

A12

---

83



Arianna Carminati

# La scomposizione del Potere dello Stato

*Osservazioni sull'ordinamento  
nordamericano*



Copyright © MMV  
ARACNE editrice S.r.l.

[www.aracneeditrice.it](http://www.aracneeditrice.it)  
[info@aracneeditrice.it](mailto:info@aracneeditrice.it)

via Raffaele Garofalo, 133 A/B  
00173 Roma  
(06) 93781065

ISBN 88-548-0107-0

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,  
di riproduzione e di adattamento anche parziale,  
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie  
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: maggio 2005

## Indice

Introduzione	pag.	7
<b>Capitolo Primo</b>		
<b>La separazione dei poteri secondo la Corte suprema</b>		
1. Il dato costituzionale di partenza	pag.	19
2. La giurisprudenza della Corte suprema che applica il principio della separazione dei poteri	“	26
a) Il <i>leading case</i> in tema di separazione dei poteri: <i>Youngstown Sheet and Tube co. v. Sawyer</i>	“	26
b) La Corte applica il principio della separazione dei poteri e annulla il <i>legislative veto</i> nel caso <i>I.n.s. v. Chaddha...</i>	“	34
c) ...e specularmente annulla il <i>line item veto</i> nel caso <i>Clinton v. New York</i>	“	45
d) Le prime sentenze della Corte suprema sull' <i>appointments clause</i>	“	52
e) Le “oscillazioni” della Corte suprema nelle controversie sulle nomine tra interpretazione formalistica e interpretazione funzionale	“	60
f) La garanzia di una sfera di autonomia “politica” spettante al Presidente degli Stati Uniti e la “difesa” delle pronunce giudiziali dall’inerzia dei procuratori federali	“	71
3) Le controversie in materia di attribuzioni degli organi costituzionali preliminarmente rigettate dalla Corte suprema	“	86
a) l’utilizzo della <i>standing doctrine</i>	“	86
b) la clausola delle <i>political questions</i>	“	95
<b>Capitolo Secondo</b>		
<b>Attenuazione “genetica” del principio di competenza tra gli organi di indirizzo politico e prassi</b>		
1. I rapporti di collaborazione tra governo e Congresso nel procedimento legislativo	pag.	105
2. La convivenza del potere di nomina del Presidente con l' <i>advice and consent</i> del Senato	“	116
3. Prime valutazioni sulla collaborazione istituzionale nel sistema nordamericano dei <i>three co-equal branches</i>	“	133
Bibliografia	pag.	145



## Introduzione

La Costituzione nordamericana non contempla espressamente il principio della separazione dei poteri, ma esso è ugualmente deducibile con certezza dai primi tre articoli del testo elaborato dalla Convenzione di Filadelfia che, con la formula delle *vesting clauses*, attribuisce i poteri legislativo, esecutivo e giudiziario rispettivamente al Congresso, al Presidente, alla Corte Suprema e alle corti federali inferiori istituite dal Congresso. La forma di governo degli Stati Uniti rappresenta un punto di vista privilegiato dal quale guardare al principio della separazione fra i poteri<sup>1</sup>: la struttura costituzionale che regge l'ordinamento federale nordamericano è convenzionalmente definita "duale" o "dualista" per la simultanea presenza di due centri di potere (il Presidente e il Congresso) non legati da rapporto fiduciario, ugualmente concorrenti nella definizione dell'indirizzo politico della Federazione.

---

<sup>1</sup> Sul principio della separazione dei poteri nella dottrina italiana, per il periodo statutario, v. ROSSI L., *Poteri (divisione dei)*, in *Nuovo digesto italiano*, Torino, 1939, p. 100 s.; MARANINI G., *La divisione dei poteri e la riforma costituzionale*, Venezia, 1928; CRISAFULLI V., *Alcune considerazioni sulla teoria degli organi dello Stato*, Modena, 1938. Per il periodo repubblicano v. SILVESTRI G., *La separazione dei poteri*, voll. I e 2, Milano 1979 e 1984; *Id. Poteri dello stato (divisione dei)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIV, Milano, 1985 p. 670 s.; MODUGNO F., *Poteri (divisione dei)*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1996, XIII, p. 472 s.; CERRI A., *Poteri (divisione dei)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXIII, Roma, 1990; BOGNETTI G., *La divisione dei poteri. Saggio di diritto comparato*, Milano, 2001; ARCIDIACONO L., *La caratterizzazione dei poteri oltre la loro divisione nella esperienza costituzionale repubblicana*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Sebastiano Cassarino*, Padova, 2001, p. 47 s.; CERETI C., *Separazione e integrazione dei poteri dello Stato*, in AA. VV., *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente*, Vallecchi ed., 1969, IV vol., p. 114 s.; BONFIGLIO S., *Separazione dei poteri, forma di governo e sistema partitico. Note su alcune recenti elaborazioni della dottrina italiana*, in *Il politico*, 1992, p. 35 s.; LUATTI L. (a cura di), *L'equilibrio tra i poteri nei moderni ordinamenti costituzionali*, Torino 1994 ; DE MARCO E., *Valore attuale del principio della divisione dei poteri*, in *Riv. amm. della Rep. it.*, 1996, p. 1247 s.; BOVERO M., *La confusione dei poteri, oggi*, in *Teoria politica*, 1998, p. 3 s.; BARBERIS M., *Divisione dei poteri e libertà da Montesquieu a Constant*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2001, p. 83 s.; GUASTINI R., *Separazione dei poteri o divisione del potere?*, in *Teoria politica*, 1998, p. 25 s.; DI GIOVINE A., *Le tecniche del costituzionalismo del '900 per limitare la tirannide della maggioranza*, in BRAVO G.M. (a cura di), *La democrazia tra libertà e tirannide della maggioranza nell'Ottocento (Atti della X Giornata Luigi Firpo)*, Torino, 29-30 maggio 2003), Olschki, 2004.

Questa caratteristica deriva dal fatto che i due organi di indirizzo sono, per il profilo strutturale, reciprocamente indipendenti, avendo entrambi origine nell'elezione popolare e restando in carica fino a fine mandato, quando eventualmente potrebbero essere chiamati a rispondere del loro operato davanti al corpo elettorale. Non fa eccezione il potere del Congresso di porre in stato d'accusa e di giudicare il Presidente, poiché la procedura di *impeachment* è azionabile solo per fare valere la responsabilità giuridica nei casi di alto tradimento, corruzione e altri gravi crimini o illeciti, rappresentando semmai una deroga alla competenza dei giudici ad esercitare la funzione giurisdizionale.

Tuttavia, dalla semplice lettura delle *vesting clauses* risulta anche immediatamente evidente che su ciascuna area funzionale (del potere legislativo, esecutivo e giudiziario) non gravita solo il soggetto al quale è istituzionalmente attribuito l'esercizio della funzione stessa, ma alcuni "segmenti" di essa vengono conferiti a soggetti che sono specificamente investiti di un'altra funzione. Così, nell'esercizio della funzione legislativa riconosciuta al Congresso, si inserisce il potere presidenziale di sottoscrivere le leggi o ogni altro atto deliberato dalle due Camere e la connessa facoltà del Presidente di porre il veto, che obbliga ciascuna assemblea a riconsiderare il provvedimento e a votarlo nuovamente a maggioranza dei due terzi se non intende ritirarlo. D'altro canto il Presidente deve trovare un'intesa (*advice and consent*) con il Senato prima di procedere alla stipula dei trattati internazionali o alle nomine degli alti funzionari e dei giudici della Corte Suprema.

A queste interferenze costituzionalmente previste di un organo nella sfera di un altro organo i Padri Fondatori sentirono il bisogno di dare un nome diverso da quello della separazione dei poteri, e ciò sebbene lo stesso Montesquieu già avvertisse nell'*Esprit des lois* che il principio della separazione dei poteri realizza il suo obiettivo quando, una volta distribuito, il potere può arrestare il potere (e non richiede dunque una divisione assoluta, ma invece anche necessariamente qualche forma di intromissione). Essi guardarono a questo aspetto della forma di governo come ad una diversa dottrina, la isolarono concettualmente e la chiamarono teoria dei *checks and balances*.

*Separation of powers* e *checks and balances* sono modalità strutturali e procedimentali necessarie entrambe, nel loro operare congiunto e simultaneo, per realizzare lo scopo di preservare le libertà e impedire che il potere statale si faccia autoritario, ma sono anche l'applicazione ordinamentale di forze uguali e contrarie tese a distinguere o, viceversa, a mescolare le rispettive attività.

Secondo Giuliano Amato le due rivoluzioni di fine settecento (quella americana e quella francese) hanno entrambe prodotto la separazione dei poteri ma, avverte, “*non è , nei due casi, la stessa separazione dei poteri e... nel concetto che sembra comune, si annidano due accezioni profondamente diverse. Quella che nasce dalla rivoluzione francese e che si radica poi nel Continente europeo intende la separazione come divisione di un unico potere che si tratta di ripartire, ma che avrà dentro di sé la inesorabile tendenza a ricomporsi; il che ... porta a permettere al più una divisione tra potere sommo e sovrano e dei sottopoteri di esso. L'altra è la separazione dei poteri nella quale i poteri sono in principio divisi, diversi, e non le derivate di un unico potere che con essa si cerchi di fare a pezzi*”<sup>2</sup>.

I Padri Costituenti tracciarono la forma di governo per il nuovo Stato federale riproducendo le strutture costituzionali del governo misto, ma esse risultarono trasfigurate dall'operare della regola dell'elettività di tutte le cariche, che le riempì di nuovi contenuti. Nella forma di governo presidenziale il principio della sovranità popolare venne infatti esaltato al massimo grado. Dal fatto che entrambi gli organi politici siano legittimati attraverso il consenso espresso dal medesimo corpo elettorale, discese, come naturale conseguenza, che essi vennero posti su un piano equordinato: la caratteristica rappresentatività diretta del Congresso e del Presidente li ha dotati di un'identica forza politica da “spendere” poi nei loro reciproci rapporti, nell'esercizio delle funzioni, dove, occorre ribadirlo, al principio di separazione si affianca quello dell'interferenza. In base a questa premessa si spiega perché il problema principale dei *Founding Fathers* non fu tanto quello di suddividere il potere, ma piuttosto di mettere in relazione fra loro gli organi costituzionali, attraverso un sistema adeguato di pesi e contrappesi, senza rinunciare alla loro divisione.

Per comprendere le dinamiche della forma di governo nordamericana non si può ovviamente prescindere dal contesto politico e partitico: come osserva Elia, per effetto dell'universalizzazione del suffragio elettorale “*le forme di governo dello stato democratico non possono più essere né classificate né studiate, anche dal punto di vista giuridico, prescindendo dal 'sistema dei partiti'*”<sup>3</sup>. Bisogna perciò considera-

---

<sup>2</sup> Cfr. AMATO G., *Il dilemma del principio maggioritario*, in *Quaderni costituzionali*, 1994, p. 175.

<sup>3</sup> ELIA L., *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, Milano, 1970, p. 634 s., p. 638.

re che i partiti politici, negli Stati Uniti, presentano una configurazione differente da quella dei partiti europei e soprattutto, diversamente da quelli europei, i partiti nordamericani non sono mai riusciti a monopolizzare la scena politica, che risulta invece costellata da gruppi di interesse, *lobbies*, associazioni e dagli stessi Stati dell'Unione, tutti soggetti che svolgono insieme e accanto ai partiti la funzione di catalizzatori di consenso elettorale e perciò si accreditano a loro volta come interlocutori delle istituzioni centrali<sup>4</sup>. L'apparente semplicità della vita politica nordamericana, nella quale si fronteggiano sostanzialmente due soli partiti (il partito democratico e quello repubblicano), cela in verità una situazione assai più complessa e multiforme che poi si trasfonde nelle sedi istituzionali, in particolare al Congresso, dove la disciplina di partito non sempre riesce a condizionare i voti dei parlamentari e ogni deliberazione è circondata da notevole incertezza, potendo produrre risultati inattesi.

La partecipazione politica, in questo ordinamento, non è tanto ottenuta attraverso i partiti, ma si esprime prevalentemente attraverso altri canali, primo fra tutti il particolare procedimento di selezione dei candidati alle competizioni elettorali (comprese le Presidenziali) che valorizza il principio democratico attraverso l'istituzionalizzazione delle c.d. primarie.

Nella forma di governo presidenziale nordamericana, la logica della scomposizione del potere caratterizza anche il sistema elettorale, che prevede scadenze differenziate per l'istituzione presidenziale (ogni quattro anni) e il Congresso (ogni due) ed esclude la possibilità di elezioni contestuali<sup>5</sup>. In seguito a modifica costituzionale<sup>6</sup>, inoltre, è

---

<sup>4</sup> Sui partiti politici dell'ordinamento statunitense v. ROSSANO C., *Partiti e parlamento nello Stato contemporaneo*, Napoli, 1972, PANEBIANCO A., *Modelli di partito*, Bologna, 1982, LIJPHART A., *Le democrazie contemporanee*, Bologna, 1988, LIPSET S.M.-ROKKAN S., *Cleavage structures, party systems and voter alignments: an introduction*, in LIPSET S.M.-ROKKAN S. (a cura di), *Party system and voter alignments*, New York, 1967; RAE D., *The political consequences of electoral law*, New Haven, 1967; ROKKAN S., *Cittadini, elezioni, partiti*, Bologna, 1982.

<sup>5</sup> Osserva Ackerman, a questo proposito: "Considerando [la separazione dei poteri] come dottrina della **legittimità politica**, i suoi sostenitori convergono intorno a un'unica proposizione normativa. Negano che una singola vittoria elettorale sia sufficiente per investire il movimento politico vincente di una piena autorità legislativa. Questa proposizione genera uno dei tratti più distintivi della separazione dei poteri: il fatto che diversi poteri legislativi operano in base a scadenze elettorali sfalsate" (v. ACKERMAN B., *La nuova separazione dei poteri. Presidenzialismo e sistemi democratici*, Roma, 2003, p.13).

stato previsto che dopo due mandati la stessa persona non possa nuovamente ricoprire la carica presidenziale: anche questo divieto costituisce un freno alla concentrazione del potere, che in questo caso deriverebbe dal fatto che un'unica persona potrebbe altrimenti detenere il mandato presidenziale troppo a lungo, favorendo astrattamente derive plebiscitarie. A sua volta il Congresso si presenta suddiviso in due Camere caratterizzate da una rappresentatività molto diversa: la Camera dei rappresentanti, che è espressione dell'intero corpo elettorale; il Senato federale nel quale siedono due rappresentanti per Stato, a prescindere dalla sua consistenza demografica. Dalla differente rappresentatività delle due Assemblee legislative può derivare che esse esprimano, nella stessa legislatura, maggioranze diverse e che per effetto del bicameralismo perfetto siano costrette ugualmente a collaborare.

Va infine considerato che fin dalle sue origini questo sistema divide il potere anche lungo l'altro asse, quello verticale fra distinti livelli di governo, dando vita ad una struttura statale autenticamente federale. Questa duplice scomposizione era ben chiara ai costituenti e fortemente voluta, come traspare dalle parole di Madison, in un noto passaggio del *paper* n. 51 del *Federalista*: *“in una repubblica unitaria tutti i poteri, ai quali il popolo rinuncia, vengono affidati ad un solo governo, e ci si salvaguarda dai possibili ed eventuali abusi dividendo tale governo in vari dicasteri e vari organi separati e distinti. Nella repubblica federale d'America, avviene che il potere cui il popolo rinuncia sia prima diviso tra due diversi sistemi costituzionali, indi, nell'ambito di ciascuno di essi, nuovamente suddiviso in vari settori ed organi. Di qui la doppia garanzia di libertà per il popolo”*<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Il XXII emendamento alla Costituzione, approvato nel 1951, dispone infatti: “No person shall be elected to the office of the President more than twice, and no person who has held the office of President, or acted as President, for more than two years of a term to which some other person was elected President shall be elected to the office of President more than once”.

<sup>7</sup> Cfr. A. HAMILTON- J. MADISON, *paper* n. 51 in HAMILTON A.-MADISON J.-JAY J., *Il Federalista*, (ed. originale New York-Mc. Lean, 1788), ed. italiana a cura del Mulino, Bologna, 1997, p. 459. L'intreccio della separazione dei poteri fra gli organi dello Stato federale, con quella fra Stato federale e i singoli Stati dell'Unione rappresentò, secondo Lucarelli, la preoccupazione principale dei costituenti all'atto di definire la forma di governo in Costituzione (V. LUCARELLI A., *Teorie del Presidenzialismo. Fondamento e modelli*, Padova, 2000). L'autore sottolinea, infatti, che essi concentrarono i loro sforzi per salvaguardare la forma di Stato (uno Stato federale unitario che si sostituiva alla precedente Confederazione), rispetto alla quale il governo fe-

È dunque alla luce di tutti questi fattori che stati brevemente richiamati (le due dottrine della *separation of powers* e dei *checks and balances*, nell'accoglimento consapevole e sinergico che venne loro dato fin dalle origini dell'ordinamento federale; il sistema partitico e il complessivo contesto politico nel quale gli organi di governo operano; il sistema elettorale che prevede scadenze differenti per ciascuno degli organi politici; infine il riparto verticale delle competenze, tra Stato federale e singoli Stati dell'Unione) che si comprende perché dottrina, giurisprudenza e, quel che è più importante, gli stessi organi costituzionali dell'ordinamento nordamericano si sono persuasi che il potere da ciascuno esercitato non è né diviso, né unito, ma *shared*, condiviso.

Quanto al potere giudiziario, invece, il rapporto di separazione e interferenza che intercorre tra questo ramo dell'ordinamento con il potere legislativo e quello esecutivo sembrerebbe ispirarsi ad un principio esattamente contrario a quello che ispira i rapporti fra i poteri politici: mentre infatti l'esercizio dell'attività giurisdizionale si svolge in un regime di piena separazione dagli altri due poteri (non essendo ipotizzate forme di veto o canali formali di consultazione con gli organi politici), la Costituzione costruisce interferenze, per così dire, "a monte" di tale esercizio, dato che il Congresso condiziona con le sue leggi l'assetto delle corti federali e traccia l'area della loro giurisdizione, mentre il Presidente (con il Senato) provvede alle nomine dei giudici.

---

derale si collocava in posizione servente. La scelta per la forma di governo presidenziale deriverebbe da questa preoccupazione, e cioè dalla necessità di garantire un governo centrale forte, retto da una sola persona. I membri della Convenzione di Filadelfia erano consci del fatto che l'impossibilità di governare, a livello centrale, avrebbe rappresentato un problema non soltanto in sé, ma anche per le sue ricadute sul piano dei rapporti fra Stato federale e singoli Stati membri (uno Stato centrale debole avrebbe infatti favorito il rafforzamento dei governi locali e le spinte autonomiste) e quindi ancora sul versante della distribuzione del potere, lungo il suo asse verticale. Pensarono perciò di contenere questo rischio con il presidenzialismo. Si è detto, tuttavia, che questa forma di governo, pur enfatizzando la carica del Presidente, che è posto al centro del sistema e al quale spetta formulare la sintesi politica dell'attività di governo, assegna parimenti al Congresso importanti compiti istituzionali, primo fra tutti il potere di legiferare. È pertanto evidente che la collaborazione istituzionale non è, in questa situazione, solo un'esigenza del governo federale per l'efficiente adempimento dei suoi compiti ma può avere importanti riflessi anche sulla generale tenuta di un ordinamento contrassegnato da una forte autonomia dei singoli Stati, qual è l'ordinamento statunitense. Per una comparazione tra il sistema federale nordamericano e il modello regionale italiano dopo la riforma del Titolo V della Costituzione v. GORLANI M., *Articolazioni territoriali dello Stato e dinamiche costituzionali*, Milano, 2004.

La premessa teorica da cui partire nel valutare il significato, in termini di equilibri istituzionali, della nomina politica dei giudici, è espressa nelle pagine del *Federalist*: “*Alla base di quella separazione e distinzione dei vari poteri che viene (...) ammessa da tutti come essenziale garanzia di libertà, è la necessaria autonomia di volere di ciascun potere, cosicché i membri di ciascun settore intervengano il meno possibile nella nomina dei membri degli altri settori*”. Un’applicazione rigida del principio richiederebbe pertanto che “*ogni nomina alle supreme cariche esecutive, giudiziarie e legislative del paese dovrebbe risalire alla medesima fonte di autorità, vale a dire al popolo, attraverso sistemi d’elezione diversi e indipendenti l’uno dall’altro*”<sup>8</sup>.

Il disegno è chiarissimo e consapevolmente tracciato, “*Tuttavia il mettere in pratica un progetto del genere implicherebbe notevoli difficoltà ed ulteriori spese. Si dovranno, pertanto, ammettere delle eccezioni al principio generale. Specialmente nella formazione dei quadri giudiziari potrebbe divenire inopportuno l’insistere eccessivamente su una rigida attuazione della norma: in primo luogo perché i titoli e le qualifiche speciali che sono essenziali ai magistrati impongono che la prima e fondamentale considerazione sia quella di cercare un sistema di nomina che garantisca tali titoli; in secondo luogo perché il carattere delle cariche in questione non tarderà a distruggere ogni senso di sottomissione rispetto all’autorità che le avrà conferite*”<sup>9</sup>. Ed ecco come, in modo differente rispetto alla costruzione della nostra forma di governo, il sistema costituzionale americano da un lato non rinuncia all’elezione diretta e temporalmente differenziata del Congresso e del Presidente e quindi alla loro indipendenza soggettiva, ma dall’altro lato consegna nelle mani degli organi politici il potere di nomina dei giudici, senza però per ciò solo ritenere di affievolire impropriamente l’indipendenza del potere giudiziario.

I *Founding Fathers* avvertono in realtà, più di ogni altra, la necessità di garantire che i futuri magistrati possiedano conoscenze giuridiche e capacità tecniche, per questo rinunciano alla regola cardine dell’elezione popolare. Non pensano però di sostituirla con il metodo del concorso: la selezione per esami metterebbe il giudiziario al riparo

---

<sup>8</sup> Cfr. A. HAMILTON- J. MADISON, *paper* n. 51, in HAMILTON A.-MADISON J.-JAY J., *Il Federalista* cit. p. 457.

<sup>9</sup> Cfr. A. HAMILTON- J. MADISON, *paper* n. 51, in HAMILTON A.-MADISON J.-JAY J. *Il Federalista* cit., p. 457.

dall'ingerenza degli altri due poteri, ma a costo di creare un'eccessiva distanza tra il corpo elettorale e l'intera magistratura e di perdere quella "empatia" verso *the People of United States*<sup>10</sup> che invece, nel pensiero del costituzionalismo nordamericano, tutti i poteri devono comunque avere.

L'investitura del potere di selezionare il corpo giudicante ricade perciò sugli organi di governo ed è perfettamente confacente con l'idea, sottesa, secondo la quale anche i giudici sono chiamati ad elaborare e realizzare una "propria politica"; idea che matura a sua volta grazie all'accettazione consapevole del fatto che la funzione giurisdizionale non dev'essere considerata in principio neutra ma, come avviene per le altre funzioni pubbliche, andrà semmai neutralizzata attraverso il sistema costituzionale dei pesi e contrappesi.

Se la garanzia del *life tenure* porta poi a temperare in larga parte la dipendenza dei giudici nominati rispetto ai poteri politici che li hanno scelti<sup>11</sup>, il potere del Congresso che discende dall'art. III, sez. 1 della Costituzione, di creare e sopprimere le corti federali (ad eccezione della Corte suprema), di disciplinare l'area della loro giurisdizione (escludendola per certe fattispecie o limitando il tipo di provvedimenti che il giudice può ordinare), di investire *non article III courts* (giudici speciali secondo la nostra concezione) del potere di decidere determinate controversie, rappresenta sulla carta un'arma dal potenziale enorme, la cui sola minaccia potrebbe condizionare, pur in assenza, come si è detto, di interferenze dirette, l'esercizio in concreto della funzione giurisdizionale.

Per chi guarda a quell'ordinamento con occhi rivolti al nostro sistema costituzionale, l'inquadramento del giudiziario all'interno

---

<sup>10</sup> Per richiamare le parole del preambolo della Costituzione degli Stati Uniti. In dottrina è stato osservato, con riferimento al processo di nomina dei giudici della Corte Suprema, che "*the constitutional plan insulates the Court only to a certain extent. The Constitution makes the Court responsive to popular sentiment as well. The desire for responsiveness is reflected in a selection process in which the President and the Senate play crucial and mutually constraining roles. The Constitution responds to the risk that a Court whose members serve for life may grow too far out of touch with societal convictions. The Constitution ensures that the Court will in a certain sense be attuned to the prevailing interpretive aspirations of the public at large*" (cfr. STRAUSS D.A.-SUNTEIN C.R., *The Senate, the Constitution and the Confirmation Process*, in *Yale Law Journal*, 1992, p. 1491 s., p. 1504).

<sup>11</sup> Va tuttavia osservato che la carriera dei magistrati rimane pur sempre legata agli organi politici che gestiscono, sempre grazie al potere di nomina, l'assegnazione degli incarichi giudiziari.

dell'ordinamento nordamericano risulta ulteriormente complicato dal fatto che non sono i magistrati ad esercitare l'azione penale, ma è un organo dell'esecutivo, l'*Attorney General*, figura chiave dell'amministrazione presidenziale, al quale fanno capo i diversi uffici distrettuali dei procuratori federali<sup>12</sup>. Questo dato si arricchisce inoltre della constatazione che il sistema processuale nordamericano non accoglie il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale<sup>13</sup>, il che determina una selezione politica (perciò rimessa all'esecutivo) dei reati da perseguire e l'indicazione delle fattispecie di illeciti ai quali l'attività repressiva dello Stato darà priorità diventa un aspetto decisivo del programma di governo del Presidente.

Assoggettato, in materia penale, all'attività di impulso degli *attorneys* dell'esecutivo, il potere giudiziario nell'ordinamento nordamericano potrebbe apparire più debole di quanto non accada in altri ordinamenti (per la verità non molti<sup>14</sup>), come ad esempio quello italiano, nei quali il pubblico ministero è figura di magistrato indipendente, incardinato nel giudiziario e soggetto all'obbligo dell'azione penale.

E tuttavia la realtà dei fatti smentisce queste previsioni: l'opinione di gran lunga prevalente fra gli osservatori, e specialmente quelli stra-

---

<sup>12</sup> Questa sistemazione delle competenze, con riferimento alla funzione requirente, si deve al legislatore ordinario. La Costituzione nordamericana, infatti, non spiega a quale potere (esecutivo o giudiziario) spetti la competenza in materia di esercizio dell'azione penale. Il dato storico (sintetizzato da TRIBE L.H., *American Constitutional Law*, New York, 2000, p. 696 s.) porta anch'esso ad evidenziare come non fosse affatto scontata la scelta del legislatore di incardinare presso l'esecutivo l'ufficio dei procuratori legali, per sottoporli al controllo e alle direttive presidenziali. Parte della dottrina (v. GWYN W., *The indeterminacy of the separation of powers and the federal courts*, in *57 George Washington Law Review*, 1989, p. 474 s.; LOEWENSTEIN A.B., *Judicial review and the limits of prosecutorial discretion*, in *38 American Criminal Law Review*, 2001, p. 351 s.; KRENT A.J., *Executive control over criminal law enforcement: some lessons from history*, in *38 American Law Review*, 1989, p. 275 s.) insiste proprio su questi elementi per negare che la funzione requirente non possa mai, in ogni caso, essere staccata dal Presidente e difende scelte alternative, che sono non solo possibili, ma anche opportune in certe circostanze (v. oltre il caso MORRISON V. OLSON).

<sup>13</sup> Per una prima analisi sul significato dell'art. 112 della nostra Costituzione che prescrive il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale v. FRAU M., *La Costituzione e il sistema processuale penale*, in FRAU M.-GIACOBBE G., *Applicazione della legge penale e regole costituzionali. Un'introduzione*, Brescia, 2003.

<sup>14</sup> Per una rassegna sulle diverse esperienze europee in materia di configurazione costituzionale del potere giudiziario, v. GAMBINO S. (a cura di), *La magistratura nello Stato costituzionale. Teorie ed esperienze a confronto*, Milano, 2004; GUARNIERI C.-PEDERZOLI P., *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Bari, 2002.

nieri, è che il giudiziario americano sia un potere straordinariamente forte, davvero *co-equal branch* rispetto ai poteri legislativo ed esecutivo. Non è stata, ovviamente, una sola causa a produrre questo esito che, da un punto di vista costituzionale, è decisivo e che per molti ordinamenti rappresenta tuttora, nonostante gli sforzi e i progetti di riforma, un'aspirazione non ancora pienamente realizzata.

Fra queste cause, molte sono davvero irriproducibili, perché appartengono alla storia e alla cultura di quel Paese e sono alla base di un sentimento di accettazione e rispetto del ruolo del giudice, diffuso nella coscienza sociale e fra gli stessi organi di governo. Si tratta di una precondizione essenziale per il buon funzionamento di un ordine, come quello giudiziario, che non può trarre forza dal periodico confronto con il corpo elettorale e che però della legittimazione popolare, anche se espressa in forme diverse dal voto, ha ugualmente bisogno.

Esistono però anche cause di natura propriamente giuridica, alle quali si può guardare con l'intento di comprendere le ragioni della "forza" dell'ordinamento giudiziario nell'ordinamento statunitense. È dall'organizzazione costituzionale complessiva dei poteri nell'ordinamento nordamericano che, ancora una volta, è possibile trarre insegnamenti importanti. Quella sistemazione dice, innanzi tutto, che a partire dal 1803, con la sentenza *MARBURY V. MADISON*<sup>15</sup>, insieme alla rigidità costituzionale e come corollario di essa venne affermato il potere dei giudici di interpretare ed applicare in ultima istanza la Costituzione, eventualmente invalidando gli atti degli organi costituzionali (comprese le leggi) che fossero in contrasto con essa (c.d. *judicial review*). L'intangibilità della Costituzione, anche ad opera del legislatore, e affidata alla tutela del giudiziario ebbe importanti implicazioni in relazione al principio della separazione dei poteri: da un lato, in termini generali, il riparto delle competenze fra gli organi costituzionali tracciato in Costituzione poté da quel momento beneficiare della stessa rigidità che veniva assicurata all'intera legge fondamentale<sup>16</sup>. In secondo luogo, mentre rendeva giustiziabile la separa-

---

<sup>15</sup> *Marbury v. Madison, Secretary of State of United States*, 5 U.S. 137 (1803).

<sup>16</sup> Marshall parte dalla constatazione che "The people have an original right to establish, for their future government, such principles as, in their opinion, shall most conduce to their own happiness, is the basis on which the whole American fabric has been erected"; indica poi le caratteristiche del potere costituente "The exercise of this original right is a very great extension; nor can it, nor ought it, to be frequently repeated" e del suo prodotto "The principles, therefore, so established, are deemed fundamental. And as the authority from which they proceed is supreme, and can seldom

zione dei poteri, la sentenza *MARBURY V. MADISON* contestualmente creava una nuova competenza in capo al giudiziario, che la Costituzione non prevedeva espressamente, quella di sanzionare l'illegittimità costituzionale degli atti degli altri due organi della struttura costituzionale federale.

E siccome fra i motivi di illegittimità costituzionale era compreso, come si è detto, anche il mancato rispetto della distribuzione delle competenze da parte degli organi supremi, i giudici divennero da quel momento gli arbitri dei conflitti costituzionali, legittimati a dire, per ogni attribuzione contestata, *what the law is*. Va osservato, inoltre, che il potere giurisdizionale delle corti federali in materia di controlli costituzionali non può nemmeno essere intaccato dal potere del Congresso di tracciare con legge l'area della loro giurisdizione, secondo quanto afferma sul punto la giurisprudenza consolidata della Corte suprema. La discrezionalità del legislatore prevista dalla Costituzione in materia di strutturazione delle corti e di definizione della giurisdizione federale, incontra infatti il limite delle controversie di natura costituzionale, che non possono essere sottratte alla cognizione dei giudici.

Questo potere "arbitrale" intangibile, che spetta a tutti i giudici federali e, ovviamente, in ultima istanza alla Corte suprema, va collocato nel contesto di un ordinamento che si regge su una forma di governo duale, in cui i conflitti costituzionali, come si vedrà, vedono spesso come protagonisti il Congresso e il Presidente. La minor compattezza degli organi sul fronte politico, massima nei periodi di governo diviso, che è caratteristica delle forme di governo presidenziali, colloca il giudiziario in una posizione determinante, fa sì che gli organi politici ricerchino spesso il supporto della giurisprudenza alle proprie azioni, e in ogni caso suggerisce loro di mantenere un atteggiamento rispettoso delle attribuzioni dei giudici.

Sono queste, sembra, le "ragioni ordinamentali" di carattere strutturale che hanno consentito al giudiziario - "*il meno pericoloso*" tra i poteri, che "*non può influire né sulla borsa né sulla spada*", che "*non ha né forza né volontà, ma soltanto giudizio e dovrà ricorrere*

---

act, they are designed to be permanent". Una volta stabilita in costituzione l'organizzazione e la distribuzione dei poteri, questi sono poteri costituiti e dovranno perciò agire esercitando solo la fetta di potere che è stata loro assegnata: "This original and supreme will organizes the government, and assigns to different departments their respective powers. It may either stop here; or establish certain limits not to be transcended by those departments. The government of the United States is of the latter description". (*MARBURY V. MADISON*, 5 U.S. 137, 176).

*all'aiuto del governo perfino per dare attuazione ai propri giudizi*<sup>17</sup> - di recuperare lo "svantaggio" iniziale rispetto ai poteri di indirizzo politico, di resistere agli attacchi anche notevoli<sup>18</sup> che ha subito nel corso della storia costituzionale nordamericana e di affermarsi alla fine nel sistema come indiscusso contropotere degli organi rappresentativi.

---

<sup>17</sup> Questi passi sono tratti dal *paper* n. 78, il primo degli articoli del *Federalist* dedicato al potere giudiziario (v. HAMILTON A., *paper* n. 78, in HAMILTON A.-MADISON J.-JAY J., *Il Federalista* cit., p. 623).

<sup>18</sup> Si pensi solo al progetto di riforma della composizione della Corte suprema e delle corti federali ideato dal Presidente Roosevelt nel 1937 (e mai attuato) che va sotto il nome di *Court-packing Plan*. Per superare l'opposizione della Corte suprema e dei giudici federali alla legislazione del *New Deal*, il Presidente propose di aumentare il numero dei giudici in ciascuna corte (un nuovo giudice per ogni *sitting justice* che avesse superato i 70 anni) in modo da riuscire, attraverso le nuove nomine, a spostare gli equilibri dei collegi giudicanti in favore della politica presidenziale. La crisi istituzionale venne superata grazie al fatto che uno dei cinque giudici conservatori della Corte suprema, in conseguenza della minacciata riforma, mutò orientamento.

# Capitolo I

## La separazione dei poteri secondo la Corte suprema

### 1. Il dato costituzionale di partenza.

Tra le norme della Costituzione degli Stati Uniti manca, come si è detto, una regola che testualmente prescriva la separazione dei poteri come principio guida nella costruzione del governo federale. Ciò rappresenta un dato interessante e, in un certo senso, singolare se lo si confronta con gli originari testi delle Costituzioni dei tredici Stati dell'Unione. Si tratta di Costituzioni redatte anteriormente alla Convenzione di Filadelfia del 1787, perciò i membri della Convenzione ne presero i testi a modello, servendosi ed ispirandosi all'esperienza già maturata nei singoli Stati. Quelle Costituzioni, in particolare, non si erano limitate a tracciare per i propri ordinamenti una forma di governo che fosse in armonia con il principio di separazione, ma lo contemplarono espressamente come norma di diritto positivo.

Il principio che sanciva la separazione dei poteri venne costituzionalizzato con formule diverse in ciascuno Stato, ma era presente in tutte le Costituzioni, collocato fra i principi del *Bill of Rights* che precedevano la definizione della forma di governo dei singoli ordinamenti. Questa scelta sistematica non era affatto casuale: la separazione dei poteri, in quanto principio fondamentale dell'organizzazione dello Stato, non poteva che essere inserita fra le norme del *Bill of Rights*, a fare da ponte ideale tra i diritti fondamentali, civili e politici, e la disciplina costituzionale della forma di governo.

Fra i principi di organizzazione compresi in questa parte del testo costituzionale, quello di separazione figurava insieme al principio della sovranità popolare e a quello democratico, che sancivano l'elettività e rappresentatività delle cariche di governo. Questa scelta sistematica dice anche che la descrizione dei diversi organi costituzionali e l'individuazione delle loro attribuzioni sarebbe potuta variare da Stato a Stato e che, nel tempo, avrebbe potuto essere modificata nell'ambito di ciascun ordinamento statale, ma non in modo illimitato. Il potere costituente o di revisione non si sarebbero potuti spingere fino al punto di contraddire l'essenza del principio di separazione (e quello de-

mocratico) perché, contemporaneamente, sarebbe stata smentita la stessa proclamazione delle libertà fondamentali<sup>1</sup>.

Anche a livello federale, in ogni caso, la collocazione naturale di una regola esplicita sul principio della separazione dei poteri avrebbe dovuto essere il *Bill of Rights*. Inizialmente però i *Founding Fathers* ritennero di non dover scrivere un catalogo delle libertà dei singoli verso lo Stato, in primo luogo per una essenziale necessità pratica: dovendo muoversi in un contesto difficile, che seguiva all'esperienza negativa della Confederazione del 1781 ed essendo animati dalla primaria esigenza di istituire un nuovo governo centrale e di riuscire a raggiungere gli obiettivi federalisti, i costituenti agirono con pragmatismo, cercando e trovando l'accordo alla Convenzione sugli elementi necessari in primo luogo al funzionamento efficiente dell'Unione. Perciò gli originari dieci articoli della Costituzione degli Stati Uniti furono tutti dedicati alla definizione delle competenze del nuovo Stato federale rispetto a quelle degli Stati federati e, nell'ambito del governo centrale, delle attribuzioni dei tre poteri, senza che fossero comprese astratte enunciazioni di diritti o principi fondamentali.

La discussione sulla forma di governo, peraltro, fu anch'essa dominata dall'esigenza di garantire uno Stato centrale sufficientemente forte da poter resistere alle spinte indipendentistiche dei singoli Stati, dai quali l'Unione pretendeva una cessione di parte di sovranità. Per questo i costituenti pensarono ad un esecutivo unitario ed elettivo, staccato dalle assemblee legislative in modo che la forza dell'unicità della carica presidenziale non si potesse disperdere nel confronto parlamentare. *“In questo momento ha origine quella che potremmo definire la formulazione moderna della teoria del doppio indirizzo politico. Teoria che non nasce con un reale obiettivo di Balanced Constitution, ma di rafforzamento dell'Esecutivo, come garanzia di unità del Paese”*<sup>2</sup>.

In ogni caso, rispondesse all'esigenza pratica di salvaguardare l'unità dell'ordinamento federale, ovvero fosse l'inveramento consapevole del disegno teorico dei padri del pensiero liberale, oppure qua-

---

<sup>1</sup> Sull'esistenza di principi supremi di carattere organizzativo che limitano, insieme a quelli di natura sostanziale, il potere di revisione costituzionale v. per la dottrina italiana ZANON N., *Premesse ad uno studio sui 'principi supremi' di organizzazione come limiti alla revisione costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, p. 1891 s.

<sup>2</sup> Così LUCARELLI A., *Teorie del presidenzialismo. Fondamento e modelli*, Padova 2000, p. 128.

le risultante di entrambe le cose, certamente il presidenzialismo nordamericano aveva comunque costruito un'architettura ordinamentale più fedele di quella dei singoli Stati al principio della divisione dei poteri. Basti riflettere sulla circostanza che i *Framers* disegnarono una forma di governo in cui legislativo ed esecutivo venivano posti dentro autonomi circuiti di legittimazione e distribuirono le attribuzioni costituzionali fra Congresso e Presidente in modo che ne risultasse un sistema perfettamente bilanciato, in cui non si poteva riconoscere alcuna forma di gerarchia fra le istituzioni governanti. I tredici Stati, al contrario, pur formalizzando il principio, si erano poi dati nelle loro Costituzioni, una forma di governo meno rispettosa della separazione dei poteri. Essi istituirono infatti governi di tipo tendenzialmente assembleare, che esaltavano il ruolo della Camera bassa attraverso la previsione dell'elezione assembleare del Governatore. Quest'ultimo, poi, era per lo più relegato al rango di mero esecutore dell'indirizzo politico determinato dal Parlamento<sup>3</sup>.

Molto presto (fin dal 1791) un elenco di dieci norme contenenti il nucleo dei diritti fondamentali garantiti ai cittadini fu però compreso nel testo originario della Costituzione federale (in forma di emendamenti aggiuntivi): anche in questa occasione, tuttavia, non passò la proposta di includere il principio della separazione dei poteri fra le disposizioni costituzionali e ancora una volta ciò era dovuto allo spirito pratico di chi guardava all'essenza dei problemi costituzionali e si preoccupava di creare gli strumenti giuridici per realizzare le teorie liberali, più che di cristallizzarle in vuote formule. Del resto, era convincimento dei *Framers* che gli stessi diritti fondamentali sarebbero stati comunque garantiti dallo Stato federale, a prescindere dalla loro astratta enunciazione, attraverso i limiti procedurali e di competenza che la nuova Costituzione aveva imposto a carico di ciascuno dei tre poteri. E se ad un certo punto si era avvertita l'esigenza di esplicitarli<sup>4</sup>, lo stesso invece non avvenne per il principio della separazione dei poteri: il significato della formalizzazione in una regola esplicita della

---

<sup>3</sup> Non mancavano peraltro le eccezioni. V. le Costituzioni degli Stati di New York e del Massachusetts, nelle quali l'esecutivo era già stato reso autonomo dal legislativo.

<sup>4</sup> Esigenza dettata, peraltro, ancora una volta dalla necessità **pratica** di soddisfare le richieste espresse da alcuni degli Stati dell'Unione che avevano acconsentito a ratificare la Costituzione federale a patto che il Congresso, utilizzando del potere di revisione costituzionale, provvedesse immediatamente ad inserire in quel testo un *Bill of Rights* condiviso dagli Stati stessi.

separazione dei poteri venne minimizzato da Madison sulle pagine del *Federalist*. In difesa della presunta lacuna del testo della Costituzione federale in confronto coi testi costituzionali dei singoli Stati l'autore osservava: "se noi esaminiamo le costituzioni dei vari Stati, noteremo come, sebbene si sia voluto sempre fissare questo principio in termini enfatici e talora fin assoluti, non si verifichi caso alcuno in cui i vari poteri siano effettivamente tenuti assolutamente separati e distinti"<sup>5</sup>.

Tuttavia fu poi lo stesso Madison a proporre al primo Congresso degli Stati Uniti, che si apprestava ad approvare gli articoli del *Bill of Rights*, un emendamento in tema di separazione dei poteri formulato in termini molto rigorosi<sup>6</sup> e chiaramente modellato sull'articolo XXX della Costituzione del Massachusetts del 1780, che all'epoca rappresentava certamente la versione più rigida del principio in termini di diritto positivo<sup>7</sup>. L'emendamento venne approvato dalla Camera dei rappresentanti, ma subì la definitiva bocciatura del Senato e rimase fuori dal testo costituzionale<sup>8</sup>. Madison sostenne in questa sede l'opportunità della norma, perché a suo avviso avrebbe consentito di

---

<sup>5</sup> Cfr. MADISON J., *paper* n. 47, in HAMILTON A.-MADISON J.-JAI J., *Il Federalista* cit., p. 437.

<sup>6</sup> Il testo dell'emendamento prevedeva che "*the powers delegated by this Constitution are appropriated to the departments to which they are respectively distributed: so that the Legislative Department shall never exercise the powers vested in the Executive or Judicial, nor the Executive exercise the powers vested in the Legislative or Judicial, nor the Judicial exercise the powers vested in the Legislative or Executive Departments*".

<sup>7</sup> L'articolo XXX (tuttora in vigore) chiude la parte prima della Costituzione del Massachusetts, contenente la Dichiarazione dei Diritti. Esso dispone: "*In the government of this Commonwealth, the legislative department shall never exercise the executive and the judicial powers, or either of them: the executive shall never exercise the legislative and judicial powers, or either of them: the judicial shall never exercise the legislative and executive powers, or either of them: to the end it may be a government of laws and not of men*".

<sup>8</sup> La norma approvata dalla Camera dei Rappresentanti si presentava in una formula meno rigida di quella proposta da Madison: "*the powers delegated by this Constitution to the government of the United States, shall be exercised as therein appropriated, so that the legislative shall not exercise the powers vested in the executive or judicial; nor the executive the power vested in the legislative or judicial; nor the judicial the powers vested in the legislative or executive*". Non è possibile conoscere, nemmeno dai resoconti, il contenuto del dibattito che precedette il voto negativo del Senato poiché si svolse a porte chiuse, ma è probabile che in quella sede vennero ripetute e accolte le osservazioni di coloro che già alla Camera dei Rappresentanti si opposero alla proposta ritenendola ridondante e non necessaria: al di là di ogni astratta enunciazione ciò che contava era che la Costituzione provvedesse alla distribuzione delle funzioni statali fra diversi e separati centri di potere.

chiarire ogni dubbio interpretativo sul significato delle disposizioni costituzionali che in concreto attuavano la distribuzione delle funzioni dello Stato federale fra i diversi organi<sup>9</sup>.

La costituzionalizzazione del principio sarebbe certamente servita, in chiave interpretativa, come criterio guida nella decisione delle controversie fra gli organi costituzionali che, come si vedrà, non sempre i giudici possono risolvere attraverso la sola applicazione delle scarse o laconiche norme della Costituzione sulla forma di governo. Ma la scelta di una formula rigida, come quella proposta da Madison e ricalcata su modello di quella della Costituzione del Massachusetts, o invece di una versione più flessibile, come quella accolta in altre Costituzioni statali, avrebbe probabilmente condizionato, in un senso o nell'altro, gli orientamenti della Corte suprema. In dottrina si è parlato di "eclettismo" della Corte<sup>10</sup> sul tema della separazione dei poteri, per sottolineare come il giudice supremo, nella sua giurisprudenza, si sia talvolta richiamato al principio per impedire sovrapposizioni o interferenze fra i poteri che la legge ordinaria o la prassi avevano invece creato, mentre altre volte lo stesso principio è servito per avallare l'esercizio congiunto di competenze fra gli organi, costituzionalmente non richiesto (ma nemmeno esplicitamente escluso). Complessivamente la giurisprudenza della Corte, come si vedrà, ha da un lato fatto valere il riparto di competenza fra gli organi costituzionali ma anche, dall'altro lato, accolto e promosso un'esigenza di compartecipazione e collaborazione fra le istituzioni.

La stessa provvidenziale libertà interpretativa non avrebbe potuto probabilmente svilupparsi se, ferma restando la formulazione delle *vesting clauses* dei primi tre articoli della Costituzione, con una norma-principio si fosse preteso di estrapolare la (o meglio, un aspetto della) *ratio* che quegli articoli esprimono per fissarla definitivamente nel testo costituzionale. Un esempio delle potenzialità che una formula della separazione dei poteri come quella della Costituzione del Massachu-

---

<sup>9</sup> Dagli annali del Congresso risulta infatti che Madison intervenne nel dibattito sostenendo che probabilmente "*the people would be gratified with the amendment, as it was admitted that the powers ought to be separate and distinct; it might also tend to an explanation of some doubts that might arise respecting the construction of the Constitution*".

<sup>10</sup> Parla di *eclectic approach* nella giurisprudenza della Corte suprema e ne ripercorre le tappe più significative lungo gli anni '80 TANELIAN M.J., *Separation of power and the Supreme Court: one doctrine, two visions*, in 8 *American University Administrative Law Journal*, 1995, p. 961 s.

setts avrebbe manifestato, se introdotta fra le norme della Costituzione federale, si può ritrovare nella *opinion* del giudice Scalia al caso MORRISON v. OLSON. In quella occasione Scalia, in dissenso con la maggioranza della Corte Suprema, si serve proprio dell'art. XXX della Costituzione del Massachusetts come premessa teorica introduttiva alla quale ricondurre le obiezioni che, nel merito, muove alla decisione, per avere a suo giudizio disatteso proprio la regola-cardine della separazione dei poteri<sup>11</sup>. La decisione al caso MORRISON v. OLSON, come si dirà, appartiene al filone giurisprudenziale della Corte Suprema che abbraccia una lettura funzionale ed elastica del principio di separazione<sup>12</sup> e succede ad una lunga serie di pronunce giudiziali nelle quali la stessa Corte (in una composizione però molto diversa rispetto a quella che si pronuncia sul caso MORRISON<sup>13</sup>) aveva più volte bocciato i tentativi del Congresso di forzare lo schema rigido della separazione e di creare con legge nuove occasioni di interferenza accanto a quelle previste dalla Costituzione e ad esse ispirate.

