

## **Modificare la composizione della Corte suprema? Appunti in tema di *life tenure*, *Court-packing* e *filibuster*\***

DANIELE CASANOVA\*\*

---

**Sommario:** 1. Il dibattito sulla riforma della Corte Suprema. – 2. Il superamento della *life tenure* tra *constitutional amendments* e *statute law*. – 3. L'impervia via del *Court-packing*. – 4. E se la soluzione fosse il ritorno del *filibuster*?

**Data della pubblicazione sul sito:** 4 ottobre 2022

### **Suggerimento di citazione**

D. CASANOVA, *Modificare la composizione della Corte suprema? Appunti in tema di life tenure, Court-packing e filibuster*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2022. Disponibile in: [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

---

\* Il presente contributo è stato valutato secondo la procedura di cui all'art. 6 del Regolamento della Rivista.

\*\* Assegnista di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli studi di Brescia. Indirizzo mail: [daniele.casanova@unibs.it](mailto:daniele.casanova@unibs.it).

## 1. Il dibattito sulla riforma della Corte Suprema

La Corte suprema degli Stati Uniti con alcune recenti decisioni approvate con la maggioranza di 6 a 3 ha intrapreso una via che può essere definita “conservatrice”, specialmente in tema di diritti e libertà civili. Tra queste decisioni si possono citare a titolo esemplificativo: la sentenza *Vega v. Tekoh* (con la quale la Corte ha quantomeno smussato il c.d. *Miranda warning* relativo al diritto di non autoincriminarsi)<sup>1</sup>; la sentenza *West Virginia et al. v. Environmental Protection Agency* (che ha limitato in sostanza i poteri dell’U.S. *Environmental Protection Agency* sul controllo delle emissioni delle centrali elettriche)<sup>2</sup>; la sentenza *New York State Rifle & Pistol Association v. Bruen* (relativa al possesso delle armi nello Stato di New York). Infine, la sentenza *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization* che ha certamente avuto, come inevitabile che sia, una maggiore risonanza mediatica anche in Europa: con essa la Corte, annullando la storica sentenza *Roe v. Wade* del 1973, ha sancito in sostanza che la Costituzione non riconosce il diritto all’aborto<sup>3</sup>.

Questa nuova giurisprudenza, in grado di ribaltare anche importanti precedenti giurisprudenziali, è dovuta anche alla composizione della Corte Suprema che recentemente ha visto, in particolare dopo la nomina di Amy Coney Barrett da parte del Presidente Trump<sup>4</sup>, la formazione di una maggioranza tendenzialmente conservatrice vicina all’area repubblicana<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> In merito si veda il commento di D. ZECCA, *La capitis deminutio dei Miranda rights: la diffidenza nei criteri processuali di origine giurisprudenziale e il dibattito sulle regole di profilassi costituzionale*, in *DPCE Online*, n. 3/2022.

<sup>2</sup> Sulla decisione si vedano i commenti di L. PARONA, *La Corte Suprema si pronuncia sulla Clean Power Plan rule: prime note a prime note a West Virginia et al. v. Environmental Protection Agency*, in *DPCE Online*, n. 3/2022, e G. GRASSO, *Respectfully, I dissent. Prime note su West Virginia et al. v. Environmental Protection Agency et al.*, in *Corti Supreme e salute*, n. 2/2022, pp. 445 ss.

<sup>3</sup> Sulla sentenza si vedano i commenti di S. PENASA, *People have the power! E i corpi e le biografie delle donne? I diversi livelli di rilievo della sentenza Dobbs della Corte Suprema USA*, in *DPCE Online*, n. 3/2022, e di L. RONCHETTI, *La deconstituzionalizzazione in chiave populista sul corpo delle donne: è la decisione Dobbs a essere «egregiously wrong from the start»*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2022, pp. 32 ss.

<sup>4</sup> Che aveva già nominato peraltro Brett Kavanaugh nel 2018 e Neil Gorsuch nel 2017.

<sup>5</sup> In effetti sei dei nove giudici che compongono la Corte Supreme sono stati nominati da Presidenti repubblicani: il Presidente Trump, oltre alla già citata Amy Coney Barrett, ha nominato Neil Gorsuch nel 2017 e Brett Kavanaugh nel 2018; il Presidente G.W. Bush il giudice Samuel Alito nel 2006 e il Presidente della Corte Suprema John Roberts nel 2005 e, infine, il Presidente Bush Sr. ha nominato il giudice Clarence Thomas nel 1991. Gli altri tre giudici, nominati da Presidenti democratici, sono invece Sonia Sotomayor, Elena Kagan

In questo clima, non sono mancate nella dottrina statunitense ipotesi volte ad immaginare possibili modifiche riguardanti il funzionamento e la composizione della Corte Suprema. Il dibattito, ripreso anche nell'opinione pubblica proprio con una certa insistenza dopo la sentenza *Dobbs*<sup>6</sup>, è tornato in realtà alla ribalta poco più di un due anni fa durante la campagna elettorale per la corsa alla Casa Bianca. In quell'occasione, negli ambienti del Partito democratico, venivano proposte modifiche riguardanti in particolare la composizione della Corte Suprema<sup>7</sup> come risposta alla nomina della di Amy Coney Barrett da parte dell'allora Presidente Trump avvenuta a ridosso del termine del mandato, quando invece quattro anni prima il Senato (a maggioranza repubblicana) si era sostanzialmente rifiutato di iniziare la procedura di conferma di Merrick Garland nominato da Obama, asserendo proprio l'impossibilità per il Presidente in scadenza di procedere all'individuazione di un nuovo giudice della Corte<sup>8</sup>.

Biden, nonostante non si fosse particolarmente sbilanciato in tal senso nel corso della campagna elettorale<sup>9</sup>, dopo la sua elezione alla Casa Bianca ha avviato un percorso volto a riflettere su possibili cambiamenti della Corte Suprema e il 9 aprile 2021 ha nominato, con l'*Executive Order* 14023, un'apposita Commissione per analizzare diverse proposte di modifica e valutare i relativi percorsi da intraprendere<sup>10</sup>.

---

e Ketanji Brown Jackson (le prime due nominate dal Presidente Obama rispettivamente nel 2009 e nel 2010, mentre l'ultima nominata dal Presidente Biden nel corso del 2022 in sostituzione del dimissionario giudice Stephen Breyer).

<sup>6</sup> Cfr. per esempio E. COLTON, *Dems resuscitate court packing position after leaked SCOTUS draft decision*, in *FoxNews.com*, 3 maggio 2022.

<sup>7</sup> In merito si vedano E. GODFREY, *The Democrats' Supreme Court Hail Mary*, in *The Atlantic*, 4 settembre 2020, e A. PHILIPPS, *What is court packing, and why are some Democrats seriously considering it?*, in *Washington Post*, 8 ottobre 2020, le quali riportano le posizioni di alcuni senatori e deputati democratici a favore del c.d. impacchettamento della Corte (su cui si veda *infra* § 3).

<sup>8</sup> Al quale era poi seguita la nomina di Neil Gorsuch da parte del neo-presidente Trump. Su tale nomina si veda P. BONINI, *Gorsuch after Scalia. Il procedimento di nomina ed il pensiero del primo Justice di Donald Trump alla Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Nomos*, n. 2/2017, pp. 1 ss.

<sup>9</sup> Si vedano in tal senso le dichiarazioni riportate da A. BLAKE, *Joe Biden's very un-2020 campaign*, in *Washington Post*, 7 ottobre 2020.

<sup>10</sup> Sulla nomina di tale commissione, la sua composizione e l'organizzazione dei lavori si veda A. SANDULLI, *La tentazione del Court-packing della Corte Suprema e i rischi per la democrazia statunitense*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 1/2022, pp. 4 ss., note 3 e 4.

Il 21 dicembre del 2021 la *Presidential Commission* ha presentato il risultato del lavoro<sup>11</sup>, che si è concentrato sull'analisi di alcune prospettive di modifica con riguardo sia alla struttura della Corte Suprema (durata del mandato dei giudici e numero dei componenti della Corte) sia più in generale al processo costituzionale (limitazione della giurisdizione della Corte Suprema, introduzione della possibilità di rendere inapplicabile una legge federale solo con l'approvazione della sentenza da parte di una maggioranza qualificata, riduzione della discrezionalità della Corte nella scelta delle cause da trattare, ecc.)<sup>12</sup>.

Le varie proposte presentano diverse problematiche, a partire dalle procedure per la loro attuazione e dal diverso grado di soddisfacimento dell'obiettivo perseguito, sino ad arrivare, più in generale, all'opportunità di modificare la composizione della Corte Suprema (con l'intento di riequilibrarne la composizione) o il suo funzionamento (tentando per questa via di indebolirne la discrezionalità).

Proprio a partire dalle due proposte di modifica riguardanti la composizione della Corte Suprema, che sembrerebbero essere quelle su cui gravita un maggiore interesse politico, è interessante vedere come si sta sviluppando il dibattito.

## 2. Il superamento della *life tenure* tra *constitutional amendments* e *statute law*

Una peculiarità tipica e quasi esclusiva degli Stati Uniti è quella della durata in carica a vita dei giudici della Corte Suprema che, non testualmente menzionata nella Costituzione, deriva dalla c.d. *Good Behavior Clause* prevista dall'articolo III, sec. 1, della Costituzione stessa, dove si stabilisce che «i giudici, sia della Corte suprema sia di quelle inferiori, conserveranno le loro cariche finché manterranno buona condotta»<sup>13</sup>. Questa clausola viene appunto interpretata come l'indicazione

---

<sup>11</sup> Il documento, intitolato *Presidential Commission on the Supreme Court of the United States. Final Report*, è disponibile sul sito istituzionale della Casa Bianca ([www.whitehouse.gov](http://www.whitehouse.gov)).

