

## L'elezione presidenziale negli Stati Uniti d'America (2020): la quiete dopo la tempesta

di Roberto Toniatti

1. – La quarantaseiesima elezione presidenziale negli Stati Uniti d'America è destinata a rimanere connotata nella storia costituzionale dell'ordinamento – almeno per qualche tempo – per numerosi profili formali e sostanziali del tutto anomali, singolari ed anzi atipici.

Tali profili – che sono, in parte, di natura sistematica mentre, per altra parte, risultano invece strettamente legati alle circostanze peculiari della vicenda elettorale in esame – si rivelano essere di rilevante interesse per il costituzionalista e il comparatista e consentono di trarre spunto dalla competizione del 2020 per porre in evidenza quanto il contesto politico contingente condizioni la sopravvivenza del testo della Costituzione del 1789 (con i suoi XXVII emendamenti, i quali – con l'eccezione dei tre *Civil War Amendments*, ne costituiscono però un aggiornamento di portata sostanziale in fondo contenuta) e, detto altrimenti, quanto la solidità della *living Constitution*, ovvero il diritto costituzionale statunitense *mainstream* in vigore, sia dipendente dal contesto politico.

Sin da questi primi rilievi, infatti, occorre osservare come non soltanto il sistema istituzionale e lo scontro fra i candidati presidenziali e i due maggiori partiti ma, in misura ben percettibile, anche l'elettorato in generale sia stato direttamente investito dal contesto di marcata polarizzazione ideologica che da tempo è in fase di incremento. Non è un caso se la formula da più parti utilizzata per descrivere tale contesto sia quella di *culture war*.

Il riferimento è alle dinamiche politiche che hanno segnato la competizione elettorale, la celebrazione del voto (3 novembre 2020), la determinazione del suo risultato (7 novembre 2020, data del primo discorso ufficiale del *President Elect Biden*), la configurazione della inusuale fase post-elettorale – di certo sino all'espressione del voto da parte dell'*Electoral College* (14 dicembre 2020) infestata da temerarie iniziative giudiziarie volte ad un ribaltamento dell'esito delle urne – e con tutte le incognite ancora aperte in vista dell'*Inauguration Day* (20 gennaio

2021) e dell'effettivo insediamento del Presidente Joe (Joseph) R. Biden e della Vice Presidente Kamala D. Harris.

Al centro della vicenda elettorale si colloca, dunque, il fenomeno di un esteso ed intenso disagio – non esente da aree di livore sociale anti-sistema e di rabbia potenzialmente violenta – di considerevoli settori della popolazione e la capacità di uno spregiudicato uomo d'affari – Donald J. Trump – di intercettarlo e sfruttarlo per modellare su di esso l'origine del proprio successo politico all'interno del partito repubblicano e della propria ascesa istituzionale con la candidatura alla presidenza e con la vittoria elettorale nel 2016.

In proposito, infatti, si deve ricordare che il fenomeno in parola non nasce con Trump ed è destinato a proseguire dopo la sua prima ed unica presidenza. Trump ne ha certamente ed efficacemente agevolato l'ulteriore manifestazione e, soprattutto, la sua traduzione in termini elettorali al termine della campagna elettorale del 2016, anche in ragione dell'insistenza sull'identificazione della sua avversaria (Hillary Clinton) con l'*establishment* politico ed istituzionale (il *Washington consensus*) contro il quale quel disagio sociale ha avuto modo di aggregarsi, benché – com'è ben noto – il voto popolare a favore della candidata del partito democratico fosse risultato numericamente superiore a quello di Trump ma non fosse stato espresso negli stati dotati di un maggior numero di seggi nell'*Electoral College*.

Occorre ricordare anche come le elezioni si siano tenute nel pieno dell'emergenza sanitaria causata dalla pandemia, circostanza che si è riflessa sul fenomeno di riforme parziali della legislazione in materia elettorale da parte degli stati, facendo anche ricorso a fonti e procedimenti irrituali (classificate come illegittime da parte del fronte trumpiano perdente ma avallate dalla giurisprudenza *ad hoc*) e che, di conseguenza, ha determinato un forte incremento della partecipazione al voto anche attraverso le modalità del voto per corrispondenza e del voto in assenza (*absentee voting*) e con altre modifiche, quali una diversa dislocazione dei seggi elettorali (*official polling stations*).

In proposito è dato registrare una differenziazione ancora più marcata della disciplina elettorale degli stati di quanto non sia già un dato tipico dell'ordinamento: le variazioni hanno riguardato, ad esempio, i giorni di ritardo ammessi per l'arrivo delle schede (peraltro con la data di invio chiaramente riscontrabile) rispetto alla chiusura dei seggi, la contemporaneità dello scrutinio delle schede votate in presenza ovvero inviate per posta ed altre questioni.

Gli esiti finali della tipologia delle schede scrutinate (*total early votes: 101,453,111 in-person, 35,811,062 Mail, 65,642,049 Ballots Returned, 26,576,729 Mail Ballots Outstanding*) offerti dal sito *United States Elections Project* della Università della Florida ([electproject.github.io/Early-Vote-2020G/index.html](https://electproject.github.io/Early-Vote-2020G/index.html)) sono indicativi della composita realtà statunitense della disciplina in materia elettorale che garantisce la relativa competenza agli stati (con l'eccezione dei contenuti che, nella stessa materia, le *implementation clauses* degli emendamenti costituzionali riservano invece alla legislazione federale).

In proposito, l'osservatore di formazione europeo continentale deve fare uno sforzo aggiuntivo di conoscenza e comprensione giacché inevitabilmente portato a leggere questa pagine dell'ordinamento statunitense con le proprie categorie concettuali che risultano inapplicabili in questo contesto, sia federale che statale; altrettanto deve dirsi anche per quanto concerne l'assenza di una lista elettorale permanente, con l'obbligo di registrazione quale condizione per poter votare in ciascuna elezione e, in taluni casi, con l'onere di dichiarare il partito per il quale s'intende votare anche in occasione delle votazioni primarie per la scelta dei candidati (ad esempio, lo stesso sito sopra citato riporta, con riguardo agli stati che prevedono la registrazione con indicazione di partito, i seguenti dati: democratici 22,250,979 (44,8%), repubblicani 15,168,587 (30.5%), partiti minori 337,192 (0,7%), nessuna affiliazione di partito 11,912,722 (2.4%) per le elezioni del 2020).

