

5 MAGGIO 2021

Il Congresso statunitense di fronte
all'emergenza pandemica: il dibattito sul
remote voting e la questione della
costituzionalità del *proxy voting* introdotto
alla Camera tra polarizzazione partitica e
deferenza delle Corti (*McCarthy v. Pelosi*)

di Andrea Fiorentino

Dottorando di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale
Sapienza – Università di Roma

Il Congresso statunitense di fronte all'emergenza pandemica: il dibattito sul *remote voting* e la questione della costituzionalità del *proxy voting* introdotto alla Camera tra polarizzazione partitica e deferenza delle Corti (*McCarthy v. Pelosi*)*

di **Andrea Fiorentino**

Dottorando di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale
Sapienza – Università di Roma

Abstract [It]: L'autore esamina l'impatto dell'emergenza sanitaria causata dalla pandemia da SARS-Cov-2 sul funzionamento del Congresso degli Stati Uniti. Dopo aver ricostruito il dibattito dottrinale innescato da alcune iniziali proposte di modifica dei regolamenti delle due Camere volte a introdurre sistemi di voto da remoto, il saggio focalizza la propria attenzione sul sistema voto per delega adottato dalla Camera dei Rappresentanti al fine di assicurare la continuità dei suoi lavori minimizzando al contempo i rischi per la salute dei suoi membri e del suo personale. In particolare, esso intende evidenziare come il tentativo dei repubblicani di politicizzare tale sistema intentando una causa per contestarne la costituzionalità si sia finora scontrato con la tendenza delle Corti federali a mostrarsi deferenti nei confronti dell'autonomia regolamentare delle Camere.

Abstract [En]: The author examines the impact of the public health emergency due to SARS-Cov-2 pandemic on the functioning of the United States Congress. After analysing the debate on early proposals to amend both Houses' rules to establish remote voting systems, the essay focuses on the proxy voting system adopted by the House of Representatives in order to ensure its continued operation while protecting the health of members and staff. Notably, it highlights how the Republican attempt to heavily politicise this system by filing a lawsuit that questions its constitutionality has so far collided with federal Courts' tendency to defer to the authority of each Chamber to determine the rules of its own proceedings.

Parole chiave: Congresso; pandemia; voto da remoto; voto per delega; *McCarthy v. Pelosi*.

Keywords: Congress; pandemic; remote voting; proxy voting; *McCarthy v. Pelosi*.

Sommario: **1.** Premessa. Le Assemblee parlamentari davanti alla pandemia. **2.** La prima reazione dei due rami del Congresso degli Stati Uniti: l'ipotesi di introdurre il *remote voting* tra aperture e resistenze. **3.** L'introduzione del *proxy voting* alla Camera dei Rappresentanti e la questione della sua costituzionalità. **4.** La politicizzazione del *proxy voting* alla prova della giustizia federale (*McCarthy v. Pelosi*).

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. Premessa. Le Assemblee parlamentari davanti alla pandemia

A partire dai primi mesi del 2020, lo scoppio della pandemia da SARS-CoV-2 ha drammaticamente investito i pilastri dello Stato costituzionale. Negli ordinamenti liberaldemocratici più avanzati si è infatti assistito alla diffusa instaurazione di stati emergenziali¹ che, oltre ad aver avallato sensibili e talvolta inedite limitazioni di alcuni diritti fondamentali, hanno avuto anche un significativo impatto sull'assetto dei rapporti tra i supremi organi costituzionali.

L'eccezionale minaccia per la salute pubblica posta dall'incontrollata diffusione del contagio ha integrato ben presto una delle tipiche fattispecie emergenziali all'occorrenza delle quali è generalmente ammessa, e a volte anche disciplinata da apposite regole costituzionali, una tendenziale concentrazione del potere negli organi esecutivi, dal punto di vista tecnico-strutturale maggiormente idonei a soddisfare l'esigenza di reazioni unitarie, tempestive ed efficaci. Ne è quasi naturalmente conseguita un'*asimmetria*, di entità variabile nei diversi ordinamenti, tra la posizione degli Esecutivi, interessati da un *aggrandizement* che ne ha riaffermato la preminenza nelle dinamiche delle forme di governo contemporanee, e quella dei Parlamenti, ritrovatisi spesso ai margini della gestione dell'emergenza, in special modo nelle prime concitate fasi della crisi sanitaria². Un simile squilibrio, che affonda le proprie radici nella consueta lentezza dei procedimenti parlamentari e nel peso crescente acquisito dagli organi di natura tecnico-scientifica, soprattutto negli stadi iniziali dell'emergenza è stato ulteriormente aggravato dall'oggettiva difficoltà di conciliare immediatamente il rispetto delle misure necessarie a contenere la diffusione dell'epidemia (distanziamento sociale, quarantena, isolamento fiduciario e altre limitazioni della libertà di circolazione) con le ordinarie forme di funzionamento delle Assemblee parlamentari, storicamente coincidenti con la compresenza in una medesima sede di una moltitudine di rappresentanti. Una difficoltà

¹ Sul tema degli stati emergenziali e di eccezione nella teoria generale del diritto e nel diritto comparato, cfr., *ex pluribus*, C. SCHMITT, *La dittatura*, Laterza, Bari, 1975; P.G. GRASSO, *Necessità (dir. pubbl.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVII, Giuffrè, Milano, 1977, pp. 877 ss.; V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1986; G. MOTZO, *Carl Schmitt e lo stato di eccezione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 1986, pp. 525 ss.; A. PIZZORUSSO, *Emergenza (stato di)*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, vol. III, Roma, 1993, pp. 551 ss.; G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Giappichelli, Torino, 2003; B. ACKERMAN, *The Emergency Constitution*, in *The Yale Law Journal*, vol. 113, 2004, pp. 1029 ss.; A. BENAZZO, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Giappichelli, Torino, 2004; P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, Il Mulino, 2006; P. PICCIACCHIA, *Lo stato di emergenza e il tortuoso cammino del controllo parlamentare*, in C. MURGIA (a cura di), *Scritti in onore di Sara Volterra*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 773 ss.; I.A. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2021, pp. 98 ss.. Per una rassegna comparatistica sugli stati emergenziali instaurati durante la pandemia da SARS-CoV-2, cfr. soprattutto J.M. SERNA DE LA GARZA (coor.), *Covid-19 and Constitutional Law / Covid-19 et droit constitutionnel*, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2020; R. TARCHI (a cura di), *L'emergenza sanitaria da COVID-19: una prospettiva di diritto comparato*, *Atti del Seminario del Dottorato in Scienze giuridiche "Teoria dei diritti fondamentali, Giustizia costituzionale, Comparazione giuridica"*, Università di Pisa - 8 maggio 2020, in *La rivista del Gruppo di Pisa*, fasc. 2X, 2020; A. VEDASCHI, *Il Covid-19, l'ultimo stress test per gli ordinamenti democratici: uno sguardo comparato*, in *DPCE online*, fasc. 2, 2020, pp. 1449 ss.

² Sul punto, in prospettiva comparata, cfr. E. GRIGLIO, *Parliamentary oversight under the Covid-19 emergency: striving against executive dominance*, in *The Theory and Practice of Legislation*, vol. 8, nn. 1-2, 2020, pp. 49 ss.; B. RIDARD, A. FOURMONT, *Parliamentary oversight in the health crisis*, Robert Schuman Foundation, European Issue n. 558, 12 May 2020.

che nella gran parte casi è stata accresciuta dalla rigidità di quelle stesse forme, derivante dalla vigenza di disposizioni costituzionali e/o regolamentari che impongono una presenza *fisica* dei componenti all'interno dell'Assemblea e ancora più frequentemente la sussistenza di un determinato *quorum* quale requisito per la validazione delle riunioni ai fini della deliberazione.

Eppure, colte inizialmente alla sprovvista dalla repentina ascesa della curva dei contagi, al punto da essere spesso costrette (anche a fronte di casi di positività registrati tra i propri membri) a sospendere la propria attività o a limitarla strettamente all'approvazione degli atti necessari a fronteggiare l'emergenza, le Camere parlamentari dei diversi Paesi hanno progressivamente raccolto la sfida di riconsiderare il proprio funzionamento individuando un posto di equilibrio tra due esigenze parimenti ineludibili: da una parte, la necessità di assicurare la continuità dei lavori parlamentari, a partire soprattutto dall'espletamento delle funzioni di controllo e di indirizzo dell'operato governativo, cruciali alla luce delle gravi ricadute ordinamentali della pandemia; dall'altra, l'esigenza di salvaguardare il diritto alla salute dei parlamentari e del personale politico e amministrativo di supporto alla loro attività. Le soluzioni adottate dalle varie Assemblee al fine di adeguare la propria organizzazione e i propri procedimenti interni alle condizioni imposte dalla crisi sanitaria, talora già codificate, ma il più delle volte introdotte *ex novo* in via provvisoria o permanente, compongono uno strumentario variegato e in costante evoluzione³.

In proposito, qui interessa osservare come la decisione o anche soltanto l'ipotesi di introdurre sistemi di partecipazione o di votazione *non in presenza* (ricorrendo alle tecnologie digitali o alla delega del voto) è sovente finita al centro di animati dibattiti in sede politica e dottrinale, a causa delle sue rilevanti implicazioni sul piano tecnico-procedurale e su quello costituzionale⁴.

³ Per una ricostruzione in chiave comparatistica delle soluzioni adottate dalle Assemblee parlamentari, cfr. K. STEIDLE, *Adjustment of Parliamentary Activity to COVID-19 Outbreak and the prospect of remote sessions and voting*, European Centre for Parliamentary Research and Documentation, n. 27, March 2020; THE LAW LIBRARY OF CONGRESS, *Continuity of Legislative Activities during Emergency Situations in Selected Countries*, Report for Congress, March 2020; I. BAR-SIMAN-TOV, *Parliamentary Activity and Legislative Oversight during the Coronavirus Pandemic. A comparative Overview*, in Bar Ilan University Faculty of Law Research Paper, N. 20-06, 22 March 2020; M. DÍAZ CREGO, R. MAŃKO, *Parliaments in emergency mode: How Member States' parliaments are continuing with business during the pandemic*, European Parliamentary Research Service, April 2020, pp. 2 ss.; SERVIZIO STUDI DEL SENATO, *Emergenza da Covid-19 e attività parlamentare: i casi di Francia, Germania e Spagna*, Nota breve n. 180/2, agg. 6 aprile 2020; A. WILLIAMSON, *How are parliaments responding to the Coronavirus pandemic?*, in *Hansard Society Blog*, 8 April 2020; J. CURTIS, R. KELLY, *Coronavirus: How are parliaments worldwide working during the pandemic?*, House of Commons Library, 15 April 2020; R. KELLY, J. CURTIS, S. FELLA, C. MILLS, B. SMITH, *Coronavirus: Changes to practice and procedure in the UK and other Parliaments*, House of Commons Library, Briefing paper n. 08874, 23 April 2020; J. MURPHY, *Parliaments and Crisis: Challenges and Innovations*, Parliamentary Primer No. 1, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, International IDEA, 11 May 2020; F. ROSA, *Parlamenti e pandemia: una prima ricostruzione*, in *DPCE Online*, n. 2, 2020, pp. 2489 ss.; CAMERA DEI DEPUTATI. SERVIZIO STUDI, *L'attività parlamentare durante l'emergenza COVID-19 nei Paesi dell'UE e nel Parlamento europeo: elementi di sintesi*, XVIII Legislatura, 15 ottobre 2020; INTER-PARLIAMENTARY UNION, *Country compilation of parliamentary responses to the pandemic*, updated on 16 October 2020, consultabile sul sito della *Inter-Parliamentary Union*; E. CARTIER, B. RIDARD, G. TOULEMONDE (eds.), *The impact of the health crisis on the functioning of Parliaments in Europe*, Robert Schuman Foundation, 18 December 2020.

⁴ Per un'introduzione al tema, cfr. F. CLEMENTI, *Proteggere la democrazia rappresentativa tramite il voto elettronico: problemi, esperienze e prospettive (anche nel tempo del coronavirus)*, in *Federalismi.it*, n. 6, 2020, pp. 216 ss. Per un'analisi comparata, cfr. M.