Questa discontinuità giurisprudenziale ha contribuito all'equilibrio del sistema: come è stato osservato in dottrina, la lettura formalistica del principio ha spesso avvantaggiato l'esecutivo ed è servita a raffor-

---

<sup>11</sup> Cfr. MORRISON INDEPENDENT COUNSEL v. OLSON ET. AL., 487 U.S. 654 (at 697)

<sup>12</sup> Osserva a questo proposito Schwartz: *"If the Madison-proposed amendment had been voted by the Senate and ratified, there can be no doubt that a strict separation of powers requirement would have become part of the Federal Constitution (...) The legislative history (...) leads to the conclusion that a strict separation of powers, such as that in the Massachusetts Declaration of Rights of 1780, was deliberately rejected at the outset. Whatever separation of powers may be provided for, it does not compel a bright line separation between the departments, with each of them expressly prohibited from exercising any power appropriate to one of the others. That would have been the case under the Madison proposed separation of powers amendment, modeled as it was after the Massachusetts provision. Its rejection indicates a more flexible approach to the separation of powers"* (SCWARTZ B., *Curiouser and curiouser: the Supreme Court's separation of powers wonderland*, in 65 *Notre Dame L. Rev.*, 1990, p. 587 s., 590).

<sup>13</sup> I casi del primo "tipo" vennero decisi, infatti, dalla Corte suprema nella sua composizione, a maggioranza conservatrice, guidata dal giudice Burger; la stessa Corte, guidata dal *Chief justice* Rehnquist, espresse per un certo periodo una maggioranza più vicina alle idee del riformismo democratico e pronunciò sentenze, come MORRISON v. OLSON, che davano una lettura molto diversa del principio della separazione dei poteri. In entrambi i periodi, peraltro, la Corte registrò (e si avvantaggiò) delle voci di dissenso di due autorevoli giudici (il giudice White, per la Corte Burger, e il giudice Scalia, per la Corte Rehnquist) che, con le loro *opinions*, contribuirono a chiarire, da posizioni di minoranza, il complesso e mutevole significato del principio della divisione dei poteri.

zare la figura del Presidente; viceversa, l'impostazione funzionale ha consentito al Congresso di "recuperare" competenze, specie sul fronte dei controlli, o di delegare poteri significativi in settori delicati ad istituzioni che non fossero alle dirette dipendenze del Presidente. Le agenzie indipendenti sono cresciute all'ombra di questo secondo filone giurisprudenziale e sono potute diventare una realtà importante della struttura amministrativa dello Stato federale, al punto che si può persino parlare di un nuovo potere, quello esercitato dalle agenzie, accanto ai tre tradizionali.

La Costituzione degli Stati Uniti, d'altro canto, non riproduce nemmeno una norma come quella del *Bill of Rights* del New Hampshire che all'art. 37 dispone: "*In the government of this State, the three essential powers thereof, to wit, the legislative, executive, and judicial, ought to be kept as separate from, and independent of, each other, as the nature of a free government will admit, or as is consistent with chain of connection that binds the whole fabric of the Constitution in one indissoluble bond of union and amity*"<sup>14</sup>. La formulazione del principio in termini così flessibili avrebbe probabilmente spinto, viceversa, verso un'interpretazione piuttosto lata o troppo "indulgente" nei confronti della legislazione e degli atti degli organi costituzionali che danno corpo alle espressioni indeterminate dei primi tre articoli della Costituzione federale. Locuzioni quali potere legislativo esecutivo e giudiziario, per la loro vaghezza, possono facilmente essere svuotate di ogni significato prescrittivo e cedere il passo ad una riallocazione dei poteri frutto dei rapporti di forza, che è proprio uno di quei mali che il principio della separazione dei poteri vuole evitare.

La scelta fatta dai costituenti di non specificare in una norma quale di queste due letture del principio di separazione la struttura costituzionale dell'ordinamento federale accoglie, consente di utilizzarle entrambe, per temperare da un lato le rigidità che si avvertono al confine tra una funzione e l'altra, ma dall'altro lato per richiamarsi a quei confini quando la linea di demarcazione tra le singole attribuzioni è incerta o diventa confusa. Privo di una norma-principio, infatti, l'interprete dispone del solo dato costituzionale fatto di una elementare descrizione delle competenze e della previsione di alcuni momenti di interferenza fra gli organi; un dato che lo obbliga a tener conto e a far opera-

---

<sup>14</sup> La disposizione era nota ai costituenti ed è riportata nel *Federalist* da Madison al *paper* n. 47 (cfr. HAMILTON A. - MADISON J. - JAI J., *Il Federalista* cit., p. 438).

re in modo sinergico entrambi questi aspetti della struttura costituzionale quando è chiamato a confrontarsi con casi in cui il principio di separazione dei poteri deve tradursi in regola di soluzione dei conflitti fra gli organi costituzionali.

## 2. La giurisprudenza della Corte suprema che applica il principio della separazione dei poteri.

### a) *Il leading case in tema di separazione dei poteri: Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer*

Il caso dal quale partire per analizzare la giurisprudenza della Corte suprema in tema di separazione dei poteri è il c.d. *steel seizure case* del 1952<sup>15</sup>, nel quale la Corte si pronunciò sulla legittimità di un ordine del Presidente che, in forza della situazione di emergenza bellica<sup>16</sup> in cui si trovava impegnato il paese, aveva disposto l'espropriazione di tutte le fabbriche nazionali di produzione di acciaio<sup>17</sup>. La Corte si espresse, in maggioranza, per l'illegittimità costituzionale del provvedimento.

Al di là del caso specifico, la sentenza della Corte, corredata di due fondamentali *concurring opinions*, è importante perché tocca già molti dei temi che, di volta in volta, lo stesso giudice si troverà ad esaminare, dovendo risolvere, alla luce del principio della separazione dei poteri, controversie di natura costituzionale.

Nella motivazione scritta per la maggioranza dal giudice Black si può apprezzare una prima chiave di lettura, formalista, di interpretazione del riparto delle competenze imposto nelle *vesting clauses*: con un argomentare scarno e (apparentemente) rigoroso il giudice osserva che il Presidente ha solo il potere di eseguire la legge. Tuttavia, nessuna delle leggi fino ad allora approvate dal Congresso aveva attribuito al Presidente la competenza ad emettere atti di espropriazione delle

---

<sup>15</sup> YOUNGSTOWN SHEET & TUBE CO. ET AL. v. SAWYER, 343 U.S. 579 (1952).

<sup>16</sup> Gli Stati Uniti erano impegnati militarmente nella guerra di Korea.

<sup>17</sup> Quest'atto andava ad incidere direttamente sulla proprietà privata di cittadini statunitensi e, indirettamente, sul diritto di sciopero dei lavoratori. L'ordine di espropriazione era stato infatti impartito in prossimità di uno sciopero annunciato dalle *Unions* sindacali e mirava proprio ad impedire che la produzione di acciaio, materia prima necessaria all'industria bellica, fosse fermata o anche rallentata a causa delle agitazioni sindacali.

fabbriche di acciaio, come del resto riconosciuto dalla stessa difesa erariale.

Tale potere gli sarebbe allora potuto derivare direttamente dalla Costituzione, come attribuzione implicita di quelle espressamente conferite al Presidente di dare esecuzione alle leggi e di comandare le forze militari. Anche quest'ipotesi è scartata dalla Corte perché, a giudizio collegio, l'ordine presidenziale costituiva esercizio di potere legislativo, comunque riservato al Congresso anche in caso di guerra.

La motivazione accenna, come si è premesso, sia pure senza indagarli, ad alcuni degli argomenti "classici" nella giurisprudenza sulla separazione dei poteri: l'importanza del dato legislativo per attuare ma anche arricchire le sintetiche indicazioni del testo costituzionale in materia di competenze degli organi supremi; l'argomento dell'*inherent power* che serve da ausilio interpretativo quando manca, rispetto ad un'attribuzione contestata, una qualsiasi disciplina costituzionale o legislativa che possa guidare il giudice; la situazione di necessità, legata tra l'altro allo stato di guerra, che potrebbe portare ad un'applicazione diversa del principio della separazione dei poteri, derogatoria rispetto al normale riparto delle competenze ma non rispetto al principio stesso; il problema delle "*labels*", le "etichette" con le quali classificare singole attività specifiche in base alla loro natura prevalente, in modo da poterle ricondurre entro l'area del potere legislativo, esecutivo o giudiziario.

La Corte non si fa carico, invece, di nessuna di queste obiezioni e semplicemente le tralascia facendosi orientare dalla semplicistica constatazione che "*the President's order does not direct that a congressional policy be executed in a manner prescribed by Congress – it directs that a presidential policy be executed in a manner prescribed by the President*"<sup>18</sup>. La Corte presceglie un approccio formalista ma si tratta, per così dire, di un malinteso formalismo: non ha infatti molto senso affermare apoditticamente di attenersi al dato testuale se il dato testuale è non solo laconico, come in effetti sono le prime tre norme della Costituzione nordamericana, ma contiene oltretutto formule normative così ampie e indefinite, le *vesting clauses*, da poter essere riempite di molti contenuti, anche assai diversi tra loro. Perciò l'interprete si trova comunque a compiere un'attività ermeneutica di tipo "creativo", tanto se aderisce ad una lettura funzionale, quanto se presceglie la lettura rigida non però del dato costituzionale, ma della

---

<sup>18</sup> YOUNGSTOWN v. SAWYER, 343 U.S. 579, 587.

forma di governo che il testo costituzionale descrive solo nei suoi aspetti essenziali.

Laddove il dato costituzionale definisce con precisione le specifiche competenze, esso si presta infatti solo ad interpretazioni testuali e non si può che essere formalisti<sup>19</sup>; se invece è vago o non disciplina alcune competenze delle quali si avverte però il bisogno nella pratica, lì si può apprezzare la vera divisione teorica, tra coloro che della forma di governo esaltano gli elementi che ostacolano, limitandolo, l'esercizio "fluidico" del potere e quelli che invece ne valorizzano gli aspetti funzionali e flessibili.

Nelle due *concurring opinions* che i giudici Frankfurter e Jackson scrivono a margine della sentenza, si avverte ben altra profondità di analisi e la consapevolezza in entrambi di quanto sia complicato tenere insieme, nello stesso sistema, i meccanismi di garanzia che preservano dal rischio di involuzioni autoritarie del potere, con l'esigenza di assicurare efficienza ed efficacia all'azione di governo.

La prima delle due *opinions* comincia proprio osservando che, rispetto a quanto sbrigativamente sostenuto dalla maggioranza della Corte, e di quanto a suo tempo affermato dal Presidente Harding (che aveva definito il potere di governo una cosa semplice) "*the considerations relevant to legal enforcement of the principle of separation of powers seem ... more complicated and flexible*"<sup>20</sup>.

Osserva il giudice Frankfurter che, prima di ingerirsi nei conflitti costituzionali fra Congresso e Presidente, sia pure in qualità di soggetto terzo e imparziale, la Corte deve accertarsi che il proprio intervento sia legittimo. Il primo elemento, tutt'altro che semplice, di cui il giudice supremo deve tenere conto proprio alla luce della separazione dei poteri, riguarda perciò la stessa Corte suprema e il giudiziario in genere.

Nell'*opinion* si fa riferimento a virtù umane come la saggezza, la moderazione, l'autodisciplina, e si osserva che esse sono qualità indispensabili negli uomini che ricoprono incarichi istituzionali; soprattutto, viene esplicitato che la Corte deve stabilire con **onestà intellettuale**

---

<sup>19</sup> Così accade per le singole, specifiche competenze, che non danno luogo, per la parte in cui sono disciplinate, a dubbi interpretativi. Si veda ad esempio la procedura per le nomine: i conflitti sull'applicazione dell'*Appointments Clause*, come si vedrà, sono sorti solo con riguardo agli aspetti non disciplinati direttamente dalla norma costituzionale, mentre quelli trattati hanno solamente dato luogo a scontri politici, che non hanno però mai avuto bisogno di soluzione giudiziale.

<sup>20</sup> 343 U.S. 579, 593.

le se sottoporre al proprio giudizio conflitti costituzionali che potrebbero essere risolti con strumenti meno invasivi e definitivi di una sentenza giudiziale. Il giudice, ed è un dato molto interessante, con queste affermazioni sembra comprendere nella valutazione giuridica di legittimità dei comportamenti degli organi costituzionali, ed *in primis* della stessa Corte, anche elementi che farebbero piuttosto pensare ad un dovere di correttezza costituzionale, elementi che di regola si ritiene che possano essere sanzionati solo socialmente o politicamente.

Una Corte che interpreta correttamente il proprio ruolo e che soprattutto è **rispettosa** del ruolo degli altri organi, secondo Frankfurter, deve utilizzare il proprio potere di decidere solo come *extrema ratio*, e ritirarsi quando il suo intervento potrebbe esacerbare i contrasti anziché appianarli. Prima ancora che fosse stabilito legislativamente il potere della Corte suprema di selezionare i casi dei quali occuparsi, il giudice Frankfurter sprona la Corte ad utilizzare, nei conflitti tra Presidente e Congresso, gli strumenti processuali coi quali in realtà da sempre ha potuto “evitare” di decidere<sup>21</sup>.

Anche quando entra nel merito di un conflitto sulle competenze costituzionali, la Corte deve continuare a prestare ossequio agli altri organi e quindi ad essere prudente<sup>22</sup>, limitandosi a definire la competenza contestata senza pronunciarsi, se non è indispensabile farlo, sulle altre attribuzioni costituzionali o sulla posizione complessivamente riconosciuta dall’ordinamento a ciascun organo. In questo modo il giudice evita di porre ipoteche sulle proprie future decisioni e di condizionare impropriamente i comportamenti degli organi politici con osservazioni non strettamente indispensabili nella risoluzione della singola fattispecie concreta.

Ed è ancora la correttezza, intesa come canone di legittimità, che porta il giudice Frankfurter a richiedere la massima considerazione per “*the gloss which life has written*” tra le parole della Costituzione e della legge. I tre rami del governo non operano isolatamente, ma interagiscono fra loro e danno vita a costanti comportamentali che spiegano il vero significato “conforme a natura” dell’architettura costituzionale. Il

---

<sup>21</sup> Fra questi si analizzeranno, in particolare, la *standing doctrine* la *political questions doctrine*.

<sup>22</sup> Dice Frankfurter: “*The judiciary may, as this case proves, have to intervene in determining where authority lies as between the democratic forces in our scheme of government. But in doing so we should be wary and humble*” (343 U.S. 579, 597); ancora qualità morali, che vanno a specificare il contenuto del potere del giudice in materia di conflitti e a tracciarne i confini.

senso profondo, “vero”, della forma di governo, resterebbe altrimenti incomprensibile ad un’astratta analisi del solo dato testuale<sup>23</sup>. Nella Costituzione “glossata”, secondo Frankfurter, il giudice può ritrovare anche competenze non espressamente attribuite dal testo, ma le dovrà ugualmente riconoscere come costituzionalmente fondate se tali competenze si presentano incontrastate e sorrette da una prassi sufficientemente lunga e continua<sup>24</sup>.

Non era questo il caso, perché la ricostruzione storica degli episodi nei quali il Congresso aveva precedentemente investito il Presidente del potere di confiscare beni privati in nome dell’interesse pubblico, portò il giudice a concludere che non esisteva una prassi consolidata alla quale attenersi.

In mancanza di una norma specifica, positiva o di fatto, non restava che guardare al sistema nella sua dimensione complessiva e vedere in questa prospettiva se l’atto presidenziale doveva considerarsi legittimo. È su questo terreno che trova spazio l’opzione interpretativa: vi era da un lato la necessità di provvedere, in una situazione eccezionale, all’interesse della Nazione con efficienza e tempestività (doti peculiari dell’organo presidenziale monocratico)<sup>25</sup>; dall’altro lato stava la struttura costituzionale, che non contempla situazioni o casi straordinari nei quali un potere possa agire da solo, superando i confini della propria normale competenza<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> “*The content of the three authorities of government is not to be derived from an abstract analysis. The areas are partly interacting, not wholly disjointed. The Constitution is a framework for government. Therefore the way the framework has consistently operated fairly establishes that it has operated according to its true nature. Deeply embedded traditional ways of conducting government cannot supplant the Constitution or legislation, but they give meaning to the words of a text or supply them. It is an inadmissibly narrow conception of American constitutional law to confine it to the words of the Constitution and to disregard the gloss which life has written upon them*” (343 U.S. 579, 610).

<sup>24</sup> *A systematic, unbroken, executive practice, long pursued to the knowledge of the Congress and never before questioned, engaged in by Presidents who have also sworn to uphold the Constitution, making as it were such exercise of power part of the structure of our government, may be treated as a gloss on ‘executive Power’ vested in the President by 1 of Art. II*” (343 U.S. 579, 610-611).

<sup>25</sup> Osserva Frankfurter: “*A scheme of government like ours no doubt at times feels the lack of power to act with complete, all-embracing, swiftly moving authority*” (343 U.S. 579, 613).

<sup>26</sup> “*No doubt a government with distributed authority, subject to be challenged in the courts of law, at least long enough to consider and adjudicate the challenge, labors under restrictions from which other government are free ... In any event our*

Il giudice Frankfurter presceglie questa seconda opzione, nella convinzione che “*our government was designed to have such restrictions*”, anche se quei limiti potrebbero impedire, come nella specifica circostanza, di soddisfare al meglio le esigenze del Paese<sup>27</sup>. Egli compie così una lettura formalista della forma di governo, ma solo “in seconda battuta”, per così dire, perché interviene solo dopo aver verificato, con approccio funzionale, che non si è instaurata alcuna prassi fra gli organi di indirizzo politico, alla quale si sarebbe altrimenti attenuto. L’approccio pragmatico non è spinto però oltre e perciò non si ammette che il Presidente possa, nell’interesse generale, esercitare poteri che normalmente non gli appartengono.

La *concurring opinion* del giudice Jackson è ancor più ricca di spunti e di suggestioni; così è fin dalle prime battute, quando il giudice osserva che, per determinare i contenuti del potere esecutivo, l’interprete si confronta con dati normativi che ne danno una definizione ambigua e inefficiente.

In questo contesto, diventa perciò operazione imprescindibile quella di guardare all’intero sistema e di non isolare dal contesto generale le singole disposizioni: questo sistema dice che la Costituzione ha diffuso il potere, ma contemporaneamente ha integrato ciascun organo con gli altri, per realizzare insieme gli obiettivi “*to secure liberty*” e di costruire “*a workable government*”<sup>28</sup>.

Non c’è nessuna rigidità, in questo iniziale approccio del giudice Jackson alla materia della separazione dei poteri; al contrario si afferma che il potere del Presidente non è fisso e predefinito ma “fluttua” e si adegua a quello del Congresso, col quale sta in relazione di reciprocità ed interdipendenza.

---

*government was designed to have such restrictions. The price was deemed not too high in view of the safeguards which these restrictions afford*” (343 U.S. 579, 613).

<sup>27</sup> Sono assai eloquenti le parole di rammarico con le quali il giudice Frankfurter quasi si giustifica di dover contraddire l’operato del Presidente, organo deputato primariamente ad apprezzare l’interesse nazionale e a perseguirlo. Osserva infatti: “*it is not a pleasant judicial duty to find that the President has exceeded his powers and still less so when his purposes were dictated by concern for the Nations’s well-being, in the assured conviction that he acted to avert danger*” (343 U.S. 579, 614).

<sup>28</sup> Questo passaggio della *concurring opinion* è molto noto e verrà frequentemente richiamato nella giurisprudenza della Corte suprema: “*While the Constitution diffuses power the better to secure liberty, it also contemplates that practice will integrate the dispersed powers into a workable government. It enjoins upon its branches separateness but interdependence, autonomy but reciprocity*” (343 U.S. 579, 636).

Egli offre poi una schematizzazione interessante di come il rapporto che in concreto si è instaurato tra Presidente e Congresso sia determinate nella configurazione del potere effettivo del Presidente, al di là delle astratte enunciazioni costituzionali. Le combinazioni possibili sono essenzialmente tre:

il Presidente agisce con il sostegno espresso o implicito del Congresso. Quando si trova in questa condizione il Presidente spiega la sua massima autorità perché esercita oltre al suo, anche il potere che gli è riconosciuto e delegato dal legislatore. Se qualcosa sfugge al suo governo, in questa situazione, si deve concludere che non appartiene in generale allo Stato federale, per l'esatta coincidenza che si realizza tra la sovranità dello Stato stesso e quella del Presidente degli Stati Uniti quando gode dell'appoggio del Congresso

il Presidente agisce in assenza di formale sostegno da parte del Congresso. Si tratta di una situazione intermedia in cui il Presidente potrebbe sfruttare la temporanea inerzia del Congresso ed occupare le zone al confine tra la competenza dei due organi e di incerta attribuzione. Non è possibile in questi casi valutare preventivamente e in astratto se il Presidente agisce in modo legittimo, ma si potrà solo verificare nel contingente e, in base alla necessità, come si devono allocare le forze (Jackson parla di un *flexible test*).

il Presidente agisce in contrasto con il Congresso. In questa situazione la sua autorità raggiunge il punto più basso e può contare solo sui propri poteri costituzionali, ai quali vanno sottratti quelli che il Congresso vanta legittimamente sulla stessa materia. Qui il compito del giudice si fa delicato, perché dare ragione all'uno comporta sacrificare le ragioni dell'altro e dunque decidere, in definitiva, degli equilibri istituzionali.

Quando sorgono conflitti di competenza tra Presidente e Congresso, per Jackson la maggiore difficoltà consiste nello stabilire in cosa consista il potere presidenziale, posto che non può ridursi, a suo avviso, né alle sole competenze espressamente enumerate in Costituzione e nemmeno allargarsi fino a comprendere tutto ciò che non è attribuito espressamente agli altri organi e al Congresso in particolare. L'attività di interpretazione delle norme costituzionali relative alle competenze degli organi supremi, sembra suggerire il giudice, non può essere fine a sé stessa, ma deve sempre essere animata dalla preoccupazione dei

risvolti pratici che ne possono derivare. Inoltre e per il medesimo motivo, non si potrà dare alle stesse norme, nel tempo, sempre la medesima immutata lettura, ma questa dovrà evolvere insieme e in corrispondenza dei mutamenti nella vita delle istituzioni<sup>29</sup>.

Questo funzionale modo di intendere la forma di governo non apre la strada alla giustificazione di qualsiasi comportamento che si renda necessario nel quotidiano; al contrario, il giudice Jackson è molto severo nello stigmatizzare il richiamo a concetti vaghi come l'*inherent power* o l'*implied power* o l'*incidental power*, allo *war power* o all'*emergency power*, appelli che preludono al riconoscimento e alla legittimazione successiva di tutto ciò che si è di fatto realizzato.

L'incertezza interpretativa andrà dominata attraverso la consapevolezza che la Costituzione bilancia libertà ed autorità, attraverso i limiti e le prerogative del potere; un bilanciamento che non può mai essere superato nel nome di interessi che i costituenti hanno già considerato e ordinato in base alla loro importanza, fissandoli nello schema della forma di governo, con le attribuzioni che esso prevede.

Le ultime considerazioni dell'*opinion* sono per l'istituzione presidenziale, che si avvantaggia sugli altri organi della forma di governo grazie all'unipersonalità della carica: il Presidente gode normalmente di un prestigio unico e può facilmente catalizzare su di sé il consenso popolare, oscurando gli altri organi. In questa situazione, può diventare difficile esercitare un controllo effettivo sull'attività presidenziale, perché la forza di un'istituzione si misura non tanto nel bagaglio di strumenti giuridici di cui l'istituzione stessa è provvista, ma in primo luogo sul consenso popolare di cui beneficia.

È forse questa la "ragione pratica" che suggerisce al giudice Jackson, in conclusione del suo ragionamento, di riconoscere al Congresso la competenza in materia di espropriazioni e di negarla al Presidente, per riportare così il sistema in equilibrio<sup>30</sup>. Ma, altrettanto rea-

---

<sup>29</sup> Per queste riflessioni cfr. *YOUNGSTOWN v. SAWYER*, 343 U.S. 579, 639-641, Jackson *concurring*.

<sup>30</sup> Dice infatti Jackson: "*I have no illusion that any decision by this Court can keep power in the hands of Congress if it is not wise and timely in meeting its problems. A crisis that challenges the President equally, or perhaps primarily, challenges Congress ... We may say that power to legislate for emergencies belongs in the hands of Congress, but only Congress itself can prevent power from slipping through its fingers*" e conclude osservando che "*such institutions may be destined to pass away. But it is the duty of the Court to be last, not first, to give them up*" (343 U.S. 579, 654-655).

listicamente, egli conclude osservando che occorre che il Congresso si attivi per esercitare questa competenza in modo tempestivo e opportuno, perché altrimenti essa inevitabilmente tornerà, nonostante il filtro della Corte, a trasferirsi sul Presidente, così che alla fine la Corte stessa potrebbe essere costretta ad arrendersi alla prepotenza del fatto.

*b) La Corte applica il principio della separazione dei poteri e annulla il legislative veto nel caso I.n.s. v. Chadha...*

In una forma di governo in cui Parlamento e Presidente sono istituzioni politicamente distinte grazie all'autonoma rappresentatività di cui godono, e giuridicamente separate, a causa dell'impossibilità per ciascuno dei due organi di condizionare la permanenza in carica dell'altro, anche l'attribuzione delle funzioni legislativa ed esecutiva segue questa rigida distinzione imposta sul piano soggettivo. Il "ciclo del potere", nel sistema presidenziale, richiede pertanto che l'azione del Congresso occupi tutta e solo la fase della legislazione e termini con l'approvazione della legge; da quel punto in avanti comincia la competenza del Presidente ad eseguire la legge attraverso l'attività di governo e di amministrazione.

Lo strumento della delega legislativa rompe questo schema, perché affida a soggetti diversi dal Congresso il compito di completare alcune parti delle disposizioni legislative (c.d. *rule making power*) che il Congresso stesso ha intenzionalmente lasciate in bianco. Conferendo la delega il Congresso richiede l'adeguamento dell'intervento normativo alle situazioni contingenti, la sua puntualizzazione rispetto ai dati emersi nel momento applicativo, talvolta il suo adattamento secondo l'opportunità suggerita dalle vicende concrete. Nel momento legislativo, infatti, il Congresso è spesso incapace di prevedere tutti i fattori che possono incidere sulla convenienza della legge ed approvando una disciplina dettagliata rischia di dover poi tornare a legiferare modificando o emendando quelle parti risultate non funzionali o incongrue nell'applicazione pratica.

La delega legislativa rappresenta uno strumento largamente utilizzato negli ordinamenti moderni per ovviare all'impossibilità dei Parlamenti di intervenire tempestivamente sulla legge, attività che viene appunto delegata a chi è istituzionalmente chiamato ad eseguire la legge e che perciò è in grado di raccogliere gli impulsi emersi nel momento applicativo.

Nell'ordinamento nordamericano, tuttavia, per quanto si è premesso a proposito del riparto delle competenze, questa prassi poteva generare problemi di legittimità costituzionale più gravi di quanto non accada nelle forme di governo parlamentari<sup>31</sup>. Il testo della Costituzione federale non contempla, fra le fonti normative, atti legislativi del governo e la rigidità delle *vesting clauses* parrebbe escludere che possano essere ammessi in via interpretativa.

Invece questo è stato un tema sul quale Congresso e Presidente hanno trovato presto una collaborazione, che a sua volta la Corte suprema ha sostanzialmente avallato: risalgono infatti al 1935 gli ultimi casi di invalidazione di atti legislativi per eccesso di delega<sup>32</sup>. Dopo di

---

<sup>31</sup> Com'è noto, infatti, anche negli ordinamenti retti da una forma di governo parlamentare, infatti, il potere di legiferare è normalmente riconosciuto al governo entro limiti costituzionali che impediscono all'esecutivo di spogliare di fatto il Parlamento della sua funzione primaria. Particolarmente rigorose, in questo senso, sono per esempio le disposizioni della nostra Carta Costituzionale (artt. 76 e 77 Cost.).

<sup>32</sup> Essi si riferiscono del resto ad un periodo, quello del *New Deal*, in cui la Corte suprema tentò di frenare l'attività di governo del Presidente Roosevelt ispirata ad una nuova concezione dello Stato che accoglieva, accanto ai principi del governo liberale, anche a quelli di matrice democratico-sociale, da realizzare attraverso l'intervento statale nell'economia. Per attuare quel progetto, l'utilizzo delle deleghe legislative si rendeva indispensabile: la direzione della politica economica di un paese di così vaste dimensioni e la sua finalizzazione a scopi redistributivi non potevano infatti che spettare al Presidente e richiedevano inoltre che egli fosse provvisto di strumenti flessibili ed efficaci, a cominciare dalle deleghe legislative, appunto.

Gli ultimi casi che si ricordano in cui la Corte annullò deleghe legislative ebbero entrambi ad oggetto il *National Industry Recovery Act*, una legge importantissima nel progetto roosveltiano di riforma. In *PANAMA REFINING CO. v. RYAN* (293 U.S. 388 del 1935) la Corte suprema annullò un'ordinanza del Presidente diretta a regolare il commercio di petrolio fra gli Stati dell'Unione e che era stata assunta in esecuzione del potere conferito allo stesso Presidente, in materia, dal *National Industry Recovery Act*, potere che la Corte giudicò però eccessivo ("So far as this section is concerned, it gives to the President an unlimited authority to determine the policy and to lay down the prohibition, or not to lay it down, as he may see fit" - 293 U.S. 388, 415). Per gli stessi motivi un'altra decisione della Corte suprema dello stesso anno (*A.L.A. SCHECHTER POULTRY CORP. v. UNITED STATES*, 295 U.S. 495) bocciò la delega di poteri normativi che la legge aveva attribuito alla *National Recovery Agency*, istituzione di primaria importanza per la realizzazione del programma economico di Roosevelt. La Corte osservava che "instead of prescribing rules of conduct, [the delegation] authorizes the making of codes to prescribe them" (295 U.S. 485, 541).

Di lì a poco il Presidente Roosevelt avrebbe reagito all'ostruzionismo della Corte suprema e più in generale del "corpo" dei giudici federali, con il progetto del c.d. *Court Packing plan*, la cui minaccia spinse in effetti la Corte a mutare atteggiamento nei confronti della legislazione del *New Deal*. Il cambio di giurisprudenza si avvertì

allora la Corte, pur continuando ad affermare che “*the non-delegation doctrine is rooted in the principle of separation of powers that underlies our tripartite system of Government*”<sup>33</sup>, non ha di fatto più ravviato le condizioni per colpire lo spostamento nell’esercizio della competenza a legiferare che la delega di potere normativo implica. In verità, anche formule normative molto ampie, che rappresentano una sostanziale abdicazione del Congresso dai suoi poteri in favore di organi estranei al legislativo, hanno superato indenni il controllo dei giudici federali.

La Corte suprema elabora la *non-delegation doctrine*, cioè esclude in astratto che le leggi del Congresso possano assegnare ad altri soggetti potere normativo senza la previsione di *standards* legislativi sufficientemente dettagliati. Il *rule-making power* legittimamente delegabile dovrebbe essere inoltre ancillare all’esercizio delle funzioni esecutiva o giudiziale alle quali si accompagna (le due funzioni vengono in rilievo a seconda della circostanza che il destinatario della delega appartenga all’uno o all’altro potere). Ma poi, per non volere applicare in concreto queste regole, la Corte è costretta ad allargare il concetto di potere regolamentare, per potervi ricomprendere di fatto anche il conferimento di poteri così discrezionali da essere nella sostanza legislativi.

Il massimo sostegno della Corte in favore del compromesso tra organi che si cela dietro la distribuzione legislativa di potere normativo, è espresso nella sentenza *HAMPTON v. UNITED STATES*<sup>34</sup>. La Corte suprema, nelle parole del suo *Chief Justice* Taft, dopo aver “diligentemente” osservato che: “*in carrying out that constitutional division into three branches it is a breach of the national fundamental law if Congress gives up its legislative power and transfers it to the President, or to the judicial branch*”, aggiunge però che: “*this is not to say that the three branches are not coordinate parts of one government and that each in the field of its duties may not invoke the action of the two other branches*”<sup>35</sup>.

---

anche per quanto riguarda le deleghe legislative che da quel momento, come si è detto, non furono più colpite da pronunce di illegittimità per eccessiva indeterminatezza.

<sup>33</sup> Cfr. *MISTRETTA v. UNITED STATES*, 488 U.S. 361, 371.

<sup>34</sup> *V. J.W. HAMPTON, JR., & CO. v. UNITED STATES*, 276 U.S. 394 del 1928.

<sup>35</sup> Cfr. *HAMPTON v. United STATES*, 276 U.S. 394, 406. La Costituzione non può essere interpretata come se chiedesse l’impossibile o l’impraticabile, dirà la Corte in un caso successivo, razionalizzando il suo cambio di giurisprudenza a favore del conferimento con legge di poteri normativi in favore delle agenzie indipendenti (v. OPP

Spesso questa “richiesta di aiuto” proveniente dal Congresso per l’attuazione-implementazione delle sue leggi è stata indirizzata alle c.d. agenzie indipendenti, a soggetti cioè che, grazie ad alcuni accorgimenti riguardanti la loro nomina, la revoca o la durata in carica, sono tenuti al riparo dall’ingerenza degli altri poteri, per non subirne il condizionamento politico (da parte dell’esecutivo) e per non intaccarne a loro volta l’indipendenza (nei confronti del giudiziario). Come si vedrà oltre, analizzando la giurisprudenza della Corte suprema in tema di *Appointments clause*, anche l’invenzione legislativa di questi organi, come accaduto per le deleghe, ha trovato sostanzialmente conforto nelle decisioni del supremo giudice federale.

Quello che la Corte non ha permesso, invece, è stato il tentativo del Congresso di riservarsi, dopo aver delegato parte delle proprie funzioni, poteri di controllo diretti ad indirizzare l’esercizio di quelle stesse funzioni. Infatti, coerentemente con la premessa della *non-delegation doctrine* che come si è detto risponde al principio della separazione dei poteri, la Corte, per salvare la “legge di delega”, suppone che il potere regolamentare che la delega attribuisce non abbia natura legislativa e sia un corollario della funzione esecutiva o giudiziaria già esercitata dai soggetti che ne sono investiti. Ma allora, altrettanto coerentemente con quel principio, la Corte impedisce senz’altro al Congresso ogni possibilità di ingerenza nell’attività delegata, compresa quella forma di ingerenza indiretta che è rappresentata dal controllo.

Così, applicando il principio della separazione dei poteri, sono stati bocciati tanto gli strumenti parlamentari di controllo sui soggetti che la legge individua come destinatari delle attribuzioni delegate (v. oltre i casi *BUCKLEY v. VALEO* e *BOWSER v. SYNAR*), che quelli esercitabili direttamente nei confronti degli atti assunti in esecuzione di quelle stesse attribuzioni.

Su questo secondo fronte, la dichiarazione di incostituzionalità che ha colpito il *legislative veto* nella sentenza *I.N.S. v. CHADHA*<sup>36</sup> rappresenta forse ancor oggi l’esempio più significativo della chiusura della Corte.

Il *legislative veto* era uno strumento giuridico, introdotto per legge, che obbligava il Presidente o l’autorità amministrativa a comunicare formalmente al Congresso alcuni degli atti assegnati dalla legge stessa

---

COTTON MILLS v. ADMINISTRATOR, 312 U.S. 126, 145). Anche il principio costituzionale della separazione dei poteri deve dunque essere letto in questa logica di buon senso.

<sup>36</sup> *IMMIGRATION AND NATURALIZATION SERVICE v. CHADHA*, 462 U.S. 919 (1983).

alla loro competenza. Da questa comunicazione discendeva il potere del Congresso di opporsi all'adozione dell'atto o alla sua efficacia (a seconda che la comunicazione fosse preventiva o concomitante all'entrata in vigore dell'atto stesso) con conseguenze paralizzanti sulla delibera dell'amministrazione. Se ne conoscevano versioni diversissime, praticamente una per ogni singola legge che lo prevedesse, ma tutte accomunate negli elementi dell'obbligo di comunicazione e del connesso potere di veto parlamentare<sup>37</sup>.

Ciò che conta specialmente rilevare è che la procedura di controllo differiva sempre da quella legislativa, in quanto la decisione parlamentare non veniva mai trasmessa al Presidente, come richiederebbe la *Presentment clause*, per l'apposizione della sua firma o l'eventuale decisione di rinvio. Ed era facile comprenderne la ragione: se il veto del Congresso voleva essere un mezzo per consentire al legislativo di controllare ed eventualmente paralizzare l'attività dell'esecutivo, esso non avrebbe realizzato il suo scopo se lo stesso atto di veto fosse stato a sua volta sottoposto al potere di controllo e di rinvio del Presidente, così come sarebbe stato probabile, ammettendo il passaggio presidenziale e la possibilità di opporre un veto all'altro, il verificarsi di situazioni di *impasse* totale.

Prima di CHADHA erano moltissime le leggi che contenevano procedure di veto in favore del Congresso: nella maggior parte dei casi il veto era imposto con riferimento agli atti di esercizio del potere regolamentare conferito per legge ed implicava la comunicazione ed approvazione delle *rules* prima della loro formale adozione. Collocato in questo contesto esso serviva a recuperare, sul terreno dei *checks*, la perdita subita dal Congresso in termini di esercizio di potere e, nella logica dei freni e contrappesi, a riequilibrare complessivamente la posizione del legislativo all'interno della forma di governo.

---

<sup>37</sup> Come si è già detto, la comunicazione dell'atto al Congresso da parte dell'organo dell'esecutivo poteva essere preventiva o concomitante alla sua entrata in vigore. Quanto al termine entro il quale il Congresso doveva pronunciarsi, esso poteva variare da pochi giorni ad alcuni mesi. L'atto di dissenso doveva essere talvolta espresso da entrambe le Camere nella forma della *concurrent resolution*; più spesso era previsto il voto di un solo ramo del Congresso o persino di organi interni, come il Presidente d'assemblea o una commissione. La configurazione del *legislative veto* poteva variare anche per l'aspetto delle conseguenze da riconnettere al decorrere del termine senza che il Congresso si fosse pronunciato con un atto espresso: di regola il silenzio era inteso come assenso, ma si davano anche ipotesi di silenzio invalidante.

Ma accanto a questi, si davano anche casi in cui il *legislative veto* si legava all'adozione di provvedimenti concreti da parte dell'amministrazione competente e andava a compensare la "rinuncia" del Congresso ai *private-bills*. Con riferimento a questa categoria di atti, tuttavia, il *legislative veto* assumeva un significato molto diverso, perché se da un lato è dubbia, proprio nell'ottica della separazione dei poteri, la legittimità costituzionale delle leggi-provvedimento (e ancor più in una forma di governo di tipo presidenziale dove la riserva di amministrazione trova accoglimento costituzionale esplicito e dove inoltre al Congresso è fatto espressamente divieto, nella *Bill of Attainder clause*<sup>38</sup>, di imporre con legge provvedimenti di natura giurisdizionale), la loro sostituzione con forme alternative di intervento da parte del Congresso non rispondeva certamente ad un'esigenza di riequilibrio ma semmai, al contrario, rappresentava una diversa ma pur sempre impropria ingerenza del legislativo nella sfera dell'amministrazione.

Il Congresso ha infine approvato anche alcuni atti volti ad imporre un condizionamento parlamentare diretto su attività del Presidente espressione dei suoi poteri più tipici. Con la *War Power Resolution* del 1973, ad esempio, il Congresso si è spinto persino a limitare i poteri del Presidente nella veste di *Commander in Chief*: ogni volta che impiega forze armate americane all'estero, il Presidente degli Stati Uniti deve richiedere al Congresso l'approvazione di una risoluzione di autorizzazione che deve intervenire entro sessanta giorni dall'inizio delle operazioni militari.

È così che il *legislative veto* "concepito originariamente quale congegno compensativo delle alterazioni strutturali della statica dei Poteri federali nell'esercizio del rule-making, utilizzato talvolta in concomitanza con il trasferimento all'Esecutivo di attribuzioni quasi-judicial prima svolte dal Congresso mediante private bills, esso si è infine trasferito, pur in assenza di qualunque 'delega' di poteri, nella sfera del

---

<sup>38</sup> Cfr. Art. I, sezione 9, cl. 3 della Costituzione degli Stati Uniti: "*No Bill of Attainder or ex post facto Law shall be passed*". Questa norma, come ha riconosciuto la Corte nel caso *UNITED STATES v. BROWN* del 1965, non esprime solo un divieto di carattere tecnico-procedurale, ma è diretta e sostanziale applicazione del principio della separazione dei poteri. Dice infatti la Corte: "*the Bill of Attainder Clause was intended not as a narrow, technical ... prohibition, but rather as an implementation of the separation of powers, a general safeguard against legislative exercise of the judicial function, or more simply – trial by legislature*" (381 U.S. 437, 442).

concorso alla gestione dell'indirizzo politico da parte degli organi costituzionali<sup>39</sup>.

Ed è proprio quest'uso improprio dello strumento, talmente estraneo alla logica del riequilibrio istituzionale da farne un elemento di disequilibrio, che ha attirato sul *legislative veto* molte critiche e ha probabilmente spianato la strada alla sua rimozione da parte della Corte suprema.

Il caso I.N.S. v. CHADHA ha origine nell'atto di veto che la Camera dei rappresentanti oppose, esercitando un potere espressamente riconosciuto dalla legge, ad un provvedimento di sospensione di una procedura di espulsione assunto dall'*Attorney General*. Non si trattava quindi di un conflitto tra organi costituzionali su atti di indirizzo politico generale e nemmeno di una questione di limiti alla produzione normativa dell'esecutivo, ma di una controversia riguardante un singolo provvedimento concreto dell'amministrazione<sup>40</sup>. La Corte avrebbe perciò potuto distinguere tra le tipologie di veto del Congresso che si erano affermate nella prassi e circoscrivere la portata del suo intervento demolitorio.

Assume invece una decisione di carattere generale, tutta incentrata sui requisiti formali del procedimento legislativo imposti dalla Costituzione (bicameralismo e *presentment clause*), illuminati dal principio di separazione dei poteri<sup>41</sup>, e poi utilizzati dalla Corte in modo che a loro volta sorreggano una lettura formalistica di quel principio, che non si ritragga di fronte alle inefficienze della forma di governo, ma anzi le giustifichi<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> Così FERRARI G.F., *Separazione dei poteri e forma di governo nella recente giurisprudenza della Corte suprema degli Stati uniti*, in *Jus*, 1984, p. 274 s., p. 291.

<sup>40</sup> Per queste considerazioni v. ancora FERRARI G.F., *Separazione dei poteri e forma di governo nella recente giurisprudenza della Corte suprema degli Stati uniti* cit., p. 295.

<sup>41</sup> "The very structure of the Articles delegating and separating powers under Arts. I, II, and III exemplifies the concept of separation of powers and now we turn to Art. I" dice infatti la Corte in premessa, prima di concentrarsi sugli elementi procedurali dell'art. I della Costituzione (v. 462 U.S. 919, 948).

<sup>42</sup> Dopo aver spiegato le ragioni del bicameralismo e del veto presidenziale, la Corte conclude osservando "there is unmistakable expression of a determination that legislation by the national Congress be a step-by-step, deliberate and deliberative process. The choices we discern as having been made in the Constitutional Convention impose burdens on governmental processes that often seem clumsy, inefficient, even unworkable, but those hard choices were consciously made by men who had lived under a form of government that permitted arbitrary governmental acts to go unchecked ... With all the obvious flaws of delay, untidiness, and potential for abuse,

È così che la Corte può sorvolare sulle opportunità che il *legislative veto* offre agli organi costituzionali, sul fatto che si tratti di un accomodamento utile, di un'invenzione politica conveniente per il Congresso e per l'esecutivo, fattori sui quali insiste la *dissenting opinion* del giudice White.

Il ragionamento della Corte suprema parte da un assioma e procede per sillogismi: ciascun potere quando agisce lo fa nell'ambito della sua sfera di intervento determinata dalla tripartizione delle funzioni; l'intervento del Congresso che si oppone alla sospensione di un provvedimento di espulsione ha natura legislativa perché proviene dal legislativo; ogni atto legislativo, per essere valido, dev'essere approvato da entrambi i rami del Congresso e sottoscritto dal Presidente degli Stati Uniti; la disposizione legislativa che configura il veto parlamentare come atto monocamerale non sottoposto alla firma presidenziale è perciò incostituzionale. L'idea della separazione dei poteri che sta dietro questa decisione è estremamente rigida e formalistica, tanto nella premessa che nei diversi passaggi che conducono la Corte ad invalidare la norma di legge istitutiva del veto.

Lo sarebbe stata anche partendo da un diverso presupposto, suggerito nella *concurring opinion* del giudice Powell, e cioè se il potere di veto del Congresso, nella specifica materia della sospensione dei casi di espulsione, fosse stato ritenuto di natura giurisdizionale anziché legislativa. Anche così inquadrato, l'atto della Camera dei rappresentanti sarebbe risultato in contrasto col principio della separazione dei poteri, perché assunto nell'esercizio di un potere spettante ad un organo diverso<sup>43</sup> e soggetto a regole procedurali diverse, più consistenti e garantiste di quelle che limitano il legislativo<sup>44</sup>.

---

*we have not yet found a better way to preserve freedom than by making the exercise of power subject to the carefully crafted restraints spelled out in the Constitution*" (462 U.S. 919, 959).

<sup>43</sup> Osserva infatti il giudice Powell che, con riferimento all'allocazione delle funzioni, il principio della separazione dei poteri "*may be violated in two ways. One branch may interfere impermissibly with the other's performance of its constitutionally assigned function ... Alternatively, the doctrine may be violated when one branch assumes a function that more properly is entrusted to another... these cases present the latter situation*" (cfr. 462 U.S. 919, 963).

<sup>44</sup> Dice ancora Powell: "*Unlike the judiciary or an administrative agency, Congress is not bound by established substantive rules. Nor is it subject to the procedural safeguards, such as the right to counsel and a hearing before an impartial tribunal, that are present when a court or an agency adjudicates individual rights. The only effective constraint on Congress' power is political, but Congress is most accountable*

Non c'è spazio nemmeno in questo ragionamento per una riflessione sulla convenienza dell'istituto e soprattutto si trascura comunque di considerare che esso può essere inteso proprio come applicazione del principio della separazione dei poteri in nome del quale viene invece espunto dall'ordinamento. Questa impostazione, tuttavia, avrebbe avuto il pregio di circoscrivere la portata della decisione della Corte soltanto ai casi di veto legislativo su atti amministrativi e perciò al suo utilizzo come "sucedaneo" dei *private bills* della cui legittimità costituzionale si poteva a ragione dubitare, come si è detto.

È solo nella *dissenting opinion* del giudice White che, in una prospettiva più ampia, si mette in evidenza il fatto che il *legislative veto* ha rappresentato in molti casi un mezzo di difesa, un potere negativo che il Congresso ha opposto alla perdita di potere attivo subita nel contesto dell'*administrative State*<sup>45</sup>. Lo spostamento di competenze in favore del Presidente ha generato una concentrazione di potere che, come insegna tradizionalmente il principio della separazione dei poteri, è sempre pericolosa quando assume caratteri assoluti. Se il potere presidenziale non è più limitato dalla distribuzione delle funzioni, allora lo dev'essere attraverso l'interferenza dei *checks*.

A ben vedere, l'*opinion* del giudice Powell e quella del giudice White non sono poi così distanti: la *concurring opinion* del primo si apre osservando che il *legislative veto* ha avuto un'applicazione grandissima, di cui il caso CHADHA non rappresenta che un singolo esemplare. Nell'invito a contenere la decisione "*on a narrower ground*" può perciò rinvenirsi la traccia della disponibilità del giudice a salvare impieghi diversi del veto legislativo. Il giudice White, a sua volta, afferma: "*I do not suggest that all legislative vetoes are necessarily consistent with separation-of-powers principles. A legislative check on an inherently executive function ...poses an entirely different question*"<sup>46</sup>.

---

*politically when it prescribes rules of general applicability. When it decides rights of specific persons, those rights are subject to the tyranny of a shifting majority*" (462 U.S. 919, 966).

<sup>45</sup> "*The history of the legislative veto also makes clear that it has not been a sword with which Congress has struck out to aggrandize itself at the expense of the other branches ... Rather, the veto has been a means of defense, a reservation of ultimate authority necessary if Congress is to fulfill its designate role under Art. I as the Nation's lawmaker ...*" (462 U.S. 919, 974).

<sup>46</sup> I.N.S. v. CHADHA, 462 U.S. 919, 1002, White *concurring*.

