOP al Senato, Mitch McConnell del Kentucky, dal fatto che il Presidente si trovasse ormai “a fine mandato” e che pertanto non avrebbe potuto prendere una decisione così rilevante, tenendo conto soprattutto del mandato vitalizio di cui godono i giudici supremi. L'argomentazione di McConnell era naturalmente del tutto inaccettabile sul piano costituzionale e del tutto fuori luogo apparivano, allo stesso modo, i richiami alla volontà popolare da parte di quest'ultimo. Secondo McConnell infatti “*the American people should have a voice in the selection of their next Supreme Court Justice. Therefore, this vacancy should not be filled until we have a new President*”²⁷.

Dello stesso tenore erano state alcune dichiarazioni di due candidati presidenziali repubblicani, ovvero Marco Rubio e Ted Cruz, anch'essi contrari ad una nuova nomina da parte di Obama, e ciò era apparso ancor più paradossale se si tiene conto che la stessa campagna presidenziale di Cruz era stata incentrata proprio nella “difesa della Costituzione”.

Secondo il dettato costituzionale, il Presidente può esercitare pienamente i suoi poteri dal momento del giuramento sino al termine del suo mandato. Ogni interruzione precedente alla scadenza naturale del mandato, derivante da rimozione, impedimento, morte, dimissioni o incapacità, comporta invero la sostituzione con un nuovo Presidente che assume di nuovo, pienamente, al momento del nuovo giuramento, tutte le funzioni ad esso attribuite. Le prerogative del Presidente non possono dunque essere ridotte o impedito ad un anno circa dalle successive elezioni presidenziali, come sostenuto da McConnell, né in qualsiasi altro momento ricompreso nel mandato presidenziale. Ed in realtà non vi è altro modo di considerare i poteri del Presidente che come “pienamente effettivi” in ogni momento del suo mandato, senza ulteriori limiti temporali o sostanziali. Sul piano sostanziale infatti l'effettività dei poteri presidenziali deve essere considerata assoluta: valga la pena citare a tal proposito lo stesso Scalia, che in *Morrison v. Olson*, aveva sostenuto, nella sua solitaria *dissenting opinion*, che quando la Costituzione assegna il potere esecutivo al Presidente “[it] does not mean some of the executive power, but all of the executive power”²⁸.

Utilizzando un argomento dunque alquanto pretestuoso, il Partito Repubblicano aveva approfondito le distanze con la controparte democratica, nonostante Obama avesse compiuto un passo in avanti sulla strada del compromesso, nominando quale nuovo *justice* Merrick Garland, giudice “moderato” che non avrebbe indebolito oltremodo la componente conservatrice in seno nella Corte, né avrebbe determinato quella svolta progressista così temuta dal GOP.

²⁷ In B. EVERETT, *McConnell throws down the gauntlet: No Scalia replacement under Obama*, in *Politico.com*, February 13, 2016.

²⁸ *Morrison v. Olson*, cit., *dissenting opinion*.

I Senatori repubblicani – è il Senato infatti che “conferma” con un proprio voto le nomine dei giudici supremi designati dal Presidente, ai sensi dell’art. II, sez. 2, par. 2 della Costituzione²⁹, ovvero in base alla cosiddetta “*advice and consent clause*” – si sono altresì rifiutati di procedere addirittura con gli “*hearings*” (audizioni) che si tengono preliminarmente alla votazione, inscenando una vera e propria tattica “ostruzionistica” contro la nomina di Garland che però andava ben al di fuori del perimetro definito dallo stesso Regolamento del Senato. È pur vero, come sottolineato da Jonathan Adler³⁰, che il Senato non è costituzionalmente obbligato a valutare i candidati giudici supremi nominati dal Presidente, ma rimane il fatto che il rifiuto di procedere con le audizioni non può che incidere negativamente sul funzionamento dello stesso sistema costituzionale. Su tale punto, infatti, Erwin Chemerinsky ha ricordato che esiste un principio, secondo il quale un potere non può interferire con il funzionamento di un altro potere³¹.

