



10 FEBBRAIO 2021

Forma e sostanza delle “transizioni presidenziali” negli Stati Uniti. Alcuni spunti a partire dalle elezioni del 3 novembre 2020

di Daniele Camoni

Dottorando di ricerca in Diritto pubblico comparato
Università degli Studi di Milano-Bicocca

Forma e sostanza delle “transizioni presidenziali” negli Stati Uniti. Alcuni spunti a partire dalle elezioni del 3 novembre 2020*

di Daniele Camoni

Dottorando di ricerca in Diritto pubblico comparato
Università degli Studi di Milano-Bicocca

Abstract [It]: Il presente articolo intende evidenziare le fasi principali che caratterizzano il processo di transizione, all'indomani delle elezioni presidenziali negli Stati Uniti d'America, tra il Presidente uscente e quello eletto. Nel dettaglio, a seguito delle elezioni del 3 novembre 2020, il Presidente in carica (e sconfitto) Trump ha denunciato brogli massicci, ha promosso numerosi ricorsi presso gli organi giurisdizionali ed ha suggerito che alcune procedure formali per la ratifica del voto popolare avrebbero potuto essere utilizzate per “rovesciare” il risultato finale. Gli “ostacoli” così frapposti alla transizione offrono l'opportunità di analizzare alcune questioni (inizio della transizione, certificazione dei risultati statali, elezione e voto dei Grandi Elettori, ratifica finale del risultato da parte del Congresso) che erano sempre state interpretate in modo pacifico e mai messe veramente in discussione.

Abstract [En]: This paper wants to highlight the main phases that characterize the transition process in the United States, during which the President-elect prepares to take on the federal Administration from the incumbent one. In detail, after the 3rd November 2020 elections, the incumbent (and defeated) President Trump denounced massive fraud, filed many lawsuits and suggested misusing some institutional and formal devices for the ratification of popular vote, aiming to reverse the results at all costs. All the “obstacles” the President-elect has faced during the transition process give the Author the opportunity to analyse some topics (start of transition, canvassing of State results, election and vote of Great Electors, final ratification of results in Congress) that were taken until that moment for granted and never seriously questioned.

Sommario: 1. Premessa introduttiva. 2. Il quadro generale. Il *Presidential Transition Act* del 1963 e l'avvio “anticipato” della transizione. 3. La prima fase dell'ufficialità. Le certificazioni statali dei risultati elettorali e gli eventuali ricorsi giurisdizionali. 4. L'ufficialità definitiva. Dagli snodi del Collegio Elettorale al giuramento del *President-elect*. 5. Il futuro (istituzionale) della democrazia americana.

1. Premessa introduttiva

Ad un'osservazione preliminare, il procedimento lungo il quale si snoda l'elezione del Presidente degli Stati Uniti è strutturato su due granitiche certezze. Da un lato, a partire dall'approvazione (il 23 gennaio 1845) di un *Act to establish a uniform time for holding elections for electors of the President and Vicepresident in all the States of the Union*, la giornata elettorale (*Election Day*) – comprensiva del rinnovo integrale della Camera dei Rappresentanti e di un terzo del Senato, nonché dell'elezione di eventuali altre istituzioni, cariche pubbliche (Governatori, Assemblee legislative degli Stati e Sindaci) e consultazioni referendarie

* Articolo sottoposto a referaggio.

locali – si celebra, con immutabile cadenza quadriennale, il martedì successivo al primo lunedì di novembre¹.

Dall'altro, il Presidente entra ufficialmente in carica una volta prestato il giuramento prescritto dall'art. II, §1, cl. 8 Cost. (*Inauguration Day*)². In particolare, a seguito della ratifica del XX Emendamento (il 23 gennaio 1933), è stato previsto che il mandato del Presidente uscente cessi all'ora di mezzogiorno del 20 gennaio dell'anno successivo a quello delle elezioni³.

Nell'arco di tempo che intercorre tra queste due date (da 73 a 79 giorni) si snoda il cosiddetto “periodo di transizione”. In particolare, esso si sovrappone sia alle previsioni costituzionali e legislative (federali e statali) che regolano l'elezione del Presidente, sia alle disposizioni che, dal 1963, configurano l'iter “amministrativo” del *Presidential Transition Act* (PTA)⁴.

In tale quadro normativo, le elezioni presidenziali del 3 novembre 2020 e, soprattutto, l'ostinazione del Presidente-uscente Donald Trump nella martellante denuncia di brogli elettorali e nella volontà di “rovesciare” i risultati finali – che hanno sancito l'inequivoca vittoria del candidato del Partito Democratico, Joe Biden – attraverso un utilizzo distorto delle diverse fasi del procedimento di elezione e transizione, hanno portato all'attenzione mediatico-giuridica diversi passaggi formali, in precedenza ritenuti mere attività “notarili” nell'ordinato e fisiologico passaggio da una Presidenza all'altra oppure considerati in una prospettiva esclusivamente teorica⁵.

In realtà, la presenza di transizioni presidenziali a dir poco burrascose non è una novità nel sistema politico-istituzionale statunitense. Come è oltremodo noto, infatti, la più celebre controversia di diritto costituzionale della sua storia (e non solo) – *Marbury v. Madison*⁶ – trova fondamento proprio nelle

¹ Per una ricostruzione storica, v. K. KELLY, *Election Day. An American Holiday, An American History*, New York, 1991.

² Tale disposizione si limita a prevedere la sola formula rituale che deve essere impiegata, senza indicare quale autorità pubblica debba amministrare il giuramento. Per tradizione consolidata, l'incombente spetta al *Chief Justice* della Corte Suprema degli Stati Uniti, il quale riceve la promessa di essere fedele alla Costituzione da parte del neoeletto Presidente sulle scalinate del Campidoglio decorate a festa.

³ In precedenza, il mandato iniziava a decorrere dal 4 marzo (come stabilito dal Congresso della Confederazione successivamente alla ratifica della neonata Costituzione e confermato con legge del 1° marzo 1792).

⁴ Per una panoramica completa della disciplina giuridica delle transizioni presidenziali, v. J.P. ZOFFER, *The Law of Presidential Transitions*, in *Yale Law Journal*, n. 129(8)/2020, pp. 2500-2572. Sui profili di diritto costituzionale, invece, v. J.M. BEERMANN – W.P. MARSHALL, *The Constitutional Law of Presidential Transitions*, in *North Carolina Law Review*, n. 84/2006, pp. 1253-1290.

⁵ Come ha affermato K.L. SCHEPPELE, *Trump's Endgame, Part I*, in *Verfassungsblog*, 3 January 2021, «each of these normally unremarkable moments was reported as “breaking news.” News media have covered the ordinary because the extraordinary could have occurred at any minute». Per una (incredibile) previsione di ciò che sarebbe potuto accadere – e che in parte è realmente accaduto – a seguito delle elezioni del 3 novembre 2020, v. L. DOUGLAS, *Will He Go? Trump and the Looming Election Meltdown in 2020*, Boston, 2020 e E.B. FOLEY, *Preparing for a Disputed Presidential Election: An Exercise in Election Risk Assessment and Management*, in *Loyola University Chicago Law Journal*, n. 51/2019, pp. 309-362.

⁶ U.S. Supreme Court, 5 U.S. 137 (1803).

fortissime frizioni che, nel 1800-1801, accompagnarono la travagliata successione tra il Presidente John Adams ed il neoeletto Thomas Jefferson.

È altrettanto risaputo che l'Amministrazione Adams mise in atto un'articolata strategia di vero e proprio *institutional packing* diretta ad “occupare”, prima del giuramento di Jefferson, quanti più uffici federali possibili (soprattutto a livello giudiziario) con funzionari fedeli alla propria linea ideologica, onde conservare significative quote di potere anche dopo l'insediamento del nuovo Presidente⁷.

Nel dettaglio, sul piano strettamente formale, la finestra temporale tra l'*Election Day* e l'*Inauguration Day* impone di considerare alcuni “momenti” istituzionali che, nella storia recente e salvo quanto (in parte) accaduto a seguito delle controverse elezioni del 2000, erano stati considerati semplici passaggi obbligati di una naturale alternanza tra distinte Amministrazioni.

Il riferimento corre, tra gli altri, alla consuetudine secondo cui il candidato sconfitto “riconosce” pubblicamente la vittoria dell'avversario; all'avvio giuridico della transizione; alla certificazione dei risultati in ogni singolo Stato; al voto dei 538 Grandi Elettori – i quali si riuniscono nelle corrispondenti Assemblee legislative, il primo lunedì dopo il secondo mercoledì di dicembre, per eleggere ufficialmente il Presidente degli Stati Uniti⁸ – ed alla ratifica finale da parte del Congresso.

Le diverse tappe di questo articolato percorso di transizione si inseriscono in un contesto sociale mai così polarizzato e percorso da profonde fratture, alla luce di un malessere latente che scuote in modo ciclico la società americana e, rispetto al quale, i quattro anni della Presidenza Trump non hanno fatto altro che esacerbare le differenze sociali, razziali, economiche, politiche e, sotto certi aspetti, financo culturali da sempre esistenti⁹. Ritorna così d'attualità la splendida metafora di quel *Tale of Two Cities* di dickensiana memoria evocato dal Governatore di New York Mario Cuomo nella *Democratic National Convention* del 16 luglio 1984.