I due non concordano solo sulla classificazione del potere inciso dal veto del Congresso nella specifica circostanza: interferente in una funzione di tipo giurisdizionale e dunque illegittimo, per Powell; interferente nell'esercizio di potere originariamente proprio del Congresso e soltanto delegato all'esecutivo, per White.

Diversamente da loro, invece, la maggioranza della Corte non è altrettanto coerente quando classifica come legislativo il potere negativo di veto del Congresso sui provvedimenti di sospensione degli atti di espulsione, e però non dubita che l'*Attorney General*, membro dell'esecutivo, abbia legittimamente la competenza, in positivo, di adottare quei provvedimenti sospensivi. La maggioranza del collegio giudicante, in definitiva, sembra procedere "a due velocità": nei confronti del Congresso applica il principio della separazione dei poteri in modo formale e rigoroso ma, al contempo, accetta implicitamente la sistemazione delle competenze attuata dalla legge, cogliendone i benefici in termini di funzionalità del sistema.

Il fatto che la Corte non abbia portato alle sue estreme conseguenze l'applicazione formalistica del principio della separazione dei poteri e abbia colpito con la pronuncia di illegittimità solo il veto legislativo ma non anche le deleghe, ha riproposto il problema dello squilibrio prodotto nella forma di governo dalla massiccia politica di delegazione del *rule-making power*. Il formalismo a senso unico della Corte ha bocciato lo strumento di controllo ma non l'attribuzione di potere: si trattava di una sistemazione che non avrebbe potuto però reggere all'urto delle forze generate dalla separazione dei poteri, contro le quali la Corte aveva tentato di fare resistenza<sup>47</sup>.

Il veto, sebbene la sua inclusione nei testi legislativi fosse così ricorrente, concretamente era usato molto di rado dal Congresso: la sua efficacia ed utilità si poteva apprezzare piuttosto nel fatto che esso aveva fortemente stimolato la cooperazione istituzionale, suggerendo all'amministrazione di ricercare canali informali di comunicazione preventiva e rendendola disponibile alla contrattazione del contenuto di quegli atti sui quali il Congresso avrebbe eventualmente potuto, per legge, porre il veto.

---

<sup>47</sup> E' significativo, a questo riguardo, il passaggio nel quale la Corte, in CHADHA, afferma: "*the hydraulic pressure inherent within each of the separate Branches to exceed the outer limits of its power, even to accomplish desirable objectives, must be resisted*" (462 U.S. 919, 951).

Scomparso il veto, l'amministrazione avrebbe potuto irrigidirsi sulle proprie posizioni, utilizzare tutta la discrezionalità concessa di volta in volta dal legislatore e, licenziata la legge, disinteressarsi delle indicazioni provenienti dal Congresso. Il Congresso sembrò preventivarlo e reagì in un primo momento irrigidendosi a sua volta: poco dopo la sentenza CHADHA venne infatti avanzata una proposta di legge alla Camera dei rappresentanti<sup>48</sup> che prevedeva l'automatica caducazione di tutte le norme legislative contenenti deleghe regolamentari, se non fossero state confermate dal Congresso entro un breve termine dall'entrata in vigore della legge stessa<sup>49</sup>.

Anziché agire sul versante dell'attribuzione del potere delegato, per riportare il sistema in equilibrio si poteva però anche tentare di ripristinare forme di controllo su quel potere, cercando strumenti alternativi al *legislative veto*, ma altrettanto efficaci. Ciò che contava conservare, in fondo, non era tanto la possibilità per il Congresso di sanzionare, con il veto, gli atti dell'esecutivo ed impedirne l'adozione, ma piuttosto la compartecipazione istituzionale nell'adozione di quegli atti che l'eventualità della sanzione aveva di fatto stimolato.

Per riprodurre le stesse dinamiche nei rapporti fra Congresso ed esecutivo maturate all'ombra dell'istituto giuridico del veto occorre allora che, da entrambi i fronti, si avvertisse la necessità non più giuridica ma politica di condividere il potere, anziché dividerlo.

E siccome, come osservano Foley e Owens<sup>50</sup>, quella che a prima vista era sembrata una vittoria dell'esecutivo sul legislativo, rischiava infine di danneggiarlo se il Congresso, per reazione, si fosse riappropriato del potere di approvare leggi dettagliate, rendendo lenta e macchinosa nel suo complesso l'azione di governo, quella disponibilità

---

<sup>48</sup> Confidenzialmente definita nel linguaggio parlamentare "*super sunset legislation*".

<sup>49</sup> Cfr. LEVITAS E.H.-BRAND S.M., *Congressional review of executive and agency actions after Chadha: "the son of legislative veto lives on"*, in 72 *Georgetown Law Journal*, 1984, p. 801 s., p. 809. Per alcune riflessioni, in dottrina, sulle conseguenze del caso CHADHA, v. BREYER S., *The legislative veto after Chadha*, in 72 *Georgetown Law Journal*, 1984, p. 785 s.; FELLOWS J.B., *Congressional oversight through legislative veto after I.N.S. v. Chadha*, in 69 *Cornell Law Review*, 1984, p. 1244 s.; STRAUSS P.L., *Was there a baby in bathwater? A comment on the Supreme court's legislative veto decision*, in *Duke Law Journal*, 1983, p. 789 s.; TRIBE L.H., *The legislative veto decision: a law by any other name?*, in 21 *Harvard Journal on Legis 1*, 1984, p. 127 s.

<sup>50</sup> Cfr. FOLEY M.-OWENS J.E., *Congress and the Presidency. Institutional politics in a separated system*, Manchester e New York, 1996, p. 355-356.

venne quasi naturalmente. Le stesse modalità di comunicazione e co-decisione che si erano sviluppate con il *legislative veto*, si conservarono in una dimensione però privata, volontaria e reciproca.

Dice Fisher a questo proposito: “*Contrary to the Court’s doctrine, future legislative control will not be exercised solely through public laws. We should not be too surprised or disconcerted if after the Court has closed the door to the legislative veto, we hear a number of windows being raised and perhaps new doors constructed, making the executive-legislative structure as accommodating as before for shared power*”<sup>51</sup>.

In fondo, la sentenza della Corte aveva privato il Congresso del suo strumento di controllo più prossimo all’attività delegata, ma aveva anche affermato che il Congresso disponeva comunque del potere legislativo, col quale avrebbe potuto in ogni momento riappropriarsi per intero di quell’attività. La minaccia di questo “male” era stata poi da sola sufficiente a scoraggiare un uso solitario del potere delegato da parte dell’esecutivo.

Il caso CHADHA, più di ogni altro, permette così di apprezzare come la tripartizione rigida dei poteri accolta nella forma di governo nordamericana sia una sorta di *check* di ultima istanza, che scatta quando tutti gli altri strumenti di controllo non sono potuti intervenire o non hanno operato efficacemente, ed evidenzia come la separazione del potere legislativo, esecutivo e giudiziario, anche privata dei meccanismi di interferenza, crei comunque, paradossalmente, il più formidabile dei condizionamenti funzionali.

*c) ...e specularmente annulla il line item veto nel caso Clinton v. New York.*

Nel caso CLINTON v. NEW YORK<sup>52</sup> la Corte affronta e dichiara illegittimo il *line item veto*, un altro strumento di invenzione legislativa che, analogamente alla combinazione tra deleghe legislative e *legislative veto*, era stato introdotto per rispondere ad un bisogno di flessibilità nella forma di governo. Il *line item veto* era stato previsto, in particolare, come accomodamento funzionale delle competenze del Congresso e del Presidente nella materia della gestione del bilancio dello

---

<sup>51</sup> Così FISHER L., *Constitutional conflicts between Congress and the President*, University Press of Kansas, 1991, III ed., p. 152.

<sup>52</sup> CLINTON W.J., PRESIDENT OF THE UNITED STATES, ET AL., v. CITY OF NEW YORK ET. AL., 524 U.S. 417 (1998).

Stato. Diversamente dal *legislative veto*, però, questa volta si trattava di uno strumento a favore del Presidente, che ne allargava il potere attribuendogli una competenza non prevista in Costituzione. Per comprenderne la portata è necessario preliminarmente capire il contesto organizzativo nel quale si inseriva.

È noto che la conquista del potere di imporre tributi ai sudditi, che i Parlamenti sottrassero al sovrano, permise alle prime assemblee rappresentative dei ceti produttivi di affermarsi, storicamente, come contropotere nei confronti della monarchia. Un potere che esse continuarono a conservare e che utilizzarono come arma<sup>53</sup> per ottenere nuovi spazi e competenze e per consolidare la propria posizione nel sistema.

Questa prerogativa, che è molto più di un residuo storico, viene confermata dalle Costituzioni moderne e si ritrova intatta anche nella Costituzione nordamericana. L'art I, sezione 9, cl. 7 della Costituzione del 1787 riserva infatti al Congresso ogni potere impositivo: “*No money shall be drawn from the Treasury, but in Consequence of Appropriations made by Law; and a regular Statement and Account of the Receipts and Expenditures of all public Money shall be published fom time to time*”<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> Lo stesso Madison, nel *Federalist*, definisce il *power of the purse* come un'arma, che la Costituzione americana mette nelle mani della sola Camera dei rappresentanti (v. nota successiva). Afferma infatti: “*Non soltanto la Camera dei rappresentanti può rifiutare i contributi necessari al mantenimento del governo, ma è anche la sola a poterli proporre. Essa, in altre parole, tiene i cordoni della borsa – quel potente strumento tramite il quale, nella storia della Costituzione britannica, abbiamo visto una umile e sparuta rappresentanza popolare andare gradatamente allargando la propria sfera d'attività e d'importanza, riducendo infine, almeno fino al punto ritenuto desiderabile, le strabocchevoli prerogative degli altri settori del sistema costituzionale. Questo potere può, in effetti, essere considerato come l'arma più completa e più valida di cui una Costituzione può armare i rappresentanti del popolo, al fine di metterli in grado di rimediare ad ogni ingiustizia, e di adottare ed attuare misure giuste e salutari*” (cfr. MADISON J., *paper* N. 58, in HAMILTON A.-MADISON J.-JAY J., *Il Federalista* cit., p. 500).

<sup>54</sup> Questa disposizione si completa con un'altra, che invece si spiega nella prospettiva della Costituzione di uno Stato federale, la quale riserva alla Camera dei rappresentanti il potere di proporre leggi tributarie, escludendo il Senato dalla fase dell'iniziativa (cfr. Art. I, sezione 7, cl. 1: “*All Bills for raising Revenue shall originate in the House of Representatives; but the Senate may propose or concur with Amendments as on other Bills*”). Questa sistemazione si spiega perché in materia fiscale, più che in ogni altra, si avverte la necessità di legare la decisione autoritativa dello Stato al corpo elettorale, omogeneamente rappresentato. Omogeneità che non è presente nel Senato federale, dove ogni Stato membro dispone di due seggi parlamen-

In materia finanziaria e fiscale, la Costituzione nordamericana non assegna invece al Presidente alcun potere specifico col quale l'esecutivo possa incidere in modo particolare sulla politica legislativa decisa dal Congresso. Le attribuzioni presidenziali infatti sono, in questo settore, le stesse esercitabili nell'ambito di tutti i procedimenti legislativi e consistono nella possibilità per il Presidente di raccomandare in via informale al Congresso l'adozione di certe misure che egli giudichi prioritarie o convenienti e soprattutto nella possibilità di opporre il veto, un'eventualità che rafforza la capacità persuasiva delle sue raccomandazioni.

Si può dunque concludere con Devins che, sulla carta, la posizione del Presidente, con riferimento alla politica finanziaria e di bilancio, è certamente subordinata a quella del Congresso al quale spetta comunque l'ultima decisione, anche se questa è normalmente preceduta da un'intensa attività di contrattazione con la Casa Bianca<sup>55</sup>.

E' pur vero, tuttavia, che il Congresso ha nel tempo tentato più volte di inventare dei meccanismi diretti a coinvolgere **formalmente** la Presidenza nelle decisioni generali di entrata e di spesa del Paese, a cominciare dal *Budget Accounting Act* del 1921 che ha previsto il potere del Presidente di sottoporre annualmente al Congresso un progetto di bilancio, dal quale, peraltro, il Congresso può liberamente discostarsi e finanche stravolgerlo del tutto.

La questione delle competenze in materia di politica finanziaria fu poi, agli inizi degli anni '70, terreno di scontro istituzionale, in seguito al tentativo messo in atto dal Presidente Nixon di affermare un potere presidenziale di scelta delle spese da sostenere effettivamente, nell'ambito degli stanziamenti deliberati dal Congresso con legge. In risposta, il Congresso approvò il *Congressional Budget and Impoundment Control Act* del 1974, che rafforzava i controlli parlamentari sulla gestione del bilancio posta in essere in concreto dall'amministrazione e istituiva una procedura *ad hoc* per consentire ai due organi di indirizzo politico di individuare concordemente, nell'ambito degli stanziamenti programmati, gli investimenti pubblici da considerare prioritari.

---

tari e la popolazione degli Stati minori risulta inevitabilmente sovrarappresentata, rispetto a quella degli Stati più popolosi.

<sup>55</sup> Cfr. DEVINS N.E., *In search of the lost chord: reflections on the 1996 Item veto Act*, in *47 Case Western Reserve Law Review*, 1997, p. 1605 s.

Questi interventi legislativi, come quelli che seguirono (e che ebbero peraltro un rendimento piuttosto deludente<sup>56</sup>), si mantennero comunque fedeli al testo costituzionale, ne rispettarono l'ordine delle competenze e quella sorta di "gerarchia" tra Congresso e Presidente che, in materia finanziaria, come si è detto, la riserva di legge di cui all'art. I, sez. 9, cl. 7 della Costituzione implicitamente impone.

Il *Line Item Veto Act* del 1996 rompe invece questo schema: esso prevede che il Presidente possa intervenire sulle leggi finanziarie approvate dal Congresso, stralciandone le disposizioni che vincolano il prelievo fiscale ad investimenti, spese o benefici quando lo stesso Presidente li giudichi inopportuni, in modo da liberare quelle risorse in favore di altri obiettivi considerati prioritari. L'intervento emendativo del Presidente deve però essere notificato al Congresso entro cinque giorni e diventa efficace solo da quel momento. Per contrastare il "veto" presidenziale il Congresso può attivarsi nei trenta giorni successivi approvando una legge che, seguendo i normali passaggi del procedimento legislativo, dev'essere sottoposta alla firma del Presidente, il quale può rinviarla alle Camere per l'approvazione a maggioranza rinforzata.

In definitiva, se il *line item veto* avesse superato indenne il giudizio della Corte, avrebbe sostanzialmente consentito al Presidente di ma-

---

<sup>56</sup> Nel 1985 venne approvato il *Gramm-Rudman-Hollings Act*, una riforma tutta incentrata su un soggetto indipendente (il *Comptroller General*) e sulla previsione di meccanismi automatici di riduzione del *deficit* pubblico. La legge, commentarono criticamente i suoi oppositori, annacquava le responsabilità del Congresso, in primo luogo, con riferimento ad una materia cruciale per il benessere della Nazione che la Costituzione invece gli affida primariamente, senza peraltro trasferirle in capo all'altro organo rappresentativo, il Presidente. Questa ridefinizione delle competenze e delle responsabilità finiva per scoraggiare l'adozione, da parte degli organi politicamente responsabili, di misure strutturali di contenimento del fabbisogno finanziario dello Stato, misure che sarebbero dovute andare nella direzione (comunque impopolare) di una riduzione della spesa pubblica o dell'incremento del prelievo fiscale. La riforma si rivelò inadatta allo scopo (il debito continuò a crescere in maniera esponenziale) e fu del resto presto interessata da una pronuncia della Corte suprema (v. oltre il caso *BOWSER v. SYNAR*) che colpì proprio la sua figura-chiave, il *Comptroller General*, la cui competenza in materia, combinata con una certa subordinazione dell'organo rispetto al Congresso, venne giudicata incostituzionale.

Con un successivo intervento legislativo, il *Budget Enforcement Act* del 1990, si cercò di risolvere il problema dei conti pubblici sempre più pressante attraverso un nuovo meccanismo che consisteva, essenzialmente, nel fissare dei tetti massimi di spesa per ogni macroarea economica. Esso tuttavia non apportò che benefici marginali, quasi impercettibili in una situazione di generale recessione economica.

novrare il bilancio pubblico a sua discrezione, perché la sua azione avrebbe avuto bisogno soltanto dell'appoggio di 1/3 più uno dei componenti di ciascuna Camera e cioè della minoranza qualificata necessaria per impedire l'*overruling* del secondo veto, quello regolarmente imposto dal Presidente alla legge del Congresso che si fosse opposta all'utilizzo del *line item veto*. Il rafforzamento dell'esecutivo ai danni del Congresso che ne sarebbe disceso fece parlare di una vera e propria *license to kill*<sup>57</sup>.

Paradossalmente, nei lavori parlamentari relativi alla legge, emerge la generale consapevolezza, non solo tra gli oppositori ma anche da parte dei fautori della riforma, dell'impatto strutturale profondo che essa avrebbe avuto, dal momento che l'intento dichiarato del *Line Item Veto Act* era proprio quello di spostare competenze e responsabilità, in materia finanziaria, dal Congresso al Presidente.

Per giustificare questa scelta apparentemente "suicida" i parlamentari di maggioranza osservarono che il *line item veto* non avrebbe portato il sistema in disequilibrio, ma avrebbe semmai rimediato all'indebolimento subito nel procedimento legislativo dall'altro veto presidenziale, quello costituzionalmente previsto e che può, a monte, condizionare l'entrata in vigore delle leggi.

Infatti, in conseguenza della prassi piuttosto diffusa da parte del Congresso di approvare leggi *omnibus*, nelle quali fra l'altro spesso finiscono, ammassate con le disposizioni più diverse, anche "manovre" fiscali di basso profilo, i Presidenti, per decidere come utilizzare il loro potere di veto, hanno dovuto spesso fare i conti con una drastica scelta del tipo "prendere o lasciare", che però avrebbe senso (e così è stata pensata dai costituenti) solo rispetto ad atti normativi omogenei. Si faceva inoltre notare che il *line item veto* era solo una possibilità prevista in termini generali del legislatore, ma le singole leggi avrebbero potuto di volta in volta escluderlo attraverso l'indicazione di eccezioni espresse. Dunque il Congresso non avrebbe perso definitivamente i suoi poteri in materia finanziaria e fiscale.

In verità, dietro l'apparente scelta generosa del Congresso, si poteva forse anche intravedere il tentativo assai meno nobile, da parte legislativo, di addossare sul Presidente responsabilità (e colpe) nella difficile gestione di un debito pubblico sempre crescente. Paradossalmente, il rafforzamento del Presidente nella direzione della politica finan-

---

<sup>57</sup> Così DEVINS N.E., *In search of the lost chord: reflections on the 1996 Item Veto Act* cit., p.1617-1618.

ziaria, conseguente al *line item veto* e percepito dal corpo elettorale, avrebbe potuto anche ritorcersi a danno dello stesso Presidente, reso responsabile agli occhi degli elettori del contenimento della spesa pubblica e perciò costretto probabilmente ad intervenire, cassandole, su norme di legge ambiziose ma dispendiose, magari approvate dal Congresso proprio nella prospettiva della loro successiva cancellazione da parte del Presidente. Sul fronte politico, il *line item veto* rischiava così di provocare una sorta di “sbilanciamento” uguale e contrario a quello che causava sul fronte delle competenze: il Congresso avrebbe infatti potuto beneficiare di una crescita di consenso legata a decisioni legislative “manifesto”, ai danni del Presidente, costretto a bocciare proprio quelle decisioni più popolari.

La Corte suprema, per bocca del giudice Stevens, pronuncia una decisione piuttosto scarna nei motivi, in cui, sull’esempio di *I.N.S. v. CHADHA*, dichiara l’illegittimità del *line item veto* perché non conforme alle norme costituzionali sul procedimento legislativo.

L’intervento “stralcio” del Presidente, autorizzato dal *line item veto*, rappresenta, per il supremo collegio giudicante, esercizio di potere legislativo non paragonabile ad altri casi, contemplati dall’ordinamento, nei quali lo stesso Presidente, in presenza di specifici presupposti, è legittimato a sospendere l’efficacia di norme di legge. Questa distinzione consente alla Corte di ignorare un lontano precedente (caso *FIELD v. CLARK*<sup>58</sup>) nel quale si era occupata della legittimità costituzionale di alcune disposizioni legislative che consentivano al Presidente di imporre restrizioni all’importazione di alcune merci che la stessa legge indicava, in generale, liberamente commerciabili.

In quel caso la Corte non si era nemmeno prospettata un problema di conformità dell’azione del Presidente alle norme sul procedimento legislativo: la portata più limitata dell’attribuzione presidenziale, ma soprattutto la diversa materia interessata (la politica estera rispetto alla quale, come si vedrà, l’equilibrio dei poteri viene concordemente ritoccato a favore del Presidente), avevano portato la Corte a preoccuparsi solo dell’eventuale contrarietà di quell’attribuzione alla *non delegation doctrine* per poi considerarla come esercizio di potere esecutivo, dunque legittimamente delegabile.

La diversa e delicatissima materia, quella finanziaria e fiscale; il fatto che sia così importante per l’elettore-contribuente; il legame che perciò si crea, in questo ambito più che in ogni altro, tra competenza e

---

<sup>58</sup> Cfr. *FIELD ET AL. v. CLARK, COLLECTOR*, 143 U.S. 649 (1892).

responsabilità; le ricadute che questi elementi producono sulla separazione dei poteri e l'equilibrio istituzionale, rappresentano probabilmente le ragioni profonde della diversa decisione della Corte nel caso CLINTON v. NEW YORK. Esse rimangono tuttavia sullo sfondo e inesprese, perché la sentenza si limita a considerare il dato procedurale senza addentrarsi nella questione se il *Line Item Veto Act* "impermissibly disrupts the balance of power among the three branches of government"<sup>59</sup>.

La stessa questione costituzionale, affrontata in una prospettiva strutturale più ampia, porta il giudice Kennedy a scrivere una *concurring opinion*, nella quale perviene al medesimo risultato della Corte, sorretto però da una motivazione parzialmente diversa. Il giudice pone infatti l'accento sul fatto che sebbene il Congresso abbia ceduto volontariamente parte del proprio potere, attraverso l'approvazione della legge, l'operazione non si può considerare, in base a questo argomento soltanto, senz'altro innocua.

In modo originale egli osserva poi che il pericolo non risiede tanto nel fatto che si accrescono le competenze del Presidente, ma sta in primo luogo proprio nell'abdicazione del Congresso dalle sue responsabilità. Il rispetto delle competenze, infatti, non è solo una preoccupazione degli organi costituzionali, ma è anche precipuo interesse dei cittadini che hanno pertanto diritto a pretendere il pieno ed esclusivo esercizio delle rispettive attribuzioni da parte di ciascuno dei poteri. Confrontato con queste osservazioni, il formalismo della maggioranza della Corte risulta ancor più accentuato: la regola procedurale non viene indagata dalla maggioranza dei giudici supremi nei suoi risvolti sostanziali, ma quasi meccanicamente applicata, con un tecnicismo che appare impermeabile ad un'apprezzabile sensibilità di ordine costituzionale. Il problema finanziario, restituito alle sue procedure originarie, si ripropone però in tutta la sua drammaticità e se la Corte probabilmente ha ragione nel ritenere lo strumento del *line item veto* contrario a Costituzione, l'occasione forse si prestava per puntualizzare come in questa materia, più che in ogni altra, la competenza giuridica non può scindersi dalla responsabilità politica. Se il sistema presenta situazioni di *deficit* incontrollato, ciò è segno probabilmente del

---

<sup>59</sup> L'espressione è tratta dalla sentenza della *District Court* che si era occupata in grado d'appello del caso pronunciandosi contro il *line item veto* con una motivazione in cui, al di là della mera violazione procedimentale su cui insiste in modo esclusivo la Corte suprema, il *line item veto* era stato ritenuto contrastante con il principio della separazione dei poteri.

fatto che, tra le pieghe della struttura costituzionale, agiscono volontà politiche irresponsabili, contro le quali la struttura costituzionale stessa deve riuscire a porre rimedio.

*d) Le prime sentenze della Corte suprema sull'appointments clause.*

La norma costituzionale sulle nomine presidenziali nell'ambito dell'amministrazione stabilisce che spetta al Presidente, con l'*advice and consent* del Senato, scegliere, i ministri, gli agenti diplomatici e i funzionari di grado maggiore; per le altre cariche amministrative di grado inferiore, da individuarsi legislativamente, il Congresso può, invece, attribuire il potere di nomina "*in the President alone, in the Courts of Law, or in the Heads of Departments*". È questa una norma che, con riferimento ai ministri e ai funzionari federali incaricati di attività propriamente amministrative, come si dirà, ha ricevuto nella prassi un'applicazione piuttosto "piana" e non ha ingenerato grande conflittualità fra i poteri (Presidente e Senato) coinvolti nel procedimento di nomina. I rapporti istituzionali, per quello che la norma espressamente dice, si sono infatti facilmente regolati secondo meccanismi convenzionali reciprocamente accettati.

Il dato costituzionale, tuttavia, ha lasciato irrisolti alcuni quesiti che la giurisprudenza della Corte suprema ha progressivamente chiarito: in primo luogo se il Presidente ha, oltre quello di nominare, anche il potere di revocare le persone già nominate. Se è anch'esso un potere che richiede la conferma del Senato per essere legittimamente esercitato. Se può il Congresso con legge limitare la revocabilità dell'incarico o addirittura escluderla per certe categorie di funzionari. O ancora, se il Congresso incontra dei limiti nel distribuire con legge il potere di nomina, con riferimento ai funzionari minori.

Nell'affrontare molti di questi interrogativi gravitanti attorno all'*Appointments clause*, com'è facilmente intuibile, la Corte suprema ha dovuto misurarsi con il principio della separazione dei poteri: dagli aspetti dell'istituto non chiariti dalla norma, infatti, è spesso generato un conflitto costituzionale fra gli organi di vertice, ciascuno dei quali ha cercato di ottenere per sé pezzi di potere, attraverso l'interpretazione giurisprudenziale di quelle omissioni.

Il primo caso riguardante il potere presidenziale di revoca degli *appointees* risale al 1903<sup>60</sup>, quando la Corte suprema si trovò ad affrontare il ricorso sollevato da un funzionario federale che era stato

---

<sup>60</sup> Caso SHURTLEFF v. UNITED STATES, 189 U.S. 311 (1903).

rimosso dal suo ufficio con atto del Presidente privo di motivazione<sup>61</sup>. Nel frattempo il suo posto era stato occupato da un funzionario la cui nomina era stata debitamente confermata dal Senato. In questo caso, perciò, non c'era alcun conflitto fra i due organi interessati né era direttamente implicato il principio di separazione dei poteri, perché si trattava soltanto di riconoscere o negare una competenza al Presidente che il Senato non rivendicava per sé, nemmeno nella forma della compartecipazione procedurale. La sentenza è comunque importante perché fornisce una prima lettura dell'istituto delle nomine presidenziali, chiarendo alcuni punti che, come si è detto, il dato costituzionale non specifica.

La Corte afferma, che “*inherent in the power of appointment*” c'è anche “*the right of removal*” e utilizza un argomento interpretativo, la dottrina dei poteri impliciti, che ricorre spesso nella sua giurisprudenza in materia di separazione dei poteri. Questo potere di revoca grava in primo luogo sui soggetti la cui nomina è affidata al Presidente direttamente dalla Costituzione, ma anche su coloro che ricoprono cariche istituite per legge e attribuite comunque dal Congresso alla gestione presidenziale<sup>62</sup>. Il potere di revoca inerisce a quello di nomina e, più in generale, al complesso delle funzioni assegnate al Presidente: egli deve infatti poter contare su funzionari di sua fiducia e deve perciò poterli rimuovere dal loro incarico quando il rapporto fiduciario si è interrotto<sup>63</sup>. Ciò a prescindere dal fatto che abbiano bene o male svolto

---

<sup>61</sup> Nell'atto riportato nel ricorso era contenuta una semplice comunicazione della decisione del Presidente di sostituire l'impiegato: “*you are hereby removed from the office of general appraiser of merchandise, to take effect upon the appointment and qualification of your successor*”; seguiva la firma del Presidente McKinley. Il sig. Shurtleff rivendicava il diritto a conservare l'impiego e pretendeva conseguentemente il pagamento degli stipendi arretrati, a partire dalla comunicazione dell'atto di revoca.

<sup>62</sup> Il caso di specie riguardava proprio una figura amministrativa (il *general appraiser of merchandise*) prevista da una legge federale che, ricalcando perfettamente il procedimento costituzionale, incaricava il Presidente della nomina sulla quale il Senato doveva esprimere il proprio *advice and consent*. “*Congress has regarded the office as of sufficient importance to make it proper to fill it by an appointment to be made by the President and confirmed by the Senate*”, dice la Corte. Perciò “*it has ... classed it as appropriately coming under the direct supervision of the President, and to be administered by officers appointed by him ... with reference to his constitutional responsibility to see that the laws are faithfully executed*” (189 U.S. 311, 315).

<sup>63</sup> O anche non è mai iniziato, tenuto conto che ogni Presidente “eredita” il personale amministrativo voluto dai suoi predecessori. Così, per ragioni di correttezza, non disgiunte dal fatto che il Presidente ha ottenuto in via giurisprudenziale il riconosci-

le loro mansioni<sup>64</sup>, perché si tratta di una decisione tutta politica rimessa alla piena discrezionalità presidenziale e della quale il Presidente risponderà soltanto all'elettorato<sup>65</sup>.

Secondo la Corte sarebbe del resto irragionevole ritenere che i funzionari, come i giudici, godano del *life tenure*, del diritto cioè di conservare il loro posto finché lo vogliano. La nomina a vita per i giudici è infatti costituzionalmente prevista come garanzia della loro indipendenza così che, dopo l'atto di nomina, la loro attività, che non rientra nelle responsabilità di governo del Presidente, possa davvero staccarsi dall'influenza presidenziale. Un'esigenza analoga di indipendenza, si legge nella sentenza, non solo non è sentita per i funzionari dell'esecutivo, ma sarebbe viceversa assurdamente in contrasto con il principio di responsabilità, che è la regola caratterizzante della forma di governo presidenziale<sup>66</sup>.

Il caso *MYERS v. UNITED STATES* del 1926 aggiunge un altro tassello nella ricostruzione giurisprudenziale delle competenze costituzionali in materia di nomine<sup>67</sup>. La lunghissima decisione redatta dal *Chief Justice* Taft è quasi un trattato sulla storia e la prassi applicativa dell'*Appointments clause* a partire dai lavori della Convenzione di Filadelfia, passando per il dibattito sul potere di revoca che impegnò, nel 1789, il primo Congresso degli Stati Uniti<sup>68</sup>, recuperando "tracce" di

mento del diritto di revoca, è prassi che gli *attorneys* distrettuali rassegnino le loro dimissioni ad ogni cambio di Presidenza.

<sup>64</sup> Anche nel caso all'esame il sig. Shurtleff non era stato licenziato per motivi legati alla sua condotta. La legge federale istitutiva dell'*appraiser of merchandise*, d'altro canto, circoscriveva le ipotesi di rimozione dell'impiego a motivi di inefficienza, ad inadempienze dei doveri d'ufficio o ai comportamenti illeciti.

<sup>65</sup> "It is true that, under construction, it is possible that officers may be removed for causes unconnected with the proper administration of the office. That is the case with most of the other officers in the government. The only restraint in cases such as this must consist in the responsibility of the President, under his oath of office, to so act as shall be for the general benefit and welfare" (189 U.S. 311, 318).

<sup>66</sup> "The tenure of the judicial officers of the United States is provided for by the Constitution; but, with that exception, no civil officer has ever held office by a life tenure since the foundation of the government" (189 U.S. 311, 316).

<sup>67</sup> *MYERS v. UNITED STATES*, 272 U.S. 52 (1926). La sentenza prende origine dalla vicenda del sig. Myers, *first class postmaster*, destinatario di un atto di revoca del Presidente. Diversamente dal caso *SHURTLEFF*, questa volta il Senato, in forza di una espressa previsione legislativa che ripartiva tra Presidente e Senato non solo la nomina ma anche il potere di revoca dei *postmasters*, rifiutava di dare il suo consenso all'atto.

<sup>68</sup> La proposta normativa che suscitò quel dibattito proveniva da Madison e, con riferimento all'istituzione del Dipartimento Affari Esteri del governo federale, prevedeva l'inserimento nel testo legislativo di una clausola espressa sul problema della re-

riferimenti giurisprudenziali nelle sentenze della Corte suprema, compreso il fondamentale caso *MARBURY v. MADISON*, fino all'approdo finale della sentenza, che riconosce a favore del solo Presidente il potere di revoca e conseguentemente esclude ogni coinvolgimento di carattere consultivo e vincolante da parte del Senato. Questa soluzione non necessariamente conduce, secondo la Corte, ad incentivare il fenomeno dello *spoils system*, a contenere il quale è sufficiente la partecipazione del Senato nella fase della nomina<sup>69</sup>. E dunque, se la Costituzione non indica espressamente quest'ulteriore interferenza funzionale nella fase di revoca, essa non può essere aggiunta in via interpretativa dal giudice, che dev'essere viceversa guidato dalla regola cardine della separazione espressa nelle *vesting clauses*<sup>70</sup>.

---

voca. I funzionari del Dipartimento sarebbero stati revocabili a discrezione del Presidente, senza la necessità di raccogliere il consenso del Senato. Nella sentenza sono riportati i passaggi più significativi dei lavori parlamentari in cui si discusse dell'opportunità di inserire la clausola nel testo della legge. Restano memorabili, in particolare, gli interventi dello stesso Madison, fermo sostenitore della legittimità del riconoscimento del potere di revoca in favore del solo Presidente. Tra gli argomenti considerati il carattere eccezionale dell'interferenza che l'*advice and consent* impone al potere di nomina, che ne preclude una applicazione estensiva anche sul lato della revoca; la diretta rappresentatività della carica presidenziale e la necessità di congiungere nella stessa persona competenza e responsabilità; la considerazione che, a differenza di quanto accade nella fase di nomina, l'opportunità della revoca può essere misurata dal solo Presidente, che è l'unico a conoscere davvero le doti e i limiti che i funzionari hanno dimostrato nell'espletamento dell'attività di gestione.

La sentenza della Corte suprema riporta anche le parole che Hamilton (l'altro grande autore del *Federalist*) pronunciò, nel ruolo di Segretario del Tesoro della Presidenza Washington, per difendere il Presidente dall'accusa di abuso di potere, occupandosi fra l'altro proprio del problema della revoca. Secondo la maggioranza del supremo collegio giudicante, questo intervento testimoniarebbe chiaramente come Hamilton avesse riconsiderato l'opportunità di lasciare il potere di revoca nelle mani del solo Presidente, ipotesi che scrivendo sul *Federalist* aveva invece nettamente rifiutato ("Uno dei vantaggi rilevati a proposito dell'intervento del Senato in materia di nomine è che esso contribuirebbe a garantire la stabilità dell'amministrazione. L'approvazione di questa assemblea sarebbe infatti necessaria così per **rimuovere** qualcuno dal suo posto come per nominarlo"; cfr. HAMILTON A., *paper* n. 77, in HAMILTON A.-MADISON J. - JAI J., *Il Federalista* cit., p. 615). Questo passaggio del *Federalist*, nel corso del dibattito parlamentare ricordato dalla sentenza, era state vigorosamente ripreso dai parlamentari contrari al rafforzamento dei poteri presidenziali; ma la sua capacità persuasiva risultava ovviamente indebolita dal fatto che il suo stesso autore avesse poi cambiato idea.

<sup>69</sup> MEYERS v. UNITED STATES, 272 U.S. 52, 172.

<sup>70</sup> "The executive power was given in general term strengthened by specific terms where limitation was needed, and the fact that no express limit was placed on the

La Corte afferma inoltre che, sul versante della revoca, non è possibile distinguere le nomine presidenziali previste in Costituzione da quelle disposte per legge: la scelta infatti ricade sul Presidente quando il legislatore (che avrebbe a disposizione, secondo la norma costituzionale ricordata, anche opzioni diverse) avverte la necessità di affidare al capo dell'esecutivo il potere di dirigere il settore di attività interessato dalla legge, perché sia armonizzata col suo indirizzo politico, attraverso le persone da lui nominate nei diversi *inferior offices*. La stessa finalità deve portare allora, sul piano della revoca, a riconoscergli specularmente il potere di rimuovere coloro che, immessi in quegli *offices*, alla prova dei fatti si sono mostrati invece inadatti a perseguire le politiche presidenziali.

Man mano che si scende nella scala gerarchica dei dipendenti pubblici diminuisce ovviamente anche l'importanza delle mansioni loro affidate e il tasso di discrezionalità della loro azione; ma questa considerazione non porta la Corte a restringere l'area sulla quale incide il potere presidenziale di revoca, per escludere coloro che svolgono attività di mera amministrazione<sup>71</sup>.

Sulla scia di queste considerazioni, la Corte aggiunge un altro punto in verità non tanto conseguente rispetto alle premesse del ragionamento: il potere presidenziale di revoca, si legge nella decisione, va affermato anche rispetto a quei funzionari federali che svolgono attività particolari, magari di carattere quasi giurisdizionale (come quelle espletate dai procuratori nei tribunali), che si sottraggono per la loro natura ad un controllo puntuale del Presidente e alla sua influenza di-

---

*power of removal by the executive was convincing indicatione that none was intended*" (272 U.S. 52, 119).

<sup>71</sup> "The duties of the heads of departments and bureaus in which the discretion of the President is exercised ... are the most important in the whole field of executive action of the government. There is nothing in the Constitution which permits a distinction between the removal of the head of a department or a bureau, when he discharges a political duty of the President or exercises his discretion, and the removal of executive officers engaged in the discharge of their other normal duties. The imperative reasons requiring an unrestricted power to remove the most important of his subordinates in their most important duties must therefore control the interpretation of the Constitution as to all appointed by him ... The ordinary duties of officers prescribed by statute come under the general administrative control of the President by virtue of the general grant to him of the executive power, and he may properly supervise and guide their construction of the statutes under which they act in order to secure that unitary and uniform execution of the laws which article 2 of the Constitution evidently contemplated in vesting general executive power in the President alone" (272 U.S. 52, 135).

retta. Se il Presidente non può interferire, in questi casi, sui singoli atti, deve però poter valutare (e sanzionare con la revoca degli *appointees*) l'intera attività per come è stata complessivamente svolta<sup>72</sup>.

È da quest'ultima affermazione che bisogna partire per valutare in che rapporto sta la sentenza MYERS con i casi HUMPHREY'S EXECUTOR v. UNITED STATES<sup>73</sup> del 1935 e WIENER v. UNITED STATES<sup>74</sup> del 1958.

Osserva Tribe che la Corte, nel caso MYERS, si è spinta a chiarire aspetti del potere di revoca la cui soluzione non era direttamente richiesta dalla natura della lite al suo esame. Per decidere la controversia, infatti, sarebbe in realtà bastato spiegare se il Senato poteva riservare a sé stesso, in via legislativa, il potere di autorizzare gli atti diretti a sostituire i funzionari dell'esecutivo; la Corte invece si era preoccupata di escludere, più in generale, ogni limitazione della capacità di revoca del Presidente<sup>75</sup>.

A ben vedere, in un caso riguardante una sostituzione nel ruolo di dirigente di ufficio postale, era ancor meno necessario confrontarsi, come la Corte invece aveva fatto, col problema della revocabilità dei funzionari che non esercitano soltanto funzioni amministrative. E' proprio sulla scorta di questa valutazione che la Corte suprema, nel caso HUMPHREY'S EXECUTOR e attraverso le parole del giudice Sutherland, può successivamente restringere il campo di applicazione del

---

<sup>72</sup> "Of course there may be duties so peculiarly and specifically committed to the discretion of a particular officer as to raise a question whether the President may overrule or revise the officer's interpretation of his statutory duty in a particular instance. Then there may be duties of a quasi judicial character imposed on executive officers and members of executive tribunals whose decisions after hearing affect interests of individuals, the discharge of which the President cannot in a particular case properly influence or control. But even in such a case he may consider the decision after its rendition as a reason for removing the officer, on the ground that the discretion regularly entrusted to that officer by statute has not been on the whole intelligently or wisely exercised" (272 U.S. 52, 135).

<sup>73</sup> HUMPHREY'S EXECUTOR v. UNITED STATES, 295 U.S. 602 (1935).

<sup>74</sup> WIENER v. UNITED STATES, 357 U.S. 349 (1958).

<sup>75</sup> Scrive infatti l'autore: "the Court's exegesis in Myers went so far beyond what was necessary to dispose of the case before it that it was susceptible of two fundamentally distinct readings. Myers could be understood to mean that Congress may not place any limits on the President's power to remove executive officers; or it could be read as embodying the proposition that, whatever the limits of presidential removal power, Congress could not cede to itself any role in removing government officials" (cfr. TRIBE L.H., *American Constitutional Law* cit., p. 704).

caso MYERS senza ricorrere ad un'*overruling*<sup>76</sup>. Nella lettura della Corte, MYERS ha solo stabilito che il potere di revoca del Presidente non può essere limitato con riferimento ai *purely executive officers*, ma lo stesso rigore nell'applicazione di questo principio non è richiesto per i funzionari che svolgono anche compiti di natura diversa (legislativa o giudiziaria). Esistono infatti delle figure organizzative le quali, anche se sono collocate all'interno dell'apparato amministrativo e sebbene i loro membri siano nominati dal Presidente, devono essere piuttosto considerate come strutture serventi del Congresso o del potere giudiziario, in quanto esercitano per legge delle attività che la Corte definisce quasi-legislative o quasi-giurisdizionali<sup>77</sup>.

La riflessione è evidentemente rivolta alle agenzie indipendenti che il Congresso già in quegli anni aveva cominciato ad istituire, con lo scopo di affidare loro la gestione di aree dell'amministrazione percorse da interessi "sensibili", da sottrarre perciò all'incidenza politica. Le agenzie indipendenti, proprio grazie alle regole riguardanti la loro composizione e i loro poteri, erano state pensate per perseguire, in quei settori, obiettivi e finalità *non partisan*<sup>78</sup>. Lo scopo del legislatore sarebbe risultato evidentemente frustrato se si fosse conservato nelle mani del Presidente un potere di "ricatto" formidabile consistente nella possibilità di revoca illimitata. È così che la Corte abbandona la costruzioni simmetrica della sentenza MYERS (il potere di revoca come

---

<sup>76</sup> Il giudice Scalia, nella *dissenting opinion* al caso MORRISON v. OLSON (v. oltre) ironizza sarcastico sul modo sbrigativo con il quale la Corte in HUMPHREY'S riesce a liquidare le 243 pagine della sentenza MYERS, semplicemente osservando che in quel caso "*nevertheless, the narrow point actually decided was only that the President had power to remove a postmaster of the first class, without the advice and consent of the Senate as required by act of Congress*" (295 U.S. 602, 625).

<sup>77</sup> V. HUMPHREY'S EXECUTOR v. UNITED STATES, 295 U.S. 602, 628.

<sup>78</sup> Il caso HUMPHREY'S EXECUTOR nasceva infatti proprio con riferimento ad un membro della *Federal Trade Commission*, nominato dal Presidente Hoover e poi rimosso dal Presidente Roosevelt dopo che ne aveva richiesto inutilmente le dimissioni. Roosevelt assunse la decisione ritenendo di essere legittimato a scegliere una persona con la quale fosse maggiormente in sintonia. La legge istitutiva della *F.T.C.* stabiliva però, relativamente ai suoi cinque membri che, dopo la nomina da parte del Presidente con l'*advice and consent* del Senato, sarebbero rimasti in carica per sette anni e indicava le cause (relative all'efficienza e alla buona condotta) in presenza delle quali il Presidente avrebbe potuto revocarli prima di quel momento. Allo scopo di garantire la libera concorrenza nel mercato, la Commissione veniva investita dalla legge di poteri normativi, ispettivi, e arbitrali; dell'attività della Commissione, inoltre, il Congresso doveva essere periodicamente informato.

riflesso del potere di nomina) per formularne un'altra<sup>79</sup>, legata al tipo di funzione esercitata dal soggetto che si vorrebbe revocare: "*whether the power of the President to remove an officer shall prevail over the authority of Congress to condition the power by fixing a definite term and precluding a removal except for cause, will depend upon the character of the office*"<sup>80</sup>.

Distinguere, in pratica, tra funzioni esecutive o quasi-legislative o quasi-giurisdizionali, e ancor più stabilire quale di queste prevalga quando uno stesso ente esercita funzioni di natura diversa, può però risultare un'operazione non facile e dunque connotata di una certa dose di opinabilità. La Corte stessa pare accorgersene quando, in chiusura di sentenza, rimanda al futuro la soluzione dei casi controversi che potranno sorgere alla luce del criterio applicato<sup>81</sup>.

E il caso si ripresenta, a più di vent'anni di distanza<sup>82</sup>, quando la Corte è chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di un atto di revoca che il Presidente Eisenhower intimò ad un membro della *War Claims Commission*<sup>83</sup>. La commissione era stata creata dal *War Claims Act* del 1948 per decidere sulle richieste di risarcimento provenienti dalle vittime della seconda guerra mondiale. La Corte presceglie il criterio seguito in *HUMPREY'S EXECUTOR* non raccogliendo invece l'invito del Presidente a riconsiderare quella sentenza che, a suo giudizio, aveva troppo facilmente sorvolato sulla posizione (netta) assunta in *MYERS* a favore di un illimitato ma anche generale potere presidenziale di revoca di tutti gli *appointees*. Decide pertanto per l'irrevocabilità dei membri della Commissione, chiamati ad esercitare con indipendenza

---

<sup>79</sup> Costruzione che Tribe definisce più funzionale, sebbene meno elegante (v. *TRIBE L.H., American Constitutional Law* cit., p. 705).

<sup>80</sup> *HUMPHREY'S EXECUTOR V. UNITED STATES*, 295 U.S. 602, 632.

<sup>81</sup> "*To the extent that, between the decision in the Myers Case, which sustains the unrestricted power of the President to remove purely executive officers, and our present decision that such power does not extend to an office such as that here involved, there shall remain a field of doubt, we leave such cases as may fall within it for future consideration and determination as they may arise*" (295 U.S. 602, 635).

<sup>82</sup> *WIENER V. UNITED STATES*, 357 U.S. 349 (1958).

<sup>83</sup> Come nel caso *HUMPHREY'S EXECUTOR*, anche in *WEINER* la revoca investiva un funzionario nominato dal predecessore di Eisenhower (Truman), che si voleva sostituire con una persona di fiducia del nuovo Presidente. Diversamente da quanto previsto dalla legge sulla *Federal Trade Commission* (che come si è detto circoscriveva la revoca alle ipotesi di giusta causa), il *War Claims Act* si limitava a prevedere un termine finale di durata della commissione, mentre taceva sulle cause di revoca dei suoi membri.

funzioni di carattere quasi-giurisdizionale, fino alla fine del loro mandato<sup>84</sup>.

e) le “oscillazioni” della Corte suprema nelle controversie sulle nomine tra interpretazione formalistica e interpretazione funzionale.

Sulla scorta di questi precedenti la Corte si trova ad affrontare, nel 1976, il caso BUCKLEY v. VALEO<sup>85</sup> e ad occuparsi dell'*Appointments Clause*, questa volta sul versante del potere di nomina. Con legge del 1971 era stata prevista l'istituzione di una speciale commissione (la *Federal Election Commission*) per provvedere all'applicazione dei vincoli imposti dalla stessa legge ai contributi e alle spese per le campagne elettorali nelle elezioni federali e presidenziali. La commissione presentava una composizione mista di membri nominati, disgiuntamente e previa conferma di entrambe le Camere, dai Presidenti dei due rami del Congresso e dal Presidente degli Stati Uniti, ai quali si aggiungevano, quali membri di diritto senza diritto di voto, il Segretario del Senato e il Clerck della Camera dei rappresentanti.

Sul problema dell'attribuzione del potere di nomina la Corte suprema si era già pronunciata nel caso SPRINGER v. GOVERNMENT OF THE PHILIPPINE ISLANDS<sup>86</sup> decidendo della legittimità di disposizioni legislative relative alla nomina degli organi amministrativi di alcuni istituti bancari pubblici. Facevano parte della commissione investita del potere di indicare la dirigenza delle banche partecipate, oltre al Governatore generale (capo dell'esecutivo nel territorio delle Filippine) anche il Presidente del Senato e quello della Camera dei rappresentanti. La disposizione legislativa venne annullata dalla Corte su-

---

<sup>84</sup> Nelle motivazioni della decisione entra anche la considerazione dei lavori parlamentari che hanno portato all'approvazione della legge e dunque la Corte ricerca, per seguirla, l'intenzione del legislatore. Si tratta, in verità, di un argomento consueto, ma non era così scontato che potesse essere utilizzato in un contesto in cui si discuteva di attribuzioni di rilievo costituzionale da distribuire fra Presidente e Congresso. In questa situazione e nell'ambito di un sistema che pone Parlamento e Governo sullo stesso piano, suona infatti un po' strana l'enfasi con cui vengono sottolineati i *desiderata* del Congresso: “*If, as one must take for granted, the War Claims Act precluded the President from influencing the Commission in passing on a particular claim, a fortiori must it be inferred that Congress did not wish to have hang over the Commission the Damocles' sword of removal by the President for no reason other than that he preferred to have on that Commission men of his own choosing*” (357 U.S. 349, 356).

