

## “The words of a President *matter*”: *Presidential Concession*, prassi costituzionale e dissenso

di *Giovanna Tieghi*

**Abstract:** “The words of a President *matter*”: **Presidential Concession, constitutional conventions and dissent** – The recent epilogue of the 2020 US Presidential elections, with the outgoing President’s refusal to concede, have outlined the everlasting importance of monitoring the institutional dynamics of contemporary Republican systems struggling with the emerging role of political conflict. Current trends of theoretical and practical investigation are now involved in balancing pluralism and public spirit. The unusual presidential refusal pushes for a reconsideration of the relationship not just among “separated institutions competing for power” (G. F. Ferrari) but between the President, his ‘dissent’ and the People without damaging the American sentiment of trust-interplay. Questioning the efforts for stability and the rule of law, some critical issues retrieve the human dimension of the law based on the republican conventions of virtues in the scenario of a contemporary society beyond traditional Presidentialism.

**Keywords:** President; Concession; Dissent; Public Ethics; Law.

273

### 1. Riflessioni introduttive: “il futuro estratto dai fatti”.

Nell’intraprendere una ricerca si deve preliminarmente chiarire il punto di vista che si intende assumere. Ciò, soprattutto quando, come in questo caso, il tema prescelto, ossia il ruolo della presidential concession post-elettorale<sup>1</sup> nell’ambito del presidenzialismo statunitense, è in grado di offrire svariati profili di disamina.

La prospettiva per cui si opta è quella rivolta a vagliare, in una situazione del tutto inedita, il ruolo del Presidente americano, quale artefice della dissoluzione di ciò che, in una prospettiva globale, è “one of America's

---

<sup>1</sup> Tema che trae spunto dalla relazione presentata nel corso del webinar sul tema “*Presidenziali americane tra storia, costituzionalismo e crisi. Suggestioni per le democrazie contemporanee?*”, organizzato dal Centro Studi sulle istituzioni Livio Paladin il 10 dicembre 2020, al quale hanno partecipato illustri relatori dell’Università degli Studi di Padova tra quali i professori Nino Olivetti Rason, Mario Bertolissi, Maurilio Gobbo e Umberto Vincenti. Tema che oggi, alla luce dei gravi fatti accaduti il 6 gennaio al Campidoglio di Washington e dei successivi scenari legati alla nuova presidenza e alla procedura di impeachment del precedente Presidente, assume un significato ancor più pregnante.

most enduring transfer-of-power rituals”<sup>2</sup>. In altri termini, ci si riferisce alla Presidential Concession al vincitore delle elezioni<sup>3</sup>.

Momento istituzionalmente cruciale che, nella tradizione del sistema statunitense, ha sempre visto il Presidente uscente comunque come ‘il vincitore morale’ anche – e, forse, ancor più<sup>4</sup> – quando politicamente sconfitto e che, invece, recentemente l’ha visto, per la prima volta nella storia, opporre, per mesi, in quella veste, un netto rifiuto. Un comportamento reiterato in un vorticoso susseguirsi di eventi che, da ultimo, hanno portato a quell’“epifenomeno di una inquietudine profonda”<sup>5</sup> che è risultato essere l’attacco al Capitol Hill del 6 gennaio scorso. Un diniego, tra l’altro, reso ancora più ‘unfamiliar’ a causa della più totale indifferenza dimostrata rispetto alla certificazione dell’esito elettorale a lui sfavorevole nelle diverse sedi istituzionali e giurisdizionali a ciò adibite<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> E’, tra le tante, l’emittente televisiva australiana 9News a riferirsi con questa espressione a quanto il mondo ha assistito: a partire dal mancato riconoscimento della vittoria all’avversario all’esito dell’Election Day, fino alla mancata accoglienza della nuova coppia presidenziale, nel giorno dell’Inauguration Day, nei gradini del North Portico della Casa Bianca, prima di recarsi insieme al Capitol Hill ove, per la prima volta nella storia, il Presidente uscente non è stato presente (*A transfer of power and a series of snubs*, in [www.9news.com.au/world/us-presidential-inauguration-trumps-snub-of-bidens-historic-in-its-magnitude/0649d7a6-6648-4038-957c-dc1c3af07df7](http://www.9news.com.au/world/us-presidential-inauguration-trumps-snub-of-bidens-historic-in-its-magnitude/0649d7a6-6648-4038-957c-dc1c3af07df7), Jan., 2021).

<sup>3</sup> Non a caso, fin da subito, si è parlato di “completely unfamiliar scenario”: V. Jones, *What if a US Presidential candidate refuses to concede after an election?*, in [www.ted.com/talks/van\\_jones\\_what\\_if\\_a\\_us\\_presidential\\_candidate\\_refuses\\_to\\_concede\\_after\\_an\\_election/transcript#t-626988](http://www.ted.com/talks/van_jones_what_if_a_us_presidential_candidate_refuses_to_concede_after_an_election/transcript#t-626988).

<sup>4</sup> E’ la stessa storia americana a tramandarci figure presidenziali che vengono ricordate non per la loro vittoria, ma per “aver cambiato la nazione”: sul tema, per una ricognizione molto suggestiva e istituzionalmente equilibrata, si rinvia a S. Farris, *Almost President. The Men who Lost the Race but Changed the Nation*, Washington DC, 2011.

<sup>5</sup> G. Romeo, *Presentazione dell’Osservatorio - La transizione: l’America dopo Trump*, 10 gennaio 2021, in *DPCE Online.it*, 10 gennaio 2021. Per alcune prime riflessioni sull’accaduto e sui possibili scenari politico-istituzionali del futuro prossimo, si rinvia a V. Ferla, *Parla il costituzionalista Clementi. Non cacciate Trump, diventa un martire*, in *Il Riformista*, 9 gennaio 2021, 1-8; M. Bertolissi, *Il problema di Trump sono i suoi milioni di elettori*, in *il mattino di Padova*, 9 gennaio 2021, 1 e 7; S. Curreri, *Attenti: via Trump non finirà il pericolo*, in *Il Riformista*, 9 gennaio 2021, 9; P. Salemi, *Il “momento alarico” e il sacco di Washington DC*, in *La Fionda*, 9 gennaio 2021; M. Bertolissi, *La linea d’ombra*, in [www.lafionda.org/2021/01/13/la-linea-dombra/](http://www.lafionda.org/2021/01/13/la-linea-dombra/), 13 gennaio 2021.

<sup>6</sup> Si tratta delle conferme ufficiali della sconfitta non solo a seguito dell’esito dell’approvazione del 14 dicembre scorso da parte dell’Electoral College e della successiva certificazione dei voti espressi dai grandi elettori dello stesso da parte del Congresso, nella notte tra il 6 e il 7 gennaio ma, in aggiunta, a seguito dei reiterati rigetti dei numerosi ricorsi proposti presso le giurisdizioni statali e federali da parte del Presidente uscente. Per una ricostruzione capillare delle varie iniziative legali si rinvia, ex multis, alle prime ricostruzioni di J. Ruter –A. Feuer –N. Corasaniti –R.J. Epstein, *Where the Election Fight Is Playing Out in the Courts*, in *The New York Times*, 6 novembre 2020, in [www.nytimes.com/2020/11/06/us/politics/election-courts.html](http://www.nytimes.com/2020/11/06/us/politics/election-courts.html); e D. Paul, *The Trump Campaign Is Suing Over Voting Procedures. A Look at the Lawsuits*, in *The Wall Street Journal*, 6 novembre 2020, in [www.wsj.com/articles/the-trump-campaign-is-suing-over-voting-procedures-a-look-at-the-lawsuits-11604618514](http://www.wsj.com/articles/the-trump-campaign-is-suing-over-voting-procedures-a-look-at-the-lawsuits-11604618514). A ciò si aggiunga

Presidential Concession, dunque, da un lato, e concetto – nell’ottica marcatamente statunitense – di dissenso, dall’altro. In questo contesto, è possibile intravedere nuovi scenari? Il futuro, è oramai evidente, sarà “estratto” anche da questi fatti<sup>7</sup>.

The President is not conceding: questa la frase più evocata fin dai primi giorni successivi all’ Election day e, a seguire, scandita in ogni singolo momento del transitional period che ha portato all’Inauguration day del 20 gennaio<sup>8</sup> scorso. Non possono certo essere considerate tali né le prime esternazioni rese dal personale di Trump, via Twitter<sup>9</sup>, in occasione della certificazione elettorale ad opera del Congresso nella notte tra il 6 e il 7 gennaio<sup>10</sup>, conseguente all’irruzione al Capitol Hill; nè, tantomeno, i primi

---

la più aggiornata ricognizione sul fronte statale di M. Deliso – C. Thorbecke – 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, in [abcnews.go.com/Politics/](http://abcnews.go.com/Politics/) oltre che su quello federale, risolto con l’Order di diniego della Corte Suprema ([www.supremecourt.gov/orders/courtorders/120820zr\\_bq7d.pdf](http://www.supremecourt.gov/orders/courtorders/120820zr_bq7d.pdf)) relativo al primo caso *Kelly, Mike et al. vs Pennsylvania et al.*, (8 dicembre) e il successivo rigetto (11 dicembre) da parte della stessa Corte federale sul caso *Texas vs Pennsylvania et al.*, “denied for lack of standing” ([www.supremecourt.gov/orders/courtorders/121120zr\\_p860.pdf](http://www.supremecourt.gov/orders/courtorders/121120zr_p860.pdf)).

<sup>7</sup> Espressione che ben rappresenta – così come è avvenuto per la riflessione in occasione dei cinquant’anni delle Regioni ordinarie italiane – la circostanza per la quale “Quel che conta non è tanto il passato, appunto, quanto il futuro. Se si preferisce, il passato rileva se consente di orientarsi all’interno della attuale, lunga e, sotto molteplici profili, indecifrabile *transizione*”. Perché, insiste l’autore, “(...) è necessario considerare il passato, per verificare se non vi siano insegnamenti, azioni, scelte e risultati conseguiti, che permettono di guardare al futuro con speranza: appunto perché *il futuro è estratto dai fatti*, in quanto si è venuta creando col tempo «una nuova realtà», composta di «cose attuose». Alle quali si dovrà mirare, tenendo conto non di aspirazioni generiche e velleitarie, ma di *quel che ora accade*”: M. Bertolissi, *Autogoverno e Democrazia: considerazioni introduttive*, in M. Bertolissi (cur.), *Regione Veneto 1970-2020. Il futuro estratto dai fatti*, Venezia, 2020, 3 e 10.

<sup>8</sup> Dal 1933, ossia da quando è stato ratificato il XX Emendamento, la section 1 della Costituzione americana statuisce che “Il mandato del Presidente e il mandato del Vicepresidente avranno termine a mezzogiorno del 20 gennaio”. Prima di allora, per più di un secolo, il termine tecnico del mandato era fissato nel mese di Marzo.

<sup>9</sup> Si tratta della comunicazione – a seguito del blocco delle sue utenze su diverse piattaforme social per impedire la diffusione di notizie false e il persistere nell’incitamento alla violenza – di voler garantire (s’intende, da quel momento in poi) una “transizione ordinata”. In ogni caso, pur espressamente ribadendo il suo “totale disaccordo con i risultati delle elezioni” e concludendo sulla convinzione che “i fatti (gli) danno ragione”: (traduzione libera) in [twitter.com/DanScavino/status/1347103015493361664](https://twitter.com/DanScavino/status/1347103015493361664).

<sup>10</sup> “Jan. 7, 3:41 a.m. Congress confirmed Biden as the 2020 presidential election winner after debating and rejecting objections to the electoral votes from Arizona and Pennsylvania”, in [ballotpedia.org/Breach\\_of\\_U.S.\\_Capitol\\_during\\_electoral\\_vote\\_certification\\_\(January\\_6,\\_2021\)](http://ballotpedia.org/Breach_of_U.S._Capitol_during_electoral_vote_certification_(January_6,_2021)). Il dibattito, iniziato a mezzogiorno del 6 gennaio, poi interrotto e poi ripreso in quella sessione notturna che rimarrà storica anche per gli approfonditi e meditati interventi, è rinvenibile nel *Congressional Record, Proceedings and Debates of the 117th Congress, First Session, Vol. 167, Washington Wednesday, January 6, 2021, No.4*, in [www.congress.gov/117/crec/2021/01/06/CREC-2021-01-06.pdf](http://www.congress.gov/117/crec/2021/01/06/CREC-2021-01-06.pdf). Per una riflessione su quel dibattito: G. Tieghi, *Jan.6, 2021 After Recess: Song of Saint Francis. Rising or*

tentativi post Election Day dell'entourage dell'allora Presidente, primariamente volti a superare l'incredulità e l'imbarazzo di fronte ad una storica no concession<sup>11</sup>.

Che significato ha, nella dinamica costituzionale statunitense, questa presa di posizione? Quali implicazioni sul piano strettamente giuridico? E, soprattutto: quali 'strumenti' ha il giurista, in specie, comparatista (par. 2), per dare un significato a tale manifestazione che, così per come appare, si traduce in una pubblica e trasparente espressione di dissenso? E, non ultimo: dissenso nei confronti di chi? Quanto contano, in definitiva, nell'era contemporanea, le parole – o i silenzi, o i dissensi espressi – del Presidente in una Repubblica presidenziale come quella statunitense e quali implicazioni – se ve ne fossero – su un piano più marcatamente globale?

### *1.1. Dinamica costituzionale: premesse istituzionali per una valutazione del dissenso nell'ottica del realismo giuridico*

Per tentare di rispondere a tali interrogativi si ritengono essenziali due premesse: l'analisi del contesto<sup>12</sup>, con alcune sue figure istituzionali di riferimento (par. 3), e la ricognizione della genesi storico-istituzionale e dei contenuti dell'atto di concession (par. 4). Entrambe risulteranno decisive nella prospettiva di valutazione della *dinamica costituzionale* di un ordinamento: quest'ultima, riproponendosi nella sua autentica attualità,

---

*Setting Sun?*, in *Dpce Online*, Osservatorio *La transizione: L'America dopo Trump*, 29 gennaio 2021.

<sup>11</sup> Ci si riferisce alle dichiarazioni della General Service Administration Emily Murphy del 24 novembre scorso (*GSA's Emily Murphy Recognises Joe Biden as 'Apparent' Winner of US Election, Donald Trump Accepts Transition Process*, in [www.abc.net.au/news/2020-11-24/gsa-tells-biden-transition-can-begin/12914330](http://www.abc.net.au/news/2020-11-24/gsa-tells-biden-transition-can-begin/12914330)) e alle precisazioni sul tema contraddittoriamente espresse dalla responsabile dell'Ufficio stampa della Casa Bianca B. Kayleigh McEnany del 6 dicembre (*Trump Press Secretary Appears to Acknowledge Biden Election Victory*, in [www.theguardian.com/us-news/2020/dec/06/trump-white-house-press-secretary-biden-kayleigh-mcenany](http://www.theguardian.com/us-news/2020/dec/06/trump-white-house-press-secretary-biden-kayleigh-mcenany)).