Le tensioni descritte, peraltro, hanno trovato parallela traduzione in un progressivo irrigidimento dei rapporti istituzionali, invero anche precedente all'elezione di Trump. Volendo proporre alcuni esempi, da un lato la nomina presidenziale dei giudici federali è divenuta terreno di un aspro scontro parlamentare nell'ultimo decennio: in particolare, l'attivazione della cosiddetta *nuclear option* nel 2013 e 2017 (da parte del Partito Democratico, prima e di quello Repubblicano, dopo) per la scelta dei giudici federali e di quelli della Corte Suprema ha minato i ponti del compromesso tra le forze politiche, sopprimendo la strategia

⁷ V. C.F. HOBSON, *John Marshall, the Mandamus Case and the Judiciary Crisis, 1801-1803*, in *George Washington Law Review*, n. 72/2003, pp. 289-308.

⁸ Cfr. 3 U.S.C. §7. Con riferimento alle ultime elezioni, ciò è accaduto il 14 dicembre 2020.

⁹ Cfr. G. ARAVANTINOU LEONIDI, *The knee on the neck of American democracy. L'ordinamento statunitense tra crisi multiple e elezioni presidenziali alle porte*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2, 2020.

dell'ostruzionismo (*filibuster*) in Senato rispetto a tale incumbente e favorendone una iper-politicizzazione rimasta poi costante¹⁰.

Dall'altro, l'incapacità dei partiti di raggiungere un doveroso punto d'incontro sull'approvazione del bilancio federale – provocata soprattutto dalla richiesta innegoziabile di Trump di destinare determinati fondi alla costruzione di un muro ai confini con il Messico – ha condotto, tra il 22 dicembre 2018 ed il 25 gennaio 2019, al più lungo *shutdown* governativo della storia americana (ben 35 giorni), con importanti conseguenze economico-finanziarie.

In questo scenario di incredibili fibrillazioni, anche le regole elettorali e quelle (costituzionali e non) sulla successione tra Amministrazioni sono divenute oggetto di un inedito confronto, essendo state piegate all'interesse di una sola parte politica (quando non a quello personale dello stesso Trump) e rivelando una variegata congerie di criticità giuridiche sulle quali è necessario interrogarsi¹¹.

2. Il quadro generale. Il *Presidential Transition Act* del 1963 e l'avvio “anticipato” della transizione

In ragione della estrema complessità e minuziosità richiesta nell'organizzazione e funzionamento delle istituzioni federali, la preparazione di una (eventuale) transizione tra Amministrazioni facenti capo a Presidenti differenti inizia ben prima della competizione elettorale vera e propria.

È possibile identificare tre diverse fasi temporali: una prima fase “preparatoria”, anteriore alla celebrazione dell'*Election Day*; una seconda fase “intermedia”, destinata a snodarsi tra la giornata elettorale e l'insediamento ufficiale del nuovo Presidente ed una terza fase “conclusiva”, volta a configurare il volto politico della nuova Amministrazione – attraverso la formalizzazione delle nomine dei candidati e la loro (auspicata) conferma da parte del Senato (art. II, §2, cl. 2 Cost.) – all'indomani del giuramento ufficiale¹².

In ordine all'avvio della transizione, il principale atto normativo di riferimento è costituito dal PTA del 1963, il quale si occupa soprattutto degli ingenti fondi necessari per mettere in moto gli ingranaggi strutturali e soggettivi della prossima Amministrazione¹³. Prima dell'adozione di tale legge, infatti, siffatte

¹⁰ Sul tema, v. L.P. VANONI, *La nomina dei giudici supremi tra scontro politico e diritto costituzionale: il caso americano*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 3/2017, pp. 833-866.

¹¹ Per una ricostruzione dei principali episodi “fattuali” della transizione, v. P. MAGARÒ, *L'elezione del 46° Presidente degli Stati Uniti: luci e ombre di un “momentous event” nella storia della democrazia americana*, in www.giurcost.org, 19 gennaio 2021, pp. 94-114.

¹² Sugli sviluppi di alcune transizioni presidenziali, v. M. JOYNT KUMAR, *Before the Oath. How George W. Bush and Barack Obama managed a transfer of power*, Baltimore, 2015; J.P. BURKE, *Presidential Transitions. From Politics to Practice*, Boulder, 2000; C.M. BRAUER, *Presidential Transitions. Eisenhower through Reagan*, Oxford, 1989 e L.H. LAURIN, *Presidential Transitions*, Washington, 1960.

¹³ Ai sensi del PTA 1963, §5, la somma complessiva messa in origine a disposizione per tali incumbenti era di \$900.000. Con la riforma disposta dal *Pre-Election Presidential Transition Act* del 2010, §4, invece, «there are authorized to be appropriated such sums as may be necessary to carry out the provisions of this Act». In relazione alle elezioni del 2020,



spese erano sostenute integralmente dal Partito del Presidente-eletto e dalle donazioni di privati sostenitori¹⁴.

Il PTA è stato riformato in più occasioni, attraverso una serie di innesti sul testo originario che hanno contribuito a rendere il percorso di transizione sempre più dettagliato ed organizzato, garantendo (quanto più possibile) l'assenza di soluzioni di continuità tra Amministrazioni diverse¹⁵.

Nel dettaglio, il *Presidential Transition Act* del 2000 ha previsto che ciascun candidato appartenente al Partito Democratico o Repubblicano (*eligible candidate*)¹⁶ abbia il diritto di disporre dei mezzi materiali e delle risorse finanziarie – a carico del bilancio federale – necessari per organizzare al meglio la propria “squadra”¹⁷.

In questo modo, il §2(a) del PPTA 2010 dispone che, entro tre giorni dalla nomina ufficiale nelle *Convention* nazionali dei rispettivi partiti, l'Amministratore della *General Services Administration* (GSA) – agenzia indipendente incaricata di sostenere il regolare funzionamento delle agenzie federali – deve informare tali candidati della possibilità di disporre di uffici, strumenti di comunicazione ed informatici e di tutto quanto loro materialmente necessario sino alla data dell'elezione¹⁸.

A tal proposito, la gestione della sicurezza nazionale nel periodo di transizione ha ricevuto particolare attenzione nelle corrispondenti fonti normative, soprattutto all'indomani degli attentati dell'11 settembre 2001. Nel dettaglio, la Commissione parlamentare d'indagine all'uopo nominata rilevò che i ritardi derivati dalle travagliate elezioni del 2000 e la mancata (e/o ritardata) trasmissione di informazioni riservate tra l'Amministrazione uscente e quella entrante avevano incrementato la vulnerabilità degli Stati Uniti rispetto a minacce di azioni terroristiche¹⁹.

In forza delle raccomandazioni ivi contenute, l'*Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act* del 2004 (IRTPA) ha previsto che gli *eligible candidates* siano messi a conoscenza di specifiche informazioni

in forza dell'approvazione del *Continuing Appropriations Act, 2021 and Other Extensions Act*, §134(a), il Congresso ha disposto lo stanziamento di \$9.900.000.

¹⁴ Cfr. S. SMITH, *Presidential Transitions*, Congressional Research Service, 11th February 2008, p. 1, disponibile in [RL30736.pdf \(fas.org\)](#).

¹⁵ Il riferimento è al *Presidential Transitions Effectiveness Act* del 1998, al *Presidential Transition Act* del 2000, al *Pre-Election Presidential Transition Act* del 2010, al *Presidential Transitions Improvements Act* del 2015 ed al *Presidential Transition Enhancement Act* del 2019.

¹⁶ Il richiamo ai due grandi partiti della politica americana (Democratico e Repubblicano) si ricava dal §9002(6) dell'*Internal Revenue Code* del 1986: «The term ‘major party’ means, with respect to any presidential election, a political party whose candidate for the office of President in the preceding presidential election received, as the candidate of such party, 25 percent or more of the total number of popular votes received by all candidates for such office».

¹⁷ Cfr. U.S.C. §102 note, PTA §3(a)(8)(A).

¹⁸ Cfr. *ivi*, §§3(h)(1)(A)(i) e 3(h)(1)(B)(i).

¹⁹ V. *The 9/11 Commission Report - Final Report of the National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States*, disponibile in <https://www.9-11commission.gov/report/911Report.pdf>.



classificate in ordine all'esistenza di possibili pericoli per la sicurezza nazionale, operazioni militari in corso o sotto copertura e decisioni strategiche sull'eventuale utilizzo della forza²⁰.

È altresì stabilito che il Presidente-eletto trasmetta, appena possibile, al *Federal Bureau of Investigation* (FBI) i nominativi dei suoi candidati a ricoprire posizioni ufficiali in materie legate alla difesa e sicurezza nazionale, in modo tale che detta agenzia possa procedere agli accertamenti necessari prima della cerimonia di inaugurazione²¹.

Infine, è disposto che i candidati presidenziali abbiano diritto di ricevere (entro quindici giorni dalla *nomination*) un resoconto dettagliato di tutte le cariche federali nominate dal Presidente in carica, delle eventuali posizioni vacanti e delle tempistiche entro cui è opportuno che le relative sostituzioni vengano effettuate, al fine di un regolare funzionamento dell'Amministrazione²².