<sup>85</sup> BUCKLEY v. VALEO, 424 U.S. 1 (1976). La sentenza è redatta *per curiam*.

<sup>86</sup> SPRINGER ET AL. v. GOVERNMENT OF THE PHILIPPINE ISLANDS, 277 U.S. 189 (1928).

prema, perché contraria al principio della separazione dei poteri che riservava al solo Governatore l'esercizio delle funzioni esecutive per il governo della colonia<sup>87</sup>.

Tornando a *BUCKLEY v. VALEO*, in questo caso la fattispecie era particolarmente ricca di elementi e consentì perciò alla Corte di fare una sorta di ricapitolazione delle sue decisioni precedenti: la Commissione era stata infatti investita di poteri che, usando la terminologia di *HUMPREY'S EXECUTOR*, si sarebbero dovuti definire quasi-legislativi e quasi-giurisdizionali; operava in un settore (quello della regolamentazione delle campagne elettorali) totalmente rimesso dalla Costituzione alla potestà legislativa del Congresso il quale gode inoltre della prerogativa della convalida delle proprie elezioni<sup>88</sup>; quanto alle elezioni presidenziali, la Costituzione assegna al Presidente del Senato, alla presenza del Congresso, il potere di verificare e ricontare le schede<sup>89</sup>. L'aspetto più evidente della fattispecie era infine quello della distribuzione del potere di nomina, ma la compresenza degli altri elementi faceva sì che lo *stare decisis* del più diretto riferimento giurisprudenziale, *SPRINGER v. PHILIPPINE ISLANDS*, da solo non potesse bastare.

---

<sup>87</sup> In dissenso con la Corte, il giudice Holmes scrive una *dissenting opinion* in cui contesta la premessa fatta propria dalla maggioranza dei giudici supremi per cui, essendo le attribuzioni della commissione di tipo esecutivo, esse dovevano essere riservate all'esclusiva disponibilità del Governatore. La diversa premessa di Holmes, espressa con parole che resteranno famose, è che non si può così facilmente distinguere le attività legislative da quelle esecutive: "*The great ordinances of the Constitution do not establish and divide fields of black and white. Even the more specific of them are found to terminate in a penumbra shading gradually from one extreme to the other ... when we come to the fundamental distinctions it is still more obvious that they must be received with a certain latitude or our government could not go on*" (277 U.S. 189, 210); e più oltre ribadisce: "*It does not seem to need argument to show that however we may disguise it by veiling words we do not and cannot carry out the distinction between legislative and executive action with mathematical precision and divide the branches into watertight compartments, were it ever so desirable to do so, which I am far from believing that it is, or that the Constitution requires*" (277 U.S. 189, 211).

<sup>88</sup> Ai sensi dell'art. I, sezione 4: "*The Times, Places and Manner of holding Elections for Senators and Representatives, shall be prescribed in each State by the Legislature thereof; but the Congress may at any time by Law make or alter such Regulations, except as to the Places of chusing Senators*".

<sup>89</sup> Ai sensi del XII emendamento della Costituzione le schede utilizzate per l'elezione del Presidente e del Vice Presidente sono "... *directed to the President of the Senate; the President of the Senate shall, in the presence of the Senate and House of Representatives, open all the certificates and the votes shall then be counted...*".

E la Corte infatti allarga l'indagine e spiega innanzi tutto il contesto organizzativo nel quale il procedimento di nomina si inserisce: è un sistema che separa i poteri, li investe ciascuno di una funzione e li mette in comunicazione attraverso reciproche interferenze. I costituenti riuniti alla Convenzione di Filadelfia erano uomini di grande esperienza politica e insieme provvisti di notevole senso pratico, doti che li rendevano consapevoli del fatto che la struttura costituzionale dovesse servire allo scopo di evitare la tirannide, ma anche a garantire un governo efficiente.

Separazione ed interferenza, limitazione del potere ed efficienza dell'attività di governo: queste sono le coordinate di riferimento delle singole disposizioni costituzionali sull'organizzazione dello Stato federale e quindi anche della norma che regola la procedura di nomina. Il fatto di aver inserito il Senato nel procedimento ha trasformato il potere presidenziale di nomina in una facoltà, la cui soddisfazione si esaurisce nel consentire al Presidente di avanzare le sue proposte e di confermarle nell'investitura finale, ma ciò non assicura, come avverrebbe invece se si trattasse di un potere esclusivo, anche il raggiungimento del risultato (e cioè la nomina proprio di quel soggetto su cui cade la preferenza del Presidente)<sup>90</sup>.

Per quanto riguarda il potere legislativo, il Senato partecipa alla decisione nella forma massima dell'*advice and consent*, mentre l'intero Congresso provvede con legge a stabilire a chi spetti la nomina degli *inferior officers*. Anche questa scelta non è però libera, perché il Congresso se decide di discostarsi dallo schema-tipo (il Presidente propone e con l'*advice and consent* del Senato nomina) può attribuire la competenza soltanto "*in the President alone, in the Courts of Law or in the Heads of Departments*". Per forzare i limiti della norma e allargare quell'elenco di soggetti legittimati (per ricomprendervi anche gli organi parlamentari), si dovrebbe perciò fare riferimento ad altre indicazioni costituzionali, che la Corte d'appello aveva ritrovato nella *Necessary and Proper Clause*, nella competenza esclusiva del Congresso in materia elettorale, nell'autonomia organizzativa delle Camere che consente a ciascuna di nominare propri *officers of the Congress*.

---

<sup>90</sup> Questa considerazione interviene dopo che la Corte ha ripercorso le tappe più significative del cammino che portò la Convenzione di Filadelfia ad approvare la clausola nella sua versione finale. V. BUCKLEY v. VALEO, 424 U.S. 1, 130 s.

Per la Corte suprema, invece, da nessuna di queste disposizioni costituzionali si può estrarre, attraverso la tecnica dell'*inherent power*, la possibilità per il Congresso di autoinvestirsi del potere di nomina, in quanto si tratta di un potere che la Costituzione nella sua sede propria (la norma dell'*Appointments Clause*) ha **espressamente** negato<sup>91</sup>. Come dirà poi la Corte suprema nel caso PUBLIC CITIZEN v. UNITED STATES, se da un lato “*in some of our more recent cases ...we have employed something of a **balancing approach**”*, dall’altro lato “*in a line of cases of equal weight and authority, however, where the Constitution by explicit text commits the power at issue to the exclusive power [of a given branch] we have refused to tolerate any intrusion [by the others branches]*”<sup>92</sup>.

Con queste premesse, l’analisi dei poteri della *Federal Election Commission* (quelli di indagine ne fanno un soggetto quasi-legislativo, perché diretti ad informare il Congresso; quelli di denuncia delle violazioni di legge all’autorità giudiziaria sono invece compiti tipicamente rimessi agli organi che fanno capo al Presidente) diventa poco significativa. Anche se questi evidenziano che si tratta di un’agenzia indipendente non si può comunque applicare la stessa logica di HUMPREY’S EXECUTOR, in quanto l’approccio funzionale che è stato utilizzato in quel caso per definire lo *status* dei membri delle medesime agenzie indipendenti, in questo caso avrebbe condotto, secondo la Corte, ad un risultato contrario all’attribuzione delle competenze costituzionalmente stabilita.

Un formalismo analogo porta la Corte suprema a respingere il tentativo del Congresso, escluso dalle nomine, di riservare a sé stesso per lo meno il potere di revocare i membri degli organi di garanzia nei casi in cui la loro azione cessi di corrispondere alle aspettative dell’organo legislativo. Dopo BUCKLEY v. VALEO, nel caso BOWSHER v. SYNAR<sup>93</sup> il Congresso si vede infatti sbarrata anche l’altra possibili-

<sup>91</sup> Osserva Tribe a questo proposito: “*To say that the Constitution does not establish a strict separation of legislative, executive, and judicial power is not to deny that there remain many specific instances in which the Constitution’s text and structure, fairly interpreted, all but demand that powers be allocated in a particular way. Thus, for example, the role of the Appointments Clause in Buckley v. Valeo shows how constitutional text may at times properly be deemed decisive*” (TRIBE L.H., *American Constitutional Law* cit., p. 140-141).

<sup>92</sup> PUBLIC CITIZEN v. UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE, 491 U.S. 440, 484.

<sup>93</sup> BOWSHER, COMPTROLLER GENERAL OF THE UNITED STATES v. SYNAR, MEMBER OF CONGRESS ET AL., 478 U.S. 714 (1986). L’estensore della sentenza è il *Chief justice* Burger.

tà (sul fronte della revoca) di controllare direttamente l'attività delle agenzie indipendenti attraverso la creazione di un legame con i loro membri diverso (e più consistente) dall'*advice and consent* del Senato<sup>94</sup>.

Il rigore della Corte è in questo caso persino maggiore perché l'*Appointments Clause* si occupa solo delle nomine, mentre per quanto riguarda la revoca degli *appointees* il silenzio del testo costituzionale avrebbe potuto favorire, come era già accaduto, un'applicazione diversa del principio della separazione dei poteri.

Invece la Corte, in linea con *BUCKLEY v. VALEO* ma ancor più con *I.N.S. v. CHADHA* (che era intervenuto nel frattempo –v. sopra), sceglie di valorizzare gli aspetti di separatezza piuttosto che quelli di interferenza previsti dalla struttura costituzionale. Un'operazione agevolata dalla premessa, da cui muove la Corte, sulla forma di governo presidenziale che, a differenza della forma di governo parlamentare, non prevede collegamenti tra i due organi di indirizzo politico e perciò accetta (o persino richiede) che fra loro si creino conflitti, confusioni, discordanze<sup>95</sup>. Tali contrasti non possono venire superati attraverso uno spostamento di competenze che non rispetti il riparto dei poteri costituzionalmente stabilito e finisca con l'accrescere le funzioni di un potere ai danni dell'altro.

Riferite alla fattispecie in esame, queste considerazioni non potevano che portare alla bocciatura del tentativo del Congresso di assegnare ad un organo di garanzia (il *Comptroller General*) compiti esecutivi e, allo stesso tempo, di assoggettare quell'organo ad un potere

---

<sup>94</sup> Inoltre, dal potere del Congresso di muovere l'*impeachment* contro i *civil officers of the United States* e di condannarli per *treason, bribery or other crimes and misdemeanors*, non discende alcun tipo di relazione o legame funzionale. L'*impeachment* non può dunque essere utilizzato dal Congresso allo scopo di condizionarne l'operato.

<sup>95</sup> Si legge infatti nella sentenza: “*Unlike parliamentary systems such as that of Great Britain, no person who is an officer of the United States may serve as a Member of the Congress. Art. I, 6. Moreover, unlike parliamentary systems, the President under Article II, is responsible not to the Congress but to the people, subject only to impeachment proceedings which are exercised by the two Houses as representatives of the people - Art. II, 4 - And even in the impeachment of a President the presiding officer of the ultimate tribunal is not a member of the Legislative Branch, but the Chief Justice of the United States - Art. I, 3 - That this system of division and separation of powers produces conflicts, confusion, and discordance at times is inherent, but it was deliberately so structured to assure full, vigorous, and open debate on the great issues affecting the people and to provide avenues for the operation of checks on the exercise of governmental power*” (478 U.S. 714, 722).

di revoca esercitabile dal solo Congresso, per cause ulteriori e diverse da quelle di *impeachment*<sup>96</sup>.

La sentenza si chiude ribadendo ciò che era già stato detto in *I.N.S. v. CHADHA* e cioè che gli strumenti giuridici (di carattere procedurale) introdotti dal legislatore devono in primo luogo rispondere ai requisiti strutturali di un governo democratico, mentre sono fattori secondari i benefici in termini di convenienza ed efficienza che apportano al sistema. Il Congresso, dice in pratica la Corte, dovrà trovare soluzioni alternative per raggiungere lo stesso obiettivo (la riduzione del *deficit* pubblico controllata dal Parlamento), pure meritorio, che la legge si proponeva di realizzare con il *Comptroller General*<sup>97</sup>.

La Corte in *BOWSHER* è però tutt'altro che unita: dalla maggioranza si dissociano il giudice Stevens (con il giudice J. Marshall), che scrive un'opinione concorrente, e i giudici White e Blackmun, che redigono ciascuno una propria *dissenting opinion*. La premessa da cui parte Stevens, ancora una volta nell'ottica della separazione dei poteri, è che la Corte suprema deve utilizzare il suo potere di invalidare norme legislative solo come *extrema ratio*, perché la legge, prima di giungere al suo esame, ha già raccolto il consenso di entrambi i rami del Congresso e la conferma del Presidente nella firma che egli appone all'atto legislativo<sup>98</sup>. Con questo atteggiamento di prudenza costituzionalmente doveroso passa poi all'esame del merito della fattispecie.

L'aspetto forse più interessante di questa *opinion* è nella riflessione che il giudice Stevens dedica alla distinzione tra funzione legislativa, esecutiva e giudiziaria, giudicandola inconsistente. Tanto la maggio-

---

<sup>96</sup> La questione era sorta, in particolare, perché in base al *Balanced Budget and Emergency Deficit Control Act* del 1985 (più comunemente noto con il nome -dei suoi proponenti- di *Gramm-Rudman-Hollings Act*) il *Comptroller General* avrebbe dovuto monitorare il *deficit* dello Stato e quindi specificare i tagli di spesa sui singoli programmi che si sarebbero resi via via necessari rispetto alla politica di contenimento avviata. Il *Comptroller General* è nominato dal Presidente con il consenso del Senato; quanto alla revoca, invece, la disciplina legislativa conteneva una novità assoluta, di cui si è detto, e cioè ne attribuiva il potere al Congresso per cause specifiche, alcune delle quali, tuttavia, formulate in modo così ampio da non poter rappresentare un vero limite.

<sup>97</sup> Cfr. *BOWSHER v. SYNAR*, 478 U.S. 714, 736.

<sup>98</sup> Dice infatti il giudice Stevens in apertura delle sue considerazioni: "*When this Court is asked to invalidate a statutory provision that has been approved by both Houses of the Congress and signed by the President, particularly an Act of Congress that confronts a deeply vexing national problem, it should only do so for the most compelling constitutional reasons*" (478 U.S. 714, 737).

ranza della Corte che il giudice White, in dissenso, sono concordi nel ritenere che il *Gramm-Rudman-Hollings Act* assegni al *Comptroller General* funzioni certamente esecutive; Stevens invece osserva che se si sceglie di guardare alla natura dell'attività esercitata per orientarsi nei casi riguardanti la distribuzione delle funzioni fra gli organi costituzionali, ci si affida in verità ad un criterio guida assai incerto, o addirittura inesistente. Legislativo, esecutivo, giudiziario sono mere etichette (*labels*) usate convenzionalmente per indicare l'attività degli organi corrispondenti, ma sono solo questi ultimi, e non la natura delle loro azioni, ad essere chiaramente identificabili. La natura oggettiva dell'attività, in sostanza, segue e non precede la sua attribuzione soggettiva e si adatta ad essa *like a chameleon*<sup>99</sup>. Per il giudice Stevens, sarebbe questa, addirittura, la ragione per la quale la Costituzione prevede interferenze funzionali fra i poteri, come conseguenza del fatto che ciascuna funzione non risponde in realtà totalmente e solamente ad un'unica definizione.

La "partita" allora si gioca tutta su un altro fronte, quello soggettivo e delle regole procedurali che ciascun soggetto deve costituzionalmente rispettare quando agisce, a prescindere dalla natura dell'attività che di volta in volta pone in essere. Dopo aver osservato che, come risulta da diversi indici normativi, il *Comptroller General* è organo del potere legislativo, strutturalmente collocabile perciò entro l'art. I della Costituzione, la *concurring opinion* si chiude ribadendo il *dictum* di CHADHA, che cioè il Congresso può agire solo nelle forme del procedimento legislativo (volontà bicamerale e sottoscrizione del Presidente, con possibilità di veto). E' perciò illegittimo il tentativo di avvalersi di un organo di garanzia per esercitare funzioni che il Congresso po-

---

<sup>99</sup> "Nor do I agree with conclusion of both the majority and the dissent that the analysis depends on a labeling of the functions assigned to the *Comptroller General* as executive powers" (478 U.S. 714, 737); e ancora ribadisce "The Court concludes that the *Grammar-Rudman-Hollings Act* impermissibly assigns the *Comptroller General* 'executive powers'. Justice White's dissent agrees that 'the powers exercised by the *Comptroller* under the Act may be characterized as 'executive' in that they involve the interpretation and carrying out of the Act's mandate'. This conclusion is not only far from obvious but also rests on the unstated and unsound premise that there is a definite line that distinguishes executive power from legislative power (478 U.S. 714, 748); per concludere che "... governmental power cannot always be readily characterized with only one of those three labels. On the contrary, as our cases demonstrate, a particular function, like a chameleon, will often take on the aspect of the office to which it is assigned" (478 U.S. 714, 749).

trebbe anche assumere su di sé, ma solo a condizione di rispettare le forme prescritte dalla Costituzione.

La distinzione oggettiva che interessa Stevens non è, dunque, la classica tripartizione delle funzioni, ma è quella tra *joint resolution* e *concurrent resolution*<sup>100</sup> del Congresso, cioè tra attività aventi rilievo giuridico generale, che devono seguire le forme che la Costituzione prescrive agli organi parlamentari, e attività interne o non vincolanti, che possono assumere invece forme diverse o anche una veste informale.

La *dissenting opinion* del giudice White, infine, torna ad una impostazione più classica della controversia e a considerare, come ha fatto la maggioranza della Corte anche se con sensibilità opposta, la separazione e distribuzione dei poteri secondo le due prospettive consuete dalle quali si è tradizionalmente guardato al principio, quella formalistica (accolta dalla Corte) e quella funzionale (che lui presceglie). La sua predilezione è chiara fin dall'esordio dell'*opinion* quando cita il giudice Jackson del caso *YOUNGSTOWN SHEET & TUBE CO. v. SAWYER* (v. sopra) e fa propria l'esigenza che i poteri, sebbene dispersi, siano integrati e possano tendere ad un *workable government*<sup>101</sup>.

L'esercizio logico diventa, fatta questa premessa, piuttosto facile, perché si tratta di contestare le argomentazioni con le quali la maggioranza del collegio aveva sostenuto che il potere di revoca esercitabile dal Congresso nei confronti del *Comptroller General* investito di compiti esecutivi, rappresenta un'indebita ingerenza nell'area di competenza del Presidente. Per White, invece, lo strumento della revoca, per cause definite, nelle mani del Congresso non pregiudica l'indipendenza del *Comptroller General*, così come, prima ancora, l'indipendenza dello stesso *Comptroller* dal Presidente "*does not deprive the President of any power that he would otherwise have or that is essential to the performance of the duties of his office*"<sup>102</sup>. Chiarito questo, ogni altra considerazione sulla migliore allocazione delle competenze per la tutela dei diversi interessi coinvolti nella procedura definita dalla legge, appartiene al campo della valutazione politica che Congresso e Presidente (ai quali spetta quella valutazione) hanno già concordato nell'approvazione della legge stessa.

---

<sup>100</sup> Cfr. *BOWSER v. SYNAR*, 478 U.S. 714, 756 (Justice Stevens concurring).

<sup>101</sup> Cfr. *BOWSER v. SYNAR*, 478 U.S. 714, 760 (Justice White dissenting).

<sup>102</sup> Cfr. *BOWSER v. SYNAR*, 478 U.S. 714, 763 (Justice White dissenting).

Con il caso *MORRISON v. OLSON*<sup>103</sup> del 1988 si affaccia sulla “scena” dell’*Appointments Clause* anche il potere giudiziario, la cui presenza nella controversia costringe la Corte a rimeditare i suoi precedenti e a misurarli con le nuove esigenze che la procedura di nomina, attraverso il coinvolgimento del giudiziario, manifesta. La Corte si pronunciò, in particolare, sulla legittimità di alcune disposizioni contenute nell’*Ethics in Government Act* del 1978, una legge con la quale il Congresso rispose all’esigenza di moralizzazione della vita politica, fortemente avvertita dopo lo scandalo *Watergate*. L’impianto normativo è costruito attorno alla figura della *Special Division*, un giudice speciale creato dalla legge al quale viene devoluta la cognizione dei casi di reato contro la pubblica amministrazione commessi da pubblici ufficiali dei livelli superiori. Lo stesso giudice è inoltre investito dalla legge del potere di nominare una commissione, su richiesta dell’*Attorney General* al quale perviene la notizia di reato, e di conferirle la conduzione dell’indagine e il potere di sostenere l’accusa in giudizio. Ogni membro della commissione rimane in carica fino a quando, con valutazione propria o a giudizio della *Special Division*, si ritenga esaurito il suo compito. È inoltre revocabile per iniziativa dell’*Attorney General* e solo per giusta causa.

La compresenza di così tanti “attori” coinvolti, a diverso titolo, nell’istruzione penale di fatti illeciti commessi dai membri dell’esecutivo sollecitava, ovviamente, diverse questioni.

L’*Act*, in applicazione della seconda parte dell’*Appointments clause*, conferiva il potere di nomina ad una *Court of law*, che è uno dei soggetti contemplati dalla norma costituzionale, e si sottraeva perciò all’obiezione di *BUCKLEY v. VALEO*. Bisognava però chiarire se i membri di una commissione nel ruolo di procuratori potessero essere qualificati come *inferior officers*, e quindi prestarsi alla discrezionalità del legislatore, sfuggendo all’applicazione della prima parte della norma costituzionale (che impone la nomina presidenziale con il consenso del Senato).

In secondo luogo, assegnando ad un giudice il potere di formare una commissione indipendente ma investita di una funzione che nell’ordinamento americano è ritenuta propriamente esecutiva (l’esercizio dell’azione penale), la legge crea un *interbranch appointment*, una intersezione cioè tra potere giudiziario, al quale appartiene l’organo

---

<sup>103</sup> *MORRISON INDEPENDENT COUNSEL V. OLSON ET AL.*, 487 U.S. 654 (1988).

che nomina, e potere esecutivo, del quale fa parte il nominato<sup>104</sup>. Quest'eventualità, osserva la Corte, pur non essendo in principio esclusa, non è tuttavia illimitata ma deve coordinarsi con il principio della separazione dei poteri.

Lo stesso principio di separazione, inoltre, era chiamato in causa per effetto dello spostamento di competenza dal Presidente, che di regola nomina e dirige l'attività degli *attorneys* incardinati presso il Dipartimento della giustizia, ad un organo del giudiziario (la *Special Division*), eccezionalmente investito dalla legge di quel potere.

Si poteva infine dubitare se in seguito a quello spostamento di competenza non si fosse compromessa la terzietà e imparzialità della *Special Division* coinvolta, attraverso il potere di nomina e di delimitazione dei poteri della commissione, nell'indagine di fatti di reato sui quali lo stesso giudice speciale sarebbe poi stato chiamato a giudicare.

La Corte suprema supera tutte queste obiezioni dando per ognuna delle risposte che, singolarmente prese, sembrano in verità delle petizioni di principio<sup>105</sup>, e però trovano una spiegazione più persuasiva nella valutazione conclusiva, d'insieme, che la Corte dedica al tema della separazione dei poteri. Elevandosi dalle singole disposizioni e guardando alla legge "*taken as a whole*", il giudice supremo compie il *balancing test*, misura cioè le ripercussioni che l'applicazione della legge potrebbe avere sull'equilibrio generale dei poteri. Può così constatare che il sacrificio imposto al Presidente nella perdita di un "pezzetto" di competenza e quello che potrebbe derivare all'indipendenza

---

<sup>104</sup> La Corte aveva già sostenuto in *YOUNG v. UNITED STATES (v. oltre)*, che nei casi di oltraggio ai giudici, questi potessero nominare dei *private attorneys* per sostenere l'accusa. Ma lì non era emerso un problema di *appointments clause* (nessuna norma legislativa aveva previsto questa prerogativa) e si era trattato di riconoscere ai giudici, in ipotesi eccezionali, un potere di autotutela.

<sup>105</sup> Così, rispondendo al dubbio sull'inclusione dei membri della commissione fra gli *inferior officers*, per la Corte è sufficiente osservare che i particolari limiti ai quali essi soggiacciono (la delimitazione dell'area e dei poteri di indagine, la temporaneità dell'incarico, la sua revocabilità) ne fanno delle figure di funzionari minori, che trovano nella legge e non nella Costituzione la disciplina relativa alle loro nomine.

Ancora, l'interferenza organica determinata dall'*interbranch appointment* a giudizio della Corte si rende necessaria per evitare il conflitto di interessi che altrimenti si verificherebbe se fossero gli *attorneys* dell'esecutivo perseguire gli illeciti commessi dai membri dell'esecutivo, fra i quali gli stessi *attorneys*.

La dubbia allocazione in favore del giudice speciale della competenza a nominare i titolari dell'indagine sui fatti sui quali lo stesso giudice dovrà pronunciarsi, viene infine risolta osservando che si tratta di un coinvolgimento solo indiretto, e perciò non idoneo ad intaccare l'indipendenza dell'organo giudicante.

del giudice speciale investito di quella stessa competenza, sono sufficientemente compensati dal fatto che, applicando formalisticamente la separazione dei poteri alle particolari fattispecie delle quali la legge si occupa, si avrebbe come risultato che un organo sarebbe deputato in via esclusiva a controllare se stesso. Un'inconveniente, questo, che sembra alla Corte assai più grave, quanto meno nella logica, se non nella lettera, della separazione dei poteri<sup>106</sup>.

La sentenza *MORRISON v. OLSON* è stata oggetto di dure critiche, a cominciare dalla sarcastica *dissenting opinion* del giudice Scalia, e da parte della dottrina<sup>107</sup>. Si è osservato che il *totality-of-the-circumstances test*, alla luce del quale la legge non sembra pregiudicare il potere del Presidente nel suo insieme “[to] *take care that the laws be faithfully executed*”, potrebbe essere ripetuto in ogni circostanza e portare alle stesse conclusioni. Di eccezione in eccezione il potere presidenziale verrebbe così progressivamente svuotato degli strumenti che la Costituzione degli Stati Uniti, col suo linguaggio scarno ma inequivocabile, gli riconosce.

In quest'ottica, il pericolo di abuso di potere che l'*Ethics in Government Act* vuole prevenire, è visto come un rischio già calcolato e consapevolmente accettato dai costituenti. Essi pensarono di contenerlo predisponendo quella struttura costituzionale del governo federale

---

<sup>106</sup> Il caso di specie offriva del resto alla Corte un ottimo esempio dei mali che quell'inconveniente avrebbe potuto di fatto produrre, anche in materia di salvaguardia delle attribuzioni dei diversi organi. La vicenda dalla quale era sorto il giudizio partiva infatti da più lontano, innestandosi su un precedente conflitto fra organi del legislativo e dell'esecutivo. Nel corso di un'inchiesta parlamentare alcuni procuratori federali, dietro pressione del Presidente degli Stati Uniti, tentarono di ostacolare lo svolgimento delle indagini parlamentari trattenendo documenti significativi. Ne sorse un conflitto istituzionale che venne superato quando l'amministrazione federale, minacciata dalla Camera con una denuncia per *contempt*, acconsentì ad un limitato accesso ai documenti in favore della commissione d'inchiesta. La stessa Camera istituì poi una seconda inchiesta diretta a verificare le singole responsabilità dei protagonisti della precedente vicenda. Uno di loro, l'*attorney* Olson, rese nell'occasione falsa testimonianza alla commissione parlamentare che denunciò l'accaduto all'*Attorney General* invitandolo, sulla base dell'*Ethics in Government Act*, ad avviare la procedura davanti alla *Special Division*.

<sup>107</sup> Cfr. NAGEL R., *A comment on the rule of law model of separation of powers*, in *William & Mary Law Review*, 1989, p. 355 s., p. 363; LIBERMAN L.S., *Morrison v. Olson: a formalistic perspective on why the court was wrong*, in *38 Am. U. L. Rev.*, 1989, p. 313 s., p. 352; WERHAN K., *Toward an eclectic approach to separation of powers: Morrison v. Olson Examined*, in *Hastings Const. L.Q.*, 1989, p. 393 s., p. 396.

dalla quale non si può prescindere e che, secondo Scalia, ammette soltanto i *checks* espressamente previsti: la reazione che ogni organo può porre in essere di fronte all'agire abusivo dell'altro servendosi degli strumenti di ostruzione ed interferenza di cui è dotato, da un lato; dall'altro lato il *political check*, il controllo ultimo, quello che il corpo elettorale esercita al termine del mandato degli organi elettivi premiandoli o bocciandoli per il loro operato<sup>108</sup>.

f) *La garanzia di una sfera di autonomia "politica" spettante al Presidente degli Stati Uniti e la "difesa" delle pronunce giudiziali dall'inerzia dei procuratori federali.*

La Costituzione nordamericana non prevede espressamente in favore del Presidente il diritto, correlato al suo potere di assicurare l'esecuzione delle leggi, di opporre il segreto nei confronti degli organi normalmente investiti di poteri investigativi (*attorneys* di Stato, giudici federali e Congresso) su atti, avvenimenti, elementi informativi che essi vorrebbero invece conoscere.

Si tratta tuttavia di una possibilità che è stata da sempre rivendicata dai Presidenti e che la stessa Corte suprema ha, entro certi limiti, riconosciuto<sup>109</sup>. Si utilizza, in particolare, l'espressione *executive privilege* per definire tutti i casi in cui il Presidente oppone il segreto, termine che suggerisce la natura eccezionale della prerogativa. Esso identifica, indistintamente<sup>110</sup>, sia i casi nei quali il segreto viene opposto in relazione all'esercizio della funzione giurisdizionale, sia quelli nei quali è invocato dal Presidente contro il Congresso quando quest'ultimo esercita funzioni di controllo ed investigative<sup>111</sup>.

<sup>108</sup> Cfr. MORRISON v. OLSON, 487 U.S. 654, 710-711 (Scalia *dissenting*).

<sup>109</sup> Per una ricostruzione storica della prerogativa presidenziale v. BURGER R., *The incarnation of executive privilege*, in 22 *U.C.L.A. Law Review*, 1974, p. 4 s.

<sup>110</sup> Lo stesso termine indica, peraltro, anche il diritto che, in certi casi più limitati, è riconosciuto anche ai singoli funzionari dell'esecutivo di mantenere il segreto sulle informazioni di cui sono a conoscenza in ragione o a causa del proprio ufficio.

<sup>111</sup> Anche il potere d'inchiesta, peraltro, è stato riconosciuto al Congresso in via giurisprudenziale, non essendo espressamente previsto nel testo costituzionale. Secondo la Corte suprema esso trova la sua giustificazione nelle competenze di natura quasi-giurisdizionale che il Congresso esercita sia quando muove l'*impeachment* nei confronti di giudici, dei funzionari e dello stesso Presidente, sia in materia di verifica dei poteri e di applicazione delle sanzioni disciplinari nei confronti dei parlamentari. La Corte suprema ha inoltre riconosciuto, più in generale, che il potere del legislatore di istituire inchieste discende da quello di approvare le leggi, poiché l'attività legislativa richiede, per essere svolta al meglio, un'adeguata conoscenza dei problemi e delle

Il caso risolto dalla Corte suprema certamente più noto ed importante in materia è UNITED STATES v. NIXON<sup>112</sup>, che rappresenta un passaggio decisivo della vicenda che ha portato all'*impeachment* del Presidente Nixon per lo scandalo *Watergate* ed alle sue dimissioni. Si trattava di decidere della legittimità della richiesta di un giudice federale, determinata dall'istanza probatoria dello *Special Prosecutor*, di conoscere a fini istruttori il contenuto dei nastri di conversazioni private che il Presidente Nixon aveva intrattenuto con alcuni suoi collaboratori e di ottenere dallo stesso Presidente alcuni documenti in suo possesso e pertinenti all'indagine. Il processo penale<sup>113</sup> riguardava alcuni imputati che erano stati membri dello *staff* del Presidente alla Casa Bianca o che avevano fatto parte del comitato che aveva lavorato per la sua rielezione; il *grand jury* aveva fatto riferimento al Presidente Nixon come soggetto, non imputato, compartecipe alla cospirazione. Nixon accettò di trasmettere solo alcune delle informazioni richieste, occultandone altre ed invocando, su queste, l'*executive privilege*.

---

esigenze della Nazione. Concetto ribadito più volte dalla Corte che in MCGRAIN v. DAUGHERTY del 1927 ha definito il potere di inchiesta "*an essential and appropriate auxiliary to the legislative function*" (273 U.S. 135, 174) implicito nel riconoscimento al Congresso del potere legislativo; in BARENBLATT v. UNITED STATES del 1959 ha osservato che il potere d'inchiesta "*is a penetrating and far reaching as the potential power to enact laws and appropriate funds under the Constitution*" (360 U.S. 109, 111); e nel più noto caso WATKINS v. UNITED STATES del 1958 ha affermato che il potere d'inchiesta, collegato a quello legislativo, serve a raccogliere informazioni "*concerning the administration of existing laws as well as proposed or possibly needs statutes*" (354 U.S. 178, 187). D'altro canto, il potere del Congresso di condurre inchieste su materie di pubblico interesse non è illimitato, tanto nell'oggetto che nelle procedure che la commissione incaricata deve seguire. È soprattutto il primo aspetto, quello di maggiore interesse ai fini di questa analisi, perché la Corte suprema ha provveduto in un primo tempo a circoscrivere il potere d'inchiesta, quando questo ha ad oggetto fatti che sono contemporaneamente all'esame dell'autorità giudiziaria (v. KILBOURN v. THOMPSON, 103 U.S. 128 del 1871), ma ha poi precisato, con una pronuncia più recente, che l'inchiesta parlamentare non deve interferire con l'esercizio della funzione giudiziaria, ma può incidere sulle stesse materie all'esame del giudice quando esse hanno attinenza con l'esercizio della funzione legislativa riservata al Congresso (SINCLAR v. UNITED STATES, 279 U.S. 263 del 1929). Dice la Corte, in particolare: "*It may be conceded that Congress is without authority to compel disclosures for the purpose of aiding the prosecution of pending suits; but the authority of that body, directly or through its committees, to require pertinent disclosures in aid of its own constitutional power is not abridged because the information sought to be elicited may also be of use in such suits*" (279 U.S. 263, 295).

<sup>112</sup> UNITED STATES v. NIXON, PRESIDENT OF THE UNITED STATES, ET AL., 418 U.S. 683 (1974).

<sup>113</sup> Pendente davanti alla Corte distrettuale del distretto della Colombia.

La prima questione che la Corte si trova ad affrontare riguarda la giustiziabilità della controversia: la difesa del Presidente, infatti, aveva obiettato che la disputa circa l'ostensibilità di materiale probatorio di pertinenza della Casa Bianca richiesto dallo *Special Prosecutor*, non poteva essere oggetto di esame giudiziale trattandosi di controversia interna sorta fra un organo dell'esecutivo e il suo superiore gerarchico, il Presidente.

Lo *Special Prosecutor* era stato istituito da un regolamento, adottato dall'*Attorney General* nell'esercizio dei suoi poteri di organizzazione degli uffici del Dipartimento della Giustizia. Il procuratore speciale, in particolare, doveva procedere a svolgere un'inchiesta diretta ad accertare se, nel corso delle elezioni presidenziali del 1972 (quelle che confermarono Nixon nel suo secondo mandato alla Casa Bianca), si fossero verificati degli illeciti tesi a condizionare l'esito del voto. A tal fine era stato investito di ampi poteri investigativi e, per assicurare imparzialità ad un'indagine che si preannunciava particolarmente delicata perché avrebbe potuto coinvolgere (come di fatto avvenne) membri dello *staff* del Presidente e lo stesso Nixon in prima persona, il regolamento governativo gli conferiva lo *status* di organo autonomo, totalmente svincolato dalle direttive dell'*Attorney General*. Secondo quanto stabilito nel regolamento, inoltre, lo stesso Presidente si impegnavo a non esercitare nei confronti del procuratore speciale i suoi poteri gerarchici, e in particolare si vincolava a non revocare il procuratore nominato, eccetto nei casi di manifeste irregolarità nella sua azione, e comunque previo consenso parlamentare espresso dai componenti di minoranza delle commissioni giustizia della Camera e del Senato<sup>114</sup>.

---

<sup>114</sup> L'art. 38 del regolamento federale n. 30739, come modificato dal reg. fed. n. 32805, prevedeva testualmente: "*In exercising this authority, the Special Prosecutor will have the greatest degree of independence that is consistent with the Attorney General's statutory accountability for all matters falling within the jurisdiction of the Department of Justice. The Attorney General will not countermand or interfere with the Special Prosecutor's decisions or actions. The Special Prosecutor will determine whether and to what extent he will inform or consult with the Attorney General about the conduct of his duties and responsibilities. In accordance with assurances given by the President to the Attorney General that the President will not exercise his Constitutional powers to effect the discharge of the Special Prosecutor or to limit the independence that he is hereby given, the Special Prosecutor will not be removed from his duties except for extraordinary improprieties on his part and without the President's first consulting the Majority and the Minority Leaders and Chairmen and ranking*

Alla luce di questa normativa, la Corte suprema supera l'obiezione che voleva confinare la controversia tra le *political questions*<sup>115</sup> e si ritiene legittimata a deciderla nel merito, aiutata peraltro dalla constatazione che il conflitto tra il procuratore speciale e il Presidente era sorto in occasione della celebrazione di un processo penale. Osserva infatti la Corte che la richiesta del materiale probatorio da parte del procuratore e il suo rifiuto da parte del Presidente, sono comportamenti aventi diretta incidenza sul processo in corso davanti al giudice federale e sulla possibilità di accertare giudizialmente il compimento degli illeciti penali contestati agli imputati<sup>116</sup>. Questo dato, sommato alla notevole indipendenza di cui gode il procuratore, è sufficiente per la Corte ad imprimere carattere esterno alla disputa che non ha perciò natura interorganica.

Quanto al merito della causa, un aspetto decisivo della disciplina regolamentare era dato dal fatto che essa stabiliva che lo *Special Prosecutor* avrebbe potuto contestare l'invocazione dell'*executive privilege* da parte dei membri dell'esecutivo e chiedere alle corti federali di verificarne la legittimità. Il Presidente riteneva però che quella disposizione non potesse trovare applicazione nei suoi confronti: veniva contestato, in generale, il potere dei giudici di sindacare il diritto del Presidente di opporre il segreto, perché tale verifica sarebbe stata contraria al principio della separazione dei poteri; in secondo luogo, anche se si fosse superata questa obiezione, ad avviso del Presidente il giudice avrebbe dovuto comunque far prevalere l'interesse costituzionale all'esercizio indipendente delle funzioni presidenziali che l'*executive privilege* tutela su quello, secondario, di raccogliere prove per la celebrazione del processo penale.

La prima obiezione è superata dalla Corte che osserva innanzi tutto come proprio il principio della separazione dei poteri richieda che siano le Corti, e non il Presidente, a dover interpretare in ultima istanza la Costituzione.

---

*Minority Members of the Judiciary Committees of the Senate and House of Representatives and ascertaining that their consensus is in accord with his proposed action".*

<sup>115</sup> Sull'utilizzo della dottrina delle *political questions* e dello *standing* da parte della Corte suprema, fra le tecniche processuali che consentono ai giudici di non decidere conflitti di competenza fra gli organi costituzionali v. *infra*.

<sup>116</sup> Osserva infatti il giudice supremo: "*our starting point is the nature of the proceeding for which the evidence is sought – here a pending criminal prosecution. It is a judicial proceeding in a federal court alleging violation of federal laws and is brought in the name of the United States as sovereign*" (418 U.S. 683, 694).

La Corte suprema riconosce l'esistenza di un generale diritto alla riservatezza sull'attività che il Presidente vuole mantenere segreta, e che questo diritto rappresenta un aspetto essenziale dell'indipendenza dell'organo, dunque ancora una volta fondato nella separazione dei poteri. Le relazioni confidenziali che il Presidente intrattiene coi suoi collaboratori e consulenti non potrebbero infatti svolgersi liberamente se vi fosse sempre la giuridica possibilità di renderle pubbliche e di utilizzarle come materiale probatorio. Tuttavia, l'interpretazione del proprio privilegio da parte del Presidente, che interviene in prima battuta, pur essendo possibile e doverosa, non è assoluta, e può essere superata per effetto di una diversa valutazione dei giudici, chiamati a verificarne la legittimità costituzionale<sup>117</sup>.

La Corte esclude perciò che l'*executive privilege* abbia carattere assoluto, ma sembra circoscrivere poi la sua sindacabilità ai soli casi nei quali, come quello che dà luogo alla decisione, il Presidente lo invoca a tutela dell'interesse indifferenziato alla riservatezza del proprio ufficio, senza che tale interesse venga ulteriormente specificato. Lascia intendere, invece, che l'opposizione del segreto dev'essere considerata tendenzialmente insuperabile quando l'*executive privilege* viene qualificato dalla necessità di proteggere attraverso la segretezza, non solo l'autonomia del Presidente, ma insieme e in relazione ad essa anche interessi primari quali la sicurezza nazionale, la difesa militare, le relazioni diplomatiche aventi carattere confidenziale che rientrano nelle funzioni presidenziali<sup>118</sup>.

La decisione, giunta a questo punto, ha in sostanza già risposto anche alla seconda obiezione del Presidente: la Corte ha infatti operato un bilanciamento di interessi per affermare che la politica estera e di

---

<sup>117</sup> Osserva testualmente la Corte suprema: "*the judicial power of the United States ... can no more be shared with the Executive Branch than the Chief Executive, for example, can share with the judiciary the veto power, or the Congress share with the Judiciary the power to override a Presidential veto. Any other conclusion would be contrary to the basic concept of separation of powers and checks and balances that flow from the scheme of a tripartite government*" (418 U.S. 683, 704).

<sup>118</sup> Dice infatti la Corte: "*When the privilege depends solely on the broad, undifferentiated claim of public interest in the confidentiality of such conversations, a confrontation with other values arises. Absent a claim of need to protect military, diplomatic, or sensitive national security secrets, we find it difficult to accept the argument that even the very important interest in confidentiality of Presidential communications is significantly diminished by production of such material for in camera inspection with all the protection that a district court will be obliged to provide*" (418 U.S. 683, 706).

difesa nazionale sono comunque prevalenti e conferiscono carattere di assolutezza all'*executive privilege*. Gli interessi vanno invece bilanciati in modo diverso e quello al sindacato giurisdizionale prevale, quando il segreto è opposto col solo intento di tutelare il mero interesse del Presidente ad una sfera di riservatezza soggettiva che gli consenta il libero esercizio delle sue funzioni.

A ben vedere, questa affermazione già prepara il terreno perché si possa sostenere non solo, in via preliminare, che l'atto presidenziale che oppone il segreto è sindacabile, ma anche che esso dovrà essere annullato perché nel merito risulterà di regola soccombente rispetto all'esigenza che la *rule of evidence* possa operare normalmente. È così che la Corte, pur preoccupandosi di richiamare i giudici al rispetto della carica presidenziale, ad utilizzare con prudenza il loro potere di negare l'*executive privilege* quando è il Presidente ad invocarlo, a riservare un trattamento particolare agli atti presidenziali una volta disposto in via giudiziale l'accesso, decide infine di respingere comunque il ricorso del Presidente Nixon.

La funzione giurisdizionale sembra uscirne rafforzata, ma allo stesso tempo l'istituzione presidenziale ottiene un notevole riconoscimento, come sottolineato da molti commentatori della sentenza<sup>119</sup>: si conferma infatti che sul fronte delle relazioni internazionali e della sicurezza del Paese, la Corte riconosce al Presidente quasi un potere esclusivo di decidere<sup>120</sup>, che comprende anche il potere di decidere di coprire col segreto atti che ricadono in quest'ambito dell'attività di governo. Nella sentenza era stato inoltre esplicitamente ammesso che l'*executive privilege* poteva ricomprendere anche un generale diritto del Presidente a non rivelare il contenuto di conversazioni o documenti privati avvenuti o formati nell'esercizio delle sue funzioni. In questa seconda accezione, il privilegio del Presidente tende a soccombere (come nel caso Nixon) se confrontato con le esigenze dell'amministrazione della giustizia penale, ma non necessariamente

---

<sup>119</sup> V. FOLEY M.-OWENS J.E., *Congress and the Presidency* cit., p. 351; SMITH B.D., *A proposal to codify executive privilege*, in *70 George Washington Law Review*, 2002, p.570 s.; BALL H., "We have a duty": *the Supreme Court and the Watergate tapes litigation*, New York, 1990; RAY L.K., *From prerogative to accountability: the amenability of the President to suit*, in *80 Kentucky Law Journal*, 1992, p. 739 s.; HENKIN L., *Executive privilege: Mr Nixon loses but the Presidency largely prevails*, in *22 U.C.L.A. Law Review*, 1974, p. 40 s.

<sup>120</sup> V. oltre, le sentenze della Corte suprema nei casi GOLDWATER v. CARTER e DAMES & MOORE v. REAGAN.

subirà la stessa sorte quando le richieste probatorie provengono da giudizi civili o anche da inchieste parlamentari dove il bilanciamento degli interessi contrapposti potrebbe risolversi in favore della Presidenza.

L'opposizione dell'*executive privilege* nei confronti del Congresso, infine, ha dato luogo a controversie che non hanno mai raggiunto la Corte suprema e che hanno trovato tiepido accoglimento anche davanti alle corti federali<sup>121</sup>. La principale ragione sta nel fatto che in molti casi le richieste di informazioni che vengono respinte dal Presidente si inseriscono in procedimenti costituzionali nei quali il Congresso può reagire politicamente praticando a sua volta l'ostruzionismo nei confronti del Presidente<sup>122</sup>. Le interferenze funzionali, come ha messo in evidenza il giudice Jackson nel *steel seizure case*<sup>123</sup>, pongono anche su questo terreno gli organi costituzionali di indirizzo in una condizione di **reciprocità**, e nella possibilità di rispondere all'azione dell'uno con una reazione uguale e contraria dell'altro<sup>124</sup>. L'assenza di interferenze funzionali tra gli organi di indirizzo e il potere giudiziario ha viceversa impedito il raggiungimento di accomodamenti politici rispetto ai casi nei quali l'esecutivo oppone il segreto nei confronti dell'esercizio della funzione giurisdizionale e dunque ha aperto la strada a controversie giudiziali che però, come si è visto, hanno trovato comunque un accomodamento, giurisprudenziale, che ha salvaguardato in larga misura le ragioni della politica.

Parimenti, la netta separazione, sul piano funzionale, tra gli organi di indirizzo e il potere giudiziario è ancora la premessa ordinamentale dalla quale muovere per comprendere le ragioni di un'altra sentenza

---

<sup>121</sup> V. UNITED STATES v. HOUSE OF REPRESENTATIVES, 556 F. Supp. 150 (D.D.C. 1983).

<sup>122</sup> E' il Senato federale, in particolare, che può maggiormente avvantaggiarsi delle sue competenze per ottenere la collaborazione del Presidente, poiché interviene ad esprimere il proprio consenso tanto in materia di nomine, come si è visto, che in materia di trattati internazionali, attraverso il suo potere di ratifica. In argomento v. anche *infra*.

<sup>123</sup> V. sopra YOUNGSTOWN SHEET & TUBE CO. ET AL. v. SAWYER (Jackson *concurring*).

<sup>124</sup> Per una riflessione in questo senso v. TRIBE L.H., *American Constitutional Law* cit., p. 785, che osserva efficacemente "*The dictate of reciprocity is most starkly implicated in the areas of making treaties and of appointing federal officers, responsibilities that the Constitution expressly confers jointly upon the Senate and the President. There is no reciprocity where a President demands confirmation of his nominees or ratification of his treaty proposals while refusing to divulge the information the Senate reasonably deems necessary to performance of its half of the process*".

della Corte suprema che, come il caso NIXON, “inventa” un privilegio non previsto in Costituzione. Diversamente dal caso NIXON, però, questa volta la prerogativa riguarda i giudici federali e sacrifica invece le competenze dell’esecutivo.