Quella repubblicana è stata dunque un’opposizione tutta “politica” che ha allargato nel complesso le maglie della polarizzazione in atto nel sistema statunitense³², infiammando anzi di riflesso una campagna elettorale presidenziale di per sé già piuttosto accesa.

La tattica ostruzionistica dei Repubblicani ha pagato però nel lungo termine, grazie alla vittoria di Donald Trump alle elezioni presidenziali dell’8 novembre 2016. Alle elezioni congressuali tenutesi nel medesimo giorno, i Repubblicani hanno mantenuto anche la maggioranza in Senato, perdendo solo due seggi rispetto alla precedente Legislatura. Per il *115th Congress* dunque, il Partito Repubblicano può contare su un Presidente di orientamento conservatore (per quanto lo stesso Trump sia una figura “estranea” allo stesso GOP e per quanto pezzi dello stesso Partito Repubblicano siano ostili alla sua Presidenza, come emerso chiaramente nel marzo del 2017, con l’affossamento della tentata riforma sanitaria promossa dallo stesso Trump) e in una maggioranza di 52 seggi al Senato.

Prima della conferma di Gorsuch, tale maggioranza al Senato non era sufficiente per poter confermare le nomine dei giudici supremi, per i quali era necessario generalmente raccogliere almeno 60 voti, al fine

²⁹ Sul procedimento di nomina dei giudici supremi si veda F. FABBRINI, *Il procedimento di nomina dei giudici della Corte Suprema USA in prospettiva comparata*, in DPCE, 2010, pp. 281 ss.

³⁰ Così J. H. ADLER, *The Senate Has No Constitutional Obligation to Consider Nominees*, in *George Mason Law Review*, vol. 24, 2016, pp. 15-33.

³¹ Così E. CHEMERINSKY, *Does the Senate have a duty to hold hearings on Supreme Court nominees?*, in <http://blog.constitutioncenter.org/2016/04/podcast-does-the-senate-have-a-duty-to-hold-hearings-for-supreme-court-nominees/>, 7 Apr 2016.

³² Sul punto si rimanda ad ABRAMOWITZ, *Ideological Realignment among Voters*, in J. M. STONECASH (ed.) *New Direction in American Political Parties*, New York: Routledge, 2010, p. 126 ss.; M. P. FIORINA – S. J. ABRAMS, *Political Polarization in the American Public*, *Annual Review of Political Science*, 2008, vol. 11, pp. 563-588; M. P. FIORINA, S. A. ABRAMS, J. C. POPE, *Polarization in the American Public: Misconceptions and Misreadings*, *The Journal of Politics*, vol. 70, n. 2 (Apr. 2008), pp. 556-560; G. C. JACOBSON, *Polarization in American Politics: A Background Paper*, in *Presidential Studies Quarterly*, vol. 43, n. 4 (Dec. 2013), pp. 688-708; M. P. FIORINA, *America’s Polarized Politics: Causes and Solutions*, in *Perspectives on Politics*, vol. 11, n. 3, (Sept. 2013), pp. 852-9.

di superare un eventuale ostruzionismo da parte della minoranza. I Repubblicani in Senato hanno di fatto sopperito alla mancanza di quella supermaggioranza, adottando una procedura, la cosiddetta “opzione nucleare” o, per i suoi sostenitori, “*constitutional option*”³³, che di fatto ha modificato le regole del Senato senza porre in essere una revisione sostanziale del Regolamento del Senato, aggirando anzi una delle regole delle *Standing Rules* del Senato.

3. L'aggiornamento delle procedure del Senato attraverso la “*nuclear option*” per la nomina di Neil Gorsuch

Sino al 6 aprile scorso, al fine di impedire la conferma di una nomina di un giudice supremo attraverso una maggioranza semplice, la minoranza al Senato statunitense poteva far ricorso alla cosiddetta pratica del *filibuster*, ovvero all'ostruzionismo³⁴. Nel Regolamento del Senato statunitense, non vi è alcuna norma che faccia direttamente menzione al *filibuster*. Si tenga conto innanzitutto che per *filibuster* si intende ogni tipo di pratica atta ad evitare che una determinata misura sia sottoposta a votazione e non il solo prolungamento ad oltranza dei dibattiti, che per alcune specifiche deliberazioni non sono previsti. In tal senso, il *filibuster* si presenta come uno dei principali strumenti in mano alla minoranza del Senato.