<sup>12</sup> A partire dai fatti più recenti, per poi retroagire fino alle origini (par. 3.1.). Quanto alla più vicina attualità: "All'interprete dell'esperienza costituzionale è affidato il compito di inquadrare gli eventi del 6 gennaio in uno scenario più ampio, nella consapevolezza delle risalenti radici del malessere che agita la società americana. Si tratta di un malessere che ha cause più profonde di un raduno di manifestanti estremisti e violenti, e che va ben oltre la stessa figura di Donald Trump. Una dialettica politica che si è radicalizzata e polarizzata, ed in cui frange fino a pochi anni fa marginali hanno guadagnato un nuovo protagonismo; una rinnovata sezionalizzazione della cultura americana, in cui ad una società multi-etnica, plasmata dalle trasformazioni sociali e tecnologiche, si contrappone una società che intende difendere tradizioni e identità radicate e forme di produzione della ricchezza tipiche dell'economia novecentesca; un processo elettorale complesso e farraginoso, che consente di sollevare fumose accuse di macchinazioni e complotti e protrae ingiustificatamente nel tempo la transizione presidenziale; il ruolo di amplificazione dei conflitti e semplificazione dei contenuti svolto dai social media. Sono mali profondi della società americana, che si rinnovano oggi a causa dell'insicurezza determinata da un contesto economico e geopolitico in cui il predominio americano va ridimensionandosi": A. Buratti, *Da Trump a Biden: è il momento di ricucire gli strappi*, in *Dpce Online*, Osservatorio *La transizione: l'America dopo Trump*, 18 gennaio 2021.

sprona ad assumere “lo studio teorico e analitico delle *modalità di movimento* – cioè di mutamento reale o potenziale, storicamente osservabile o solo giuridicamente prefigurato – rilevabili in un ordinamento costituzionale”<sup>13</sup>. Mutamenti possibili o, come appare nel caso in esame, mutamenti reali? Ed, inoltre: mutamenti che incidono su quale piano? Su quello relegato ad un inquadramento positivista del sistema delle fonti o, invece, su quello giuridico-istituzionale in cui il canone metodologico è quello del “dialogo arricchente tra passato e presente”<sup>14</sup>?

In ambedue le ultime ipotesi, ora come allora – era l’inizio degli anni ottanta –, “l’uso del termine dinamica costituzionale appare particolarmente idoneo ad esprimere l’atteggiamento metodologico e i contenuti specifici”<sup>15</sup> che anche questo scritto intende esprimere. In specie, la sua idoneità risulta confermata se si vuole dar conto della circostanza che, per *comprendere* gli eventi contemporanei – non ultimi quelli correlati al presidenzialismo americano – è opportuno ragionare secondo quanto riflette la filosofia del diritto dal realismo giuridico<sup>16</sup> di Roscoe Pound e del Justice Holmes. Ed è proprio sul versante del realismo giuridico di tipo ‘cognitivo’, da intendersi qui quale originaria attività di immedesimazione del diritto in una “invenzione”<sup>17</sup> – ossia nel “significato di scoprirlo e di leggerlo nel sostrato radicale della società”<sup>18</sup> –, che il rifiuto di concession pare assumere uno specifico significato istituzionale, prima ancora che strettamente giuridico: in altre parole, ben “oltre la legalità”<sup>19</sup>. Espressione, quest’ultima, da

---

<sup>13</sup> N. Olivetti Rason, *La dinamica costituzionale degli Stati Uniti d’America*, Padova, 1984, 1. Pur con un focus specifico sul procedimento di revisione costituzionale statunitense, l’autore, già allora, suggerisce una riflessione più ampia sul rapporto tra diritto e realtà e, in specie, sulla “sfasatura” – da intendersi sempre più evidente in molte democrazie contemporanee, oltre che in quella statunitense – “tra l’ordinamento costituzionale quale risulta dalle norme comprese nella Carta originaria e dai successivi emendamenti, e”, soprattutto, da ciò che chiama “l’ordinamento fondamentale quale emerge di fatto dall’insieme di tutte le norme vigenti a livello costituzionale”. Fenomeno che, per l’appunto, l’autore ci ricorda essere “tutt’altro che raro, anzi rilevabile, sebbene in diversa misura, in tutti o quasi gli ordinamenti costituzionali”, *ivi*, 1-2.

<sup>14</sup> P. Grossi, *Premessa*, in P. Grossi, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, 2020, XI.

<sup>15</sup> N. Olivetti Rason, *La dinamica costituzionale degli Stati Uniti d’America*, *cit.*, 1, nota 1.

<sup>16</sup> Sul tema, si è ricordato che “la *forma mentis* degli angloamericani è sempre stata improntata a senso pratico, a concretezza e desiderio di efficienza”, N. Olivetti Rason, *La dinamica costituzionale degli Stati Uniti d’America*, *cit.*, 8.

<sup>17</sup> Termine le cui sfumature sono ampiamente esposte in P. Grossi, *L’invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017.

<sup>18</sup> Ossia nella sua “(...) dimensione fattuale dell’ordinamento che è la consuetudine”: P. Grossi, *Oltre la legalità*, *cit.*, 6.

<sup>19</sup> Espressione che, divenuta titolo dell’ultimo saggio di Paolo Grossi, esprime “il rifiuto fermo di ogni sentiero che possa condurre verso la deriva della ‘illegalità’, ma, al tempo stesso, vuole esser chiaro in esso il segno di una schietta insofferenza per come, *hic et nunc*, noi – generalmente – si afferma il principio della separazione dei poteri quale dogma intangibile e, quindi, indiscutibile, e ci si sta comportando con la legalità attualizzando fino ad oggi, senza alcuna variazione, un fossile settecentesco, quasi che fosse un carbone capace di dare attualmente lo stesso calore, malgrado il gran tempo trascorso, malgrado gli enormi eventi che la vicenda storica ha dovuto registrare in un

intendersi, come tale, anche nella prospettiva giuridica di civil law, poiché intimamente “consegnataria di una carica che taluno riterrà provocatoria se non demolitrice, ma che”, invece, l’autore della stessa, ci consegna come “unicamente stimolatrice”<sup>20</sup>. Lo sarà, in particolare, per consentire – anche al giurista continentale – di avvicinarsi ai caratteri originari del pensiero americano secondo quell’approccio empirista dell’“uomo di mente duttile” cui si riferiva il filosofo americano William James<sup>21</sup>. Approccio che, oggi, permette di rinvenire l’efficacia operativa<sup>22</sup> della presidential concession nel suo essere funzionale ad evitare una vera e propria crisi istituzionale<sup>23</sup>. Tra l’altro, come quella attualmente in atto.

I motivi che hanno indotto a muoversi lungo i sentieri qui esposti dipendono da una circostanza basilare: stando ad una ricognizione preliminare, è sembrato oramai generalmente acquisito – nella prospettiva di matrice continentale – il dato che l’istituto della concession presidenziale appartenga soprattutto all’immaginario collettivo di mero *political consensus* o *conflict*, finanche mediatico. Dunque, fondamentalmente, da ritenersi estraneo all’area della giuridicità-legalità solo poiché estraneo – nel senso di ‘non imbrigliato’ – ad alcuna disposizione normativa, costituzionale o ordinaria che sia.

Ora, il rifiuto di tale approccio suggerisce, invece, di imboccare la strada del c.d. diritto costituzionale altruista, ancorato alle tradizioni e, quindi, a base consuetudinaria<sup>24</sup> (par. 5), per tentare di rispondere, attraverso l’analisi del rifiuto di concession, alle persistenti – e più generali –

---

Paese di *civil law* come l’Italia, malgrado le decisive novazioni nel nostro approccio con il diritto”: P. Grossi, *Oltre la legalità*, cit. 4.

<sup>20</sup> P. Grossi, *Premessa*, in P. Grossi, *Oltre la legalità*, cit. X.

<sup>21</sup> Espressione utilizzata da James (nell’opera *Pragmatism: A New Name for some Old Ways of Thinking*, pubblicata per la prima volta nel 1907 per raccogliere le lezioni che aveva tenuto nel 1906 al Lowell Institute di Boston) per differenziare l’uomo tender-minded (razionalista) dall’uomo tough-minded (empirista), ma poi ripresa da uno dei maggiori collaboratori del Presidente Kennedy, Arthur M. Schlesinger Jr., per dimostrare che “la specifica versione americana, più che discendere dal razionalismo continentale, derivava dalla tradizione empirica britannica” (ivi, 65): tradizione su cui si innestava, a parere dell’autore, il valore della stessa esperienza americana, fin da subito caratterizzata da quella “fortunata fusione di idee e impegno politico” (ivi, 64): A. M. Schlesinger Jr., *Crisi di fiducia. Idee, potere e violenza in America*, Milano, 1971.

<sup>22</sup> In definitiva, affermava accuratamente il prof. Sean Theriault dell’Università di Austin, Texas (webinar sulle *US Elections 2020*, 23 Nov. 2020, Univ. Bocconi) serve “to solve problems!”. Nel merito, oggi, in primis, per affrontare l’emergenza della pandemia.

<sup>23</sup> Per un approfondimento considerato “necessary precaution against a coming crisis” si rinvia a L. Douglas, *Will He go? Trump and the Looming Election Meltdown in 2020*, New York, 2020, che preconizzava, tra l’altro, il rifiuto di Trump di concedere. “Constitutional democracy assumes that people have faith in the integrity of the electoral process and can trust the outcomes,” sostiene Douglas. “If they have the president himself—not some marginal fringe group—telling the people that the system is rigged and the results can’t be trusted”, sottolinea, “it’s an incredibly dangerous message to spread” (ivi, 43).

<sup>24</sup> M. Carducci, *Por un Direito Constitucional Altruista*, Porto Alegre, 2003.

preoccupazioni connesse alla crisi delle stesse c.d. democrazie stabilizzate<sup>25</sup>. Preoccupazioni relative, da un lato, all'ampiezza della sfasatura tra Costituzione scritta e Costituzione vivente<sup>26</sup> anche alla luce delle trasformazioni che la società americana continua a manifestare nell'era delle "identity politics"<sup>27</sup>, a fronte della sua, sempre più evidente, plurale complessità<sup>28</sup>; dall'altro, proprio laddove non vi fosse una prescrizione scritta, fondate sull'improcrastinabile esigenza di un'analisi giuridica aggiornata del dissenso sul presupposto che, sempre più spesso, i passaggi più significativi per la definizione di una architettura costituzionale autenticamente repubblicana trovano fondamento in fonti alternative a quelle strettamente positivistiche.

“È così che nasce il diritto nei primordi della storia umana: non da un testo scritto, frutto di rivelazione divina o di sapienza di dotti, bensì da un fatto che si ripete, da una durata che si distende nel tempo, da una osservanza collettiva che non è obbedienza passiva ma piuttosto adesione”<sup>29</sup>. Tale approccio, oggi più che mai, merita una riflessione profonda: è innegabile, infatti, l'imprescindibilità di doversi interrogare anche su possibili nuovi scenari di etica pubblica contemporanea. L'assalto del 6 gennaio scorso al Capitol Hill, da ultimo, lo impone. D'altra parte, operando altrimenti si sarebbe corso il rischio di escludere – infondatamente – un aggiornamento sul ruolo del momento dialettico quale parte integrante del sistema istituzionale e politico americano. Si sarebbe dunque esclusa, di fatto, a priori, una rivisitazione del significato istituzionale di *popolo* quale termine di riferimento per verificare i caratteri propri dell'evoluzione dell'“esperimento” americano (par. 6).

---

<sup>25</sup> T.E. Frosini, (cur.), *Diritto pubblico comparato. Le democrazie stabilizzate*, Bologna, 2019.

<sup>26</sup> Preoccupazione ampiamente considerata già nel periodo in cui ci si avvicinava al bicentenario della Convenzione di Filadelfia: sul punto, si rinvia a N. Olivetti Rason, *La dinamica costituzionale degli Stati Uniti d'America*, cit., 9.

<sup>27</sup> Sul disaccordo politico e le trasformazioni costituzionali statunitensi si rinvia a L.P. Vanoni, *Me The People. Il disaccordo in America nell'era delle Identity Politics*, in *Percorsi costituzionali*, n.1/2019, 63 e ss.

<sup>28</sup> Profilo sul quale la recente storiografia insiste nel richiamare la nostra attenzione. Sul punto, in particolare, T. Bonazzi, *La rivoluzione americana*, Bologna, 2018, ove afferma che “Ben più avveduti” – s'intende, rispetto alla considerazione della “natura esclusivamente politica” assegnata alla rivoluzione americana, in specie nella scia delle considerazioni di Hannah Arendt – “e moderni, i *Founding fathers* non rifiutarono di ammettere che una società commerciale e libera comporta inevitabilmente conflitti di interessi e di idee che sono la naturale conseguenza delle differenze sia personali che sociali fra gli individui. Il loro illuminismo di matrice scozzese li aiutò a trovare nel principio del controllo degli interessi attraverso un sistema di equilibri l'unico sistema che consentiva di evitare il dominio di alcuni gruppi di cittadini su altri. Un dominio che avrebbe negato l'universalità del diritto alla ricerca della felicità che è un diritto a realizzare se stessi nella vita sociale”: ivi, 174

<sup>29</sup> P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, 100.

## 2. Presidenzialismo e crisi tra “constitutional retrogression” e fondamenti di etica pubblica

Il dibattito in corso sulla rivisitazione del principio di separazione dei poteri<sup>30</sup> e la necessità di una più profonda riflessione sulla connessione tra forma di governo e forma di Stato<sup>31</sup> impongono di ragionare sulla presidential concession includendo il tema cruciale del rifiuto, nei termini di dissenso, avendo a mente una circostanza indefettibile: l'evidenza che quel concetto, autentico, di dissenso istituzionale, geneticamente inteso nel sistema nordamericano come costruttivo e rispettoso del tanto ricercato equilibrio costituzionale, stia subendo - su un piano generale, prima ancora che con riferimento alle presidenziali 2020 - una storica involuzione. “La rinnovata pulsione di molteplici ‘micro-identità’ (...)”, si è ammonito, “sta mettendo alla prova gli strumenti sinora utilizzati per mantenere il dissenso nelle forme del dialogo, anziché abbandonarlo a quelle del conflitto”<sup>32</sup>.

Di tale preoccupante involuzione sono prova lo stesso sistema di pesi e contrappesi statunitensi che, sempre più, “have been softened, if not swept away”<sup>33</sup>; la condivisa tendenza alla deformazione della fisionomia costituzionale americana e, con essa, del sistema delle regole<sup>34</sup>; il sempre più marcato potenziamento del ruolo presidenziale<sup>35</sup>; la nuova funzione che la Corte Suprema ha dimostrato più volte di assumere, da un lato, in occasione del riconoscimento dei diritti civili, dall'altro, proprio in materia elettorale<sup>36</sup>,

<sup>30</sup> Da ultimo, in linea generale, si rinvia a P. Grossi, *Oltre la legalità*, cit., ove incoraggia alla improrogabile e “indispensabile *revisione* dei due pilastri che la cultura politico-giuridica del Settecento, nell'Occidente continentale europeo, ha offerto allo Stato ottocentesco, troppo ottimisticamente chiamato ‘Stato di diritto’ (*Rechtsstaat*): la separazione dei poteri e il principio di legalità” (ivi, 3), definendo la loro “simbiotica congiunzione (...) la serrata cerniera di chiusura di una concezione/visione del diritto essenzialmente *potestativa*” (ivi, 21). Nello specifico scenario statunitense, invece, si rinvia alle considerazioni espresse sul tema e alle implicazioni sull'evoluzione che il presidenzialismo ha subito, fino a divenire “dominant, moving away from the original Madisonian design”: G.F. Ferrari, *Introduction*, in G.F. Ferrari (cur.), *The American Presidency After Barack Obama*, The Hague, 2018, 9.

<sup>31</sup> E, in particolare, sulla “relatività temporale e spaziale della qualificazione degli ordinamenti democratici”, si rinvia a G. De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, I, X ed., Milano, 2019, 183 e ss..

<sup>32</sup> T. E. Frosini, *Seduti dalla parte del disaccordo*, in *Percorsi costituzionali*, n. 1/2019, *Libertà e disaccordo*, 3-4.

<sup>33</sup> G.F. Ferrari, *Introduction*, cit., 9.

<sup>34</sup> T. E. Frosini, *Seduti dalla parte del disaccordo*, cit., 4.

<sup>35</sup> Sull'evoluzione storica dell'attuale ruolo del Presidente e sulle sue implicazioni nell'era contemporanea si rinvia, da ultimo, a R. Toniatti, *L'elezione presidenziale negli Stati Uniti d'America (2020): la quiete dopo la tempesta*, in *DPCE online*, 2020/4, vi e ss. Per una analisi approfondita dell'ultima presidenza, G.F. Ferrari (cur.), *The American Presidency Under Trump*, The Hague, 2020.