Riguardo a quest'ultimo profilo, le vicende che hanno interessato il sistema politico-istituzionale statunitense non hanno fatto eccezione. Anzi, come ci si propone di evidenziare nella presente trattazione, negli Stati Uniti la discussione relativa alla possibile introduzione del voto da remoto (*remote voting*) e all'effettiva implementazione, da parte della sola Camera dei Rappresentanti, di un sistema di voto per delega (*proxy voting*), si è distinta nel panorama comparatistico per un livello di conflittualità politico-costituzionale particolarmente elevato, tale da travalicare la normale dialettica interpartitica per sfociare in un rilevante caso giudiziario (*McCarthy v. Pelosi*).

2. La prima reazione dei due rami del Congresso degli Stati Uniti: l'ipotesi di introdurre il *remote voting* tra aperture e resistenze

Di fronte al dilagare dell'epidemia da SARS-CoV-2, negli Stati Uniti, a partire da marzo 2020, è tornata di stringente attualità una questione che invero era emersa in termini problematici anche in passato, all'indomani degli attentati terroristici dell'11 settembre 2001: atteso che la Costituzione prescrive che «*a Majority of each [House] shall constitute a Quorum to do Business*» (art. I, sez. 5, cl. 1) e che i Regolamenti di ambedue le Camere considerano ai fini del computo del *quorum* soltanto i membri presenti di persona, al verificarsi di circostanze che impediscano di raggiungere tale soglia per un periodo prolungato come si potrebbe scongiurare il rischio di una completa paralisi del Legislativo?

Nel 2005, in esito a un lungo lavoro istruttorio⁵, la Camera rispose prevedendo la possibilità di applicare, in caso di eventi catastrofici, un *provisional quorum* calcolato sul numero dei rappresentanti provvisoriamente riuniti a *Capitol Hill*. Questa possibilità, tuttavia, scatterebbe soltanto in esito a un procedimento notevolmente lungo e articolato (Rule XX, cl. 5c)⁶, palesemente inadatto a permettere a quel consesso di riunirsi validamente in tempi rapidi come uno scenario di crisi imporrebbe, e comunque

DEL MONTE, *Remote voting in the European Parliament and national parliaments*, European Parliamentary Research Service, 25 March 2020; L.G. SCIANNELLA, *La crisi pandemica da Covid-19 e la "trasformazione digitale" dei Parlamenti. Un'analisi comparata*, in *DPCE Online*, n. 2, 2020, pp. 2509 ss.; C. MARCHESE, *I lavori parlamentari da remoto: un quadro comparato*, in V. LIPPOLIS, N. LUPO (a cura di), *Il Parlamento nell'emergenza pandemica*, Il Filangieri. Quaderno 2020, Jovene, Napoli, 2020, pp. 103 ss.

⁵ Per una sintesi dell'attività del *Rules Committee* della Camera, cfr. U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVE COMMITTEE ON RULES. OFFICE OF THE MAJORITY, *Majority Staff Report Examining Voting Options During the COVID-19 Pandemic*, March 23, 2020, pp. 11 ss., pp. 15 ss.

⁶ Per applicare il «*provisional quorum*» occorre preliminarmente accertare che la Camera sia senza *quorum* a causa di circostanze catastrofiche («*a natural disaster, attack, contagion, or a similar calamity rendering Representatives incapable of attending the proceedings of the Houses*»), compiendo diversi passaggi procedurali: una verifica del *quorum* deve protrarsi per un periodo di almeno 72 ore, esclusi i periodi di sospensione dei lavori; se il *quorum* non viene raggiunto, il *Sergeant-at-Arms*, dopo aver consultato l'*Attending Physician* del Congresso, il *Clerk* e le autorità di sanità pubblica e di polizia, predispone un «*catastrophic quorum failure report*» e lo trasmette allo *Speaker* e ai *leader* di maggioranza e di minoranza; il contenuto del *report* viene discusso e comunicato alla Camera dallo *Speaker*; un'ulteriore verifica del *quorum* deve protrarsi per almeno 24 ore, esclusi i periodi di sospensione dei lavori, e produrre un esito negativo. Cfr. E. RYBICKI (coord.), *Voting and Quorum Procedures in the House of Representatives*, CRS Report 98-988, March 26, 2020, pp. 13 ss.

insufficiente qualora il *quorum* venisse a mancare anche al Senato, il quale non ha ritenuto di approvare alcuna modifica regolamentare.

Con i due rami del Congresso impreparati ad assicurare la continuità della propria attività, per l'aumento dei membri infettati o in isolamento e per l'appartenenza di altri alle categorie più a rischio, in un primo momento il dibattito si è incentrato prevalentemente sull'ipotesi di modificare i loro Regolamenti per introdurre forme di partecipazione da remoto basate sulla *video conferencing technology*.

Anche a seguito di sollecitazioni in tal senso provenienti da una parte della dottrina⁷, in entrambe le Camere sono state presentate delle risoluzioni *bipartisan* di modifica delle rispettive *Rules*. Alla Camera, il 9 marzo 2020, i deputati Eric Swalwell (D-Calif.) e Rick Crawford (R-Ark.) hanno proposto una risoluzione⁸, supportata da decine di altri rappresentanti⁹, volta sia a consentire ai membri assenti di partecipare in videoconferenza alle audizioni in Commissione, sia a dare mandato all'amministrazione di implementare un sistema che permetta agli assenti dall'Aula (da considerare presenti ai fini del computo del *quorum*) di votare da remoto una *motion to suspend the rules*¹⁰. In Senato, il 19 marzo 2020, Rob Portman (R-Ohio)¹¹ e Dick Durbin (D-Ill.) hanno depositato una proposta emendativa¹² diretta a stabilire una procedura in base alla quale, se i *leader* di maggioranza e di minoranza accertano l'esistenza di una crisi straordinaria di portata nazionale che renda impraticabile votare in presenza, i senatori possono essere autorizzati a esprimere il loro voto attraverso strumenti tecnologici approvati dal Segretario del Senato, dal *Sergeant-at-Arms* e dal *Doorkeeper* in base a criteri di affidabilità e sicurezza. Nessuna delle due risoluzioni ha tuttavia avuto seguito.

I dubbi diffusi tra i membri della *House* in merito all'opportunità e alla fattibilità di una digitalizzazione delle procedure di partecipazione e di voto avevano già indotto la *Speaker* Nancy Pelosi a richiedere allo

⁷ D. HEMEL, *Congress can't meet remotely. The coronavirus might mean it has to*, in *The Washington Post*, March 10, 2020; N. ORNSTEIN, *Congress Desperately Needs a Contingency Plan*, in *The Atlantic*, March 13, 2020. Cfr. anche S.R. ANDERSON, M. TAYLOR, *Congress Needs a Coronavirus Failsafe – Before It's Too Late*, in *Lawfare*, March 23, 2020.

⁸ H. Res. 890, *MOBILE Resolution*, 116th Congress (2019-2020), consultabile sul sito del Congresso. Swalwell aveva proposto una risoluzione di analogo contenuto nella precedente legislatura: cfr. H. Res. 278, *Members Operating to Be Innovative and Link Everyone Resolution or the MOBILE Resolution*, 115th Congress (2017-2018), consultabile sul sito del Congresso.

⁹ Si rinvia alla lettera inviata alla *Speaker* da 45 rappresentanti guidati da Katie Porter (D-Calif.), Eric Swalwell (D-Calif.) e Van Taylor (R-Texas) il 18 marzo 2020, in cui si invoca l'introduzione del *remote voting* almeno per la durata dell'emergenza sanitaria, e alla lettera di analogo contenuto rivolta al Presidente del *Rules Committee* il 23 marzo 2020, sottoscritta da 67 membri.

¹⁰ Una scorciatoia per approvare direttamente un determinato progetto di legge in deroga alle regole ordinarie.

¹¹ Nel 1993, Portman, insieme a John Kasich (R-Ohio), aveva già proposto di autorizzare i membri della Camera a votare da remoto in determinate circostanze: cfr. H. Res. 278, *Amending the Rules of the House of Representatives to permit Members, in specified circumstances, to vote by secure electronic device from their districts*, 103rd Congress (1993-1994), consultabile sul sito del Congresso.

¹² S. Res. 548, *A resolution amending the Standing Rules of the Senate to enable the participation of absent Senators during a national crisis*, 116th Congress (2019-2020), consultabile sul sito del Congresso.

staff di maggioranza del *Committee on Rules* un parere sui rimedi esperibili per consentire alla Camera di restare operativa durante la pandemia.

Nel suo *report* pubblicato il 23 marzo 2020¹³, la struttura di supporto democratica ha espresso una chiara preferenza per il ricorso alle regole esistenti e alla prassi consolidata. In particolare, essa ha individuato quali migliori opzioni per approvare le leggi l'*unanimous consent*, utilizzato già all'epoca dell'influenza spagnola¹⁴ per deliberare prescindendo dall'assenza del *quorum*, e il *voice vote*, con cui se ne può comunque presumere la sussistenza. Al contempo, ha ritenuto validi anche altri procedimenti di pronto utilizzo: il *recorded vote* con votazioni organizzate per turni, il *paired voting* e il *provisional quorum*. Quanto alle soluzioni ipotizzabili in prospettiva *de iure condendo*, il rapporto ha valutato in modo tendenzialmente positivo il *proxy voting*, a favore del quale deporrebbero precedenti in entrambe le Camere¹⁵, mentre ha sconsigliato con argomentazioni ampie e dettagliate il voto da remoto, la cui implementazione avrebbe sollevato «*serious security, logistical, and constitutional challenges*»¹⁶. In proposito, lo staff di maggioranza ha insistito in primo luogo sulla difficoltà di approntare in tempi rapidi un sistema di voto affidabile e sicuro, ossia al riparo da attacchi informatici e dal pericolo di interferenze da parte di terzi che vogliano compromettere la libera espressione del voto o persino a votare al posto dei rappresentanti (sfruttando ad esempio le inquietanti possibilità offerte dal «*deepfake*»). In secondo luogo, ha evidenziato i rilevanti problemi logistici che l'introduzione del *remote voting* avrebbe posto, tra cui quelli derivanti dall'esigenza di assicurare la trasparenza dei lavori e dalla necessità di fornire a ciascun eletto gli strumenti adatti (tecnologia *hardware* e *software*, relativo *know-how*, supporto tecnico e adeguata connessione). Infine, il *report* ha sollevato la questione fondamentale della costituzionalità del voto da remoto: dal momento che essa costituiva «*an untested principle*»¹⁷, si ammoniva, utilizzare tale sistema per approvare leggi essenziali per la gestione della crisi avrebbe fatto gravare su di esse il rischio di trovarsi esposte a ricorsi dall'esito non scontato, in quanto «*If challenged, remote voting would be a novel question for a court and there is no guarantee of a favorable ruling affirming its constitutionality*»¹⁸.

¹³ U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVE COMMITTEE ON RULES. OFFICE OF THE MAJORITY, *Majority Staff Report*, op. cit. Per un'analisi critica del rapporto e un parere favorevole al voto da remoto, cfr. D. SCHUMAN, *Summary and Analysis: House Rules Committee Democrats Report on Remote Voting*, in *Demand Progress*, March 24, 2020.

¹⁴ Cfr. HISTORY, ART & ARCHIVES - U.S. HOUSE, *Whereas: Stories from the People's House Sick Days*, in history.house.gov/Blog/, December 17, 2018.

¹⁵ Il *proxy voting* non è mai stato utilizzato per le votazioni nel *Plenum*, mentre è stato permesso nelle Commissioni della Camera fino al 104° Congresso (1995-1996) (per un resoconto di quell'esperienza, cfr. C.M. DAVIS, *The Prior Practice of Proxy Voting in House Committee*, CRS Report, May 1, 2020) ed è ancora in uso negli *Standing Committee* del Senato.

¹⁶ U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVE COMMITTEE ON RULES. OFFICE OF THE MAJORITY, *Majority Staff Report*, op. cit., p. 1.

¹⁷ Ivi, p. 11.

¹⁸ *Ibidem*.