2. – Fra i profili rilevanti di natura sistematica dell'ordinamento costituzionale statunitense che la recente esperienza elettorale pone in rilievo per criticità non marginali occorre dedicare un primo ordine di considerazioni al ruolo dell'*Electoral College*.

È la configurazione strutturale di quest'organo, infatti che consente il verificarsi delle condizioni per le quali il voto popolare considerato unitariamente nel contesto federale (o *national*) sia solo un dato statistico del tutto irrilevante quanto alla determinazione dell'esito del voto, che dipende esclusivamente dalla ripartizione dei "seggi" nell'organo collegiale.

L'elezione del 2016, già richiamata, aveva prodotto un forte divario fra il voto popolare a favore di Hillary R. Clinton quale candidata del partito democratico (destinataria di 59,814,018 voti, pari al 48,2%) e quello, inferiore, conferito a Trump (59,621,678 voti, pari al 46.1%, con il 4,3% conferito ad altri due candidati Johnson e Stein), divario riprodotto inversamente nel numero di seggi ripartiti nell'*Electoral College* (rispettivamente, 227 e 304).

Lo stesso risultato si è prodotto soltanto cinque volte nel corso della storia degli Stati Uniti come - più di recente - nel confronto fra Al Gore (48,4%) e George W. Bush (47.9%), con un margine a favore di quest'ultimo di 5 voti in più nell'*Electoral College* ottenuti grazie alla sentenza della Corte Suprema in *Bush v. Gore*, adottata a stretta maggioranza di 5 a 4 (sulla sentenza cfr. il Forum DPCE su *Le elezioni presidenziali USA*, 2001, n. 1, con contributi di G.F. Ferrari, A. Gratteri, D. R. Miller, G. Pasquino, M. Patrono, G. Recchia, A. Reposo, R. Toniatti; in proposito si vedano anche le recenti acerrime critiche in Michael J. Klarman, *The Degradation of American Democracy – and the Court*, in *Harvard Law Review*, 2020, 211 ss.)

Occorre anche osservare come, sino a tempi recentissimi, la natura vincolante del voto dei cittadini negli stati nei confronti dei componenti statali in seno all'*Electoral College* non fosse definita. In assenza di fonti scritte (ovviamente degli stati) e in ragione di una giurisprudenza statale non frequente e non sempre univoca, la forza vincolante del voto popolare sui *Presidential Electors* si è a lungo risolta sul piano delle *conventions of the Constitution* ovvero, secondo quanto stabilito

dalla Corte Suprema, della prassi reiterata (si veda *Peter B. Chiafalo, Levi Jenet Guerra, and Esther Virginia John, Petitioners v. Washington*, No. 19–465, decisione del 6 luglio 2020, su cui R. Toniatti, *La Corte suprema conferma la sanzionabilità dei componenti “infedeli” dell’Electoral College presidenziale*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, 2020).

Ben più difficile intervenire sull’*Electoral College* attraverso una revisione costituzionale: esso, infatti, benché si configuri come organo non permanente ma che si costituisce ogni quattro anni con l’unica funzione di procedere all’elezione del Presidente e il Vice Presidente, è previsto e disciplinato dalla Costituzione federale (tuttavia, per l’indicazione di proposte volte ad introdurre un’elezione popolare senza una previa revisione costituzionale cfr. R. W. Bennett, *Chi elegge il Presidente degli Stati Uniti?*, Milano, 2006, 319 ss., trad. italiana di *Taming the Electoral College*, Stanford, 2006; e il recente A. Keyssar, *Why Do We Still Have the Electoral College?*, Cambridge, 2020).

Esso riveste un significato sistematico molto importante nel contesto delle origini della Costituzione federale in quanto destinato a riflettere la natura composta e interstatale dell’ordinamento federale ed è da annoverare nell’ambito dei “residui contrattualistici” del *pactum foederis* del 1789 (si è scritto: “il difetto di fondo del sistema dell’*Electoral College*: la sua incoerenza relativa con la radicale trasformazione del contesto sistemico nel quale si trova da tempo inserito”, così C. Fusaro, in *Presentazione* di R. W. Bennett, *op. cit.*, XVII).

Giova appena ricordare che, sia pure con modalità diverse, anche l’ordinamento regionale italiano (il Parlamento in seduta comune integrato da delegati regionali) e l’ordinamento federale tedesco (un organo da attivare *ad hoc*, il *Bundesversammlung*) hanno previsto la partecipazione delle rispettive autonomie politiche territoriali (Regioni e Regioni speciali, art. 83 Cost. it. e *Länder*, art 65 GG) all’elezione del capo dello Stato.

Ma, nel caso statunitense, la fonte costituzionale va al di là della funzione in fondo prevalentemente simbolica di riflettere gli stati membri: ed infatti, in base sia all’art. 2, comma 3 della Costituzione federale sia al XII emendamento del 1804 (che ha sostituito la disposizione originaria) si prevede che, qualora i *Presidential Electors* non riescano ad aggregare una maggioranza, la funzione elettorale sia di diritto trasferita alla *House of Representatives* per l’elezione del Presidente e al *Senate* per il Vice Presidente, ma che in questa ipotesi ciascuna Camera disponga solo di un voto unitario: tutti i rappresentanti e tutti i senatori, in altre parole, sono tenuti a comportarsi come delegazione di stato in una conferenza diplomatica.

Non si deve dimenticare che il sistema fondato sugli *Articles of Confederation* era privo di un organo esecutivo e tale innovazione non mancava di suscitare perplessità e timori alla vigilia della transizione verso “*a more perfect union*”, secondo quanto dice il preambolo della Costituzione del 1789. Sicché anche l’*Electoral College* - al quale è attribuita dalla Costituzione la funzione di elezione del Presidente - si qualifica come uno degli istituti di compensazione fra la perdita di sovranità e l’acquisizione di poteri di partecipazione alla composizione degli organi federali e all’esercizio delle rispettive funzioni. In proposito si è sostenuto,

infatti, che «it was [...] one of the keys to the future of republican government as well as to the place of the states in the Union» (così in C. Rossiter, 1787 *The Grand Convention*, New York and London, 1987, 198 ss.); e giova ricordare come già J. Madison avesse qualificato l'organo e il procedimento elettorale come tale da essere “*of a mixed character, presenting at least as many federal as national features*”, ne *The Federalist Papers*, No. 39 (corsivo originale).