<sup>36</sup> Sul tema, in specie, si rinvia alle considerazioni circa “la ‘ragione strumentale’ della scelta della Corte: rivendicare il potere di decidere la controversia elettorale in sede giudiziale per non lasciare che fosse decisa in sede politica”, in F.G. Pizzetti, *Bush v. Gore. Un nuovo caso di federalismo giurisdizionale*, Torino, 2002, 154 e ss. Sul caso, nella prospettiva qui segnalata, si rinvia in particolare a: P. Passaglia, *La Corte suprema*

all'interno di un processo che, secondo alcuni, si è sviluppato “alterando il baricentro costituzionale immaginato dai *Framers*: invece che ricomporsi dal basso nello scontro tra poteri democraticamente eletti”, si è evidenziato, “il disaccordo politico viene oggi risolto dall'alto attraverso un'interpretazione giurisdizionale di nuovi valori ricavati dalla Costituzione”<sup>37</sup>.

Tale modificazione degli equilibri della forma di governo ingloba quella “conflictual competition between constitutional subjects” che appare ben rappresentare “the present state of constitutional framework much better than any other”. In specie, le più recenti teorizzazioni sulla *conflictual competition* paiono delineare la situazione esistente molto più fedelmente rispetto a quell'ideale di “cooperative nature of the separation of powers” che i Padri Fondatori avevano auspicato per realizzare, attraverso la Costituzione, una teoria politica. In definitiva, “the Presidency”, come ci è stato ricordato, “has become dominant, moving away from the original Madisonian design”<sup>38</sup>.

All'interno di questo complesso e problematico scenario di *competing powers*<sup>39</sup> in cui l'elemento conflittuale dimostra, giorno dopo giorno, di aver assunto un ruolo sempre più incisivo, il presidenzialismo statunitense è, da tempo, soggetto a riflessione critica. Quel fenomeno di inquietante “constitutional retrogression” che, finora, è servito per definire la tendenza di alcuni regimi politici verso una sorta di “arretramento” del costituzionalismo e svuotamento della Costituzione”, oggi coinvolge anche le c.d. democrazie stabilizzate: perché quell'arretramento e quello svuotamento passano “attraverso non una revisione della stessa ma piuttosto un'azione politica anticostituzionale”<sup>40</sup>. E' a fronte di ciò, invero, che tali circostanze portano a propendere per considerare il recente rifiuto di presidential concession come l'esito di un ben più ampio processo di trasformazione politico-istituzionale che si traduce, essenzialmente, in un vero e proprio ripensamento – o rilettura – del noto principio statunitense *E pluribus unum*<sup>41</sup>.

---

*statunitense decide il caso Bush v. Gore*, in *Foro it.*, 2001, IV, 195–201 (nota a Corte suprema degli Stati Uniti, sentenza 12 dicembre 2000, Bush et al. v. Gore et al.) e al Forum DPCE su *Le elezioni presidenziali USA*, 2001, n.1.

<sup>37</sup> L.P. Vanoni, *Me The People. Il disaccordo in America nell'era delle Identity Politics*, cit., 66.

<sup>38</sup> G.F. Ferrari, *Introduction*, cit., 9.

<sup>39</sup> Per una valutazione storico istituzionale delle *separated institutions* e il loro modo di *sharing* o *competing powers*, si rinvia a G. Pasquino, *Il bello di federalismo e presidenzialismo*, in *Forum DPCE su Le elezioni presidenziali USA*, 2001, 257 e ss.

<sup>40</sup> AA.VV., *Diritto pubblico comparato. Le democrazie stabilizzate*, cit., 9.

<sup>41</sup> Motto inciso, dal 1776, nello stemma degli Stati Uniti d'America per spiegare che la pluralità degli Stati, attraverso l'unione, costituiscono la nazione americana. Dalla molteplicità, ad una cosa sola. La locuzione latina è tratta dal poema *Moretum*, attribuito a Virgilio. Così era stata intesa l'espressione anche da Cicerone, il quale, in riferimento ai legami sociali come *terra solida* su cui erigere uno Stato aveva affermato: “(...) quando due uomini hanno gli stessi interessi, allora avviene che ciascuno dei due ami l'altro come se stesso, per cui si concretizza quel che Pitagora intende per amicizia,

Alla luce di tali premesse si ritiene, dunque, vada preferita la prospettiva che vigila sulla tenuta del rapporto di fiducia tra governanti e governati – piuttosto che quella meramente correlata alla forma di governo –: il monitoraggio della tenuta della forma di Stato, infatti, risulta essere di pregnante rilievo per comprendere quanto la concession, nel suo fine operativo di poter contribuire ad una ordinata e pacifica transition, non ha fatto che dare, in realtà da sempre, un significativo apporto unificante al processo di disgregazione delle polarizzazioni estreme. La ricerca di quell'equilibrio tra i due poli, in particolare, andando a delineare il processo di costruzione di una sempre nuova *identità costituzionale* su cui ogni Presidency è chiamata a lavorare durante il suo mandato per realizzare un patto di fiducia con il popolo, ha dirette implicazioni sulla tenuta del patto proprio a seconda della condotta assunta da chi governa e, in specie, in occasione della sconfitta elettorale<sup>42</sup>. E ciò, si badi bene, ben oltre il periodo del proprio mandato, o la fase della campagna elettorale che porta all'Election day. La condotta di chi detiene il potere diviene decisiva proprio in quel delicato arco temporale che copre il periodo della transizione, ossia dal giorno dell'elezione a quello dell'assunzione dell'incarico da parte del successore (novembre-gennaio). E' in questo frangente che si colloca la peculiarità della presidential concession quale momento fondante il suddetto patto: essa è da intendersi, infatti, in primis, per il popolo, ossia perché questo accetti la vittoria della nuova presidenza e non, come si potrebbe supporre, per lo sconfitto. In questo senso, la presidential concession “is the quintessential narrative of democratic action: a supremely painful personal resignation, symbolic of the public moral drama, and a disarming revelation of the commitments and costs of seeking the nation's highest office”<sup>43</sup>.

In questa prospettiva è dunque evidente l'importanza della condotta di chi governa<sup>44</sup>, il linguaggio che utilizza, il modo che sceglie per rivolgersi ai propri cittadini finanche i silenzi, i luoghi da cui sceglie di parlare alla Nazione: tutto ciò ha assunto, nel tempo, un sempre maggiore rilievo in termini di forma di Stato, prima che di forma di governo. E' il suo essere funzionale – o meno - alla crescita e al progresso della società che è chiamato a *servire* che delinea l'assetto entro il quale far funzionare l'architettura costituzionale, traghettando, attraverso l'atteggiamento che evoca l'anelito ad una forma alta di *spirito pubblico*<sup>45</sup>, il pluralismo nell'insieme.

---

cioè: di una molteplicità di anime, si faccia un'anima sola”, in Cicerone, *De Officiis*, Libro I, par. 56. L'espressione era nota ai letterati nordamericani del XVIII secolo poiché appariva nel mensile londinese *Gentleman's Magazine* sin dal 1731.

<sup>42</sup> S. Murray, *In Elections, Losing isn't the Hardest Part, it's Giving the Speech*, *The Wall Street Journal*, Nov. 3, 2004, in [www.wsj.com](http://www.wsj.com).

<sup>43</sup> P. Corcoran, *Presidential Concession Speeches: The Rethoric of Defeat*, in *Political Communication*, 11:2, 1994, 128.

<sup>44</sup> U. Vincenti, *Etica per una Repubblica*, Milano, 2015, in particolare ove ci si sofferma su “Il buon governante”, 65 e ss.

<sup>45</sup> “Spirito pubblico è assumere posizioni scomode e dire quel che si pensa senza riserve mentali, ove si creda che sia vero, anche se discorsi o azioni del genere siano sgradite ai

Ed è il concetto di *servizio*, quale espressione di un'etica della responsabilità<sup>46</sup>, quello su cui è necessario soffermarsi per comprendere l'impatto della presidential concession (quanto a contenuti e finalità) nel più ampio scenario istituzionale. Attraverso i fondamenti dell'etica pubblica repubblicana risulta più verosimile, infatti, delineare il perimetro entro il quale la concession diventi fattore persino unificante della pluralità contribuendo, così, a mantenere il dissenso nella forma del dialogo, evitandone la degenerazione conflittuale. "Our system of Presidentialism may have served us well in the past but its rigidity in the political process denies the multiple voices that need to be heard in a democracy, nor offers the required tools for political compromise"<sup>47</sup>.

### 2.1. Disservizio tra storia e comparazione

Cosa, dunque, è andato perso? Che cosa è subentrato e, soprattutto, quali nuovi parametri di giudizio e categorie giuridiche vanno presi in considerazione per cercare di dare un significato istituzionale – ben oltre la personalità dell'uomo Presidente - all'inedito rifiuto? In un ordinamento storicamente teso alla composizione dei vari equilibri, in cui "l'idea che la diversità arricchisca" – e non pregiudichi - la convivenza sociale contribuisce – sempre e comunque – alla costruzione di "una società unita e più giusta"<sup>48</sup>, e in cui l'ideale repubblicano di *bene comune* è incorporato nella sua genesi, che portata assume questa storica presa di posizione?

La risposta a questi interrogativi è complessa. In ogni caso, sono due le direttrici che vanno prese in considerazione. La prima ha a che fare con la presa d'atto di un processo di "graduale venir meno della forza di aggregazione unitaria esercitata dal concetto di nazione" e dal "mito della

---

più o agli uomini del potere e vi sia il rischio o lo scotto dell'emarginazione": U. Vincenti, *Etica per una Repubblica*, cit., 43.

<sup>46</sup> U. Vincenti, *Etica per una Repubblica*, cit., 43 e 79 e ss..

<sup>47</sup> "I go back to my teen years when I first questioned which system of government, within the context of democracy, would probably be best: Parliamentarism or Presidentialism. And I recall choosing one over the other depending on my political feelings at that time. Now, after years of swinging back and forth, I am about to reach the conclusion, this time permanently, without the residue of reservations that I had in the past, that at least in this 21st Century America, Presidentialism is not serving us well; and that, braiding it with our insufferable two-party, money-lubricated, political machine has placed us among the worst governed major nations on earth – something which our false pride and concomitant ignorance refuse to acknowledge time and again. Pride and ignorance which have nurtured cancerous instincts in conflict with world peace and brotherhood through militarism, bigotry, jingoism, and a shameful enjoyment of our "empire-feel"; perhaps a great outcome for the ruling elites of the nation but a sorry aftermath for a commoner citizenry which has been profoundly deceived": B. Tanosborn, *Presidentialism not serving American politics well*, in [foreignpolicynews.org/2016/01/01/presidentialism-not-serving-american-politics-well/](http://foreignpolicynews.org/2016/01/01/presidentialism-not-serving-american-politics-well/).

<sup>48</sup> Sul tema, rinviando al pensiero che accomunava la prima Justice donna Sandra O'Connor con la Justice Ginsburg, v. G. Romeo, *Femminismo ed eguaglianza dentro la comunità politica: un ritratto di Ruth Bader Ginsburg*, in *DPCE Online*, n. 4/2020, iv.

Costituzione”<sup>49</sup>; la seconda con la necessità di riconsiderare il pluralismo ordinamentale anche come pluralismo sociale e, non ultimo, giuridico. Un pluralismo delle fonti in cui la prepotenza fattuale delle fonti-atto nella dinamica costituzionale globale apre, come pure agli ordinamenti di civil law, la possibilità di penetrare nella – talvolta, tragica – effettività delle convenzioni costituzionali. Entrambe hanno, come minimo comune denominatore, la naturale propensione ad includere il momento della manifestazione pubblica di pensiero – finanche in termini di dissenso – nella sua duplice valenza: come massimo momento aggregatore o, al contrario, come fattore divisivo, al punto da essere percepito come un vero e proprio “disservice to the American people”<sup>50</sup>.

“(…) words matter”, si è ricordato nella closing prayer al Congresso nella notte tra il 6 e il 7 gennaio: “and the power of life and death is in the tongue. We have been warned”, ha insistito il 62esimo Cappellano del Senato statunitense, “that eternal vigilance continues to be freedom’s price”<sup>51</sup>.

Lo storico e il comparatista paiono essere, oggi, i più autentici portatori di un’“affrancazione culturale per l’odierno giurista”, poichè “in grado di scompigliare fecondamente una assuefazione collettiva adagiata su delle pretese *degnità* oramai ridotte a dei veri luoghi comuni”<sup>52</sup>. L’inedito rifiuto dell’allora Presidente, infatti, rappresenta, in continuità con il crescente ruolo del Capo dell’esecutivo nella dinamica costituzionale statunitense, uno dei più evidenti esempi delle nuove sfide che la comparazione stessa si sta trovando ad affrontare<sup>53</sup>. Ciò, sia per la particolare attenzione alle vicende storiche che hanno segnato i momenti di passaggio nell’evoluzione dei sistemi democratici, sia perché le sollecitazioni che provengono dall’ordinamento statunitense ci dicono che non possiamo più limitarci ad osservare, quali meri spettatori – o, peggio, a pensare che ciò non ci riguardi perché legato a quel contesto costituzionale da sempre considerato il prototipo dell’eccezionalismo -. Ci dicono di un sempre più incisivo ruolo della comparazione, in specie nella dimensione pubblicistica, sia quale “momento forte” per “acuire la criticità dello sguardo”<sup>54</sup> sia, non ultimo,

<sup>49</sup> R. Toniatti, *La ‘nazione costituzionale’: genesi e consolidamento dell’identità repubblicana dell’ordinamento federale statunitense quale Stato-nazione*, DPCE, 2011, 1150 e ss.

<sup>50</sup> Espressione utilizzata con riferimento specifico alle riflessioni sulla riforma sanitaria statunitense e al cambio presidenziale, ma il cui contesto più generale è perfettamente compatibile con la sostanza di ciò di cui si sta discutendo in questo scritto: G. D’Ignazio, *The Obama Presidency and the Health Care Reform*, in AA.VV., *The American Presidency After Obama*, cit., 79.

<sup>51</sup> *Congressional Record, Proceedings and debates of the 117th Congress*, cit., H115.

<sup>52</sup> P. Grossi, *Oltre la legalità*, cit., X.

<sup>53</sup> Per un recente dialogo sulle nuove sfide del settore in occasione dei vent’anni della Rivista DPCE, si rinvia ai seguenti contributi: L. Pegoraro, *Il diritto pubblico comparato in cerca di una identità*, in DPCE Online, Vol. 42, n. 1/2020 e G. F. Ferrari, *La comparazione tra necessità teoriche e limitazioni pratiche*, in DPCE Online, Vol. 42, n. 1/2020.

<sup>54</sup> P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, 9.

quale “shortcut per capire il mondo”<sup>55</sup> e ciò, soprattutto per quanto concerne la crisi di fiducia che accomuna le democrazie contemporanee.

L’obiettivo che ci si propone, dunque, è di rinvenire, secondo l’insegnamento di Lombardi, la “ragione strumentale”<sup>56</sup>, nella prospettiva comparatistica, della valutazione di un comportamento storicamente anti-americano. E’ di tutta evidenza, infatti, che la personalità del Presidente ha sicuramente un suo rilievo, ma è altrettanto evidente che non ci si può limitare ad un’indagine psicologica sulla persona per carpire l’incidenza del fatto sul sistema istituzionale americano e, in parte, sulle democrazie globali. Tali suggestioni, infatti, risultano sempre più appropriate, oltre che di preciso interesse, anche per gli ordinamenti continentali, non ultimo quello italiano: difficoltà di *comprendere* gli eventi, di *collocarli* in un contesto istituzionale in transizione e di *coglierne le implicazioni* per l’assetto democratico (anche correlate alla situazione emergenziale), sono questioni condivise. E’ in questa prospettiva che il “nuovo protagonismo della società”, nel declinare la *storicità* del diritto<sup>57</sup>, ha messo non poco in discussione un’identità costituzionale storicamente concepita quale “mix of political aspirations and commitments that are expressive of the nation’s past and the desire to transcend that past”<sup>58</sup>.