In effetti, diverse disposizioni costituzionali potrebbero essere interpretate nel senso di prevedere espressamente o di assumere implicitamente la compresenza fisica dei membri di ciascuna Camera in un determinato luogo: il riferimento sarebbe, segnatamente, al requisito che il Congresso «*shall assemble*» in un «*Meeting*» almeno una volta l'anno (art. I, sez. 4, cl. 2, e XX em., sez. 2); alla previsione che una minoranza possa obbligare «*the Attendance of absent Members*» (art. I, sez. 5, cl. 1); a quella che stabilisce che nessuna Camera possa, «*without the Consent of the other, adjourn [...] to any other Place than that in which the two Houses shall be sitting*» (art. I, sez. 5, cl. 4); alla disposizione che garantisce agli eletti l'immunità dagli arresti «*during their Attendance at the Session of their respective Houses, and in going to and returning from the same*», e che «*for any Speech or Debate in either House, they shall not be questioned in any other Place*» (art. I, sez. 6, cl. 1). Allo stesso tempo, tuttavia, la Costituzione riserva a ciascuna Camera, a tutela della sua autonomia e indipendenza, il potere di determinare «*the Rules of its Proceedings*» (art. I, sez. 5, cl. 2).

L'incertezza che secondo gli autori del *report* avvolgerebbe la questione della legittimità costituzionale del *remote voting* è stata confermata dalle diverse posizioni espresse in merito dalla dottrina, la quale, oltretutto, si è opportunamente misurata anche con l'ipotesi di un'incompatibilità di quel sistema con la *Quorum Clause* (art. I, sez. 5, cl. 1): sarebbe stato conforme al dettato costituzionale considerare presenti ai fini del computo del *quorum* i parlamentari assenti autorizzati a votare da remoto (come contemplato dalle proposte presentate in entrambe le Camere)?

Individuato nella sentenza *United States v. Ballin* (1892) il precedente determinante, alcuni studiosi hanno difeso la costituzionalità del sistema facendo leva sulla deferenza mostrata dalla Corte Suprema nei confronti dell'autonomia normativa delle Camere (art. I, sez. 5, cl. 2) quando ha affermato che, a certe condizioni, «*all matters of method are open to the determination of the house*», la cui potestà regolamentare si qualifica dunque come «*absolute and beyond the challenge of any other body or tribunals*»¹⁹. D'altronde, l'ampia discrezionalità associata al *rulemaking power* è chiaramente osservabile in tutta la sua estensione nelle differenti procedure che scandiscono il funzionamento di Camera e Senato, a partire da quelle concernenti l'espressione del voto nel *Plenum* (soltanto la Camera, ad esempio, ammette il sistema di voto elettronico²⁰), come pure in alcune soluzioni informali di lunga tradizione, tra cui l'*unanimous consent*²¹.

Dal momento che la Costituzione non fornisce indicazioni sulle modalità dell'«*assembling*», del «*meeting*» e dell'«*attendance*», in base al precedente evocato queste dovrebbero considerarsi rimesse alla determinazione

¹⁹ *United States v. Ballin*, 144 U.S. 1 (1892), 5. Cfr. D.N. PEARLSTEIN, *Zoom Congress is Perfectly Constitutional*, in *The Atlantic*, April 16, 2020.

²⁰ HISTORY, ART & ARCHIVES - U.S. HOUSE, *Electronic Voting*, in history.house.gov.

²¹ Cfr. D.N. PEARLSTEIN, *Zoom Congress*, op. cit., secondo cui il ricorso all'*unanimous consent* per votare in assenza di *quorum* rappresenterebbe una soluzione carente sotto il profilo della democraticità, in quanto «*leave it up to a minority of Congress's members, often the leadership, to take place of an actual expression of majority will*».

di ogni Camera²². Parimenti, per quanto riguarda la determinazione del *quorum*, proprio in *Ballin* la Corte Suprema aveva stabilito che, poiché il testo costituzionale non prescrive alcun metodo per computarlo, appartiene alla competenza di ciascuna Camera «to prescribe any method which shall be reasonably certain to ascertain [...] the presence of a majority»²³.

Coerentemente con tale impostazione, i Regolamenti potrebbero legittimamente disporre di conteggiare i votanti da remoto ai fini dell'accertamento della sussistenza del *quorum*. E ciò, a maggior ragione, alla luce dell'interpretazione del termine «presence» offerta dalla Corte nella stessa pronuncia, nel senso di «capacity to transact business»²⁴. In aggiunta, si è notato che quella di considerare presenti i votanti da remoto potrebbe essere ritenuta una soluzione in grado di rispondere alle opposte preoccupazioni emerse in seno alla Convenzione di Filadelfia in relazione all'entità del *quorum*, tornate prepotentemente d'attualità²⁵: essa, infatti, da un parte impedirebbe al requisito della presenza di una maggioranza dei componenti di tradursi

²² *Ibidem*.

²³ *United States v. Ballin*, 144 U.S. 1 (1892), 6. La Corte si è pronunciata sulla richiesta di annullamento di una legge adottata nel 1890 con la presenza di una maggioranza dei rappresentanti, ma senza che fosse stata raggiunta la maggioranza dei votanti. Fino al 1890, in effetti, presso la Camera è stata vigente la regola secondo cui erano da considerare presenti ai fini del computo del *quorum* soltanto i membri votanti, escludendo dunque i presenti che sceglievano di astenersi. Lo *Speaker* Thomas Brackett Reed, intenzionato a mettere fine alle tattiche ostruzionistiche incoraggiate da quel principio (detto «disappearing quorum»), ha reinterpretato il Regolamento nel senso di considerare i non votanti ai fini della verifica della sussistenza del *quorum*. La decisione è stata poi formalizzata con l'adozione di un'apposita clausola del Regolamento (Rule XX, cl. 4b). Cfr. T. GARVEY, *Constitutional Considerations of Remote Voting in Congress*, CRS Report, April 14, 2020, p. 3; HISTORY, ART & ARCHIVES - U.S. HOUSE, *Speaker Thomas Brackett Reed of Maine Proceeded Against the "Disappearing Quorum"*, in [history.house.gov](https://www.history.house.gov). A riguardo, si evidenzia come nell'esercizio del loro esteso *rule making power* le Camere, nel corso della loro storia, abbiano modificato i propri regolamenti al fine di manipolare il denominatore dell'equazione del *quorum*. In un primo momento, entrambi i rami del Congresso hanno utilizzato come denominatore il numero totale dei seggi esistenti (cfr. H.M. WASSERMAN, *Continuity of Congress: A Play in Three Stages*, 53 Cath. U. L. Rev. 949 (2004)). Al Senato, durante la Guerra civile, la riduzione del numeratore dei senatori provocata dalla secessione ha determinato una situazione nella quale, per raggiungere il *quorum*, era necessaria la presenza di quasi il 70% dei senatori rimanenti (cfr. J.B. WILLIAMS, *How to Survive a Terrorist Attack: The Constitution's Majority Quorum Requirement and the Continuity of Congress*, 48 WM. & Mary L. Rev., 1025 (2006), p. 1059): per risolvere l'inconveniente, nel 1864 è stata approvata una risoluzione presentata da John Sherman (R-Ohio) la quale ha stabilito che il *quorum* «consists of a majority of the Senators duly chosen» (la disposizione, cui nel 1868 sono state aggiunte le parole «and sworn», è ancora vigente: v. Rule VI). Alla Camera, lo stesso problema è stato risolto dalla decisione dello *Speaker* Galusha Grow di computare il *quorum* a partire dal numero dei membri legittimamente eletti (cfr. CONTINUITY OF GOVERNMENT COMMISSION, *Preserving our Institutions: The Continuity of Congress*, May 2003, pp. 8 s.). Nel 1890 lo *Speaker* Reed, a seguito del decesso di numerosi membri, aveva emanato una *official opinion* nel senso di identificare il denominatore dell'equazione del *quorum* con la maggioranza dei rappresentanti «chosen and living». Nel 1906, sotto la direzione dello *Speaker* Joe Cannon, la Camera ha adottato l'interpretazione corrente della *quorum rule*, secondo cui il *quorum* consiste nella «majority of those Members chosen, sworn, and living whose membership has not been terminated by resignation or by the action of the House» (ivi, 9). Infine, come si è accennato, sulla scia degli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001, allo scopo di assicurare la continuità dei lavori in caso di eventi catastrofici, nel 2005 la Camera ha previsto la possibilità di applicare un *quorum* calcolato sul numero provvisorio dei rappresentanti (Rule XX, cl. 5c; in essa viene anche codificata l'interpretazione della *quorum rule* fissata nel 1906, laddove si precisa che il significato dell'espressione «the whole number of the House», impiegata per indicare il denominatore ordinario dell'equazione del *quorum*, «means the number of Representatives chosen, sworn, and living whose membership in the House has not been terminated by resignation or by the action of the House»).

²⁴ Cfr. T. GARVEY, *Constitutional*, op. cit., p. 4.

²⁵ Ivi, 2.

in un motivo di paralisi dell'attività della Camera e del Senato²⁶; dall'altra tutelerebbe le prerogative dei parlamentari provenienti dalle regioni più distanti da Washington D.C., per i quali mettersi in viaggio per raggiungere la capitale federale durante il dilagare di una pandemia potrebbe essere più difficile e rischioso che per gli altri colleghi²⁷.

In definitiva, ad avviso dei fautori della costituzionalità del *remote voting* e della necessità di ricorrervi per assicurare la tenuta del sistema costituzionale, qualora fosse stata chiamata a pronunciarsi sulla questione, la Corte Suprema, anche alla luce della straordinarietà delle circostanze, avrebbe sicuramente manifestato deferenza nei confronti delle Camere²⁸.

Un'altra parte della dottrina ha motivato l'incostituzionalità del voto da remoto ponendo l'accento su un altro passaggio contenuto in *Ballin*, nel quale la Corte ha tracciato i limiti della discrezionalità di ciascuna Camera stabilendo che non possa «*by its rules ignore constitutional restraints or violate fundamental rights*» e imponendo la necessaria presenza di una «*reasonable relation between the mode or method of proceeding established by the rule and the result which is sought to be attained*»²⁹. In tale prospettiva, acquista un'importanza decisiva il significato del termine «*presence*», che questo indirizzo ha riferito esclusivamente alla presenza *fisica* all'interno della Camera, in considerazione della lettera della Costituzione, della consolidata prassi parlamentare³⁰ e anche dell'intento originario dei *framers*, i quali, se avessero voluto, avrebbero potuto contemplare un'attività legislativa da remoto mediante i mezzi allora disponibili (ad esempio ricorrendo a lettere circolari da parte dei *committees of correspondence* statali)³¹.

Altri ancora hanno osservato come in realtà, nella prassi, il requisito della presenza fisica sia stato sempre applicato flessibilmente, ritenendo sufficiente la *presenza approssimativamente contemporanea* dei legislatori *nelle*

²⁶ Secondo alcuni costituenti, un *quorum* della maggioranza dei componenti sarebbe stato eccessivamente elevato, con la conseguenza che «*great delay might happen in business, and great inconvenience from the future increase of numbers*» (cfr. il resoconto della seduta del 10 agosto 1787, in G. HUND, J. BROWN SCOTT (eds.), *The Debates in the Federal Convention of 1787, which framed the Constitution of the United States of America, reported by James Madison, a delegate from the state of Virginia*, OUP, New York, 1920, ora in avalon.law.yale.edu).

²⁷ Altri *framers* si sono opposti all'idea di un *quorum* inferiore alla maggioranza dei componenti, per la ragione espressa chiaramente da George Mason: «*In this extended Country, embracing so great a diversity of interests, it would be dangerous to the distant parts to allow a small number of members of the two Houses to make laws. The Central States could always take care to be on the Spot and by meeting earlier than the distant ones, or wearying their patience, and outstaying them, could carry such measures as they pleased*» (*ibidem*). Similmente, Oliver Ellsworth ha sostenuto che un *quorum* della maggioranza avrebbe garantito al popolo che «*no law or burden could be imposed on them by a few men*» (*ibidem*).

²⁸ Cfr. D. SCHUMAN, *Summary*, op. cit., p. 6. D. HEMEL, *Congress*, op. cit., ha suggerito alle due Camere di autorizzare un «*fast track appeal*» alla Corte Suprema per fugare il prima possibile i dubbi sorti in merito alla costituzionalità del *remote voting*. Sul punto, cfr. ancora T. GARVEY, *Constitutional*, op. cit., p. 4, il quale evoca la possibilità che la Corte affermi l'insindacabilità della questione: «*there are constitutional and prudential doctrines that could conceivably limit judicial review in this context – such as the political question doctrine, the enrolled bill rule, and equitable discretion – that have become more developed since Ballin was handed down in 1892*».