A seguire, il *Presidential Transitions Improvements Act* del 2015 prevede che, entro sei mesi dalla celebrazione delle elezioni, il Presidente in carica costituisca un *Transition Council*, con l'obiettivo di favorire una (eventuale) transizione il più ordinata possibile. In parallelo, l'Amministratore della GSA nominerà un *Federal Transition Coordinator*, incaricato di organizzare tanto la transizione "interna" alle singole agenzie federali quanto quella "esterna" con i corrispondenti *staff* dei candidati²³.

Ai sensi del *Presidential Transition Enhancement Act* del 2019, inoltre, entro il 1° settembre dell'anno elettorale, l'Amministratore della GSA dovrà sottoscrivere un *Memorandum of Understanding* con ciascun *eligible candidate* a proposito dei servizi, mezzi e risorse necessari per il passaggio di consegne²⁴.

Tale attività di collaborazione si estende fino al sessantesimo giorno successivo all'*Inauguration Day*²⁵. Nel frattempo, il Presidente-eletto potrà disporre di mezzi e fondi analoghi a quelli già messi a sua disposizione nella fase pre-elettorale, nominare un "Primo collaboratore" (*Transition Representative*) chiamato ad interfacciarsi direttamente con l'Amministratore del GSA ed il *Federal Transition Coordinator* e provvedere alla retribuzione dei propri assistenti²⁶. Infine, entro il 15 settembre è necessario che il

²⁰ Cfr. IRTPA, §7601(c).

²¹ Cfr. *ivi*, §7601(a)(3) e U.S.C. §102 note, PTA §3(f)(1).

²² Cfr. IRTPA, §8403(b). La lista completa delle oltre 9000 posizioni nella Pubblica Amministrazione soggette a *noncompetitive appointment* è contenuta nello *United States Government Policy and Supporting Positions*, meglio noto come *Plum Book* e pubblicato dal *Senate Committee on Homeland Security and Governmental Affairs* e dal *House Committee on Oversight and Reform* ogni quattro anni, dopo le elezioni presidenziali. Per una guida dettagliata sulla regolamentazione amministrativa, v. [Presidential Transition Guide to Federal Human Resources Management Matters, Election Year 2020 \(chcoc.gov\)](https://www.chcoc.gov/presidential-transition-guide-to-federal-human-resources-management-matters-election-year-2020).

²³ Un quadro dettagliato dell'attività della GSA rispetto alla (complicata) transizione tra l'Amministrazione uscente (Trump) e quella entrante (Biden) è disponibile in [Presidential Transition Directory | GSA](https://www.gsa.gov/presidential-transition-directory).

²⁴ Cfr. U.S.C. §102 note, PTA §3(i).

²⁵ Cfr. *ivi*, §3(b)(1)(B).

²⁶ Cfr. *ivi*, §§3(e) e 3(i).

Direttore di ogni Agenzia federale predisponga un piano di transizione dettagliato con riferimento a tutti i funzionari di nomina politica (*senior non-career positions*)²⁷.

Una volta chiuse le urne elettorali e concluso il lungo procedimento di conteggio delle schede nei singoli Stati, l'Amministratore della GSA è chiamato ad accertare l'esito del risultato finale (*ascertainment*) ed a dichiarare «the apparent successful candidate[s]»²⁸.

Sul punto, si tenga però in considerazione un duplice ordine di fattori. Da un lato, il PTA – integrato dalle “stratificazioni” normative descritte – non determina in base a quali indici formali debba avvenire tale attività di “accertamento”; dall'altro, in questo specifico momento il risultato elettorale è ancora provvisorio, poiché non esiste una certificazione ufficiale che ne garantisca l'irreversibilità.

In altre parole, l'Amministratore della GSA non ha alcun potere di convalidare con tutti i crismi di legge la vittoria definitiva di un determinato candidato, la quale potrà dirsi tale solo con la certificazione (il 6 gennaio, alle ore 13.00 dell'anno successivo alle elezioni)²⁹ del voto dei Grandi Elettori da parte del Congresso in sessione congiunta³⁰.

Detto incumbente si è storicamente sviluppato seguendo una consuetudine del tutto americana. All'indomani dell'anticipazione informale dei risultati nella maggior parte degli Stati – nonché in quelli decisivi per “orientare” la Presidenza verso l'uno o l'altro candidato (cosiddetti *swing States*) – da parte dei principali mezzi di informazione e *network* televisivi³¹, è tradizione che il candidato la cui sconfitta appare evidente accetti l'esito del voto e, riconosciuta «the majesty of the democratic system»³², “conceda” la vittoria allo sfidante.

Tale atto di *fair play* è d'abitudine suggellato mediante un successivo invito al vincitore presso la Casa Bianca da parte del Presidente in carica (che potrebbe anche essere il candidato sconfitto in sede di rielezione): a questo punto, la sfida elettorale può dirsi sostanzialmente conclusa e tutti i passaggi successivi diventano semplici atti protocollari³³.

A partire dalla pubblicazione della *letter of ascertainment* la transizione vera e propria può avere inizio. Nel caso delle ultime elezioni, tale importante gesto ha trovato esecuzione – tra significative polemiche – solo

²⁷ Cfr. *ivi*, §4(f)(2).

²⁸ Cfr. *ivi*, §3(c).

²⁹ Cfr. 3 U.S.C. §15.

³⁰ Sulle funzioni dell'Amministratore della GSA in ordine alla certificazione “informale” del risultato elettorale, v. T.J. ZJWICKI, *The Law of Presidential Transitions and the 2000 Election*, in *Brigham Young University Law Review*, n. 2001(4)/2001, soprattutto pp. 1579 ss.

³¹ In particolare, fino al 2000 tale funzione è stata svolta con l'appoggio dei grandi gruppi di informazione *Voters News Service* e, dal 2004, *National Election Pool*, incaricati della sempre discussa attività di *exit polling*.

³² Con queste parole il Presidente (repubblicano) in carica G.H. Bush riconobbe la propria sconfitta contro il candidato democratico W.J. Clinton il 3 novembre 1992.

³³ Per un'interessante analisi dei discorsi post-elettorali dei candidati “sconfitti”, v. P.E. CORCORAN, *Presidential concession speeches. The rhetoric of defeat*, in *Political Communication*, n. 11(2)/1994, pp. 109-131.

il 23 novembre 2020 (ben venti giorni dopo l'*Election Day*), sebbene Trump abbia comunque continuato a rifiutare di riconoscere la vittoria di Biden³⁴.

Da questo momento, il *President-elect* potrà iniziare a disporre in modo ufficiale di ulteriori fondi federali, necessari per organizzare la propria Amministrazione. Inoltre, l'Ufficio del *Direttore* della *National Intelligence* (ODNI) trasmetterà a questi – dietro autorizzazione della Casa Bianca – un *report* giornaliero con le principali informazioni relative a tutte le attività (strettamente riservate) di *intelligence*, analogo a quello già a disposizione del Presidente in carica (*President's Daily Brief* o PDB).

Con riferimento alla indicata fase “conclusiva” – relativa alla conferma, da parte del Senato, delle nomine effettuate dal nuovo Presidente e non oggetto della presente trattazione – può essere utile ricordare che non è eccezionale che la Camera Alta proceda alle corrispondenti audizioni ancor prima dell'*Inauguration Day*, con l'obiettivo velocizzare la piena entrata in funzione della nuova Amministrazione (limitando, per quanto possibile, la presenza di cariche *ad interim*)³⁵. Nel caso dell'Amministrazione Biden, ciò è accaduto in relazione alle importanti figure del *Secretary of State*, *Secretary of the Treasury*, *Secretary of Defense*, *Secretary of Homeland Security* e *Director of National Defense*, i cui candidati sono stati auditi dalle corrispondenti Commissioni parlamentari già il 19 gennaio 2021.

3. La prima fase dell'ufficialità. Le certificazioni statali dei risultati elettorali e gli eventuali ricorsi giurisdizionali

Conclusa la giornata elettorale, ha inizio il lungo ed analitico conteggio di tutti i voti depositati, destinato a sfociare in una certificazione ufficiale dei risultati da parte delle autorità governative dei singoli Stati.

In particolare, poiché la legislazione relativa alle elezioni presidenziali ha natura strettamente statale (e non federale), ciascuno Stato provvede a determinare le proprie tempistiche e le corrispondenti modalità di registrazione, voto, scrutinio, riconteggio, contestazione e certificazione dell'esito finale³⁶, ferma restando la *deadline* del giorno in cui dovranno riunirsi, senza possibili dilazioni, i Grandi Elettori³⁷.

³⁴ V. https://www.gsa.gov/cdnstatic/2020-11-23_Hon_Murphy_to_Hon_Biden.pdf. In relazione alle elezioni del 7 novembre 2000, invece, l'*ascertainment* era avvenuto il 14 dicembre, dopo che il 12 dicembre U.S. Supreme Court, *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000), aveva imposto di interrompere il riconteggio delle schede in alcune contee della Florida ed il 13 dicembre il candidato sconfitto (Al Gore) aveva pubblicamente riconosciuto la vittoria dell'avversario (G.W. Bush).

³⁵ Cfr. J.P. ZOFFER, *The Law of Presidential Transitions*, cit., p. 2510.