### 3. Presidential Concession e rifiuto: le parole e il contesto, oltre la forma di governo

Il contesto in cui collocare l’evento del rifiuto di concedere la vittoria al neo-eletto Presidente Biden, si insiste, è decisivo. Lo è, in specie, se si adotta una prospettiva diacronica. In altri termini, quella che, a parere di chi scrive, risulterà essere la più consona per fondare una teoria del costituzionalismo americano come *costituzionalismo della dialettica e del dissenso*. Di qui il tentativo di indicare, senza alcuna pretesa di dare risposte, almeno alcuni “sentieri”<sup>59</sup> per comprendere la realtà. Ma, di quale realtà si tratta? Di quella raccontata dai media? O, piuttosto, di quella che il constitutional framework statunitense ha sancito e ha sperimentato per anni, anche precostituendone gli anticorpi in caso di possibili degenerazioni?

Tali interrogativi ruotano attorno ad una questione centrale: contano ancora, davvero, le parole del Presidente?

---

<sup>55</sup> L. Pegoraro – A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, Torino, 2017, 1, il cui primo capitolo si intitola proprio “Il metodo comparativo: shortcut per capire il mondo”.

<sup>56</sup> G. Lombardi, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Milano, 1986, 11.

<sup>57</sup> P. Grossi, *Oltre la legalità*, cit., 20.

<sup>58</sup> G. J. Jacobsohn, *Constitutional Identity*, London-Cambridge, 2010, 7.

<sup>59</sup> Nella convinzione, secondo un approccio comparatistico globale, “che la democrazia abbia, al suo interno, le risorse per affrontare le difficoltà che questo delicato e sfaccettato passaggio del sistema politico-istituzionale attraversa”: F. Pizzolato, *I sentieri costituzionali della democrazia*, Roma, 2019, 9.

“The words of a President Matter”, si è ricordato alzando la voce proprio nel discorso alla Nazione del 6 gennaio scorso, condannando i fatti e chiedendo al Presidente in carica di intervenire, con un discorso pubblico al popolo americano. “Le parole di un Presidente contano” e, si aggiunge: “(...) no matter how good or bad that President is”. Ed è da questa affermazione che vale la pena partire per comprendere l'autentico contenuto istituzionale della presidential concession. In ogni caso, dopo aver ripreso le basi di scienza della politica che supportano l'idea di *unità* del Paese indipendentemente dalle posizioni politiche, è il passo successivo del discorso che permette di includere, nella storia delle presidential concessions – oltre che nella storia istituzionale di quel Paese –, anche l'opzione anti-americana del dissenso: “At their best”, si mette in guardia, “the words of a President *can inspire*. At their worst”, si sottolinea, “they *can insight*”<sup>60</sup>. Se, fino ad oggi, era quasi scontato che potessero solo ispirare, ora sono i fatti a dire il contrario. Sono le parole espresse a dimostrare che le parole di un Presidente continuano a contare. E ciò, anche per delineare, fattualmente, lo stato di degenerazione in essere.

D'altra parte, ciò è confermato se si considerano non solo i veti presidenziali<sup>61</sup> ma, soprattutto, in un quadro ben più ampio, quelle prassi di dissenso, inerenti alla dinamica costituzionale in senso lato, che hanno delineato, nel tempo, un ordinamento fondato su un vero e proprio ‘costituzionalismo della dialettica’. Quest'ultimo, incorporando in se stesso il tentativo autentico di realizzazione di un contraddittorio persistente tra i protagonisti istituzionali dell'ordinamento statunitense, ha inciso significativamente nel rapporto tra le istituzioni – nei termini di cui alla forma di governo – ma, più in particolare, si è espanso fino a ricomprendere i rapporti tra quelle istituzioni e il popolo stesso – in termini di forma di Stato –.

Se, infatti, i veti presidenziali introducono, di fatto, argomenti e prassi di dissenso costituzionale così rilevanti da influire nel rapporto tra esecutivo e legislativo, sono soprattutto le dinamiche di dissenso che incidono nel

<sup>60</sup> J. Biden, *Joe Biden Speech Condemning Capital Protest Transcript*, [www.rev.com/blog/transcripts/joe-biden-remarks-condemning-capitol-protest-transcript](http://www.rev.com/blog/transcripts/joe-biden-remarks-condemning-capitol-protest-transcript), min. 2.15 e ss del video.

<sup>61</sup> Sul tema, Office of Historian, Office of Art & Archives, Office of the Clerk, *Veti presidenziali*, 6 gennaio 2020, in [history.house.gov/institution/Presidential-Veto/Presidential-Veto/](http://history.house.gov/institution/Presidential-Veto/Presidential-Veto/). In particolare, sul modo con il quale i veti opposti dai presidenti americani (da George Washington a Barack Obama) hanno segnato le trasformazioni della presidenza e, dunque, il suo rapporto con il Congresso, si veda A. Buratti, *Veti presidenziali. Presidenti e maggioranze nell'esperienza costituzionale statunitense*, Roma, 2012. Con riferimento all'attualità, si rinvia al recente annullamento del veto opposto dal Presidente Trump al disegno di legge che prevedeva lo stanziamento di circa settecentoquaranta miliardi di dollari per la Difesa (si tratta del National Defense Authorization Act): *ex multis*, C. Danner, *Senate Overrides Trump's Veto of National Defense Authorization Act*, in [www.msn.com/en-us/news/politics/senate-overrides-trump-s-veto-of-national-defense-authorization-act/ar-BB1cpb7d](http://www.msn.com/en-us/news/politics/senate-overrides-trump-s-veto-of-national-defense-authorization-act/ar-BB1cpb7d).

rapporto governanti-governati ad aver letteralmente forgiato, fin dalle origini, l'esperimento americano.

Tra queste, è evidente che, alcuni momenti e alcuni protagonisti istituzionali, più di altri, risultano empiricamente dimostrativi di una logica del rifiuto/dissenso marcatamente finalizzato al recupero di un equilibrio – in primis istituzionale – nei confronti della società: si tratta, da un lato, del primo Presidente americano George Washington, nella specifica, delicata circostanza in cui si è trovato a decidere se assumere, o meno, un incarico; dall'altro, della Justice Ruth Bader Ginsburg, recentemente scomparsa, proprio a poche settimane dalle elezioni presidenziali, quale figura rappresentativa di una prassi istituzionale del dissenso votata a due specifici obiettivi. Il primo, a superare le obiezioni di non democraticità della Corte – dunque dell'unica istituzione federale statunitense non democraticamente eletta – attraverso la dimostrazione di una costruttiva attività di confronto dialettico tra le opinioni dei diversi giudici<sup>62</sup>, la conseguente possibilità di dar voce anche alle posizioni minoritarie e, non ultima, la trasparenza di tale operato. Il secondo, di poter contribuire a far evolvere il sistema – non solo di giustizia costituzionale ma, più ampiamente, istituzionale – stimolandolo “verso soluzioni più conformi alla sensibilità popolare”<sup>63</sup>.

Partendo dall'estrinsecarsi di precise condotte<sup>64</sup> e, in particolare, dall'omessa concessione, dunque, due specifiche direttrici di analisi rilevano per l'intero sistema istituzionale statunitense, ben ‘oltre la forma di governo’. Tali direttrici sono correlate da una parte all'incidenza della dimensione dell'etica pubblica, in specie nelle vicende che segnano la transizione del potere in tutti i passaggi cadenzati temporalmente dall'Election day all'Inauguration day; dall'altra, all'influenza della c.d. ‘dimensione culturale’

<sup>62</sup> Sul tema e, in specie, sulla “practice to revealing dissent” e il loro “in-house impact”, si rinvia alla Lecture tenuta dalla Justice Ginsburg all'Harvard Club of Washington il 17 dicembre 2009, reperibile in R. Bader Ginsburg, *The Role of Dissenting Opinion*, in *Minn. L. Rev.*, 95 (1):1-8, 428, 2010, 2, 3. “My experience teaches”, spiega la Ginsburg, “that there is nothing better than an impressive dissent to lead the author of the majority opinion to refine and clarify her initial circulation” (ivi, 3). “On occasion”, insiste, “(...) a dissent will be so persuasive that it attracts the votes necessary to become the opinion of the Court” (ivi, 4). Sulla legacy della Giudice Ginsburg quale dissenter, si veda K. I. Gibson, *Ruth Bader Ginsburg's Legacy of Dissent. Feminist Rhetoric and the Law*, Tuscaloosa, 2018.

<sup>63</sup> M. Gorlani, *La dissenting opinion nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti: un modello importabile anche in Italia?*, in [www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre\\_2006/365.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre_2006/365.pdf). Sull'“importance of being open” anche per poter “engage in institutional dialogue and reinforce” – tra l'altro – la stessa “political deliberation”, si rinvia a V. Barsotti, *The Importance of Being open. Lessons from Abroad for the Italian Constitutional Court*, in *Italian Journal of Public Law*, Vol. 8, Issue 1/2016, 35-36, specialmente ove ricorda che tale atteggiamento – seppur lì riferito solo alla comparazione nell'ambito europeo, ma da intendersi in senso ampio – è necessario proprio per affrontare “the complexity of the new plural societies and to meditate between conflict values” e, non ultimo, per favorire la “public acceptability”.

<sup>64</sup> Sul “valore dei buoni esempi”: U. Vincenti, *Etica per una Repubblica*, cit., 117 e ss, Capitolo: Educazione e virtù civili.

di “law and order”<sup>65</sup> che, a partire dall’interno del circuito di giustizia costituzionale statunitense, si estende alle più ampie dinamiche istituzionali tra poteri e, non ultimo, tra questi e la società.

Apparentemente lontani – oltre che nel tempo, anche considerando le diverse cariche istituzionali assunte – George Washington e la Giudice Ginsburg sono legati all’evento del rifiuto della concessione 2020-21 da uno specifico comune denominatore: l’“emphasis of dissent”<sup>66</sup>. Tale paradigma impone una riflessione sul senso delle istituzioni allora, fino a verificarne la sua odierna attendibilità.

### 3.1. La figura di George Washington: il Resignation Speech e il Farewell Address

Proclamato ancora in vita “Padre della Patria” per le sue capacità di leadership militare e politica, George Washington ha molto da dire ancora oggi, agli inizi di un nuovo, tormentato millennio. Il costituzionalismo repubblicano necessita, infatti, di una rivisitazione aggiornata dei suoi fondamentali: ma ci sono *uomini delle istituzioni*<sup>67</sup> che hanno indicato ai posteri come occorre concretamente condursi per essere – e apparire – istituzionalmente indipendenti. In altre parole, dediti prioritariamente al bene comune salvaguardando il presupposto costituzionale della libertà.

La storia ce l’ha consegnato come impareggiabile comandante in capo delle forze armate durante la Guerra d’Indipendenza americana (1775-1783) e illuminato primo Presidente degli Stati Uniti (1789-1797), ma George Washington è, a ben vedersi, anche molto altro: sono proprio le sue parole e le sue decisioni, in momenti istituzionalmente strategici, a dimostrare il suo essere tra le più significative figure che incarnano, nel mondo e nella storia di tutti i tempi, l’ideale di etica pubblica<sup>68</sup> cui l’era contemporanea continua, pur nelle evidenti difficoltà, ad aspirare ed ispirarsi.

<sup>65</sup> R.H. Pildes, *Democracy and Disorder*, in 68 *University of Chicago Law Review*, 695.

<sup>66</sup> Espressione che, qui, si intende in una prospettiva ancora più ampia – e comunque includente – rispetto a quella utilizzata dal suo autore per segnalare “(...) the acrimony of the dissenting Justices and of the Chief Justice himself against the majority’s ruling (...) does not refrain from repeating against the Court the most delegitimizing criticism that has traditionally proceeded from a thoroughly political *milieu*. The quality of the language of dissent – not dissent by itself – from within the Court and from its Chief Justice may contribute to putting in motion a systemic process that would ultimately shake the confidence of the public in the role of the judiciary and in constitutional adjudication, at least in the view of a European comparative lawyer”: R. Toniatti, *President Obama’s Political Agenda and the Emphasis on Dissent within the Supreme Court*, in AA.VV., *The American Presidency After Barack Obama*, cit., 143-144.

<sup>67</sup> Molti dei quali sono stati ripresi, attraverso i loro discorsi o le loro opere, in G. Zanon (cur.), *Pagine di etica pubblica*, Padova, 2016.

<sup>68</sup> Ne sono prova i suoi Scritti, per la maggior parte raccolti ora in *The Papers of George Washington*, University of Virginia, che rimangono punto di riferimento di valore inestimabile per comprendere la misura in cui azioni di rilevanza, sia privata che pubblica, possono generare un sempre più alto tasso di etica pubblica in un Paese; e ciò, anche in termini di diffusione di un sentimento profondo, oggi erroneamente relegato ad usanze vetuste, di sana e proficua emulazione.

Diversamente da quanto si sarebbe potuto pensare rispetto ai numerosi e famosissimi momenti di ascesa al potere<sup>69</sup>, però, la dimensione fondante l'eticità pubblica dell'agire del 'buon governante' - e del 'buon presidente' - incarnata da Washington si palesa in due momenti, preziosissimi fino a divenire capisaldi del pensiero giuridico liberale contemporaneo, legati alla delicatissima decisione di ritirarsi, di rinunciare, di farsi da parte e, paradossalmente, così facendo, di contribuire a *servire* con profondo spirito pubblico il proprio Paese. La sua opera di *costruzione* di una democrazia e il suo rinomato *leadership style* che ispira i propri cittadini a fare grandi cose si dimostra, quasi sorprendentemente, infatti, in due particolari occasioni: il 23 Dicembre del 1783 e poi, il 19 Settembre del 1796. Raccontati storicamente come difficilissimi anche dal punto di vista umano<sup>70</sup>, in quelle date, alla fine del suo incarico militare e alla fine del suo secondo mandato presidenziale, pronunciava, rispettivamente, il *Resignation Speech* e il *Farewell Address*<sup>71</sup>.

Sono le parole di quei due discorsi ufficiali<sup>72</sup> che documentano, attraverso Washington Comandante<sup>73</sup> e Washington Presidente, la maturata consapevolezza, densa di umana fragilità, di contribuire al bene del Paese rassegnando le proprie dimissioni. Così fece, emulando il generale romano Lucio Quinzio Cincinnato<sup>74</sup>.

---

<sup>69</sup> Si pensi, ad esempio, tra gli altri, in particolare alla nomina, nel 1775, da parte del neo-nato Congresso americano, a comandante supremo delle forze indipendentiste, o all'elezione quasi all'unanimità, per la prima e unica volta nella storia degli Stati Uniti, a primo Presidente degli Stati Uniti d'America.

<sup>70</sup> In particolare, si veda J. Hillman, *"Resignation of Military Commission"*. Mount Vernon Ladies' Association. Archived from the original on 2017-06-30; B. S. Flagg, (1934). *"Washington's Farewell Address: A Foreign Policy of Independence"*, in *American Historical Review*. 39 (2), 1934, 250-268; J. J. Malanson (2015) *Addressing America: George Washington's Farewell and the Making of National Culture*, in *Politics and Diplomacy*, 2015, 1796-1852.

<sup>71</sup> Tra questi due momenti si colloca il periodo in cui G.W. fu persuaso a far parte della *Constitutional Convention* di Filadelfia: lì fu eletto all'unanimità per ricoprire la carica di Presidente del congresso continentale e lì, pur rispettando il proprio ruolo, fu uno dei maggiori fautori di un potere esecutivo forte.

<sup>72</sup> Per una analisi dettagliata dei singoli passaggi di entrambi i testi si rinvia a G. Tieghi, *George Washington*, in AA.VV., *Pagine di etica pubblica*, cit., 81-92.