3. – Un altro profilo sistematico dell'ordinamento statunitense le cui criticità sono state poste in evidenza non solo dalla campagna elettorale del 2020 ma dal fenomeno in sé del trumpismo – sin dalla campagna del 2016 e, ininterrottamente, per tutta la presidenza – si rinviene, a nostro giudizio, nel condizionamento che il sistema politico, date certe circostanze, può esercitare sull'architettura costituzionale fondata sui principi portanti di separazione dei poteri e di *checks and balances*.

In proposito giova richiamare una felice risalente intuizione di uno studioso italiano – G. U. Rescigno –, secondo il quale il Presidente degli Stati Uniti, più che essere un capo di stato, è in realtà un capo di governo cui sono attribuite anche le funzioni che, negli ordinamenti nei quali la figura distinta di capo dello stato esiste formalmente, sono attribuite a quest'ultimo.

Questa ricostruzione è un'ottima premessa sistematica per una trattazione comparata della forma di governo presidenziale che, a nostro modesto giudizio, non è una categoria scientifica autonoma giacché essa non è in grado di accogliere in sé altre esperienze diverse da quella statunitense quale sviluppata nel corso degli oltre duecento anni di storia (di certo non quelle dell'America latina cui pure si attribuiscono tratti di imitazione e mera assonanza, né, a maggior ragione, le forme di governo semipresidenziale); in senso conforme A. Di Giovine, *Forme di governo*, in A. Di Giovine, A. Algotino, F. Longo, A. Mastromarino (a cura di), *Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Milano, 2017, 79 ss.

In realtà, è la forma di governo presidenziale che, anche dal punto di vista formale della Costituzione scritta, è idonea a rientrare, in qualità di *species*, nella categoria della forma di governo dualista – accanto alla sua diretta matrice storica del XVIII secolo, ossia la forma di governo britannica –, caratterizzata dalla presenza di due circuiti politici separati e reciprocamente indipendenti di legittimazione elettorale: le elezioni sono in parte contestuali ma distinte e parallele e – ciò che più conta – il Congresso non può essere sciolto anticipatamente dal Presidente ed esso stesso non può rimuovere il Presidente prima del mandato quadriennale, salvo l'ipotesi di *impeachment* che rimane però ben distinta da ogni figura di sfiducia o censura politica, con conseguente obbligo di dimissioni, secondo la *ratio* tipica delle forme di governo parlamentare.

Ma, a differenza dello sviluppo costituzionale britannico – dove il circuito di legittimazione della Corona non è evidentemente elettorale ma è radicato nella storia e nella tradizione di *common law*, separazione dei poteri e *checks and balances* si sono adattati alle trasformazioni del contesto politico attraverso un considerevole impiego delle *conventions of the constitution*, le quali, se hanno avuto

un'applicazione negli Stati Uniti, l'hanno avuta nella direzione di un rafforzamento del ruolo presidenziale, esattamente al contrario di quanto avvenuto nel Regno Unito per la Corona. Si ponga mente alla circostanza per la quale il testo dell'art. II Cost. ("*The executive Power shall be vested in a President of the United States of America*") è sempre stato interpretato letteralmente come fonte di un potere presidenziale individuale ed esclusivo e, in particolare, nella prassi non si sia mai configurata in concreto una dimensione collegiale – di certo non il *Cabinet* o, sia pure con *nuances*, il *National Security Council* – quale sede cui riconoscere un ruolo effettivo di portata anche solo consultiva nella definizione dell'indirizzo politico.

In altre parole, l'attuale ruolo del Presidente è il risultato dell'evoluzione storica e del riflesso sulle istituzioni di dinamiche storiche e politiche. È indicativo che l'autorevole professore di scienza politica dell'Università di Princeton Woodrow Wilson abbia potuto lamentare le tendenze assembleari del governo statunitense (in *Congressional Government. A Study in American Politics*, Boston and London, 1885 con asserzioni quali "*Congress is the central and predominant power of the system*" e "*Congressional Government is Committee government*", dalla Prefazione, ovvero (anche con ampi riferimenti comparati soprattutto al Regno Unito) che "*Congress is fast becoming the governing body of the nation*", p.301) e, registrando una dinamica del tutto contrapposta, che nel 1973 lo storico Arthur M. Schlesinger abbia scritto *The Imperial Presidency*, Boston, 1973 – trad. italiana *La Presidenza Imperiale*, Milano, 1980). È evidente che, fra l'uno e l'altro libro, vi sono state due guerre mondiali, la guerra fredda, le priorità della sicurezza nazionale, il frequente uso della forza militare senza una formale dichiarazione di guerra da parte del Congresso per non parlare, più di recente, della minaccia terroristica. Fra gli Autori ormai classici che per primi hanno testimoniato l'espansione del ruolo presidenziale che veniva svolgendosi quasi in tempo reale come un *work in progress* occorre citare anche Edward S. Corwin e i suoi *The President: Office and Powers*, New York, 4th rev. ed., 1957 e *The Constitution and What It Means Today*, Princeton, 1930 successivamente aggiornato sino all'edizione curata da H. W. Chase e C. R. Ducat, Princeton, 1978. Gli sviluppi qui indicati si sono in ampia misura consolidati e si distinguono due letture della forma di governo quali *separated institutions sharing powers* ovvero *competing for powers* (su cui cfr. G. Pasquino, *Il bello di federalismo e presidenzialismo*, in Forum DPCE su *Le elezioni presidenziali USA*, 2001, 257 ss.).

L'evoluzione storica in parola disegna dunque un Presidente (e un apparato di Presidenza) che, in qualità di *Chief Executive* e di *Commander-in-Chief* si rivela in grado di svolgere un ruolo ben lontano da paradigmi di garanzia dell'unità dell'ordinamento tipici di un capo di stato, privilegiando invece una lettura della funzione presidenziale di natura vistosamente partigiana, politicamente dominante, che le circostanze politiche contingenti – la maggioranza di entrambe le Camere del Congresso uniformemente e acriticamente favorevoli al suo indirizzo politico e una magistratura federale modellata in modo da riflettere le sue priorità assiologiche nell'interpretazione della Costituzione – possono contribuire a preservare dagli effetti di equilibrio promananti da separazione dei poteri e *checks and balances*. A titolo di esempio si possono

citare la successione di *executive orders* volti a bandire l'immigrazione da Paesi islamici, la proclamazione dell'emergenza nazionale per acquisire i fondi necessari per la costruzione di un muro di separazione con il Messico, il trattamento dei transgender nelle Forze armate, il rafforzamento della direzione politica interna ed estera senza il coinvolgimento del Congresso con riferimento non solo ai primi due anni del suo mandato (cfr. G. F. Ferrari, *President Trump and the Congress*, 1 ss. e R. Toniatti, *President Trump's Political Agenda Vis-à-Vis the Supreme Court*, 65 ss. entrambi in G. F. Ferrari (ed.), *The American Presidency Under Trump*, The Hague, 2020).