³⁶ Un rinvio dettagliato alle legislazioni dei singoli Stati in <https://www.ncsl.org/research/elections-and-campaigns/automatic-recount-thresholds.aspx> e [After the Voting Ends: The Steps to Complete an Election \(ncsl.org\)](https://www.ncsl.org/research/elections-and-campaigns/after-the-voting-ends-the-steps-to-complete-an-election). Una descrizione storica del contenzioso elettorale americano in E.B. FOLEY, *Ballot Battles: The History of Disputed Elections in the United States*, Oxford, 2016.

³⁷ Cfr. *supra*, nota 8.

In questo modo, lo scrutinio può protrarsi anche per diversi giorni, soprattutto laddove sia necessario procedere al conteggio di tutti i voti non espressi “di persona” dagli elettori presso i seggi corrispondenti (*absentee ballots*), i quali vengono abitualmente scrutinati per ultimi³⁸.

Tale discrepanza temporale nell’attività di scrutinio ha dato luogo alla fortunata espressione politologica del *blue shift*. In sintesi, è stato rilevato che gli elettori del Partito Repubblicano tendono a preferire il “tradizionale” voto in presenza – espresso in forma cartacea o elettronica³⁹ – mentre quelli del Partito Democratico (politicamente identificato con il colore blu) privilegiano l’*absentee ballot* o, comunque, ricorrono ad esso in misura superiore agli elettori repubblicani⁴⁰.

Come è ben noto, inoltre, la contingente situazione pandemica generata dall’epidemia di Covid-19 ha incrementato in modo significativo le richieste di esercitare il diritto di voto in forma non presenziale e la quantità di *absentee ballots* espressi⁴¹.

Alla luce di tali alternative modalità di voto (egualmente valide), non è raro che, soprattutto negli *swing States*, il risultato elettorale restituito da un primo conteggio dei voti “in presenza” venga rovesciato nel giro di ore/giorni dallo scrutinio *ex post* delle schede elettorali trasmesse a mezzo del servizio postale, determinando la vittoria del partito (solitamente quello Democratico) che, durante il conteggio dei “primi” voti, risultava invece soccombente.

Il passaggio istituzionale successivo è la certificazione dei risultati elettorali. Essa costituisce un atto amministrativo al quale i pubblici ufficiali preposti a tale compito non possono affatto sottrarsi, una volta concluso lo scrutinio di tutte le schede depositate e conteggiate.

Tale incumbente ha ricevuto, tuttavia, un’innovativa attenzione a causa della strenua convinzione del Presidente Trump (e di una significativa parte del Partito Repubblicano) di non voler “riconoscere”, a nessun costo, la propria sconfitta. In particolare, le inedite difficoltà della transizione tra l’Amministrazione Trump e quella di Biden ben possono essere spiegate anche attraverso la ricostruzione

³⁸ Con sentenza del 26 ottobre 2020, U.S. Supreme Court, *Democratic National Committee v. Wisconsin State Legislature*, 592 U.S. ___ (2020) ha escluso che potessero essere validamente conteggiati i voti postali ricevuti dai seggi elettorali dopo l’*Election Day* in Wisconsin (anche se timbrati in quest’ultima data o prima). In particolare, secondo KAVANAUGH, J., concurring, p. 7, l’obiettivo così perseguito era quello di «avoid the chaos and suspicions of impropriety that can ensue if thousands of absentee ballots flow in after election day and potentially flip the results of an election». *Contra*, KAGAN, J., dissenting, p. 5, nota 3, per la quale «there are no results to ‘flip’ until all valid votes are counted. And nothing could be more ‘suspicio[us]’ or ‘improp[er]’ than refusing to tally votes once the clock strikes 12 on election night». La questione era già stata affrontata in termini analoghi, il 6 aprile 2020, in U.S. Supreme Court, *Republican National Committee v. Democratic National Committee*, 589 U.S. ___ (2020), in ordine ad alcune elezioni locali sempre in Wisconsin.

³⁹ Su quest’ultimo aspetto, v. S. TRANCOSSI, *Il paradossale ruolo della tecnologia nelle elezioni degli Stati Uniti*, in *Federalismi.it*, n. 6/2020, pp. 249-274.

⁴⁰ Cfr. E.B. FOLEY, *A Big Blue Shift: Measuring an Asymmetrically Increasing Margin of Litigation*, in *Journal of Law and Politics*, n. 28/2013, pp. 501-546, il quale descrive nel dettaglio tali oscillazioni numeriche a partire dalle elezioni del 1960.

⁴¹ V. [2020 General Election Early Vote Statistics \(electproject.github.io\)](https://electproject.github.io).



della (eventuale) “fase giurisdizionale” che si snoda tra l’*Election Day* e l’elezione ufficiale del nuovo Presidente.

In questo senso, dopo aver proposto senza successo un’amplessiva batteria di ricorsi giurisdizionali in numerosi Stati⁴², diretti ad interrompere lo spoglio dei voti ovvero ad ottenere l’annullamento degli *absentee ballots* – in quanto considerati voti “illegali”⁴³ – la strategia di Trump si è rivolta a mettere in discussione alcuni passaggi istituzionali fino ad allora del tutto consolidati, primo fra tutti quello relativo alla certificazione “materiale” del voto.

Sul piano concreto, la questione ha assunto un notevole interesse con riferimento alla verifica finale dei risultati in Michigan ove, al termine dello scrutinio, Biden risultava vincitore con uno scarto di oltre 150.000 voti e quasi tre punti percentuali (50,62% contro 47,84%).

Ai sensi dell’art. II, §7 della Costituzione statale del 1963, è previsto che tale funzione sia svolta da un *Board of State Canvassers* composto da quattro membri, nel quale nessun partito può avere la maggioranza. Inoltre, il fatto che essi siano scelti tra le due formazioni che hanno ricevuto più voti alle elezioni per il Segretario di Stato garantisce una costante parità tra democratici e repubblicani⁴⁴.

Lo stratagemma di Trump passava attraverso un vero e proprio “sabotaggio” di tale fase, diretto a far sì che i due ufficiali scelti dal Partito Repubblicano votassero in senso negativo (sulla base di non meglio precisate irregolarità), provocando un autentico *deadlock* che avrebbe interrotto il procedimento di convalida elettorale. Ciononostante, tali condotte sembrerebbero integrare una violazione della legge federale ai sensi del 52 U.S.C. §10307(a), in quanto «no person acting under color of law shall [...] willfully fail or refuse to tabulate, count, and report such person’s vote»⁴⁵.

Finalmente, al termine di alcune giornate convulse – sfociate in una inedita “convocazione” dei vertici del Partito Repubblicano del Michigan presso la Casa Bianca – il 23 novembre 2020 il *Board of State Canvassers* ha certificato in modo ufficiale la vittoria “statale” di Biden (seppur con il voto in bianco di uno dei due componenti di nomina repubblicana)⁴⁶.

⁴² La natura statale di tali tipologie di ricorsi è stata ricordata da E. FOLEY, *Why counting presidential votes is not for federal district courts*, in www.scotusblog.com, 16th November 2020.

⁴³ Una dettagliata ricostruzione (ed un costante aggiornamento in tempo reale) di tutti i ricorsi elettorali pendenti all’interno di ogni Stato è disponibile in https://electioncases.osu.edu/case-tracker/?sortby=filing_date_desc&keywords=&status=all&state=all&topic=25.

⁴⁴ Cfr. *Michigan Election Law*, §168.22(a) e E. MCELVEIN, *The State Laws Governing Trump’s Power Grab in Michigan*, in www.lawfareblog.com, 22 November 2020.

⁴⁵ A livello giurisprudenziale, cfr. anche Michigan Supreme Court, *McLeod v. State Board of Canvassers*, 304 Mich. 120 (Mich. 1942) 7 N.W.2d 240.

⁴⁶ V. https://www.michigan.gov/documents/sos/112320_draft_minutes_708672_7.pdf.

Occorre anche ricordare che la disciplina dei ricorsi statali in sede giurisdizionale si intreccia a doppio filo non solo con la data (inamovibile) prevista per il voto dei Grandi Elettori, bensì anche con il parallelo *safe harbor* stabilito da 3 U.S.C. §5⁴⁷.

Nel dettaglio, tale ultima disposizione impone che tutte le procedure relative alla competizione presidenziale – ivi compresa la definitiva risoluzione delle controversie giudiziarie pendenti – debbano concludersi entro il sesto giorno anteriore a quello in cui voteranno i Grandi Elettori, una sorta di “porto sicuro” entro cui metaforicamente condurre in sicurezza la nave con i voti del corpo elettorale.

Tuttavia, laddove in quella data vi sia ancora «[...] controversy or contest concerning the appointment of all or any of the electors of such State» (3 U.S.C. §6) e, quindi, il risultato non sia stato certificato “in tempo”, il Governatore dello Stato di riferimento dovrà trasmettere appena possibile al Congresso il certificato con la nomina definitiva dei Grandi Elettori, sulla base dell’esito della controversia elettorale in corso.