<sup>73</sup> Ad Annapolis, ai tempi sede del Congresso, G.W., con la voce rotta dall'emozione come descrivono gli scritti dell'epoca reperibili nei *Journals of the Continental Congress*, Dic. 23, 1783 e nei *Washington Papers – Maryland State Archives*, decide di rassegnare le proprie dimissioni da Comandante delle forze armate.

<sup>74</sup> Eletto console nel 460 a.c. mentre era dedito con un aratro alla cura della terra è ricordato, oggi, nella città che porta il suo nome, Cincinnati- Ohio, ove è raffigurato in una statua. Fu ispiratore dell'Ordine di Cincinnato, di cui G.W. fu anche primo Presidente. Si tratta dell'unico Ordine degli Stati Uniti istituito quale ricompensa per gli ufficiali americani e francesi che avevano preso parte alla Rivoluzione americana. Fu un chiaro esempio dell'ideale repubblicano di cittadino al comando che ha lasciato ogni cosa – le sue terre – per correre in aiuto allo Stato e che, una volta adempiuto ai propri doveri, rinuncia, tra la commozione generale e il riconoscimento sentito di tutti i presenti, al potere. Per ricordare tali eventi gli studiosi Burns e Dunn coniarono la storica frase che fece da eco all'ideale repubblicano che animava la generazione dei Padri fondatori: *"The Virginian, like the victorius Roman soldier Cincinnatus, went home to plow"*. Abbandono della vita pubblica per tornare ad arare.

Quel discorso breve<sup>75</sup>, 350 parole annotate in una sola pagina oggi esposta nella *Rotunda* della Maryland State House di Annapolis, allora sede del Congresso americano, è oggi considerato dagli storici il quarto più importante documento della storia americana<sup>76</sup>.

Anni dopo, richiamato a servire il proprio Paese, pronuncia il famosissimo Discorso di commiato<sup>77</sup> del 1796 nella veste di primo Presidente americano. Nel momento in cui avrebbe potuto sussumere in sé i poteri del monarca secondo la tradizione britannica, rifiuta la corona e salva la repubblica. Simbolo assoluto della lotta contro l'oppressore britannico e le sue tradizioni, G.W. dichiara solennemente il divieto di mandato ereditario distaccandosi definitivamente dalle monarchie europee e segnando la strada per una diversa concezione, appunto non autarchica, delle cariche pubbliche. Con un'*ars oratoria* degna dei più alti momenti delle democrazie contemporanee fondate sulle virtù civiche tanto da essere rievocata attraverso la lettura del testo al Congresso fino agli anni '70 in occasione del compleanno di Washington, l'ormai stanco Presidente, dopo ben otto lunghi anni di mandato, chiede aiuto al suo segretario del Tesoro, Alexander Hamilton, per 'scrivere la storia futura' della giovane nazione: il noto *Farewell Address*<sup>78</sup>.

### 3.2. L'Associate Justice Ruth Bader Ginsburg: da "consensus builder" a great dissenter

Quanto alla 'dimensione culturale' del binomio "law and order", da intendersi quale equilibrio a cui tendere per valorizzare un confronto continuativo che include anche il dissenso, il circuito *democratico* di giustizia costituzionale statunitense offre un preciso angolo di osservazione: quello dell'"opposizione costituzionale" – da intendersi, qui, come mera manifestazione del dissenso – quale arricchente "contrapposizione dialettica"<sup>79</sup>. E', infatti, partendo dalla

<sup>75</sup> *Address to Congress on Resigning His Commission*, [Annapolis, December 23, 1783]. Testo originale di Fitzpatrick J.C., *The Writings of George Washington*, WDC, United States Government Printing Office, 1938, Vol. 27, pp. 284-285.

<sup>76</sup> Con quel discorso, impregnato dei più alti valori civili, Washington segna lo storico precedente atto a considerare l'autorità militare subordinata a quella civile. Quattro anni più tardi, quel principio viene esplicitato nell'articolo 2 della Costituzione americana, sec. 2, che prescrive che "Il Presidente sarà Comandante in capo dell'Esercito e della Marina degli Stati Uniti, e della Milizia dei diversi Stati (...)".

<sup>77</sup> *Washington's Farewell Address* 1796, in [avalon.law.yale.edu/18th\\_century/washing.asp](http://avalon.law.yale.edu/18th_century/washing.asp).

<sup>78</sup> Un documento che passerà alla storia come caposaldo della politica estera americana cui un popolo libero deve mirare (raccomandando solo alleanze temporanee con altri Paesi) ma che rappresenta ciò che G.W. ha preteso venisse rispettato – pure da Hamilton – anche in merito alla durata delle cariche pubbliche, e in specie di quella presidenziale; così fu poi prescritto nell'emendamento XXII, il limite dei due mandati. Ma ciò avvenne solo nel 1951.

<sup>79</sup> "(...) il valore del metodo dialettico è affermato nel presupposto che il libero confronto tra le idee ed i programmi politici porti ad un continuo miglioramento sociale": A. Reposo, *La disciplina dell'opposizione anticostituzionale negli Stati Uniti d'America*, Padova, 1977, 9, 11 e ss.

dialettica in seno alla Corte Suprema che si può comprendere come il contraddittorio sia, fondamentalmente, parte integrante del momento fondativo anche di un programma e di un'azione di governo che, non solo riconosce ma, in definitiva include, la libera attività politica sia dei cittadini-elettori sia, non ultima, quella degli stessi esponenti istituzionali.

L'Associate Justice Ruth Bader Ginsburg, anche per la circostanza legata ad episodi specifici connessi alla precedente Presidenza<sup>80</sup>, rappresenta, al meglio, la figura alla quale riferirsi per la modalità di manifestazione del dissenso che l'ha spesso vista in prima linea. Il tema del dissenso dimostra di trovare la sua genesi – oltre che i suoi limiti e contenuti – non solo nelle dinamiche in seno alla Corte ma, a partire da quella, nel più ampio dialogo istituzionale americano.

Sul versante interno, è noto come, nel tempo, il rigore e la molteplicità delle voci dissenzienti non abbiano mancato di acuire, talvolta fino a radicalizzare, le posizioni di parte del Collegio, in altri casi, al contrario, di non esplicitarle, proprio nel tentativo di mitigarle, così da evitare divenissero vere e proprie polarizzazioni. Sul versante esterno, ossia nel più ampio circuito istituzionale è stato, sempre più, il potere giurisdizionale ad aver concepito la propria funzione come “‘ancillare’ rispetto alla sfera della politica”, tanto da sentirsi chiamato “ad intervenire quando quest'ultima entra in situazione di crisi”<sup>81</sup>. In ogni caso, in entrambe le prospettive, è lo stesso criterio della “diversity” – e la sua particolare valorizzazione a partire, da ultimo, dalla Presidenza Obama – ad essere divenuto un parametro istituzionale e, in parte, anche un ideale nella versione contemporanea, rappresentativo di una nuova realtà sociale. Dunque, di un nuovo modo di intendere lo stesso motto *E pluribus unum*. Un diverso assetto socio-culturale che, però, porta con sé più profonde aspettative da intendersi, in definitiva, avendo a mente la diversity, “first and foremost”, quale “means to reflect a

---

<sup>80</sup> Ci si riferisce, in particolare, a quell'episodio di ‘dialogo a distanza’ del tutto inedito, tra il Presidente Trump e la Justice Ginsburg, in cui la Justice esprimeva le proprie perplessità sul primo quale possibile futuro Presidente, così fomentando le repliche di Trump sull'inopportunità della manifestazione del dissenso, fino a richiederne le dimissioni e ricevere, da ultimo, le scuse pubbliche di RBG. Per una ricostruzione dei vari passaggi e di quanto dettagliatamente espresso, si rinvia alle diverse fonti ufficiali riepilogate in *Justice Ginsburg's Comments on Donald Trump*, in [ballotpedia.org/Justice\\_Ginsburg's\\_comments\\_on\\_Donald\\_Trump](https://ballotpedia.org/Justice_Ginsburg's_comments_on_Donald_Trump). Inoltre, per un approfondimento su quell'ultima volontà di attendere ‘il nuovo presidente’ prima della nomina del suo successore, si veda J. Santucci, *Ruth Bader Ginsburg's last wish: 'I will not be replaced until a new president is installed'*, Sept., 9, 2020, in [www.msn.com/en-us/news/us/ruth-bader-ginsburg-s-last-wish-i-will-not-be-replaced-until-a-new-president-is-installed/ar-BB19bZaF](https://www.msn.com/en-us/news/us/ruth-bader-ginsburg-s-last-wish-i-will-not-be-replaced-until-a-new-president-is-installed/ar-BB19bZaF).

<sup>81</sup> F.G. Pizzetti, *Bush v. Gore. Un nuovo caso di federalismo giurisdizionale*, cit., 48, ove si riferisce alla visione del giudice di Pildes secondo il quale la democrazia non può “fare da sé”, ma “requires judicially-ensured order, stability and certainty” (R.H. Pildes, *Democracy and Disorder*, cit., 715).

*diverse society* and, at the same time, implement fairness to the greatest extent possible, through government action and judicial process”<sup>82</sup>.

Sullo sfondo della diversity, che è l’elemento che oggi appare il più distintivo della attuale società americana, al punto tale da mettere a nudo la sua accezione altamente divisiva, la combinazione tra government action e judicial process ci riporta proprio al tentativo, fattuale, di costruire, passo dopo passo - dunque, secondo il metodo Ginsburg<sup>83</sup> -, una *politeia* sempre più inclusiva. E’, infatti, a partire dalla dimensione politica che la Justice Ginsburg offre il suo impegno per i diritti civili enfatizzando, in termini di *valore*, quel concetto che è divenuto il titolo di uno dei suoi più significativi discorsi: “The Value of Diversity”, Keynote Speech che, nel 2009, ha tenuto per l’apertura dell’anno accademico dell’Università Science Po<sup>84</sup>. Rinviando alle parole della collega Justice O’Connor nel Michigan law school case, ricorda che “to cultivate...leaders with legitimacy in the eyes of citizenry, ...the path to leadership must be visibly open to the talented...individuals of every race and ethnicity” (parte III). E da qui nasce l’incitamento ad approfittare di “a more diverse, inclusive society, understanding, accomodating, even celebrating our differences, while putting together for the common good” (parte III).

*E pluribus unum*. Anche attraverso la diversità di opinioni. Dunque, anche inglobando, istituzionalmente, la manifestazione della diversità attraverso il dissenso: veicolo di dialogo tra potere e cittadini, oltre che tra poteri. Oppure, al contrario, come la volontà di non concedere, negazione della libera manifestazione del pensiero.

Scelta dal Presidente Clinton quale “consensus builder” e “able and effective architect”<sup>85</sup>, Justice Ginsburg passa poi alla storia come ‘la grande dissenziente’<sup>86</sup>, quasi come The Great Dissenter Justice Oliver Wendell Holmes. E ciò, non solo per le note e numerose dissenting opinions ma, tra l’altro, anche per le modalità con le quali il suo dissenso si è manifestato. Ed è rispetto a questo profilo che il circuito istituzionale, al di là del singolo case law, risulta marcatamente influenzato.

Un dissenso, il suo, implacabile, ma sempre rispettoso. Duro, risolutivo anche nella scelta delle espressioni, ma sempre votato a realizzare quella che

<sup>82</sup> P. Passaglia, “Change we can Believe in”. *The Case of President Obama’s Appointments*, in AA.VV., *The American Presidency After Barack Obama*, cit., 97. La sottolineatura è di chi scrive.

<sup>83</sup> “You just have to move forward and get to work, step by step, case by case”: J. Smith, “Step by Step, Case by Case”: Remembering Justice Ruth Bader Ginsburg, Nov. 24, 2020, in [www.theilf.org/post/step-by-step-case-by-case-remembering-justice-ruth-bader-ginsburg](http://www.theilf.org/post/step-by-step-case-by-case-remembering-justice-ruth-bader-ginsburg).

<sup>84</sup> Testo reperibile in [www.sciencespo.fr/en/news/news/the-value-of-diversity-ruth8239bader-ginsburgs-2009-keynote-speech/5051](http://www.sciencespo.fr/en/news/news/the-value-of-diversity-ruth8239bader-ginsburgs-2009-keynote-speech/5051).

<sup>85</sup> *Remarks Announcing the Nomination of Ruth Bader Ginsburg To Be a Supreme Court Associate Justice*, June 14, 1993, in [www.govinfo.gov/content/pkg/PPP-1993-book1/html/PPP-1993-book1-doc-pg842.htm](http://www.govinfo.gov/content/pkg/PPP-1993-book1/html/PPP-1993-book1-doc-pg842.htm).

<sup>86</sup> K. Strawbridge Robinson – J. Rubin, *Selected ad Consensus Builder, Ginsburg Embraced Dissenting Role*, in [www.bloomberg.com](http://www.bloomberg.com).

è stata definita come “l’espressione decorosa, cioè con formule che non ledano la credibilità e l’autorevolezza del collegio nel suo complesso, del dissenso”<sup>87</sup>. A volte, manifestazione plateale, con un dissent letto, in via eccezionale, in udienza pubblica<sup>88</sup>; altre volte volutamente provocatorio, come quando, nel caso *Bush vs Gore*, ha espunto la menzione della classica formulazione “I respectfully”<sup>89</sup>. In ogni caso, ciò che ne emerge è qualcosa che va in quella che la stessa Ginsburg ha chiamato la “institutional opinion direction”: ossia quella indicata dal Chief Justice John Marshall quale missione istituzionale votata all’unanimità, quale espressione dell’unità, pur apertamente riconoscendone la prassi “in between”<sup>90</sup>, ossia tra individual e institutional opinions.

Trasposto sul piano istituzionale, la dinamica è quella che vede coinvolti Presidente, Corte e Congresso. In quel contesto l’incentivo ad un percorso di partecipazione alla comunità politica può divenire spinta e motivo non solo di valorizzazione ma, anche, di inclusione della pluralità delle voci - finanche quelle ‘ultime’, delle minoranze -. Dunque, nell’auspicio che agli organi di giustizia sia riconosciuto il “ruolo di mediatori del dissenso istituzionale”, sarebbe opportuna proprio l’inclusione dell’espressione del dissenso quale espediente che “possa servire a fare del disaccordo il metodo per trovare un prossimo accordo”<sup>91</sup>. D’altra parte, lo spirito costruttivo che la Justice Ginsburg ha imposto innanzitutto a se stessa, prima come avvocato, e poi come giudice, ha portato ad una sempre crescente definizione del ruolo istituzionale che ricopriva e, ciò, ben oltre la dinamica del giudizio di costituzionalità<sup>92</sup>: “(...) judges”, ha sottolineato nella famosa ventiquattresima James Madison Lecture di Diritto costituzionale presso la New York University School of Law del 9 marzo 1993, ‘Speaking in a Judicial Voice’, “play an independent part in our democracy. (...) they participate in a dialogue with other organs of government and with the people as well”<sup>93</sup>.

---

<sup>87</sup> G. Romeo, *Femminismo ed eguaglianza dentro la comunità politica: un ritratto di Ruth Bader Ginsburg*, cit., i.

<sup>88</sup> E’ il noto caso *Ledbetter v. Goodyear Tire & Rubber Co.*, 550 U.S. 618 (2007).

<sup>89</sup> *Bush v. Gore*, Justice Ginsburg dissenting opinion, 210. Rilevato, ex multis, anche da A. Zorzi Giustiniani, *Le presidenziali americane del 2000 ovvero la deriva giudiziaria della democrazia rappresentativa*, in *Rivista di Diritto costituzionale*, 2001, 88.

<sup>90</sup> R. Bader Ginsburg, *Speaking in a Judicial Voice*, in 67 *New York University Law Review* 1185, 1992, 1189. Tema di cui si è occupata anche in R.B. Ginsburg, *Remarks on Writing Separately*, 65 *Wash. L. Rev.*, 133, 1990 e *Styles of Collegial Judging*, 39 *Fed. Bar News & J.*, 199, 1992.