Il paragrafo 1(a) della Rule XIX del Regolamento del Senato non prevede limiti temporali per i dibattiti, iscrivendo pertanto per i Senatori un “*right to debate*” pressoché assoluto – tale diritto al dibattito pone anzi in essere una delle maggiori differenziazioni funzionali tra Senato e Camera dei Rappresentanti. L'unico limite al *right to debate* per i Senatori è dettato nel medesimo paragrafo appena citato, ed è quello definito dalla “*two-speech rule*”, che impedisce ad un Senatore di intervenire più di due volte nel medesimo “giorno legislativo” (ovvero, un Senatore non può intervenire più di due volte sino a nuovo aggiornamento).

Per poter interrompere una pratica di *filibuster* bisogna ricorrere alla cosiddetta “*cloture motion*” la cui invocazione è disciplinata dalla Rule XXII del Regolamento del Senato. La Rule XXII prevede, ai paragrafi 2 e 3, che un Senatore possa presentare una *cloture motion*, firmata da almeno 16 Senatori. Con tale mozione si intende porre fine ad un dibattito su una data proposta di legge o su “*any other matter pending before the Senate*”, dunque ogni altra questione pendente al Senato, come ad esempio la conferma

³³ Vedi a tal proposito B. PALMER, *Changing Senate Rules: The ‘Constitutional or Nuclear’ Option*, CRS Report, RL32684, April 5, 2005; R. S. BETH, *‘Entrenchment’ of Senate Procedure and the ‘Nuclear Option’ for Change: Possible Proceedings and Their Implications*, CRS Report, RL32843, March 28, 2005.

³⁴ Sul punto si veda anzitutto A. TESTI, *Regole e paradossi del Senato USA*, in *Aspenia online*, 2/2013, in cui l'A. mette bene in evidenza le ragioni storiche e l'evoluzione dell'istituto del *filibuster*. Sempre in tema di ostruzionismo si rimanda a C. DELL'ACQUA, *L'ostruzionismo parlamentare*, Milano: Giuffrè, 1970.



delle nomine presidenziali, e procedere pertanto speditamente con la votazione sulla misura considerata.

La *cloture motion* può essere votata in brevissimo termine, tenendo conto delle tempistiche stabilite per la *post-cloture* ovvero per le successive considerazioni in Aula (si concedono ulteriori 30 ore di dibattito sulla misura considerata, a partire dal momento della presentazione della *cloture motion*, anche se nel corso della 113^a Legislatura, il Partito Democratico, con risoluzione *S. Res. 15* aveva stabilito differenti tempistiche per le varie tipologie di nomine presidenziali, sebbene tale differenziazione sia stata valida solo per quella specifica Legislatura).

Una volta giunta a “maturazione”, ovvero passato il tempo necessario dopo la sua presentazione, la *cloture motion* viene dunque sottoposta a votazione. La *Rule XXII* prevede che siano necessari i due terzi dei Senatori (un quorum dunque pari a 67 Senatori, considerando l'intera assemblea) per approvare una *cloture motion* relativa ad una misura che comporti una modifica del Regolamento del Senato, mentre per tutte le altre misure (in particolare le proposte di legge e le nomine presidenziali) è previsto un quorum più basso, ovvero dei tre quinti, pari invece a 60 Senatori³⁵.