<sup>12</sup> In particolare nell'*Executive order* il Presidente degli Stati Uniti aveva indicato tre linee di lavoro: «(i) *An account of the contemporary commentary and debate about the role and operation of the Supreme Court in our constitutional system and about the functioning of the constitutional process by which the President nominates and, by and with the advice and consent of the Senate, appoints Justices to the Supreme Court;* (ii) *The historical background of other periods in the Nation's history when the Supreme Court's role and the nominations and advice-and-consent process were subject to critical assessment and prompted proposals for reform;* and (iii) *An analysis of the principal arguments in the contemporary public debate for and against Supreme Court reform, including an appraisal of the merits and legality of particular reform proposals*».

<sup>13</sup> Come viene sottolineato nel documento della Commissione (*Presidential Commission on the Supreme Court of the United States*, cit., p. 118), prendendo in considerazione ventisette ordinamenti democratici, nel panorama internazionale solo i giudici della Corte

di una carica vitalizia nelle magistrature federali, che può essere interrotta solamente con le dimissioni di un giudice o con la rimozione dello stesso mediante la procedura di *impeachment* da parte del Congresso.

Per poter imporre un termine alla durata del mandato dei giudici della Corte Suprema sembrerebbe quindi necessario passare dall'approvazione di un emendamento costituzionale. Nonostante le difficoltà che possono riscontrarsi nel portare a termine un procedimento di revisione costituzionale – che richiede come è noto l'approvazione da parte dei due terzi di Camera e Senato, o di un'apposita convenzione costituzionale autorizzata dai due terzi dai parlamenti degli Stati federati, e la sua successiva ratifica da parte dei Parlamenti di tre quarti degli Stati o dei tre quarti delle *convention* riunite *ad hoc* in ciascuno degli Stati – alcune voci in dottrina si sono espresse favorevolmente all'idea di modificare la Costituzione<sup>14</sup>, proponendo in genere un emendamento volto a fissare in 18 anni non rinnovabili la durata del mandato di un giudice della Corte Suprema<sup>15</sup>.

---

Suprema degli Stati Uniti hanno sempre avuto un mandato a vita e anche in quelle poche esperienze dove non si prevede un termine in numero di anni si stabilisce quantomeno un'età pensionabile (viene richiamata a tal proposito la Corte Suprema del Regno Unito). Al contempo, si sottolinea anche che all'interno degli Stati Uniti i singoli Stati nel corso del tempo si sono allontanati dall'incarico a vita dei giudici delle loro più alte corti e molti hanno introdotto un limite di durata del mandato, sebbene il più delle volte rinnovabile.

<sup>14</sup> Come sottolineano C. SUNBLY, S. SHERRY, *Term Limits and Turmoil: Roe v. Wade's Whiplash*, in *Texas Law Review*, n. 1/2019, p. 121, l'introduzione di un termine al mandato dei giudici della Corte Suprema è diventata una proposta piuttosto popolare sia tra gli accademici sia nell'opinione pubblica.

<sup>15</sup> Imporre un limite di diciotto anni per il mandato alla Corte Suprema è stato sostenuto, con diverse argomentazioni, tra gli altri da D. OLIVER, *Systematic Justice: A Proposed Constitutional Amendment to Establish Fixed, Staggered Terms for Members of the United States Supreme Court*, in *Ohio State Law Journal*, n. 4/1986, pp. 80 ss., J.E. DITULLIO, J.B. SCHOCHET, *Saving this Honorable Court: A Proposal to Replace Life Tenure on the Supreme Court with Staggered, Nonrenewable Eighteen-Year Terms*, in *Virginia Law Review*, n. 4/2013, pp. 1094 ss., E. LAZARUS, *Why We Should Consider Abolishing Life Tenure for Supreme Court Justices: The Need to Eliminate Politically Motivated Justice Retirements*, in *FindLaw.com*, 6 febbraio 2001, e da G. CALABRESI, J. LINDGREN, *Term Limits for the Supreme Court: Life Tenure Reconsidered*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, n. 3/2006, pp. 833. Altra dottrina propone invece termini di durata della carica leggermente più brevi: B. ACKERMAN, *Op-Ed: Trust in the justices of the Supreme Court is waning. Here are three ways to fortify the court*, in *Los Angeles Times*, 20 dicembre 2018, per esempio, ha recentemente proposto che la carica del giudice debba durare 14 anni. In merito alla non rinnovabilità del mandato, invece, la dottrina sembrerebbe esprimersi in modo favorevole perché questo garantirebbe una maggiore indipendenza dell'organo giudiziario (per tutti J.E. DITULLIO, J.B. SCHOCHET, *Saving this Honorable Court: A Proposal to Replace Life Tenure on the Supreme Court with Staggered, Nonrenewable Eighteen-Year*

Le argomentazioni utilizzate a sostegno dell'introduzione di un mandato a termine sono molteplici e riguardano per lo più la possibilità che con tale soluzione possa derivare una composizione della Corte meno sbilanciata politicamente.

Con il sistema attuale, infatti, la successione all'interno della Corte Suprema è tendenzialmente casuale perché dipende sostanzialmente dalla morte di un giudice o dalla sua volontà di dimettersi nel corso del mandato e determina, di conseguenza, la possibilità che alcuni Presidenti riescano a nominare molti giudici mentre altri nessuno<sup>16</sup>. Diversamente, con un mandato "a tempo" e con una nomina scaglionata dei giudici – che nelle molte proposte avanzate dalla dottrina permetterebbe ad ogni Presidente di nominare due giudici – si potrebbe raggiungere un maggiore equilibrio derivante dalla certezza che tutti i Presidenti sarebbero chiamati a nominare lo stesso numero di giudici.

È evidente che questa soluzione non sarebbe in grado di predeterminare una composizione della Corte Suprema e, non sapendo quale sarà il partito del Presidente e la maggioranza del Senato, non è nemmeno in grado di garantire una composizione plurale della Corte.

Ciononostante, si sostiene che sia comunque più equa la composizione di una Corte determinata dalle elezioni, piuttosto che rischiare di affidare ai Presidenti in carica al momento in cui si crea la vacanza di un posto la scelta dei giudici della Corte, che eserciteranno la funzione per un periodo di tempo talora eccessivamente lungo e comunque non prestabilito<sup>17</sup>.

Collegare la nomina dei giudici all'elezione del Presidente e del Senato, inoltre, genererebbe sia una maggiore democraticità nella scelta dei primi, sia una migliore vicinanza delle decisioni del potere giudiziario alla volontà popolare<sup>18</sup>. Già nel

---

*Terms*, cit., pp. 1126 ss.). Secondo alcuni, proprio la possibilità di essere riconfermati potrebbe invece portare ad una maggiore responsività dei giudici nei confronti dell'elettorato (v. S.B. PRAKASH, *America's Aristocracy*, in *Yale Law Journal*, 1999, pp. 568 ss.).

<sup>16</sup> Cfr. P.D. OLIVER, *Systematic Justice: A Proposed Constitutional Amendment to Establish Fixed, Staggered Terms for Members of the United States Supreme Court*, cit., pp. 80 ss. In questo senso si veda anche R.G. CRAMTON, *Reforming the Supreme Court*, in *California Law Review*, 2007, pp. 1321 ss., nota 32, il quale ricorda che alcuni Presidenti hanno nominato un elevato numero di giudici alla Corte (e porta come esempio il Presidente Taft che nel corso di un mandato ha nominato cinque giudici (più la nomina a Presidente della Corte di un giudice già in carica), mentre altri (Carter) non ne hanno nominato nemmeno uno. L'Autore mette in luce poi che nemmeno alcuni Presidenti che sono stati rieletti alla Casa Bianca (Franklin Delano Roosevelt, Clinton e Bush) hanno avuto la possibilità di eleggere dei giudici nel corso del loro primo mandato.

<sup>17</sup> P.D. OLIVER, *Systematic Justice*, cit., p. 834.

<sup>18</sup> In questi termini si veda R.C. CRAMTON, *Reforming the Supreme Court*, in *California Law Review*, 2007, pp. 1320 ss., il quale peraltro sottolinea come «*the drastically decreased*

corso della campagna elettorale per l'elezione presidenziale, infatti, agli elettori verrebbero presentati i futuri possibili giudici e, quindi, sarebbero in grado, benché indirettamente, di "eleggerli"<sup>19</sup>. In questo modo si sostiene che la Corte Suprema potrebbe riflettere meglio le opinioni del popolo, che sono mutevoli nel tempo, più di quanto lo possa fare con il sistema attuale con il quale la composizione della Corte varia con scadenze casuali e non prevedibili<sup>20</sup>. Ma è proprio questa possibilità che, viceversa, viene utilizzata come argomento contrario a questa riforma con la quale si renderebbe ancora più politicizzata la nomina dei giudici della Corte Suprema che, oltre a diventare argomento di dibattito politico durante la campagna elettorale<sup>21</sup>, potrebbe portare alla nomina di soggetti ancora più marcatamente schierati con la parte politica vincitrice alle elezioni<sup>22</sup>.

Queste proposte di riforma costituzionale prevedono inoltre che nel caso di interruzione anticipata del mandato dovuta a morte, impossibilità di esercitare il mandato, *impeachment* o dimissioni, il Presidente dovrebbe nominare un nuovo giudice che resterebbe in carica però solo per il periodo di tempo che residuava al giudice uscente. In questo modo le dimissioni non potrebbero più essere utilizzate per favorire una certa composizione della Corte stessa<sup>23</sup>. A tal proposito, si sottolinea che l'introduzione di un limite temporale al mandato sarebbe lo strumento per estinguere del tutto la possibilità che un giudice possa influenzare

---

*turnover of Justices since 1970, however, has substantially reduced the effectiveness of the appointment process in keeping the Court in touch with popular will*». In merito anche le argomentazioni di R.C. BLACK, A.C. BRYAN, *The Policy Consequences of Term Limits on the U.S. Supreme Court*, in *Ohio Northern University Law Review*, 2016, p. 843.