Non si può omettere di rilevare come le *mid-term elections* – un dato normativo strutturale – possono produrre l'effetto di attenuare l'invadenza politica presidenziale – come è avvenuto con la stessa presidenza Trump che nel 2018 ha dovuto affrontare i problemi del *divided government* (sino all'avvio della procedura di *impeachment*). Né può trascurarsi la tendenza per la quale i magistrati federali – a maggior ragione se si tratti dei componenti la Corte Suprema (ma anche delle giurisdizioni federali superiori, dove l'ambizione di una promozione costituisce un motore rilevante) – tendono a curare non solo la propria immagine personale nel presente ma anche e soprattutto il segno storico e sistematico della propria giurisprudenza più che la fedele corrispondenza con le aspettative del Presidente che li ha nominati.

Rimane il fatto che le circostanze da ultimo richiamate, per quanto costituiscano ragionevoli aspettative sull'idoneità del quadro costituzionale a garantire i necessari equilibri e bilanciamenti, sono dipendenti da fattori politici il cui peso condizionante appare eccessivo. Le politiche di compromesso che per decenni hanno consentito ad un sistema partitico poco ideologicizzato di fare buon uso della propria vocazione al pragmatismo si sono rese molto difficili, soprattutto durante la Presidenza Trump e questa percezione ha reso le elezioni del 2020 altamente significative circa la possibilità di qualificare le dinamiche in corso come la conferma di un processo volto ad un cambio di paradigma del costituzionalismo statunitense (in argomento cfr. R. Toniatti, *Democrazia illiberale e forma di stato costituzionale di diritto nel costituzionalismo euro-atlantico: contingenze elettorali o cambio di paradigma?*, in *DPCE Online*, 2020/3, 3945 ss.).

Il fenomeno, come ben noto, non è esclusivo dell'ordinamento statunitense (è stato opportunamente osservato da (l'compianto) Paolo Carrozza che "Trump costituisce in qualche modo il campione di un'antipolitica che anche in Europa sembra in grado di rivoluzionare i sistemi politici fino a farsi maggioranza", in *DPCE Online* 2017, *La vittoria di Donald Trump*) ma si può ragionare nel senso di riconoscere che i riflessi delle dinamiche politiche del populismo su questa forma di governo sono più immediati ed incisivi che sulle forme di governo parlamentare (sul fenomeno in generale rinviamo alla Sezione Monografica di *DPCE Online* n. 3 del 2020 sul tema *Le democrazie illiberali in prospettiva comparata: verso una nuova forma di Stato?*, a cura di G. D'Ignazio, A.M. Russo con ulteriori contributi di G. D'Ignazio, A. Spadaro, F. Raniolo, A. Di Gregorio, G. Martinico, A. Salomoni, G. Delledonne, S. Gambino, I. Wences, E. Ceccherini, A. M. Russo, R. Orrù, R. Toniatti).

4. – Un ulteriore profilo sistematico dell'ordinamento costituzionale degli Stati Uniti che la Presidenza Trump ha evidenziato contenere in sé profili potenzialmente involutivi prodotti dalla degenerazione del contesto politico si riferisce al procedimento di proposta e di nomina dei magistrati federali. È chiaro che le osservazioni critiche in argomento acquistano uno spessore del tutto speciale con riguardo alla Corte Suprema ma è altrettanto evidente che esse non possono non applicarsi alla designazione di tutti i giudici federali e, in particolare, dei giudici federali d'appello i quali, in un sistema di controllo diffuso di costituzionalità e a fronte di una marcata selettività del *docket* della Corte Suprema, spesso rappresentano la giurisdizione di ultima istanza.

Ricordiamo, dunque, che la Costituzione prevede un procedimento di proposta (*nomination*) e di nomina (*appointment*) presidenziale della magistratura federale, previo espletamento del ruolo di *advice and consent* del Senato, espresso a maggioranza. A differenza del modello europeo che manifesta una prevalente ispirazione di equilibrio e garanzia (ad esempio per quanto concerne il frazionamento del procedimento fra più organi ed il requisito di maggioranze qualificate (su cui cfr. R. Toniatti, *La giurisdizione costituzionale nel quadro degli equilibri istituzionali: il rilievo dei profili strutturali*, in M. Calamo Specchia (a cura di), *Le Corti Costituzionali. Composizione, Indipendenza, Legittimazione*, Torino, 2011, 399 ss.) nel modello statunitense la nomina presidenziale dei giudici federali è suscettibile di configurarsi in termini di esercizio della funzione di indirizzo politico.

Giova ribadire come “l'impianto del governo costituzionale puro statunitense respinga una concezione “istituzionale” e *super partes* e contenga invece una decisa opzione di fondo a favore di una ricostruzione del potere di nomina dei giudici federali, compresi – e tanto più – i membri della Corte suprema, quale profilo funzionale intrinsecamente connesso alla manifestazione dell'indirizzo politico (così in R. Toniatti, *Appointing Power e indirizzo politico: le nomine del Presidente Reagan alla Corte Suprema*, in *Quaderni Costituzionali*, 1987, 191).

In altre parole, se la selezione presidenziale del candidato giudice federale si fonda sulla *judicial philosophy* di quest'ultimo – estrapolata da scritti dottrinari, discorsi pubblici, eventuali precedenti giudiziari, indicatori quanto al metodo interpretativo, vocazioni di pensiero – è del tutto conforme al sistema che tali orientamenti coincidano con l'impostazione ideologica ed assiologica del Presidente, della maggioranza dei senatori e del suo elettorato. Una *weltanschauung* di sistema equilibrata e condivisa da parte di tutti questi attori conduce ad una selezione dei candidati compatibili con gli orientamenti presidenziali nel solco del costituzionalismo *mainstream*; inoltre, il contesto istituzionale della Corte Suprema si è rivelato idoneo a saper assorbire nell'integrità della funzione eventuali ed occasionali tratti eccentrici di singoli giudici (i quali, del resto, come già detto, non aspirano certo ad acquisire una reputazione di subordinazione alla *leadership* politica del *Chief Executive*).