Tuttavia nel 2013 e nel 2017, il Senato ha adottato due importanti eccezioni che hanno di fatto svuotato in parte le disposizioni della *Rule XXII*, sebbene in entrambi i casi non vi sia stata alcuna modifica sostanziale del Regolamento del Senato. Il 21 novembre 2013, il Senato, allora guidato dai Democratici, aveva stabilito infatti “un precedente” con il quale veniva reinterpretata la *Rule XXII* del Regolamento, abbassando il quorum per l'invocazione di una *cloture motion* per le misure concernenti la conferma delle nomine presidenziali, ad eccezione di quelle riguardanti i giudici supremi³⁶. In tal modo, dato il nuovo precedente, le pratiche di *filibuster* relative alle nomine presidenziali, ad eccezione di quelle riguardanti i giudici supremi, potevano essere superate, da quel momento in poi, con una votazione a maggioranza semplice³⁷.

La pratica relativa alla ridefinizione delle regole e delle procedure del Senato in contravvenzione allo stesso Regolamento del Senato ha preso il nome di “*nuclear option*”³⁸, definizione che mira proprio a sottolineare la straordinarietà di tale procedura, che non incide solo su una specifica misura pendente al Senato, ma implica una vera e propria riscrittura delle stesse procedure parlamentari, iscrivendo nuovi “precedenti” che alterano permanentemente il funzionamento della camera stessa.

³⁵ Vedi R. S. BETH & V. HEITSHUSEN, *Filibuster and Cloture in the Senate*, CRS Report, RL30360, December 24, 2014.

³⁶ Vedi V. FIORILLO, *Stati Uniti: Cambiano le regole del gioco nel Senato USA per limitare l'ostruzionismo*, in *federalismi.it*, 27 novembre 2013.

³⁷ Così V. HEITSHUSEN, *Majority Cloture for Nominations: Implications and the “Nuclear” Proceedings*, CRS Report, R43331, December 6, 2013.

³⁸ Si veda M. B. GOLD- D. GUPTA, *The Constitutional Option to Change Senate Rules and Procedures: A Majoritarian Means to Over Come the Filibuster*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 28(1), Fall 2004, pp. 205-272.

In tal senso, si può ritenere che il funzionamento del Senato non è disciplinato esclusivamente dal suo Regolamento interno, ma intervenga un più ampio “*parliamentary law*”³⁹ (ricomprensivo di pratiche e precedenti, raccolti nel cosiddetto *Riddick’s Senate Procedure*, un vero e proprio manuale di diritto parlamentare aggiornato periodicamente) che esula dallo stesso Regolamento, quest’ultimo anzi ritenuto, dai sostenitori della *nuclear option*, come non coercitivo nei confronti di ciascuna nuova assemblea, secondo il principio per cui il “Parlamento futuro non può essere vincolato da una volontà precedente”. La base costituzionale dei sostenitori della “*nuclear option*”, starebbe, secondo i suoi sostenitori – e per tale motivo la stessa viene ribattezzata come “*constitutional option*”, nell’art. I, sez. 5, par. 2 della Costituzione, che stabilisce che “Ciascuna Camera può determinare le regole per i propri lavori” e che dunque è nella facoltà dei Senatori non solo la possibilità di modificare il proprio Regolamento, ma anche quello di ristabilire l’interpretazione di quelle stesse norme.

La *nuclear option* consisterebbe pertanto nella possibilità, per ciascun Senatore, di richiamare, mediante *point of order* il Presiding Officer del Senato (ovvero colui o colei che presiede la seduta) sull’applicazione o sull’interpretazione di una determinata Regola o precedente in vigore. Il Presiding Officer del Senato dispone pertanto una propria “*ruling*” (decisione) in relazione a tale *point of order*. Tale *ruling* può accogliere l’istanza facendo rispettare la Regola o la specifica procedura invocata, ovvero ribaltare la stessa creando però un nuovo precedente. Al *ruling* del Presiding Officer si può fare appello (“*appealing from the Chair*”), ma a quel punto, la decisione è sottoposta a votazione del Senato a maggioranza semplice.

In altre parole, il Senato può, a maggioranza semplice, creare dei “precedenti” che di fatto modificano le stesse procedure parlamentari, spesso contravvenendo alle norme poste in essere dal Regolamento del Senato, il quale, come visto, richiede invece una maggioranza qualificata per le revisioni dello stesso⁴⁰.