La questione presenta spunti di notevole complessità ed ambiguità⁴⁸. Da un lato, la Corte Suprema ha affermato in *Bush v. Gore* che il termine previsto da 3 U.S.C. §5 è senza alcun dubbio tassativo⁴⁹. Nel caso di specie, essa aveva imposto la sospensione di ogni riconteggio – ordinato in precedenza dalla Corte Suprema della Florida⁵⁰ – poiché era materialmente impossibile soddisfare tale compito (ricontare e verificare la controversa validità di ca. 60.000 *undervotes*, uno per uno) entro le stringenti scadenze temporali previste dalla legge⁵¹.

Sebbene la Corte stessa abbia affermato che la ricostruzione giuridica ivi contenuta «is limited to the present circumstances»⁵², occorre tuttavia evidenziare che si tratta dell’unica occasione in cui essa si è pronunciata su detta specifica questione. In ogni caso, pur a fronte della eccezionalità del caso, non è

⁴⁷ La regolamentazione oggi contenuta nei §§1-21 del Titolo 3 dello U.S.C. trova fondamento nell’*Electoral Count Act* del 1887, adottato a seguito delle controverse elezioni del 1876. Su quest’ultimo profilo, v. N.L. COLVIN – E.B. FOLEY, *Lost Opportunity: Learning the Wrong Lesson from the Hayes-Tilden Dispute*, in *Fordham Law Review*, n. 79/2011, pp. 1043-1089.

⁴⁸ Non è casuale che le circonvoluzioni linguistiche e procedurali di tale legislazione abbiano dovuto fronteggiare le aspre critiche della dottrina. Per tutte, v. S.A. SIEGEL, *The Conscientious Congressman’s Guide to the Electoral Count Act of 1887*, in *Florida Law Review*, n. 56/2004, pp. 541-671 e J.W. BURGESS, *The Law of the Electoral Count*, in *Political Science Quarterly*, n. 3(4)/1888, pp. 633-653.

⁴⁹ Per un’ampia ricostruzione di tale specifica previsione, v. G.C. LEEDES, *The Presidential Election Case: Remembering Safe Harbor Day*, in *University of Richmond Law Review*, n. 35/2001, pp. 237-312.

⁵⁰ V. *Gore v. Harris*, 772 So.2d 1243 (Fla.2000). Un commento della vicenda da parte dell’allora *Chief Justice* della Corte Suprema della Florida in C. WELLS, *Inside Bush v. Gore*, Gainesville, 2003. Sul tema, v. anche B. ACKERMAN (a cura di), *Bush v. Gore. The Question of Legitimacy*, Yale, 2002.

⁵¹ U.S. Supreme Court, *Bush v. Gore*, cit., p. 110: «That statute [...] requires that any controversy or contest that is designed to lead to a conclusive selection of electors be completed by December 12 [*safe harbor*]. That date is upon us, and there is no recount procedure in place under the State Supreme Court’s order that comports with minimal constitutional standards».

⁵² *Ivi*, p. 109.

pacifico escludere *tout court* qualsiasi valore di precedente ad una pronuncia (peraltro così importante) della Corte Suprema⁵³.

Tuttavia, la previsione contenuta in 3 U.S.C. §6 – invero mai evocata né da alcuna delle parti litiganti in *Bush v. Gore*, né dalla stessa Corte Suprema – potrebbe (forse) entrare in contraddizione con quanto stabilito da quest’ultima, rimanendo infatti a disposizione un ulteriore margine temporale tra il *safe harbor* ed il voto dei Grandi Elettori. La domanda sorge allora spontanea: cosa accadrebbe laddove, allo scoccare della data di *safe-harbor*, siano ancora in corso delle controversie elettorali ed il risultato definitivo *sub judice*? Quale esempio paradigmatico, è stato ricordato il caso delle elezioni presidenziali dell’8 novembre 1960 nelle Isole Hawaii⁵⁴. A seguito del primo riconteggio, la differenza tra il candidato repubblicano (R. Nixon) e quello democratico (J.F. Kennedy) era di soli 141 voti, pari allo 0,08% del totale statale.

Il *Lieutenant Governor* hawaiano James Kealoha (repubblicano) si affrettò subito a trasmettere al Congresso il documento di nomina ufficiale dei Grandi Elettori a favore di Nixon, mentre i Democratici interponevano un ricorso giurisdizionale per ottenere un riconteggio dei voti, accolto dal giudice Ronald Jamieson il giorno successivo a quello previsto come *safe harbor*.

Con un colpo di scena, il giorno precedente alla votazione dei Grandi Elettori, i risultati elettorali (*medio tempore* aggiornati) attribuirono a Kennedy un vantaggio di soli 55 voti. In tale occasione, la situazione si fece ancora più confusa: sia i Grandi Elettori proposti dal Partito Repubblicano, sia quelli scelti dal Partito Democratico, infatti, espressero la propria preferenza a favore del candidato presidenziale per il quale avevano giurato di votare una volta concluse le elezioni. In questo modo (invero paradossale), entrambi gli aspiranti alla Presidenza erano stati “eletti” Presidenti nelle Hawaii dai propri Grandi Elettori⁵⁵.

Al termine del (nuovo) riconteggio delle schede, la vittoria di J.F. Kennedy venne certificata in via definitiva dallo stesso giudice che aveva ordinato il controllo originario ed il primo *certificate of ascertainment* – trasmesso al Congresso con l’indicazione dei Grandi Elettori repubblicani – fu corretto dal Governatore, ai sensi di quanto stabilito in 3 U.S.C. §6.

Il 6 gennaio 1961, il Vicepresidente uscente degli Stati Uniti e Presidente del Senato Nixon (per ironia della sorte, candidato sconfitto proprio in quelle stesse elezioni) certificò la vittoria di Kennedy nelle

⁵³ Con parole dell’aspirante *Chief Justice* Roberts in sede di *hearing* presso il *Judiciary Committee* del Senato (S. Hrg. 109–158, 12-15 September 2005, p. 631), infatti, «while the Court in *Bush v. Gore* stated that its ‘consideration is limited to the present circumstances,’ I believe that statement was not meant to deprive the decision of all precedential weight but, rather to make clear that the precise facts of the case were unique».

⁵⁴ Cfr. T.J. ZJWICKI, *The Law of Presidential Transitions and the 2000 Election*, cit., pp. 1609-1611.

⁵⁵ Cfr. M.L. ROSIN – J. HARROW, *How To Decide A Very Close Election For Presidential Electors: Part 2*, in www.takecare.blog.com, 23rd October 2020.

prime elezioni presidenziali nella storia delle Hawaii, riconoscendo la validità dei soli voti espressi dai Grandi Elettori democratici⁵⁶.

L'intreccio tra contenzioso elettorale e *safe harbor* ha trovato, infine, interessanti e – sotto certi aspetti – inediti risvolti in alcune recentissime controversie incardinate dal Partito Repubblicano presso la Corte Suprema, di cui è necessario dare conto.

In primo luogo, il 3 dicembre 2020 Mike Kelly (membro della Camera dei Rappresentanti per il 16esimo Distretto della Pennsylvania) ed altri parlamentari repubblicani formulavano ricorso contro il proprio Stato, chiedendo l'adozione di una misura cautelare, la dichiarazione di incostituzionalità della legge di riforma del sistema elettorale statale (*Act 77* del 2019) – la quale aveva esteso in modo significativo il ricorso al voto postale – e l'annullamento di tutti i voti così conteggiati (in larga maggioranza favorevoli al Partito Democratico, alla luce del sopra descritto criterio del *blue shift*)⁵⁷.

La questione – indirizzata a Justice Alito per ragioni di competenza territoriale⁵⁸ – era da costui deferita al *Plenum* della Corte. In origine, egli indicava il 9 dicembre 2020 quale giorno per il deposito della comparsa di risposta da parte della Pennsylvania: tuttavia, tale data andava oltre il *safe harbor* imposto da 3 U.S. §5 e, con riferimento alle ultime elezioni, fissato all'8 dicembre 2020.

Il termine così stabilito era quindi anticipato di un giorno e, in tale ultima data, il ricorso era dichiarato *de plano* inammissibile, senza motivazione e senza che alcun giudice pronunciasse anche solo un'opinione concorrente per dare conto dei motivi che avrebbero dovuto imporre un'analisi nel merito⁵⁹.

In difetto di qualsiasi argomentazione, non è irragionevole immaginare che – anche alla luce della descritta “anticipazione” nel proprio calendario (*docket*) – la Corte Suprema abbia interpretato il *safe harbor* in modo perentorio, sulla scorta di quanto affermato in *Bush v. Gore*.

Di conseguenza, a partire da quel momento lo scenario dei ricorsi giurisdizionali avrebbe dovuto intendersi chiuso: avendo tutti gli Stati certificato in forma ufficiale i propri risultati entro il *safe harbor* e

⁵⁶ Congressional Record - House, 6th January 1961, p. 290: «In order not to delay the further count of the electoral vote here, the Chair, without the intent of establishing a precedent, suggests that the electors named in the certificate of the Governor of Hawaii dated January 4, 1961, be considered as the lawful electors from the State of Hawaii». Per J. HARRISON, *Nobody for President*, in *Journal of Law & Politics*, n. 16/2000, p. 703, tuttavia, «it would be hard to imagine that one person had been given this power, even if we did not know that the President of the Senate often would be a candidate for President of the United States». Recentemente, v. A.C. RAULES – R. BERNSTEIN, *All Pence Can Do Is Count*, in www.wsj.com, 3rd Jan. 2021.