<sup>19</sup> Cfr. E. LAZARUS, *Why We Should Consider Abolishing Life Tenure for Supreme Court Justices*, cit.

<sup>20</sup> Cfr. S.B. PRAKASH, *America's Aristocracy*, cit., pp. 541 ss.

<sup>21</sup> D. EPPS, G. SITARAMAN, *How to Save the Supreme Court*, in *The Yale Law Journal*, 2019, p. 174.

<sup>22</sup> Cfr. W. FARNSWORTH, *The Regulation of Turnover on the Supreme Court*, in *University of Illinois Law Review*, 2005, pp. 437 ss., il quale sottolinea quindi l'incapacità di questa riforma di creare una Corte più equilibrata politicamente. Analoghe le considerazioni di A.D. HELLMAN, *Reining in the Supreme Court: Are Term Limits the Answer?*, in R.C. CRAMTON, P.D. CARRINGTON (a cura di), *Reforming the Court. Term Limits for Supreme Court Justices*, Carolina Academic Press, Durham, 2006, pp. 298 ss.

<sup>23</sup> Cfr. S.G. CALABRESI, J. LINDGREN, *Term Limits for the Supreme Court: Life Tenure Reconsidered*, cit., p. 833. In questo senso E. LAZARUS, *Why We Should Consider Abolishing Life Tenure for Supreme Court Justices*, cit., il quale osserva che «*Even if a justice retired early hoping to ensure a successor who shared his or her party affiliation, the successor would only finish out the justice's own term – thus thwarting that hope; the justice might as well have served out the term himself or herself*».

la composizione della Corte con le proprie dimissioni, appositamente presentate quando vi sia in carica un Presidente in grado di nominare un giudice con posizioni analoghe<sup>24</sup>. In effetti, non sono pochi nella storia statunitense i giudici ad essersi dimessi: ben 57 su 107. Questa pratica peraltro ha trovato un crescente utilizzo nel corso della seconda metà del '900<sup>25</sup>, e anche le recenti dimissioni del giudice Stephen Breyer, che già da tempo aveva annunciato di volersi ritirare, secondo alcuni sono state presentate proprio all'inizio del 2022 per consentire al Presidente Biden di nominare un giudice prima delle elezioni di *mid-term* del prossimo novembre, che secondo i sondaggi potrebbero portare alla formazione di una maggioranza repubblicana al Senato<sup>26</sup>.

Indipendentemente dalle valutazioni positive o negative della dottrina riguardanti l'introduzione di un termine al mandato dei giudici della Corte

---

<sup>24</sup> Si vedano in tal senso le argomentazioni di P.D. OLIVER, *Systematic Justice: A Proposed Constitutional Amendment to Establish Fixed, Staggered Terms for Members of the United States Supreme Court*, cit., pp. 805 ss., il quale sottolinea che «*Allowing the outgoing Justice a measure of control over the naming of his successor allows him an unchecked power entirely unnecessary to protect his independence of action while on the bench, and in the writer's view cannot be justified*». L'Autore poi richiama il caso del Presidente della Corte Earl Warren, che nel 1969 si sarebbe ritirato perché «*he wanted President Johnson to appoint his successor, someone who felt as Justice Warren did*».

<sup>25</sup> A tal fine basti pensare che dal 1950 solamente cinque giudici erano in carica nel momento della morte, mentre 23 hanno lasciato la Corte Suprema dopo essersi dimessi. Attualmente, inoltre, ben 4 giudici ancora in vita si sono ritirati dalla Corte Suprema: Sandra Day O'Connor (nel 2006), David Souter (nel 2009), Anthony Kennedy (nel 2018) e, da ultimo, Stephen Breyer (nel 2022). Se le dimissioni possono essere considerate abbastanza frequenti questo non può certamente dirsi, invece, per la procedura di *impeachment*. Nella storia degli Stati Uniti, infatti, solo quindici giudici federali sono stati messi sotto accusa dalla *House of Representatives* (e di questi otto sono stati condannati dal Senato e di conseguenza rimossi dal loro incarico, quattro sono stati assolti e, infine, tre si sono dimessi prima della conclusione del procedimento). Di questi però solamente uno era un giudice della Corte Suprema (Samuel Chase assolto dal Senato nel 1805). Anche per l'assenza di casi di rimozione dall'incarico dei giudici della Corte Suprema attraverso la procedura di *impeachment* S.G. CALABRESI, J. LINDGREN, *Term Limits for the Supreme Court*, cit., p. 810, ritengono che il potere di nomina sia «*the only check that the other two branches have on the Court*». Per l'elenco dei casi di *impeachment* e le ragioni delle accuse mosse ai giudici, si veda L. SPADACINI, *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale. L'esperienza nordamericana e il divergente approccio delle democrazie europee*, BiblioFabbrica, Gussago, 2012, p. 119.

<sup>26</sup> Si veda per esempio P. WILLIAMS, *Justice Stephen Breyer to retire from Supreme Court, paving way for Biden appointment*, in *Nbcnews.com*, 26 gennaio 2022.



Suprema<sup>27</sup>, come si è detto in precedenza tale modifica sembrerebbe difficile da realizzare anche per la sola circostanza di dover passare dall'approvazione di un emendamento costituzionale, che potrebbe concretizzarsi solo con un grande consenso politico sia a livello federale sia a livello dei singoli Stati. Anche per l'improbabilità che possa realisticamente trovarsi il necessario consenso *bipartisan*, non mancano nella dottrina delle voci discordanti, che ritengono che possa prodursi un sostanziale superamento della *life tenure* anche con una legge ordinaria approvata dal Congresso.

Si sostiene, in quest'ottica, che la clausola di buona condotta servirebbe in verità solo ad evitare una rimozione ingiustificata del giudice da parte del potere politico, ma non a garantire la costituzionalizzazione di un mandato a vita: ciò consentirebbe dunque che il Congresso possa legittimamente fissare un limite temporale al mandato<sup>28</sup>.

A tale posizione dottrinale, invero molto minoritaria, se ne accompagna anche un'altra per la quale il Congresso avrebbe la possibilità di imporre una durata della carica senza però far venir meno la *life tenure*. In questa ipotesi non si tratterebbe tanto di imporre con una legge del Congresso un limite temporale al mandato, ma piuttosto di limitare dopo un certo lasso di tempo l'esercizio della funzione giurisdizionale del giudice nominato alla Corte Suprema. Per giungere ad un tale obiettivo si propone ad esempio che il giudice della Corte suprema una volta superati gli anni di attività stabiliti dal Congresso debba svolgere la sua funzione presso una Corte federale<sup>29</sup> ovvero attività non giurisdizionale presso la stessa

---

<sup>27</sup> In effetti sopra sono state riportate tendenzialmente le voci favorevoli al superamento della *life tenure* anche se nel dibattito non mancano certamente coloro che vorrebbero il mantenimento del sistema attuale, considerato il migliore in termini di garanzia di indipendenza del potere giudiziario (v. per tutti M.L. CLARK, *Judicial Retirement and Return to Practice*, in *Catholic University Law Review*, 2011, pp. 888 ss.) e di garanzia per un maggior consolidamento dei precedenti della Corte stessa (v. A.D. HELLMAN, *Reining in the Supreme Court: Are Term Limits the Answer?*, cit., pp. 308 ss.). Sulla circostanza che la «Life tenure gives the Court relatively stable membership. The slow rate at which seats turn over itself encourages continuity in case law» si veda anche A. CONEY BARRETT, *Precedent and Jurisprudential Disagreement*, in *Texas Law Review*, 2013, p. 1733).

<sup>28</sup> In questo senso molto chiaramente S. LEVINSON, *Life Tenure and the Supreme Court: What Is To Be Done?*, in R.C. CRAMTON, P.D. CARRINGTON (a cura di), *Reforming the Court. Term Limits for Supreme Court Justices*, Carolina Academic Press, Durham, 2006, p. 378.

<sup>29</sup> In tal senso la proposta di B. ACKERMAN, *Op-Ed: Trust in the justices of the Supreme Court is waning*, cit., che sottolinea come «*While the Constitution guarantees justices tenure for life, it nowhere states that they must serve their entire term on the Supreme Court. Nothing prevents Congress from limiting the justices' service to 14 years and then providing them with a position on an appellate court for the rest of their lives*». In senso analogo anche

Corte Suprema<sup>30</sup>. In tal modo si sostiene che sarebbe rispettata la clausola di buona condotta prevista dal testo costituzionale, perché la nomina del giudice resterebbe comunque vitalizia.

Come è stato fatto notare, denunciando l'incostituzionalità di una legge di tale portata, questa riforma sarebbe in buona sostanza un raggirò della Costituzione perché la Corte Suprema è un organo decisionale in cui i membri hanno la funzione di deliberare in merito ad una controversia, e sarebbe proprio la capacità di «partecipare sostanzialmente a tutte le decisioni finali dell'organo» la caratteristica necessaria che qualifica la carica di giudice della Corte suprema, che comunque la Costituzione mantiene distinta da quella degli altri organi giurisdizionali federali<sup>31</sup>.