L’idea che il Senato possa effettivamente eludere (“*override*”) le regole di revisione stabilite nel Regolamento, è stata spesso giustificata – a suo tempo anche dallo stesso Nixon – dal fatto che la Costituzione garantirebbe al Presiding Officer del Senato di modificare le regole imposte da un “precedente Senato”, per quanto la stessa Rule V del Regolamento del Senato, disponga, nel secondo paragrafo che “[t]he rules of the Senate shall continue from one Congress to the next Congress unless they are changed as provided in these rules”, e dunque renda di fatto “permanent” quelle stesse norme.

³⁹ Sulle fonti del diritto parlamentare USA si veda R. IBRIDO, *L’interpretazione del diritto parlamentare. Politica e diritto nel “processo” di risoluzione dei casi regolamentari*, Milano: Franco Angeli, pp. 368 ss.

⁴⁰ In F. M. RIDDICK & A. S. FRUMIN, *Senate Procedure: Precedents and Practices*, Washington: U.S. Government Printing Office, 1992.



L'opzione nucleare è stata impiegata per la seconda volta nell'aprile del 2017 proprio dalla maggioranza repubblicana in Senato in relazione alla nomina di Neil Gorsuch quale nuovo *justice* della Corte Suprema. I Senatori repubblicani hanno promosso un nuovo “precedente” con il quale è stata abbattuta la supermaggioranza richiesta per la *cloture motion* per le nomine dei giudici supremi. Il Senato ha dapprima votato a maggioranza semplice la reinterpretazione della Rule XXII, creando così un nuovo precedente, riuscendo poi così il 7 aprile a confermare la nomina di Gorsuch con una maggioranza semplice 54-45.

In tal modo, il Regolamento del Senato è stato ancora una volta “violato”, senza procedere con una revisione sostanziale dello stesso, e la pratica di *filibuster* si è notevolmente svuotata, lasciando la possibilità alla minoranza di poter fare ostruzionismo solo in relazione alle misure di carattere legislativo e non più anche per le nomine presidenziali.

4. I risvolti costituzionalistici della *nuclear option* adottata dai Repubblicani

Con il precedente stabilito dai Repubblicani, la *cloture motion* ora è divenuta applicabile solo per le misure di carattere legislativo e non anche per le nomine presidenziali, ivi comprese le nomine dei giudici supremi. Le pratiche di *filibuster* possono avere successo pertanto solo in riferimento al processo legislativo, riducendosi pertanto le possibilità per la minoranza al Senato di opporsi efficacemente ai desiderata del partito di maggioranza. Questo stato di cose altera notevolmente il rapporto tra il Senato e il Presidente degli Stati Uniti, di fatto abbattendo un contrappeso fondamentale tra i due poteri, e dunque riscrivendo in qualche modo gli stessi equilibri costituzionali a favore di quest'ultimo.

Il Presidente degli Stati Uniti si trova infatti ora nella possibilità di poter nominare i giudici supremi senza dover tenere conto della minoranza in Senato, laddove questa non coincida con il colore dell'Esecutivo, ovvero potendo contare solo su una maggioranza semplice per l'avallo della sua scelta. In altre parole, sono aumentate considerevolmente le possibilità per il Presidente di optare per una soluzione più “politicamente” mirata e maggiormente divisiva in grado di ristabilire a favore della sua parte politica anche gli equilibri all'interno del massimo organo del potere giudiziario.

Va detto che la norma della *cloture motion* relativa alle nomine presidenziali, è stata introdotta al Senato solo nel 1949, quasi accidentalmente, posto che la *Rule XXII* del Regolamento del Senato include quel tipo di nomine nella generica formula “*any matter pending before the Senate*” e che pertanto, la *nuclear option* abbia ripristinato in realtà una condizione “primordiale” e non del tutto nuova nel sistema istituzionale statunitense. Questo lascerebbe però intendere come la maggiore politicizzazione del sistema delle nomine presidenziali sia stata determinata proprio dalle trasformazioni del sistema politico e dalla progressiva polarizzazione in campo partitico, anziché da un'evoluzione dei rapporti tra gli stessi poteri dello Stato.