²⁹ *United States v. Ballin*, 144 U.S. 1 (1892), 5.

³⁰ T. LAPIRA, J. WALLNER, *In Congress, assembled: A virtual Congress creates more problems than it solves*, in legbranch.org, March 26, 2020.

³¹ J. WALLNER, *James Wallner on the End of Legislation*, in *The Bulwark Podcast*, April 23, 2020.

vicinanze di ciascuna Camera³². Ciononostante, a loro giudizio, in assenza un certo grado di prossimità tra i parlamentari «*the legislative body arguably is not assembled in constitutional sense*», sicché il voto da remoto sarebbe accoglibile, in circostanze straordinarie, a condizione che gli eletti trasmettano il proprio voto da un luogo situato all'interno di Washington D.C. («*the Seat of Government of the United States*», ai sensi dell'art. I, sez. 8, cl. 17)³³.

Secondo gli accademici e gli altri esperti contrari all'introduzione del voto da remoto, o cautamente possibilisti nei suoi confronti, la necessità che i membri delle Camere si ritrovino di persona in un'unica sede affonderebbe le sue radici nella natura profonda dell'istituzione parlamentare quale «*a social institution [...], fundamentally, a human institution*»³⁴. A riguardo, si è ricordato che il Congresso trae la sua forza legittimante proprio dalla sua capacità di riunire nello stesso luogo rappresentanti eletti in differenti Stati e *constituency* e portatori di interessi eterogenei, che nelle molteplici occasioni formali e informali di interazione sociale continuamente offerte dalla condivisione dei medesimi spazi trovano una cornice ideale per il confronto, la negoziazione e la costruzione di coalizioni legislative anche *bipartisan*. Poiché è chiaro che «*Members can do that through an app*»³⁵, si è espresso il timore che nel lungo periodo un'eventuale normalizzazione del *remote voting* possa compromettere la legittimazione dell'attività di autogoverno svolta dai rappresentanti per conto dei rappresentati, derivante soprattutto dalla partecipazione degli eletti alla determinazione di «*what is to be decided*» nei momenti di «*the deliberation, persuasion, bargaining, and compromise that precede voting*»³⁶. In una tale eventualità, oltretutto, è stato ravvisato anche il rischio di aggravare la deplorabile marginalità del contributo apportato alla legislazione dai membri non occupanti posizioni di spicco (i cosiddetti «*rank-and-file members*») a fronte del ruolo predominante assunto dai *leader* di partito: incrementando la distanza tra i primi, rappresentanti la stragrande maggioranza dei cittadini statunitensi, e il *policymaking process*, una normalizzazione del *remote voting* avrebbe come risultato quello di consegnare

³² M. STERN, *The Room Where It Sort of Happens*, in *Point of order*, April 28, 2020, il quale menziona due precedenti in tal senso: in base al primo, i membri possono essere considerati presenti ai fini del computo del *quorum* anche se si trovano fuori dalla Camera o se l'hanno lasciata dopo aver votato o essere stati contati (v. H. Doc. 94-661, *Deschler's Precedents*, Vol. 5, 94th Congress, January 1, 1994, Ch. 20, § 3 e § 3.19); in secondo luogo, in genere alla Camera si tengono votazioni con il sistema elettronico aperte per almeno quindici minuti durante i quali i membri entrano ed escono, e inoltre lo *Speaker* può decidere di tenerle aperte più a lungo per consentire agli assenti di raggiungere l'Aula e votare (v. *Hearing Before the House Select Comm. To Investigate the Voting Irregularities of Aug. 2, 2007*, October 25, 2007, p. 17). A ulteriore conferma dell'applicazione flessibile della *Quorum Clause*, l'Autore richiama anche il procedimento di votazione per turni adottato dalla Camera nella seduta del 23 aprile 2020 per garantire il rispetto del distanziamento sociale.

³³ *Ibidem*.

³⁴ J. HUDER, *Remote voting by Congress? Not so fast*, in legbranch.org, March 16, 2020.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ T. LAPIRA, J. WALLNER, *In Congress*, op. cit. In tal senso, cfr. altresì M. STERN, *The Room*, op. cit., il quale avverte che «*if members are simply voting remotely without the opportunity for collective discussion, debate and negotiation, this is not a mere technical problem, but potentially undermines the deliberative nature of the institutions*».

ai vertici di partito «*even more opportunity to legislate in secret, manipulate the process, and otherwise keep rank and file in the dark*»³⁷.

Sullo sfondo di questo dibattito, il Congresso è rimasto per molte settimane in una sorta di limbo. Nonostante la prolungata sospensione dell'attività delle due Assemblee (la *House* è rimasta in *recess* dal 13 marzo al 15 maggio 2020, il Senato dal 26 marzo al 4 maggio), i loro componenti sono stati convocati episodicamente per approvare i soli provvedimenti necessari per fronteggiare le conseguenze economiche della crisi, tra i quali il *Coronavirus Aid, Relief, and Economic Security (CARES) Act*, recante un pacchetto di aiuti economici del valore di 2.200 miliardi di dollari³⁸. Questa legislazione è stata approvata con un consenso *bipartisan* che ha reso possibile l'applicazione dell'*unanimous consent* e del *voice vote*: due procedure che, come abbiamo visto, permettono alle Camere di operare anche in assenza del *majority quorum*, a condizione che nessun membro si opponga. Si tratta di soluzioni informali storicamente radicate nella prassi delle Camere e in modo particolare nel *modus operandi* del Senato, il quale ricorre frequentemente all'*unanimous consent* per deliberare in mancanza di una maggioranza dei presenti, in sede di procedimento legislativo e anche di conferma delle nomine.

Queste procedure, tuttavia, non sono esenti da criticità. Innanzitutto, sul piano funzionale, rappresentano rimedi estremamente precari, bastando l'opposizione di un solo parlamentare intenzionato a richiedere la verifica dell'effettiva sussistenza del *quorum* per sopravanzare la volontà di ricorrervi di un'ampissima maggioranza *bipartisan*. Tale precarietà si è evidenziata già in occasione dell'approvazione finale del *Cares Act* alla Camera, avvenuta il 26 marzo 2020 mediante *voice vote*: la richiesta di un *recorded vote* da parte di Tom Massie (R-Kent.), deciso ad assicurarsi che «*our republic doesn't die by unanimous consent and empty chambers*», avrebbe potuto far slittare il voto su quel fondamentale progetto di legge, se i *leader* dei due partiti non fossero infine riusciti a riunire un numero sufficiente di membri. Riguardo a questo episodio, si è lamentata l'«*impossible choice*» che anche una minima frattura del consenso potrebbe determinare: «*surrender the will of the majority to the demands of a single man, or insisting [...] that Members jeopardize their safety (and thus their ability to effectively represent their constituents going forward) by defying lawful public health restrictions to travel and meet in Washington, D.C.*»³⁹. L'inadeguatezza di questi procedimenti è divenuta lampante nelle settimane seguenti, quando il riemergere delle consuete divisioni partitiche in merito al contenuto di successivi provvedimenti ha finito per renderne impraticabile l'utilizzo.

³⁷ J. HUDER, *Remote voting*, op. cit., le cui osservazioni sono condivise anche da T. LAPIRA, J. WALLNER, *In Congress*, op. cit. Sul potere detenuto dai *leader* di partito della Camera, cfr. J.M. CURRY, *Legislating in the Dark. Information and power in the House of Representatives*, University of Chicago Press, Chicago, 2015.

³⁸ Sulla legislazione approvata per fronteggiare l'emergenza nel primo quadrimestre del 2020, cfr. G. ARAVANTINOU LEONIDI, *Il gigante dai piedi d'argilla. Le reazioni dell'ordinamento statunitense alla crisi sanitaria*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, n. 1, 2020, pp. 10 ss.; ID., *Stati Uniti Covid-19. Documentazione normativa*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, n. 1, 2020, p. 2.

³⁹ D.N. PEARLSTEIN, *Zoom Congress*, op. cit.

Inoltre, essi appaiono problematici anche sul versante della conformità al requisito costituzionale del *quorum*: in effetti, ove si accogliesse la lettura più rigida della *Quorum Clause*, sarebbero da ritenere incostituzionali al pari del voto da remoto⁴⁰; qualora invece si volesse aderire all'interpretazione flessibile di quel requisito, potrebbero essere considerati persino più controversi del *remote voting*, dal momento che, mentre quest'ultimo offre almeno un surrogato virtuale della presenza di una maggioranza, essi mirano a farne completamente a meno.

3. L'introduzione del *proxy voting* alla Camera dei Rappresentanti e la questione della sua costituzionalità

Le risoluzioni volte a introdurre un sistema di voto da remoto basato sulla *video conferencing technology* sono state ben presto archiviate in entrambi i rami del Congresso. Al Senato, una bozza di risoluzione diretta a prevedere una «*temporary emergency authority for absent Senators to cast votes outside the Senate Chamber*» è stata promossa da Rand Paul (R-Penn.)⁴¹, ma come la precedente proposta Dubin-Portman si è scontrata con la ferma opposizione del *leader* dell'allora maggioranza repubblicana Mitch McConnell (R-Kent.). Proprio quest'ultimo, evocando il rischio che una prolungata chiusura del Congresso potesse comprometterne la legittimazione, ha deciso di confermare la ripresa delle attività del Senato il 4 maggio 2020, sfidando il parere contrario dello staff sanitario del Congresso e la differente decisione del *leader* di maggioranza della Camera Steny Hoyer (D-Mary.) di prolungare la sospensione dei lavori del consesso di appartenenza. In vista del ritorno in sessione, a garanzia della salute dei senatori, dei loro staff e del personale amministrativo, McConnell si è limitato ad annunciare l'adozione di alcune linee guida predisposte dall'*Attending Physician* del Congresso, recanti misure non vincolanti di natura strettamente igienico-sanitaria.

Alla Camera dei Rappresentanti, diversamente, tra i democratici ha progressivamente preso quota l'ipotesi di introdurre quantomeno una forma attenuata di voto da remoto, identificata col *proxy voting*. Il 16 aprile 2020, il Presidente del *Committee on Rules* Jim McGovern (D-Mass.) ha formulato una proposta⁴² che contemplava la possibilità, in presenza di un'emergenza pandemica, di instaurare un periodo di 60 giorni, prorogabile di ulteriori 60, durante il quale ciascun membro che fosse stato designato da un altro come proprio delegato sarebbe stato autorizzato a esprimerne il voto o a registrarne la presenza, in conformità a una «*exact instruction*» ricevuta dal delegante e limitatamente ad alcune tipologie di misure. In base a tale

⁴⁰ In tal senso, cfr. T. BECK, *Congress Ought to at Least Show Up to Vote*, in *The Wall Street Journal*, April 23, 2020.

⁴¹ Consultabile sul sito del senatore Rand Paul.

⁴² H. Res., *Authorizing remote voting by proxy in the House of Representatives and providing for official remote committee proceedings during a designated pandemic emergency, and for other purposes*, 116th Congress (2019-2020), consultabile sul sito del *Committee on Rules*.

proposta, inoltre, le Commissioni sarebbero state abilitate a esercitare le proprie funzioni interamente da remoto, e i procedimenti svolti in tal modo sarebbero stati considerati «*official proceedings for all purposes in the House*». Il voto sulla risoluzione, inizialmente fissato per il 23 aprile, è stato tuttavia posticipato dalla *Speaker* a fronte delle rimostranze con cui essa è stata accolta dai repubblicani della Camera: in particolare, il *minority leader* McCarthy (R-Calif.) ha denunciato tale iniziativa come un deplorabile tentativo di cambiare a colpi di maggioranza regole secolari dimostrate resistenti a qualunque genere di avversità, e ha espresso il timore che il *proxy voting* potesse determinare una distorsione della rappresentanza (considerato che gli elettori «*don't lend their voice to another member of Congress*») ⁴³.

Benché i democratici disponessero da soli dei voti necessari per emendare il Regolamento, in questa fase la *Speaker* ha cercato di assecondare la ricerca di una soluzione *bipartisan* acconsentendo alla creazione di una *task force* (composta da McCarthy, Hoyer e da membri influenti del *Committee on Rules* e del *Committee on House Administration*) incaricata di pianificare la riapertura della Camera.