A provocare il caso YOUNG v. U.S. EX REL. VUITTON ET FILS S.A.<sup>125</sup> fu la violazione di un’ingiunzione della *District Court* del distretto di New York che vietava al signor Young (con altri) la vendita di prodotti con marchio contraffatto. La Corte distrettuale incaricò i legali della ditta danneggiata, dietro loro sollecitazione, di fare un’indagine sulla vicenda e di avviare conseguentemente l’azione penale per oltraggio (*contempt*) alla corte. L’iniziativa del giudice comportava una deroga nella competenza all’esercizio dell’azione penale che, come è stato detto, l’ordinamento americano riserva all’ufficio dell’*Attorney*, incardinato presso l’organo esecutivo, i cui membri sono nominati dal Presidente e considerati suoi collaboratori nell’attuazione della politica presidenziale di repressione dei reati. Eccezionalmente, invece, la rappresentanza processuale dello Stato nell’esercizio della pubblica accusa venne in questo caso affidata ad *attorneys* privati, nominati dalla Corte, in relazione al particolare tipo di reato da accertare (e cioè l’oltraggio alla Corte stessa). L’ufficio dell’*Attorney* fu peraltro informato dagli stessi nominati dell’incarico ricevuto dal giudice<sup>126</sup>.

Il procedimento si concluse con la condanna degli imputati, confermata in appello dalla Corte del secondo circuito, che non ravvisò nel giudizio di primo grado la violazione del diritto dell’imputato ad essere accusato da un procuratore imparziale<sup>127</sup>.

---

<sup>125</sup> YOUNG v. UNITED STATES EX REL. VUITTON ET FILS S.A. ET AL., 481 U.S. 787 (1987)

<sup>126</sup> Nella descrizione del fatto il giudice Brennan ha cura di sottolineare come il capo della sezione criminale, competente per materia, si mostrò del tutto disinteressato alla vicenda. Dice infatti che il *private attorney* lo informò “*offering to make available any tape recordings or other evidence, but the Chief of the Criminal Division of that Office expressed no interest beyond wishing [him] good luck*” (481 U.S. 787, 792).

<sup>127</sup> Secondo il giudice d’appello, infatti, il solo modo per la Corte di venire a conoscenza di fatti di *contempt* avvenuti fuori del procedimento è la denuncia dei privati, il cui interesse particolare nel caso non impedisce poi alla Corte di nominarli, come avvenuto, procuratori di quello stesso caso. Secondo la sentenza di merito loro imparzialità verrebbe infatti garantita dalla costante supervisione del giudice sull’attività di indagine compiuta.

La Corte suprema osserva, preliminarmente, che le norme di procedura non contemplano in modo espresso un potere dell'organo giudicante di iniziare procedimenti penali contro la violazione dei propri atti attraverso la nomina di procuratori privati, ma ritiene comunque che si tratti di un potere implicito nell'esercizio della funzione giurisdizionale. Esso va riconosciuto non soltanto quando il reato di oltraggio è commesso nel corso di un procedimento giudiziale (c.d. *in court contempt*), ma anche per assicurare il rispetto di sentenze o decreti che impongono specifici obblighi o divieti al di fuori del giudizio<sup>128</sup>. Questo strumento di autotutela si pone in diretta relazione con il principio della separazione dei poteri, come spiega la Corte suprema rifacendosi ad un suo precedente del 1911: "*Courts cannot be at the mercy of another Branch in deciding whether such proceedings should be initiated*" (GOMPERS v. BUCKS STOVE & RANGE CO., 221 U.S. 418, 450). E' evidente che la Corte guarda qui al principio esaltandone l'aspetto dell'equilibrio fra i *co-equal branches*, per ricavarne un'attribuzione che è però contemporaneamente una deroga ad un altro aspetto dello stesso principio, quello che assegna al solo Presidente e ai funzionari da lui nominati l'esercizio del potere esecutivo, attività requirente compresa.

Nella visione della Corte, l'esigenza di dotare l'autorità giudiziaria dei mezzi necessari ad assicurare effettività alle proprie decisioni, consente eccezionalmente<sup>129</sup> di concentrare in capo al giudice un'attività normalmente spettante all'esecutivo. La forzatura dello schema tripartito delle funzioni serve ad impedire che il potere giudiziario possa subire l'inerzia dell'esecutivo la quale, sommata all'aggressione compiuta dai privati contro l'autorità delle decisioni dei

---

<sup>128</sup> La distinzione fra *in court contempt* e *out of court contempt* alla quale fanno riferimento i precedenti giurisprudenziali sul reato di oltraggio riguarderebbe, secondo la Corte suprema, solo il tipo di procedura applicabile, che consente l'omissione di alcune formalità solo quando il reato è compiuto di fronte al giudice, mentre impone la comunicazione della notizia di reato e l'audizione dell'imputato quando avviene fuori del processo.

<sup>129</sup> Che si tratti di una deroga eccezionale la Corte lo dice molto chiaramente: "*That criminal procedure protections are now required in such prosecutions should not obscure the fact that these proceedings are not intended to punish conduct proscribed as harmful by the general criminal laws. Rather, they are designed to serve the limited purpose of vindicating the authority of the court. In punishing contempt, the Judiciary is sanctioning conduct that violates specific duties imposed by the court itself, arising directly from the parties' participation in judicial proceedings*" (481 U.S. 787, 800).

giudici, assumerebbe le forme di una “aggressione passiva” da parte dello stesso Presidente nei confronti delle corti. In questa prospettiva, il *vulnus* alla divisione dei poteri derivante dalla nomina di *attorneys* privati nei giudizi per *contempt*, viene giustificato dalla Corte suprema per la necessità di salvaguardare l’equilibrio fra i poteri e quindi comunque ricondotto entro la perdurante logica del principio stesso.

Tant’è vero che la stessa Corte si preoccupa di precisare che il potere dei giudici non scatta automaticamente, ma solo quando la seconda aggressione (quella presidenziale) è stata perpetrata, e cioè solo dopo che il giudice si è rivolto inutilmente all’*Attorney* di Stato. Dev’essere infatti consentito in primo luogo all’ufficio costituzionalmente preposto di attivarsi, se lo voglia, e perseguire il reato di *contempt*<sup>130</sup>. L’ufficio di regola dovrà dare seguito alle segnalazioni dei giudici (le norme interne che disciplinano l’attività dell’*United States Attorney*, del resto, considerano l’azione per *contempt* quasi un atto dovuto) e la Corte suprema invita i funzionari dell’esecutivo a tenere nella massima considerazione le raccomandazioni del giudiziario in materia di *contempt*, come riflesso del rispetto che più in generale ogni organo costituzionale deve tributare all’altro<sup>131</sup>.

La Corte si rivolge poi al Congresso e, proseguendo nell’intento di assicurare tutela alle decisioni giudiziali, limita anche i suoi poteri: il legislatore, si legge nella sentenza, conserva il potere di disciplinare la procedura per oltraggio alle corti, comprese anche le fasi dell’indagine e dell’incriminazione, ma non potrà con legge depenalizzare il reato di *contempt* alle corti e nemmeno escludere la facoltà dei giudici di nominare propri procuratori per promuovere l’azione penale in caso d’inerzia dell’esecutivo<sup>132</sup>.

---

<sup>130</sup> “... a court ordinarily should first request the appropriate prosecuting authority to prosecute contempt actions, and should appoint a private prosecutor only if that request is denied. Such a procedure ensures that the court will exercise its inherent power of self-protection only as a last resort” (481 U.S. 787, 801).

<sup>131</sup> “In practice, courts can reasonably expect that the public prosecutor will accept the responsibility for prosecution. Indeed, the United State Attorney’s Manual 9-39.318 (1984) expressly provides: ‘In the great majority of cases the dedication of the executive branch to the preservation of **respect** for judicial authority makes the acceptance by the U.S. Attorney of the court’s request to prosecute a mere formality...’. Referral will thus enhance the prospect that investigative activity will be conducted by trained prosecutors pursuant to Justice Department guidelines” (481 U.S. 787, 801-802).

<sup>132</sup> Nel fare questa considerazione la Corte utilizza un proprio precedente del 1924 (caso *MICHAELSON v. UNITED STATES EX RE. CHICAGO, ST. P., M., & O. R. CO.*) e ne es-

L'ultimo richiamo della sentenza è invece per gli stessi giudici: al termine della decisione la Corte "avverte" infatti le corti federali che essa sindacherà con particolare attenzione e rigore l'utilizzo in concreto della prerogativa di nominare *private attorneys*<sup>133</sup>. Avvertimento che la Corte mette in pratica proprio a cominciare dalla fattispecie al suo esame: la sentenza si chiude infatti cassando la procedura seguita dai giudici di merito, perché ritenuta viziata dal conflitto di interessi in cui versavano i *private attorneys*. Si trattava di un vizio sul quale, nella circostanza, la Corte suprema avrebbe forse potuto sorvolare servendosi (come spesso fa) della "clausola di salvataggio" dell'*harmless error*, ma che invece non passa indenne al severo controllo che la Corte ha deciso di operare.

L'invito che la Corte suprema rivolge ai giudici perché nei processi per *contempt* applichino con particolare riguardo le norme di procedura legislativamente previste, serve a bilanciare le precedenti affermazioni, come se la Corte avvertisse l'esigenza di compensare il peso dell'attribuzione riconosciuta alle corti federali (e dunque anche a sé stessa) a discapito degli altri poteri. La Corte probabilmente è mossa, anche in questi ultimi passaggi della decisione, da quella preoccupazione per l'equilibrio istituzionale fra organi equiparati, che permea di sé l'intera sentenza.

---

trapola un passaggio utile al suo discorso: "*it is contended that the statute materially interferes with the inherent power of the courts and is therefore invalid. That the power to punish for contempts is inherent in all courts, has been many times decided and may be regarded as settled law. It is essential to the administration of justice. The courts of the United States, when called into existence and vested with jurisdiction over and subject, at once become possessed of the power. So far as the inferior federal courts are concerned, however, it is not beyond the authority of Congress (...); but the attributes which inhere in that power and are inseparable from it can neither be abrogated nor rendered practically inoperative. That it may be regulated within limits not precisely defined may not be doubted*" (266 U.S. 42, 66). Per la verità quella decisione, diversamente da quella in esame, aveva risolto un caso di *contempt* cassando la procedura seguita dalle corti e respingendo l'obiezione dei giudici di merito secondo la quale, fra i poteri impliciti ad essi costituzionalmente spettanti nei casi di oltraggio, vi sarebbe stato anche quello di decidere discrezionalmente il procedimento applicabile (in particolare, si discuteva del diritto dell'imputato alla giuria, riconosciuto dall'ordinamento per i procedimenti compresi nel *Clayton Act* del 1914).

<sup>133</sup> "*The use of this Court's supervisory authority has played a prominent role in ensuring that contempt proceedings are conducted in a manner consistent with basic notions of fairness ... The exercise of supervisory authority is especially appropriate in the determination of the procedures to be employed by courts to enforce their orders, a subject that directly concern the functioning of the Judiciary*" (481 U.S. 787, 809).

L'altra prospettiva dalla quale si poteva guardare allo stesso problema costituzionale (a chi spetti il potere di perseguire i reati di *contempt* ai danni delle corti giudiziarie) è magistralmente descritta nella *concurring opinion* del giudice Scalia. Il giudice affronta, attraverso la ricognizione dei precedenti della Corte suprema, la teoria dell'*inherent* o *implied power* che ha talvolta legittimato, come si è visto, il riconoscimento agli organi costituzionali di attribuzioni ulteriori rispetto a quelle che sono loro conferite dalla Carta costituzionale, e la mette in relazione con il principio di necessità, per concludere che l'allargamento delle competenze in via giurisprudenziale è possibile solo in quanto sia strettamente necessario all'esercizio dei poteri che la Costituzione espressamente prevede<sup>134</sup>.

La dottrina dell'*inherent power*, circoscritta in questi termini e "*restrained by the totality of the Constitution*"<sup>135</sup> può allora semmai giustificare un diritto delle corti di procedere autonomamente per *contempt* solo quando il fatto di oltraggio avviene nel corso del giudizio, perché l'ordinata celebrazione del processo lo richiede. Viceversa, per il giudice Scalia, la stessa prerogativa non è altrettanto necessaria al fine di preservare il funzionamento della giustizia, quando l'oltraggio consiste nel mancato rispetto non della funzione nel suo farsi, ma del suo prodotto, ossia il giudizio.

Scalia argomenta buona parte della sua *concurring opinion* servendosi della sentenza *BLOOM v. ILLINOIS* del 1968 nella quale la Corte suprema si era pronunciata a favore della procedura con la giuria anche nei processi per *contempt*, in applicazione delle regole generali del processo penale. In quell'occasione la Corte cassò il procedimento per oltraggio, osservando che ragioni di efficienza, speditezza, economia dei giudizi, oltre che l'aspirazione ad assicurare il rispetto delle decisioni giudiziali, non potevano comunque prevalere sulla scelta fissata in Costituzione di assicurare a tutti gli imputati (fatta eccezione soltan-

---

<sup>134</sup> Scalia ricorda, a proposito della necessità come fonte di poteri impliciti, il caso *UNITED STATES v. HUDSON* del 1812, nel quale la Corte suprema respinse la tesi secondo la quale le corti federali avrebbero potuto decidere casi di *common law* oltre l'area della giurisdizione tracciata dalle leggi del Congresso, traendo forza dal potere del governo nazionale di preservare la propria esistenza. In quell'occasione il giudice supremo osservò che se, da un lato, "*certain implied powers must necessarily result to our Courts of justice from the nature of their institution*", ciò vale soltanto quando quei poteri sono "*necessary to the exercise of all others*" (11 U.S. 32).

<sup>135</sup> *YOUNG v. U.S. EX REL. VUITTON ET FILS S.A.*, 481 U.S. 787, 824 (Scalia *concurring*).

to per le imputazioni minori) il diritto ad essere giudicati da una giuria<sup>136</sup>. Con questa sentenza, osserva il giudice, la Corte aveva assicurato la tutela dei diritti fondamentali confermando gli istituti di garanzia compresi nel *Bill of Rights*, in primo luogo il diritto alla giuria.

La Corte suprema, secondo Scalia, nel caso attuale ha invece erroneamente ritenuto di poter compensare la deroga alle regole procedurali fondate nella separazione dei poteri (l'esercizio dell'azione penale riservato al potere esecutivo), attraverso la severa applicazione di altri strumenti processuali, non legati alla separazione dei poteri. Il giudice osserva che il riconoscimento giurisprudenziale del diritto alla giuria fondato nel *Bill of Rights*, non può da solo opporre un'efficace difesa contro la minaccia alle libertà costituzionali, se viene contemporaneamente violata la separazione dei poteri: la separazione dei poteri serve a limitare l'autorità, sul piano strutturale, mentre il riconoscimento dei diritti la circonda nella sostanza. I due strumenti, conclude Scalia, si sorreggono e si completano a vicenda e sono entrambi irrinunciabili<sup>137</sup>.

---

<sup>136</sup> "We cannot say that the need to further respect for judges and courts is entitled to more consideration than the interest of the individual not to be subjected to serious criminal punishment without the benefit of all the procedural protections worked out carefully over the years and deemed fundamental to our system of justice. Genuine respect, which alone can lend true dignity to our judicial establishment, will be engendered, not by the fear of unlimited authority, but by the firm administration of the law through those institutionalized procedures which have been worked out over the centuries. We place little credence in the notion that the independence of the judiciary hangs on the power to try contempts summarily and are not persuaded that the additional time and expense possibly involved in submitting serious contempts to juries will seriously handicap the effective functioning of the courts (...) The goals of dispatch, economy, and efficiency are important, but they are amply served by preserving the power to commit for civil contempt and by recognizing that many contempts are not serious crimes but petty offenses not within the jury trial provisions of the Constitution. When a serious contempt is at issue, considerations of efficiency must give way to the more fundamental interest of ensuring the even-handed exercise of judicial power. In isolated instances recalcitrant or irrational juries may acquit rather than apply the law to the case before them. Our system has wrestled with this problem for hundreds of years, however, and important safeguards have been devised to minimize miscarriages of justice through the malfunctioning of the jury system. Perhaps to some extent we sacrifice efficiency, expedition, and economy, but the choice in favor of jury trial has been made, and retained, in the Constitution. We see no sound reason in logic or policy not to apply it in the area of criminal contempt" (BLOOM v. ILLINOIS, 391 U.S. 194, 209).

<sup>137</sup> "Finally, the Court suggests that the various procedural protections that the Constitution requires us to provide contemners undercut the separation-of-powers argument against judicial prosecution. The reverse argument – that the structural pro-

In definitiva, il congiungimento di potere giudicante e requirente voluto dalla maggioranza della Corte suprema in capo alle corti di giustizia rappresenta per Scalia un tradimento della regola sulla quale si regge l'architettura costituzionale e cioè la dispersione del potere. Dalla frammentazione nasce l'interdipendenza reciproca fra gli organi costituzionali, nessuno dei quali può prescindere dall'altro; il fatto che questo sistema possa portare allo stallo o compromettere l'attività di un organo quando non è supportata da quella necessaria e conseguente degli altri rappresenta una conseguenza fisiologica del principio; è molto più che un rischio calcolato, è addirittura un fatto auspicabile perché il potere, così imbrigliato, non potrà minacciare le libertà individuali.

Osserva Scalia (richiamando le parole di Hamilton): così come il Congresso non può sostituirsi agli altri due poteri per tradurre in atto la propria volontà espressa nella legge e come parimenti l'esecutivo non ha la possibilità di deliberare al posto del Congresso lo stanziamento di risorse per perseguire le sue politiche né può costringere i giudici ad accogliere le richieste processuali dei suoi procuratori, analogamente il giudiziario, che è fra i poteri *“il meno pericoloso per i diritti politici”* poiché *“non ha forza né volontà, ma soltanto giudizio”*, *“dovrà ricorrere all'aiuto del governo perfino per dare esecuzione ai propri giudizi”*<sup>138</sup>.

Scalia, però, non tiene conto del fatto che il mancato apporto collaborativo di un organo verso l'altro che lui giudica in generale come un fatto virtuoso o comunque voluto dal sistema, può assumere una connotazione particolarmente negativa quando pregiudica l'esecuzione delle sentenze e degli ordini dei giudici. Questi atti, infatti, intervengono al termine del “ciclo” del potere, quando l'autorità dello Stato, dopo essersi espressa nella legislazione e nell'esecuzione, si manifesta

---

*visions of the Constitution were not only sufficient but indeed were the only sure mechanism for protecting liberty – was made against adoption of a Bill of Rights. Ultimately, the people elected to have both checks. The Court is right that disregard of one of these raises less of a prospect of 'tyrannical licentiousness' than disregard of both. But that is no argument for disregard of either”* (YOUNG v. U.S. EX REL. VUITTON ET FILS S.A., 481 U.S. 787, 824-825, Scalia concurring).

<sup>138</sup> HAMILTON A., *paper* n. 78, in HAMILTON A.-MADISON J.-JAI J., *Il Federalista* cit., p. 623; passaggio citato da Scalia (481 U.S., 787, 819). E del resto, osserva Scalia, se il valore dell'effettività degli atti delle corti potesse davvero far premio sulla separazione dei poteri, allora si dovrebbe riconoscere alle stesse corti anche il potere di arrestare ed incarcerare coloro che non rispettano nemmeno le condanne per *contempt*.

nella giurisdizione, dove diritti ed obblighi riconosciuti o imposti dal potere statale si concretano e cristallizzano definitivamente. La preoccupazione nasce allora dal fatto che le pretese individuali, che trovano soddisfazione nelle decisioni dei giudici, possano restare imbrigliate, insieme al potere giudiziario, fra gli ostacoli della separazione (rigida) delle competenze che Scalia propugna.

È interessante osservare come tanto la maggioranza della Corte che il giudice Scalia ragionano nella logica di quello che, nella prospettiva della giurisprudenza della Corte costituzionale italiana sui conflitti costituzionali, si chiamerebbe un conflitto per *vindicatio potestatis*. La Corte suprema infatti risponde al problema costituzionale di tutelare l'effettività delle decisioni giudiziali con uno **spostamento** di competenza, dall'esecutivo al giudiziario, ossia i due organi fra i quali è sorto il conflitto. Il giudice Scalia invece risponde al medesimo problema ribadendo la bontà della ripartizione classica dei poteri anche se essa comporta in questo caso che i giudici, per far valere la propria autorità, si appoggino e confidino nelle iniziative dell'esecutivo. Nella lettura del giudice, la distribuzione delle competenze in materia penale tra procuratori federali e giudici, va dunque riaffermata secondo la regola. E però egli non aggiunge, a questa affermazione, anche una preoccupazione **per il modo** col quale gli organi dell'esecutivo possono esercitare la loro competenza, un modo che potrebbe pregiudicare di fatto le attribuzioni del giudiziario e dunque, ancora una volta, la separazione dei poteri.

In effetti, nella giurisprudenza della Corte suprema sulla separazione dei poteri che è stata fin qui analizzata, sembra mancare un tipo di giudizio assimilabile al conflitto da menomazione che nell'esperienza della nostra Corte costituzionale è diventato invece tecnica prevalente per la soluzione delle controversie fra poteri dello Stato. La Corte suprema si è infatti sempre solo occupata di riconoscere la spettanza di competenze costituzionali contestate, ma non si è mai spinta a giudicare come queste debbano essere in concreto esercitate verificando, come fa la nostra Corte costituzionale, se un soggetto investito di attribuzioni costituzionali, pur dentro l'area della sua competenza, abbia inciso col suo comportamento la competenza di un altro soggetto. Il conflitto da menomazione, come noto, si avvale dell'eccesso di potere come vizio di legittimità, categoria che la giurisprudenza amministrativa ha per prima applicato per sindacare la discrezionalità dell'amministrazione. Dalla giurisprudenza amministrativa la Corte costituzionale italiana ha anche mutuato alcune figure sintomatiche

dell'eccesso di potere (non ragionevolezza, contraddittorietà, sviamento di potere) e le ha utilizzate per penetrare all'interno delle competenze già proprie degli organi costituzionali, quando il loro cattivo uso (compreso il cattivo uso per omissione) impedisce, ostacola o rende eccessivamente gravosa l'attività costituzionalmente rimessa ad altri organi o soggetti di rilievo costituzionale.

La Corte suprema non si spinge invece a sindacare la discrezionalità dei poteri nell'esercizio delle loro attribuzioni, sebbene il riparto delle funzioni nel sistema nordamericano sia ricco di interferenze e quindi potrebbe di fatto offrire agli organi molte occasioni per menomare le competenze costituzionali riconosciute ad altri soggetti, facendo cattivo uso delle proprie. Questo dato si spiega probabilmente per il fatto che, come si è visto, la quasi totalità delle controversie costituzionali in materia di separazione dei poteri hanno come protagonisti il Congresso e il Presidente, cioè organi che si contendono, di volta in volta, il primato nella politica e perciò la Corte, dopo aver chiarito la parte di potere spettante a ciascuno, ritiene di non dovere ulteriormente sindacare anche l'esercizio (o il mancato esercizio) del rispettivo e incontestabile potere che si esprime attraverso l'adozione (o la non adozione) di un atto politico. Il necessario confronto e il richiesto dialogo istituzionale che si genera tra gli organi di indirizzo posti su un piano di parità, riescono comunque a contenere e sorvegliare la discrezionalità rimessa a ciascuno e ad allontanare il rischio di utilizzazioni solitarie ed abusive delle competenze costituzionali.

### **3. Le controversie in materia di attribuzioni degli organi costituzionali preliminarmente rigettate dalla Corte suprema.**

#### *a) L'utilizzo della standing doctrine.*

Prima di deciderla, nel caso CLINTON v. NEW YORK (v. sopra par. 2-c), la Corte suprema era già stata investita della questione di legittimità del *line item veto*, che, nel caso RAINES v. BYRD<sup>139</sup>, non aveva però affrontato nel merito per la mancanza, in quella circostanza, dei requisiti dell'azione.

Subito dopo l'approvazione da parte del Congresso del *Line Item Veto Act*, un gruppo di parlamentari che alla Camera e al Senato si e-

---

<sup>139</sup> RAYNES, DIRECTOR OFFICE OF MANAGEMENT AND BUDGET ET AL. v. BYRD ET AL., 521 U.S. 811 (1997).

rano opposti al progetto votando contro, impugnò la legge per farne dichiarare l'illegittimità costituzionale. La Corte suprema, adita in sede di reclamo, ritenne che quell'azione fosse priva di *standing*, pretestuosa, che mancasse cioè in capo agli attori un interesse diretto al giudizio.

La *standing doctrine* è stata elaborata nella giurisprudenza nordamericana con riferimento alla disposizione costituzionale che circonda la competenza dei giudici ai *cases* e alle *controversies*<sup>140</sup> e, sebbene venne inizialmente utilizzata per valutare la sussistenza dell'interesse ad agire nelle dispute fra privati, presto si sviluppò però soprattutto con riferimento alle controversie originate dall'attività degli organi pubblici, "incontrando" su questo terreno il principio della separazione dei poteri.

Il rifiuto delle corti di conoscere cause prive di *standing* in cui si controverta dell'esercizio di pubblici poteri si riconnette infatti alla separazione dei poteri per molteplici aspetti. In un primo significato, più generale, i giudici riconoscono che la propria giurisdizione non può legittimamente spingersi al di là dei *cases and controversies* e interferire, attraverso l'esercizio di un sindacato meramente astratto, con l'attività degli altri poteri.

In un secondo, più pregnante significato, le corti, attraverso la clausola dello *standing*, evitano di entrare nel merito di astratte controversie che non soltanto riguardano l'attività del potere politico, ma che addirittura sono espressione di conflitti in atto tra gli organi responsabili politicamente<sup>141</sup>.

Il caso *RAINES V. BYRD* è un bellissimo esempio di questo secondo "tipo" di decisioni: la Corte era chiamata a giudicare della legittimità di uno strumento, il *line item veto* che, come si è detto, aveva ridefiniti

---

<sup>140</sup> L'art. III, sezione 2 della Costituzione nordamericana dispone, con riferimento al potere giudiziario, che: "*the judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of United State, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority; to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls; to all Cases of admiralt and maritime Jurisdiction; to Controversies to which the United States shall be a Party; to Controversies between two or more States; between a State and Citizens of another State; between Citizens of different States; between Citizens of the same State claiming Lands under the Grants of different Sates, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects*".

<sup>141</sup> Per una sommaria esposizione delle tappe giurisprudenziali che hanno portato la Corte suprema ad utilizzare la dottrina dello *standing* come riflesso del principio della separazione dei poteri v. *TRIBE L.H., American Constitutional Law cit.*, p. 387 s.

to le competenze del Congresso e del Presidente in materia di leggi tributarie e fiscali. Ma la fattispecie era ulteriormente arricchita, dal punto di vista delle controversie fra organi costituzionali, dalla presenza nel giudizio di una rappresentanza (minoritaria) di parlamentari che contestavano la legittimità della legge perché, a loro parere, indebolendo le prerogative del legislativo, finiva col pregiudicare indirettamente anche la loro posizione.

Il diritto dei parlamentari di impugnare direttamente, in qualità di membri del Congresso, atti normativi o (ciò che accade più frequentemente) atti dell'esecutivo per farne dichiarare l'illegittimità, che viene specificamente denominato *congressional standing*, era stato già affrontato in passato nella giurisprudenza dei giudici federali e della stessa Corte suprema. Il *Line Item Veto Act*, peraltro, stabiliva espressamente che ciascun membro del Congresso (oltre che qualsiasi soggetto che si fosse ritenuto pregiudicato dalla legge) avrebbe potuto agire in giudizio e sollecitare un controllo di legittimità costituzionale sulle sue norme<sup>142</sup>. Questa disposizione riproponeva a sua volta una questione sulla quale la Corte suprema aveva già maturato una certa giurisprudenza e cioè se il legislatore possa, con legge, allargare i presupposti per l'accesso ai giudizi e, in particolare, quando oggetto della controversia è l'attività svolta dai pubblici poteri, se possa conferire legislativamente il diritto all'azione anche a soggetti che non lamentano una lesione diretta della propria sfera giuridica.

Anche per questo profilo lo *standing* va ad incrociare la separazione dei poteri: il Congresso, modulando legislativamente l'accesso alle corti, allarga o restringe l'area dei soggetti legittimati e, con essa, può rendere più o meno facile il controllo sul legittimo esercizio dell'attività dell'amministrazione pubblica. Fino a che punto è però consentito al potere legislativo di accrescere il più tipico fra i *checks*, quello esercitato dai giudici? Può il Congresso servirsi del potere giudiziario per indebolire l'esecutivo, la cui azione è fatta oggetto di un sindacato più diffuso? Fino a che punto i giudici possono vedere allargare la propria sfera di giurisdizione e, con essa, il proprio potere senza che il sistema si sbilanci e perda il proprio equilibrio?

---

<sup>142</sup> Testualmente la legge prevedeva, a questo proposito: “*Any Member of Congress or any individual adversely affected by [this act] may bring an action, in the United States District Court for the District of Columbia, for declaratory judgment and injunctive relief on the ground that any provision of this part violates the Constitution*” (2 U.S. C.A. § 691 a 1).

La Corte è approdata, sul punto, ad una sistemazione ormai consolidata: il Congresso può conferire legislativamente lo “*standing*” anche a soggetti che hanno un mero interesse di fatto all’osservanza delle regole, anche procedurali, che disciplinano l’attività dell’amministrazione. Non può però annacquare a tal punto il requisito da estendere la legittimazione a chiunque si faccia portatore dell’interesse generale a che l’azione degli organi di governo sia conforme alla legge<sup>143</sup>.

La particolarità del caso *RAINES v. BYRD* consisteva nel fatto che il Congresso aveva ampliato, legislativamente, quel particolare tipo di interesse ad agire che è rappresentato dal *congressional standing*, dove l’*injuri in fact* che è preconditione dello *standing*, consiste nella violazione dei diritti del parlamentare afferenti al suo ruolo istituzionale (c.d. *institutional injury*). Nel *Line Item Veto Act*, infatti, il legislatore ha utilizzato il suo potere di regolare l’accesso alle corti per sorreggere il diritto all’azione dei parlamentari contro le stesse disposizioni normative che stava approvando.

Con quella norma di chiusura il Congresso, pur approvando la legge che prevedeva il *line item veto*, cercava allo stesso tempo implicitamente di provocare una sorta di sindacato giudiziale preventivo non all’entrata in vigore della legge stessa ma all’effettivo impiego, da

---

<sup>143</sup> Il *leading case* di riferimento, in materia, è *LUJAN v. DEFENDERS OF WILDLIFE* (504 U.S. 555 del 1992) dove la Corte, nelle parole dell’estensore giudice Scalia, respinse l’idea che “*the government’s violation of a certain (undescribed) class of procedural duty satisfies the concrete-injury requirement by itself, without any showing that the procedural violation endangers a concrete interest of the plaintiff (apart from his interest in having the procedure observed)*” (504 U.S. 555, 573) e, in relazione al principio della separazione dei poteri, osservò: “*vindicating the public interest (including the public interest in Government observance of the Constitution and laws) is the function of Congress and the Chief Executive*” (504 U.S. 555, 576), concetto ribadito ancor più chiaramente quando dice che: “*to permit Congress to convert the undifferentiated public interest in executive officers’ compliance with the law into an ‘individual right’ vindicable in the courts is to permit Congress to transfer from the President to the courts the Chief Executive’s most important constitutional duty, to ‘take care that the Laws be faithfully executed’*” (504 U.S. 555, 577). Per alcune riflessioni sulle conseguenze della sentenza *LUJAN* nella valutazione dello *standing v. SUNSTEIN C.R.*, “*What’s standing after Lujan? Of citizen suits, ‘injuries’ and article III*, in *91 Michigan Law Review*, 1992, p. 163 s.; *GOTTLIEB C.R.*, *How standing has fallen: the need to separate constitutional and prudential concerns*, in *142 University of Pennsylvania Law Review*, 1994, p. 1063 s.; *JUNE R.B.*, *The structure of standing requirements for citizen suits and the scope of congressional power*, in *24 Environmental Law*, 1994, p. 761 s.

parte del Presidente, di un tipo di veto non previsto dalla Costituzione e di assai dubbia legittimità.

Come è stato osservato, il Congresso aveva creato la possibilità (che i parlamentari avrebbero colto) di sottoporre la legge sul *line item veto*, già valutata positivamente dal Presidente che l'aveva infatti firmata, anche all'approvazione del potere giudiziario il cui diniego, invece, avrebbe avuto a sua volta l'effetto di una sorta di veto<sup>144</sup>. Il tentativo del Congresso di sollecitare il giudiziario a rendergli un'*advisory opinion* è indicativo dell'incertezza in cui versava lo stesso legislatore circa la legittimità costituzionale della disciplina che si accingeva a votare.

Il conferimento al Presidente del *line item veto* avrebbe spogliato il Congresso, come si è detto, di una responsabilità piuttosto scomoda; allo stesso modo, il legislatore, addossando al giudiziario l'intera responsabilità della valutazione della legittimità costituzionale della legge, sembra non preoccuparsi troppo di adempiere al suo dovere di rispettare ed attuare la Costituzione. Quello che potrebbe sembrare un atteggiamento di deferenza nei confronti dei giudici, cela invece forse un certo lassismo del Congresso, che rinuncia a compiere la propria preliminare e doverosa interpretazione del testo costituzionale.

L'unità di fondo dell'ordinamento fa sì che dove un potere "si ritira", quello spazio di decisione è destinato ad essere occupato da un altro potere; questa sostituzione può avere però delle conseguenze sulla tenuta del sistema e soprattutto sul suo tasso di democraticità, specie quando all'organo politico subentra l'organo giudiziario<sup>145</sup>. Nel caso

---

<sup>144</sup> V. DEVINS N.-FITTS M.A., *The triumph of timing: Raines v. Byrd and the modern Supreme Court's attempt to control constitutional confrontations*, in 86 *Georgetown Law Journal*, 1997, p. 351 s.

<sup>145</sup> Vedono questo rischio DEVINS N.-FITTS M.A., *The triumph of timing: Raines v. Byrd and the modern Supreme court's attempt to control constitutional confrontations* cit., p.359: "... the Court may well begin to consider the Constitution as its exclusive domain and, as such, may systematically discount the harm (to representative democracy) of striking down elected government actions. Put another way: just as the Court informs congress about the meaning of the Constitution, Congress too should educate the Court". I due autori ritengono che nel caso RAINES IM BYRD la Corte abbia perso un'occasione per richiamare espressamente il Congresso alle sue responsabilità e per ribadire che spetta per primo al legislatore interpretare la Costituzione e che tale compito non può essere semplicemente delegato ai giudici. Dal momento che "*interest-group pressures affect courts and elected officials in different ways, a full-range consideration of the costs, benefits, and background principles underlying different policy out-comes is best accomplished by a government-wide decisionmaking process. Just as courts should eschew advisory opinions to better maintain the separation of pow-*

RAINES questo rischio è evitato perché la Corte suprema non si fa attrarre dalla prospettiva apparentemente allettante di fornire al Congresso la sua “consulenza” e rifiuta di intervenire ad avallare ovvero fugare i dubbi del legislatore circa la legittimità di uno strumento che si preannunciava sulla carta molto importante<sup>146</sup>.

In questo modo il giudice supremo allontana da sé l’immagine di organo ausiliario del Congresso, preserva la sua indipendenza rispetto al legislativo, e si accredita come soggetto equidistante dagli altri due poteri e perciò legittimato ad intervenire, ma solo in presenza dei presupposti giuridici per farlo, a dirimere i loro conflitti costituzionali.

Nell’affrontare il caso RAINES v. BYRD, inoltre, la Corte suprema deve aver dedicato una particolare considerazione anche al fattore temporale. C’è un passaggio, sul finale della decisione tutta incentrata per il resto sul tema del *congressional standing*, in cui la Corte dice, riferendosi ai parlamentari attori, che “*their attempt to litigate this dispute at this time and in this form is contrary to historical experience*”<sup>147</sup> e quasi si fa “sfuggire” un riferimento al momento in cui è sorta la controversia. Un momento che essa deve aver considerato inopportuno per deciderla nel merito<sup>148</sup>.

La rapidità eccezionale con la quale la questione era stata sottoposta ai giudici aveva impedito il formarsi anche solo di una minima prassi. La Corte suprema avrebbe potuto anche avvantaggiarsi del fatto di pronunciarsi sul *line item veto* prima che fosse mai stato utilizzato da Presidenti di qualunque “colore” politico. Com’è stato osservato,

---

*ers, Congress likewise needs to perform the legislative function of passing judgment on the constitutionality of its enactments*” (DEVINS N.-FITTS M.A., *op. loc. cit.*).

<sup>146</sup> Si rinvia sul punto alle considerazioni già espresse al par. 2-c.

<sup>147</sup> RAINES v. BYRD, 521 U.S. 811, 830.

<sup>148</sup> Il fattore tempo aveva già probabilmente pesato all’atto dell’approvazione della legge da parte del Congresso: essa intervenne a fine mandato del Presidente Clinton e soltanto il nuovo Presidente avrebbe perciò potuto utilizzare il *line item veto*. Ma il Congresso non poteva sapere, in quel momento, se il futuro Presidente sarebbe stato un democratico o un repubblicano. La dottrina americana ha riflettuto, in generale, sul fatto che, in alcune circostanze, l’impossibilità di conoscere i futuri sviluppi politici del Paese ha positivamente influenzato le decisioni degli uomini che occupavano in quel momento le istituzioni. Non potendo preventivare quale dei due partiti politici potrà beneficiare, nell’immediato futuro, di un certo istituto, i parlamentari possono infatti impegnarsi in una valutazione oggettiva, quasi *bipartisan* dei suoi costi e benefici. Su questo aspetto v. FITTS M.A., *Can ignorance be bliss: imperfect information as a positive influence in political institutions*, in 88 *Michigan Law Review*, 1990, p. 917 s.

RAINES si collocava in un “*relatively abstract context, before the winners and losers of operation were clear*”<sup>149</sup>.

Ma la questione di merito sulla quale la Corte era chiamata a pronunciarsi era profondamente connessa con il principio della separazione dei poteri e questo suggeriva prudenza. Quando si discute di rapporti fra poteri costituzionali, infatti, la prassi è essenziale e c’era più che mai bisogno di esempi concreti per capire quale impatto avrebbe realmente causato sugli equilibri fra Congresso e Presidente una legge, come il *Line Item Veto Act*, concordemente voluta da entrambi gli organi di indirizzo politico e voluta proprio allo scopo di imprimere una svolta sostanziale nei loro rapporti.

La Corte ne è consapevole e lo dice, anche se con riferimento al tema del *congressional standing*. Mentre spiega come è stato inteso storicamente il principio dello *standing* in riferimento alle controversie fra gli organi costituzionali, la Corte si sofferma infatti a considerare il caso del *Tenure of Office Act*, una legge che, sebbene avesse dato luogo ad un aspro confronto fra Presidente e Congresso fino a sfociare addirittura nell’*impeachment* del Presidente Johnson, non fu mai portata alla cognizione dei giudici.

La Corte prende questa vicenda ad esempio per sostenere che anche in quell’occasione il Presidente avrebbe potuto impugnare la legge lamentando la lesione delle sue competenze, invece oppose il veto, che venne superato dal Congresso, e poi semplicemente la violò, e questo gli causò la messa in stato d’accusa sulla quale il Senato si pronunciò per la non colpevolezza con una maggioranza risicatissima. Anche i successori di Johnson non percorsero mai la via giudiziaria, ma intrapresero un’opera di persuasione nei confronti del legislativo che portò, infine, all’abrogazione del *Tenure of Office Act*.

Si trattò di un confronto politico, combattuto dagli organi politici con gli strumenti giuridici dei quali disponevano “in proprio” e che si risolse, infine, politicamente.

Se le corti federali, invece, avessero dovuto confrontarsi immediatamente con la legge, subito dopo la sua approvazione, “they would have been improperly and unnecessarily plunged into the bitter political battle being waged between the President and Congress”<sup>150</sup>.

---

<sup>149</sup> Così DAVINS N.-FITTS M.A., *The triumph of timing: Raines v. Byrd and the modern Supreme Court’s attempt to control constitutional confrontations* cit., p. 366.

<sup>150</sup> RAINES v. BYRD, 521 U.S. 811, 827.

Probabilmente, quando la questione della revoca dei funzionari si ripropose e venne risolta dalla Corte in *MYERS v. UNITED STATES* (v. par. 2-d), il tono dello conflitto istituzionale doveva essere altrettanto acceso, ma il giudice supremo fu aiutato, nella decisione, dalla possibilità di confrontarsi con una prassi consistente e cioè quella che si era potuta accumulare tra il 1867 (quando il *Tenure of Office Act* era stato approvato) e il 1926 (l'anno di *MYERS*). A quasi mezzo secolo di distanza dallo scontro politico che il *Tenure of Office Act* aveva provocato e ormai molto dopo la sua stessa abrogazione (del 1887), intervenne il giudizio della Corte suprema che, approfittando di un caso di revoca che riproponeva gli stessi problemi di riparto di competenze tra Presidente e Senato toccati dalla legge, dichiarò a posteriori, in un *obiter dictum*, il *Tenure of Office Act* incostituzionale.

Dopo *RAINES*, invece, trascorre pochissimo tempo e la Corte suprema (forse suo malgrado) in *CLINTON v. NEW YORK* si pronuncia sul merito del *line item veto*, annullandolo. A soli due mesi di distanza da *RAINES*, infatti, il Presidente Clinton utilizza lo speciale potere di veto riconosciuto dalla legge per congelare l'efficacia di alcune norme legislative che disponevano il trasferimento di fondi a favore della città di New York e di alcuni istituti ospedalieri. Questi soggetti impugnarono l'atto presidenziale e, insieme, il *Line Item Veto Act* che lo legittimava; il loro ricorso, come si è detto, venne ammesso dalla Corte e poi accolto. In *CLINTON v. NEW YORK* si realizzarono infatti le due condizioni in presenza delle quali la Corte non avrebbe potuto astenersi (e infatti non si astenne) dal giudicare: l'esercizio del *line item veto* da parte del Presidente che consentiva di apprezzarne, sebbene limitatamente ad un solo episodio, la portata; la lesione che lo spostamento di competenze dal Congresso al Presidente aveva causato non più solo, in astratto, nelle prerogative parlamentari (che la Corte, negando lo *standing* in *RAINES*, ha ritenuto di non poter anteporre alla scelta politica della maggioranza del Congresso), ma anche in concreto, sia pure indirettamente, nella sfera giuridica di enti e soggetti estranei agli organi di governo e assoggettati al potere statale.

Il confronto tra i casi *RAINES v. BYRD* e *CLINTON v. NEW YORK* testimonia come la separazione dei poteri non sia una dottrina "autoreferenziale", che serve cioè agli organi costituzionali per difendere le loro competenze, ma la sua prima e principale funzione sia invece quella di tutelare le libertà fondamentali dei singoli attraverso quel modo garantista di articolare il potere che il principio implica. Lo avevano perfettamente capito i *Founding Fathers* che anche per questo, come si è

detto, all'atto della stesura della Costituzione privilegiarono l'aspetto istituzionale della definizione delle competenze costituzionali e rimandarono al futuro Congresso, in sede di revisione, il compito di scrivere in Costituzione anche il catalogo dei diritti fondamentali.

Il legame esistente tra la forma di governo e la garanzia dei diritti viene costantemente riconosciuto, al punto da risultare persino scontato. Tuttavia si tratta di un elemento importante, che è giusto ribadire e che soprattutto si apprezza al meglio, nella sua dimensione pratica e reale, proprio analizzando la giurisprudenza nordamericana. Essa proviene da giudici ordinari, ai quali spetta risolvere i casi della vita quotidiana, ma che sono insieme competenti anche a pronunciarsi sulle questioni costituzionali: in questo contesto di sindacato diffuso, riesce ad emergere in modo particolarmente evidente come i vizi di legittimità costituzionale abbiano una dimensione "ordinaria" e come questo sia vero (sebbene non sia sempre altrettanto facilmente percepibile) anche e in primo luogo per quei vizi che riguardano il riparto delle competenze fra gli organi supremi.

*b) La clausola delle political questions.*

Il caso *RAINES v. BYRD* ha mostrato come la Corte, attraverso il presupposto processuale dello *standing*, possa diluire nel tempo il suo intervento e non decidere subito questioni di legittimità costituzionale particolarmente "spinose", in quanto collegate con il principio della separazione dei poteri.

Anche la clausola della *political question* che i giudici federali hanno talvolta invocato, spesso nelle cause riguardanti la politica estera del governo, consente ai giudici di non addentrarsi nella soluzione di controversie che sollevano questioni costituzionali dalle profonde implicazioni politiche.

La dottrina delle *political questions* non appartiene alla famiglia delle *avoidance techniques*, della quale invece fa parte lo *standing*. L'assenza di *standing* in un caso particolare, infatti, non preclude la possibilità che, in futuro, la medesima questione giuridica, che quel caso preliminarmente rigettato implicava, possa arrivare nuovamente alla cognizione del giudice attraverso un'azione che presenti i presupposti processuali necessari per essere decisa nel merito<sup>151</sup>. Lo si è visto

---

<sup>151</sup> A proposito delle tecniche processuali che portano al rigetto preliminare dell'azione ma che sono solo temporaneamente di ostacolo alla decisione nel merito, si osserva in dottrina: "*a denial of certiorari will not affect the decision below, and it*

nel caso del *Line Item Veto Act*. Quando una questione è rigettata perché politica, invece, quella decisione traccia un limite all'area della giurisdizione che, a meno di un *overruling* giurisprudenziale, tende ad avere una portata definitiva.

La dottrina delle *political questions* è in parte il riflesso della normale attività di interpretazione della Costituzione, di quelle disposizioni costituzionali, in particolare, che definiscono l'ambito della funzione giurisdizionale e insieme, per differenza, l'area che appartiene all'esclusivo dominio della politica. Dell'esistenza di questo confine tra diritto e politica la Corte suprema fu consapevole fin dal caso *MARBURY v. MADISON*: il *Chief Justice* Marshall in quella storica decisione, infatti, oltre a pronunciare la frase a tutti nota "*it is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is*"<sup>152</sup>, contestualmente precisò: "*the province of the court is, solely, to decide on the rights of individuals, not to inquire how the executive, or executive officers, perform duties in which they have a discretion. Questions in their nature political, or which are, by the Constitution and laws, submitted to the executive can never be made in this court*"<sup>153</sup>.

Ma c'è anche un altro aspetto, non propriamente giuridico, che si può osservare nell'elaborazione giurisprudenziale della dottrina delle *political questions*. Questa clausola viene utilizzata dalle corti per sottrarsi all'obbligo di decidere quando, a prescindere dalla definizione normativa della propria giurisdizione, esse ritengono che non sia prudente andare allo scontro con gli organi politici. Il giudice compie, così facendo, una valutazione che esula dalla stretta attività di interpretazione e che testimonia, invece, una scelta connotata da una certa dose di discrezionalità e perciò definibile come politica essa stessa.

---

*will not stand in the way of the Supreme Court's later determination of a case involving similar facts and issues. Lack of 'ripeness' will preclude a constitutional decision in the case, but the same party may be able to obtain a decision once he has been affected more concretely. If the avoidance is expressed in terms of 'standing to raise the issue' or 'adversariness', the party before the Court will be unable to raise the constitutional question, but the decision will, of course, not bar 'better' parties from eventually precipitating a decision of this question. In short, all these forms of avoidance affect the individual case only, not the constitutional issue as such"* (cfr. SCHARPF F.W., *Judicial review and the political question: a functional analysis*, in *75 Yale Law Journal*, 1966, p. 517 s., p. 536).

<sup>152</sup> *MARBURY v. MADISON*, 5 U.S. 137, 177.

<sup>153</sup> *MARBURY v. MADISON*, 5 U.S. 137, 170.

Anche questo aspetto si poteva già leggere tra le righe di *MARBURY v. MADISON* quando, quasi incidentalmente, la Corte definì il sindacato giudiziale sull'attività degli altri organi costituzionali particolarmente “*irksome, as well as delicate*”, caratteristiche che, si osservò nella sentenza, spingono i giudici ad usare spontaneamente i loro poteri con accortezza o addirittura, come si dice nella sentenza, con esitazione<sup>154</sup>.

Il carattere discrezionale della dottrina delle *political questions* era evidente prima del caso *BAKER v. CARR* (v. *infra*), prima cioè che la Corte suprema ne razionalizzasse l'utilizzo, esemplificando i presupposti in presenza dei quali è possibile per i giudici invocare la clausola della natura politica, dunque non giurisdizionale, di una controversia. Il caso di riferimento, prima di *BAKER*, era *COLEGROVE v. GREEN*, dove la Corte suprema, rigettando la propria giurisdizione in merito alla determinazione legislativa delle circoscrizioni elettorali, aveva osservato: “*this controversy concerns matters that bring courts into immediate and active relations with party contests. From the determination of such issues this Court has traditionally remained aloof. It is hostile to a democratic system to involve the judiciary in the politics of the people*”<sup>155</sup>. La Corte si era evidentemente espressa in termini molto generali, mortificanti per la funzione giurisdizionale, che sembrava destinata a cedere sempre di fronte alle opzioni politiche degli organi di indirizzo.