⁵⁷ La questione era già stata respinta dalla Corte Suprema della Pennsylvania, poiché proposta solo al termine dello scrutinio elettorale quando, invece, la fonte normativa da cui derivava il possibile pregiudizio era stata adottata addirittura un anno prima (31 ottobre 2019): v. *Kelly v. Commonwealth*, Civ. Action No. 68 MAP 2020 (Pa. Nov. 28, 2020). Peraltro, il consenso dei Repubblicani era stato decisivo per l'adozione di tale legge, avendo essi la maggioranza in entrambe le Camere del Parlamento statale.

⁵⁸ Ai sensi del 28 U.S.C. §42, i Giudici della Corte Suprema sono “assegnati” individualmente ai vari Distretti federali di Corte d'Appello, con il compito di ricevere determinate tipologie di ricorsi (es. richieste di estensione del termine per il deposito degli atti o misure cautelari).

⁵⁹ [120820zr_bq7d.pdf \(supremecourt.gov\)](https://www.supremecourt.gov/opinions/202/120820zr_bq7d.pdf).

non essendo intervenuta alcuna pronuncia favorevole al Presidente uscente (e sconfitto) Trump, la via giudiziaria appariva preclusa⁶⁰.

Medio tempore, però, il 7 dicembre 2020 il Texas proponeva un atipico ricorso presso la Corte Suprema (adita, in via diretta, quale giudice dotato di *original jurisdiction*)⁶¹ contro Pennsylvania, Georgia, Michigan e Wisconsin, con l'obiettivo di "bloccare" il voto dei Grandi Elettori nominati in quegli Stati sulla scorta del corrispondente voto popolare⁶².

In particolare, l'*Attorney General* texano accusava i quattro Stati citati in giudizio di aver alterato le regole elettorali "approfittando" dell'epidemia provocata dal Covid-19, violando così la *Electors Clause* contenuta nell'art. II Cost. ed il XIV Emendamento (in ordine all'eguale trattamento di tutti gli Stati della Federazione di fronte alla legge)⁶³.

Analogamente a quanto accaduto in *Kelly v. Pennsylvania*, anche in questo caso il ricorso era respinto (in data 11 dicembre 2020) per manifesta inammissibilità sul piano procedurale. In particolare, la Corte Suprema evidenziava qui che il Texas non possedeva alcuna legittimazione ad agire ai sensi dell'art. III Cost., non avendo dimostrato «a judicially cognizable interest in the manner in which another State conducts its elections»⁶⁴.

L'unica osservazione a margine di tale pronuncia – né dissenziente né concorrente – è stata quella di *Justice* Thomas (condivisa da Alito), per il quale la Corte Suprema non godrebbe del potere discrezionale di rigettare in via preliminare i ricorsi proposti dagli Stati sotto forma di *original jurisdiction*, essendo invece obbligata ad esaminarne i contenuti⁶⁵. Entrambi hanno però dichiarato che, in ogni caso, «would not grant other relief», rigettando così l'accoglimento delle ragioni di merito sottese al ricorso.

Infine, il 21 dicembre 2020 – oltre la data di elezione "formale" di Biden da parte del Collegio Elettorale (14 dicembre 2020) – è stato presentato dalla campagna elettorale di Trump un nuovo ricorso. Ancora una volta, era contestata una modifica illegittima delle regole elettorali (da parte della Corte Suprema della

⁶⁰ Cfr. *Already LLC v. Nike*, 568 U.S. 85 (2013), p. 91: «No matter how vehemently the parties continue to dispute the lawfulness of the conduct that precipitated the lawsuit, [a] case is moot if the dispute is no longer embedded in any actual controversy about the plaintiffs' particular legal rights».

⁶¹ Art. III, §2, cl. 2: «In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the Supreme Court shall have original Jurisdiction». Sul tema, v. V.L. MCKUSICK, *Discretionary Gatekeeping. The US Supreme Court's Management of Its Original Jurisdiction Docket since 1961*, in *Maine Law Review*, n. 45/2018, pp. 185-242.

⁶² Tra le argomentazioni (invero sorprendenti, a dir poco) impiegate da Trump – nelle vesti di *amicus curiae* – per "dimostrare" presunte irregolarità si possono menzionare quelle secondo le quali «President Trump prevailed on nearly every historical indicia of success in presidential elections» e «no candidate in history -Republican or Democrat- has ever lost the election after winning both [Florida and Ohio]» (Motion to intervene filed by Donald J. Trump, President of the United States, p. 8). La seconda considerazione è peraltro contraddetta dalla storia delle elezioni del 1960, perse da Nixon nonostante la vittoria in entrambi gli Stati.

⁶³ Per una lettura degli atti processuali, v. [Docket for 22O155 \(supremecourt.gov\)](#).

⁶⁴ V. [121120zr_p860.pdf \(supremecourt.gov\)](#).

⁶⁵ Cfr. U.S. Supreme Court, *Arizona v. California*, 589 U. S. ___ (2020), Thomas, J., dissenting.

Pennsylvania)⁶⁶, in violazione del parametro sancito da *Purcell v. Gonzalez*, secondo cui «courts should not issue orders which change election rules in the period just before the election»⁶⁷.

Il fatto che la Corte Suprema abbia però “calendarizzato” la controversia secondo i termini ordinari⁶⁸ – e, quindi, con una eventuale decisione di merito sia oltre la data fissata per la certificazione ufficiale dell’elezione (6 gennaio), sia oltre quella del giuramento del nuovo Presidente (20 gennaio) – induce a credere che essa abbia ritenuto non esistenti ragioni di *fumus boni iuris* e urgenza tali da dover intervenire immediatamente, con la conseguente inalterabilità del risultato delle elezioni. In ogni caso, all’indomani dell’*Inauguration Day* la controversia dovrebbe essere dichiarata *moot* per cessata materia del contendere.

4. L’ufficialità definitiva. Dagli snodi del Collegio Elettorale al giuramento del *President-elect*

È risaputo che la previsione costituzionale del Collegio Elettorale rappresenta uno dei numerosi compromessi del costituzionalismo statunitense tra la dimensione democratica della rappresentanza popolare diretta e quella istituzionale della partecipazione “mediata” degli Stati membri⁶⁹. Sul punto, è stato ricordato che tale scelta fu una sorta di “terza via”, distinta sia rispetto all’elezione “pura” da parte del corpo elettorale, sia in relazione ad una scelta che fosse pienamente parlamentare⁷⁰.

La Costituzione non contiene alcuna disposizione specifica in ordine alle modalità di selezione e voto dei Grandi Elettori, salvo stabilire – con non trascurabile vaghezza – che a tale incumbente debbano provvedervi le Assemblee legislative statali⁷¹.

La regola oggi dominante in quasi tutti gli Stati (quarantotto su cinquanta) prevede che il candidato vincitore a livello statale faccia proprio l’intero “lotto” di Grandi Elettori attribuiti a quello Stato – e derivante dalla sommatoria dei Rappresentanti e Senatori spettanti a quest’ultimo – secondo la regola del *winner-take-all system*.

⁶⁶ La questione è strettamente legata a U.S. Supreme Court, *Republican Party of Pennsylvania v. Boockvar*, U.S. 592 __ (2020), controversia iniziata il 28 settembre 2020 e ancora *sub iudice*.

⁶⁷ R.L. HASEN, *Reining in the Purcell Principle*, in *Florida State University Law Review*, n. 43/2017, p. 428. Cfr. anche U.S. Supreme Court, 549 U.S. 1 (2006).

⁶⁸ Ai sensi dell’art. 15.3 delle *Supreme Court Rules*, infatti, la parte convenuta dispone di trenta giorni per depositare la propria comparsa dal momento della registrazione ufficiale dell’atto di citazione, salvo che non venga accolta una *motion for expedited consideration* per “accelerare” la risoluzione della controversia (il che non è accaduto, avendo la Corte rigettato quest’ultima richiesta l’11 gennaio 2021).

⁶⁹ Sull’opzione originaria dei Costituenti, v. A. HAMILTON, *Paper No. 68*, in G.W. CAREY – J. MCCLELLAN (a cura di), *The Federalist*, Indianapolis, 2001 (1^a ed. 1787-1788), p. 353: «They have not made the appointment of the President to depend on any preexisting bodies of men, who might be tampered with beforehand to prostitute their votes; but they have referred it in the first instance to an immediate act of the people of America, to be exerted in the choice of persons for the temporary and sole purpose of making the appointment».

⁷⁰ Cfr. G. CONTI *Aspetti problematici del processo di elezione del Presidente degli Stati Uniti*, in *Federalismi.it*, n. 4/2017, pp. 17 ss. e F. MCDONALD, *The American Presidency. An intellectual history*, Lawrence, 1994.

⁷¹ Art. II, §1, cl. 3.

Le uniche due eccezioni sono Maine e Nebraska (rispettivamente dal 1972 e 1996), ove due Grandi Elettori sono attribuiti al candidato che ottiene il maggior numero di voti popolari complessivi, mentre quelli “rimanenti” (due nel primo caso, tre nel secondo) sono assegnati al candidato vincente in ognuno dei *congressional districts* previsti per l’elezione dei membri della Camera dei Rappresentanti⁷².