Nel mentre, alcune Commissioni e sottocommissioni delle due Camere hanno cercato, a Regolamenti vigenti, di sperimentare modalità informali di riunione da remoto. È il caso dell'*House Committee on Veteran's Affairs*, il quale il 28 aprile ha ospitato il primo *forum* congressuale completamente virtuale ⁴⁴. Ma anche quello del *Permanent Subcommittee on Investigations* dell'*Homeland Security and Governmental Affairs Committee* del Senato, che il 30 aprile ha tenuto una tavola rotonda sul tema *Continuity of Senate Operations and Remote Voting in Times of Crisis* ⁴⁵. Nei giorni seguenti, il Senato ha iniziato ad autorizzare membri e anche testimoni a prendere parte in videoconferenza alle audizioni nelle Commissioni, ma allo stesso tempo ha continuato a respingere qualsiasi soluzione alternativa alla riunione del *Plenum* in presenza ⁴⁶.

Di fronte alla perdurante chiusura dei repubblicani nei confronti di qualsiasi sistema di voto da remoto, motivato principalmente in base all'assunto che «*there is intrinsic value in a Congress - a physical meeting of people and ideas - that should be dutifully guarded*» ⁴⁷, i democratici della Camera si sono gradualmente convinti della

⁴³ Cfr. le dichiarazioni riportate da C. EDMONDSON, E. COCHRANE, *House Democrats Retreat on Remote Voting as Republicans Clamor to Reopen*, in *The New York Times*, April 22, 2020.

⁴⁴ HOUSE COMMITTEE ON VETERAN'S AFFAIRS, *Coronavirus Pandemic Response: The Impact Of Economic And Healthcare Services On Homeless Veterans In America*, April 28, 2020, consultabile sul sito della Commissione.

⁴⁵ HOMELAND SECURITY AND GOVERNMENTAL AFFAIRS COMMITTEE. PERMANENT SUBCOMMITTEE ON INVESTIGATIONS, *Roundtable - Continuity of Senate Operations and Remote Voting in Times of Crisis*, April 30, 2020, visionabile sul sito della Commissione. Per quell'occasione lo staff della Sottocommissione, presieduta da Portman, ha predisposto un *memorandum* nel quale si argomenta la costituzionalità del sistema di *remote voting* proposto dalla risoluzione Durbin-Portman sulla base dei precedenti della Corte Suprema (*United States v. Ballin* e *Field v. Clark*), della prassi congressuale e di alcune pronunce delle corti inferiori che in contesti diversi hanno considerato i votanti da remoto presenti ai fini del computo del *quorum*. Per un'analisi dei lavori della tavola rotonda, cfr. W. FORD, *Senate Subcommittee Examines Viability, Constitutionality of Conducting Senate Proceedings Remotely*, in *Lanfare*, May 5, 2020.

⁴⁶ Non ha avuto successo un rinnovato appello dei senatori Durbin e Portman per introdurre il *remote voting*: cfr. R. PORTMAN, D. DURBIN, J. MATHENY, *How Congress Can Vote Remotely*, in *The New York Times*, April 28, 2020.

⁴⁷ K. MCCARTHY, *A Plan for the People's House*, in [medium.com](https://www.medium.com), May 4, 2020. Il piano, firmato da McCarthy e da altri due esponenti repubblicani della *task force*, individua quattro strategie più modeste per consentire la riapertura della Camera:

necessità di procedere da soli in direzione dell'introduzione del *proxy voting* e delle sedute virtuali in Commissione. Il 15 maggio 2020, con un voto *party-line* (217 favorevoli e 189 contrari), la Camera ha quindi adottato una nuova risoluzione presentata da McGovern il 13 maggio (H. Res. 965)⁴⁸.

La proposta non ha modificato le disposizioni regolamentari preesistenti, ma si è limitata a prevedere una serie di deroghe alle stesse, suscettibili di essere autorizzate nelle specifiche circostanze determinate dalla pandemia da SARS-CoV-2. Introducendo un'eccezione alla Rule III, secondo cui «*every Member shall be present within the Hall of the House during its sittings*» e «*no other person may cast a Member's vote or record a Member's presence in the House*», la risoluzione prevede che nel caso in cui il *Sergeant-at-Arms*, in consultazione con l'*Attending Physician*, notifichi allo *Speaker* che «*a public health emergency due to novel coronavirus is in effect*», quest'ultimo, previa consultazione con il *minority leader*, possa indire un periodo (denominato «*covered period*») durante il quale è consentita la delega del voto e della registrazione della presenza (sez. 1a). Di regola il *covered period* dura 45 giorni, ma qualora sia accertata, seguendo il medesimo procedimento, la prosecuzione o la cessazione dell'emergenza sanitaria, lo *Speaker* può, rispettivamente, estenderlo di ulteriori 45 giorni o concluderlo anzitempo (sez. 1b, § 2-3). Per designare un delegato, ma anche per modificare o revocare tale designazione, è necessario trasmettere una lettera firmata (anche in formato elettronico) al *Clerk*, il quale provvede a informare lo *Speaker*, i *leader* di maggioranza e minoranza e i membri coinvolti, nonché a compilare una lista pubblica e aggiornata delle designazioni, delle modifiche e delle revoche (sez. 2). Si fissa un tetto al numero delle deleghe cumulabili, prescrivendo che nessun membro possa essere designato come delegato da più di dieci membri contemporaneamente (sez. 2a, § 4). La risoluzione affronta anche la questione del *quorum*, laddove stabilisce che ciascun membro che abbia delegato il proprio voto o la registrazione della sua presenza deve essere conteggiato ai fini del suo computo (sez. 3b). Nell'esercizio della delega, il delegato non dispone di alcun margine di discrezionalità: prima di esprimere il voto del delegante o di registrarne la presenza, infatti, il *proxy* deve ottenere dallo stesso «*an exact instruction*» su come procedere; dopodiché, egli è tenuto a comunicare alla Presidenza le istruzioni ricevute e ad esercitare la delega conformemente ad esse (sez. 3c). È significativo come, diversamente dalla precedente proposta McGovern, nella risoluzione approvata dalla Camera il *proxy voting* non sia confinato a una ristretta tipologia di misure tassativamente elencate, ammettendosene pertanto, implicitamente, un ricorso generalizzato.

adattare le prassi esistenti e le strutture per consentire il distanziamento; avviare una graduale riapertura partendo dalle Commissioni e dalle Sottocommissioni; impiegare la tecnologia in una progressione «*Crawl, Walk, Run*», limitatamente allo svolgimento di «*hybrid*» *hearings*; incrementare le misure igienico-sanitarie di prevenzione.

⁴⁸ H. Res. 965, *Authorizing remote voting by proxy in the House of Representatives and providing for official remote committee proceedings during a public health emergency due to a novel coronavirus, and for other purposes*, 116th Congress (2019-2020), consultabile sul sito del Congresso.

A chiusura della risoluzione si prevede che la disciplina del *proxy voting* debba essere implementata, nei limiti del possibile, in conformità con le regole appositamente adottate dalla Presidenza del *Committee on Rules* (sez. 6). Tra queste regole, pubblicate il 15 maggio stesso, rilevano soprattutto quelle che hanno disciplinato il contenuto delle istruzioni impartite al delegato («*on whether they intend to be recorded as present*», oppure «*on whether they intend to vote yea, nay, or present on the specific text or matter at hand*», con la precisazione che «*If the text of a measure changes after such instruction is received, the Member serving as a proxy may not cast a vote for the Member voting by proxy until new instruction is received*») e le modalità della loro trasmissione (il delegante deve fornire istruzioni scritte, anche in formato elettronico, utilizzando per quanto possibile i dispositivi e gli *account* ufficiali, ma se impossibilitato può incaricare un membro del suo staff della loro trasmissione e confermarle per telefono al delegato)⁴⁹.

Oltre al *proxy voting*, la risoluzione prevede che durante il *covered period* le Commissioni abbiano la facoltà di svolgere le proprie funzioni da remoto, per intero o in parte. In base ad essa, i partecipanti da remoto sono considerati presenti ai fini del computo del *quorum* e sono abilitati a votare o a registrare la propria presenza (sez. 4a). Si dispone inoltre che i testimoni possano essere ascoltati da remoto (sez. 1a, § 5) e si prevede la possibilità di autorizzare e di emettere mandati di comparizione per un'audizione o una deposizione da remoto (sez. 4f, § 1). Ancora, la risoluzione si premura di assicurare la trasparenza delle sedute (sez. 4e) e stabilisce che le Commissioni non possano condurre da remoto «*closed or executive sessions proceedings*», con l'eccezione del *Committee on Ethics* (sez. 4g). La Presidenza del *Committee on Rule* viene investita del potere di stabilire le regole di attuazione della disciplina dei procedimenti da remoto nelle Commissioni (sez. 4h): segnatamente, a tali regole si riserva il compito di disciplinare i requisiti che una maggioranza dei componenti deve ritenere soddisfatti affinché si possa operare da remoto (sez. 4b), la trasmissione alla Commissione degli atti in formato elettronico (sez. 4c, § 3), le modalità di esame degli emendamenti (sez. 4c, § 5) e il permesso per i legali di assistere i testimoni durante una procedura da remoto (sez. 4c, § 6)⁵⁰.

La risoluzione si cura anche di delineare in modo puntuale le fasi di un percorso finalizzato all'adozione di una forma integrale di *remote voting*. In primo luogo, essa commissiona al Presidente del *Committee on House Administration*, in consultazione con il *ranking minority member*, uno studio sulla fattibilità di un ricorso alla tecnologia per consentire il *remote voting* alla Camera (sez. 5 a). In secondo luogo, deferisce agli stessi soggetti il compito di certificare l'esistenza di una tecnologia «*operable and secure*» a tale scopo (sez. 5a). In terzo luogo, successivamente alla produzione di tale certificazione, prevede che il Presidente del *Committee*

⁴⁹ V. CONGRESSIONAL RECORD - HOUSE, *Remote voting by proxy regulations pursuant to House Resolution 965, 116th Congress*, Vol. 166, No. 92, May 15, 2020, p. H2257, consultabile sul sito del Congresso.

⁵⁰ V. CONGRESSIONAL RECORD - HOUSE, *Remote Committee Proceedings regulations pursuant to House Resolution 965, 116th Congress*, Vol. 166, No. 92, May 15, 2020, pp. H2257 s., consultabile sul sito del Congresso.

on Rules, in consultazione con il *ranking minority member*, emani le regole di implementazione del *remote voting* e le trasmetta per la stampa nel *Congressional Record*, riservandosi in seguito la possibilità di integrarle in qualsiasi momento (sez. 5b). Infine, dispone che previa notifica dello *Speaker* alla Camera i membri possano votare o registrare la propria presenza da remoto in conformità con quelle regole, venendo altresì conteggiati ai fini del computo del *quorum* (sez. 5c).

Il 17 maggio 2020 la Camera dei Rappresentanti, rompendo con una tradizione di 231 anni durante i quali non ha conosciuto altra modalità di partecipazione che quella contemplante la presenza fisica dei propri membri all'interno della *Hall*, ha tenuto la sua prima votazione nella quale si è ammesso il voto per delega. Il 20 maggio, sempre in applicazione della risoluzione 965, il *Rules Committee* ha tenuto la prima audizione da remoto mediante videoconferenza.

Le proposte dirette a introdurre il voto per delega e la sua successiva adozione da parte della Camera hanno alimentato un dibattito molto acceso, incentratosi in prevalenza sulla questione della conformità di tale sistema al testo costituzionale. Il *proxy voting*, infatti, benché rappresenti una modalità di voto a distanza meno problematica sul piano tecnico-procedurale rispetto al puro *remote voting* (in quanto *low-tech*), implicando una profonda ridefinizione del concetto di *presenza* è esposto a dubbi di costituzionalità analoghi a quelli sollevati in relazione a quest'ultimo.