Infine, come invero suggerisce anche la *Presidential Commission* nominata da Biden<sup>32</sup>, ammettere una modifica da parte del Congresso senza ricorrere ad un

---

le proposte di R.C. CRAMTON, *Reforming the Supreme Court*, cit., p. 1334, il quale ritiene a sua volta che tali previsioni siano perfettamente compatibili con il testo costituzionale, e di P.D. CARRINGTON, *Checks and Balances: Congress and the Federal Courts*, in R.C. CRAMTON, P.D. CARRINGTON (a cura di), *Reforming the Court. Term Limits for Supreme Court Justices*, Carolina Academic Press, Durham, 2006, pp. 137 ss.

<sup>30</sup> Questa è una delle possibili soluzioni prese in considerazione dalla Commissione nominata da Biden. L'ipotesi sarebbe quella di istituire due "livelli" di giudice: il *junior Justice* che siede effettivamente alla Corte suprema e che, scaduto il termine, diverrebbe *senior Justice*, ossia soggetto che potrebbe ricoprire un ruolo in un tribunale federale oppure svolgere attività amministrativa e di supporto presso la Corte Suprema ma senza alcun potere deliberante. Questo è quello che prevede in sostanza anche un disegno di legge presentato nel 2020 da alcuni deputati appartenenti al Partito Democratico (*Supreme Court Term Limits and Regular Appointments Act of 2020*). Su questa proposta di legge si vedano T. COOPER, A. DWORKIN, D. HOSMER-QUINT, A. PESCOVITZ, *Retiring Life Tenure: On Term Limits and Regular Appointments at the Supreme Court*, in *Cardozo Law Review*, n. 7/2021, pp. 2775 ss.

<sup>31</sup> J. HARRISON, *The Power of Congress Over the Terms of Justices of the Supreme Court*, in R.C. CRAMTON, P.D. CARRINGTON (a cura di), *Reforming the Court. Term Limits for Supreme Court Justices*, Carolina Academic Press, Durham, 2006, p. 366. Anche alcuni fautori dell'abbandono della *life tenure* ritengono che questa operazione non possa avvenire se non mediante il procedimento di revisione costituzionale (cfr. in questo senso, oltre all'Autore già citato, anche P.D. OLIVER, *Assessing and Addressing the Problems Caused by Life Tenure on the Supreme Court*, in *The Journal of Appellate Practice and Process*, n. 1/2012, pp. 27 ss., e S.G. CALABRESI, J. LINDGREN, *Term Limits for the Supreme Court: Life Tenure Reconsidered*, cit., pp. 824 ss.).

<sup>32</sup> *Presidential Commission on the Supreme Court of the United States*, cit., p. 136, dove peraltro si ricorda come a fronte di più di duecento proposte di emendamento costituzionale per abolire la *life tenure* presentate dal 1907 ad oggi, l'idea di poter giungere allo stesso risultato mediante una legge del Congresso è piuttosto recente (il primo disegno di legge in tal senso è quello presentato nel 2020 citato *supra* in nota 30).

emendamento costituzionale potrebbe avere un impatto negativo sull'indipendenza del complesso sistema giudiziario federale, poiché questo strumento potrebbe essere utilizzato dalle forze politiche per garantirsi una Corte “amica”: quando la maggioranza volesse “punire” il sistema giudiziario federale potrebbe ridurre facilmente la durata del mandato; viceversa, quando trovasse una Corte ad essa favorevole potrebbe prolungare la permanenza alla Corte dei giudici in carica<sup>33</sup>.

### 3. L'impervia via del *Court-packing*

Se introdurre un *life-term* al mandato sembra essere alquanto complicato e probabilmente non risolutivo all'obbiettivo di riequilibrare la composizione politica della *Supreme Court*, un'alternativa che, perlomeno storicamente, sembra essere più praticabile è quella di incidere sul numero dei componenti della Corte stessa. La Costituzione in questo caso non prevede quale debba essere il numero dei giudici della *Supreme Court* e la sua fissazione è quindi affidata in via ordinaria al Congresso.

In origine il Congresso con il *Judiciary Act* del 1789 aveva stabilito che i giudici della Corte Suprema dovessero essere sei. Già nel 1801 venne però approvata una legge che portava a cinque i membri della Corte. Tale composizione, tuttavia, non ha mai trovato applicazione perché nel 1807 il Congresso ha aumentato il numero dei giudici a sette<sup>34</sup>. Successivamente si è poi assistito ad un nuovo aumento del numero dei componenti del collegio giudicante (nel 1837 a nove e nel 1863 a dieci), seguito da una riduzione delle dimensioni nel 1866 (quando la composizione è stata portata di nuovo a sette giudici) per poi finire con il *Judiciary Act* del 1869 con il quale il Congresso ha stabilito che la Corte Suprema dovesse essere composta da nove giudici.

Prima di analizzare il dibattito attuale, è bene sottolineare che le ragioni che in passato hanno portato a rimaneggiare la composizione della Corte Suprema vengono ricondotte talvolta a motivazioni “pratiche” ed oggettive, mentre talora si sottolinea che la modifica fosse dovuta solamente alla volontà politica della maggioranza del Congresso di “controllare” la Corte Suprema<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Cfr. *Presidential Commission on the Supreme Court of the United States*, cit., pp. 143 ss. In questo senso si veda anche J. HARRISON, *The Power of Congress Over the Terms of Justices of the Supreme Court*, cit., pp. 372 ss.

<sup>34</sup> E l'abrogazione della legge del 1801 è avvenuta prima che si verificasse la vacanza di uno scranno.

<sup>35</sup> Come ricorda R. PRIMUS, *Rulebooks, Playgrounds, and Endgames: A Constitutional Analysis of the Calabresi-Hirji Judgeship Proposal*, in *Harvard Law Review Blog*, 24 novembre 2017, «Each time, the adjustment was intended to affect the Court's balance of partisan or ideological control».

In alcuni casi, infatti, il Congresso avrebbe aumentato la composizione della Corte, attraverso il c.d. *Court-packing*, per permettere al Presidente di nominare nuovi giudici, con l'intento evidentemente di preservarne le politiche; in altri, invece, il Congresso, con una maggioranza diversa da quella del Presidente, avrebbe ridotto il numero dei giudici, attraverso il c.d. *Court-unpacking*, per impedire al Presidente nuove nomine «politicamente sgradite»<sup>36</sup>.

Come è stato osservato, per esempio, la riduzione del numero dei componenti avvenuta nel 1801 era dovuta anche alla volontà dei federalisti di impedire al neo-presidente eletto Thomas Jefferson di nominare un giudice appena si fosse creato un posto vacante; mentre, per le ragioni opposte, ovverosia permettere allo stesso Jefferson la nomina almeno di un giudice della Corte Suprema, i repubblicani hanno poi abrogato la legge del 1801 e aumentato gli scranni della Corte<sup>37</sup>. Anche l'aumento del numero dei giudici della Corte Suprema durante la guerra civile viene ricondotto alla volontà del Congresso di permettere a Lincoln la nomina di nuovi giudici favorevoli alle sue politiche, specialmente quelle volte all'abolizione della schiavitù<sup>38</sup>. La riduzione del numero dei giudici avvenuta nel 1866 sarebbe invece da ricollegarsi alla volontà di impedire ad Andrew Johnson la nomina di nuovi giudici<sup>39</sup> e, infine, l'aumento del 1869 sembrerebbe essere stato varato dai repubblicani per permettere al neo-Presidente Ulysses Grant di nominare un giudice di area appunto repubblicana<sup>40</sup>.

Allo stesso tempo però si sottolinea che alcune di queste modifiche siano in qualche modo suffragate anche da ragioni che sembrano essere più “tecniche” o “neutrali”: gli aumenti del numero dei giudici della Corte Suprema del 1807, del 1837 e del 1863 sarebbero infatti legati anche all'ammissione di nuovi Stati e alla creazione di nuove *Circuit courts*. Fino all'approvazione del *Judiciary Act* del 1891, infatti, le *Circuit courts* erano composte dai giudici distrettuali e da un giudice della

<sup>36</sup> L. SPADACINI, *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, cit., p. 123.

<sup>37</sup> In questo senso T. LEIGH GROVE, *The Origins (and Fragility) of Judicial Independence*, in *Vanderbilt Law Review*, 2018, p. 501.

<sup>38</sup> Sull'aumento dei giudici sotto la presidenza Lincoln si veda B. FRIEDMAN, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*, in *New York University Law Review*, 1988, pp. 415 ss., il quale ricorda che l'idea di modificare il numero dei componenti della Corte Suprema era anche una risposta politica alla sentenza *Dred Scott v. Sanford* di qualche anno prima, con la quale la Corte Suprema aveva sancito sostanzialmente che la Costituzione non contemplava la possibilità di attribuire la cittadinanza americana alle persone di origine africana, indipendentemente dal fatto che fossero schiavi o liberi, e che i diritti che la Costituzione conferiva ai cittadini americani non potevano applicarsi a questi soggetti.

<sup>39</sup> S.I. KUTLER, *Reconstruction and the Supreme Court: The Numbers Game Reconsidered*, in *Journal of Southern History*, n. 1/1966, pp. 42 ss.

<sup>40</sup> T. LEIGH GROVE, *The Origins (and Fragility) of Judicial Independence*, cit., p. 501.

Corte suprema, cui era affidato un singolo “circuito” e nel quale il Giudice doveva quindi viaggiare (la pratica c.d. del *Circuit-riding*): da qui, dunque, la necessità di aumentare la grandezza dell’organo giudiziario<sup>41</sup>.