Ma quanto avvenuto con la Presidenza Trump si discosta marcatamente da

tale ricostruzione che riconduce la natura di atto di indirizzo politico della nomina dei giudici federali ad un contesto fisiologico. Sin dal primo biennio della sua Presidenza, infatti, Donald J. Trump ha esercitato l'*appointing power* manifestando “*a non-negligible reduction of diversity*” con riguardo al genere (22.4% di nomine femminili) e al *background* personale (il 78% dei nominati essendo bianchi). Tuttavia, «the most controversial issue was [...] related to the political orientation of President's Trump appointees, who were generally described by critics as 'hard-right' judges, most of them being members of the Federalist Society and 'anti-choice, anti-union, anti-immigrant and pro-gun» (tutte le citazioni da P. Passaglia, *President Trump's Appointments in Four Keywords*, in G. F. Ferrari (ed.), *The American Presidency Under Trump. The First Two Years*, cit., 63).

Un'accurata ed analitica trattazione in proposito - che fornisce una moltitudine di dati e testimonianze circa il carattere partigiano delle selezioni presidenziali (sostenendo, fra l'altro, che “*the Trump approach has translated into a new breed of appellate appointees with open experience in ideological and political warfare*”, a cura di R.R. Ruiz, R. Gebeloff, S. Eder and B. Protes, *A Conservative Agenda Unleashed on the Federal Courts*, - è stata pubblicata dal *New York Times* il 14 marzo 2020 ed è reperibile in [www.nytimes.com/2020/03/14/us/trump-appeals-court-judges.html](http://www.nytimes.com/2020/03/14/us/trump-appeals-court-judges.html)).

La partigianeria della maggioranza repubblicana in Senato, inoltre, si è resa palese, in primo luogo, impedendo al Presidente Obama di procedere alla nomina di un nuovo giudice della Corte Suprema (individuato nella persona di Merrick Garland) dopo la scomparsa di Antonin Scalia nel febbraio del 2016 (nove mesi prima dell'insediamento di Trump) e consentendo al neo-eletto Trump di acquisire la sua prima nomina alla Corte (cfr. in proposito F. Clementi, *Scalia after Scalia. La Corte Suprema americana e i dilemmi di una (rischiosa) nomina*, in *federalismi.it*, 24 febbraio 2016; e P. Bonini, *Gorsuch after Scalia. Il procedimento di nomina ed il pensiero del primo Justice di Donald Trump alla Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Nomos* n. 2, 2017, 1 ss.).

In secondo luogo, immediatamente dopo la scomparsa di Ruth Bader Ginsburg (il 18 settembre 2020), favorendo la fulminea nomina della nuova *Associate Justice* Amy Coney Barrett (già nominata dallo stesso Trump presso la *United States Court of Appeals for the Seventh Circuit* nel periodo 2017-2020): la proposta presidenziale, infatti, risale al 29 settembre, la fase istruttoria e il voto in Senato hanno richiesto meno di un mese e il 27 ottobre - con l'*Election Day* fissato per il 3 novembre - la nuova giudice ha assunto l'ufficio.

In proposito occorre anche ricordare la decisione del Senato di modificare la norma regolamentare interna applicabile alla designazione *de qua*, prevedendo per la chiusura del dibattito e il passaggio al voto (la *cloture motion*) la maggioranza del voto dei senatori e non più quella dei tre quinti prevista espressamente ed esclusivamente per la procedura di nomina dei *Justices* della Corte Suprema (in proposito cfr. P. Passaglia, *President Trump's Appointments in Four Keywords*, cit., 59 ss. e l'acuta ed ironica ricostruzione in L. Testa, *Trump, Justice Gorsuch e i corsari in laticlavio*, in *Forum DPCE Online - Trump*, 16.05.2017.

Queste circostanze hanno fatto sì che il tema delle nomine presidenziali dei giudici federali sia insolitamente entrato nel vivo del dibattito politico della campagna elettorale e che – nell’ipotesi di una vittoria del partito democratico e al fine di pervenire ad un riequilibrio degli orientamenti della magistratura – si sia prospettata una riedizione del *Court Packing Plan* già ipotizzato (e minacciato) da Franklin Delano Roosevelt per garantire spazi di legittimità alle politiche sociali del *New Deal*. La determinazione circa il numero dei componenti la Corte Suprema è contenuta in una legge ordinaria e attraverso la (eventuale) maggioranza nel Congresso si sarebbe potuto rovesciare la prevista maggioranza di orientamento conservatore (6-3) aumentando il numero dei componenti la Corte stessa (cfr. W. G. Ross, *Has the Supreme Court Finally Become a Major Issue in a Presidential Election?*, in *JURIST – Academic Commentary*, October 20, 2020, [www.jurist.org/commentary/2020/10/william-ross-scotus-presidential-election/](http://www.jurist.org/commentary/2020/10/william-ross-scotus-presidential-election/)).

Si è osservato in argomento – dopo aver esposto e qualificato come *constitutional convention* la prassi secondo la quale «never since the American Civil War did the Senate confirm a Supreme Court Justice in a presidential election year without bipartisan support» – che “Court packing is the antidote by constitutional design to a partisan takeover of the Supreme Court during election time as part of the inherent checks and balances of a popular sovereignty system. Senators must be aware that an appointment confirmed by a purely partisan vote during presidential election time legitimizes court packing as a countermeasure», in R. Weill, *Court Packing as an Antidote*, in *Cardozo Law Review*, 2021, 101 ss.

XX

5. – L’avventura del mandato presidenziale di Trump, oltre alle criticità connesse al suo impatto su profili sistematici dell’ordinamento e della forma di governo, si distingue anche per altri profili contingenti e auspicabilmente circoscritti a questa Presidenza.

Fra questi, ad esempio, è certamente da considerare l’uso spregiudicato dei *social media*, cui il Presidente Obama, ad esempio, aveva deliberatamente rinunciato. In proposito, è stato efficacemente posto l’accento sulla “forma di comunicazione extraistituzionale fra il presidente e il popolo” e sulla “radicale e privata personalizzazione consentita dai nuovi mezzi di comunicazione” per spiegare come la “sovranità dell’*audience*” abbia contribuito alla configurazione dell’egemonia presidenziale (N. Urbinati, *Il presidente plebiscitario*, ne *Il Manifesto*, 13 gennaio 2020).