Con *BAKER v. CARR*<sup>156</sup> del 1962, la Corte pone invece l'accento sul fatto che i giudici possono declinare la loro giurisdizione solo all'esito di un'attività interpretativa, delicata ma non per questo meno doverosa, o semplificabile attraverso il mero rigetto di tutte le questioni implicanti decisioni anche solo latamente politiche. In *BAKER* la dottrina delle *political questions* viene messa in relazione diretta con il principio della separazione dei poteri che, spiega la Corte, ne costituisce il fondamento. Per questo il giudice per decidere se può sindacare l'attività degli organi costituzionali di indirizzo, deve calare la controversia nel contesto organizzativo della forma di governo e verificare: a) se si tratta di un atto discrezionale rimesso alla competenza esclusiva di un organo politico; b) se il giudice non dispone di canoni giuridici per risolvere la questione; c) se occorre attendere che l'organo po-

---

<sup>154</sup> *MARBURY v. MADISON*, 5 U.S. 137, 169.

<sup>155</sup> *COLEGROVE ET AL. v. GREEN ET AL.*, 328 U.S. 549 (1946), 553-554.

<sup>156</sup> *BAKER ET AL. v. CARR ET AL.*, 369 U.S. 186 (1962).

litico si attivi preliminarmente, non potendo il giudice semplicemente rimediare alla sua inerzia; d) se il giudice non può discostarsi da una scelta squisitamente politica già deliberata dagli organi di indirizzo; e) se una decisione del giudice suonerebbe irrispettosa nei confronti degli altri organi; f) se una certa confusione nella linea politica posta in essere dagli organi competenti provoca al giudice, chiamato a decidere, una situazione di grave imbarazzo istituzionale<sup>157</sup>. Solo in presenza di uno o alcuni di questi presupposti il giudice potrà invocare la clausola della *political question* per dichiararsi incompetente in favore del “foro della politica”.

Sebbene il tentativo (riuscito) della Corte suprema, in BAKER, fosse quello di restringere il campo di applicazione della dottrina delle *political questions*, è stato notato come alcuni dei punti indicati nella sentenza<sup>158</sup> lascino comunque aperta una “via di fuga” al giudice che non ritenga opportuno decidere ma che non riesca ad offrire, nello specifico, una motivazione di stretto diritto<sup>159</sup>.

Dopo BAKER, la Corte suprema ha utilizzato la clausola della *political question* solo poche volte e, per quel che qui maggiormente interessa, uno solo di questi casi riguardava il riparto di competenze tra Congresso e Presidente.

---

<sup>157</sup> Si legge infatti nella sentenza BAKER: “*It is apparent that several formulations which vary slightly according to the settings in which the questions arise may describe a political question, although each has one or more elements which identify it as essentially a function of the separation of powers. Prominent on the surface of any case held to involve a political question is found a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion; or the impossibility of a court’s undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; or an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question*”. Ove manchino questi ostacoli, la questione, per quanto delicata, “*should be no dismissal for nonjusticiability on the ground of a political question’s presence. The doctrine of which we treat is one of political questions, not one of political cases*” (369 U.S. 186, 217).

<sup>158</sup> Soprattutto i punti e) ed f) dell’elenco.

<sup>159</sup> V. SULLIVAN K.M.-GUNTHER G., *Constitutional Law*, XIV ed., New York, 2001, p. 30.

Nella sentenza *GOLDWATER v. CARTER*<sup>160</sup>, in particolare, la Corte decide di non ingerirsi nella questione se il Presidente possa, unilateralmente, recedere da un trattato senza autorizzazione del Congresso. Analogamente all'*Appointments Clause* che, nel silenzio del testo costituzionale, ha creato il problema interpretativo della revoca dei nominati, anche in materia di trattati internazionali la Costituzione nordamericana descrive solo il procedimento per la conclusione dell'accordo, che coinvolge insieme Presidente e Senato, ma tace sul punto del recesso<sup>161</sup>.

La controversia, in particolare, nasceva in seguito all'azione promossa da alcuni membri del Congresso che rivendicavano il proprio diritto di partecipare anche alla decisione di recedere da un trattato tra gli Stati Uniti e il governo di Taiwan, che era stato stipulato in origine con l'assenso del Senato. La Corte *per curiam* rigetta in via preliminare il caso perché, a suo giudizio, presenta una disputa di natura politica da rinviare alla decisione del Congresso e del Presidente.

Il fatto che la Costituzione non specifichi nulla a proposito della procedura di recesso dai trattati internazionali, si legge in motivazione, priva la Corte del parametro giuridico col quale raffrontare l'attività del Presidente fatta oggetto di contestazione. La mancanza di indicazioni testuali, che peraltro non ha impedito alla stessa Corte, come si è visto, di intervenire a colmare le lacune dell'*Appointments Clause*, sembrerebbe qui diventare fattore dirimente.

È solo procedendo nella motivazione che si può però cogliere la vera ragione "politica" che preclude il sindacato giudiziale: la materia dei rapporti internazionali che non ha un impatto diretto nella vita del Paese e che allo stesso tempo richiede che il governo degli Stati Uniti, pur nel rispetto della sua articolazione istituzionale, parli con una voce sola, merita da parte dei giudici una considerazione particolare<sup>162</sup>. Se-

---

<sup>160</sup> *GOLDWATER ET AL. v. CARTER, PRESIDENT OF THE UNITED STATES ET AL.*, 444 U.S. 996 (1979).

<sup>161</sup> Ai sensi dell'art. II, sezione II, cl. 2 della Costituzione il Presidente degli Stati Uniti "*shall have Power, by and with the Advice and Consent of the Senate, to make Treaties, provided two thirds of the Senators present concur*"

<sup>162</sup> Riferendosi a quanto già affermato in una precedente decisione nella quale aveva dovuto valutare la legittimità costituzionale del conferimento da parte del Congresso di ampi poteri al Presidente, sempre nell'ambito della politica estera, per il profilo della *nondelegation doctrine*, la Corte suprema qui ribadisce: "*The President alone has the power to speak or listen as a Representative of the Nation. He makes Treaties with the advice and consent of the Senate; but alone negotiates*" (444 U.S. 996, 1004 nt. 1). Il fatto che "*the question involves foreign relations specifically a treaty*

condo la Corte è sufficiente constatare che entrambi gli organi costituzionali toccati dalla lite hanno da soli gli strumenti per difendere i loro interessi, per escludere la necessità e anche la legittimità di un intervento del giudice che accolga le lagnanze dell'una o dell'altra parte<sup>163</sup>.

È interessante notare come la Corte, a due anni di distanza da questa decisione, nel caso *DAMES & MOORE v. REGAN*<sup>164</sup> in cui erano nuovamente a confronto i poteri presidenziali e quelli del Congresso in materia di rapporti internazionali, non abbia invece utilizzato la clausola delle *political questions*. Ma forse si tratta di una contraddizione più di forma che di sostanza: la Corte decide questa volta il caso, entrando nel merito della controversia, e interviene sul punto della legittimazione del Presidente a sospendere la celebrazione dei processi riguardanti le relazioni commerciali con un Paese straniero<sup>165</sup>, per demandarli alla cognizione di un giudice speciale. Tuttavia, le espressioni che la Corte utilizza nell'argomentazione sembrano esprimere in realtà una sorta di incapacità della Corte stessa di decidere; di qui la necessità di pronunciare una sentenza che lasci, in sostanza, le cose come stanno e che non vada ad interferire non solo nel presente, ma anche per il futuro, nelle decisioni degli organi politici. Dice infatti il giudice supremo: "*a contrary ruling would mean that the Federal Government as a whole lacked the power exercised by the President and that we are not prepared to say*"<sup>166</sup>. Una motivazione che non dice niente in punto di diritto, ma si regge solo sul fatto che la Corte non è attrezzata per decidere in modo diverso.

L'impressione che la Corte, pur non utilizzando la dottrina delle *political questions*, tratti questa vicenda come se fosse esclusivamente politica, trova conferma nel modo col quale viene affrontato il tema degli *executive agreements*, accordi internazionali stipulati dal solo Presidente senza l'*advice and consent* del Senato.

---

*commitment to use military force in the defense of a foreign government if attacked*" rende "*even more compelling*" per la Corte il dovere di astenersi dall'entrare nel merito della vicenda (v. 444 U.S. 996, 1003). In materia di politica estera, come si è detto, si intensifica anche la tutela dell'*executive privilege* (v. sopra, par. 2-f).

<sup>163</sup> Afferma infatti la Corte suprema: "*We are asked to settle a dispute between coequal branches of our government, each of which has resources available to protect and assert its interests, resources not available to private litigants outside the judicial forum*" (444 U.S. 996, 1004)

<sup>164</sup> *DAMES & MOORE v. REGAN, SECRETARY OF TREASURY ET AL.*, 453 U.S. 654 (1981).

<sup>165</sup> Si trattava dell'Iran.

<sup>166</sup> *DAMES & MOORE v. REGAN*, 453 U.S. 654, 673.

Lungi dal tentare un' autonoma interpretazione del testo costituzionale, la Corte infatti si limita a constatare che il Congresso non ha mai esplicitamente negato al Presidente il potere di concludere accordi in forma semplificata e, soprattutto, il giudice supremo tributa un' importanza decisiva alla prassi che descrive come si sono sviluppati spontaneamente i rapporti tra i due organi di indirizzo politico entrambi competenti nella materia della politica estera. Così, diventa quasi un *litemotiv* della decisione, la formula con la quale la Corte suprema nuovamente ribadisce, anche su questo punto, che “*where, as here, we can conclude that Congress acquiesced in the President's action, we are not prepared to say that the President lacks the power to settle such claims*”<sup>167</sup>.

Com'è facilmente intuibile, il tasso di politicità delle controversie fra gli organi costituzionali raggiunge i livelli più alti con riferimento allo stato di guerra o comunque nelle situazioni di impiego di forze militari nazionali in operazioni all'estero. È evidente, infatti, che se già nell'ambito dei rapporti internazionali in genere la politica tende ad allargare le maglie del diritto e a conquistarsi spazi di manovra più ampi di quanto non accada sul fronte interno, lo stesso vale, a maggior ragione, quando quei rapporti internazionali sfociano nel conflitto armato.

Le norme costituzionali di riferimento sono l'art. I, sezione 8, cl. 11 che attribuisce al Congresso il potere di dichiarare guerra; l'art. I, sezione 8, cl. 12 e 13 che affidano al Congresso il compito di creare e mantenere l'esercito e la marina militare; l'art. II, sezione 2, che definisce il Presidente come Comandante in capo dell'esercito e della marina militare degli Stati Uniti. Anche in questo caso la Costituzione americana ripartisce le competenze tra Presidente e Congresso, così che anche il potere di guerra finisce per essere *shared*, condiviso.

Entro questa cornice normativa si sviluppano in concreto le relazioni tra i due organi di indirizzo politico i quali, nella situazione di crisi, di necessità e di emergenza che lo stato di guerra comporta, avvertono più che in altri momenti la necessità di trovare forme di intesa unificanti, in modo da superare la frammentazione delle rispettive attribuzioni costituzionali.

---

<sup>167</sup> DAMES & MOORE v. REGAN, 453 U.S. 654, 687. Per un commento critico alla decisione, che evidenzia come la Corte si sia di fatto ritratta di fronte alle scelte degli organi politici v. MILLER A.S., *Dames & Moore v. Regan: a political decision by a political Court*, in 29 *UCLA Law Review*, 1982, p. 1104 s.

L'esigenza di unità nell'indirizzo politico in caso di guerra si fa così accentuata da provocare, in verità, una naturale attrazione del potere nelle mani del Presidente, organo unipersonale. Contro questa tendenza, una parte della dottrina ha osservato che può essere molto pericoloso affidare ad un solo individuo la decisione politica più difficile e drammatica per un Paese, quella di guerra, e la gestione delle iniziative conseguenti<sup>168</sup>. Altri, al contrario, ritengono che il silenzio del Congresso possa valere come tacito assenso all'azione del Presidente e sia anzi opportuno (a meno che il legislatore non si voglia discostare dall'azione presidenziale e contrastarla), perché il pluralismo delle voci rischierebbe altrimenti di indebolire la capacità di difesa del Paese, con grave pregiudizio per quel bene supremo che è la sua sicurezza<sup>169</sup>.

Il principio della separazione dei poteri subisce dunque sollecitazioni straordinarie in caso di guerra, tanto che non è nemmeno così scontato che si possa parlare di una sua operatività in un contesto in

---

<sup>168</sup> Fra gli altri, in particolare v. ELY D.J.H., *War and responsibility. Constitutional lessons of Vietnam and its aftermath*, Princeton, 1993, che descrive lo stato delle relazioni fra gli organi di governo dopo il lungo e terribile impegno militare degli U.S.A. in Indocina negli anni '60 e '70. Ely è un convinto sostenitore delle prerogative del Congresso in riferimento alla guerra e ritiene che la decisione spetti per intero al legislativo, mentre il Presidente dovrebbe limitarsi a guidare le operazioni militari, nella misura e nei modi richiesti dal Congresso. Solo in caso di attacco che metta a repentaglio la sicurezza del Paese, l'autore ammette che il Presidente possa agire senza la previa autorizzazione del Congresso, che andrà comunque ricercata in un secondo momento. Il punto più interessante della sua analisi è quello che insite sulla necessità che, qualora il Congresso non si attivi per limitare il potere del Presidente e contenerlo nei confini costituzionalmente stabiliti, debbano essere i giudici a ricondurvelo, sanzionandone l'operato e ripristinando la legalità costituzionale della quale si avverte il bisogno anche e soprattutto in caso di guerra.

<sup>169</sup> V. SOFAER A.D., *The power over war*, in *50 University of Miami Law Review*, 1995, p. 33 s. In risposta alla tesi di Ely (v. nota sopra) questo autore, in particolare, obietta che soltanto se il Presidente agisse in segreto la sua decisione sarebbe illegittima. In ogni caso egli giudica inopportuno un coinvolgimento in seconda istanza del giudiziario, volto a colmare l'inerzia del Congresso colpendo l'azione non autorizzata del Presidente di iniziare le ostilità. Osserva a questo proposito: "*I do not believe that the federal courts should or would permit themselves to be used in a process that requires them to find an action was unauthorized, where constitutionally sufficient evidence of authorization is present*" e più in generale che: "*Judicial involvement in separation of powers conflicts is also undesirable because it tends to create hard-and-fast rules in areas of overlapping authority. The branches normally utilize varying degrees of pressure to reach different accommodations, depending on how strongly each feels about particular situations. It would not necessarily be helpful to create an artificial rigidity with regard to the outcome of issues that are intensely political and often require subtle handling*" (v. op cit., p. 56).

cui tende comunque a prevalere il pragmatismo del dato di fatto. Il giudice, più che mai, avverte in questi casi la propria inadeguatezza, a cominciare dall'ontologica difficoltà per le corti di riuscire a definire nell'era contemporanea, e col solo ausilio dell'interpretazione giuridica, che cosa sia guerra.

Il principio della separazione dei poteri, in realtà, resiste e continua ad agire anche in questa "zona di frontiera", ma solo o principalmente nella sua dimensione politica. Il Congresso, per esempio, ha approvato nel 1973 la *War Power Resolution*, un atto bicamerale di indirizzo che inventa un procedimento attraverso il quale Congresso e Presidente possono concordare una posizione comune in relazione all'impiego di forze armate all'estero. La *joint resolution* parlamentare prevede, in particolare, che il Presidente possa assumere l'iniziativa di impegnare le truppe statunitensi ma entro 48 ore deve comunicare ai Presidenti delle Camere i motivi della sua azione. Entro i 60 giorni successivi il Congresso deve approvare l'operazione, altrimenti il Presidente "*shall terminate any use of United States Armed Forces*". Quest'obbligo di informazione con conseguente potere congressuale di veto incombe sul Presidente a prescindere dal nome (guerra, operazione di *peace keeping*, polizia internazionale) col quale si definisce di volta in volta l'intervento. Quello che il Congresso cede sul lato delle competenze descritte in Costituzione (il potere di dichiarare la guerra infatti sostanzialmente si sposta sul Presidente) viene recuperato attraverso il potere di controllo su qualsiasi attività (e non solo in caso di guerra) posta in essere dal Presidente in qualità di Comandante in Capo.

La *War Power Resolution* venne rinviata alle Camere, all'atto della firma, dal Presidente Nixon che oppose il veto, perché a suo avviso il provvedimento restringeva impropriamente i poteri presidenziali e causava confusione nelle rispettive prerogative dei due organi. Quel veto presidenziale venne però superato e il provvedimento entrò in vigore, segno che il Congresso aveva maturato una chiara volontà di ritagliarsi un proprio spazio, anche se diverso da quello che era ad esso riservato in Costituzione, e non era disposto a rinunciarvi.

Nell'applicazione pratica della procedura prevista dalla risoluzione si sono registrate alcune difformità rispetto al dato formale, che hanno fatto sorgere, per iniziativa di gruppi di parlamentari (anche consistenti), alcune controversie giurisdizionali. Questi casi sono stati costantemente rigettati dalle corti federali attraverso la clausola delle *political questions*. La Corte suprema, a sua volta, utilizzando del suo potere discrezionale di selezionare i casi dei quali occuparsi, non ha mai

concesso l'appello contro queste sentenze, compiendo una scelta assai significativa.

Il fatto che le azioni provenissero da parlamentari per sollecitare l'intervento arbitrare dei giudici federali a dirimere la controversia, non ha in realtà affatto incoraggiato le corti a pronunciarsi nel merito; al contrario, viene invece sottolineato che "*Congress has many options to check the President*"<sup>170</sup>. Si tratta di opzioni politiche, in questo caso più efficaci o comunque più adatte del sindacato giudiziale.

Il fatto che le corti non entrino nelle controversie fra Congresso (o meglio, le minoranze parlamentari) e Presidente che sorgono con riferimento alla procedura della *War Power Resolution*, avvantaggia di fatto il Presidente; ma d'altro canto, la negazione della giurisdizione non ha consentito di vagliare, a monte, la legittimità delle disposizioni della risoluzione stessa. Legittimità che, come si è detto, il Presidente Nixon aveva contestato, nel momento dell'approvazione dell'atto parlamentare e che i suoi successori non hanno mai formalmente riconosciuto: i Presidenti, al contrario, si sono generalmente adattati con fatica alla procedura imposta dalla risoluzione e sebbene abbiano sostanzialmente rispettato l'obbligo di comunicazione tempestiva previsto, hanno ogni volta contestualmente precisato che il loro comportamento non poteva essere inteso come una sorta di approvazione implicita della disciplina. In questo senso, l'impossibilità di accedere al controllo giurisdizionale ha avvantaggiato anche il Congresso, che ha potuto conservare, fra i suoi strumenti di influenza sulla politica del Presidente in qualità di Comandante in Capo, quella sorta di veto legislativo che la *War Power Resolution* gli riserva; veto che è posto così al riparo dalle conseguenze della decisione I.N.S. v. CHADHA. Si è detto infatti che il caso CHADHA (v. sopra, par. 2-b), per la sua formulazione in termini generali, sarebbe stato idoneo a travolgere tutti i casi di veto legislativo e dunque probabilmente anche la stessa *War Power Resolution*.

Va anche detto che la *War Power Resolution* si colloca fuori dell'area del giustiziabile, ma non per questo perde ogni significato giuridico: le sue disposizioni sono molto più di una mera indicazione di massima e però allo stesso tempo non sono così rigide e vincolanti come sarebbe accaduto, invece, se i giudici avessero accettato di applicarle per la soluzione dei conflitti costituzionali. La rigidità che

---

<sup>170</sup> V. la sentenza della Corte distrettuale per il Distretto della Columbia, caso ANGE v. BUSH, 752 F. Supp. 509 del 1990.

consegue al giudizio avrebbe potuto risultare quanto mai artificiosa in un ambito nel quale ciascuno dei due poteri della forma di governo sta ancora cercando la propria collocazione e in cui gli equilibri istituzionali sono quanto mai variabili a causa della gravità e dell'imprevedibilità delle situazioni che richiedono l'uso della forza. Del resto il caso UNITED STATES v. NIXON (v. sopra par. 2-f) deve ammonire gli organi costituzionali dal ricercare con troppa facilità l'intervento del giudice a dirimere le loro controversie. In quell'occasione la Corte suprema non si era fermata di fronte alla politica dello scontro, ma si era pronunciata nel merito, statuendo da un lato che nella specifica circostanza al suo esame l'*executive privilege* era stato illegittimamente invocato dal Presidente e però, dall'altro lato, affermando che il Presidente gode, in generale, di un'immunità legata all'esercizio delle sue funzioni, anche se non palesata in Costituzione. Quella singola sconfitta del Presidente legata ad una specifica circostanza del tempo presente, apriva in verità la strada in futuro ad ulteriori, spinose controversie costituzionali destinate spesso a concludersi a vantaggio dello stesso Presidente<sup>171</sup>.

---

<sup>171</sup> In questo senso v. FOLEY M.-OWENS J.E., *Congress and the presidency* cit., p. 351, i quali osservano "even when the Court is united in a decision, it finds it very difficult to avoid giving multiple answers to constitutional questions. In deciding against an individual action of an individual President, for example, the Court can in the process affirm, by implication, the constitutionality of broad swathes of discretionary power accumulated in the presidential office" e con riferimento al caso UNITED STATES v. NIXON, in particolare, commentano efficacemente come "President Nixon may have lost the battle, therefore, but the presidency won the war over the legitimacy of executive privilege".

## Capitolo II

### Attenuazione “genetica” del principio di competenza tra gli organi di indirizzo politico e prassi

#### **1. I rapporti di collaborazione tra governo e congresso nel procedimento legislativo.**

L’art. I, sezione 7, cl. 2 della Costituzione degli Stati Uniti descrive i passaggi essenziali del procedimento legislativo, prevedendo che ogni progetto di legge deve avere l’approvazione delle due Camere ed essere trasmesso al Presidente, perché vi apponga la sua firma, prima di diventare legge dello Stato. Il Presidente tuttavia, come ricordato fin dall’inizio di questo lavoro, può opporre il veto, rinviando l’atto parlamentare alla Camera che per prima ha iniziato l’esame del progetto e accompagnandolo con le osservazioni che, a suo avviso, non consentono o rendono inopportuna l’entrata in vigore della legge. Il messaggio presidenziale che spiega le ragioni del rinvio deve essere inserito a verbale, in modo che la discussione parlamentare (che deve necessariamente svolgersi prima di rivotare il provvedimento, come richiesto dalla norma costituzionale) avvenga in modo consapevole e tenga conto, pur non dovendoli recepire obbligatoriamente, dei rilievi del Presidente.

Ciascuna Camera può riapprovare il progetto con la maggioranza dei due terzi dei suoi componenti, nel qual caso il Presidente lo dovrà firmare e diventerà legge. La stessa norma aggiunge che la mancata opposizione del veto da parte del Presidente, che pur non firmandolo, ometta di rinviare al Congresso il progetto di legge approvato, nei dieci giorni successivi alla sua formale presentazione, implica accettazione tacita e ne determina l’entrata in vigore.

Allo strumento del veto presidenziale sulle leggi, il Federalista dedicò un intero *paper*, il n. 73, che reca la firma di Hamilton. In quelle pagine vennero spiegati i motivi della scelta di introdurre in Costituzione uno strumento chiaramente contraddittorio con la preliminare suddivisione del potere in tre branche separate; è infatti evidente che il potere di veto in favore del Presidente inserisce l’organo al vertice dell’esecutivo nel cuore del potere legislativo, erodendo in modo significativo il potere del Congresso di esprimere autonomamente ed in modo esclusivo la propria volontà legislativa.

Spiega Hamilton che il potere di veto dovrà servire allo scopo di garantire il Presidente contro eventuali attacchi che il Congresso voglia portare all'istituzione presidenziale per indebolirla e sottrarle autorità. La seconda, più attuale, ragione è che il Presidente potrà, grazie al veto, partecipare attivamente nella funzione legislativa, apportando il proprio contributo perché vengano approvate leggi buone e giuste. L'autore del *Federalist* non lo dice in modo netto, ma è sicuramente questo il senso che si deve dare alle parole di Hamilton quando osserva: “*Quanto più spesso uno stesso provvedimento verrà rimesso in discussione, quanto maggiore diversità di atteggiamenti e combinazioni si verificherà tra coloro che lo dovranno esaminare, tanto minore sarà il pericolo di quegli errori che derivano da immature deliberazioni, e di quegli sbagli dovuti al contagio di una qualche comune passione o comune interesse*”<sup>1</sup>, e sembra pensare al veto come ad uno strumento collaborativo e positivo, e non soltanto ostruzionistico e negativo<sup>2</sup>.

In effetti, lo sviluppo della forma di governo dello Stato federale ha dimostrato che il Presidente si è conquistato ben presto un ruolo attivo nella determinazione della politica legislativa, risultato ottenuto più che utilizzando di fatto il veto per inserirsi come un “cuneo” tra la deliberazione parlamentare e l'entrata in vigore delle leggi, sfruttando questa possibilità ultima che gli è costituzionalmente riconosciuta per spronare invece il Congresso ad un dialogo preventivo. In dottrina si è parlato persino di “*legislative Presidency*” per descrivere l'influenza di fatto esercitata del Presidente nella programmazione e approvazione delle leggi da parte del Congresso<sup>3</sup>.

Il Congresso, da parte sua, non solo si è adeguato all'attivismo presidenziale, ma lo ha esso stesso ricercato e richiesto: sulla carta il Presidente non avrebbe formalmente un potere di iniziativa legislativa, ma nei fatti questo ostacolo è superato grazie all'iniziativa esercitata, per suo conto, dai parlamentari a lui vicini. Questo dato, peraltro scontato, ancora non spiega però, nel contesto di una forma di governo

---

<sup>1</sup> HAMILTON A., *paper* n. 73, in HAMILTON A.-MADISON J.-JOHN J., *Il Federalista* cit., p. 596.

<sup>2</sup> In questo senso v. PEABODY B.G.-NUGENT J.D., *Toward a unifying theory of separation of powers*, in *53 American University Law Review*, 2003, p. 1 s., p. 57, che osservano: “*The idea that the veto power could be used creatively to alter and refine (and not just impede) legislation finds expression throughout the constitutional convention and ratification debates, from the extensive reference to the veto as a ‘revisionary power’ to suggestions that it would provide a correction to legislation produced through carelessness or the influence of factions*”.

<sup>3</sup> Cfr. WAYNE S., *The Legislative Presidency*, New York, 1978.

duale come quella nordamericana, il successo che i progetti elaborati dall'amministrazione presidenziale riescono ad ottenere, giungendo in molti casi (anche in periodi di governo diviso) all'approvazione finale e comunque ricevendo sempre grande attenzione da parte dei due rami del Congresso.

L'organo legislativo, in sostanza, individua nel Presidente il *leader* naturale da porre alla guida delle proprie funzioni, dal quale si attende (e pretende) l'esposizione annuale di un vero e proprio programma legislativo dettagliato che condiziona l'agenda dei lavori parlamentari<sup>4</sup>. Mentre i membri del Congresso sono maggiormente portati a farsi carico delle istanze delle singole comunità locali (degli Stati o dei distretti nei quali sono stati eletti), al capo dell'esecutivo è riconosciuta capacità di elaborazione e di sintesi dei bisogni nazionali che sono necessarie per la coerenza e la continuità della manovra politica, anche in primo luogo sul piano legislativo.

Il dialogo istituzionale, come spesso avviene nel sistema nordamericano, non si appoggia solo sulla mediazione partitica. Essa può persino rivelarsi del tutto secondaria quando il Presidente e una o entrambe le Camere del Congresso sono espressione di maggioranze diverse e allora l'accordo politico dovrà necessariamente farsi nelle istituzioni, attraverso un'opera costante e paziente di persuasione dei singoli, messa in atto dal Presidente e rivolta ovviamente in modo prevalente ai più influenti membri del Congresso.

Inoltre, anche quando il partito del Presidente è in maggioranza al Congresso, non è affatto scontato che i suoi progetti trovino accoglienza da parte dei parlamentari, i cui comportamenti non necessariamente si adeguano alla disciplina di partito. Il fatto che i partiti americani siano partiti elettorali; che manchino di strutture organizzative paragonabili a quelle dei partiti delle democrazie europee; che non siano le direzioni centrali dei due partiti maggiori a decidere, ad ogni elezione, i candidati da sostenere, ma la selezione sia fatta eminentemente a livello locale, sono tutti fattori che fanno sì che ciascun parlamentare subisca solo in parte il condizionamento del proprio gruppo politico e sia piuttosto preoccupato di guadagnarsi visibilità e consen-

---

<sup>4</sup> Per un approfondito resoconto sull'evoluzione dei rapporti fra Congresso e Presidente in campo legislativo v. FOLEY M. – OWENS J.E., *Congress and the Presidency* cit., p. 297 s. Gli autori ritengono che i fattori che condizionano più di altri il successo o l'insuccesso delle iniziative legislative presidenziali siano le doti di *leader* del Presidente, la sua sensibilità politica nel capire qual è il momento più adatto per avanzare nuove proposte, la sua popolarità.

so direttamente presso i suoi elettori e i gruppi di pressione che decideranno della sua successiva candidatura. La verifica elettorale, tra l'altro, è fattore che incombe e condiziona ciascun parlamentare e le sue scelte di voto fin dal suo primo insediamento al Congresso: i membri del Parlamento vivono di fatto in una situazione di perenne campagna elettorale perché il rinnovo delle Assemblee (totale alla Camera dei rappresentanti, parziale al Senato) avviene a scadenze molto ravvicinate e la procedura elettorale, che comprende, istituzionalizzandola, la fase preparatoria di scelta dei candidati, è particolarmente lunga<sup>5</sup>.

La relativa indipendenza dei membri del Congresso fa sì che nella prassi parlamentare accada spesso che i voti a favore o contro i singoli progetti siano espressi in modo trasversale e che attorno alle diverse proposte si coagulino, di volta in volta, maggioranze eterogenee. Sono specialmente i programmi connotati ideologicamente ad attrarre più facilmente il consenso di parlamentari di diverso colore politico ed è perciò su questi fattori che i Presidenti fanno spesso leva per rompere le *party lines*.

Questa situazione può facilitare il successo delle riforme care al Presidente persino in periodi di governo diviso, ma implica anche, al contrario, che il Presidente non possa dare per scontato l'appoggio dei parlamentari del suo stesso partito, e dovrà invece conquistarlo ogni volta, quasi con lo stesso impegno col quale lo ricerca presso i membri del partito avversario. Ricerche empiriche dimostrano in effetti che le percentuali di successo delle proposte legislative presidenziali sono in larga misura simili nelle due situazioni.

La convergenza di tutti questi fattori determina come risultato che il processo legislativo “*in the American separated system is a shared process*”<sup>6</sup>; l'altro aspetto da sottolineare è che la contrattazione politica sulle leggi è condotta direttamente dai soggetti che siedono nelle istituzioni, gli eletti del popolo (compreso, fra questi, il Presidente)<sup>7</sup> e

---

<sup>5</sup> Per alcune indicazioni sulla composizione e il funzionamento dei due rami del Congresso v. LUCIFREDI P.G., *Appunti di diritto costituzionale comparato – Il sistema statunitense*, Milano, 1997, p. 96 s.

<sup>6</sup> Così FOLEY M. – OWENS J.E., *Congress and the Presidency* cit., p. 327.

<sup>7</sup> Si tratta ovviamente di soggetti che subiscono, anche pesantemente, il condizionamento di forze estranee alle istituzioni: le *lobbies*, i centri di potere economico, gli organi di stampa e le emittenti televisive etc. esercitano una pressione notevole sui rappresentanti politici, compreso lo stesso Presidente. Quello che si vuol dire è che lo scontro e il raccordo, ove possibile, fra i diversi interessi di cui queste forze sono portatrici e dei quali gli uomini politici si fanno portavoce, avviene per

la decisione non è precostituita, ma si forma per lo più dentro le istituzioni, nella discussione e deliberazione parlamentare. Con modalità assimilabili, esteriormente, a quelle utilizzate nelle forme di governo parlamentari, avviene perciò che il Presidente si rechi molte volte, nel corso del suo mandato, tanto alla Camera che al Senato e che a loro volta i legislatori accettino di andare spesso alla Casa Bianca, per incontrare il Presidente e il suo *staff* e discutere con loro di riforme legislative. È stato persino creato, nell’ambito della Presidenza, un apposito organo, l’*Office of Legislative Liaison*, che intrattiene costanti relazioni col Congresso, e rappresenta per quest’ultimo un referente stabile, dentro il Governo, al quale comunicare e col quale di fatto concordare la programmazione dei lavori parlamentari nell’esercizio della funzione legislativa<sup>8</sup>. Avviene così che al di là delle deleghe di potere sostanzialmente normativo che il Congresso conferisce al Presidente, trattenendo per sé, come si è visto, un potere di controllo e di indirizzo, il Presidente partecipa di fatto attivamente anche alla funzione legislativa esercitata direttamente dal Congresso. La collaborazione istituzionale a sua volta conferisce una certa coerenza all’azione di governo, che dal momento legislativo riesce ad approdare, senza troppi intoppi, al momento esecutivo sospinta innanzi dalla comune volontà di entrambi gli organi. Probabilmente questo esito sarebbe stato comunque inevitabile, anche a prescindere dalla forza condizionante del veto presidenziale, perché qualsiasi forma di governo richiede agli organi di indirizzo politico, per lo meno nel lungo periodo, di agire lungo direttrici non contraddittorie e il più possibile unitarie. Senza lo strumento del veto, tuttavia, il Presidente non avrebbe avuto la possibilità *giuridica* di agire dall’interno sul processo legislativo e, in assenza di un rapporto fiduciario, quell’unità sarebbe stata raggiunta attraverso la fatale predominanza dell’uno o dell’altro organo.

---

tatrici e dei quali gli uomini politici si fanno portavoce, avviene per bocca di questi ultimi e dentro le sedi istituzionali.

<sup>8</sup> Sulla istituzionalizzazione dell’*Office of Legislative Liaison*, che ha sostituito il precedente *Office of Congressional Relations* v. OWENS J.E., *Clinton and Congress: an early assessment*, in *3 Politics Review*, 1993, p. 7 s. L’autore osserva come sia significativo che il nuovo ufficio per le relazioni con il Congresso in materia legislativa sia stato creato all’interno della Presidenza, dove mantiene uno stretto e diretto contatto con il Presidente, mentre quello precedente era un semplice ufficio dell’esecutivo. Si può notare una certa somiglianza tra quest’organo e la nostrana figura del Ministro per i rapporti col Parlamento, figura di ministro senza portafogli costantemente presente nell’organizzazione del Governo, anch’essa similmente incardinata presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Le dinamiche del processo legislativo nel sistema nordamericano mostrano invece come l'architettura costituzionale dello Stato federale riesca a soddisfare questa esigenza di coerenza senza rinunciare alla separazione strutturale e soprattutto politica degli organi, "costretti" alla cooperazione pur muovendo da posizioni che sono fin dall'inizio e si mantengono tendenzialmente distinte ed equiordinate.

Ovviamente il veto alle leggi è stato più volte utilizzato dai diversi Presidenti, quando non hanno raggiunto un accordo preventivo col Congresso; trattandosi di un veto relativo e non assoluto esso non ha però impedito l'entrata in vigore di leggi fortemente volute quando (ma non spesso), nonostante l'opposizione presidenziale e l'influenza che essa sempre esercita sui parlamentari, entrambi i rami del Congresso sono riusciti comunque a raccogliere maggioranze così ampie da soddisfare il requisito costituzionale dei 2/3. Quando il Presidente esercita il veto, ciò è segno evidente che è in atto un contrasto tra i due organi di indirizzo politico, ma è il Congresso se ne ha la forza che può "dire l'ultima parola" approvando ugualmente la legge.

Nella prassi, tuttavia, si è affermato un particolare tipo di veto col quale il Presidente può arrestare definitivamente il percorso di una legge e costringere il Congresso che voglia persistere nel suo progetto a riprendere dall'inizio il procedimento legislativo, sottoponendo poi l'atto parlamentare alla firma del Presidente, che potrà nuovamente opporre il veto nei modi tradizionali. Si tratta del *pocket veto*<sup>9</sup>, uno strumento che si basa sulla disposizione costituzionale secondo la quale quando il Congresso non è in sessione ed è intervenuto un aggiornamento dei lavori parlamentari, il mancato rinvio dell'atto da parte del Presidente nei dieci giorni previsti non determina, come di regola, l'entrata in vigore della legge<sup>10</sup>. Il quadro normativo di riferimento nel quale l'istituto ha potuto formarsi va completato con la disposizioni

---

<sup>9</sup> Sull'istituto del *pocket veto* v., in dottrina, WEBNER R.N., *The intersession pocket veto and the executive-legislative balance of power*, in 73 *Georgetown Law Journal*, 1985, p. 1185 s.; DERRICK B.C., *Stitching the hole in the President's pocket: a legislative solution to the pocket-veto controversy*, in 31 *Harvard Journal of Legislation*, 1993, p. 371 s.; POPE J.H., *The Pocket veto reconsidered*, in 72 *Iowa Law Review*, 1986, p. 163 s.; FISHER L., *The pocket veto: its current status. Report for Congress*, Servizio di ricerca del Congresso, 2001.

<sup>10</sup> L'art. I, sezione 7, cl. 2 della Costituzione nordamericana, *in fine*, dopo aver disposto che: "If any Bill shall not be returned by the President within ten Days (Sundays excepted) after it shall have been presented to him, the Same shall be a Law, in like a Manner as if he had signed it", aggiunge l'eccezione "unless the Congress by their Adjournment prevent its Return in which Case it shall not be a Law".

costituzionali che, in materia di aggiornamento delle Camere, prevede che quando la sospensione dei lavori riguarda una sola Camera e la sua durata eccede i tre giorni, non possa avvenire senza il consenso dell'altra<sup>11</sup>.

Quando il termine di dieci giorni dal ricevimento della delibera legislativa scade in un periodo in cui il Congresso ha aggiornato i suoi lavori il Presidente, qualora non l'approvi, né rinvia l'atto alle Camere, né lo firma ma semplicemente il procedimento legislativo si interrompe definitivamente. La norma costituzionale si spiega storicamente per il fatto che in passato potevano intercorrere anche lunghi periodi di tempo tra una sessione di lavoro del Congresso e l'altra (si trattava di una prassi seguita più in generale dai diversi Parlamenti dell'epoca liberale) e le stesse sedute ordinarie si susseguivano con una frequenza molto più bassa rispetto a quella che si registra nei Parlamenti contemporanei. Ne conseguiva che, per ragioni di certezza e per l'esigenza di non lasciare passare troppo tempo tra la formulazione delle osservazioni che accompagnavano il veto presidenziale e la loro presa in considerazione da parte del legislatore, ogni aggiornamento, tanto al termine della seconda sessione di lavori, che tra una sessione e l'altra, che infine all'interno di una stessa sessione, poteva diventare occasione per il Presidente, al quale fosse stato presentato un atto legislativo per la firma, di affermare il suo veto assoluto.

La situazione cambiò radicalmente quando, nel 1933, venne approvato il XX emendamento alla Costituzione che fissava all'inizio di gennaio e non più in dicembre (come prevede il testo originario della Costituzione<sup>12</sup>) la data per la convocazione obbligatoria di entrambe le Camere. Questo mutamento rompeva la prassi parlamentare, fino ad allora seguita, che consisteva nel tenere una prima lunga sessione, che si interrompeva a dicembre, per essere seguita, dopo molto, da una brevissima seconda sessione di lavori. Di fronte ad un Congresso che lavorava regolarmente si perdeva molta dell'utilità della norma, che era stata pensata per difendere le prerogative presidenziali; in mancanza di un adeguamento conseguente ad opera del Presidente nella

---

<sup>11</sup> L'art. I, sezione 5, cl. 4 della Costituzione nordamericana dispone infatti “*Neither House, during the Sessoin of Congress, shall, without the Consent of the other, aduourn for more than three days...*”.

<sup>12</sup> L'art. I, sezione 4, cl. 2, dispone: “*The Congress shall assemble at least once in every Year, and such Meeting shall be on the first Monday in December, unless they shall by Law appoint a different Day*”.

prassi relativa all'opposizione del *pocket veto*, la stessa norma costituzionale si sarebbe potuta perciò prestare ad abusi.

Che la situazione, e quindi le possibilità di applicazione della norma, fossero cambiate lo si può apprezzare confrontando le uniche due decisioni di merito pronunciate dalla Corte suprema in materia di *pocket veto*: la prima porta la data 1929 (prima della riforma) ed è tutta incentrata sul significato da attribuire all'espressione "*prevent*" riferita all'atto di restituire il *bill* alle Camere. La Corte ritenne che il Presidente non avrebbe potuto utilizzare adeguatamente il suo potere di veto ogni volta che le Camere avessero sospeso i loro lavori (la Corte non precisa di che sospensione si tratti) a prescindere dal fatto che la permanenza dell'organizzazione parlamentare avrebbe materialmente consentito il ricevimento dell'atto presidenziale di rinvio<sup>13</sup>.

Con la seconda decisione<sup>14</sup>, invece, la Corte suprema si pronuncia (dopo la riforma costituzionale) su un caso di *pocket veto* esercitato in occasione di una sospensione dei lavori del Senato durata tre giorni: ad avviso della Corte, quella breve interruzione non poteva interpretarsi come *adjournment* e il mancato rinvio della delibera legislativa entro i dieci giorni dalla sua presentazione al Presidente, aveva determinato l'entrata in vigore della legge. L'*overruling*<sup>15</sup> è nella constatazione che i rappresentanti legittimati a ricevere l'atto per conto della Camera o del Senato sostituiscono validamente la temporanea assenza del *plenum*. Aniché fornire un'interpretazione rigida del concetto di aggiornamento, la Corte puntualizza le finalità della norma che devono guidare gli organi nella sua applicazione: la procedura del veto deve consentire al Presidente di esaminare il provvedimento, di formulare le sue osservazioni e di rinviarlo; allo stesso tempo deve però garantire al Congresso di prendere in considerazione quei rilievi ed eventualmente di superarli<sup>16</sup>. Da allora e fino alla Presidenza Nixon i rapporti tra Congresso e Presidente sull'utilizzo del *pocket veto* si svolsero senza "incidenti" di percorso, avendo entrambi aderito alla regola per cui il Presidente può opporre il veto senza restituire il *bill* alle Camere solo in caso di interruzione di fine sessione e, tra la prima e la seconda sessione della stessa legislatura, solo se il ramo del Congresso interessato si aggiorna *sine die*. Nixon apportò un primo strap-

<sup>13</sup> V. THE POCKET VETO CASE, 279 U.S. 655, 680-685 (1929).

<sup>14</sup> WRIGHT v. UNITED STATES, 302 U.S. 583 (1938).

<sup>15</sup> L'espressione è usata in modo improprio, perché la Corte si preoccupò in verità di precisare che il caso al suo esame differiva sostanzialmente dal POCKET VETO CASE.

<sup>16</sup> WRIGHT v. UNITED STATES, 302 U.S. 583, 596.

po a questa convenzione quando oppose il *pocket veto* ad una delibera legislativa approfittando di un brevissimo aggiornamento di entrambe le Camere (4 giorni per il Senato, 5 per la Camera dei Rappresentanti)<sup>17</sup>. La controversia che ne seguì venne portata alla cognizione delle corti federali: tanto il giudice di primo grado che quello dell’appello ritennero incostituzionale l’utilizzo del *pocket veto*, poiché la sospensione dei lavori era caduta all’interno di una sessione, e retrodatarono l’entrata in vigore della legge allo scadere del decimo giorno dalla sua presentazione al Presidente.

Nonostante la chiara indicazione giurisprudenziale, il Presidente Reagan utilizzò a sua volta il veto intra-sessione, provocando una nuova controversia giudiziale che questa volta raggiunse anche la Corte suprema. Il giudice di primo grado si era ispirato al precedente più antico (il *Pocket veto case*) approvando il comportamento del Presidente<sup>18</sup>; la Corte d’appello riformò la sentenza in base alla motivazione che le circostanze non avrebbero impedito di fatto al Presidente di esercitare un veto regolare<sup>19</sup>.

La Corte suprema, chiamata a scegliere tra i suoi due precedenti, questa volta “decise di non decidere”, arrendendosi alla constatazione preliminare dell’inattualità della controversia (c.d. *mootness*), ma dando in verità un chiaro segnale di non voler più entrare nel merito di una questione che considerava ormai eminentemente politica<sup>20</sup>.

Da questo momento in avanti i due organi hanno dovuto affrontare da soli e direttamente le proprie divergenze: il Congresso ha cercato di disciplinare legislativamente l’istituto, incontrando ogni volta la ferma opposizione dei Presidenti (che hanno sempre minacciato di opporre il veto contro una legge che, in via ordinaria, avrebbe imposto un’interpretazione restrittiva, a loro giudizio, del testo costituzionale); questi progetti si sono sempre arenati prima di arrivare all’approvazione definitiva, a causa delle pressioni della Casa Bianca, ma anche per la forza persuasiva degli argomenti degli stessi parlamentari che si opponevano. Essi osservavano che la giuridica possibilità del

---

<sup>17</sup> Approfittando della pausa natalizia, nel dicembre del 1970 Nixon oppose il *pocket veto* al *Family Practice of Medicine Bill*, impedendone il riesame e l’entrata in vigore.

<sup>18</sup> *BARNES v. CARMEN*, 582 F. Supp. 163 (D.D.C. 1984).

<sup>19</sup> *BARNES v. KLINE*, 759 F.2d 21, 30 (D.C.C. 1985).

<sup>20</sup> *BURKE v. BARNES*, 479 U.S. 361 (1987). Per un commento alla decisione della Corte suprema *v. WHITNEY B.K., Barnes v. Kline. Picking the President’s pocket?*, in *70 Minnesota Law Review*, 1986, p. 1149 s.

*pocket veto* è determinata dallo stesso Congresso quando approva leggi in prossimità di un suo imminente aggiornamento, anche breve e, senza attendere il responso presidenziale, sospende poi i lavori<sup>21</sup>.

Quanto alla prassi presidenziale, alcuni Presidenti hanno mantenuto un atteggiamento conciliante, addirittura concordando preventivamente col Congresso i presupposti di utilizzo del *pocket veto* nel corso dell'intera legislatura e sostanzialmente rinunciando ad esercitarlo fino al termine della seconda sessione (quando entrambe le Camere devono essere rinnovate, totalmente o parzialmente)<sup>22</sup>. Altri sono andati allo "scontro", cautelandosi però preventivamente: in mancanza di un formale accordo col Congresso sui presupposti di applicazione della norma, il Congresso avrebbe potuto approfittare del comportamento inerte, che l'esercizio del *pocket veto* da parte del Presidente comporta, e ritenere la legge tacitamente approvata. Perciò, per non rischiare di perdere la possibilità di opporre un veto regolare, talvolta i Presidenti hanno rinviato il *bill* alle Camere senza tuttavia spiegare, nel messaggio che lo accompagna, le ragioni del rinvio. La relazione di accompagnamento si è ridotta in questi casi ad una semplice formula con la quale è stato comunicato al legislatore che la mancata sottoscrizione del Presidente ha impedito all'atto di diventare legge. Nel comunicato è stato precisato che il Presidente non ha inteso attribuire alla sua opposizione il significato di un veto regolare<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Ad avviso di questi parlamentari, il dato normativo in base al quale interpretare il concetto di aggiornamento, utile per l'esercizio del *pocket veto*, consisteva nella disposizione (già citata nel testo) secondo la quale ogni sospensione dei lavori da parte di una sola Camera che ecceda i tre giorni, deve essere comunicata e raccogliere il consenso dell'altra. La norma tende ad assicurare che ciascuna Camera non sia costretta alla paralisi per effetto della sospensione dell'altra Assemblea non preventivamente concordata. Questa protezione si spiega particolarmente in un sistema in cui le due Camere, pur essendo dotate di una differente rappresentatività (nazionale, per la Camera dei rappresentanti; dei singoli Stati, per il Senato), esercitano le stesse funzioni e concorrono entrambe alla formazione di tutte le delibere parlamentari aventi rilievo esterno. La medesima *ratio*, secondo l'opinione dei membri del Congresso contrari alla proposta di disciplinare legislativamente il *pocket veto*, andava estesa anche nei confronti del Presidente, ugualmente "paralizzato" dal diritto di esercitare il veto in modo regolare ad ogni sospensione dei lavori delle Camere superiore a tre giorni. In base a questa interpretazione del combinato disposto delle due norme costituzionali, il Presidente, non potendo condizionare l'aggiornamento parlamentare, in nome dell'autonomia organizzativa del Congresso, sarebbe stato dotato del potere di veto assoluto, da esercitare perciò nelle medesime circostanze.