Da far rientrare certamente nel novero delle modifiche della composizione della *Supreme Court* dettate da ragioni squisitamente politiche si inserisce poi il più famoso tentativo di *Court-packing* perpetrato da Franklin Delano Roosevelt nel 1937, appena dopo la sua rielezione alla Casa Bianca. In una fase storica di acuto scontro tra Presidente e Corte Suprema, che aveva bocciato alcune riforme varate durante il *new-deal*<sup>42</sup>, Roosevelt aveva proposto una legge che avrebbe permesso un graduale aumento del numero dei giudici fino ad un massimo di quindici<sup>43</sup>.

Il *Court-packing plan*, che aveva creato forti dissidi nel partito del Presidente, non venne infine adottato sia per il parere contrario del *Judiciary Committee*<sup>44</sup> sia per la sua sostanziale bocciatura da parte del *plenum* del Senato che, pur essendo composto da ben settantacinque esponenti del Partito democratico, votava a

---

<sup>41</sup> J. BRAVER, *Court-packing: An America tradition?*, in *Boston College Law Review*, 2020, pp. 2759 ss. Per l’Autore, dunque, gli unici veri caso di “impacchettamento” della Corte sarebbero stati quello del 1801 (in verità fallito perché subito dopo abrogato) e del 1869, poiché entrambi suffragati esclusivamente da ragioni politiche (p. 2751).

<sup>42</sup> Vedi le numerose sentenze citate da B. CUSHMAN, *The Judicial Reforms of 1937*, in *William & Mary Law Review*, 2020, p. 998, nota n. 2

<sup>43</sup> Si prevedeva, in sostanza, il potere di nominare un giudice aggiuntivo alla Corte Suprema degli Stati Uniti, fino a un massimo di sei, per ogni membro della Corte di età superiore ai 70 anni che avesse deciso di non andare in pensione nei sei mesi successivi (T. LEIGH GROVE, *The Origins (and Fragility) of Judicial Independence*, cit., pp. 508 ss.). Sul tentativo perpetrato da Roosevelt si veda, per tutti, l’ampia ricostruzione di B. CUSHMAN, *Court-Packing and Compromise*, in *Constitutional Commentary*, vol. 29, 2013, pp. 1 ss.

<sup>44</sup> Nel lungo parere si osservava che «*Let us of the Seventy-fifth Congress, in words that will never be disregarded by any succeeding Congress, declare that we would rather have an independent Court, a fearless Court, a Court that will dare to announce its honest opinions in what it believes to be the defense of the liberties of the people, than a Court that, out of fear or sense of obligation to the appointing power, or factional passion, approves any measure we may enact. We are not the judges of the judges. We are not above the Constitution*». Inoltre, si sosteneva che il *Court-packing plan* avrebbe avuto l’effetto di rendere «*this Government one of men rather than one of law, and its practical operation would be to make the Constitution what the executive or legislative branches of the Government choose to say it is—an interpretation to be changed with each change of administration*». Infine, si sottolineava come la misura fosse da rigettare con forza affinché «*will never again be presented to free representatives of the free people of America*». I passaggi sono riportati da K.E. WHITTINGTON, *Why the Supreme Court has Nine Justices*, in *Newsweek.com*, 21 ottobre 2020 e M.T. HENDERSON, *Court-Packing Is Unconstitutional*, in *Newsweek.com*, 30 ottobre 2020.

grande maggioranza per rimandare il testo presso la Commissione giustizia<sup>45</sup>. Infine, il piano di “impacchettamento” della Corte venne definitivamente abbandonato da Roosevelt nel momento in cui lo scontro tra la Casa Bianca e la Corte Suprema si appiattì notevolmente, dapprima con alcune sentenze favorevoli alle riforme del *new-deal* (dovute in sostanza alla modifica delle posizioni in un caso del giudice Owen Roberts<sup>46</sup> e in un altro del Presidente Evan Hughes<sup>47</sup>, fino ad allora nella maggioranza della Corte che aveva “bocciato” le politiche rooseveltiane) e poi con una serie di avvicendamenti all’interno della Corte Suprema che permisero allo stesso Roosevelt di nominare ben quattro nuovi giudici durante il suo secondo mandato<sup>48</sup>.

Lo scenario attuale, nonostante lo stesso Biden abbia dichiarato dopo la sentenza *Dobbs* di non essere troppo convinto di questa soluzione<sup>49</sup>, sembra a tratti simile a quello del 1937 poiché la *ratio* sulla quale si fonderebbe l’allargamento del collegio giudicante sarebbe squisitamente politica, sebbene non volta in linea di principio a preservare le eventuali politiche del Governo guidato dai democratici. L’idea di portare ad un ampliamento della Corte Suprema, al fine di riequilibrarla politicamente, infatti, era stata avanzata ancora prima delle sentenze citate in apertura di questo lavoro. Negli ambienti democratici si sottolineava la necessità di modificare il numero dei giudici perché la Corte risultava eccessivamente sbilanciata verso l’ideologia repubblicana e avrebbe quindi potuto minare alcuni diritti riconosciuti in precedenza dalla Corte stessa, a partire proprio dal possibile *overruling* della sentenza *Roe* in tema di aborto<sup>50</sup>, ma anche in tema di *Voting Rights Act*, di ambiente, di matrimonio tra persone dello stesso sesso, di politiche

---

<sup>45</sup> Il Senato ha poi successivamente approvato un nuovo piano giudiziario che contemplava alcune modifiche relative agli altri tribunali federali, ma nel quale non vi era più traccia di alcuna disposizione inerente alla Corte Suprema.

<sup>46</sup> Nella sentenza *West Coast Hotel Co. v. Parrish* del 1937, con la quale la *Supreme Court* ha rigettato i dubbi di illegittimità sollevati in relazione alla legislazione sul salario minimo.

<sup>47</sup> Nella sentenza *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corporation* del 1937, con la quale la Corte confermava la costituzionalità delle regole relative alla rappresentanza sindacale e alla contrattazione collettiva introdotte con il Wagner Act. Come ricordano J.L. CARSON, B.A. KLEINERMAN, *A switch in time saves nine: Institutions, strategic actors, and FDR’s court-packing plan*, in *Public Choice*, 2012, p. 318, in effetti «*This decision represented a significant departure for Hughes from his position on previous cases*».

<sup>48</sup> E altri tre poi ne nominerà durante nel corso del terzo mandato.

<sup>49</sup> Cfr. A. AGSTROM, *Biden still does not support court packing. White House confirms*, in *Foxnews.com*, 26 giugno 2022.

<sup>50</sup> R. MAILEY, *Court-Packing in 2021: Pathways to Democratic Legitimacy*, in *Seattle University Law Review*, n. 1/2020, p. 67, mette in luce questa questione all’indomani della nomina di Coney Barrett.

sanitarie<sup>51</sup>, o, ancora, in relazione alle future leggi che sarebbero state adottate sotto la Presidenza Biden<sup>52</sup>.

Allo stesso modo, il *Court-packing* sarebbe la risposta all’atteggiamento dei repubblicani durante la presidenza Trump che con la nomina di Amy Coney Barrett avrebbero a loro volta “impacchettato” la Corte Suprema. In quell’occasione infatti sarebbe stata violata quella che è stata definita la «*SCOTUS Bipartisan constitutional convention*», ovvero la regola che, secondo quello che si è verificato nella prassi, i Presidenti americani hanno sempre nominato un candidato anche a ridosso della scadenza del proprio mandato, ma allo stesso tempo nell’anno delle elezioni presidenziali il Senato non ha mai confermato la nomina di un Giudice senza che vi fosse un consenso *bipartisan* nella Camera Alta. Da ciò ne deriverebbe che Obama e Trump avrebbero agito nel rispetto della citata convenzione quando hanno nominato rispettivamente Garland e Barrett, ma il Senato l’avrebbe violata nella procedura di conferma della seconda avvenuta con 52 voti a favore e 48 contrari<sup>53</sup>. Il *Court-packing* sarebbe quindi l’unico «antidoto» per superare le nomine “partigiane” perpetrate dai repubblicani sul finire del mandato presidenziale<sup>54</sup> e, secondo alcuni, sarebbe l’unico sistema in grado di “salvare” la democrazia da una Corte Suprema troppo schierata<sup>55</sup>.

Orientarsi verso il *Court-packing*, per il quale è stata depositata una proposta di legge che prevede l’espansione della Corte Suprema a 13 componenti<sup>56</sup>, potrebbe incorrere però in due problematiche nella sua realizzazione: una di carattere politico-contingente, l’altra invece di carattere teorico-generale.

Dal primo punto di vista, infatti, la soluzione, ammesso che sia legittimamente esercitabile da parte del Congresso (v. *infra*), risulta alquanto difficile da portare a termine, specialmente in ragione della risicata maggioranza che i democratici si trovano ad avere al Senato, che data l’attuale parità di seggi con i Repubblicani (50-50) in teoria potrebbe essere tale solo grazie al voto della Vice-Presidente Kamala

<sup>51</sup> Cfr. I. MILLHISER, *9 ways to reform the Supreme Court besides court-packing. The Supreme Court threatens American democracy. Here’s how to stop it*, in *Vox.it*, 21 ottobre 2020.

<sup>52</sup> Cfr. in tal senso S.M. FELDMAN, *Court-Packing Time? Supreme Court Legitimacy and Positivity Theory*, in *Buffalo Law Review*, n. 5/2020, p. 1559.

<sup>53</sup> In questo senso e in generale sulla *SCOTUS Bipartisan constitutional convention* si veda R. WEILL, *Court packing as an antidote*, in *Cardozo Law Review*, n. 7/2021, pp. 2711 ss., la quale infatti ritiene che «*Appointing a Justice to the Supreme Court during presidential election time without bipartisan support is a severe breach of American constitutional conventions*» (p. 2744).

<sup>54</sup> *Ibidem*.

<sup>55</sup> Così il professor Aaron Belkin nell’intervista di E. GODFREY, *The Democrats’ Supreme Court Hail Mary*, cit.