In ambito dottrinale, alcuni studiosi hanno accolto positivamente la proposta di implementare un sistema temporaneo di *proxy voting*, ritenendolo in grado di porsi in una «*reasonable relation*» (v. *Ballin*) con l'obiettivo di preservare il ruolo costituzionale del Legislativo senza sacrificare la rappresentatività dell'istituzione e la trasparenza dei suoi procedimenti, ed evitando al contempo di incorrere nelle difficoltà che una soluzione *high-tech* avrebbe posto sul piano tecnico e della sicurezza⁵¹. In considerazione dell'autonomia normativa riservata alle Camere, interpretata estensivamente in *Ballin*, tale dottrina si è espressa a favore della costituzionalità del voto per delega e ha inoltre giudicato altamente probabile, nel caso di un'azione giudiziaria, una pronuncia di rigetto: ciò in ragione del contesto emergenziale, ma anche in applicazione dell'*enrolled bill rule* enunciata in *Field v. Clark* (1892)⁵², secondo cui i progetti di legge firmati dallo *Speaker* e dal Presidente *pro tempore* del Senato «*should be deemed complete and unimpeachable*» per eventuali vizi procedurali⁵³.

⁵¹ D.N. PEARLSTEIN, *Letter to Chairman McGovern on Remote Voting. Testimony 3*, in LARC, April 16, 2020, 2 s.

⁵² *Marshall Field & Co. v. Clark*, 143 U.S. 649 (1892). V. anche *Public Citizen v. U.S. Dist. Court for the Dist. of Columbia*, 486 F.3d 1342, 1350 (D.C. Cir. 2007), *cert. denied*, 552 U.S. 1076 (2007).

⁵³ In tal senso, E. CHEMERINSKY, *Letter from Dean Chemerinsky to Chairman McGovern*, May 13, 2020, consultabile sul sito del *Committee on Rules*, il quale, in ID., *Constitutional Law: Principles and Policies*, Wolters Kluwer, 2019, New York, p. 156, ricorda che spesso la Corte Suprema «*has held that congressional judgements pertaining to its internal governance should not be reviewed by the federal judiciary*».

Altri esperti hanno parimenti sostenuto la conformità del *proxy voting* ai vincoli costituzionali e ritenuto improbabile un suo annullamento in sede di *judicial review*, ma allo stesso tempo hanno criticato la proposta lamentando l'assenza di elementi sufficienti a giustificare la preferenza per questo sistema (definito comunque «*a step in the right direction*») rispetto al «*true*» *remote voting*. A loro avviso, infatti, esso affronterebbe le sue stesse sfide sul terreno della *cybersecurity* (ammettendo lettere di delega elettroniche e omettendo di precisare le procedure di invio delle istruzioni), sarebbe ugualmente esposto all'obiezione che solo i membri fisicamente contribuiscono al raggiungimento del *quorum* e, infine, costituirebbe una modalità di partecipazione ai lavori ancor meno aderente al «*normal in person work*» della Camera⁵⁴.

Un'altra parte della dottrina ha invece rinvenuto nella disciplina del *proxy voting* profili di incostituzionalità analoghi a quelli precedentemente evidenziati in relazione alla versione *high-tech* del *remote voting*. Essa ha infatti riproposto la tesi secondo la quale la lettera della Costituzione delimiterebbe l'autonomia normativa riconosciuta alle Camere nella determinazione del metodo di computo del *quorum*, richiedendo che per accertarne la sussistenza debbano essere conteggiati solo i parlamentari fisicamente presenti all'interno della Camera o del Senato⁵⁵. In tale prospettiva, la disposizione della risoluzione 965 secondo cui «*Any Member whose vote is cast or whose presence is recorded by a designated proxy [...] shall be counted for the purpose of establishing a quorum under the rules of the House*» rappresenterebbe dunque un «*Unconstitutional Oxymoron*»⁵⁶. D'altro canto, coerentemente, tale dottrina ha ritenuto che il ricorso al voto per delega non comporti una violazione della Costituzione nel caso in cui il requisito del *quorum* sia autonomamente soddisfatto dalla presenza fisica di una maggioranza dei membri nella *Half*⁵⁷.

Secondo alcuni sostenitori di quest'ultimo orientamento, il fatto che il *proxy voting* abbia precedenti nella Camera non lo renderebbe costituzionalmente più accettabile rispetto al puro *remote voting* (come era stato invece affermato nel rapporto del *majority staff* del *Committee on Rules*), poiché, oltre a non esserne mai stato consentito l'utilizzo nel *Plenum*, nelle Commissioni, dove è stato autorizzato dagli anni Settanta alla metà degli anni Novanta, soltanto i membri presenti potevano concorrere al raggiungimento del *quorum*⁵⁸.

⁵⁴ S.R. ANDERSON, M.L. TAYLOR, *Congress dawdles on Remote Voting*, in *Lanfare*, May 6, 2020. Le riflessioni contenute in questo intervento fanno riferimento alla prima risoluzione McGovern, pertanto è da ritenersi superato dalla successiva versione un ulteriore punto debole ivi individuato: il fatto che, non permettendo di votare su misure diverse da quelle connesse alla pandemia, essa avrebbe portato «*the House's other work to an effective halt. Notably, this would prevent using these rules to implement additional rules changes, meaning that the House would have to reconvene in the event that it found that the special procedures provided by the resolution were inadequate*» (*ibidem*).

⁵⁵ Cfr. M. STRAND, T. LANG, *Voting Present By Proxy is an Unconstitutional Oxymoron*, in congressionalinstitute.org, May 6, 2020; T. JIPPING, J. MALCOLM, *In History of Congress, House Democrats' New Proxy Voting Is Radical*, in heritage.org, May 29, 2020; J. WALLNER, *Proxy Voting and the Constitution*, in legislativeprocedure.com, May 28, 2020.

⁵⁶ Cfr. M. STRAND, T. LANG, *Voting Present*, op. cit. *Contra*, cfr. D.N. PEARLSTEIN, *Response Letter to Chairman McGovern on Remote Voting. Testimony 2*, in <https://larc.cardozo.yu.edu/faculty-testimony/2>, May 15, 2020.

⁵⁷ In tal senso, J. WALLNER, *House bill passed with proxy votes becomes law*, in legbranch.org, June 16, 2020.

⁵⁸ Così M. STRAND, T. LANG, *Voting Present*, op. cit., i quali ricordano che «*Deschler's Precedents shows that the "no measure is to be reported from any committee unless a majority of the committee was actually present when the measure was ordered reported."*» *This*

Nel 1995, l'abolizione del *proxy voting* nelle Commissioni⁵⁹ era stata motivata sulla base del rilievo che quel sistema disincentivasse la partecipazione ai lavori (in particolare da parte dei membri della maggioranza), minando in tal modo il carattere collegiale e l'indispensabile componente personale della cooperazione e della decisione parlamentare⁶⁰. Simili critiche sono state rivolte al sistema di *proxy voting* introdotto dalla risoluzione, visto come un precedente che nella non improbabile ipotesi di una futura normalizzazione rischierebbe di compromettere l'essenza sociale dell'istituzione congressuale e del processo deliberativo. In tale ottica, è stato espresso il timore che il voto per delega possa dissolvere la coesione delle Camere, «because there is pressure to be someplace else all the time, doing other things»⁶¹, e per tale via minare «Congress' already weakening place in the Constitution's balance of powers»⁶².

4. La politicizzazione del *proxy voting* alla prova della giustizia federale (*McCarthy v. Pelosi*)

Sul fronte politico, la decisione della maggioranza di accantonare l'iniziale approccio *bipartisan* per procedere senza ulteriori indugi all'adozione del nuovo sistema di voto ha innescato una reazione molto dura da parte dei repubblicani, i quali hanno votato in blocco contro la risoluzione, definita «the most significant power grab in the history of Congress»⁶³.

Il 26 maggio il *minority leader* McCarthy, alla testa di un nutrito gruppo di esponenti repubblicani della Camera e di loro elettori, ha intentato una causa federale nei confronti della *Speaker* Nancy Pelosi, del *Clerk* Cheryl Johnson e del *Sergeant-at-Arms* Paul Irving⁶⁴, allo scopo di far valere la presunta incostituzionalità del *proxy voting*⁶⁵.

Nel frattempo, i membri del *Grand Old Party* hanno deciso di boicottare il nuovo sistema di voto e hanno agitato il rischio di ulteriori colpi di mano dei loro avversari: «If the Democrats are successful in allowing a proxy

echoes Cannon's Precedents, a previous compilation of the precedents, which states: Recognition of voting proxies by standing committees is a matter to be respectively determined by each committee for itself, but proxies may not be counted to make a quorum». Diversamente, M. STERN, The Room, op. cit., ritiene che il requisito costituzionale del quorum non sia applicabile alle Commissioni, sicché la questione «is a matter of institutional policy, not constitutional law».

⁵⁹ La Rule XI, cl. 2(f) ora prevede che «A vote by a member of a committee or subcommittee with respect to any measure or matter may not be cast by proxy».

⁶⁰ Sul punto, cfr. C.M. DAVIS, *The Prior*, op. cit., p. 2.

⁶¹ R.W. SMOCK in N. FANDOS, *With Move To Remote Voting, House Alters What It Means for Congress to Meet*, in *The New York Times*, May 15, 2020.

⁶² M. STRAND, T. LANG, *Voting Present*, op. cit.

⁶³ K. MCCARTHY, T. COLE, R. DAVIS, *Republican Taskforce Members Joint Statement On Proxy Voting*, May 13, 2020, consultabile sul sito del *ranking member* del *Committee on House Administration* Rodney Davis.

⁶⁴ Ai sensi della risoluzione, il *Sergeant-at-Arms* è competente a determinare se «a public health emergency due to novel coronavirus is in effect»; a seguito della notifica di quest'ultimo, lo *Speaker* ha la facoltà di indire un «covered period» durante il quale è autorizzato il *proxy voting*; in base al regolamento, il *Clerk* è responsabile della conduzione dei *recorded vote* e delle *quorum call*.

⁶⁵ Consultabile su law360.com.

*vote to make their own rules, what stops them from making a rule that only certain people can vote, or certain members can only [have a] half-vote? Nothings*⁶⁶.

Per quanto le opinioni dottrinali a sostegno dell'incostituzionalità del *proxy voting* siano validamente argomentate e meritevoli di attenta considerazione, riteniamo di concordare con quegli studiosi⁶⁷ che nell'adesione alle stesse da parte dei repubblicani – ma anche, aggiungiamo noi, nell'azione giudiziaria da quelli intentata – hanno rinvenuto un tentativo strumentale di elevare a questione di legittimità costituzionale, radicalizzandolo, un dissenso dalle motivazioni profondamente politiche.

Tale stato di cose emergerebbe innanzitutto dal fatto che i membri che hanno accolto l'interpretazione più rigida della *Quorum Clause* per sostenere l'incostituzionalità del voto per delega non l'abbiano invece fatta valere contro il ricorso frequente (da ultimo anche per l'approvazione di misure di contrasto alla crisi sanitaria) a soluzioni procedurali che, come abbiamo evidenziato, sollevano dubbi di costituzionalità identici a quelli del *proxy voting*, se non addirittura più gravi (l'*unanimous consent* e il *voice vote*).

La volontà di politicizzare il tema della costituzionalità del *proxy voting* è inoltre ravvisabile in diverse dichiarazioni del *minority leader* volte chiaramente a mistificare i contenuti delle proposte del *Committee on Rules*, affermando ad esempio che il voto per delega deformerebbe la rappresentanza in quanto consentirebbe a un solo membro di cumulare trenta o più voti, privando della loro voce gli elettori dei parlamentari assenti⁶⁸.

Più precisamente, l'atteggiamento dei repubblicani può essere letto come un tentativo, inquadrabile nell'ormai consueto schema della *party polarization*⁶⁹, di trasformare il *proxy voting* e più in generale il tema della prosecuzione dell'attività delle Camere in tempo di pandemia in un terreno di scontro politico, al fine di marcare il più possibile le distanze dai democratici in vista dell'approssimarsi dell'*election day* dello scorso 3 novembre. In questa prospettiva, l'opposizione intransigente dei repubblicani nei confronti delle più avanzate proposte tendenti a salvaguardare la funzionalità delle Camere minimizzando i rischi per la salute pubblica (inclusa quella infine adottata, tutto sommato di portata modesta e strettamente limitata alla fase emergenziale) mirava a ricalcare le divisioni politiche sorte a livello nazionale in tema di gestione

⁶⁶ K. MCCARTHY, *House Republicans Hold Press Conference on Proxy Vote Lawsuit*, May 27, 2020, consultabile sul sito del leader repubblicano della Camera.

⁶⁷ S.R. ANDERSON, M.L. TAYLOR, *Congress dawdles*, op. cit.