<sup>22</sup> Questa la prassi seguita, in particolare, nel corso della Presidenza Carter.

<sup>23</sup> V. ad esempio il messaggio col quale il Presidente Ford ha rinviato alle Camere per cinque volte atti legislativi in concomitanza della sospensione dei lavori parlamen-

Avendo ricevuto formalmente la delibera legislativa, è sul Congresso che ricade in questa situazione la responsabilità di “rompere” eventualmente la diplomazia dei rapporti istituzionali: volendo perseverare nella sua decisione, il Congresso può infatti optare per l’*override* del veto presidenziale a maggioranza qualificata, oppure riprendere dall’inizio il procedimento legislativo. Come intuibile i due procedimenti possono avere un impatto molto diverso nei rapporti istituzionali, perché il voto parlamentare di superamento del veto non ha di fatto molto senso se non è preceduto dall’esame dei rilievi presidenziali e la scelta di questa “facile” via, da parte del Congresso, può essere interpretata dal Presidente come una chiara scorrettezza ai suoi danni. Tale scorrettezza potrebbe poi ingenerare ulteriore conflittualità se il Presidente rifiutasse di firmare il *bill* dopo il secondo passaggio parlamentare, ritenendolo illegittimo.

Proprio per evitare di apparire irrispettoso delle prerogative presidenziali, senza però cedere nella difesa delle proprie, anche il Congresso ha messo a punto una propria strategia: al *pocket veto* accompagnato da un *protective return*, le Camere hanno in un caso risposto approvando una *diversa* legge, che riprendeva i contenuti del *bill* respinto dal Presidente e contestualmente dichiarava quel *bill* abrogato a partire dall’entrata in vigore della nuova legge. Il Congresso è riuscito così ad affermare, sia pure solo formalmente, che il *bill*, in mancanza di un regolare veto, era diventato legge e ha evitato perciò di avallare il comportamento presidenziale senza al contempo provocare “strappi” istituzionali. Il Presidente, a sua volta, in fase di promulgazione della seconda legge, ha rimarcato la propria posizione, giudicando inefficace la norma che disponeva l’abrogazione di una delibera parlamentare a suo avviso mai entrata in vigore<sup>24</sup>. In assenza di un accordo più chiaro sull’utilizzo del *pocket veto*, questa macchinosa procedura ha consentito ad entrambi gli organi di non rinunciare alla propria interpretazione della norma costituzionale senza però enfatizzare

---

tari disposta in occasione delle elezioni presidenziali del 1974: “*I am advised by the Attorney General and I have determined that the absence of my signature from this bill prevents it from becoming law. Without in any way qualifying this determination, I am also returning it without my approval to those designated by Congress to receive messages at this time*” (v. *Public Papers of the Presidents*, 1974, p. 447 – veto del *National Wildlife Refuge System Legislation*).

<sup>24</sup> La vicenda risale al 1974, e vide contrapposti il Presidente Gerald Ford e il 93mo Congresso degli Stati Uniti.

lo scontro istituzionale, che è rimasto sostanzialmente in una fase di latenza.

Questo scontro non si spiega soltanto per ragioni di “etichetta”, ma deriva piuttosto da esigenze sostanziali che la complicata vicenda del *pocket veto* testimonia: innanzi tutto, la Costituzione nordamericana assegna un termine per deliberare al solo Presidente, mentre non prescrive un termine entro il quale il Congresso, nel corso della legislatura, debba riesaminare e riapprovare il progetto, se vuole che diventi legge. È però evidente che, anche in assenza di una espressa indicazione normativa in questo senso, non è indifferente la scelta del momento nel quale la Camera che per prima aveva deliberato il progetto, decide di riaprire il dibattito parlamentare: se esso avviene molto dopo che il Presidente ha fatto i suoi rilievi, così come anche se, al contrario, la discussione si apre e chiude con troppa fretta, il controllo presidenziale assume il mero significato di ostacolo procedurale e non rappresenta più l'occasione offerta al Parlamento di rimeditare i contenuti di una legge prima che essa entri in vigore. È proprio la norma sul *pocket veto* ad indicare che i costituenti erano sensibili a questa necessità, tanto che, mancando le condizioni per il dialogo in caso di aggiornamento delle Camere, optarono per introdurre eccezionalmente un veto assoluto.

Questa necessità si scontra però con l'esigenza, anch'essa costituzionalmente tutelata, di consentire alle Camere di organizzare con autonomia i propri lavori e anche di sospenderli, segno che l'aggiornamento parlamentare va inteso come momento di riflessione che la Costituzione prevede e garantisce.

La vicenda del *pocket veto* mostra infine come, in presenza di interessi costituzionali contrapposti e soprattutto rimessi ad organi diversi, le corti abbiano inizialmente tentato di fissare giudizialmente tra essi un ragionevole bilanciamento, ma la permanenza dello scontro istituzionale ha suggerito loro di non insistere nell'opera di mediazione che, ancora una volta, deve trovare la sua soluzione politica principalmente fuori delle aule di giustizia.

## **2. La convivenza del potere di nomina del Presidente con l'*advice and consent* del Senato**

Nel primo capitolo è stata analizzata la giurisprudenza della Corte suprema maturata con riferimento all'*Appointments Clause*. Al di là

delle controversie giurisprudenziali e alla luce di quella giurisprudenza, i rapporti fra Congresso e Presidente in materia di nomine si sono consolidati e stabilizzati grazie ad una lunga e (in larga misura) ininterrotta prassi che ha sostanzialmente dimostrato, anche con riferimento ad una competenza così importante ed ambita da entrambi gli organi di indirizzo, la capacità di tenuta della Costituzione nordamericana e della sua originale forma di governo.

Il dato normativo di partenza è già stato ricordato: l'art. II, seconda sezione, cl. 2 della Costituzione degli Stati Uniti assegna al Presidente il potere di designare e nominare i rappresentanti diplomatici, i giudici della Corte Suprema e delle corti federali e tutti i funzionari federali di grado superiore. La stessa norma prevede l'intervento del Senato nel procedimento di nomina, che deve esprimere l'*advice and consent* sulla proposta presidenziale.

Nel considerare queste attribuzioni e nel valutare quale attuazione hanno ricevuto nella prassi, si devono necessariamente distinguere le nomine ministeriali e dei principali funzionari dell'amministrazione federale, rispetto all'investitura dei titolari degli organi giudiziari. Da un lato, infatti, è evidente che il potere consultivo e di veto che il Senato esercita sul conferimento delle cariche amministrative rappresenta una classica interferenza dell'organo legislativo nell'attività più tipica del Presidente, ossia quella di scegliersi i collaboratori per perseguire il suo indirizzo politico-amministrativo.

La compartecipazione del Presidente e del Senato nella nomina dei giudici delle corti federali possiede invece necessariamente un significato diverso. Si tratta di un istituto di straordinaria importanza per comprendere la dinamica della separazione dei poteri nel sistema nordamericano: esso infatti chiama in causa, nello stesso momento, sia pure a diverso titolo (nel ruolo di designatori, di compartecipi e di designati), organi del potere esecutivo, legislativo e giudiziario. Si crea perciò eccezionalmente fra loro una sorta di rapporto triangolare simultaneo, e si determina una situazione analoga, per questo aspetto, a quella che si verifica quando sono i giudici a dover decidere le “sorti” delle controversie costituzionali fra gli organi di indirizzo politico. Tuttavia in questo caso il triangolo è, per così dire, “rovesciato”, perché il giudiziario diviene il destinatario e non più l'artefice della decisione. La nomina dei giudici federali viene contrattata a livello politico, ma è contestualmente caricata delle aspettative e degli interessi del potere giudiziario, un potere non politico per definizione (o politi-

co solo in senso lato, per riprendere considerazioni già fatte all'inizio di questo lavoro).

È altresì evidente che la spartizione della competenza fra i due organi di indirizzo potrebbe portare a situazioni di stallo, un evento che si rivelerebbe in questo caso più grave rispetto alle altre situazioni di interferenza che si sono esaminate, perché i poteri del Presidente e del Senato sono stati bilanciati e calibrati per produrre un unico risultato (la nomina dei giudici federali) al quale, in mancanza di accordo, essi non possono comunque sottrarsi semplicemente rinunciando all'adozione dell'atto finale (come può invece accadere, per esempio, nei casi in cui il Presidente oppone il veto su una legge del Congresso).

Alla Convenzione di Filadelfia, in verità, si discusse in modo unitario del potere di nomina, senza approfondire le diverse implicazioni che il medesimo procedimento avrebbe potuto produrre nei confronti delle due categorie di soggetti (ministri o funzionari dell'esecutivo e giudici). Il dibattito riguardò invece unicamente l'opportunità di attribuire la competenza in modo esclusivo al Presidente oppure al Congresso. I sostenitori delle diverse tesi si ripartivano, ovviamente, in relazione al peso che in generale si voleva riconoscere ai due organi nel complessivo impianto costituzionale.

La soluzione di compromesso adottata nel testo della Costituzione del 1787 non rappresentò solo l'espedito accattivante pensato in vista della ratifica degli Stati, ma fu piuttosto il frutto di una scelta ponderata che si spiega nelle parole che Hamilton dedica all'argomento al n. 76 del *Federalista*: l'iniziativa della nomina deve competere al Presidente, perché un organo monocratico assicura efficienza e competenza nell'individuazione di soggetti adatti a ricoprire le diverse cariche e perché tende a subire in modo più contenuto la pressione degli interessi di parte. Altrettanto benefico è il concorso del Senato, che esercita un'efficacia "*potente*" e "*silenziosa*"<sup>25</sup>, essendo generalmente portato ad approvare le nomine, "*a meno che non esistano ragioni speciali e valide*"<sup>26</sup> per non farlo. Lo scopo della presenza del Senato nel procedimento di nomina è quello di limitare le prerogative del Presidente nell'esercizio di una funzione particolarmente "pericolosa", perché il "*potere, dal quale promana la distribuzione di onori e di*

---

<sup>25</sup> "A che scopo, dunque, richiedere il concorso del Senato? Rispondo che la necessità del suo concorso avrebbe un'efficacia potente anche se, in linea generale, silenziosa" (v. HAMILTON A., *paper n. 76*, in HAMILTON A.-MADISON J.-JAI J., *Il Federalista* cit., p. 613).

<sup>26</sup> *Ibidem*.

*emolumenti, avrà una propria forza d'attrazione piuttosto che subire l'influsso di un altro potere che, in questi casi, non può fare altrimenti che contrastarne le iniziative*<sup>27</sup>.

Hamilton, come tutti i *Founding Fathers*, è sensibile alla preoccupazione di mantenere distinte le responsabilità dei due organi, nonostante il frazionamento della competenza, quale premessa necessaria perché il corpo elettorale che li legittima possa far scattare eventualmente il meccanismo politico-sanzionatorio della mancata rielezione. Ma, a suo avviso, la condivisione di potere ottenuta attraverso la simultanea competenza sugli atti di investitura, consente comunque di riconoscere l'apporto che Presidente e Congresso, rispettivamente, hanno fornito ad ogni nomina, perché il loro ruolo è diverso e le responsabilità non possono essere confuse.

A dispetto della considerazione unitaria che il processo di nomina ricevette in seno alla Convenzione, la prassi ha dimostrato che il Presidente e il Senato si rapportano in modo profondamente diverso quando si tratta di scegliere i funzionari dell'esecutivo o invece i giudici federali.

Per i primi, vale la regola che il potere di investitura del Presidente sia pieno quando riguarda i *Cabinet officers*, ossia i Ministri chiamati ad una diretta collaborazione con il Capo della Nazione. I senatori hanno costantemente ribadito la loro disponibilità a lasciare al Presidente ampia discrezionalità nel definire, insieme al suo programma, anche le persone che egli giudichi più adatte a realizzarlo<sup>28</sup> e la storia costituzionale americana riporta solo otto episodi in cui il Senato ha negato il proprio consenso alla scelta presidenziale<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> HAMILTON A., *paper* n. 77, in HAMILTON A.-MADISON J.-JAI J., *Il Federalista* cit. p. 617.

<sup>28</sup> Il Presidente “*should be allowed to have as his closest advisors and policy managers those with whose expertise in a given field he is most comfortable and whose leadership of their Department would most reflect the President's priorities*” (sen. Percy, 1977); “*Our President, with the demands and almost inhuman burdens of his position, must have the people he wants colse by to help him*” (sen. Saltonstall, 1959); *The President... is entitled to have his official family consist of men in whom hw has confidence and men whom he belives will carry out the policies which will characterize his administration*” (sen. Morsse, 1953). Sono alcuni significativi interventi, raccolti in anni diversi, di senatori che Gerhardt ha tratto dai *reports* del Senato (cfr. GHERHARDT M.J., *Norm, theory and future of the federal appointments process*, in *Duke Law Journal*, 2001, p. 1687 s., nt. 13).

<sup>29</sup> V. D'ONOFRIO F., *La posizione dei ministri nel sistema di governo degli Stati Uniti*, Napoli, 1966, p.147 s,

La diretta legittimazione popolare del Presidente e la conseguente necessità di ricondurre a lui solo la responsabilità per l'operato dei capi-dipartimento (è del resto noto che il sistema americano non prevede il Consiglio dei ministri come istituzione collegiale di raccordo dell'azione di governo) ha senz'altro agito come freno ad ogni eventuale tentazione del Senato di trasformare l'*advice and consent* ministeriale in un potere di veto di tipo politico. Alcune recenti dichiarazioni di senatori, pur critiche, pronunciate in occasione della discussa nomina, da parte del Presidente George W. Bush, di John Ashcroft come *Attorney General*<sup>30</sup>, esprimono bene la generale consapevolezza del fatto che il Presidente è chiamato a responsabilità per compiti diversi ed autonomi da quelli del Congresso, sottoposti al giudizio dal solo corpo elettorale, e che questa autonomia implica che il Presidente sia lasciato libero di decidere la sua squadra di governo.

Ancora una volta l'indipendenza soggettiva dei due organi e la diretta legittimazione popolare della quale godono in modo distinto, sono il contesto di riferimento nel quale le loro singole attribuzioni vanno inserite e alla luce del quale si devono interpretare. Il Senato ha così utilizzato il suo potere di dare l'*advice and consent* alle nomine ministeriali senza mai trasformarlo in una sorta di fiducia iniziale alla compagine governativa e si è limitato a garantire che le nomine non ricadano su persone palesemente inadatte a ricoprire incarichi istituzionali<sup>31</sup>.

In forza di **meccanismi** e conseguenti **equilibri** costituzionali profondamente diversi da quelli che si sviluppano nelle forme di governo

---

<sup>30</sup> *"This examination of the history [of the cabinet appointment] demonstrates that it has been a nearly continuous custom of the Senate to confirm a President's nominees to the Cabinet in all but the vary rarest circumstances. These practices and precedents thus support the principle that the Senate owes the President substantial deference in the selection of the Cabinet"* (147 Cong. Rec. S891-92; 1 Febbraio 2001; dichiarazione del Sen. Feingold); *"I think all Presidents should have the opportunity to pick their own Cabinet. While I do not agree with the political philosophies of all the Cabinet members, I believe it is the job of the Senate to reject a nomination only if the nominee is clearly unfit for the office"* (dichiarazione alla stampa del Sen. John Breaux, 1 Febbraio 2001). L'importanza di queste dichiarazioni va valutata anche tenendo conto che provengono da senatori democratici che hanno preferito disattendere la linea prescelta dal proprio partito di votare contro, per esprimere comunque il consenso alla candidatura fatta dal Presidente, un repubblicano, candidatura che tra l'altro, nel merito, non consideravano affatto positiva.

<sup>31</sup> Il ruolo che il Senato ha assunto nella prassi tende così ad assomigliare, pur nella profonda diversità dei contesti e dei compiti, a quello svolto nel nostro ordinamento dal Presidente della Repubblica in occasione della formazione del governo.

parlamentari, anche il Senato americano può però di fatto trasformare il passaggio procedurale che lo inserisce nell'*iter* di nomina in qualcosa di più che una mera formalità. Il Presidente è teoricamente libero e il Senato come si è visto è disposto a concedergli in pieno questa libertà; ma una volta composto il *Cabinet* “*il successo della linea politica presidenziale è strettamente legato alla collaborazione con il Congresso, dal quale dipende l'approvazione del programma legislativo e, quindi, lo stanziamento di fondi adeguati all'esecuzione di tale programma. Ne consegue la necessità, per il Presidente, di procedere alla selezione di ministri che siano in grado di stabilire con il Congresso rapporti idonei al perseguimento di questo fine*”<sup>32</sup>.

Il fatto di dover agire al di fuori di un rapporto fiduciario può perciò suggerire al nuovo Presidente (specie nei periodi di governo diviso<sup>33</sup>) di non rimandare la ricerca di dialogo col Congresso soltanto al momento in cui (definito il programma e fatte le nomine) inizierà l'attività di governo vera e propria e l'esecutivo dovrà riuscire ad ottenere dal legislatore l'approvazione delle leggi indispensabili al proprio indirizzo. Dal momento dell'insediamento alla Casa Bianca in avanti, come si è detto, la disponibilità al confronto diventerà fattore indispensabile per la sopravvivenza politica di entrambi gli organi rappresentativi e anche il più “forte” dei Presidenti non ne potrà comunque prescindere. Accade tuttavia che i Presidenti, proprio al fine di agevolare i futuri rapporti politici, si attivino ancor prima, fin dall'inizio del mandato, e ricerchino il sostegno del Congresso anche nel momento della formazione del governo, a prescindere dal fatto che questa attività, come si è detto, venga percepita dal Senato come esclusivamente presidenziale.

Ferma restando la procedura, gli equilibri fra Presidente e Congresso sono parzialmente diversi quando si tratta di nominare i funzionari dell'esecutivo di grado inferiore (*sub cabinet nominations*). Pur rimanendo all'interno delle nomine squisitamente politiche e quindi propriamente presidenziali, cresce la capacità di incidenza del Senato che si riconnette all'*advice and consent*, per l'operare di alcuni fattori che Gerhardt sintetizza in diversi punti: innanzi tutto, il fatto che i posti da coprire siano assai più numerosi di quelli ministeriali, sollecita gli

---

<sup>32</sup> D'ONOFRIO F., *La posizione dei ministri nel sistema di governo degli Stati Uniti* cit., p. 165.

<sup>33</sup> Ma si è visto come le maggioranze politiche omogenee nei diversi rami del governo siano solo indicative di un'uniformità di fondo nei rispettivi indirizzi, uniformità che non si può in ogni caso dare per scontata e va perciò costantemente sollecitata.

“appetiti” dei senatori che cercano di influire sulle assegnazioni seguendo logiche spartitorie. Dall’altro lato e simmetricamente, la maggiore distanza tra il Presidente e i funzionari della pubblica amministrazione affievolisce il suo interesse ad imporsi con scelte autonome, lo predispone ad assecondare tatticamente le richieste del Senato e lo spinge ad utilizzare parte delle nomine dei *sub cabinets* come “merce di scambio”<sup>34</sup>. Inoltre, il fatto che il Presidente non intrattenga con i funzionari rapporti stretti e costanti paragonabili a quelli con i ministri, consente ai funzionari stessi un certo spazio di manovra ed induce pertanto i membri del Senato ad una verifica più approfondita delle loro qualità, idee e valori. Ciò accade specialmente per quei candidati che dovrebbero ricoprire uffici amministrativi in settori di intervento particolarmente delicati (che coinvolgono ad esempio i diritti civili o la sicurezza nazionale) e che potrebbero farsi portatori di autonome iniziative.

Un ulteriore fattore da considerare sono le norme interne del Senato che disciplinano la procedura per il conferimento del consenso, ripartendola tra commissioni ed aula. È infatti evidente che la regola che impone l’approvazione pregiudiziale della maggioranza dei membri della commissione prima del passaggio al voto dell’Assemblea, o quella che assegna al *Committee chairman* o ai *leaders* di partito il potere di decidere l’ordine del giorno e quindi impedire la programmazione del voto sulle nomine, possono essere utilizzate per compromettere speditezza e facilità del processo di nomina. Le proposte di funzionari sgradite vengono dirottate su “binari morti” e, anche senza una formale bocciatura, restano semplicemente pendenti per un tempo indefinito<sup>35</sup>.

In caso di nomina dei funzionari governativi, anche la regola consuetudinaria della *senatorial courtesy* impone un certo condiziona-

---

<sup>34</sup> “One can imagine a vicious cycle emerging: (1) presidents are unlikely to invest much political capital in sub cabinet nominations generally; (2) senators understand the small investments made by presidents in such nominations; (3) senators understand further that it might not take much to steer presidents into making the nominations senators prefer or conceding to senators on another point in exchange for nomination the president’s first choice; and (4) presidents begin to resist cutting any deals over these nominations without getting something of value in return. High profile contests over sub cabinet nominations, which are rare, do not fit this pattern” (GHERHARDT M.J., *Norm theory and the future of the federal appointments process* cit., p. 1695).

<sup>35</sup> Per queste considerazioni v. GHERHARDT M.J., *Norm theory and the future of the federal appointments process* cit., p. 1692 s.

mento al potere presidenziale di scelta<sup>36</sup>. La dottrina americana utilizza il termine *senatorial courtesy* in tre diverse accezioni: se ne parla o in riferimento alla deferenza che i senatori tributano ai loro colleghi quando devono confermare le nomine che li riguardano; oppure con riguardo alle consultazioni che il Presidente, prima di fare la sua proposta al Senato, rivolge ad alcuni senatori in considerazione della loro esperienza tecnica o dei particolari interessi che vantano in un certo settore; oppure, nell'ultimo significato, i senatori consultati dal Presidente sono i due rappresentanti al Senato federale dello Stato dell'Unione nel quale il nominato dovrà esercitare il suo ufficio<sup>37</sup>. Come si dirà la *senatorial courtesy*, intesa nel suo terzo significato, viene seguita anche e soprattutto nelle nomine nelle sedi giudiziarie federali, dove riceve una sorta di formalizzazione procedurale<sup>38</sup>; per le nomine dei funzionari dell'esecutivo, invece, il Presidente normalmente tiene conto solo delle indicazioni dei senatori del suo stesso partito e specularmente il Senato manifesta un'aspettativa di “cortesia”, da parte del Presidente, contenuta entro questi limiti.

In definitiva, il sistema di nomina dei membri del governo nell'ordinamento presidenziale nordamericano, messo a confronto con quello in genere seguito nelle forme di governo parlamentari, sembra recare un paradosso: le conseguenze dell'*advice and consent* sono certamente poca cosa se paragonate col forte condizionamento nella formazione del governo esercitato dai Parlamenti che dispongono del potere di dare la fiducia al *Premier*. È però vero, d'altronde, che il Senato federale deve dare il suo consenso al Presidente tutte le volte in cui si deve procedere ad una nuova nomina, anche in sostituzione di quelle già fatte; viceversa, accade talvolta che gli avvicendamenti nelle cariche ministeriali dei governi parlamentari (per non parlare delle modifiche nei posti di sottosegretario) avvengano senza essere nemmeno formalizzate con un passaggio in Parlamento, il cui consenso, dunque, risulta presunto. Nella nostra esperienza, per esempio, ciò è di fatto

---

<sup>36</sup> Mentre incide poco, anche se è un fattore che tende comunque ad essere considerato, nel caso delle nomine ministeriali (v. D'ONOFRIO F., *La posizione dei ministri nel sistema di governo degli Stati Uniti* cit, p. 146; LUCARELLI A., *Teorie del Presidenzialismo. Fondamento e modelli* cit., p.174).

<sup>37</sup> Per un'analisi del fenomeno della *senatorial courtesy* nella sua triplice accezione v. GHERHARDT M.J., *The Federal Appointments Process: a constitutional and historical Analysis*, Duke University Press, 2000, p. 143 s.

<sup>38</sup> V. *infra* la procedura delle *blue slips* per la raccolta del parere dei senatori dello Stato interessato dalla nomina.

qualche volta accaduto anche quando le modifiche avevano assunto le dimensioni di un vero e proprio rimpasto.

La distinzione dei ruoli istituzionali così forte nel sistema americano, ma soprattutto la consapevolezza di tale distinzione da parte degli eletti di entrambi gli organi, li porta ad una stretta osservanza delle procedure costituzionali, che sono poi i “luoghi” ideali dove ciascuno può esprimere i propri interessi nella giusta misura (e così avviene che il *self restraint* del Senato federale sia maggiormente praticato rispetto alle nomine ministeriali di quanto non accada per quelle dei *sub cabinets*); la naturale commistione fra Parlamento e governo che si genera nella forma di governo parlamentare, invece, comporta che qualche volta gli organi “bistrattino” le forme costituzionali, correndo però il rischio che con le forme si perda anche la sostanza degli equilibri istituzionali.

I rapporti fra il Presidente e il Senato si complicano moltissimo quando, dalle cariche governative, si passa alle nomine dei giudici federali, e della Corte suprema in particolare. Come è stato osservato in dottrina, i costituenti americani hanno disegnato un procedimento di nomina che quasi propizia lo scontro, nell’intento ultimo di garantire designazioni meditate e ponderate<sup>39</sup>.

La prassi maturata, specie negli ultimi decenni del ‘900, con riferimento all’*Appointments Clause* dei giudici federali è fatta oggetto di

---

<sup>39</sup> “*Political conflict is the natural consequence of an appointment process that allocates power between two politically accountable actors: the President and the Senate. Many constitutional scholars recognize that the founders designed a process that included conflict in order to ensure appropriate consideration and evaluation of nominees. The accountability of the actors, the life tenure of the judges, and the polarizing nature of the issues all support the need for deliberation and debate over nominees*” (SHARP J.E., *Restoring the constitutional formula to the federal judicial appointment process: taking the vice out of “advice and consent”*, in *University of Arkansas at Little Rock Law Rev.*, 2004, p. 747 s., p. 768); “*The structure of the Constitution is plainly... designed to invite conflict... [It] pits Presidents and Senators against each other in the federal appointments process, and the framers fully expected (even hoped) conflicts would ensue from this design: Their expectation was that the checks and balances of the Constitution, including the distribution of authority on judicial appointments, were designed, in Madison’s famous phrasing, so that ‘ambition must be made to counteract ambition’. The framers viewed conflicts over appointments as inevitable and even desirable, as the branches each sought to aggrandize their respective powers at the expense of the other. The likelihood if not inevitability of friction would prevent one branch from becoming tyrannical*” (GEHRHARDT M.J., *Supreme Court selection as a war*, in *Drake University Law Review*, 2002, p. 393 s., p. 394).

molte critiche, anche di segno opposto fra loro. In generale si contesta al Senato di non aver correttamente interpretato il senso dell'*advice and consent* alle proposte di nomina del Presidente che riguardano i giudici. Parte della dottrina auspica un atteggiamento più “combattivo” e meno supino dell’organo legislativo nei confronti delle preferenze espresse dal Presidente. Altri ritengono, al contrario, che l’indagine alla quale sono sottoposti i candidati, da parte della commissione senatoriale nella sede delle *confirmation hearings*, dovrebbe essere depurata di ogni verifica di natura politica e riguardare le sole conoscenze giuridiche dei futuri giudici federali, in modo che la discrezionalità della scelta resti appannaggio del solo Presidente.

Si tratta di una prassi, in realtà, parzialmente diversa quando si devono nominare i giudici delle Corti distrettuali, delle Corti d’appello o i nove giudici della Corte suprema e che vede aumentare la dimensione dei problemi proporzionalmente all’importanza della nomina, così come anche diverso è conseguentemente il tenore delle critiche e delle proposte di riforma.

Va innanzi tutto osservato che sul dato costituzionale si sono accumulate una serie di regole procedurali che entrambi gli organi devono considerare, anche quando eventualmente decidono di disattendere. Si tratta di regole non scritte che provengono da comportamenti costanti che si sono sedimentati nel tempo, ingenerando aspettative reciproche da parte del Presidente e del Senato<sup>40</sup> e la cui osservanza condiziona il rendimento della procedura.

È evidente, ad esempio, che l’attività istruttoria che precede la proposta del Presidente può contribuire ad influenzare l’atteggiamento del Senato e a predisporre i suoi membri all’accettazione, quando questa fase viene gestita secondo criteri il più possibile oggettivi (compatibilmente con la natura politica del compito), mentre al contrario una sua gestione “solitaria” da parte del Presidente può incentivare comportamenti ostruzionistici. Così, la decisione assunta nel 2001 dal Pre-

---

<sup>40</sup> A proposito di queste regole non scritte che si formano nei rapporti fra istituzioni Gehrhardt propone alcune interessanti osservazioni (v. GEHRHARDT M.J., *Norm theory and the future of the federal appointments process* cit., nt. 3). L’autore recepisce la definizione dottrinale di norme sociali, utilizzata in dottrina per indicare quei comportamenti regolarmente seguiti dai privati nei loro rapporti, in assenza di norme formali, e che si distinguono dalle mere regolarità per il fatto che la loro violazione è disapprovata dalla collettività e sanzionata. Le norme istituzionali (così indica le regole seguite nella prassi dagli organi dello Stato) appartengono alla categoria delle norme sociali e la loro efficacia risiede nel fatto che esse condizionano davvero i rapporti fra i poteri costringendo o guidando la loro azione nelle aree di reciproca interferenza.

sidente Bush di non sentire più il parere dell'*American Bar Association*<sup>41</sup> avrebbe potuto rappresentare un “invito alla guerra”<sup>42</sup> per il Senato. L'ABA è infatti tuttora compresa nell'elenco dei soggetti presso i quali il *Senate Judiciary Committee* raccoglie notizie sui candidati, perché è accreditata come figura indipendente ed informata; il fatto invece che le nomine presidenziali non passino più attraverso la valutazione dell'Associazione le priva indubbiamente, agli occhi dei senatori, di un elemento di affidabilità<sup>43</sup>.

Le consultazioni presidenziali coinvolgono anche lo *staff* della Casa Bianca dove, a partire dalla presidenza Carter, è stata creata un'apposita commissione (la *United States Circuit Judge Nomination Commission*) con lo scopo di promuovere la nomina di candidati vicini alle minoranze e il più possibile *bipartisan*. La stessa commissione, invece, sotto la guida del Presidente Reagan è stata riformata allo scopo (opposto) di supportare il Presidente nella ricerca di personalità vicine alla sua sensibilità politica e concordi con le sue scelte ideologiche.

Più in generale va registrata la tendenza, messa in atto dai Presidenti repubblicani (Reagan, Bush *senior* e ancora Bush *junior*), ad e-

---

<sup>41</sup> L'*American Bar Association* è la più antica e la più importante associazione americana per le professioni legali. Raccoglie più di 400000 membri, non soltanto (anche se in prevalenza) avvocati ma anche giudici, funzionari dell'amministrazione giudiziaria, professori di diritto e studenti. All'associazione sono affiliate anche numerose associazioni minori. Ai soci l'ABA offre servizi per la formazione legale, l'aggiornamento legislativo e assistenza nell'esercizio della professione. L'associazione promuove una serie di attività aperte al pubblico (seminari, convegni, giornate di studio). Provvede inoltre a regolare l'esercizio della professione forense attraverso la compilazione di codici di comportamento e deontologici. Il sito *internet* dell'associazione è [www.abanet.org](http://www.abanet.org).

<sup>42</sup> La metafora del “Presidente guerriero” è tratta da GEHRHARDT M.J., *Supreme Court Selection as a War* cit., p. 399. Osserva l'autore: “*the warrior Presidents in American history tend to have one important thing in common – they deliberately enter into or invite heated conflicts over nominees for the sake of shaping or reshaping the basic norms or expectations in the process*”. Non sempre però atteggiamenti ostili hanno sortito l'effetto sperato (e cioè di cambiare il processo di nomina ottenendo comunque l'approvazione delle proprie candidature) e accanto a Presidenti che sono riusciti ad imporsi sul Senato, altri hanno dovuto rinunciare, non senza lasciare “sul campo” significative perdite in termini di prestigio e soprattutto di forza di persuasione dell'esecutivo.

<sup>43</sup> Su questa vicenda e sulle sue conseguenze nei rapporti fra Presidente e Senato v. SHARP J.E., *Restoring the constitutional formula to the federal judicial appointment process: taking the vice out of “advice and consent”* cit., p. 759 e GHERHARDT M.J., *Norm theory and the future of the federal appointments process* cit., p. 1712.

scudere soggetti esterni dalla fase di individuazione del candidato da proporre, come conseguenza dell’indisponibilità di questi Presidenti ad una qualsiasi forma di contrattazione preventiva in materia di nomine. Si tratta evidentemente di una scelta tattica condotta allo scopo di non indebolire in anticipo le proprie candidature<sup>44</sup>, specie quelle più controverse ed attaccabili, che in effetti è risultata vincente nei casi in cui il Senato non ha saputo opporsi con altrettanta veemenza. La dottrina, invece, va nella direzione opposta a quella imboccata dai Presidenti repubblicani e individua proprio in questa fase che precede la proposta formale, il momento più adatto per tentare un dialogo fra le parti<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> In periodi di governo diviso, dove ogni questione rischia di venire esasperata o caricarsi di significati ideologici, può essere difficile per i protagonisti delle istituzioni scegliere il giusto atteggiamento da tenere per stemperare le asperità e perseguire i risultati promessi al corpo elettorale. La distanza delle posizioni iniziali suggerisce, ovviamente, di essere concilianti, ma questa strategia può anche rivelarsi controproducente se non viene accompagnata da una certa dose di fermezza. E’ emblematico, a questo proposito, l’esempio del Presidente Clinton, la cui debolezza sul fronte delle nomine giudiziali venne immediatamente sfruttata dai senatori, in maggioranza repubblicani, per bloccare i procedimenti di nomina iniziati dal Presidente e richiamare l’attenzione dell’opinione pubblica sulla sua incapacità di portarli a termine. Se l’intento dichiarato di Clinton era quello di depurare il più possibile il meccanismo di selezione dei giudici da valutazioni di politica contingente (intento espresso bene dalle parole di un membro dello *staff* del Presidente “*there are a couple of cases in which we decided that even if we thought we had a shot at winning a fight ... that it was not worth the time and resources*”) egli avrebbe probabilmente dovuto impiegare l’energia non profusa nella “battaglia” sulle singole nomine per “battersi”, nel suo intento *bipartisan*, contro l’opposizione repubblicana.

<sup>45</sup> Secondo Strauss e Sunstein la Costituzione federale imporrebbe un obbligo di consultazione preventiva tra Presidente e Senato, perché non si limita a prevedere il necessario consenso (*consent*) dell’organo legislativo alla nomina, ma nella stessa formula richiede anche di raccogliergli il parere (*advice*). La formula normativa sembra conferire autonomia al momento consultivo rispetto a quello deliberativo e suggerisce un’interpretazione della procedura di nomina secondo la quale il Senato entra col suo potere interferente in tutte le fasi che precedono l’investitura finale (v. STRAUSS D.A.-SUNSTEIN C.R., *The Senate, the Constitution and the confirmation process*, in *Yale Law Journal*, 1992, p. 1491 s.). In risposta a questa ricostruzione della norma costituzionale, McGinnis ne propone un’altra che è invece piuttosto mortificante del ruolo del Senato. A suo avviso l’espressione *advice* accanto al termine *consent* starebbe ad indicare che il consenso dato dal Senato alla proposta presidenziale è *advisory*, non vincola cioè il Presidente a confermare con la nomina il candidato a suo tempo proposto, ma lo lascia libero di uniformarsi ovvero di cambiare idea, facendo una nuova proposta all’organo legislativo (cfr. MCGINNIS J.O., *The President, the Senate,*

Uno dei limiti che contribuiscono a contenere l'esorbitanza presidenziale proviene ancora una volta dalla prassi e consiste nella regola, già incontrata a proposito dei funzionari federali, della *senatorial courtesy*. Il fatto di doversi confrontare con un Senato compatto e solidale con i senatori particolarmente interessati di volta in volta all'esito della procedura, in ragione della loro provenienza dallo Stato dell'Unione nel quale il nominato dovrà svolgere la sua attività o dal quale proviene (per i giudici della Corte suprema), qualche volta ha persino spinto i Presidenti, prima ancora di formulare qualsiasi proposta, ad invitare i rappresentanti di quello Stato ad esprimere le loro preferenze<sup>46</sup>. In questo modo la *senatorial courtesy* ha operato come stimolo effettivo a quella consultazione preventiva fra Presidente e Senato (anche se solo nei confronti di una sua piccola rappresentanza) che il testo costituzionale da solo, al di là degli auspici della dottrina, non è riuscito (finora) ad incentivare<sup>47</sup>.

Sul fronte interno delle procedure parlamentari la *senatorial courtesy* è stata formalizzata attraverso il metodo delle *blue slips*: il *chairman* della Commissione giustizia del Senato, non appena riceve la proposta di nomina da parte del Presidente, invia un modulo ai senatori rappresentanti dello Stato interessato<sup>48</sup> affinché esprimano il proprio parere. Quando questo è negativo e la nomina riguarda un giudice di una Corte distrettuale, la procedura si arresta e la proposta viene

---

*the Constitution, and the confirmation process: A reply to professors Strauss and Sunstein*, in *Texas Law Review*, 1993, p. 633 s.).

<sup>46</sup> Una procedura seguita, tra l'altro, sia da Presidenti democratici come Jimmy Carter, che repubblicani come Ronald Reagan.

<sup>47</sup> Se il rispetto della regola della *senatorial courtesy* non dà, di per sé, alcuna garanzia di riuscita, è altrettanto vero, però, che in situazioni di conflitto già in atto, disattenderla da parte dei Presidenti, anche nella forma minima della consultazione "di mera cortesia", alla quale non segua cioè un vincolo effettivo nella scelta, può risultare controproducente. Il caso della bocciatura di Ronnie White proposto da Clinton per la Corte distrettuale del Missouri, senza prima consultare i due senatori dello Stato è emblematico al riguardo. V. a questo proposito le osservazioni di GERHARDT M.J., *Norm theory and the future of the federal appointments process* cit., p. 1709: "To be sure, senatorial courtesy is not a panacea; it certainly has not prevented senators or interest groups from zealously opposing some of their colleagues' preferred judicial nominees. Yet, presidents often can foresee such opposition, as President Clinton surely should have foreseen the error of refusing to consult with either of Missouri's two Republican senators prior to nominating Justice White. It is safe to say such refusals are likely to exacerbate any tension or conflict that already exists between the President and Senate delegations over appointments matters".

<sup>48</sup> Il nome *blue slips* dato alla procedura deriva dal colore blu di questo modulo.

senz'altro respinta senza nemmeno passare all'Aula. L'importanza tributata dai senatori alla regola di cortesia verso i loro colleghi tende invece a diminuire nel caso di nomine alle *circuit courts*, che esercitano la loro giurisdizione sul territorio di diversi Stati<sup>49</sup>, e per le nomine alla Corte Suprema il parere dei due senatori dello Stato di provenienza del candidato è considerato soltanto come uno degli elementi informativi di cui si può ma non si deve necessariamente tenere conto<sup>50</sup>. In modo speculare diminuiscono gli sforzi del Presidente di assicurarsi il previo assenso di questi senatori alle proprie proposte.

Il fatto, del resto, che questa regola orienti, anche se con intensità diversa, la decisione del Senato non va necessariamente a svantaggio dei Presidenti, che invece possono qualche volta servirsene per superare il veto inizialmente opposto. Esempio, in questo senso, la vicenda che ha portato alla nomina di un giudice di origine afro-americana alla Corte d'appello del quarto circuito: la proposta di Clinton era aversata da un senatore del North Carolina (Jesse Helms), Stato compreso nel circuito. Con mossa astuta il Presidente Clinton propose il nome di Roger Gregory (proveniente dalla Stato della Virginia ed afro-americano) al termine del proprio mandato elettorale. Il suo successore nella carica presidenziale, George W. Bush, si trovò costretto a proporre lo stesso Gregory perché ora era il senatore della Virginia a richiederglielo. La legislatura volgeva al termine ed il senatore (repubblicano) pur non gradendo particolarmente Gregory temeva di inimicarsi l'elettorato afroamericano non sostenendo la sua candidatura, ancora pendente. La *senatorial courtesy* aveva perciò operato in due modi diversi (opposti): a vantaggio di Clinton, che giocando

---

<sup>49</sup> Va anche ricordato che le Corti d'appello sono giudici di ultima istanza per quei casi federali che non possono essere portati davanti alla Corte Suprema perché non sono assistiti dalla garanzia del certiorari. Sottolinea questo aspetto in relazione all'andamento del procedimento di nomina MAZZA M.J., *A new Look ad an Old Debate: Life Tenure and the Article III Judge*, in *Gonzaga Law Review*, 2003, p. 131 s.

<sup>50</sup> Un caso che rappresenta bene il variare dell'importanza della *senatorial courtesy* a seconda del livello gerarchico della nomina, è quello che ha riguardato l'*appointment* di Clarence Thomas. Quando venne proposto come giudice di Corte d'appello Clarence Thomas venne approvato a larghissima maggioranza, perché godeva dell'appoggio del senatore del Missouri John Danforth. Lo stesso perdurante sostegno da parte del senatore “territorialmente competente” non risparmiò a Thomas una nomina fra le più travagliate quando il suo nome venne proposto per ciroprire la carica di giudice alla Corte suprema. In quella occasione il Senato approvò la sua nomina solo all'esito di una battaglia parlamentare durissima e discutibile (nei contenuti) con un risultato di 52 a 48 che rappresenta un *record* negativo nella storia delle nomine all'organo giudiziario di vertice.

sulle scadenze elettorali della Presidenza e del Senato era riuscito a condizionare il parere dei senatori di riferimento vincendo le loro iniziali ostilità<sup>51</sup>; contro Bush, che avrebbe preferito la nomina di un giudice più conservatore, ma che non poté scegliere liberamente perché pressato dalle ferme parole di quegli stessi senatori: “*when two senators take the initiative as we have done, despite the unusual nominating process, I am confident the President will accede to our wishes*”.

La bassa incidenza della *senatorial courtesy*, l’assenza di canali istituzionali alternativi di raccordo, la regola interna al Senato che impone la maggioranza dei 2/3, non richiesta però dal testo costituzionale, per *approvare* la proposta del Presidente<sup>52</sup>, sono tutti fattori che

---

<sup>51</sup> Mentre utilizzava la regola della *senatorial courtesy* a suo favore, Clinton violava però la regola secondo la quale i Presidenti non possono procedere a nuove nomine quando il loro mandato è in scadenza, per non condizionare le successive amministrazioni (c.d. *recess appointments*). In argomento v. FISHER L., *Constitutional Conflicts between Congress and the President*, cit., p. 46 s.

<sup>52</sup> La maggioranza qualificata dei 2/3 è invece imposta, oltre che per superare il veto del Presidente alle leggi, anche per l’approvazione dei trattati internazionali, una materia nella quale il Senato è costituzionalmente investito di un potere di opposizione alle funzioni presidenziali del tutto analogo a quello sulle nomine. Secondo McGinnis, il fatto che per la Costituzione una semplice maggioranza dentro il Senato sia sufficiente per approvare le nomine del Presidente significa, implicitamente, che la posizione del Presidente e del Senato nel procedimento di nomina non sono uguali, ma che il potere è del Presidente, che la minoranza del Senato non può contrastarlo e che la maggioranza, di conseguenza, può opporsi solo per ragioni serie. Scrive infatti l’autore: “*Moreover, the President’s advantage in the process is a considered feature of the Framers’ design: they knew how to create a process by which the power of the Executive and the Senate would be rendered more equal. Because of their substantial fear of foreign entanglements, for instance, they required a two-thirds majority of the Senate to ratify treaties before they become the law of the land*” (cfr. MCGINNIS J.O., *The President, the Senate, the Constitution, and the Confirmation Process: A Reply to Professors Strauss and Sunstein* cit., p. 657). All’opposto, Strauss e Sunstein, dopo aver ricostruito storicamente i passaggi che portarono la Convenzione ad approvare l’*Appointing clause* nell’attuale formulazione, individuano nella scelta dei costituenti una chiara preferenza a favore di una procedura equamente divisa fra i due organi politici di vertice. Essi ricordano infatti che Madison aveva proposto di inserire la regola dei due terzi anche per le nomine, ma tale maggioranza qualificata sarebbe stata necessaria, nel suo disegno, non per approvare le candidature presidenziali, bensì per respingerle, rendendo perciò più gravoso l’utilizzo da parte del Senato del suo potere di veto. La scelta finale di far approvare le nomine dalla maggioranza dell’assemblea parlamentare rappresenta infatti insieme anche la scelta di consentire alla stessa semplice maggioranza di rigettarle (v. . STRAUSS D.A.-SUNSTEIN C.R., *The Senate, the Constitution and the Confirmation Process* cit., p. 1498). Tra l’altro, come si ricorda nel testo, la prassi seguita al Senato equipara il voto sulle nomine alla maggioranza ri-

contribuiscono ad intricare la procedura per la nomina dei giudici alla Corte Suprema, che già soffre di una sua complessità ontologica data dal fatto che tanto il Presidente che il Senato hanno un evidente interesse ad incidere sulla composizione della Corte.

Molto discusso è, come si è detto all’inizio, l’utilizzo delle *hearings* da parte del Senato: quali domande possono fare i senatori della Commissione ai candidati? Possono indagare sulle loro preferenze ideali riguardanti temi cruciali come l’aborto, le azioni positive, la discriminazione razziale? Possono occuparsi di come gli aspiranti magistrati alla Corte Suprema ritengano debba essere il ruolo della Corte e come intenderanno conseguentemente esercitare la funzione giudiziaria? Non si dubita infatti che tutte queste valutazioni il Presidente possa o addirittura debba farle<sup>53</sup>, ma quando si considera la posizione del Senato nella procedura non c’è altrettanta omogeneità di vedute.

A prescindere dal senso che si vuole anettere all’*advice and consent*, bisogna in ogni caso riconoscere che le audizioni dei candidati alla Corte Suprema rappresentano un momento molto delicato nella vita costituzionale degli Stati Uniti. Esse godono ma insieme anche sopportano la pubblicità che all’evento viene data dai *media*, un dato che va certamente tenuto presente. L’ossessiva ricerca da parte degli avversari del Presidente che siedono in Senato degli elementi di debolezza che possono far vacillare il suo candidato, rischiano di screditare i futuri giudici supremi ingenerando nell’opinione pubblica la convinzione di una Corte ideologizzata e faziosa. E’ giudizio unanime che il pessimo spettacolo offerto alla nazione dal caso Bork abbia insieme reso un pessimo servizio alla Corte Suprema e quindi di conseguenza

---

chiesta per approvare i trattati, e quindi rimette anche in questo caso nelle mani di un terzo dei senatori il potere di contrastare il Presidente.

<sup>53</sup> Il Presidente è “*under a constitutional obligation to nominate an individual who he believes will interpret the Constitution in a manner that generally accords with his view of its lawful construction*” (MCGINNIS J.O., *The President, the Senate, the Constitution, and the Confirmation Process: A Reply to Professors Strauss and Sunstein* cit., p. 647); “*Presidential administrations have recognized the potential for policy reform through the judiciary and have consistently sought to use the judiciary as an instrument of power and a way to ensure a president’s legacy*” (SHARP J.E., *Restoring the Constitutional Formula to the Federal Judicial Appointment Process: taking the Vice Out of “Advice and Consent”* cit., p. 765); “*We do not think that it is unconstitutional for a President to seek, as recent Presidents have often sought, to nominate people whose jurisprudential or ideological views agree with the President’s*” (STRAUSS D.A.-SUNSTEIN C.R., *On Truisms and Constitutional Obligations: a Response*, in *Texas Law Review*, 1993, p. 669 s., p.674);

all'intero sistema costituzionale nordamericano che nella stessa Corte ha il suo organo "di chiusura"<sup>54</sup>.

La reazione conseguente ha portato all'appannamento delle *hearings* dalle quali sono state bandite domande riguardanti la disponibilità dell'esaminato ad un'eventuale *overruling* delle decisioni più controverse della Corte o concernenti le sue convinzioni ideali su questioni costituzionali fondamentali: il Senato sembra aver fatto proprio il motto di Bush *senior* per cui la domanda che si vorrebbe fare è proprio quella che non va mai chiesta<sup>55</sup>. I candidati, a loro volta, tendono a dare risposte evasive che giustificano in nome della necessità di salvaguardare la loro futura posizione di giudici supremi. I Presidenti, infine, sono inclini a scegliere persone comunque vicine al loro pensiero ma dal passato anonimo, per evitare che la Commissione senatoriale riesca a procurarsi attraverso le pubblicazioni o le dichiarazioni fatte in passato dai candidati quelle informazioni sul loro orientamento che non sono potute emergere durante l'interrogatorio.