<sup>56</sup> *Judiciary Act of 2021*, presentato da alcuni esponenti democratici.

Harris<sup>57</sup>. Per poter ottenere l'approvazione della legge senza un accordo tra le forze politiche è necessario per maggioranza superare perlomeno il *filibuster*, e la conseguente soglia di 60 voti necessaria al Senato per approvare la mozione di chiusura del dibattito<sup>58</sup>. Potrebbero invero esserci delle procedure in grado di superare l'ostruzionismo e garantire l'approvazione della legge con la sola forza della maggioranza. Queste soluzioni, utilizzate come si vedrà successivamente proprio in relazione alla procedura di *advice and consent* e che il Presidente Biden non ha escluso possano essere utilizzate anche per l'*iter* legislativo<sup>59</sup>, sembrano comunque di difficile attuazione giacché è abbastanza remota la possibilità che la maggioranza sia coesa nel sacrificare una regola procedurale che caratterizza profondamente il sistema americano fondato sui *checks and balances*, al fine di approvare una legge che mira a far "svoltare" la Corte Suprema nel senso desiderato.

Dal secondo punto di vista, una delle ragioni che potrebbe sconsigliare un allargamento degli scranni della Corte è il rischio che si corre nel modellare la composizione dell'organo posto a capo dell'ordinamento giudiziario federale nell'intento di voler indirizzare la Corte verso certe decisioni. Questo, oltre ad andare a comprimere l'indipendenza del potere giudiziario<sup>60</sup>, perché strumento volto a cercare di alterare l'orientamento della Corte<sup>61</sup>, può prestare il fianco a future e continue rimodulazioni della composizione della Corte Suprema. Di volta in volta, infatti, come del resto potrebbe accadere nelle ipotesi prese in analisi in precedenza in tema di superamento della *life tenure* mediante una legge del

---

<sup>57</sup> Che, ai sensi dell'art. I, sec. 3 della Costituzione può votare solo in caso appunto di parità.

<sup>58</sup> Come sottolinea, infatti, P.D. OLIVER, *Assessing and Addressing the Problems Caused by Life Tenure on the Supreme Court*, in *The Journal of Appellate Practice and Process*, n. 1/2012, p. 28, «*absent the rarity of the President's party controlling the House of Representatives and sixty votes in the Senate (necessary to overcome a filibuster), such an important change will likely be impossible except on a bipartisan basis*».

<sup>59</sup> Biden si è più volte espresso in modo favorevole al superamento del *filibuster* anche per l'approvazione delle leggi (v. M. COHEN, *Biden Signals Openness to Eliminating Senate Filibuster*, in *Politico.com*, 14 luglio 2020), come da ultimo dimostrano anche le dichiarazioni relative all'eventuale approvazione di una legge sull'aborto dopo la sentenza *Dobbs* della Corte Suprema (v. M. VAZQUEZ, B. KLEIN, P. MATTINGLY, K. LIPTAK, *Biden calls for dropping filibuster rules to pass abortion rights into law*, in *CNN.com*, 30 giugno 2022).

<sup>60</sup> Cfr. B.L. FRYE, *Court Packing Is a Chimera*, in *Cardozo Law Review*, n. 7/2021, pp. 2697 ss., il quale sottolinea anche che le critiche «*of the Supreme Court is really just thinly veiled criticism of democracy itself*».

<sup>61</sup> R.J. KROTOSZYNSKI Jr., *The Unitary Executive and The Plural Judiciary: On the Potential Virtues of Decentralized Judicial Power*, in *Notre Dame Law Review*, 2014, pp. 1063 ss.



Congresso, il rischio è che «*If Democrats pack the Court, the argument goes, Republicans will return the favor when they are next in power and pack the Court further in response. On this approach, court-packing is politically inflammatory and unstable*»<sup>62</sup>. E proprio a partire dalle ragioni squisitamente politiche che stanno alla base del progetto di allargamento della composizione della Corte, una parte della dottrina ha sostenuta la sua illegittimità nei confronti della Costituzione, intesa non come testo scritto ma come «*set of rules, norms, institutions, and understandings that make up the government*»<sup>63</sup>.

#### 4. E se la soluzione fosse il ritorno del *filibuster*?

La nomina dei giudici della Corte Suprema da parte del Presidente deve essere confermata con l'*advice and consent* del Senato, previsto dall'art. II, sec. 2, della Costituzione, che avviene con una deliberazione a maggioranza semplice.

Fino al 2017, però, per la maggioranza non era affatto scontato riuscire a confermare il candidato desiderato, poiché le regole del Senato, valide in generale per tutte le sue deliberazioni, prevedono che le discussioni non abbiano limiti di tempo. Da qui la possibilità per le opposizioni di “bloccare” i lavori parlamentari e non arrivare alla votazione di un provvedimento approfittando dell'ostruzionismo (c.d. *filibuster*). Per porre fine al dibattito, infatti, si prevede che sedici senatori possano presentare una *Cloture motion*, che deve essere però approvata, ai sensi della *Rule XXII* delle *Standing Rules* del Senato, con la

---

<sup>62</sup> D. EPPS, G. SITARAMAN, *How to Save the Supreme Court*, cit., p. 176. In termini simili si veda anche J.M. FRALEY, *Against Court Packing, or a Plea to Formally Amend the Constitution*, in *Cardozo Law Review*, n. 7/2021, p. 2810.

<sup>63</sup> R. PRIMUS, *Rulebooks, Playgrounds, and Endgames: A Constitutional Analysis of the Calabresi-Hirji Judgeship Proposal*, cit. Nel senso di ritenere che la modifica della composizione della Corte possa considerarsi illegittima perché si porrebbe in contrasto con una consuetudine (che vorrebbe ormai da più di centocinquant'anni la presenza di nove giudici) si veda C.G. GEYH, *Customary Independence*, in S.B BURBANK, B. FRIEDMAN (a cura di), *Judicial Independence at the Crossroads. An Interdisciplinary Approach*, Sage Publications, California, 2002, p. 160 ss. In senso analogo si veda anche M.T. HENDERSON, *Court-Packing Is Unconstitutional*, cit., il quale ritiene che siano illegittime tutte quelle operazioni di *Court-packing* non suffragate da ragioni di carattere pratico. In merito I. SOMIN, *Court-Packing Threatens to Destroy the Entire Institution of Judicial Review*, in AA. VV., *The Politicization of the Supreme Court*, Greenhaven Publishing, New York, 2022, p. 106 ss., ritiene che il *Court-packing* sia una vera e propria minaccia all'indipendenza della Corte Suprema. Per una posizione volta a difendere la legittimità di questa pratica, indipendentemente dalle motivazioni che stanno alla base della sua adozione, si veda, per tutti, D. EPPS, *Non-Originalism and Constitutional Arguments About Changing the Supreme Court's Size*, in *dorfonlaw.org*, 2 novembre 2020.

maggioranza dei 3/5 dei componenti (quindi 60 voti a favore)<sup>64</sup>. L'assenza di un termine per il dibattito e l'incapacità della maggioranza di ottenere i 60 voti necessari per l'approvazione della mozione di chiusura permette quindi un facile ostruzionismo che, in effetti, è stato lo strumento procedurale utilizzato per far fallire i tentativi del Presidente di nominare alla Corte Suprema soggetti particolarmente divisivi: dopo il fallimento della votazione sulla chiusura del dibattito, infatti, il Presidente ritira la nomina del candidato<sup>65</sup>.

Per quanto riguarda il procedimento di conferma delle nomine presidenziale però questa regola non trova più applicazione e non già a seguito di una modifica formale delle *Standing Rules* del Senato, ma grazie alla c.d. *nuclear option*, che è in sostanza una procedura semplificata per introdurre un nuovo precedente che può essere anche in chiaro contrasto con una disposizione contenuta nelle *Standing Rules* stesse. A partire da una certa interpretazione della *Rule XX* delle *Standing Rules* può essere infatti creato un nuovo precedente quando un senatore solleva una mozione d'ordine nella quale afferma che una regola del Senato è stata violata o non correttamente applicata. Se il Presidente del Senato respinge nel merito questa mozione, un senatore può infatti impugnare la decisione del Presidente e se la maggioranza annulla tale decisione si intende costituito il nuovo precedente che è esattamente l'opposto di quanto stabilito dal Presidente nella propria decisione<sup>66</sup>.

Dopo che nel 2005, davanti alle difficoltà riscontrate in Senato dal Presidente Bush, c'era stato un primo tentativo di superare la regola della maggioranza dei 60 voti per approvare la chiusura del dibattito nel corso dei procedimenti di conferma delle nomine presidenziali<sup>67</sup>, nel 2013, quando la maggioranza del Senato era

---

<sup>64</sup> Tale maggioranza è richiesta dal 1975, in precedenza, ovvero dal 1917 quando è stata introdotta la mozione di chiusura, la maggioranza richiesta per l'approvazione era quella dei due/terzi dei presenti (rimasta tale ancora oggi invece per l'approvazione della mozione nel corso dei procedimenti per le modifiche delle *Standing Rules* del Senato).

<sup>65</sup> Questo è ricavabile anche dall'elenco delle *Cloture Motions* disponibile nella banca dati del Senato degli Stati Uniti (al sito istituzionale *Senate.gov*), nel quale si evince che nei procedimenti di nomina del Presidente con l'*advice and consent* del Senato (non solo quindi per quelli dei giudici della Corte Suprema), dopo la bocciatura della mozione di chiusura del dibattito segue un «message of withdrawal of nomination from the President».