⁶⁸ Cfr. le dichiarazioni riportate in EDMONDSON, E. COCHRANE, *House Democrats*, op. cit., e K. MCCARTHY, T. COLE, R. DAVIS, *Republican Taskforce*, op. cit.

⁶⁹ Sul tema, da ultimo, cfr. *ex pluribus* N. MCCARTY, *Polarization: What Everyone Needs to Know*, Oxford University Press, New York, 2019; J.E. CAMPBELL, *Polarized: Making Sense of a Divided America*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2018; B.D. WOOD, S. JORDAN, *Party Polarization in America: The War Over Two Social Contracts*, Cambridge University Press, Cambridge-New York, 2017; D.C. BAUMER, H.J. GOLD, *Parties, Polarization and Democracy in the United States*, Routledge, New York, 2016; S.M. THERIAULT, *Party Polarization in Congress*, Cambridge University Press, New York, 2008; B. SINCLAIR, *Party Wars: Polarization And the Politics of National Policy Making*, University of Oklahoma Press, Norman, 2006.

dell'emergenza sanitaria: in quei mesi, infatti, si assisteva alla sempre più radicale contrapposizione tra l'indirizzo prudenziale perseguito dai governatori democratici e promosso in prima linea dall'allora candidato presidenziale Joe Biden, imperniato sull'adozione delle restrizioni raccomandate dalla comunità scientifica, e la linea di azione maggiormente permissiva patrocinata dall'*incumbent* Donald Trump e sostenuta da gran parte dei repubblicani, sensibili all'insofferenza mostrata dalle frange più conservatrici dell'elettorato nei confronti delle misure di confinamento e delle più elementari pratiche di prevenzione. In aggiunta, è stato acutamente osservato come nel periodo pre-elettorale, da un punto di vista politico, i rappresentanti del *GOP*, a differenza di quelli democratici, non avessero alcun incentivo ad appoggiare soluzioni che restituissero alla Camera la massima operatività possibile, non avendo né una particolare agenda legislativa da perseguire, né un vero interesse all'esercizio di un efficace controllo politico sul "loro" Esecutivo⁷⁰. In tal senso, l'azione giudiziaria da essi intentata è apparsa palesemente orientata «*to slow down or cast doubt about action and oversight in the Democratic-controlled House*» e a screditare in campagna elettorale gli avversari che avevano fatto ricorso al *proxy voting*⁷¹.

Ad ogni modo, il risvolto giudiziario dell'asaperata politicizzazione del dibattito sul *proxy voting*, almeno finora, non ha prodotto il risultato sperato dai ricorrenti. Il 6 agosto 2020 il giudice Rudolph Contreras, del Tribunale distrettuale degli Stati Uniti per il distretto di Columbia, ha infatti rigettato la causa intentata dai repubblicani⁷², dando ragione a quella dottrina che aveva segnalato l'elevata probabilità di tale esito⁷³. Nel *compliant*, i ricorrenti avevano lamentato che la modifica regolamentare approvata e attuata dalla Camera fosse in contrasto con la *Quorum Clause*, la *Yeas and Nays Clause* (art. I, sez. 5, cl. 3, e sez. 7, cl. 2), la *non-delegation doctrine*⁷⁴ e la stessa struttura della Costituzione, sulla base del fondamentale assunto per cui il testo imporrebbe la presenza fisica dei membri all'interno delle Camere. Nella sua opinione, tuttavia, il giudice distrettuale ha ritenuto di non doversi nemmeno pronunciare sul merito del caso (oggetto di

⁷⁰ S.R. ANDERSON, M.L. TAYLOR, *Congress dawdles*, op. cit.

⁷¹ Così N. ORNSTEIN in anche A. KRAGIE, *GOP Proxy Voting Challenge Faces Long Odds In Courts*, in [law360.com](https://www.law360.com), May 29, 2020.

⁷² *McCarthy et al. v. Pelosi et al.*, No. 1:2020cv01395 - Document 31 (D.D.C. 2020). A commento della decisione, cfr. W. FORD, *What's in the D.C. District Court's Proxy Voting Decision?*, in *Lanfare*, August 17, 2020.

⁷³ Per ulteriori opinioni dottrinali in tal senso, cfr. anche A. KRAGIE, *GOP Proxy*, op. cit., il quale riporta i pareri riguardo alla causa intentata dai repubblicani espressi da T.L. GROVE (secondo cui le Corti sono «*skeptical of legislative standing when the case is brought by individual legislators or a small group*»), e in ogni caso è probabile che i giudici applichino la *political question doctrine*, M.H. REDISH (per il quale i ricorrenti «*must know this cannot succeed, for a whole bunch of reasons. The courts could choose any one of those reasons to throw this suit out [...] This complaint must be political grandstandings*»), N. ORNSTEIN (secondo cui «*It is such a hornet's nest to get into adjudicating congressional rules, [especially] in the midst of a pandemic [...] Even with a very jaundiced view of five Supreme Court justices who seem to me to be more Republican justices than anything else, I would be still quite stunned if they ruled for McCarthy*»).

⁷⁴ Sulla *non-delegation doctrine*, da ultimo, cfr. *ex pluribus* K.E. WHITTINGTON, J. IULIANO, *The Mith of the Nondelegation Doctrine*, 165 U. Pa. L. Rev. 379 (2017); W.K. KELLEY, *Justice Scalia, the Nondelegation Doctrine, and Constitutional Argument*, 92 Notre Dame L. Rev. 2107 (2017); I. WURMAN, *Constitutional Administration*, 69 Stan. L. Rev. 359 (2017).

lungo dibattito nell'udienza del 24 luglio)⁷⁵, salvo che per un breve ma significativo passaggio in cui ha riaffermato il principio chiave secondo il quale «*the House unquestionably has the authority, under the Constitution, to 'determine the Rule of its Proceedings'*»⁷⁶. Egli ha infatti accolto la mozione di rigetto presentata dalla difesa, stabilendo che la *Speaker* e gli altri funzionari convenuti fossero «*immune from suit under the Speech or Debate Clause of the Constitution*» (art. I, sez. 6)⁷⁷. In passato, tale clausola è stata interpretata dalla Corte Suprema (*Gravel v. United States*)⁷⁸ e dalla Corte d'Appello per il Distretto di Columbia (*Consumers Union v. Periodical Correspondents' Association*)⁷⁹ nel senso di riconoscere ai membri, ai funzionari e agli assistenti del Congresso un'immunità assoluta dai procedimenti civili limitatamente ai «*legislative acts*». Individuato in *Consumer Union* il precedente vincolante, la Corte distrettuale ha riconosciuto di poter concepire «*few other actions, besides actually debating, speaking, or voting, that could more accurately be described as "legislative" than the regulation of how votes may be cast*»⁸⁰. La risoluzione 965, pertanto, è stata ritenuta rientrante nella sfera degli atti protetti dalla *Speech or Debate Clause*.

Nel fondare interamente su queste basi la decisione di rigetto, la Corte non ha ritenuto necessario risolvere la questione relativa alla legittimazione dei ricorrenti ad agire in giudizio. In proposito, richiamando il precedente *Michel v. Anderson* (1993), i *plaintiff* avevano tentato di dimostrare di aver subito un danno formulando la teoria secondo cui «*the inescapable mathematical result of H. Res 965 is the dilution of voting power of those Members who have not been given (or, like the Representative Plaintiffs, refuse to accept) proxies [...] H. Res. 965 also dilutes the voting power of individual voters in those Members' congressional districts*»⁸¹. Di contro, i *defendant*

⁷⁵ Per un resoconto sommario dell'udienza dibattimentale (svoltasi da remoto, per telefono), cfr. A. KRAGIE, *Quick Action Promised in House Proxy Voting Fight*, in lan360.com, July 24, 2020.

⁷⁶ *McCarthy et al. v. Pelosi et al.*, No. 1:2020cv01395 - Document 31 (D.D.C. 2020), p. 17.

⁷⁷ Ivi, p. 1. L'art. I, sez. 6 della Costituzione prevede che «*for any Speech or Debate in either House, [the Senators and Representatives] shall not be questioned in any other Place*».

⁷⁸ *Gravel v. United States*, 408 U.S. 606 (1972). Secondo la Corte Suprema, un atto è legislativo quando forma «*an integral part of the deliberative and communicative processes by which Members participate in committee and House proceedings with respect to the consideration and passage or rejection of proposed legislation or with respect to other matters which the Constitution places within the jurisdiction of either House*» (625).

⁷⁹ *Consumers Union of United States, Inc. v. Periodical Correspondents' Association, an Unincorporated association et al.*, Appellants, 515 F.2d 1341 (D.C. Cir. 1975). In tale pronuncia è stato chiarito che l'implementazione delle regole interne da parte dei funzionari del Congresso rientra «*within 'the sphere of legislative activity'*» protetta dalla *Speech or Debate Clause* (1350).

⁸⁰ *McCarthy et al. v. Pelosi et al.*, No. 1:2020cv01395 - Document 31 (D.D.C. 2020), p. 17. La Corte riconosce che «*The implications of the broad immunity conferred by the clause, while important for ensuring an independent legislative body, may be troubling*» (17, nota 6) (profilo enfatizzato dai ricorrenti, preoccupati per la protezione che la clausola avrebbe potuto accordare a ipotetiche regole interne di contenuto discriminatorio), e in proposito cita una pronuncia in cui la Corte Suprema qualifica la clausola come «*a very large, albeit essential, grant of privilege*» (*United States v. Brewster*, 408 U.S. 501 (1972), 516).

⁸¹ *McCarthy et al. v. Pelosi et al.*, No. 1:2020cv01395 - Document #1 filed 05/26/20 (D.D.C. 2020), pp. 32 s., consultabile su courtlister.com. In base alla teoria formulata dai ricorrenti, nell'ipotesi in cui 200 membri votassero di persona e altri 50 per delega, il potere di voto di ciascun membro fisicamente presente diminuirebbe da 1/200 a 1/250. Essi si richiamano al precedente *Michel v. Anderson*, 817 F. Supp. 126 (D.D.C. 1993), in cui la Corte, chiamata a pronunciarsi sulla costituzionalità di una disposizione del regolamento della Camera che permetteva ai delegati del Distretto di Columbia e dei territori (Samoa Americane, Guam, Porto Rico e Isole Vergini) di votare nel *Committee of the Whole House*,

avevano negato la validità di tale teoria e affermato che, anche qualora fosse stata valida, i ricorrenti sarebbero stati parimenti carenti di legittimazione attiva, in base a quanto precisato dalla Corte Suprema in *Raines v. Byrd* (1997)⁸². Su questo punto, il giudice si è limitato a formulare alcune osservazioni: da un lato, ha ammesso di non aver rinvenuto «*any case adopting Plaintiffs' theory*»⁸³ e di dubitare che «*Members should be entitled to any more than 1/435th share of the voting power in the House*»⁸⁴; dall'altro, ha riconosciuto che nonostante «*many portions of Raines suggest that this case falls within its logic [...] the Court cannot contradict circuit precedent because Michel was not necessarily eviscerated by Raines*»⁸⁵ (riguardando quest'ultimo un conflitto non *intra* ma *inter*potere).

Il 7 agosto 2020, il giorno successivo alla decisione della Corte distrettuale, i ricorrenti hanno presentato ricorso dinanzi alla *U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit*. Fin da allora, tuttavia, era chiaro che la strada da percorrere per ottenere un *reversal* di quella pronuncia sarebbe stata impervia: per avere una possibilità di discutere il caso nel merito, i *plaintiff* avrebbero infatti dovuto preliminarmente dimostrare con successo sia la non applicabilità della *Speech or Debate Clause*, sia la loro legittimazione ad agire, convincendo i giudici che la propria teoria della diluzione del voto fosse nel solco dei precedenti *Michel* e *Vander Jagt v. O'Neill*, e che questi ultimi non fossero stati sconfessati da *Raines*⁸⁶.

Ad oggi (marzo 2021) il caso è ancora in corso di considerazione presso la Corte d'Appello, ma quanto emerso nell'udienza dibattimentale del 2 novembre 2020 (svoltasi da remoto, in videoconferenza)⁸⁷ fa ancor più presagire un esito analogo al precedente grado di giudizio. In effetti, durante l'udienza i tre giudici del *panel* (Sri Srinivasan, Judith Rogers e Justin Walker) si sono soffermati solo brevemente sulle

umentando il numero dei votanti da 435 a 440, ha ritenuto che i rappresentanti ricorrenti fossero legittimati a lamentare in giudizio una diluzione del loro potere di voto (da 1/435 a 1/440).