Tutto ciò ha prodotto, come risultato, che anche in periodi di governo diviso il Senato ha sempre approvato le nomine presidenziali e all'interno della Corte suprema si è formata un'omogeneità di pensiero non consona, in realtà, con la spaccatura ideale del Paese che il diverso colore politico delle istituzioni testimonia e dovrebbe coerentemente rappresentare.

Probabilmente ha ragione chi ritiene che questo atteggiamento rinunciatario del Senato è il frutto di un malinteso senso di collaborazione che, se è nella logica di un potere condiviso come quello di nomina dei giudici della Corte suprema, non va confuso con la rinuncia

---

<sup>54</sup> Sulla vicenda del veto alla nomina da parte del Presidente Reagan di Robert Bork alla Corte Suprema e sulle sue conseguenze v. BRONNER E., *Battle for Justice: How the Bork nomination shook America*, New York, 1989; FOLEY M.- OWENS J.E., *Congress and the presidency. Institutional politics in a separated system* cit., p. 356 s.

<sup>55</sup> Avviene così che per sottrarsi alla nomina di candidati politicamente inaccettabili, senza violare la convenzione secondo la quale nelle audizioni ai giudici non può entrare la politica, l'indagine della Commissione ha talvolta deviato dall'aspetto professionale (che è anche, si passi la ripetizione, politico) della loro vita a quello privato, alla ricerca di elementi che possano gettare discredito sulla loro figura e portare alla bocciatura. E' evidente, però, che le istituzioni non danno buona prova di sé e rischiano di compromettere l'intero sistema quando mascherano le questioni politiche come questioni morali. V. a questo proposito il caso, già citato, del giudice Clarence Thomas (che presenta tra l'altro una straordinaria somiglianza con il caso di *impeachment* del Presidente Clinton) raccontato criticamente da FOLEY M.- OWENS J.E., *Congress and the presidency. Institutional politics in a separated system* cit., p. 360 s.

aprioristica alla difesa delle proprie prerogative. L’obiettivo di assicurare alla Corte in tempi ragionevoli la copertura dei posti rimasti vacanti<sup>56</sup> e di non pregiudicare con test ideologici sui candidati il prestigio e l’indipendenza dell’organo, non può essere solo del Senato (specie quando esprime una maggioranza politica diversa da quella che ha conquistato la Presidenza) perché va da sé che la collaborazione che la Costituzione richiede non può essere a senso unico.

### 3. Prime valutazioni sulla collaborazione istituzionale nel sistema nordamericano dei *three co-equal branches*

La dottrina italiana si richiama alla separazione dei poteri soprattutto per cercare di rispondere al dilemma di fondo del rapporto fra politica e diritto e dunque fra organi del potere politico considerati nella loro sostanziale unità, di fatto presupposta nella forma di governo parlamentare, e organi del potere giudiziario<sup>57</sup>. A fare da ponte fra le due “sponde” dell’ordinamento, si inserisce la Corte costituzionale<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> Il *Chief Justice* della Corte suprema William Rhenquist si è espresso in due successive occasioni ufficiali (si trattava delle relazioni di fine anno sull’operato della Corte pronunciate nel 1997 e nel 2001) a proposito della necessità di provvedere tempestivamente al ripristino del *plenum* della Corte, criticando i due organi competenti per la loro inadempienza e invitandoli a trovare un doveroso accordo.

<sup>57</sup> Cfr. BARTOLE S., *Autonomia e indipendenza dell’ordine giudiziario*, Padova, 1964; SILVESTRI G., *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997; MENEGHELLI R., *La funzione del giudice e il principio della divisione dei poteri*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 3223 s.; BIN R., *Ragionevolezza e divisione dei poteri* (Relazione al Convegno di Catanzaro sul tema “La ragionevolezza nel diritto”, Catanzaro, 1 dicembre 2000), in *Diritto e questioni pubbliche*, n. 2/2002.

<sup>58</sup> Sul ruolo di mediazione svolto dalla Corte fra il potere politico e il potere giudiziario v. fra gli altri, BARTOLE S., *Corte costituzionale e razionalizzazione del sistema dei poteri*, in *Pol. del dir.*, 1978, p. 635 s.; ID., *Corte costituzionale e magistratura*, Bologna, 1978; ID., *La Corte e i poteri*, in L. CARLASSARE, *Il diritto costituzionale a duecento anni dall’istituzione della prima cattedra in Europa*, Torino, 1998.; ANZON A. (a cura di), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Torino, 1993; CHELI E., *Il giudice delle leggi: la Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna, 1996; BIN R., *L’ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, 1996; PISANESCHI A., *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato. Presupposti e processo*, Milano, 1992; VERONESI P., *I poteri davanti alla Corte. “Cattivo uso” del potere e sindacato costituzionale*, Milano, 1999; BINDI E.-PERINI M. (a cura di), *Recenti tendenze in materia di conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, Milano, 2003.

Nel contesto di una forma di governo presidenziale, invece, non si confrontano soltanto gli organi del potere politico con il potere giudiziario, ma gli stessi organi di indirizzo politico fra loro. Presidente e Congresso devono agire di concerto, tendere all'unità, ma anche poter utilizzare delle proprie competenze, anche quelle che si oppongono alle competenze altrui, e dunque possono (talvolta devono) essere di ostacolo al pieno e coerente dispiegarsi dell'attività di indirizzo politico.

Il rischio più grave che incontra questo ordinamento che distribuisce competenze e controlli, non è tanto quello che un potere prevalga sull'altro, ma piuttosto che il sistema collassi o che, per evitarlo, gli organi siano costretti a cedere di fatto le loro competenze o a rinunciare ad esercitare la loro attività di controllo pur di salvaguardare l'armonia complessiva e la funzionalità dell'ordinamento. Lo si è visto analizzando i rapporti tra Senato e Presidente in materia di nomine dei giudici federali. Ed è interessante osservare come gli studiosi abbiano cercato di trovare nell'ordinamento vincoli giuridici che "costringano" i soggetti (del potere politico) alla collaborazione quando i reciproci *checks* non riescono a portare il sistema in equilibrio (perché è un equilibrio ottenuto nell'autolimitazione di qualche organo) o, peggio, l'equilibrio c'è ma è, per così dire, statico e l'azione di governo confusa, perché i soggetti del rapporto usano i *checks* per praticare un ostruzionismo sistematico.

Così, per esempio, è stato sostenuto in dottrina che il Presidente ha un obbligo di consultazione preventiva nei confronti del Congresso, con riferimento all'esercizio del potere di veto delle leggi, non potendo egli limitarsi ad attendere passivamente il passaggio di un *bill* che non condivide per poi bocciarlo al momento della firma. Il Presidente deve segnalare al legislatore, in fase di elaborazione del testo legislativo, quali sono gli emendamenti che ritiene necessari, per trovare un accomodamento, se possibile, prima dell'approvazione finale e far sì che il Congresso debba tornare a pronunciarsi sull'atto solo quando ciò sia inevitabile. O ancora, si richiede che il Presidente verifichi la posizione del Senato sui candidati alla nomina prima di formalizzare la propria proposta.

Doveri che si iscrivono, secondo questa dottrina, nel più generale obbligo "*to make the Constitution a workable scheme*"; ma si osserva

anche che “*whether this [duty] is characterized as a duty of ‘comity’, or instead as a ‘constitutional obligation’ doesn’t really matter*”<sup>59</sup>.

Una conclusione che non convince, perché in verità il nodo della questione (e la sua difficoltà) sta proprio nello stabilire, rispetto a questi “obblighi”, il confine tra ciò che è diritto e ciò che non lo è o non lo è ancora.

L’elemento distintivo potrebbe essere rinvenuto nel fatto che la violazione del dovere di collaborare, nella singola circostanza, contrasta con una prassi consolidata alla quale l’organo ad un certo punto immotivatamente e unilateralmente si è sottratto. Ma anche così l’operazione non si può dire semplificata: se una costante comportamentale debba leggersi come mera prassi, o sia una regola di correttezza, o invece abbia dato luogo ad una convenzione o ad una consuetudine costituzionale è una valutazione sempre molto opinabile, così come c’è molta confusione in dottrina su quali debbano essere le conseguenze giuridiche della violazione di queste “regole” e soprattutto se tale violazione possa essere portata alla cognizione del giudice e giudizialmente sanzionata<sup>60</sup>. Le norme che scaturiscono dalle fonti fatte sono soggette ad una sorta di perenne verifica nel fatto stesso, e quando la regolarità è interrotta, questo incide direttamente anche sulla cogenza della regola. Cogenza che può essere riaffermata giudizialmente, ma è evidente che quando sono i comportamenti degli organi costituzionali a discostarsi dalla prassi l’intervento delle corti,

---

<sup>59</sup> STRAUSS D.A.-SUNSTEIN C.R., *On truisms and constitutional obligations* cit., p. 672.

<sup>60</sup> Per la dottrina italiana, in argomento, v. TREVES G., *Convenzioni costituzionali*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. X, Milano, p. 524 s.; Id., *Correttezza costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IX, Milano, p. 716; ZAGREBELSKY G., *Correttezza costituzionale*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. IX, Roma, 1988; Id., *Convenzioni costituzionali*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. IX, Roma, 1988; ROMANO S., *Correttezza costituzionale*, in *Scritti minori*, I, Rist. ed. 1950, Milano, 1990; ROSSANO C., *La consuetudine nel diritto costituzionale*, Napoli, 1975; BARTOLE S., *Costituzione materiale e ragionamento giuridico*, in AA.VV., *Scritti sulle fonti normative e altri temi di vario diritto*, Padova, 1985, p. 53 s.; CAMERLENGO Q., *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, Milano, 2002; ESPOSITO C., *Consuetudine (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IX, Milano, 1969, p. 456 s.; MOR G.F. (a cura di), *Norme di correttezza costituzionale, convenzioni ed indirizzo politico (Atti del convegno organizzato in ricordo del Prof. Paolo Biscaretti di Ruffia)*, Milano, 1999; RAZZANO G., *Il parametro delle norme non scritte nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2002.

anche della Corte suprema, non è semplice, può suscitare la reazione delle forze politiche, tende ad apparire “scorretto” e dunque illegittimo esso stesso.

L’esame del sistema nordamericano ha portato ad evidenziare come le convenzioni fra gli organi costituzionali di indirizzo riescano a stemperare il conflitto e a ridurre le forze centrifughe della separazione. Sono queste convenzioni che hanno permesso al sistema di funzionare sorretto da quella stessa struttura costituzionale che vollero i padri costituenti e che non è mai stata sostanzialmente modificata.

C’è un passaggio dell’audizione che Raymond Moley, professore di diritto pubblico, rese davanti alla commissione giustizia del Senato in occasione dell’esame del “*Court Packing Plan*” promosso da Roosevelt, che prospetta una soluzione interessante, la quale prescinde dal controllo giudiziale ed inquadra invece la questione sul piano dell’autocontrollo. Egli osserva: “*a custom has been established that fundamental changes should not be so attained – a custom of the Constitution, or a doctrine of political stare decisis, if you will, which is as binding upon public officials as a written provision of the Constitution itself... The maintenance of the custom of the Constitution is essential to the preservation of a stable Government under which people are able to plan their lives and direct their actions. It is true that the custom of the Constitution changes, but it changes slowly and its existence is an indispensable element in a democratic government*”<sup>61</sup>.

Nell’ordinamento nordamericano, un ordinamento di *common law*, il giurista è abituato a confidare nella stabilità e vincolatività del precedente giurisprudenziale. Il precedente, anche il più stabile e consolidato, potrebbe essere teoricamente cambiato dai giudici, *overruled*, ma ciò di fatto non è avvenuto che raramente, e i mutamenti sono sempre stati preannunciati dall’accumularsi di *concurring* o *dissenting opinions*. La dottrina tenta allora di utilizzare lo stesso principio dello *stare decisis* anche per vincolare gli organi politici al rispetto dei loro stessi precedenti: come per i giudici, anche per gli organi di indirizzo politico non è prudente interrompere una prassi costantemente seguita per ottenere “di prepotenza” un risultato immediato perché rischiano

---

<sup>61</sup> *Reorganizing the Federal Judiciary. Hearings on S. 1392 before the Committee on the Judiciary of the U.S. Senate, 75<sup>th</sup>. Congress 539 (1937). Dichiarazioni di Raymond Moley.*

così di delegittimarsi e di rendere assai complicato il perseguimento di futuri risultati<sup>62</sup>.

In effetti, l’analisi della giurisprudenza della Corte suprema relativa alla separazione dei poteri mette in luce un dato che prevale sugli altri, e cioè che le controversie relative alle competenze fra gli organi sono relativamente poche. È vero che la Corte suprema può selezionare i casi dei quali occuparsi, ma se non li prende in considerazione è perché non ritiene necessario aggiungere altre decisioni a quelle già pronunciate e che dunque hanno sufficientemente chiarito quali siano le *rationes decidendi* che i giudici inferiori devono seguire applicando la dottrina della separazione dei poteri. Fra queste *rationes*, ci sono anche quelle che escludono la competenza giurisdizionale sui conflitti di competenza, attraverso l’utilizzo delle *avoidance techniques* o perché si tratta di *political questions*, così che i giudici non possono entrare nel merito della questione e rinviando le parti alle decisioni della politica.

Questo dato statistico è anche la conseguenza, però, di un’oggettiva bassa conflittualità nei rapporti fra gli organi costituzionali dell’ordinamento federale nordamericano ed è il segnale che il *political stare decisis* non è solo un’astratta teorizzazione dottrinale ma opera effettivamente: un sistema (che ci appare) così rigidamente separato non potrebbe davvero funzionare se non fosse supportato da re-

---

<sup>62</sup> V. GEYH G.C., *Courts, Congress, and the constitutional politics of interbranch restraint*, in 87 *Georgetown Law Journal*, 1988, p. 243 s., che afferma, in riferimento alla necessità di vincolare, nello specifico, il Congresso al rispetto dei suoi precedenti in materia di giustizia: “because we are talking about overturning constitutional precedent, there are **additional concerns** associated with reversing course that are inapplicable to simple changes in public policy” e che se ciò non significa richiedere “slavish obedience to congressionally generated constitutional precedent”, in ogni caso suggerisce “that before departing from longstanding precedent, Congress ought to balance the need for and benefits of doing so against the costs to its own legitimacy and to the stability of both the judiciary and the courts-Congress relationship”. Conclude perciò osservando che: “the time has come to develop a general theory of congressional constitutionalism, to structure and stabilize congressional constitutional precedent. When Congress’s role in this regard is more fully understood and appreciated, it should become apparent that the **spirit of comity, restraint and interbranch deference ... is more than good policy that Congress is free to take or leave at the drop of a hat. It is a matter of constitutional principle established by longstanding congressional precedent that ought to be as much as a part of our constitutional understanding as the landmark cases of the United States Supreme Court**”. Dello stesso autore, in argomento, v. anche GEYH G.C., *Judicial independence, judicial accountability and the role of constitutional norms in congressional regulations of the courts*, in 78 *Indiana Law Journal*, 2003, p.153 s.

gole convenzionali, dalle quali ciascuno riceve e concede lo spazio che è ritenuto giusto, alla luce della complessiva e mutevole situazione politica nella quale gli organi sono immersi. Lo scontro istituzionale è quindi in molti casi evitato, aggirato o risolto al di fuori delle aule di giustizia, attraverso il compromesso che gli organi ricercano dialetticamente tra loro, sorretto da un profondo senso istituzionale (la *c.d. comity*).

Per i casi nei quali interviene il giudice a decidere le controversie fra gli organi di indirizzo in materia di separazione dei poteri, infine, ancora una volta la struttura costituzionale della forma di governo nordamericana viene in soccorso con le sue caratteristiche peculiari: in un sistema che si regge su tre “pilastri” sostanzialmente indipendenti, sebbene intersecati, un organo che agisca fuori della sua sfera di competenza o tenti di utilizzare le sue attribuzioni per indebolire l’altro, può subire una reazione istituzionale che proviene da due fronti, quello politico e quello giudiziale. Il giudice, tendenzialmente, non resta perciò da solo a fronteggiare il potere politico, ma può di regola avvantaggiarsi, anche in situazioni di crisi, del sostegno di almeno uno dei due “pilastri” della forma di governo presidenziale.

Anche nell’ordinamento nordamericano, tuttavia, il rapporto fra giudici e potere politico si complica quando le controversie istituzionali chiamano in causa il potere giudiziario non come arbitro dei conflitti costituzionali fra soggetti politici, ma come protagonista, parte in causa dei conflitti stessi contro il potere politico. Si è detto fin dall’inizio di questo lavoro che, a differenza di quanto avviene nei rapporti fra il legislativo e l’esecutivo, con riferimento al potere giudiziario la Costituzione nordamericana non crea competenze condivise, ma l’esercizio del potere politico e quello esercitato dalle corti federali si sviluppano su binari paralleli.

Le interferenze esistono in realtà ma sono profondamente diverse rispetto a quelle che si sviluppano tra Congresso e Presidente: il legame esistente tra giudici federali e potere politico, come si è già osservato, riguarda la “conformazione” soggettiva e strutturale dell’ordine giudiziario, dalle nomine, alle progressioni in carriera, alla possibilità di *impeachment* (per quanto riguarda lo *status* dei magistrati); e ancora, dalla dislocazione delle corti, all’ampiezza della loro giurisdizione, alla configurazione dell’apparato organizzativo e amministrativo di supporto del lavoro delle corti federali (per quanto riguarda l’aspetto strutturale).

Si è detto anche che i giudici, a loro volta, dando applicazione al diritto nei casi concreti, ed esercitando il *judicial review* sulle leggi, svolgono attività ontologicamente interferenti con quelle del Congresso e del Presidente, perché gli atti del potere politico, tanto esecutivo che legislativo, possono essere annullati dal giudice per difformità con la legge o la Costituzione.

È evidente, dunque, che anche su questo fronte l'organizzazione costituzionale fa in modo di creare reciproci *checks* e la finalità è pur sempre quella del *balancing*, l'equilibrio, la proporzione nell'apporto che ciascuno dei tre poteri deve dare all'insieme dell'azione pubblica. Ed è altrettanto necessario che, come nei rapporti fra Congresso e Presidente, anche in questo caso le istituzioni “si parlino”, per evitare che attraverso l'utilizzo dei meccanismi di controllo il sistema si inceppi e non riesca più a funzionare.

La dottrina nordamericana<sup>63</sup>, recentemente, ha cominciato ad interrogarsi su come migliorare i rapporti fra Congresso e corti federali e ha fornito ad entrambi alcuni suggerimenti per prevenire l'acutizzarsi di una conflittualità in verità sempre latente. Alcuni studi, in particolare, hanno messo in luce come il Congresso manifesti una certa insoddisfazione rispetto all'attività interpretativa dei giudici, che viene considerata troppo libera e dunque sostanzialmente irrispettosa della volontà politica del legislatore che si esprime nelle leggi.

Non sempre però, come noto, la libertà interpretativa praticata dai giudici è imputabile ai giudici stessi, dipendendo prevalentemente dall'oggettiva incertezza, incompletezza, oscurità del dato normativo che il giudice deve applicare. Uno dei suggerimenti della dottrina riguarda proprio la necessità che il Congresso curi maggiormente il *drafting* delle leggi, per facilitare la comprensione e dunque il rispetto delle sue scelte. Nella stessa prospettiva, viene segnalata l'esigenza di trovare canali di comunicazione tra corti e Congresso, per far conoscere al legislatore le difficoltà e le incertezze, comprese le eventuali lacune, che le leggi hanno mostrato nel momento applicativo. Alla segnalazione dovrebbe ovviamente seguire la presa in considerazione da parte del legislatore, che dovrebbe prestare un'adequata attenzione ai consigli e alle preoccupazioni espresse dagli operatori del diritto.

---

<sup>63</sup> V. specialmente lo studio di KATZMANN R.A., *Courts and Congress*, Washington D.C., 1997, sui rapporti tra Congresso e corti federali. Dello stesso autore, in argomento, v. KATZMANN R.A., *Bridging the statutory gulf between courts and congress: a challenge for positive political theory*, in *80 Georgetown Law Journal*, 1992, p. 653 s.

Ci si interroga inoltre sull'opportunità di creare sedi apposite dove legislatore e giudici, con l'intervento anche dell'esecutivo in qualità di mediatore, possano valutare costantemente il rendimento degli sforzi compiuti e, più in generale, lo stato delle loro reciproche relazioni. Questa proposta e quella ancor più discussa che vorrebbe promuovere il coinvolgimento diretto degli stessi giudici nella fase della legislazione, esperimento fino ad ora solo raramente tentato, suscitano perplessità per i riflessi che potrebbero avere in termini di indipendenza dei giudici coinvolti nel procedimento, i quali potrebbero sentirsi condizionati nell'esercizio delle loro funzioni giudicanti per le valutazioni espresse o i suggerimenti avanzati fuori delle aule di giustizia.

La separazione dei poteri richiede ai giudici di applicare le leggi e di non sostituirsi alla volontà del legislatore. Questo accade anche negli ordinamenti di *common law*, come quello nordamericano, dove pure si ammette che il precedente giurisprudenziale produce diritto, poiché ad esso i giudici si devono attenere nella logica dello *stare decisis*. Si è visto analizzando la giurisprudenza della Corte suprema come la separazione dei poteri sia **qualche volta regola del giudizio**, quando si tratta di risolvere questioni di competenza costituzionale; ma essa è **sempre principio immanente** nell'operazione interpretativa affidata al giudice, è una delle regole ermeneutiche che il giudice deve necessariamente applicare nell'attività di definizione delle norme. Nel leggere le disposizioni per trarne le norme per il caso concreto, infatti, l'autorità giudiziaria deve in primo luogo **interpretare** correttamente **il proprio ruolo** per non sovrapporre le sue decisioni a quelle degli organi politici che l'hanno preceduta in quello che è stato chiamato il "ciclo del potere".

All'attivismo delle corti, il Congresso potrebbe rispondere minacciando la funzionalità o l'indipendenza del potere giudiziario. Il legislatore ha praticato complessivamente politiche quasi sempre in favore del giudiziario, ne ha incrementato l'autonomia delegandogli ampi poteri normativi in materia di procedure e se talvolta ha minacciato di usare il suo potere di modificare la giurisdizione o la configurazione delle corti per riuscire ad incidere sulle decisioni giudiziali, le riforme sono per lo più state dettate da altre ragioni e in genere per migliorare l'efficienza del sistema. In dottrina si parla di un *self restraint* praticato dal Congresso, che si autolimita e di fatto rispetta la posizione del giudiziario, ma conserva il potere di indebolirlo anche significativamente, se lo voglia. Come è stato osservato il Congresso può liberamente decidere, per esempio, "*how many federal courts and judges*

*the nation will have, and what jurisdiction they will exercise*<sup>64</sup>, dal momento che l’ *“interbranch restraint is solely a matter of public policy and not constitutional necessity”* e pertanto *“Congress is free to change course whenever it chooses”*<sup>65</sup>.

Il *self restraint*, si interroga la dottrina, è dovuto soltanto ad un senso di rispetto, di deferenza, di correttezza istituzionale, che potrebbe anche però venir meno senza che l’ordinamento predisponga alcuna sanzione?

In verità l’ordinamento nordamericano ha risposto al problema degli eventuali conflitti tra organi politici ed autorità giudiziaria ancora una volta affidandosi al bilanciamento dei poteri, rispetto al quale si deve aggiungere un’ultima notazione alle cose fin qui dette. Come Onida, se è il giudiziario a farsi pericoloso: *“il rimedio alle eventuali esorbitanze dei poteri di garanzia non può stare nell’indebolirne la funzione o nel ridurne la indipendenza... esso va cercato piuttosto nelle stesse potenzialità interne dei sistemi di garanzia, spesso affidati, come nel caso del potere giudiziario, ad una pluralità di organi e di istanze, secondo lo schema del potere diffuso”*<sup>66</sup>. Il potere giudiziario non è infatti concentrato, ma suddiviso al suo interno, ripartito fra più corti territorialmente competenti e il cui giudizio è sempre sottoposto alla verifica di altri giudici superiori a loro volta indipendenti. È un potere che nasce perciò già internamente limitato e bilanciato.

Ma la particolarità del sistema nordamericano è che persino il potere politico non si esprime con una sola voce, è invece anch’esso diviso al suo interno fra Presidente e Congresso e dunque a sua volta in un certo senso frantumato, limitato e bilanciato.

Un “doppio bilanciamento” che forse spiega perché la Corte suprema, pur richiamando qualche volta gli organi costituzionali alla reciproca collaborazione, non abbia finora avuto bisogno di utilizzare questo principio come regola accessoria al riparto delle competenze. Un’operazione ermeneutica che invece la Corte costituzionale italiana qualche volta ha compiuto, proprio per risolvere i sempre più nume-

---

<sup>64</sup> Dalla testimonianza del prof. J. Yoo davanti alla *Commission on separation of powers and judicial independence of the American Bar Association*, febbraio 1997.

<sup>65</sup> *Ibidem*.

<sup>66</sup> Dalla prolusione del Prof. Valerio Onida, Presidente della Corte costituzionale, all’inaugurazione dell’anno accademico 2004-2005 dell’Università degli Studi Roma Tre.

rosi conflitti di attribuzione fra organi politici e autorità giudiziaria<sup>67</sup>. Alla Corte suprema nordamericana sono viceversa “bastate” le norme costituzionali sul riparto delle funzioni per risolvere tutte le controversie in materia di competenze costituzionali che si sono analizzate e ciò è accaduto proprio in un ordinamento che, come si è detto, ha peraltro mostrato un’assoluta necessità di collaborazione istituzionale a tutti i livelli. “*Fra poteri politici e poteri di garanzia, in particolare poteri giudiziari*” osserva ancora Onida, “*la cifra dominante non è data tanto dalla collaborazione in senso stretto, quanto dalla distinzione dei compiti, dal reciproco rispetto e dalla reciproca lealtà*”<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> Sull’utilizzo del principio della leale collaborazione fra poteri dello Stato nella giurisprudenza della Corte costituzionale v. BARTOLE S., *Consiglio superiore della magistratura e Ministro della giustizia: bilanciamenti legislativi e bilanciamenti giudiziali*, in *Giur. cost.*, 2003, p. 3905 s.; BIN R., *Il principio di leale collaborazione nei rapporti fra i poteri*, in *Riv. dir. cost.*, 2001, p. 3 s.; BIN R., BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P., *Il “Caso Previti”. Funzione parlamentare e giurisdizione in conflitto davanti alla Corte*, Torino, 2000; BRUNELLI G., “Caso Previti”: ultimo atto (del conflitto), in *Giur. Cost.*, 2001, p. 2012 s.; CARIOLA A., *A proposito della sentenza sul conflitto di attribuzioni tra CSM e Ministro guardasigilli: questione giuridicizzata ma non spolicizzata*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 3044 s.; GIUPPONI T.E., *La Corte costituzionale giudice e “parte” in tema di segreto di Stato? Le sentt. nn. 110 e 410 del 1998*, in *Giur. cost.* 1999, p. 1226 s.; MAZZAROLLI L., *Conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato sulle competenze della Camera dei deputati circa gli atti di indagini preliminari compiuti dal giudice ordinario in materia di reati ministeriali*, in *Giur. Cost.*, 1994, p. 3595 s.; NOCILLA D., *Autonomia, coordinamento e leale collaborazione tra i due rami di un parlamento bicamerale*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1998, p. 935 s.; OLIMPIERI P., *Brevi note in tema di legittimazione al conflitto dei ministri e di principio di cooperazione fra poteri dello Stato*, in *Giur. cost.* 1995, p. 3227 s.; PEZZINI B., *Leale collaborazione tra ministro della giustizia e C.S.M. alla prova: chi controlla il concerto?*, in *Giur. cost.* 2003, p. 3911 s.; ROMBOLI R., *Conflitto tra Enti su atto giurisdizionale: le soluzioni della dottrina al vaglio della Corte costituzionale, nella perdurante latitanza del legislatore*, in *Le regioni*, 2000, p. 397 s.; PISANESCHI A., *Conflitto tra Collegio inquirente e Camera dei deputati e principio di “leale collaborazione”*, in *Giur. Cost.*, 1994, p. 3590 s.; SORRENTINO F., *Incertezze e contraddizioni del principio di leale collaborazione*, in *Giur. cost.*, 2003, p. 3909 s.; SICARDI S., *Il conflitto di attribuzione tra Consiglio superiore della Magistratura e Ministro della giustizia*, Torino, 1993; SPANGHER G., *Archiviazione e trasmissibilità al gip degli atti coperti dal segreto di Stato*, in *Giur. cost.* 2000, p. 3775 s.; *Id.*, *Funzione giurisdizionale e attività parlamentare alla ricerca di possibili contemperamenti*, in *Giur. Cost.* 2001, p. 2002 s.; VERONESI P., *Quando non può cambiare una prassi. Verso un nuovo conflitto per difetto di “leale collaborazione”?*, in BIN R., BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P., *Rogatorie internazionali e dintorni. La legge n. 367 del 2001 tra giudici e Corte costituzionale*, Torino, 2002; *Id.*, *Il “caso Cito”: funzione parlamentare e giurisdizionale (ancora) in conflitto*, in *Giur. Cost.*, 2002, p. 985 s.

<sup>68</sup> *Ibidem*.

L’ordinamento nordamericano ci consente di osservare che sono la separazione dei poteri combinata con i *checks and balances* a dare come risultante la leale collaborazione fra i poteri, la quale perciò non costituisce la premessa rispetto al riparto delle competenze operato dalla Costituzione.

Barberis parla del bilanciamento dei poteri come di un “**vincolo debole**” nel quale si può **sperare**<sup>69</sup>, senza alcuna certezza nel risultato. L’esperienza della consolidata democrazia nordamericana, pur con le sue inevitabili, periodiche ricalibrature del sistema politico, offre, al contrario, una lettura diversa del bilanciamento fra i poteri, quella cioè di una “felice” meta finale che si può raggiungere, pur con modalità differenti a seconda degli ordinamenti, solo attraverso la combinazione della separazione con la reciproca interferenza fra i poteri dello Stato e facendo prevalere, a seconda dei casi, ora l’una ora l’altra.

---

<sup>69</sup> BARBERIS M., *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell’interpretazione*, Relazione al Convegno annuale dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti 2004 sul tema *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*. Dopo aver messo a confronto e tentato di conciliare il principio della separazione dei poteri (del quale Barberis propone tre letture: la distinzione funzionale; il bilanciamento e la separazione dei poteri in senso stretto) con la teoria giusrealista dell’interpretazione (anch’essa suscettibile di tre letture, a seconda dello spazio di interpretazione - e di creazione di diritto - concesso al giudice: il giusliberismo, il giusrealismo radicale e il giusrealismo moderato) l’autore conclude osservando che “*l’antinomia fondamentale fra legalità e giustizia è in ultima istanza irriducibile: e qui, realisticamente, si può solo sperare – non sul self restraint dei giudici, bensì – su quel “vincolo debole” che è il bilanciamento dei poteri. Come continua a insegnarci Montesquieu, la libertà politica si ottiene solo a questo prezzo: non tanto limitando il potere, quanto bilanciando il potere*”.



## Bibliografia

ACKERMAN B., *La nuova separazione dei poteri. Presidenzialismo e sistemi democratici*, Roma, 2003

AMATO G., *Il dilemma del principio maggioritario*, in *Quaderni costituzionali*, 1994, p. 175

ANZON A. (a cura di), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Torino, 1993

ARCIDIACONO L., *La caratterizzazione dei poteri oltre la loro divisione nella esperienza costituzionale repubblicana*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Sebastiano Cassarino*, Padova, 2001, p. 47 s.

BALL H., *"We have a duty": the Supreme Court and the Watergate tapes litigation*, New York, 1990

BARBERIS M., *Divisione dei poteri e libertà da Montesquieu a Constant*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2001, p. 83 s.

BARBERIS M., *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti 2004 sul tema *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, Padova, 2004

BARTOLE S., *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova, 1964

BARTOLE S., *Consiglio superiore della magistratura e Ministro della giustizia: bilanciamenti legislativi e bilanciamenti giudiziari*, in *Giur. cost.*, 2003, p. 3905 s.

BARTOLE S., *Corte costituzionale e magistratura*, Bologna, 1978

BARTOLE S., *Corte costituzionale e razionalizzazione del sistema dei poteri*, in *Pol. del dir.*, 1978, p. 635 s.

BARTOLE S., *Costituzione materiale e ragionamento giuridico*, in AA.VV., *Scritti sulle fonti normative e altri temi di vario diritto*, Padova, 1985, p. 53 s.

BARTOLE S., *La Corte e i poteri*, in L. CARLASSARE, *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa*, Torino, 1998

BIN R., *Il principio di leale collaborazione nei rapporti fra i poteri*, in *Riv. dir. cost.*, 2001, p. 3 s.

BIN R., *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, 1996

BIN R., *Ragionevolezza e divisione dei poteri* (Relazione al Convegno di Catanzaro sul tema *La ragionevolezza nel diritto*, Catanzaro, 1 dicembre 2000), in *Diritto e questioni pubbliche*, n. 2/2002

BIN R., BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P., *Il "Caso Previti". Funzione parlamentare e giurisdizione in conflitto davanti alla Corte*, Torino, 2000

BINDI E.-PERINI M. (a cura di), *Recenti tendenze in materia di conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, Milano, 2003

BOGNETTI G., *La divisione dei poteri. Saggio di diritto comparato*, Milano, 2001

BONFIGLIO S., *Separazione dei poteri, forma di governo e sistema partitico. Note su alcune recenti elaborazioni della dottrina italiana*, in *Il politico*, 1992, p. 35 s.

BOVERO M., *La confusione dei poteri, oggi*, in *Teoria politica*, 1998, p. 3 s.

BREYER S., *The legislative veto after Chadha*, in *72 Georgetown Law Journal*, 1984, p. 785 s.

BRONNER E., *Battle for Justice: How the Bork nomination shook America*, New York, 1989

BRUNELLI G., "Caso Previti": *ultimo atto (del conflitto)*, in *Giur. Cost.*, 2001, p. 2012 s.

BURGER R., *The incarnation of executive privilege*, in *22 U.C.L.A. Law Review*, 1974

CARIOLA A., *A proposito della sentenza sul conflitto di attribuzioni tra CSM e Ministro guardasigilli: questione giuridicizzata ma non spolitizzata*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 3044 s.

CERETI C., *Separazione e integrazione dei poteri dello Stato*, in AA. VV., *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente*, Vallecchi ed., 1969, IV vol., p. 114 s.

CERRI A., *Poteri (divisione dei)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXIII, Roma, 1990

CHELI E., *Il giudice delle leggi: la Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna, 1996

CRISAFULLI V., *Alcune considerazioni sulla teoria degli organi dello Stato*, Modena, 1938

DE MARCO E., *Valore attuale del principio della divisione dei poteri*, in *Riv. amm. della Rep. it.*, 1996, p. 1247 s.

DERRICK B.C., *Stitching the hole in the President's pocket: a legislative solution to the pocket-veto controversy*, in 31 *Harvard Journal of Legislation*, 1993, p. 371 s.

DEVINS N.E., *In search of the lost chord: reflections on the 1996 Item veto Act*, in 47 *Case Western Reserve Law Review*, 1997, p. 1605 s.

DEVINS N.-FITTS M.A., *The triumph of timing: Raines v. Byrd and the modern Supreme Court's attempt to control constitutional confrontations*, in 86 *Georgetown Law Journal*, 1997, p. 351 s.

DI GIOVINE A., *Le tecniche del costituzionalismo del '900 per limitare la tirannide della maggioranza*, in BRAVO G.M. (a cura di), *La democrazia tra libertà e tirannide della maggioranza nell'Ottocento (Atti della X Giornata Luigi Firpo)*, Torino, 29-30 maggio 2003, Olschki, 2004

D'ONOFRIO F., *La posizione dei ministri nel sistema di governo degli Stati Uniti*, Napoli, 1966

ELIA L., *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, Milano, 1970, p. 634 s.

ELY D.J.H., *War and responsibility. Constitutional lessons of Vietnam and its aftermath*, Princeton, 1993

ESPOSITO C., *Consuetudine (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IX, Milano, 1969, p. 456 s.

FELLOWS J.B., *Congressional oversight through legislative veto after I.N.S. v. Chadha*, in 69 *Cornell Law Review*, 1984, p. 1244 s.

FERRARI G.F., *Separazione dei poteri e forma di governo nella recente giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti*, in *Jus*, 1984, p. 274 s.

FISHER L., *Constitutional conflicts between Congress and the President*, University Press of Kansas, 1991

FISHER L., *The pocket veto: its current status. Report for Congress*, Servizio di ricerca del Congresso, 2001

FITTS M.A., *Can ignorance be bliss: imperfect information as a positive influence in political institutions*, in 88 *Michigan Law Review*, 1990, p. 917 s.

FOLEY M.-OWENS J.E., *Congress and the presidency. Institutional politics in a separated system*, Manchester e New York, 1996

FRAU M.-GIACOBBE G., *Applicazione della legge penale e regole costituzionali. Un'introduzione*, Brescia, 2003

GAMBINO S. (a cura di), *La magistratura nello Stato costituzionale. Teorie ed esperienze a confronto*, Milano, 2004

GEHRHARDT M.J., *Supreme Court selection as a war*, in *Drake University Law Review*, 2002, p. 393 s.

GHERHARDT M.J., *The Federal Appointments Process: a constitutional and historical Analysis*, Duke University Press, 2000, p. 143 s.

GEYH G.C., *Courts, Congress, and the constitutional politics of interbranch restraint*, in *87 Georgetown Law Journal*, 1988, p. 243 s.

GEYH G.C., *Judicial independence, judicial accountability and the role of constitutional norms in congressional regulations of the courts*, in *78 Indiana Law Journal*, 2003, p.153 s.

GHERHARDT M.J., *Norm theory and future of the federal appointments process*, in *Duke Law Journal*, 2001, p. 1687 s.

GIUPPONI T.E., *La Corte costituzionale giudice e "parte" in tema di segreto di Stato? Le sentt. nn. 110 e 410 del 1998*, in *Giur. cost.* 1999, p. 1226 s.

GORLANI M., *Articolazioni territoriali dello Stato e dinamiche costituzionali*, Milano, 2004

GOTTLIEB C.R., *How standing has fallen: the need to separate constitutional and prudential concerns*, in *142 University of Pennsylvania Law Review*, 1994, p. 1063 s.

GUARNIERI C.-PEDERZOLI P., *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Bari, 2002

GUASTINI R., *Separazione dei poteri o divisione del potere?*, in *Teoria politica*, 1998, p. 25 s.

GWYN W., *The indeterminacy of the separation of powers and the federal courts*, in *57 George Washington Law Review*, 1989, p. 474 s.

HAMILTON A.-MADISON J.-JAY J., *Il Federalista*, (ed. originale New York-Mc. Lean, 1788), ed. italiana a cura del Mulino, Bologna, 1997

HENKIN L., *Executive privilege: Mr Nixon loses but the presidency largely prevails*, in *22 U.C.L.A. Law Review*, 1974, p. 40 s.

JUNE R.B., *The structure of standing requirements for citizen suits and the scope of congressional power*, in 24 *Environmental Law*, 1994, p. 761 s.

KATZMANN R.A., *Bridging the statutory gulf between courts and congress: a challenge for positive political theory*, in 80 *Georgetown Law Journal*, 1992, p. 653 s.

KATZMANN R.A., *Courts and Congress*, Washington D.C., 1997

KRENT A.J., *Executive control over criminal law enforcement: some lessons from history*, in 38 *American Law Review*, 1989, p. 275 s.

LEVITAS E.H.-BRAND S.M., *Congressional review of executive and agency actions after Chadha: "the son of legislative veto lives on"*, in 72 *Georgetown Law Journal*, 1984, p. 801 s.

LIBERMAN L.S., *Morrison v. Olson: a formalistic perspective on why the court was wrong*, in 38 *Am. U. L. Rev.*, 1989, p. 313 s.

LIJPHART A., *Le democrazie contemporanee*, Bologna, 1988

LIPSET S.M.-ROKKAN S., *Cleavage structures, party systems and voter alignments: an introduction*, in LIPSET S.M.-ROKKAN S (a cura di), *Party sistem and voter alignments*, New York, 1967

LOEWENSTEIN A.B., *Judicial review and the limits of prosecutorial discretion*, in 38 *American Criminal Law Review*, 2001, p. 351 s.

LUATTI L. (a cura di), *L'equilibrio tra i poteri nei moderni ordinamenti costituzionali*, Torino 1994

LUCARELLI A., *Teorie del Presidenzialismo. Fondamento e modelli*, Padova, 2000

LUCIFREDI P.G., *Appunti di diritto costituzionale comparato – Il sistema statunitense*, Milano, 1997

MARANINI G., *La divisione dei poteri e la riforma costituzionale*, Venezia, 1928

MAZZA M.J., *A new look ad an old debate: life tenure and the article III judge*, in *Gonzaga Law Review*, 2003, p. 131 s.

MAZZAROLLI L., *Conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato sulle competenze della Camera dei deputati circa gli atti di indagini preliminari compiuti dal giudice ordinario in materia di reati ministeriali*, in *Giur. Cost.*, 1994, p. 3595 s.

MCGINNIS J.O., *The President, the Senate, the Constitution, and the confirmation process: a reply to professors Strauss and Sunstein*, in *Texas Law Review*, 1993, p. 633 s.

MENEGHELLI R., *La funzione del giudice e il principio della divisione dei poteri*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 3223 s.

MILLER A.S., *Dames & Moore v. Reagan: a political decision by a political Court*, in *29 UCLA Law Review*, 1982, p. 1104 s.

MOR G.F. (a cura di), *Norme di correttezza costituzionale, convenzioni ed indirizzo politico (Atti del convegno organizzato in ricordo del Prof. Paolo Biscaretti di Ruffia)*, Milano, 1999

NAGEL R., *A comment on the rule of law model of separation of powers*, in *William & Mary Law Review*, 1989, p. 355 s.

NOCILLA D., *Autonomia, coordinamento e leale collaborazione tra i due rami di un parlamento bicamerale*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1998, p. 935 s.

OLIMPIERI P., *Brevi note in tema di legittimazione al conflitto dei ministri e di principio di cooperazione fra poteri dello Stato*, in *Giur. cost.* 1995, p. 3227 s.

ONIDA V., *Prolusione*, in occasione dell'inaugurazione dell'anno accademico 2004-2005 dell'Università degli Studi Roma Tre, Roma, 2004

OWENS J.E., *Clinton and Congress: an early assessment*, in *3 Politics Review*, 1993, p. 7 s.

PANEBIANCO A., *Modelli di partito*, Bologna, 1982

PEABODY B.G.-NUGENT J.D., *Toward a unifying theory of separation of powers*, in *53 American University Law Review*, 2003, p. 1 s.

PEZZINI B., *Leale collaborazione tra ministro della giustizia e C.S.M. alla prova: chi controlla il concerto?*, in *Giur. cost.* 2003, p. 3911 s.

PISANESCHI A., *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato. Presupposti e processo*, Milano, 1992

PISANESCHI A., *Conflitto tra Collegio inquirente e Camera dei deputati e principio di "leale collaborazione"*, in *Giur. Cost.*, 1994, p. 3590 s.

POPE J.H., *The Pocket veto reconsidered*, in *72 Iowa Law Review*, 1986, p. 163 s.

RAE D., *The political consequences of electoral law*, New Haven, 1967

RAY L.K., *From prerogative to accountability: the amenability of the President to suit*, in *80 Kentucky Law Journal*, 1992, p. 739 s.

RAZZANO G., *Il parametro delle norme non scritte nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2002

ROKKAN S., *Cittadini, elezioni, partiti*, Bologna, 1982

ROMANO S., *Correttezza costituzionale*, in *Scritti minori*, I, Rist. ed. 1950, Milano, 1990

ROMBOLI R., *Conflitto tra Enti su atto giurisdizionale: le soluzioni della dottrina al vaglio della Corte costituzionale, nella perdurante latitanza del legislatore*, in *Le regioni*, 2000, p. 397 s.

ROSSANO C., *La consuetudine nel diritto costituzionale*, Napoli, 1975

ROSSANO C., *Partiti e parlamento nello Stato contemporaneo*, Napoli, 1972

SCHARPF F.W., *Judicial review and the political question: a functional analysis*, in *75 Yale Law Journal*, 1966, p. 517 s.

SCWARTZ B., *Curiouser and curiouser: the Supreme Court's separation of powers wonderland*, in *65 Notre Dame L. Rev.*, 1990, p. 587 s

SHARP J.E., *Restoring the Constitutional formula to the federal judicial appointment process: taking the vice Out of "advice and consent"*, in *University of Arkansas at Little Rock L. Rev.*, 2004, p. 747 s.

SICARDI S., *Il conflitto di attribuzione tra Consiglio superiore della Magistratura e Ministro della giustizia*, Torino, 1993

SILVESTRI G., *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997

SILVESTRI G., *La separazione dei poteri*, voll. I e 2, Milano 1979 e 1984

SILVESTRI G., *Poteri dello stato (divisione dei)*, in *Enciclopedia del diritto.*, vol. XXXIV, Milano, 1985 p. 670 s.

SOFAER A.D., *The power over war*, in *50 University of Miami Law Review*, 1995, p. 33 s.

SMITH B.D., *A proposal to codify executive privilege*, in *70 George Washington Law Review*, 2002, p.570 s.

SORRENTINO F., *Incertezze e contraddizioni del principio di leale collaborazione*, in *Giur. cost.*, 2003, p. 3909 s.

SPANGHER G., *Archiviazione e trasmissibilità al gip degli atti coperti dal segreto di Stato*, in *Giur. cost.* 2000, p. 3775 s.

SPANGHER G., *Funzione giurisdizionale e attività parlamentare alla ricerca di possibili contemperamenti*, in *Giur. Cost.* 2001, p. 2002 s.

STRAUSS D.A.-SUNSTEIN C.R., *On truisms and constitutional obligations: a Response*, in *Texas Law Review*, 1993, p. 669 s.

STRAUSS D.A.-SUNSTEIN C.R., *The Senate, the Constitution and the confirmation process*, in *Yale Law Journal*, 1992, p. 1491 s.

STRAUSS P.L., *Was there a baby in bathwater? A comment on the Spreme Court's legislative veto decision*, in *Duke Law Journal*, 1983, p. 789 s.

SULLIVAN K.M.-GUNTHER G., *Constitutional Law*, XIV ed., New York, 2001, p. 30

SUNSTEIN C.R., *“What's standing after Lujan? Of citizen suits, ‘injuries’ and article III*, in *91 Michigan Law Review*, 1992, p. 163 s.

TANIELIAN M.J., *Separation of power and the Supreme Court: one doctrine, two visions*, in *8 American University Administrative Law Journal*, 1995, p. 961 s.

TREVES G., *Convenzioni costituzionali*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. X, Milano, p. 524 s.

TREVES G., *Correttezza costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IX, Milano, p. 716

TRIBE L.H., *American Constitutional Law*, New York, 2000

TRIBE L.H., *The legislative veto decision: a law by any other name?*, in *21 Harvard Journal on Legis I*, 1984, p. 127 s.

VERONESI P., *Il “caso Cito”*: *funzione parlamentare e giurisdizione (ancora) in conflitto*, in *Giur. Cost.*, 2002, p. 985 s.

VERONESI P., *I poteri davanti alla Corte. “Cattivo uso” del potere e sindacato costituzionale*, Milano, 1999

VERONESI P., *Quando non può cambiare una prassi. Verso un nuovo conflitto per difetto di “leale collaborazione”?*, in BIN R., BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P., *Rogatorie internazionali e dintorni. La legge n. 367 del 2001 tra giudici e Corte costituzionale*, Torino, 2002

WAYNE S., *The Legislative Presidency*, New York, 1978

WEBNER R.N., *The intersession pocket veto and the executive-legislative balance of power*, in *73 Georgetown Law Journal*, 1985, p. 1185 s.

WERHAN K., *Toward an eclectic approach to separation of powers: Morrison v. Olson Examined*, in *Hastings Const. L.Q.*, 1989, p. 393 s.

WHITNEY B.K., *Barnes v. Kline. Picking the President's pocket?*, in *70 Minnesota Law Review*, 1986, p. 1149 s.

ZAGREBELSKY G., *Correttezza costituzionale*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. IX, Roma 1988

ZAGREBELSKY G., *Convenzioni costituzionali*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. IX, Roma 1988

ZANON N., *Premesse ad uno studio sui 'principi supremi' di organizzazione come limiti alla revisione costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, p. 1891 s.

Finito di stampare nel mese di maggio del 2005  
dalla tipografia «Braille Gamma S.r.l.» di Santa Rufina di Cittaducale (Ri)  
per conto della «Aracne editrice S.r.l.» di Roma