<sup>91</sup> T. E. Frosini, *Seduti dalla parte del disaccordo*, cit., 5.

<sup>92</sup> Da ultimo, se ne è discusso nel corso del Convegno dell’Osservatorio Internazionale dei Diritti Umani “OiDH 2021 - I jornada ‘Ruth Bader Ginsburg: la voz de la justicia’” del 3-4-5 febbraio 2021 (in [www.diritticomparati.it/wp-content/uploads/2021/01/OiDH-I-jornada-2021.pdf](http://www.diritticomparati.it/wp-content/uploads/2021/01/OiDH-I-jornada-2021.pdf)).

<sup>93</sup> R. Bader Ginsburg, *Speaking in a Judicial Voice*, cit., 1198.

Di questo dialogo, e di questo modo di operare sarebbe dovuto essere parte, considerando il constitutional government americano, anche il primo Presidente che, invece, ha deciso di negare la concession: così facendo ha dunque negato, in primis, il presupposto fondativo del dialogo istituzionale; inoltre, ha abdicato a quanto è, da sempre, considerato doveroso fare *per* The People. Ossia, dimostrare di riconoscere – attraverso l'accettazione della sconfitta - la loro 'diverse opinion'. Il presupposto è il medesimo: quello che, attraverso la Scalia/Ginsburg Opera, ha preconizzato, in qualche modo, l'inedito transitional period: "We are different, We are One"<sup>94</sup>. Consapevolezza che, come recentemente ricordato, vive negli Stati Uniti di una propria storia perché fondata, non tanto sul patriottismo, quanto sul senso delle istituzioni<sup>95</sup>. E la Presidential concession ne è la massima espressione.

#### 4. Genesi istituzionale della Concession: un problema di fonti?

Sgombrato il campo da rilievi che attengono alle esternazioni di mera politica elettorale e ricollocato l'evento della concession nella dimensione tra etica pubblica e principio fondante *E pluribus unum*, pare opportuno spingere ulteriormente la riflessione in una direzione ben precisa: quella del recupero della genesi istituzionale dell'atto/momento della concession. In questo modo, attraverso il peculiare legame tra contenuti, passaggi logico-argomentativi e modalità espressiva, si tenterà di comprendere quale dimensione del giuridico sia più appropriata per coglierne l'essenza.

A rigor di premesse, si precisa, tuttavia, che ciò potrebbe non bastare. Serve una prospettiva adeguata per supportare il giurista nello sforzo di uscire da categorie concettuali statiche e autoreferenziali che, di fatto, gli impediscono di mettere alla prova le proprie convinzioni<sup>96</sup>. E' necessaria la consapevolezza di una visione del mondo che riconosca "il nuovo protagonismo della società", dunque la sua complessità e, quindi, il "pluralismo sociale" a cui si accompagna "un intenso pluralismo giuridico, pluralismo di fonti" le quali, e questo è il punto, non possono che essere

<sup>94</sup> Duetto finale del *The Scalia/Ginsburg Opera*, in R.B. Ginsburg, *My Own Words*, NY, 2016, 55.

<sup>95</sup> Se ne è ampiamente trattato nel corso del seminario di cui alla nota n.1, in una prospettiva che stimola a rimettere in discussione, guardando all'effettività giuridica, l'osservanza della norma - da parte dei consociati - nei confronti delle istituzioni: in particolare, si rinvia alla relazione del prof. Maurizio Gobbo, dal significativo titolo "*E pluribus unum. Rappresentanza politica e tendenze unificatrici in un modello fondato sulla separazione di poteri*".

<sup>96</sup> "Torno a certe considerazioni iniziali: è giunto il momento di superare la pigrizia che ancora avvince noi giuristi operanti in un paese di *civil law*; è giunto il momento di spogliarci delle vesti – oramai, per noi troppo strette – che ci ha messo addosso la palesemente decrepita mitologia illuministico-giacobina. E mi sorge un dubbio, che in tutta sincerità vi manifesto: che siamo ancora lontani – dopo settanta anni – da una piena coscienza del messaggio giuridico dei Padri costituenti (...): P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017, p. 112.

“ricomposte in una *rete* anziché in una strutturazione gerarchica”. In definitiva, è urgente il ripensamento del principio di legalità, ad oggi espressione di una “concezione/visione del diritto essenzialmente *potestativa*”<sup>97</sup>.

Il recupero del retroterra della *Rule of Law* che, si è ricordato “non è monistico; anzi, decisamente pluralistico”, diversamente dal Rechtsstaat che “è prettamente monistico”<sup>98</sup>, si ritiene possa avvenire proprio avendo a mente il tema qui in esame, solo attraverso la ricollocazione del diritto costituzionale su un piano diverso: “Il diritto costituzionale”, si è evidenziato, “vive degli ideali, delle convinzioni, dei modi di pensare e dei sentimenti di ognuno di Noi. (...) da questo suo innato ‘esistenzialismo’ – e questo è il criterio cui far riferimento specie in tempi di transizione - “attinge la propria essenza di definizione dei contenuti e di comprensione dei fenomeni”<sup>99</sup>. Detto altrimenti, “constitutional practice – that is, a practice under the Constitution although not directly regulated and bound by it – does therefore matter almost as much as the formal normative setting”<sup>100</sup>.

Se così è, l’indagine della genesi della concession non può che avvenire tenendo a mente, anche alla luce dei recenti eventi, ciò che Hamilton aveva evidenziato nel Federalist n.72, 19 marzo 1788. Proprio con riferimento al legame tra durata mandato e stabilità del sistema, ricordava: “un individuo ambizioso che, una volta al vertice degli onori del suo paese, guardi al momento in cui dovrà scendere per sempre dalla sua posizione elevata e rifletta che nessun impegno, nessun merito da parte sua potrà salvarlo da questa spiacevole sorte; sentirà violenta la tentazione di sfruttare la congiuntura favorevole e di prolungare il proprio potere, anche con grave rischio personale, più di quanto non avverrebbe se avesse la possibilità di raggiungere il medesimo scopo adempiendo ai suoi doveri”<sup>101</sup>. Queste parole, se da un lato descrivono il profilo umano legato al momento catartico della fine, dall’altro ne risaltano l’istinto di sopravvivenza che è antropologicamente insito nella innata aspirazione al potere. Dunque, anche al mantenimento dello stesso e, non ultimo, di tutti i suoi privilegi.

E’ in questa cornice che la concession si inserisce, innanzitutto, quale espressione di un genere legale troppo spesso dimenticato dai giuristi<sup>102</sup>: il

---

<sup>97</sup> P. Grossi, *Oltre la legalità*, cit., 20-21.

<sup>98</sup> P. Grossi, *Oltre la legalità*, cit., 32.

<sup>99</sup> M. Carducci, *Tecniche costituzionali di Argomentazione Normazione Comparazione*, Lecce, 2003, 9-10.

<sup>100</sup> R. Toniatti, *President Obama’s Political Agenda and the Emphasis on Dissent within the Supreme Court*, cit., 24.

<sup>101</sup> A. Hamilton – J. Jay – J. Madison, *Il Federalista*, (trad. it. a cura di G. Sacerdoti Mariani), Torino, 1997, Il Federalista n. 72 (Hamilton), 369.

<sup>102</sup> E’ oramai provata, considerando la letteratura esistente sulla presidential rhetoric, la costante attenzione agli Inaugural Addresses, agli State of Union Speeches, ai Keynote Speeches, ai Campaign Oratory and Debates e, ovviamente, come si è visto a partire da Washington, ai Presidential Farewell Addresses. Tra i precursori sul tema con riferimento ai presidential concession speeches si veda R. A. Weaver,

*rethoric genre*<sup>103</sup>. E come, attraverso l'Opera, il duetto Ginsburg-Scalia rappresentava il motto *E pluribus unum*, il Concession Speech, attraverso il rituale elaborato di “rethoric challenge” “to pronounce one’s own defeat as a chapter of honour in the nation’s history”, traspone il momento della sconfitta – e della sua concession - in uno scenario nel quale “its resonance with classic drama is more compelling than the rethoric of victory”<sup>104</sup>. Per un momento, dunque, nell’arco temporale che va dalla campagna elettorale all’insediamento del nuovo Presidente, la concession realizza qualcosa di unico nel suo genere: il “Democracy’s reject”. Da quel momento, al centro dell’attenzione: “Only the loser”, si è sottolineato, “can be gracious” quale unico, indefettibile presupposto per ristabilire l’equilibrio istituzionale: ossia per mantenere il dissenso nelle forme del dialogo, evitando che si tramuti in conflitto.

Il passaggio riesce solo se si comprende il carattere decisivo, sul piano istituzionale, e la complessità<sup>105</sup>, sul piano sostanziale, di questo atto finale del dramma<sup>106</sup>. In altre parole, se vi è la piena consapevolezza istituzionale della difficoltà dei cittadini, dell’elettorato e, più in generale, dell’audience che sarà il vero destinatario di quelle parole. La trasposizione sul piano istituzionale di un momento, che è anche un momento di sconfitta personale<sup>107</sup>, avviene attraverso un ben prestabilito rituale che comprende tre importanti passaggi: la dimostrazione del rispetto per i media e l’opinione pubblica, i quali servono quale “enforcers of customs and exponents of the public right”; l’impegno affinché, attraverso la concession, la sconfitta si

---

*Acknowledgment of Victory and Defeat: The Reciprocal Ritual*, in *Central State Speech Journal*, 1982.

<sup>103</sup> Tra i più significativi studi sul tema: Campbell – K. Kohrs – K. Jamieson, *Form and Genre: Shaping Rhetorical Action*, Annandale, VA, 1978; Simons – W. Herbert – A.A. Aghazarian, *Form, Genre, and the Study of Political Discourse*, Columbia, 1986. Sul “conceding defeat as Genre”, si rinvia alla profonda analisi di uno dei massimi esperti di presidential concession, Paul E. Corcoran, nel suo *Presidential Concession Speeches: The Rhetoric of Defeat*, cit., 114 e ss.

<sup>104</sup> P. E. Corcoran, *Presidential Concession Speeches: The Rhetoric of Defeat*, cit., 110-111.

<sup>105</sup> “The simple concession speech involves complex spiritual concerns: catharsis, confession, and forgiveness. It is also requisite affair of state, a perversely public invasion of privacy, a ritual recanting of one’s most private dreams and ambitions. At its most elemental, it is a rhetorical enactment of failure in the face of *civic triumph*, a kind of *ritual sacrifice* in which the *individual tragedy* attests to the legitimacy of public right”: P. E. Corcoran, *Presidential Concession Speeches: The Rhetoric of Defeat*, cit., 128.

<sup>106</sup> Sul tema del “basic American commitment to success”, si è ricordato, proprio per aiutare alla comprensione: “(...) For a culture devoted to being Number 1, there might have been a taboo, rendering defeat invisible: Winning isn’t everything, it’s the only thing. On the contrary, in American presidential politics losing is an elaborate ritual. Conceding defeat is a theme composed in a minor key, sounding the tragic undertones of high political drama”: P. E. Corcoran, *Presidential Concession Speeches: The Rhetoric of Defeat*, cit., 109.

<sup>107</sup> Si è descritto tale momento quale “painful ceremony” e, “metaphorically”, “a fate worse than death: not simply to bow to the conquering foe but to declare his triumph”: P. E. Corcoran, *Presidential Concession Speeches: The Rhetoric of Defeat*, cit., 109.

tramuti in onore, nel più autentico spirito repubblicano delle nobili virtù<sup>108</sup>; il riconoscimento della concession, da parte del vincitore, quale atto di nobile virtù e correttezza, così ampliando la sua legittimazione e, nello stesso tempo, riconoscendo il perdente come un degno nemico. A quel punto, il discorso della vittoria assume la portata di un vero e proprio epilogo.

Attraverso questi passaggi il presidential concession speech diviene “an institutionalized public speech act integral to democratic life and the legitimacy of authority”<sup>109</sup>: il suo essere funzionale alla tenuta della constitutional architecture è, al tempo stesso, strumento e contenuto di un messaggio di cambiamento. Meglio, di un esperimento in atto che, conclusa, appunto, una fase di sperimentazione, rinviene in sé la legittimazione istituzionale fondante l’inizio di una diversa.

In questo senso, anche la struttura del concession speech incide: attraverso l’esplicitarsi di quattro elementi che la dottrina più esperta nel settore ha rinvenuto in essa, la concession diviene, infatti, riepilogo, essa stessa, di un network istituzionale di cui il Paese attendeva il ripristino attraverso l’ufficialità del cambiamento. Un rinnovato legame, dunque, tra governanti e governati, tra poteri e, non ultimo, tra diritti e doveri, che si ricostruisce attraverso le seguenti parti del discorso: una iniziale dichiarazione di sconfitta<sup>110</sup>; una successiva ‘call to unite’; la celebrazione della democrazia e, da ultimo, il c.d. “Vow to continue to fight”.

“(…) the drama as a whole, including its unstated rules and regularities”, è, dunque, del tutto coerente con il sistema istituzionale statunitense nel suo essere inclusivo della pluralità e, dunque, anche della posizione dissenziente. Ma è la modalità attraverso la quale il dissenso viene espresso che fa la differenza nel suo essere, o meno, costruttivo del nuovo equilibrio istituzionale. Con riferimento alla concession, ad esempio, non è

---

<sup>108</sup> “(…) a heroic sacrifice, not to fate but to the popular will. The speech”, infatti, “ritually condones a victory to the winning candidate as a noble act in a great epic of Democracy and nationhood”: P. E. Corcoran, *Presidential Concession Speeches: The Rhetoric of Defeat*, cit., 114.

<sup>109</sup> “It has its own etiquette and symbolism”, si è insistito, “but the yielding and taking of power are also practical affairs”. E, ancora: “The drama of concession transcends electoral defeat by translating the meaning of the campaign from the language of genuine combat (real interests in fundamental opposition) into metaphors of chivalry and sport”; “(…) is not merely a report of an election result or an admission of defeat. It is a constitutive enactment of the new president’s authority and more conducive to the democratic process than the presidential coronation – for that is what that drama is about – 3 months hence”: P. E. Corcoran, *Presidential Concession Speeches: The Rhetoric of Defeat*, cit., 114. Sul correlato momento dell’insediamento del nuovo Presidente si veda, in particolare, Campbell – K. Kohrs – K. H. Jamieson, *Inaugurating the Presidency*, in *Presidential Studies Quarterly*, 1985.

<sup>110</sup> Si tratta dello “statement of defeat”: “The periphrasis of defeat is a congratulatory declaration of the winner and the acceptance of the electoral verdict”. “The candidate”, si sottolinea, “introduces this as fair accomplishment by reading a telegram or reporting a telephone call to the winner. This key performative element circumvents defeat by seizing the initiative to declare the winner”, in P. E. Corcoran, *Presidential Concession Speeches: The Rhetoric of Defeat*, cit., 115.

un caso che vi si possa scorgere “a silent grammar, a structure beneath the surface of the rethorical setting”. Ciò dimostra, in definitiva, che l’unico vero protagonista – diversamente da ciò che si potrebbe pensare – non è lo sconfitto ma, invece, è *The People*.

“That is what the speech is about. He has an audience almost uniquely attentive and engaged: supporters, opponents, admirers, haters, obituarists, and comedians both professional and amateur”<sup>111</sup>. La chiamata all’unità, in specie, è una vera e propria dimostrazione di uno sforzo bipartisan, dopo mesi di scontro politico e di polarizzazione, per aiutare i cittadini, attraverso il proprio esempio – la dichiarazione di essere pronto a supportare il nuovo Presidente<sup>112</sup> –, ad unirsi in forza della nuova leadership. Lo scontro politico viene abbandonato per essere convogliato in un dialogo costruttivo. Allo stesso modo, attraverso la celebration of democracy, il candidato sconfitto riflette, nel potere di un sistema democratico, il ruolo decisivo di milioni di elettori che hanno contribuito, partecipando a quel processo elettorale, a costruire la successiva fase sperimentale della democrazia.