In concreto, lo stesso giorno delle elezioni ogni partito provvede a individuare i propri (potenziali) Grandi Elettori⁷³, di solito tra esponenti particolarmente “fedeli” all’interno della corrispondente compagine politica⁷⁴. In seguito, essi si riuniranno – come sopra ricordato – nelle rispettive sedi parlamentari il primo lunedì dopo il secondo mercoledì di dicembre per eleggere ufficialmente il Presidente degli Stati Uniti.

Il testo originario della Costituzione si limitava a disporre che ogni Grande Elettore avrebbe espresso due voti per eleggere il Capo dello Stato: il candidato più votato sarebbe divenuto Presidente, mentre colui che avesse ricevuto il secondo maggior numero di voti avrebbe conquistato la Carica di Vicepresidente. In caso di parità, la Camera dei Rappresentanti avrebbe avuto il delicatissimo compito di sciogliere tale nodo gordiano⁷⁵.

Le elezioni del 1796 e 1800 avrebbero tuttavia rivelato fin da subito le criticità di detto meccanismo. Nel primo caso, a fronte della celebrazione delle prime *contested elections* nella storia degli Stati Uniti tra candidati contrapposti a livello ideologico⁷⁶, accadde qualcosa di impreveduto: i due aspiranti alla Presidenza (Adams e Jefferson), risultarono infatti rispettivamente eletti Presidente e Vicepresidente, pur appartenendo a partiti in competizione tra loro⁷⁷.

La situazione si complicò ancor di più nelle elezioni successive, quando Jefferson e Burr –candidati alla Presidenza e Vicepresidenza per il Partito Democratico-repubblicano – ricevettero lo stesso numero di voti nel Collegio Elettorale. Alla fine, fu Jefferson ad essere eletto Capo dello Stato, al termine di trentasei interminabili scrutinii⁷⁸.

⁷² Così, nelle ultime elezioni Biden ha conquistato in Maine tre Grandi Elettori (2+1) su quattro e Trump quattro su cinque (2+2) in Nebraska. Sulle conseguenze di un’eventuale estensione di tale modello a tutti gli Stati, v. R.C. TURNER, *The Contemporary Presidency: Do Nebraska and Maine Have the Right Idea? The Political and Partisan Implications of the District System*, in *Presidential Studies Quarterly*, n. 35(1)/2005, pp. 116-137. Infine, una panoramica dettagliata a proposito delle legislazioni statali sul tema in <https://www.nass.org/sites/default/files/surveys/2020-10/summary-electoral-college-laws-Oct20.pdf>.

⁷³ Cfr. 3 U.S.C. §1.

⁷⁴ «[...] but no Senator or Representative, or Person holding an Office of Trust or Profit under the United States, shall be appointed an Elector» (Art. II, §1, cl. 3).

⁷⁵ J. HARRISON, *Nobody for President*, cit., p. 705 ha però contestato l’idea che il Congresso possa essere “giudice” delle elezioni in caso di mancata elezione da parte del Collegio elettorale, poiché «giving Congress power to resolve an electoral dispute is very close to giving it power to choose the President».

⁷⁶ Si fronteggiavano John Adams (in coppia con Thomas Pinckney) per il Partito Federalista e Thomas Jefferson (in coppia con Aaron Burr) per il Partito Democratico-repubblicano.

⁷⁷ Per una ricostruzione, v. J.L. PASLEY, *The First Presidential Contest: 1796 and the Founding of American Democracy*, Lawrence, 2013.

⁷⁸ V. J.R. SHARP, *The Deadlocked Election of 1800: Jefferson, Burr and the Union in the Balance*, Lawrence, 2010.

Il meccanismo costituzionale aveva mostrato d'immediato la corda. Laddove i Grandi Elettori fossero stati del tutto fedeli ai loro (due) candidati, si sarebbe verificata una situazione di pareggio tra membri dello stesso *ticket* presidenziale (sulla falsariga delle elezioni del 1800); qualora, invece, alcuni Grandi Elettori non avessero votato per il proprio candidato alla vicepresidenza – onde evitare l'*impasse* descritta – si sarebbe corso il grave rischio di vedere il candidato alla Presidenza del partito opposto diventare Vicepresidente (come accadde nel 1796).

Per porre rimedio alle descritte anomalie, nel 1804 fu deciso di modificare la Costituzione con l'introduzione del XII Emendamento, in forza del quale ciascun Grande Elettore avrebbe votato in modo separato per il proprio candidato alla Presidenza e Vicepresidenza.

Con riferimento alle elezioni del 3 novembre 2020, la questione del voto dei Grandi Elettori è stata sottoposta – quantomeno in astratto, sul piano teorico- politico – ad importanti scosse telluriche. In particolare, tra le varie strategie del Presidente Trump per “ribaltare” il risultato elettorale, era stata prospettata quella riconducibile alla tesi secondo cui le Assemblee legislative statali non sarebbero affatto vincolate dal voto popolare nelle modalità di scelta dei propri Grandi Elettori.

In questo modo, poiché – per una curiosa coincidenza – in diversi Stati decisivi per la vittoria di Biden (Arizona, Georgia, Michigan, Pennsylvania e Wisconsin) entrambe le Camere parlamentari sono controllate dal Partito Repubblicano, secondo siffatta ricostruzione esse avrebbero potuto lecitamente procedere alla nomina di Grandi Elettori repubblicani, assicurando a Trump un secondo mandato⁷⁹.

La questione non è priva di spunti concreti e neppure così banale. In questo senso, facendo leva sul (presunto) carattere “originalista” dell'art. II, §1, cl. 2 Cost.⁸⁰, nel corso delle controverse elezioni del 2000 il Parlamento repubblicano della Florida aveva contemplato – qualora la complessa disputa elettorale in corso non si fosse risolta entro i termini del *safe harbor* – la possibilità di procedere “in autonomia” alla nomina dei propri Grandi Elettori⁸¹.

Seguendo quanto stabilito in 3 U.S.C. §2⁸², invece, la legge elettorale della North Carolina prevede che, ove nessuna decisione ufficiale sia stata assunta entro il *safe harbor* o il giorno del voto dei Grandi Elettori,

⁷⁹ A complicare ulteriormente la situazione, in tre Stati (Michigan, Pennsylvania e Wisconsin), sia il Governatore, sia il Segretario di Stato sono membri del Partito Democratico. Il cortocircuito avrebbe potuto essere esplosivo, poiché spetta proprio al potere esecutivo certificare in forma ufficiale la regolarità del voto dei Grandi Elettori (cfr. 3 U.S.C. §6).

⁸⁰ Secondo cui «each State shall appoint, in such Manner as the Legislature thereof may direct, a Number of Electors...».

⁸¹ Cfr. E.B. FOLEY, *Bush v. Gore. The Court Stops the Recount*, in J.A. DOUGLAS – E.D. MAZO (a cura di), *Election Law Stories*, St. Paul, 2016, pp. 541-543.

⁸² «Whenever any State has held an election for the purpose of choosing electors, and has failed to make a choice on the day prescribed by law, the electors may be appointed on a subsequent day in such a manner as the legislature of such State may direct».

la scelta di questi ultimi sarà compiuta rispettivamente dall'Assemblea legislativa o dal Governatore dello Stato⁸³.

La questione è solo apparentemente capziosa. A fronte del principio secondo cui il potere delle Assemblee legislative nella determinazione dei criteri di scelta dei Grandi Elettori è un vero e proprio «plenary power»⁸⁴, infatti, in quale rapporto esso si pone rispetto all'espressione del voto popolare nei singoli Stati e del (successivo) procedimento di elezione formale del Presidente?

Sul piano storico, al momento dell'avvio dell'esperienza costituzionale americana l'individuazione dei Grandi Elettori era decisa in modo esclusivo dai Parlamenti statali, senza mediazione del corpo elettorale; tuttavia, di lì a poco alcuni Stati avrebbero iniziato ad introdurre la possibilità per i propri cittadini di scegliere i corrispondenti «delegati» al Collegio elettorale⁸⁵.

Solo nel 1832, tutti i ventiquattro Stati allora facenti parte della Federazione statunitense (eccetto la South Carolina) avrebbero deciso di ricorrere al voto popolare per la scelta dei Grandi Elettori, gettando così le basi per un'elezione presidenziale di fatto popolare⁸⁶.

Tale dimensione (quasi) diretta della scelta presidenziale si sarebbe incrementata tra Ottocento e Novecento, quando gli Stati avrebbero iniziato, in modo progressivo, prima ad indicare sulle schede elettorali anche i nominativi dei candidati alla Presidenza e Vicepresidenza e, in seguito, anche a rimuovere dalle stesse i nomi dei Grandi Elettori proposti dai partiti⁸⁷.

Ciò avrebbe consacrato il ruolo «ancillare» di questi ultimi rispetto al voto degli elettori, sia laddove questi fossero chiamati ad eleggere un Parlamento che, a sua volta, avrebbe dovuto indicare gli elettori formali del Presidente, sia nell'ipotesi – oggi accolta da tutti gli Stati – in cui Grandi Elettori fossero stati scelti direttamente dalla popolazione statale⁸⁸. Di conseguenza, il Grande Elettore non dispone di una sua autonomia di voto: rappresenta la volontà di chi lo ha scelto nello Stato di riferimento ed essa deve necessariamente rispettare nel momento in cui vota per il Presidente⁸⁹.