Ancora, in relazione alle politiche e allo stile della comunicazione, occorre rilevare l’estrema disinvoltura presidenziale nel suo rapporto con la verità e con l’oggettività nell’esposizione dei fatti che ha segnato una linea di fedele continuità fra gli anni della Presidenza e delle due campagne elettorali (a proposito della campagna del 2016 si è ben rilevato che “[...] Donald Trump, soprattutto, ha veicolato direttamente o indirettamente, una serie di notizie false, dal luogo di nascita di Barack Obama alla crescita esponenziale del numero di immigrati, dalle percentuali degli omicidii all’interno e fra i gruppi etnici alle sorti delle battaglie in Siria e Iraq. Le conseguenze di tali elementi di complessità e disinformazione –

ma altri se ne potrebbero aggiungere – portano il corpo elettorale a decidere non sul reale merito dei contenuti effettivi delle scelte da prendere, ma sulla base del maggior senso di affidamento e di empatia generato dai leader che sostengono l'una o l'altra posizione. Se tale profilo è in parte fisiologico, soprattutto nel dispiegarsi delle odierne forme di “rappresentanza di carattere personale”, ricerche di political science hanno dimostrato come il portato su larga scala di tale comportamento conduca ad una decisione sulla popolarità percepita della persona o delle persone che propugnano l'una o l'altra delle alternative proposte (secondo dinamiche di legittimazione carismatica) e non sul pregio delle questioni presentate. Ed anche l'attendibilità della comunicazione cede il passo rispetto al grado di appealing del comunicatore”, C. Casonato, *Much ado about... something*, in *FORUM DPCE Online – Trump*, 2016)

Ma il fenomeno più sconcertante ed inquietante da registrare in un'ottica di diritto costituzionale, anche alla luce di possibili (ma improbabili) sviluppi di portata autenticamente eversiva, si riconduce alla reazione di Trump alla sconfitta elettorale.

Il Presidente uscente, infatti, non solo non ha mai riconosciuto espressamente l'esito del voto, violando così un codice convenzionale non solo di *fairness* fra avversari politici – si ricorda sempre in questo caso il diverso comportamento di A. Gore nei confronti della vittoria di G.W. Bush prodotta da una discutibile sentenza della Corte Suprema – e aggravando sostanzialmente l'efficienza della transizione all'assunzione delle funzioni di governo da parte del *President Elect*. Ma, anzi: l'esito del voto e della vittoria elettorale è stato patologicamente attribuito a sé stesso, in pubblico. Non solo: la “presunta” vittoria del candidato democratico è stata fatta risalire a comportamenti di frode elettorale dell'avversario, elaborando una insussistente “*conspiracy rethoric*” sui poteri forti ai danni del popolo americano. E, di conseguenza, si è promossa una serie di oltre una cinquantina di ricorsi giudiziari nei singoli stati: in alcuni casi sollecitando un nuovo spoglio delle schede, in altri, invece, contestando le innovazioni legislative con le quali si era inteso agevolare la partecipazione elettorale nonostante l'epidemia attraverso il voto per corrispondenza o il voto anticipato che avrebbero favorito il candidato democratico (In argomento si veda D. Dwyer, O. Rubin, and M. Mosk, *Trump and his GOP loyalists seek to pile on Supreme Court election challenge*, in ABA News, 10 dicembre 2020. Per una dettagliata ricognizione delle single azioni giudiziarie negli stati si rinvia a M. Deliso, C. Thorbecke, and M. Nathanson, *Election 2020: A look at Trump campaign election lawsuits and where they stand. The campaign has filed numerous suits in several battleground states*, in ABC News, 12 dicembre 2020, entrambi disponibili in [abcnews.go.com/Politics/](https://abcnews.go.com/Politics/)).

Oltre ai tribunali statali, anche la Corte Suprema federale è stata investita nel contenzioso generato da tali ricorsi.

In un primo caso - *Kelly, Mike et al. v. Pennsylvania et al.* (8 dicembre) – la Corte, senza entrare nel merito e senza fornire una motivazione (si trattava formalmente di un *order in pending case*) ha deciso che «the application for

injunctive relief presented to Justice Alito and by him referred to the Court is denied».

Anche in un secondo caso - *Texas v. Pennsylvania et al.* (11 dicembre, i convenuti erano il Commonwealth of Pennsylvania e gli stati della Georgia, del Michigan e del Wisconsin) – la pronuncia della Corte è stata netta, negando la legittimità processuale dello stato del Texas ad intervenire sulla materia elettorale concernente un altro stato («The State of Texas’s motion for leave to file a bill of complaint is denied for lack of standing under Article III of the Constitution. Texas has not demonstrated a judicially cognizable interest in the manner in which another State conducts its elections. All other pending motions are dismissed as moot»). Da notare lo statement del Justice Alito, “with whom Justice Thomas joins: In my view, we do not have discretion to deny the filing of a bill of complaint in a case that falls within our original jurisdiction. See *Arizona v. California*, 589 U. S. (Feb. 24, 2020) (Thomas, J., dissenting). I would therefore grant the motion to file the bill of complaint but would not grant other relief, and I express no view on any other issue»).

In argomento non può omettersi di segnalare non solo come ben 17 stati (a guida repubblicana) abbiano depositato le proprie memorie di sostegno (sotto forma di *amicus curiae*) alle rivendicazioni del Texas ma anche come lo stesso Trump sia intervenuto “*in his personal capacity as candidate for re-election*”, come si legge nell’instestazione dell’atto. Nel documento, si sostiene che la violazione della legislazione statale in materia elettorale viola la *Electors Clause* della Costituzione e comporta pertanto una violazione del diritto federale. Inoltre, citando un sondaggio d’opinione, si rileva come «our Country is deeply divided in ways that it arguably has not been seen since the election of 1860. There is a high level of distrust between the opposing sides, compounded by the fact that, in the election just held, election officials in key swing states, for apparently partisan advantage, failed to conduct their state elections in compliance with state election law, in direct violation of the plenary power that Article II of the U.S”. Pertanto, “the fact that nearly half of the country believes the election was stolen should come as no surprise. President Trump prevailed on nearly every historical indicia of success in presidential elections».