#### 4.1. *Presidential concession Speeches in prospettiva storico-giuridica*

L’analisi dei numerosi Presidential concession speeches<sup>113</sup>, pur nel rispetto delle singole personalità dà conto, in modo molto evidente, del fatto che, nel tempo, la concession è divenuta “an integral, legitimating feature of a presidential election”<sup>114</sup>. Rinvii alla tragedia greca o al mito dei generali romani, passano attraverso la stessa espressione che dà ufficialmente significato a tale atto/momento istituzionale: to concede, dal latino *cedere*, che nel mondo anglosassone passa per “to yield”, ossia ‘dare la precedenza’, ‘concedere’, fino alla raffigurazione – nell’accezione di sostantivo - di ‘raccolto’, ‘resa’.

Basti uno, per tutti. Il primo. Quel congratulatory telegraph che il Presidente democratico William Jennings Bryan, nel 1896, ha inviato all’avversario repubblicano William McKinley, due giorni dopo l’elezione di quell’anno. “*Hon. Wm. McKinley, Canton, Ohio: Senator Jones has just informed me that the returns indicate your election, and I hasten to extend my congratulations. We have submitted the issue to the American people and their will is law. W.J. Bryan*”<sup>115</sup>. Il tutto è iniziato con questa che, nella letteratura storica

<sup>111</sup> P. E. Corcoran, *Presidential Concession Speeches: The Rethoric of Defeat*, cit., 116.

<sup>112</sup> Particolarmente esemplare sotto questo profilo è la dichiarazione di Nixon, durante il concession speech del 1960, dopo aver perso contro J. F. Kennedy, ove statuiva: “I have great faith that our people, Republicans, Democrats alike, will unite behind our next president”, in J. Richman – N. Gilles, *How to Lose an Election: A Brief History of the Presidential Concession Speech*, Nov. 2, 2020, in [www.wfdd.org/story/how-lose-election-brief-history-presidential-concession-speech](http://www.wfdd.org/story/how-lose-election-brief-history-presidential-concession-speech).

<sup>113</sup> Per una visione degli estratti dei vari discorsi si rinvia a <http://www.presidentialconcessions.us/>.

<sup>114</sup> P. E. Corcoran, *Presidential Concession Speeches: The Rethoric of Defeat*, cit., 115.

<sup>115</sup> J. Richman – N. Gilles, *How to Lose an Election: A Brief History of the Presidential Concession Speech*, cit.

statunitense, è stata una *simple courtesy*<sup>116</sup> che, nel tempo è stata considerata, nella prospettiva giuridica, la prima concessione pubblica delle elezioni presidenziali statunitensi. Un presupposto indefettibile ne segnerà il futuro: l'affermazione in base alla quale la volontà del popolo americano è legge.

Questa affermazione, e anche i successivi memorabili speeches tra cui non si può non menzionare la potenza istituzionale di quello di McCain nei confronti di Obama per il carattere incisivo nell' accompagnare gli elettori da un profondo disaccordo politico ad un autentico dialogo istituzionale votato all'unità<sup>117</sup>, rilevano oggi, come mai nella storia repubblicana. E' innegabile il profondo messaggio istituzionale che hanno trasmesso attraverso la scelta di precise parole. E ciò è avvenuto, si badi bene, per aver costruito, giorno dopo giorno, anno dopo anno, con azioni oggettive e meditati pensieri, quella *unwritten Constitution* che sta alla base della Costituzione scritta statunitense. Si tratta di quei principi che, sperimentati nel tempo, nella ripetizione del 'rituale' elettorale, sono divenuti espressioni di una constitutional convention che, come poche altre nel panorama comparatistico, in quanto "public duty prescribed by unwritten law", rappresenta una vera e propria "question of honour"<sup>118</sup>.

Con documentata prudenza, spesso con acuta saggezza, talvolta anche con alto spirito autocritico o con un invidiabile autocontrollo e disciplina degna dei più impeccabili cerimoniali, i Presidential concession speeches<sup>119</sup> hanno creato le basi per il funzionamento di una Repubblica, anche "tumultuaria"<sup>120</sup> ma consapevole di essere sempre alla prova. Una Repubblica in cui si è dimostrato, nel corso degli anni, che la vita delle istituzioni "dipende da una serie continua di aggiustamenti, la cui efficacia è affidata alla sensibilità di coloro che le reggono". "Quel che compiono e come agiscono", infatti, si è recentemente ricordato, "costituisce il materiale, che

---

<sup>116</sup> Nella prospettiva italiana si è usata l'espressione "galateo costituzionale": L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 402.

<sup>117</sup> "(...) raccomandando a tutti gli americani che mi hanno sostenuto non solo di unirsi a me nel congratularsi con lui, ma di offrire al nostro prossimo presidente la nostra buona volontà e i più onesti sforzi per scoprire le strade che ci aiutino a trovare i necessari compromessi per stabilire dei contatti fra le nostre differenze, così da aiutarci a ripristinare la nostra prosperità, difendere la nostra sicurezza in un mondo pericoloso, e lasciare ai nostri figli e ai nostri nipoti un paese migliore di quello che abbiamo ereditato (...)": il video è stato riproposto in diverse emittenti televisive e nei vari siti proprio nei giorni successivi all'election day 2020: da ultimo in [www.ansa.it/sito/videogallery/mondo/2020/11/07/usa-quando-mccain-ammise-la-sconfitta-contro-obama\\_9ca5deb5-8fd0-4f6d-8068-21862c85f186.html](http://www.ansa.it/sito/videogallery/mondo/2020/11/07/usa-quando-mccain-ammise-la-sconfitta-contro-obama_9ca5deb5-8fd0-4f6d-8068-21862c85f186.html).

<sup>118</sup> P. Corcoran, *Presidential Concession Speeches: The Rethoric of Defeat*, cit., 14 e 115.

<sup>119</sup> History of Presidential concession speeches, in [www.npr.org/2020/11/02/929085584/how-to-lose-an-election-a-brief-history-of-the-presidential-concession-speech](http://www.npr.org/2020/11/02/929085584/how-to-lose-an-election-a-brief-history-of-the-presidential-concession-speech).

<sup>120</sup> U. Vincenti, *Per una Repubblica "tumultuaria"*, [www.lafionda.org/2021/01/14/per-una-repubblica-tumultuaria/](http://www.lafionda.org/2021/01/14/per-una-repubblica-tumultuaria/), 14 gennaio 2021.

dà forma all'opinione pubblica, il cui dissenso misura la distanza tra governanti e governati"<sup>121</sup>.

La lungimiranza nel definire il limite dei propri poteri attraverso la storia, il rituale degli eventi e l'osservanza "di fatto" "di una norma regolatrice di un dato rapporto, con la coscienza di osservare una norma obbligatoria"<sup>122</sup>, hanno segnato, almeno fino a pochi mesi fa, il perimetro di quell'irrinunciabile concetto, troppo spesso relegato alla politica ed escluso dal panorama giuridico: il rispetto della dignità umana. Quella, in primis, dell'elettore<sup>123</sup>. Quella dignità umana che, come ci ricorda Ahron Barak, Presidente emerito della Corte Suprema Israeliana, nell'anno di grazia 2015<sup>124</sup>, è divenuta caratteristica fondamentale di molte Costituzioni e molti documenti internazionali ma che va oggi compresa nel suo essere, insieme, *valore* e *diritto* costituzionale. E in quanto valore, come Washington ha insegnato segnando la strada ai successori, rappresenta anche un *dovere*. Essenza di spirito pubblico.

### 5. Il "diritto costituzionale altruista" e il metodo dialettico: nuovi scenari di etica pubblica contemporanea?

I paragrafi precedenti paiono sempre più definire uno spazio "oltre la legalità". "Oltre", se la Legalità è intesa secondo l'approccio continentale – o del costituzionalismo giacobino<sup>125</sup> – che la concepisce riduttivamente quale sistema giuridico limitato ad un costrutto normativo cogente solo in quanto prescrittivo. Rule of law, invece, quale "consuetudine, fonti giudiziarie e dottrinali, fonti legislative"<sup>126</sup>. Da un punto di vista strettamente normativistico, infatti, considerando che il fondamento della concessione non è espressione né di un obbligo costituzionale né, tantomeno, di un dovere

<sup>121</sup> M. Bertolissi, *Non si cambiano le regole in corsa*, in *il mattino di Padova*, 10 dicembre 2020, 1 e 24.

<sup>122</sup> Si esprimeva così, nel suo celebre trattato del secondo decennio del secolo scorso, Antonio Ferraciu, per riconoscere "la qualità e forza giuridica di norma consuetudinaria" con l'unica eccezione della materia elettorale. Profilo che, invero, nel panorama statunitense, viene superato dall'inesistenza di prescrizioni scritte sulle concessioni nonostante le precise scadenze temporali di cui si è detto: A. Ferraciu, *La consuetudine costituzionale. II. Natura specifica*, Torino, 1919, 42.

<sup>123</sup> Sul processo di rivendicazione della libertà quale parte integrante dell'onere di accettare l'idea della dignità e, quindi, dell'uguaglianza reciproca nell'accesso alle libertà, si rinvia a R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982.

<sup>124</sup> A. Barak, *Human Dignity. The Constitutional Value and the Constitutional Right*, Cambridge, 2015.

<sup>125</sup> G. Tieghi, *Costituzionalismo giacobino o liberale: direttrici per la "comparazione critica di idee"*, in G. Bergonzini, F. Pizzolato, G. Rivosecchi e G. Tieghi (cur.), *Libertà Giovani Responsabilità. Scritti in onore di Mario Bertolissi*, Napoli, 2020, 369 – 387.

<sup>126</sup> P. Grossi, *Oltre la legalità: in dialogo con Mario Bertolissi*, in AA.VV., *Libertà Giovani Responsabilità. cit.*, 2020, 21.

previsto in alcuna legge elettorale statale o federale, appare persino arduo<sup>127</sup> comprenderne la ratio di diritto sostanziale<sup>128</sup> che la caratterizza.

La prospettiva comparatistica del “diritto costituzionale altruista”, al contrario, nel suo tentativo di conciliare il diritto consuetudinario con quello costituzionale<sup>129</sup> e nel suo affidarsi al concetto di *transizione* quale elemento complementare della *tradizione*<sup>130</sup> pare offrire un inquadramento dell’atto/comportamento di concessione del tutto inedito ma, soprattutto, particolarmente efficace per la riflessione contemporanea: non solo, infatti, riconosce il ruolo del “diritto tradizionale” nel suo permeare, “tutt’oggi, larga parte della produzione giuridica del mondo”<sup>131</sup>; paradossalmente, include anche il dissenso quale parte integrante dell’atto stesso, proprio grazie ad una concezione di tradizione che è, innanzitutto, rispetto delle diverse identità. Dunque, anche del disaccordo. Tale concezione, dunque, a partire dal riconoscimento di quel pluralismo, incorpora la transizione quale “transito”<sup>132</sup> necessario per dare effettività al diritto quale “spontaneo ordinamento del corpo sociale”<sup>133</sup>.

Nel rappresentare al meglio quell’esigenza, sempre più sentita nei sistemi democratici contemporanei – persino quelli continentali<sup>134</sup> –, di riconoscere anche nella tradizione il nucleo fondante del potere istituzionale di un sistema, quel momento di ‘morte e di nuova vita’ che è la concessione, quell’estrema espressione di Unità che diviene spartiacque tra due fasi temporali, diviene sintesi costruttiva (e non negazione) del pluralismo. Da concepirsi, si intende, in primis, quale pluralismo di idee. Dunque, del riconoscimento delle più autentiche libertà costituzionali quale è, in assoluto,

---

<sup>127</sup> E’ nota la difficoltà e la condivisa svalutazione del diritto tradizionale come alternativo alle strutture giuridiche ‘legali’: sul tema, in particolare, si rinvia alla riflessione “Fa’ come hanno sempre fatto i padri”, in L. Pegoraro – A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, cit., 164.

<sup>128</sup> Sul diritto come osservazione consapevole dell’esperienza, ossia come “decisione di vita” si rinvia a G. Capograssi, *Analisi dell’esperienza comune*, Milano, 1930.

<sup>129</sup> Seppur partendo dalla declinazione tribale del primo: in M. Carducci, *Por un Direito Constitucional Altruista*, cit.

<sup>130</sup> “La tradizione è un’opera di rappresentazione del reale basata su un insieme di dati appresi in precedenza” e “il diritto tradizionale/consuetudinario sta alla base di uno ‘schema teorico che permette di valutare le riforme chiamando in causa i concetti di tradizione e di pluralismo giuridico (...)’”: L. Pegoraro – A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, cit., 164, ove si rinvia a H.P. Glenn, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, Fifth ed., Oxford, 2014, 5 e ss. Sul tema, anche AA.VV., *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, P. Legrand e R. Munday (ed.), Cambridge, 2003.

<sup>131</sup> L. Pegoraro – A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, cit., 164.

<sup>132</sup> S’intende, “da una sponda solida ma oramai inservibile, la modernità, verso un approdo altrettanto solido ma diverso, che non abbiamo ancora raggiunto e durante il quale si è certi soltanto di distanziarsi sempre più dal luogo dell’imbarco, di diventare sempre più pos-moderni, o, il che è lo stesso, sempre meno moderni”: P. Grossi, *Il diritto in una società che cambia. A colloquio con Orlando Roselli*, Bologna, 2018, 112.

<sup>133</sup> P. Grossi, *L’invenzione del diritto*, cit., XXI.

<sup>134</sup> Basti pensare, nella prospettiva italiana, al momento istituzionale della crisi di governo e alla sua disciplina convenzionale.

la libera manifestazione del pensiero. Momento istituzionale essenziale del *processo di consensus building* fondato sul metodo dialettico e dall'altra, punto di equilibrio del delicato rapporto tra Esecutivo e popolo<sup>135</sup>.

“Ultimately”, si è detto, “constitutional law is about the meaning of a just society and how best to achieve it”<sup>136</sup>.

Sulla base di queste premesse, dunque, la negazione della concessione è, innanzitutto, l'espressione più alta del declino di “civic engagement”<sup>137</sup> in cui versano le Repubbliche contemporanee, a partire da quella statunitense. Ciò che più conta, come ci è stato recentemente ricordato è, soprattutto, la capacità del popolo stesso di dialogare reciprocamente in modo rispettoso, di dibattere e raggiungere compromessi, di sforzarsi di vivere insieme in modo tollerante<sup>138</sup>, di rafforzare quella propensione – su cui dovrebbe reggersi la democrazia – di ciascuno di noi ad ascoltare e a rispettare anche quelli da cui dissentiamo in modo più deciso<sup>139</sup>.

## 6. L'America e The People: “esperimento” ancora in evoluzione

La riflessione sull'inedito rifiuto di concedere la vittoria da parte del Presidente uscente Trump pare lasci intravedere una serie di direttrici che hanno un comune denominatore: *The People*. Inevitabilmente, nel suo significato storico più rappresentativo: *E pluribus unum*. Quanto di tale significato si può dire sia effettivamente espresso da ‘The American People’ nell'era contemporanea? Quale l'esito di quello storico, costante sforzo dei vari Presidenti di costruire – ognuno a proprio modo – ciò che è, oggi, l'America? Da ultimo, si è affermato che “America is about honor, decency, respect, tolerance”. “That’s who we are. That’s who we’ve always been”<sup>140</sup>.

<sup>135</sup> A. Reposo, *La disciplina dell'opposizione anticostituzionale negli Stati Uniti d'America*, cit.

<sup>136</sup> E. Chemerinsky, *Preface*, in E. Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, Third Ed., New York, 2006, xxi.