<sup>66</sup> Per una spiegazione del funzionamento si veda O.G. HATCH, *How 52 Senators made 60 = 51*, in *Stanford Law & Policy Review online*, marzo 2014, pp. 9 ss., il quale così lo riassume: «*This method allows a simple majority to change Senate procedures by affirming or rejecting the presiding officer's interpretation of Senate rules*».

<sup>67</sup> Il tentativo è stato sventato solamente grazie all'accordo *bipartisan* tra alcuni senatori (c.d. *Gangs of 14*) che sottoscrissero un *Memorandum of Understanding on Judicial Nominations* con il quale si impegnarono, da un lato, a non sfruttare l'ostruzionismo durante la conferma delle nomine giudiziarie se non dinanzi "a casi eccezionali" e, dall'altro, ad impedire modifiche (per via formale o interpretativa) delle regole relative alla

democratica, davanti all'ostruzionismo dei repubblicani, i senatori attivarono la c.d. opzione nucleare. Grazie ad essa i democratici sono riusciti ad abolire, con la costituzione di un precedente assai rilevante, la regola relativa alla maggioranza necessaria per approvare la mozione di chiusura nel corso di tutti i procedimenti di conferma delle nomine presidenziali, eccetto però per quelli dei giudici della Corte Suprema<sup>68</sup>. Per tutti questi procedimenti, quindi, è ora sufficiente la maggioranza dei senatori presenti per porre termine alla discussione e procedere conseguentemente al voto.

Nel 2017, durante il procedimento per la conferma del Giudice della Corte Suprema Neil Gorsuch, la maggioranza (questa volta repubblicana) dinanzi all'ostruzionismo dei democratici, e dopo aver fallito l'approvazione della *Cloture motion*, ha invocato, anche su richiesta esterna dello stesso Presidente Trump<sup>69</sup>, l'utilizzo della c.d. opzione nucleare<sup>70</sup>.

Il 4 aprile 2017, infatti, il *leader* della maggioranza Mitch McConnell ha presentato una mozione di chiusura della discussione che è stata respinta con 55 voti. Successivamente, dopo una serie di passaggi parlamentari volti a cercare di far riconsiderare questa votazione, lo stesso senatore ha depositato una mozione d'ordine, con la quale chiedeva che il precedente stabilito dal Senato il 21 novembre 2013, che ha prescritto la maggioranza semplice per l'approvazione della mozione di chiusura per tutte le altre nomine presidenziali, dovesse trovare applicazione anche per la nomina dei giudici della Corte Suprema. Il Presidente del Senato ha respinto questa interpretazione, ritenendo che dovesse applicarsi la regola prevista dalla *Rule XXII* delle *Standing Rules* del Senato (ovverosia l'approvazione con il voto favorevole dei 3/5 dei senatori). Il senatore McConnell ha quindi impugnato la decisione del Presidente e quest'ultimo, di conseguenza, ha posto in votazione la questione se «Shall the decision of the Chair stand as the judgement of the Senate?». La richiesta, che è stata bocciata con 52 voti, ha quindi creato il nuovo precedente ai sensi del quale per l'approvazione della *Cloture*

---

maggioranza richiesta per porre fine al dibattito. Sul caso si vedano M. GERHARDT, R. PAINTER, *Extraordinary circumstances: The Legacy of the Gang of 14 and a Proposal for Judicial Nominations Reform*, in *University of Richmond Law Review*, n. 2012, pp. 969 ss.

<sup>68</sup> Si veda la ricostruzione di L. TESTA, *Trump, Justice Gorsuch e filibustering*, in *DPCE Online*, 2017, il quale sottolinea che «L'«opzione nucleare» del November 21 Precedent ha l'effetto, dunque, di modificare l'interpretazione della Rule XXII, senza un vero emendamento del suo testo, permettendo alla claudicante maggioranza democratica di salvare le nomine dell'ultimo scorcio della Presidenza Obama».

<sup>69</sup> Cfr. L. GAMBINO, B. JACOBS, D. SMITH, *Trump tells Republicans to use 'nuclear option' to confirm supreme court pick*, in *The Guardian*, 1 febbraio 2017.

<sup>70</sup> Cfr. L.P. VANONI, *Da Scalia a Gorsuch: la nomina dei giudici supremi tra «filibuster» e «nuclear option»*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 2/2017, pp. 405 ss.

*motion* è sufficiente la sola maggioranza semplice anche nei procedimenti di conferma dei giudici della Corte Suprema<sup>71</sup>.

Le vicende richiamate, oltre che probabilmente testimoniare che l'eliminazione delle regole per facilitare le nomine quando una forza politica ha la maggioranza non è sempre la cosa più saggia da fare, dimostrano un progressivo inasprimento dei rapporti tra le forze politiche<sup>72</sup> e del dibattito sulla nomina dei giudici<sup>73</sup> che, nella degenerazione del modello consensuale, ha consentito ai Presidenti di nominare con una risicata maggioranza giudici particolarmente schierati e divisivi<sup>74</sup>. Da quando è stata "abbattuta" la possibilità per le minoranze di esercitare l'ostruzionismo, infatti, i giudici sono stati confermati con uno stretto margine (Gorsuch 54-45, Kavanaugh 50-48, Coney Barrett 52-48, Brown Jackson 53-47) mentre prima di questo momento, oltre ai risalenti casi dei giudici Stanley Matthews (confermato nel 1881 con 24 voti favorevoli e 23 contrari) e Nathan Clifford (confermato nel 1858 con 26 voti favorevoli e 23 contrari), per avere una conferma di un giudice con una risicata maggioranza bisogna arrivare sino al 1991, quando il Senato confermò l'attuale giudice Clarence Thomas con 52 voti favorevoli e 48 contrari<sup>75</sup>.

---

<sup>71</sup> Dopo questi avvenimenti il Senato ha approvato una nuova mozione di chiusura (con 54 voti favorevoli) e si è così passati alla votazione sulla conferma del Giudice Neil Gorsuch. La prassi dell'approvazione della mozione di chiusura "a maggioranza" è stata poi riconfermata nel 2020, quando il Senato ha approvato con 51 voti la mozione nel corso del procedimento di nomina della giudice Coney Barrett, e nel 2022, quando ha approvato con 53 voti favorevoli la *Cloture Motion* durante la nomina della giudice Brown Jackson.

<sup>72</sup> La prova ne sarebbe anche l'uso stesso della c.d. *nuclear option*, che è stata sì impiegata anche in passato, seppur raramente, ma in relazione a decisioni piuttosto marginali. Come sottolinea G. HATCH, *How 52 Senators made 60 = 51*, cit., p. 12, l'opzione nucleare in passato è stata utilizzata per «*questions such as the precedence of certain motions over others or the relevance of certain material in legislative conference reports. None of those instances involved whether one number in the text of a Senate rule actually means another number altogether*».

<sup>73</sup> Come sottolinea A. SANDULLI, *La tentazione del Court-packing della Corte Suprema e i rischi per la democrazia statunitense*, cit., p. 6, «il ricorso alla *nuclear option* per la conferma delle nomine alla *Supreme Court* ha suscitato forte disagio e inasprito lo scontro politico». In merito T. LEIGH GROVE, *The Origins (and Fragility) of Judicial Independence*, cit., pp. 544 ss., segnala che l'abbandono del *filibuster* rappresenta l'ennesimo segnale dei rischi che incorre l'indipendenza della magistratura.

<sup>74</sup> Cfr. N.A. WILLIAMS, *Rejecting the Confirmation Process: Modern Standards for Investigating Nominees to the Supreme Court*, in *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, n. 1/2021, p. 322.

<sup>75</sup> I dati sulle votazioni sulla conferma dei Giudici sono reperibili sul sito istituzionale del Senato ([www.senate.gov](http://www.senate.gov)).

E proprio alla luce delle difficili questioni emerse in relazione all'introduzione del *life-term* e al *Court-packing*, che produrrebbero certamente considerevoli novità, una proposta più "conservatrice" e forse più praticabile potrebbe essere quella rilanciata poco tempo anche da Bruce Ackerman: «*Returning to a supermajority*» per ottenere il consenso del Senato<sup>76</sup>.

Nonostante una parte della dottrina ritenga in generale illegittima la regola dei 3/5 per l'approvazione della mozione di *Cloture*<sup>77</sup>, la reintroduzione della maggioranza di 60 voti per poter procedere alla votazione sulla conferma della nomina presidenziale potrebbe smussare l'eccessiva politicizzazione dei membri della Corte Suprema<sup>78</sup> cui si è assistito negli ultimi anni e portare altresì «*the president to nominate justices who can gain the support of centrists of both parties*»<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> B. ACKERMAN, *Op-Ed: Trust in the justices of the Supreme Court is waning*, cit.

<sup>77</sup> Per esempio J. CHAFETZ, *The Unconstitutionality of the Filibuster*, in *Connecticut Law Review*, n. 4/2001, pp. 1005 ss., sostiene fundamentalmente che l'ostruzionismo sia illegittimo perché impedirebbe l'approvazione di deliberazioni che la Costituzione prevede a maggioranza semplice e, pertanto, la necessità di votare con 60 voti a favore la chiusura del dibattito si pone in contrasto con il principio maggioritario. A partire da premesse simili, quindi, si ritiene del tutto legittima la modifica per via di prassi delle regole procedurali del Senato che prevedono maggioranze ulteriori da quelle stabilite dalla Costituzione. In questo senso sembrerebbero esprimersi M.B. GOLD, D. GUPTA, *The Constitutional Option to change Senate rules and procedures: a majoritarian means to overcome the filibuster*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, n. 1/2005, pp. 2015 ss. Sull'illegittimità del *filibuster* si vedano anche D.T. COETEN, *The Filibuster and the Framing: Why the Cloture Rule is Unconstitutional and What to Do About it*, in *Boston College Law Review*, n. 1/2014, pp. 39 ss., e A.L. RIZER III, *The Filibuster of Judicial Nominations: Constitutional Crisis or Politics as Usual?*, in *Pepperdin Law Review*, pp. 859 ss., il quale con diverse argomentazioni lo ritiene illegittimo solo per la conferma dei candidati agli organi giudiziari. Diversamente, sulla legittimità dello strumento si veda, per tutti, M.J. GERHARDT, *The Constitutionality of the Filibuster*, in *Constitutional Commentary*, vol. 21, 2004, pp. 482 ss., il quale osserva che la regola della maggioranza dei 3/5 per l'approvazione della *Cloture Motion* è del tutto legittima perché è la Costituzione stessa che garantisce al Senato di regolare la propria procedura interna (art. I, sec. 5) e perché, in ogni caso, si tratterebbe di una convenzione costituzionale.