Tenuto conto di tale polarizzazione di carattere politico-ideologico, non è azzardato ritenere che la Corte Suprema potrebbe divenire estremamente “politicizzata”, mancando di fatto quel contrappeso definito dalla supermaggioranza prima richiesta per la conferma dei giudici supremi. Divisioni di carattere “politico” più marcate anche all’interno della Corte Suprema potrebbero rivelarsi in tal senso deleterie per la tenuta dell’ordinamento stesso.

Si è visto poi come all’interno della Corte esistano delle “correnti” ideologiche che possono in qualche modo collimare con le ideologie dei partiti dominanti nell’arena politica federale, anche se sino alla nomina di Neil Gorsuch, vi era sempre stato un “equilibrio tra poteri” dettato per l’appunto dalle contrapposizioni esistenti in ambito politico e congressuale. Sono stati gli stessi partiti ad impedire al Presidente, con un esemplare gioco di contrappesi, la possibilità di operare scelte radicali.

Valga la pena ricordare a tal proposito la nomina di Robert Bork da parte di Ronald Reagan, nomina che scatenò una vera e propria battaglia politica che coinvolse non solo i due maggiori partiti a livello federale, ma anche una parte della società civile, ostile alla nomina di un giudice ultraconservatore dal forte orientamento originalista come Bork, il quale avrebbe potuto, secondo i suoi detrattori, tra cui lo stesso Joe Biden, abbattere alcuni dei diritti conquistati dai cittadini statunitensi proprio grazie al lavoro della Corte, ed in particolare il diritto all’aborto stabilito con la storica sentenza *Roe v. Wade* del 1973⁴¹. Come noto, la nomina di Bork fu respinta dal Senato con un voto 58-42, costringendo Reagan a ripiegare su Anthony Kennedy, poi confermato all’unanimità, a conferma di come la selezione dei giudici supremi abbia sempre richiesto, soprattutto in fasi di disequilibrio interno della Corte, di soluzioni “*bipartisan*”.

Con l’adozione della *nuclear option* da parte dei Repubblicani, si pone in essere una non facile questione in merito alla stessa funzionalità del Senato, posti i timori, non nascosti da alcuni Senatori Democratici, che i Repubblicani possano rimuovere ben presto anche la supermaggioranza richiesta per oltrepassare il *filibuster* sulle misure legislative. Si tenga conto che il ricorso al *filibuster* ha visto una crescita esponenziale negli ultimi anni, ed è lo stesso Partito Repubblicano ad averne maggiormente usufruito soprattutto durante la Presidenza Obama: tra il 1999 e il 2006, la minoranza Democratica al Senato ha fatto ricorso alle pratiche di ostruzionismo 272 volte, mentre tra il 2007 ed il 2014, allorquando i Repubblicani sono tornati in minoranza al Senato, si è ricorso al *filibuster* per ben 644 volte.

Nel breve termine, la scelta della *nuclear option* potrebbe avere degli effetti positivi per il Partito Repubblicano, posto che molto probabilmente i Repubblicani manterranno la maggioranza in Senato anche nella prossima Legislatura. Questo stato di cose però modificerebbe, nel lungo periodo, il ruolo

⁴¹ *Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973), in <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113>



stesso del Senato, ponendo in essere un rischio anche per la componente repubblicana, nel caso in cui i Democratici riuscissero a tornare in maggioranza nella Camera Alta.

In un altro senso, il ricorso alla *nuclear option* per la legislazione apparirebbe poi paradossale per lo stesso Partito Repubblicano. Valga la pena ricordare come lo stesso James Madison disegnò il Senato come una “camera di raffreddamento” (utilizzando l’ormai celebre metafora del piattino della tazza di tè) che rendesse più arduo per una “ristretta maggioranza” la possibilità di imporre la propria volontà all’intera assemblea. Questa dovrebbe essere pertanto l’idea di Senato da preservare secondo un approccio che voglia dirsi “originalista”.