<sup>137</sup> Uno dei fattori principali di questo declino, della disaffezione e del distacco dalle istituzioni, è stato diagnosticato nei termini seguenti: “ (...) citizenry no longer functions as an effective public; it has been converted into a body that consumes political views disseminated by elites through the mass media, rather than an autonomous, deliberating body that discovers its own views through conversation”, in V. Price- J. N. Cappella, *Online Deliberation and Its Influence: The Electronic Dialogue Project in Campaign 2000*, in *IT&Society*, Vol. 1, Issue 1, Summer 2002, 304. Nello stesso senso, anche R. Putnam, *Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community*, NY, 2000; C. Mills, *The Power Elite*, London, 1956.

<sup>138</sup> N. Gorsuch, *A Republic, If You Can Keep It*, New York, 2019, 20 (traduzione libera). “Every one of us who shares this inheritance”, qui il riferimento è all'eredità trasmessa dai Padri fondatori, ma è evidente la valenza universale rispetto alle eredità di tutti i Padri costituenti che hanno promosso l'ideale repubblicano, “must understand the great gift we’ve received – not least because every generation must take its turn shepherding the government of and by the people, and every generation must do its part to ensure that its blessings are safely to those who follow” (ivi, 8).

<sup>139</sup> N. Gorsuch, *A Republic, If You Can Keep It*, cit., 37 (traduzione libera).

<sup>140</sup> Sono le parole del neo-Presidente: J. Biden, *Joe Biden Speech Condemning Capital Protest Transcript*, cit., video min. 3.59.

Le parole di un Presidente, certo, contano. E devono contare. Il problema ora è capire se, davvero, la Repubblica americana sia ancora espressione di quei valori (onore, decoro, rispetto, tolleranza), di quel The People su cui hanno investito i Padri fondatori. Sul passato, si può dire abbia dato più volte prova di esserlo, anche grazie alla revisione critica che quell'ordinamento, attraverso i propri cittadini e le proprie istituzioni, ha sempre cercato di imporsi<sup>141</sup>. Sul presente, sono inevitabili forti perplessità. E sono le stesse perplessità che pongono degli interrogativi per il prossimo futuro.

Il tema in gioco è, evidentemente, quello della tenuta – o meno – dell'assetto repubblicano, nell'interrogativo posto da subito dallo stesso Benjamin Franklin<sup>142</sup>: e ciò vale, evidentemente, in senso lato, per le molte altre repubbliche contemporanee che, sulla scia del costituzionalismo statunitense e dei suoi valori – oltre che degli equilibri sui quali si è ancora – hanno fondato le premesse costitutive della loro architettura istituzionale.

Oggi, mai come prima, la presidential concession assume una portata ancora più significativa sul piano istituzionale. Il suo diniego, di conseguenza, comporta implicazioni strutturalmente incisive sul piano dell'effettività giuridica. Ciò che, ad una prima superficiale analisi, poteva apparire correlato esclusivamente alla peculiare personalità di un Presidente risulta essere, al contrario, la massima espressione di qualcosa di intrinsecamente costitutivo di quell'ordinamento: è espressione contemporanea, viva, fattuale, dunque oggettiva, di quel profondo “esperimento” che Washington, fin dal suo primo discorso inaugurale, ha riconosciuto essere “affidato al popolo americano”<sup>143</sup>. In questo senso erano

---

<sup>141</sup> Erano, da ultimo, gli anni sessanta quando, nella prospettiva di un noto studioso, ma in primis cittadino statunitense, si segnalava – facendo un accorato appello al popolo affinché ciascuno desse il proprio contributo per ritrovare la fiducia perduta – che era “giunto il momento di riesaminare le istituzioni e i valori del nostro paese”; che “(...) la speranza di risolvere i problemi che ci assillano è affidata in gran parte ai leader politici, ai partiti e alle istituzioni americane (...)” e ci si chiedeva quale sarebbe stato “il futuro della presidenza”; non ultimo, si riconosceva già allora che “(...) il fermento che agita la nostra società è indubbio, così come il grande scontento che lo determina”. “Questa situazione”, si concludeva, “dovrebbe renderci, si spera, più consapevoli dei nostri limiti e delle nostre manchevolezze, dovrebbe farci capire più profondamente la nostra situazione e spingerci a realizzare quelli che sono sempre stati gli ideali fondamentali del nostro paese”: A. M. Schlesinger Jr., *Prefazione*, New York, 4 febbraio 1969, in A. M. Schlesinger Jr., *Crisi di fiducia. Idee, potere e violenza in America*, cit, 8-10.

<sup>142</sup> Dopo mesi di lavori in gran segreto alla Convention di Filadelfia, la folla in attesa dei delegati si accalca all'uscita dell'*Independence Hall*, e una donna chiede a Benjamin Franklin che cosa avessero pensato per quel nuovo Paese, se una Repubblica o una Monarchia. La risposta fu memorabile: “*A Republic, if you can keep it*”. La fonte è una delle note di un Delegato, J. McHenry del Maryland, pubblicate per la prima volta nell'*American Historical Review*, Vol. 11, 1906, 618, e poi incluse nel *The Records of the Federal Convention of 1787*, ed. Max Farrand, vol.3, Appendix A, Yale University Press, New Haven, 1911, 85, reperibile in [oll.libertyfund.org/titles/1785](http://oll.libertyfund.org/titles/1785).

<sup>143</sup> “(...) And since the preservation of the sacred fire of liberty, and the destiny of the Republican model of Government, are justly considered as deeply, perhaps as finally staked, on the experiment entrusted to the hands of the American people”: estratto da

stati concepiti dai Padri Fondatori gli Stati Uniti d'America: “non come un risultato compiuto, ma come”, appunto, “un esperimento”<sup>144</sup>. Ciò significa: intrinsecamente *in progress*.

In questo processo, che è anche un processo di *law in action*, in ogni caso c'è qualcosa di assolutamente inedito che caratterizza quell'ordinamento più di qualunque altro. Quel qualcosa, che è il “free trade of ideas”, è stato esplicitato in una nota dissenting opinion del giudice Holmes del 1919, con la quale ci si riferiva, appunto, a quell“(…) ultimate good desired” “better reached by *free trade in ideas* – that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market (...). That at any rate is the theory of our Constitution. It is an experiment, as all life is an experiment (...)”<sup>145</sup>.

In questa prospettiva che, attraverso il riconoscimento del pluralismo delle idee riconosce il pluralismo sociale da cui muove la sperimentazione, non può che valere - oggi in termini ancor più rigorosi - ciò che, circa cinquant'anni fa, si preconizzava: “Sarà il popolo, con le sue idee, i suoi propositi e le sue decisioni, a rispondere all'interrogativo che si poneva John F. Kennedy quando si chiedeva se una nazione organizzata e governata come la nostra potrà durare”<sup>146</sup>.

E' inevitabile che tale ultima riflessione - da intendersi quasi come un auspicio - vada letta alla luce degli eventi contemporanei: in particolare, considerando che, all'evidenza dei fatti, l'idea di conflitto non sia per nulla estranea alla tradizione statunitense, pur storicamente votata al consensus. Inoltre, ammettendo il grave livello assunto dalla polarizzazione delle posizioni che, da ultimo, non sono riuscite a trovare un equilibrio nemmeno in vista del sacro momento rituale della concession. In questo contesto il dialogo - e, con esso, il libero mercato delle idee cui non si era mai abdicato, a partire proprio dall'atto della presidential concession - ha corso seriamente il rischio di venire lentamente anestetizzato: si è imposta una forza centrifuga indirizzata non più, come era consuetudine, al solo rafforzamento dell'unità ma, al contrario, funzionale all'esaltazione del dissenso quale scontro ideologico aprioristico. Il popolo del nuovo millennio, a questo punto, per contribuire efficacemente alla tenuta dell'*idea* stessa di Repubblica<sup>147</sup>, sarà chiamato a far propri - in un processo di vero e proprio *engagement* democratico - alcuni punti fermi:

---

*Washington's Inaugural Address of 1789*, April 30, 1789 transcription 'taken from the original document in the Records of the U.S. Senate, Record Group 46, in the National Archives', in [www.archives.gov/exhibits/american\\_originals/inaugtxt.html](http://www.archives.gov/exhibits/american_originals/inaugtxt.html).

<sup>144</sup> A. M. Schlesinger Jr, *Prefazione*, New York, 4 febbraio 1969, cit., 10.

<sup>145</sup> *Abrams v. United States*, 250 U.S., 616, 630-631 (1919); le sottolineature sono di chi scrive.

<sup>146</sup> A. M. Schlesinger Jr, *Prefazione*, New York, 4 febbraio 1969, cit., 10.

<sup>147</sup> Sul tema, pur con un'analisi specificamente mirata ad una riflessione sul ruolo, oggi, del dibattito pubblico locale, ci si permette di rinviare a G. Tieghi, *Ripensare la Repubblica tra partecipazione e dibattito pubblico locale: "If we can keep it"*, in AA. VV., *Regione Veneto 1970-2020. Il futuro estratto dai fatti*, cit., 499-547.

a) il fatto che la “constitutional practice in the United States determines the making of constitutional law”<sup>148</sup>;

b) l’evidenza del dato che il rifiuto di concession, nella sua storicità, è fatto qualificante un cambiamento in atto al punto tale da spingere ad interrogarsi se essa sia, o meno, in sintonia coi tempi e con le esigenze istituzionali della contemporaneità<sup>149</sup>. Ci si deve chiedere se i presupposti su cui poggiava siano da ritenersi ora in forte regressione o, addirittura, non più esistenti. Di certo, il rifiuto ha creato i presupposti per un cambiamento che incide direttamente sulle tradizioni e, in quanto tale, oggettivamente consono a qualificare il superamento anche di una così radicata convenzione costituzionale;

c) l’imprescindibilità di mediare il dissenso istituzionale affinché non si tramuti in conflitto, anche per mantenere vivo il presupposto istituzionale del binomio repubblica/democrazia<sup>150</sup>;

d) la necessità di un vero e proprio ripensamento del noto principio statunitense *E pluribus unum* così da trasporlo in una versione aggiornata. Nel riconoscere la divisione sociale<sup>151</sup> in essere, si potrà così mirare a ricostruire, attraverso una dimensione people-centered di interazione democratica tra poteri, un sistema in cui il Presidente funga da “rappresentante dei non rappresentati”: “non c’è altra via”, ricordava già allora Schlesinger, “se si vuole ripristinare l’energia morale delle politica americana e assorbire nel processo democratico i gravi presentimenti e le pressanti esigenze del nostro tempo”<sup>152</sup>.

---

<sup>148</sup> R. Toniatti, *President Obama’s Political Agenda and the Emphasis on Dissent within the Supreme Court*, cit., 147.

<sup>149</sup> “La coesistenza di valori e principi, sulla quale, necessariamente, una costituzione oggi si deve fondare per poter rendersi non rinunciataria rispetto alle sue prestazioni di unità e integrazione e, al contempo, non incompatibile con la sua base materiale pluralista, richiede che ciascuno di tali valori e tali principi sia assunto in una valenza non assoluta, compatibile con quelli con i quali deve convivere. Carattere assoluto assume soltanto un meta-valore che si esprime nel duplice imperativo del mantenimento del pluralismo dei valori (per quanto riguarda l’aspetto sostanziale) e del loro confronto leale (per quanto riguarda l’aspetto procedurale). Queste sono, alla fine, le esigenze costituzionali supreme di ogni società pluralista che voglia essere e difendere se stessa. Qui l’intransigenza, non altro, deve valere e qui le antiche ragioni della sovranità hanno ancora pianamente da essere salvaguardate”: G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 1.

<sup>150</sup> Illuminante è il ricordo del patriota repubblicano Vincenzo Russo, nel 1799, un anno prima di essere fatto impiccare dall’ammiraglio Nelson, che così scriveva: “La repubblica è reale allora finalmente quando gli uomini che vivono in essa sono repubblicani: altrimenti è una repubblica solamente di nome. (...) La democrazia convien piantarla negli animi, conviene stabilirla nel riordinamento dei fatti sociali, nella riforma dei pubblici desideri, nel raddrizzamento dei costumi, nell’onnipotenza di una legislazione repubblicana e dell’opinione”: U. Vincenti, *Etica per una Repubblica*, cit., 64 richiamando V. Russo, in D. Cantimori (cur.), *Giacobini italiani*, 1, Roma-Bari, 1956, 389-390. Sul tema Repubblica e democrazia, si rinvia anche a R.A. Dahl, *Quanto è democratica la Costituzione americana?*, Roma-Bari, 2003, 113 e ss.

<sup>151</sup> G. Packer, *I frantumi dell’America*, Milano, 2013.

<sup>152</sup> A. M. Schlesinger Jr., *Crisi di fiducia*, cit., 275.

Sulla base di queste premesse, la prospettiva di diritto che incarna la coscienza etica di un popolo appare quella, ad oggi, più realisticamente operativa. Se non è previsto un rimedio giuridico specifico per tale comportamento autenticamente *anti-American*, ciò non significa che il popolo americano – come quello di tutte le democrazie contemporanee – sarà facilmente disposto a perdonare: “Because any American should be willing to concede an election, but no American should concede the core principles of democracy itself”<sup>153</sup>. Piuttosto, si è ricordato nella notte tra il 6 e il 7 gennaio scorso al Congresso, “the people’s influence, as reflected in the certified electoral college results, is what matters. Facts”, si è sottolineato, “matter”<sup>154</sup>. Ecco perché, nella stessa notte, si è di nuovo parlato di “experiment”<sup>155</sup> e di “defending our democracy”<sup>156</sup>, oggi al bivio.

Ma è un altro passaggio che appare fondamentale per cogliere in modo ancor più sostanziale la dimensione del giuridico rispetto agli eventi qui discussi. Come ci ha ricordato un giovane laureato in giurisprudenza, ben prima di assumere cariche istituzionali, la sensazione è che ci si stia perdendo qualcosa: “Ma la legge è anche molto altro”, sottolineava. Infatti, non si riduce a “regole sommarie e procedure arcane a una realtà recalcitrante; una sorta di versione nobilitata della contabilità che serve a disciplinare i rapporti tra coloro che hanno il potere e che troppo spesso cerca di spiegare a quelli che non ce l’hanno, l’assoluta virtù e legittimità della loro condizione”. Perché – ricordava -, “E’ la memoria di un popolo; la legge registra una conversazione infinita, una nazione che dibatte con la propria coscienza”<sup>157</sup>.

Giovanna Tieghi

Dip.to di Diritto pubblico, internaz. e comunitario  
Università degli Studi di Padova  
[giovanna.tieghi@unipd.it](mailto:giovanna.tieghi@unipd.it)

<sup>153</sup> V. Jones, *What if a US Presidential candidate refuses to concede after an election?*, cit.

<sup>154</sup> *Congressional Record, Proceedings and Debates of the 117th Congress, First Session*, cit., H92.

<sup>155</sup> “(...) we gather today to ensure the survival of our grand American experiment, the greatest democracy this world has ever known, and there are millions of people watching today’s proceedings. The eyes of the world are on us now, my colleagues, wondering if we will keep the faith, wondering if our constitutional republic will hold”: *Congressional Record, Proceedings and debates of the 117th Congress*, cit., H83.

<sup>156</sup> *Congressional Record - Extensions of Remarks, Jan. 6, 2021*, E16, in [www.congress.gov/117/crec/2021/01/06/CREC-2021-01-06-pt1-PgE16-4.pdf](http://www.congress.gov/117/crec/2021/01/06/CREC-2021-01-06-pt1-PgE16-4.pdf).

<sup>157</sup> B. Obama, *I sogni di mio padre*, trad. it. di C. Cavalli e G. Nicola, Milano, 2019, 470. Biografia di Obama, scritta su proposta di un editore americano quando l’allora giovane studente di Giurisprudenza divenne il primo afroamericano a ricoprire la carica di Presidente della Harvard Law Review. La prima edizione uscì negli Stati Uniti nel 1995.