⁸² *McCarthy et al. v. Pelosi et al.*, Case 1:20-cv-01395-RC - Document #15 filed 06/19/20 (D.D.C. 2020), pp. 35 ss. In *Raines v. Byrd*, 521 U.S. 811 (1997), la Corte Suprema ha affermato che la «*dilution of institutional legislative power*» lamentata da sei legislatori intenzionati a far valere l'incostituzionalità del *Line Item Veto Act* non attribuiva loro legittimazione attiva, in quanto non erano stati «*singled out for specially unfavorable treatment as opposed to other Members*» e il loro «*claim of standing [was] based on a loss of political power, not a loss of any private right, which would make the injury more concrete*» (821).

⁸³ *McCarthy et al. v. Pelosi et al.*, No. 1:2020cv01395 - Document 31 (D.D.C. 2020), p. 7. La Corte distrettuale distingue il caso in esame dai precedenti in cui si è affermato che i legislatori hanno legittimazione ad agire per contestare la diluzione del proprio voto (*Michel v. Anderson*, ma anche *Vander Jagt v. O'Neill* e *Skaggs v. Carle*): mentre in questi ultimi il potere di voto di ciascun membro è definito «*relative to the entire congressional body*», nel primo esso è misurato dai ricorrenti rispetto al numero dei membri fisicamente presenti in una certa votazione (ivi, pp. 7 s.).

⁸⁴ La Corte aggiunge infatti che «*one could argue that choosing to abstain or to be entirely absent for a particular vote are methods of expressing that share of congressional power; it is not clear that Members should be subtracted from the denominator when they are not presents*» (ivi, p. 8).

⁸⁵ Ivi, p. 13.

⁸⁶ In proposito, cfr. W. FORD, *What's*, op. cit., ad avviso del quale «*to prevail on appeal and secure a reversal of the district court decision, the plaintiffs must accomplish a Herculean task*».

⁸⁷ La registrazione può essere ascoltata su [courtlistener.com](https://www.courtlistener.com). Sull'udienza, cfr. K. ATKINSON, *DC Cir. Wary Of House GOP Suit Against Proxy Votes*, in [law360.com](https://www.law360.com), November 2, 2020; W. FORD, *On Appeal, House Republicans Press Forward With Legal Challenge to Proxy Voting*, in *Lawfare*, November 16, 2020.

questioni di merito, mentre hanno rivolto grande attenzione ai temi della sindacabilità del caso *McCarthy* e della legittimazione ad agire, per giunta obiettando a diversi argomenti addotti dai ricorrenti.

Così, ad esempio, il giudice Srinivasan ha respinto la tesi dei *plaintiff* secondo cui la *Speech or Debate Clause* immunizzerebbe i rappresentanti che hanno approvato la risoluzione, ma non anche i responsabili della sua implementazione: a suo avviso, infatti, la distinzione tra atti legislativi, protetti dalla clausola, e atti di esecuzione, sprovvisti di questa tutela (si vedano *Kilbourn v. Thompson*, *Dombrowski v. Eastland* e *Powell v. McCormack*), non si sarebbe potuta applicare al caso in esame, concernente una condotta che gli sembrava parte integrante del procedimento legislativo.

Ma soprattutto, i giudici sono sembrati convergere sulla principale tesi dei *defendant* per la quale, a meno che le Camere non adottino regole discriminatorie, in via generale le Corti federali dovrebbero evitare di interferire negli affari interni del Congresso. In tal senso possono leggersi le osservazioni della giudice Rogers, che ha sottolineato l'importanza del potere delle Camere di modificare discrezionalmente le proprie regole per adeguarle alle esigenze del momento, e in particolare i rilievi formulati dal giudice Walker. Quest'ultimo, ritenendo di trovarsi di fronte al classico caso in cui «*one group of politicians is sparring with another group of politicians and they want a federal court to pick a side*», ha sostenuto la non giustiziabilità del caso sulla base del principio secondo cui «*this Court, no court, is supposed to be an instrument of partisan warfare*». In conclusione, riteniamo assai probabile che anche la Corte d'Appello mostrerà deferenza nei confronti dell'autonomia normativa della Camera, respingendo il tentativo dei ricorrenti di trascinare il giudiziario in una disputa di carattere essenzialmente politico. Una pronuncia in tal senso, oltre a preservare il *proxy voting* e, con esso, l'operatività dell'Assemblea in tempo di pandemia, potrebbe altresì anticipare una futura indisponibilità delle Corti federali a giudicare la costituzionalità di forme di *remote voting* tecnologicamente più avanzate.

Del resto, i primi passi in direzione dell'adozione di una soluzione *high-tech* sono stati già compiuti. Il 10 novembre 2020, in ottemperanza alla sezione 5(a) della risoluzione 965, lo staff dell'*House Committee on Administration*, sulla base delle risultanze acquisite tramite l'audizione di ex *Speaker* di esperti informatici, e un'analisi delle procedure adottate da altre Assemblee, ha pubblicato un *report*⁸⁸ nel quale giunge alla conclusione che «*operable and secure technology exists to permit the House to conduct remote votings*», pur ammettendo che «*such a tool could be developed to further establish its flexibility and resiliency to operate during the pandemic*»⁸⁹. Il rapporto valuta il *remote voting* in termini molto positivi, quale rimedio potenzialmente in grado non solo di ridurre ulteriormente i rischi per la salute di rappresentanti e staff, ma anche di migliorare l'efficienza

⁸⁸ COMMITTEE ON HOUSE ADMINISTRATION, *Staff report on feasibility of remote voting in the United States House of Representatives pursuant to house resolution 965*, § 5, November 10, 2020, consultabile sul sito della Commissione.

⁸⁹ Ivi, p. 17.

dei lavori della Camera: in effetti, mentre da un lato riconosce che il *proxy voting* ha dato una buona prova di sé, dall'altro, nondimeno, osserva che «*other important safety protocols, such as voting in groups and limiting the number of Members on the Floor at one time, have increased the amount of time it takes to conduct Floor votes*»⁹⁰.

In attesa della pronuncia della Corte d'Appello (non ancora calendarizzata) e delle conseguenti scelte delle parti, che potrebbero accettarla, presentare una *petition for en banc review* o appellarsi alla Corte Suprema, il perdurare della pandemia ha indotto la *Speaker* della Camera ad autorizzare numerose proroghe del *covered period*. Da una recente analisi⁹¹ emerge che fino al termine del 116° Congresso i rappresentanti che si sono avvalsi del voto per delega almeno una volta sono stati 186, di cui 179 democratici (pari al 75% del *caucus*) e 7 repubblicani, i quali hanno in tal modo disobbedito al boicottaggio dello strumento deciso dal proprio gruppo. Tale strappo è stato consumato in gran parte da membri non rieletti alle elezioni del 3 novembre 2020, i quali, presumibilmente, hanno ritenuto di non avere nulla da perdere nell'utilizzarlo durante le ultime settimane del proprio mandato.

Poiché tra i dissidenti figuravano anche due firmatari della causa intentata per far valere l'incostituzionalità del *proxy voting*⁹², non sono mancate ripercussioni sul caso *McCarthy v. Pelosi*. Il 23 dicembre 2020 il *General Counsel* della Camera Douglas Letter, principale difensore dei convenuti, ha infatti colto l'occasione per depositare presso la cancelleria della Corte una notifica⁹³ nella quale ha indicato la condotta di quei due senatori come un'ulteriore prova del difetto di legittimazione attiva dei ricorrenti: «*The decision by two plaintiffs to vote remotely further refutes the claim that the rules discriminate against plaintiffs. This case is an abstract dispute over rules that do not affect plaintiffs in a concrete and particularized way. It does not belong in courts*». Sul piano sostanziale, Letter ha inoltre evidenziato che le ragioni della scelta di avvalersi del *proxy voting* addotte da uno dei due dissidenti, ossia «*to participate in key legislation without risking his family's health*», non farebbero altro che confermare «*the compelling interests that led the House to adopt the rules – permitting the House to conduct its business safely during a crisis while maximizing representation in Congress*»⁹⁴.

Il 4 gennaio 2021, durante la seconda seduta del 117° Congresso, la Camera dei Rappresentanti (ancora a maggioranza democratica) ha adottato il Regolamento della legislatura precedente, confermando anche la disciplina del *proxy voting*⁹⁵. Lo stesso giorno, la *Speaker* Nancy Pelosi ha indetto un nuovo *covered period*.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ J. GODE, M.E. REYNOLDS, *With House Republicans flouting COVID-19 guidelines, proxy voting remains an essential option*, in *Brookings*, January 12, 2020.

⁹² I senatori Greg Gianforte (R-Mont.) e Paul Mitchell (R-Mich.).

⁹³ U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES OFFICE OF GENERAL COUNSEL, Case #20-5240 Document #1877096 Filed: 12/23/2020, December 23, 2020, in law360.com.

⁹⁴ *Ivi*, pp. 1 s.

⁹⁵ H. Res. 8, *Adopting the Rules of the House of Representatives for the One Hundred Seventeenth Congress, and for other purposes*, 117th Congress (2021-2022), consultabile sul sito del Congresso. Cfr. altresì CONGRESSIONAL RECORD - HOUSE, *Remote Committee Proceedings regulations pursuant to House Resolution 8, 117th Congress*, Vol. 167, No. 2, January 04, 2021, pp. H41 s.,

Alla metà di marzo 2021, risultano attive 46 lettere di delega⁹⁶. Tra le poche modifiche apportate al voto per delega si segnalano la disapplicazione della sezione 4(b) della risoluzione 965 («*Limitations on Business Meeting*») e soprattutto la disposizione che, ricollegandosi alle conclusioni del *report* del *Committee on Administration* del 10 novembre 2020, impegna il Presidente di quest'organo, in consultazione con il *ranking minority member*, a identificare e a trasmettere allo *Speaker*, oltre che al Presidente e al *ranking minority member* del *Committee on Rules*, «*specific operable and secure technology that may be used to conduct remote voting in the House and shall provide certification of such submission to the House as though pursuant to section 5(a)*». In quest'ultima previsione, in parte pleonastica e in parte di specificazione rispetto al contenuto della sezione 5(a) della precedente risoluzione, ci sembra di poter leggere una riaffermazione della volontà della maggioranza della Camera di compiere i passi necessari per addivenire all'adozione di una versione integrale di voto da remoto.

Ove riuscisse ad assicurare *standard* elevati di affidabilità e di sicurezza, una tale soluzione metterebbe al servizio della continuità e dell'integrità della composizione numerica e politica della Camera i più recenti ritrovati della tecnologia digitale, facendone il veicolo di una partecipazione maggiormente *sostanziale* dei membri impossibilitati in via provvisoria a essere fisicamente presenti nella sede di *Capitol Hill*: vale a dire una partecipazione certamente *immediata* e *diretta*, ma anche in grado di consentire ai singoli rappresentanti virtualmente presenti di prendere effettivamente parte a *tutti* i momenti attraverso cui si snoda il processo deliberativo, e dunque non più soltanto alla mera espressione del voto (o alla registrazione della presenza). In altri termini, salvo inaspettate pronunce giurisdizionali dirette a restringere l'autonomia dei due rami del Congresso cristallizzando la nozione costituzionale di presenza nel suo significato originario, un sistema di *remote voting* opportunatamente congegnato (ancor più se supportato da un auspicabile, ma al momento improbabile, consenso *bipartisan*) permetterebbe senza dubbio di «proteggere la democrazia rappresentativa»⁹⁷, preservando nella massima misura possibile nelle attuali circostanze la natura sociale dell'istituzione parlamentare e, al contempo, la sua fondamentale funzione di *counterweight* dell'Esecutivo.

consultabile *ivi*; CONGRESSIONAL RECORD - HOUSE, *Remote voting by proxy regulations pursuant to House Resolution 8, 117th Congress*, Vol. 167, No. 2, January 04, 2021, pp. H42 s., consultabile *ivi*.

⁹⁶ Le deleghe in corso sono verificabili sul sito del *Clerk*.

⁹⁷ F. CLEMENTI, *Proteggere*, op. cit., pp. 216 ss.