Si confuta anche la necessità di dover addurre prove a sostegno dell’accusa di frode elettorale in quanto sarebbe sufficiente provare la violazione delle leggi statali in materia. («It is not necessary for the Plaintiff in Intervention to prove that fraud occurred, however; it is only necessary to demonstrate that the elections in the defendant States materially deviated from the “manner” of choosing electors established by their respective state Legislatures. By failing to follow the rule of law, these officials put our nation’s belief in elected self-government at risk»).

Quanto al *petitum*, il candidato Trump richiede che «this Court should issue a declaratory judgment that the defendant States have violated the Constitution and the rights of the Plaintiff in Intervention by conducting the elections according to unauthorized rules created by officials and courts rather than by the pre-existing requirements of state law. And it should further direct the defendant

States to review their election results in compliance with pre-existing state law and count only lawfully cast ballots and thereby determine who truly won the contest for President of the United States. Only then will the public's faith in the election process be restored, and only then will voters on either side of the intensely partisan divide be able to find solace in a result that was obtained after a fair electoral fight, where every legal vote was counted but where those votes were not diluted or negated by the casting and counting of illegal votes».

Si tratta di una prosecuzione della competizione elettorale per la Presidenza nelle aule giudiziarie che Trump aveva preannunciato già da tempo e che, dunque, non era del tutto inattesa ma che, verosimilmente, non si pensava potesse arrivare ad essere tanto grottesca quanto si è rivelata nella realtà.

Da ultimo, è da ricordare che la fine della Presidenza può comportare per Donald Trump l'avvio di una serie di controversie giudiziarie legate alla sua persona (vicende familiari, scandali sessuali) e alle sue attività imprenditoriali (frode fiscale, bancaria, etc.). Un resoconto dettagliato è offerto da J. Nevett, *Trump's legal battles: How six cases may play out*, in *BBC News* ([www.bbc.com/news/world-us-canada-54716550](http://www.bbc.com/news/world-us-canada-54716550)).

6. – L'esperienza di un solo mandato presidenziale – nella ricostruzione qui sopra esposta – è stata pericolosamente sufficiente a suggerire una riflessione su quanto questa Presidenza abbia prodotto ovvero solo prospettato una diversa lettura in chiave involutiva di rilevanti profili dell'ordinamento costituzionale e della forma di governo. Fra questi, il rapporto fra voto popolare ed *Electoral College*, la configurazione individuale e monista dell'organo esecutivo in rapporto al Congresso, un conseguente spregiudicato sfruttamento di una maggioranza acriticamente appiattita sulle posizioni presidenziali, anche in occasione dell'esercizio di una funzione cruciale come è il conferimento dell'*advice and consent* sulle proposte di nomina per la magistratura federale e, in particolare – anche ricorrendo alla manipolazione delle norme regolamentari –, dei componenti la Corte Suprema.

Nondimeno, occorre rilevare come, alla fine, dopo una forte e costante tensione durata tutto il quadriennio, il sistema costituzionale politico abbia reagito alla degenerazione in atto e alla sua proiezione nel futuro e, in virtù dell'esito elettorale che ha portato alla vittoria di Joe Biden e Kamala Harris, la deriva verso il superamento del costituzionalismo statunitense *mainstream* sia stata rallentata, grazie alla convergenza di tutti gli attori: il corpo elettorale, l'*Electoral College*, le corti statali e federali, compresa la Corte Suprema a maggioranza conservatrice.

Si è parlato di un rallentamento, anziché di un arresto definitivo di quelle dinamiche, giacché è essenziale tenere a mente che Donald Trump, se ha perso questo giro, rimane comunque in grado di lasciare dietro di sé la *Trump legacy*, un movimento cospicuo nei numeri e nelle risorse, nella dimostrata capacità di mobilitazione dell'elettorato ma anche di settori della società poco disposti a perdere del tutto i vantaggi acquisiti nell'ultimo quadriennio. Si è osservato che *“Trump, governing by whim and tweet, deepened the nation's racial and cultural divides*

*and undermined faith in its institutions. His legacy: a tumultuous four years that were marked by his impeachment, failures during the worst pandemic in a century and his refusal to accept defeat. He smashed conceptions about how presidents behave and communicate, offering unvarnished thoughts and policy declarations alike*”, in J. Lemire, Z. Miller and D. Superville, *Trump’s legacy: He changed the presidency, but will it last?* (disponibile in [apnews.com/](https://apnews.com/)), Si veda in proposito anche George Packer, *A Political Obituary for Trump. The effects of his reign will linger. But democracy survived*, in *The Atlantic*, January/February 2021 issue (in [www.theatlantic.com/magazine/archive/2021/01/the-legacy-of-donald-trump/617255/](https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2021/01/the-legacy-of-donald-trump/617255/)).

In proposito, è almeno da segnalare il movimento d’ispirazione conservatrice che sta promuovendo la convocazione di una *constitutional convention* ex art. V della Costituzione federale per una revisione costituzionale che, in questa fase, sarebbe ulteriormente divisiva e presenterebbe esiti incerti sulla qualità delle riforme (in argomento si rinvia all’aggiornamento del 2020 del testo prodotto da *Common Cause* “*U.S. Constitution Threatened as Article V Convention Movement Nears Success*” disponibile in [www.commoncause.org](https://www.commoncause.org)).

Il problema, dunque, non è certo l’*an* ma il *quando*, il *quomodo* e soprattutto il *quis* che si affermerà quale titolare della prosecuzione dell’avventura trumpiana e del suo ulteriore consolidamento: si tratta, infatti, di un patrimonio politico che potrà essere ancora valorizzato dallo stesso Donald Trump – nonostante l’età, i problemi giudiziari personali e la sconfitta del 2020 –, o da persone della sua famiglia (e già non mancano riferimenti alla continuazione della dinastia), ovvero del suo *entourage*, benché il Presidente abbia allontanato chiunque non fosse supinamente disposto ad una sorta di “culto del genio” nei suoi confronti (da ultimo – ma non è detto, in attesa dell’*Inauguration Day* – l’*Attorney General* William Barr, che, dopo una indefettibile militanza trumpiana, alla fine si è rifiutato di nominare uno *special counsel* per svolgere un’indagine sulle presunte frodi elettorali negli stati e sulla persona del figlio del *President Elect*).