<sup>78</sup> Si vedano in questo senso le considerazioni del prof. Richard Arenberg nell'intervista di A. MERRIT, *In Defense of the Filibuster: An Interview with Richard Arenberg*, in *Brown Political Review*, 17 novembre 2021.

<sup>79</sup> B. ACKERMAN, *Op-Ed: Trust in the justices of the Supreme Court is waning*, cit. Sul punto si veda anche P.D. OLIVER, *Assessing and Addressing the Problems Caused by Life Tenure on the Supreme Court*, cit., p. 21, il quale osserva che «*the filibuster could have the effect of somewhat depoliticizing Supreme Court appointments. Presidents might be forced to name more centrist Justices in order to win confirmation. Or, the President might work with the opposition*

Per reintrodurre la maggioranza dei 60 voti resta però uno scoglio da superare: la volontà politica comune tra i due schieramenti, che dovrebbero non solo accordarsi sul ripristino della regola, ancora formalmente prevista nella *Rule XXII*, ma dovrebbero trovare anche il modo di renderla stabile: si è visto, infatti, che finché essa trova spazio solo nelle *Standing Rules* del Senato la maggioranza potrebbe senza troppe difficoltà modificarla di nuovo. A tal proposito, si potrebbe immaginare di abolire in via generale il meccanismo della c.d. *nuclear option* (o comunque di renderlo utilizzabile solo con il consenso di maggioranze più elevate della maggioranza semplice) ovvero di prevedere espressamente l'impossibilità di modificare in via interpretativa la regola che stabilisce la maggioranza necessaria per superare l'approvazione della mozione di chiusura. Il punto di incontro tra le due forze politiche, che si sono sempre giovate all'occorrenza dell'ostruzionismo<sup>80</sup>, potrebbe essere rappresentato dalla circostanza che esse in questi anni si siano rese conto che rinunciare a nomine partigiane può preservare la Corte Suprema da nomine altrettanto partigiane realizzate dagli "avversari".

Da questo punto di vista non sono mancate, nemmeno in questo caso, posizioni dottrinali volte a ritenere, *de iure condendo*, opportuno introdurre direttamente nella Costituzione una maggioranza elevata per la conferma senatoriale dei giudici della Corte Suprema<sup>81</sup>. È pur vero che è stato sostenuto che una modifica di questo

---

*to name one Justice preferred by the President, and another more to the liking of the opposition».* Come sottolineano C. FISK, E. CHERMERINSKY, *In Defense of Filibustering Judicial Nominations*, in *Cardozo Law Review*, n. 2/2005, pp. 351 ss., infatti, «*In a constitutional system based on checks and balances, eliminating the filibuster would exacerbate the current bitterness in the ideological divide».* Per L.T. GORJANC, *The Solution to the Filibuster Problem: Putting the Advice Back in Advice and Consent*, in *Case Western Reserve Law Review*, n. 4/2004, pp. 1462 ss., invece, l'ostruzionismo andrebbe del tutto sradicato e per evitare nomine divisive ci si dovrebbe orientare verso il rafforzamento della funzione di *advice* del Senato, che si dovrebbe attuare mediante una più stretta comunicazione tra il Presidente e i senatori ostruzionisti.

<sup>80</sup> In merito si vedano E.A. POSNER, C.R. SUNSTEIN, *Institutional Flip-Flops*, in *Texas Law Review*, 2016, p. 511, I quali ricordano che «*when Republicans hold a majority of the seats in the Senate, many of them decry the use of the filibuster by the Democratic minority, claiming that it is antidemocratic; but when Republicans are in the minority, many of them claim that the filibuster is sanctioned by the Senate's traditions».*

<sup>81</sup> In questo senso, per esempio, il professor Richard Arenberg nell'intervista di A. MERRIT, *In Defense of the Filibuster: An Interview with Richard Arenberg*, cit., conclude la sua serrata critica al superamento della regola dei 60 voti per l'approvazione della mozione di *Cloture* in questi termini: «*If I could wave a magic wand and change the Constitution a little bit, I would require a supermajority for judicial nominations. You wouldn't have to filibuster them; it would be part of what was required. If you're going to put someone on the federal bench for life or until they decide to retire, unless they are subject to impeachment,*

calibro potrebbe privare la Corte di opinioni anche “estreme”. Non senza una certa retorica è stato infatti osservato che, nel recente passato, un’elevata maggioranza per la conferma dei giudici avrebbe privato la Corte della «ricchezza» delle «riflessioni di Ruth Ginsburg o di Antonin Scalia (le quali hanno costituito, negli ultimi decenni, su opposte parti della barricata, le espressioni più estreme del collegio giudicante)»<sup>82</sup>. A tal proposito, non va però dimenticato che anche questi due giudici, che certamente sono stati l’espressione di due diverse anime all’interno della *Supreme Court*<sup>83</sup>, devono la loro nomina a maggioranze schiacciante in sede di *advice and consent* del Senato<sup>84</sup>.

Pretendere quindi che vi sia un largo consenso per l’approvazione della nomina presidenziale, quale che sia il mezzo utilizzato per introdurre tale regola, non fa certamente venir meno l’autorevolezza di alcuni componenti della Corte e la pluralità delle opinioni – sia quelle più strettamente giuridico costituzionali, sia quelle latamente politiche – in essa espresse.

In conclusione, oltre all’opportunità di ripristinare quantomeno le regole relative alla conferma dei giudici della Corte, le altre riforme ipotizzate sembrano per le ragioni anzidette più complicate da portare a termine. Questo non significa però che questo dibattito sia inutile. Non è detto infatti che anche solo la semplice proposta di alcune modifiche, e la discussione pubblica e politica che ne può scaturire, non possa avere degli effetti sulla Corte Suprema e sulla possibilità che questa possa modificare il proprio orientamento politico-costituzionale<sup>85</sup>.

Dopotutto sono in molti a ritenere che anche la minaccia del *Court-packing* da parte di Roosevelt nel 1937 abbia giocato un ruolo fondamentale nel riposizionamento di alcuni giudici all’interno della Corte, con il conseguente cambio di atteggiamento della stessa e la sostanziale “approvazione” del *new-*

---

*then it's not such a bad thing to have a system that requires both parties to have some leverage on these nominations».*

<sup>82</sup> A. SANDULLI, *Il Presidente Biden e la riforma della US Supreme Court*, in LUISS Open, 9 settembre 2021.

<sup>83</sup> Sulle opinioni dei due giudici si vedano rispettivamente M. D’AMICO, *The legacy of Ruth Bader Ginsburg*, in *Rivista AIC*, n. 4/2021, pp. 138 ss. e G.F. FERRARI, *Nino Scalia: analisi giurisprudenziale del pensiero di un giudice conservatore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3/2016, pp. 1191 ss.

<sup>84</sup> Scalia è stato confermato con 98 voti favorevoli e nessun contrario; Ginsburg con 96 voti favorevoli e 3 contrari.

<sup>85</sup> Come ricorda A. SANDULLI, *La tentazione del Court-packing della Corte Suprema e i rischi per la democrazia statunitense*, cit., p. 12, in effetti anche «la nomina della Commissione di riforma potrebbe rappresentare una sorta di pressione esterna sui giudici della *Supreme Court*, mirante a veder attenuate le posizioni ostruzionistiche per evitare eventuali riforme. D’altra parte, il desiderio di ogni presidente è quello di proteggere la propria amministrazione, addomesticando, con ogni mezzo, la Corte Suprema».

*deal*<sup>86</sup>. In fin dei conti forse Roosevelt non sbagliava a ritenere di aver «perso la battaglia ma vinto la guerra»<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> In questo senso si vedano, per esempio, B. CUSHMAN, *Court-Packing and Compromise*, cit., p. 27, J.L. CARSON, B.A. KLEINERMAN, *A switch in time saves nine: Institutions, strategic actors, and FDR's court-packing plan*, cit., pp. 317 ss., S.O. KLINE, *Revisiting FDR's Court Packing Plan: Are the Current Attacks on Judicial Independence so Bad?*, in *McGeorge Law Review*, n. 3/1999, pp. 866 ss., G.A. CALDEIRA, *Public Opinion and The U.S. Supreme Court: FDR's Court-Packing Plan*, in *The American Political Science Review*, n. 4/1987, p. 1150, il quale osserva che «*Supreme Court outmaneuvered the president*» e davanti alla «minaccia» di Roosevelt «*The Court wisely chose to give up on the substantive issues and preserve its structural integrity*».

<sup>87</sup> Come riporta, tra gli altri, W.E. LEUCHTENBURG, *Franklin D. Roosevelt's Supreme Court "Packing" Plan*, in H.F. HOLLINGSWORTH, W.F. HOLMES (a cura di), *Essays on the New Deal*, University of Texas Press, Austin, 1969, p. 109.