Giova infatti valutare attentamente l’esito del voto – sia pure limitandosi ai dati essenziali in attesa di analisi più approfondite e sofisticate che solo i politologi e i sociologi sono in grado di svolgere in modo appropriato – per sottolineare il fatto che la vittoria del *ticket* Biden-Harris, per quanto chiara e netta, non può di certo essere considerata una valanga ma, in realtà, solo come una pausa – si vedrà quanto interlocutoria o definitiva – della perdurante ed anzi crescente onda populista.

In tal senso, del resto, i risultati complessivi dell’elezione presidenziale del 2020 suggeriscono di muovere le riflessioni conclusive con indispensabile realismo (dati tratti da [edition.cnn.com/election/2020/results/](https://edition.cnn.com/election/2020/results/)).

Ricordiamo, che l’affluenza al voto è stata del 66,7% - con un incremento dell’11% rispetto al 2016 (dove si era registrato un incremento solo dello 0,8%), facendo dell’elezione del 2020 la più partecipata elezione nella storia degli Stati Uniti (anche grazie al massiccio ricorso al voto non in presenza dovuto alla drammatica emergenza sanitaria).

Per quanto riguarda le elezioni presidenziali, di per sé, Biden ha ricevuto il 51,4% (pari a 81 milioni e rotti di voti popolari) e Trump il 46,9% (corrispondente a 74 milioni e rotti di voti), con un residuo dell'1,8% destinato ad altri tre candidati (quasi 3 milioni di voti che non hanno guadagnato alcun seggio dell'*Electoral College*). Il divario di 7 milioni di voti non è enorme ma di certo è ragguardevole e diviene ancor più significativo se rapportato ai voti in seno ai *Presidential Electors*: 306 (56,9%) per Biden e 232 (43,1%) per Trump. Tuttavia, Trump ha ricevuto non solo un considerevole numero di suffragi, ma addirittura ha incrementato il suo consenso di circa 12 milioni di voti rispetto al 2016 (raccogliendo consensi, a quanto risulta dalle prime indagini, anche nell'ambito della popolazione di colore e dei *Latinos*).

Inoltre, si considerino anche gli altri risultati: l'esito delle elezioni per la *House of Representatives* vede 222 seggi per il partito democratico (con un guadagno di 3 seggi e una perdita di 12) e, per il partito repubblicano, 211 seggi (con un guadagno di 13 seggi e la perdita di 3); nel Senato (dove erano in gioco 35 seggi), il vantaggio è di 50 seggi per il partito repubblicano e di 48 per il partito democratico (con due seggi della Georgia destinati però ad un voto di ballottaggio (il *runoff vote* si terrà il 5 gennaio 2021). Sicché la prospettiva di una partenza della Presidenza Biden in condizioni di *divided government* è abbastanza concreta.

Da ultimo, occorre ricordare anche che, per quanto concerne i governatori, la competizione elettorale del 2020 ha riguardato undici stati: i governatori repubblicani si ritrovano in maggioranza in 27 stati contro i 23 dei governatori del partito democratico.

La *Trump legacy*, pertanto, già dal prossimo mandato presidenziale rappresenta una componente cruciale non solo per il sistema istituzionale degli Stati Uniti ma anche per la società civile e la sfera dei diritti fondamentali, anche in ragione della prossimità e degli ammiccamenti di Trump al mondo dell'estremismo di destra e della *white supremacy*.

In realtà il riferimento, ormai diffuso e costante, alla stessa *Trump legacy* rappresenta una forma di semplificazione per alludere ad un fenomeno ben più consistente e risalente, ossia il graduale venir meno della forza di aggregazione unitaria esercitata dal concetto di nazione (si sa che negli Stati Uniti il riferimento a questa dimensione è sempre collocato a livello federale) e dal mito della Costituzione (si veda R. Toniatti, *La «nazione costituzionale»: genesi e consolidamento dell'identità repubblicana dell'ordinamento federale statunitense quale Stato-nazione*, in *DPCE*, 2011, 1150 ss.). Tale fenomeno sempre più spesso viene richiamato con la formula inquietante di *cultural war* (in proposito rinviamo a A. Hartman, *A War for the Soul of America*, 2<sup>nd</sup> ed., Chicago, 2019; e B. Bishop, *The Big Sort: Why the Clustering of Like-minded America is Tearing Us Apart*, Boston, 2009).

Questo contesto – che solleva forti timori e preoccupazioni non solo per l'ordine statunitense (che qui abbiamo più volte identificato con il costituzionalismo *mainstream*) ma anche per la stabilità internazionale – è inevitabilmente destinato a protrarsi per uno spazio di tempo che certamente andrà ben oltre la Presidenza Biden - Harris (di uno o quanti più mandati possano

– auspicabilmente – giovarsi). Di certo Joe Biden ne ha lucida consapevolezza se, con una visione che certamente va al di là della retorica della celebrazione della vittoria elettorale, nel primo discorso ufficiale da *President Elect* (il 7 novembre) ha affermato, fra l'altro, che «I pledge to be a President who seeks not to divide, but to unify. Who doesn't see Red and Blue states, but a United States. And who will work with all my heart to win the confidence of the whole people. For that is what America is about: The people. And that is what our Administration will be about. I sought this office to restore the soul of America. To rebuild the backbone of the nation — the middle class. To make America respected around the world again and to unite us here at home. It is the honor of my lifetime that so many millions of Americans have voted for this vision. And now the work of making this vision real is the task of our time [...] I am proud of the campaign we built and ran. I am proud of the coalition we put together, the broadest and most diverse in history. Democrats, Republicans and Independents. Progressives, moderates and conservatives. Young and old. Urban, suburban and rural. Gay, straight, transgender. White. Latino. Asian. Native American. And especially for those moments when this campaign was at its lowest — the African American community stood up again for me. They always have my back, and I'll have yours. I said from the outset I wanted a campaign that represented America, and I think we did that. Now that's what I want the administration to look like. And to those who voted for President Trump, I understand your disappointment tonight. I've lost a couple of elections myself. But now, let's give each other a chance. It's time to put away the harsh rhetoric. To lower the temperature. To see each other again. To listen to each other again. To make progress, we must stop treating our opponents as our enemy. We are not enemies. We are Americans. The Bible tells us that to everything there is a season — a time to build, a time to reap, a time to sow. And a time to heal. This is the time to heal in America».