⁸³ Cfr. N.C. Gen. Stat. §163-213 (2007).

⁸⁴ U.S. Supreme Court, *McPherson v. Blacker*, 146 U.S. 1 (1892), p. 35.

⁸⁵ Cfr. R.C. SILVA, *State Law on the Nomination, Election, and Instruction of Presidential Electors*, in *American Political Science Review*, n. 42(3)/1948, pp. 523-529.

⁸⁶ V. N.R. PEIRCE – L.D. LONGLEY, *The People's President. The Electoral College in America and the Direct Vote Alternative*, Yale, 1981, p. 45.

⁸⁷ Cfr. S.D. ALBRIGHT, *The Presidential Short Ballot*, in *American Political Science Review*, n. 34/1940, pp. 955-957.

⁸⁸ Così, secondo K.E. WHITTINGTON, *Originalism, Constitutional Construction and the Problem of Faithless Electors*, in *Arizona Law Review*, n. 59/2017, p. 911, «whether chosen by voters or by state legislators, the presidential electors were understood to be instruments for expressing the will of those who selected them, not independent agents authorized to exercise their own judgment».

⁸⁹ Cfr. U.S. Supreme Court, *Bush v. Gore*, cit., p. 104: «History has now favored the voter, and in each of the several States the citizens themselves vote for Presidential electors. When the state legislature vests the right to vote for President in its people, the right to vote as the legislature has prescribed is fundamental». L'assenza di un potere di scelta indipendente era già stata affermata da New York Supreme Court, *Thomas v. Cohen*, 262 N.Y.S. 320, p. 326 (1933) –



In parallelo, un altro aspetto interessante attiene all'esistenza o meno di un vincolo di mandato in capo ai Grandi Elettori, nonché alla possibilità di sanzionare – anche con l'annullamento del voto espresso – i cosiddetti “elettori infedeli” (*faithless electors*) che rompano il giuramento di fedeltà a favore del candidato del proprio partito.

La disciplina normativa predisposta dai singoli Stati presenta alcune differenze. In ordine di “intensità”, North Carolina e Oklahoma prevedono sia l'annullamento del voto “infedele” (con sostituzione del corrispondente Grande Elettore), sia l'irrogazione di una pena pecuniaria, mentre altri Stati stabiliscono solo l'annullamento del voto e la rimozione dell'Elettore inadempiente (senza alcuna pena detentiva o pecuniaria)⁹⁰.

A seguire, da un lato California, New Mexico e South Carolina contemplano l'irrogazione di una sanzione penale ma non l'annullamento del voto⁹¹; dall'altro, alcuni Stati si limitano a riconoscere validità al voto “divergente”⁹². Infine, quelli non rientranti in nessuna delle categorie sino ad ora indicate semplicemente non prevedono alcunché nelle proprie legislazioni di settore⁹³.

La Corte Suprema si è pronunciata sulla validità formale dell'esistenza di vincolo di mandato a partire da *Ray v. Blair*⁹⁴. A fronte del rifiuto di Ben Ray (Presidente del Comitato Esecutivo del Partito Democratico dell'Alabama) di includere nella lista dei Grandi Elettori dello Stato il sig. Edmund Blair – che aveva rifiutato di prestare il giuramento secondo cui avrebbe votato per i candidati del suo partito – la Corte dichiarò che tanto la *voluntas* dei Padri Costituenti quanto il XII Emendamento non impedivano ai partiti politici di imporre tale obbligo in capo ai propri Grandi Elettori⁹⁵.

Sul punto, si tenga altresì presente che il richiamo ad un determinato *original intent* ed alla storia costituente operato da coloro che, ancora oggi, si oppongono a tale vincolatività appare ingannevole, per diverse

«services performed by the presidential electors today are purely ministerial» – e Nebraska Supreme Court, *State ex rel. Nebraska Republican State Central Committee v. Wait*, 138 N.W. 159, p. 165 (1912).

⁹⁰ Arizona, Colorado, Indiana, Iowa, Maine, Michigan, Minnesota, Montana, Nebraska e Washington.

⁹¹ Nel caso californiano, ad esempio, il Cal. Elec. Code, §§ 6906 e 18002 prevede una sanzione pecuniaria fino a \$1000 e/o la reclusione da 16 a 36 mesi (anche in forma congiunta), mentre in New Mexico tale condotta costituisce una *fourth-degree felony* (N.M. Stat., §§1-15-9 e 31-18-15), punita con la reclusione fino a 18 mesi ed una possibile multa fino a \$5000.

⁹² Alabama, Alaska, Connecticut, Delaware, District of Columbia, Florida, Hawaii, Maryland, Massachusetts, Mississippi, Ohio, Oregon, Tennessee, Vermont, Virginia, Wisconsin e Wyoming.

⁹³ Sugli sviluppi storici di alcune recenti elezioni in Stati che non contemplavano un obbligo di fedeltà in capo ai Grandi Elettori, v. P. NOVOTNY, *John F. Kennedy, the 1960 Election and Georgia's Unpledged Electors in the Electoral College*, in *Georgia Historical Quarterly*, n. 88(3)/2004, pp. 375-397.

⁹⁴ U.S. Supreme Court, 343 U.S. 214 (1952).

⁹⁵ Per una posizione contraria, cfr. *ivi*, p. 232 (Jackson, J., dissenting), ove si afferma che «no one faithful to our history can deny that the plan originally contemplated what is implicit in its text - that electors would be free agents, to exercise an independent and nonpartisan judgment as to the men best qualified for the Nation's highest offices».

ragioni⁹⁶. In primo luogo, è stata rilevata l'assenza di consenso tra gli stessi Costituenti in ordine alla esistenza di un'originaria indipendenza totale dei Grandi Elettori (rispetto al voto popolare) al momento dell'elezione presidenziale.

Così, al principio della più ampia libertà di voto (presuntamente) disegnato da Hamilton nel *Paper No. 68* del *Federalist* è stata contrapposta tanto l'autorità degli Stati, tracciata da James Madison⁹⁷, quanto la presenza di interpretazioni contrarie già in sede di adozione parlamentare del XII Emendamento⁹⁸.

In secondo luogo, occorre ricordare che, al momento dell'adozione della Costituzione, non esisteva ancora una realtà politico-partitica definita nei termini attuali: al contrario, di lì a poco la nascita del primo schema bipolare nella politica americana avrebbe immediatamente palesato (nel 1796 e 1800) i gravi problemi di tale libertà di voto.

Ciononostante, a partire da allora la fedeltà dei Grandi Elettori al candidato del partito vincitore nel proprio Stato è diventata regola (quasi) assoluta, assumendo i connotati di una consuetudine talmente forte da diventare decisiva in ordine all'interpretazione di disposizioni costituzionali ambigue⁹⁹. Ad ulteriore completamento, tale obbligo di fedeltà rispetto al voto popolare era stato nel frattempo riaffermato anche dalla migliore dottrina costituzionalistica dell'epoca¹⁰⁰.

Con riferimento alla legittimità delle sanzioni statali imposte ai *faithless electors* si veda, invece, la recente la giurisprudenza della Corte Suprema in *Chiafalo v. Washington*, la quale ha posto un (definitivo) punto fermo sull'argomento¹⁰¹.

A tal proposito, si è ritenuto che l'art. II Cost. facoltizzi gli Stati a prevedere ipotesi "punitiva", giacché il potere legislativo statale di determinare le concrete modalità di scelta dei Grandi Elettori include anche

⁹⁶ Valga il riferimento sistematico contenuto in U.S. Supreme Court, *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe*, 401 U.S. 402 (1971), p. 412, nota 29: «The legislative history [...] is ambiguous [...] Because of this ambiguity, it is clear that we must look primarily to the statutes themselves to find the legislative intent».

⁹⁷ J. MADISON, *Paper No. 45*, in G.W. CAREY – J. MCCLELLAN, *The Federalist*, cit., p. 240: «Without the intervention of the State legislatures, the President of the United States cannot be elected at all. They must in all cases have a great share in his appointment, and will, perhaps, in most cases, of themselves determine it». Sull'interpretazione del Collegio Elettorale, v. anche J. MADISON, *Letter to G. Hay* (August 23rd 1823), in G. HUNT, *Writings of James Madison*, vol. IX, 1908, pp. 147-155.

⁹⁸ Cfr. 11 Annals of Cong. 1289-90 (1802): «People do not elect a person for an elector who, they know, does not intend to vote for a particular person as President».

⁹⁹ U.S. Supreme Court, *Pocket Veto Case*, 279 U.S. 655 (1929), p. 689: «Long settled and established practice is a consideration of great weight in a proper interpretation of constitutional provisions».

¹⁰⁰ V. J. STORY, *Commentaries on the Constitution of the United States*, vol. III, Boston, 1833, §1457, pp. 321-322 («nothing is left to the electors, but to register votes, which are already pledged») e W. RAWLE, *A View of the Constitution of the United States of America*, Philadelphia, 1829, p. 57 («the electors do not assemble in their several states for a free exercise of their own judgments, but for the purpose of electing the particular candidate who happens to be preferred by the predominant political party which has chosen those electors»).

¹⁰¹ U.S. Supreme Court, 591 __ (2020), nonché U.S. Supreme Court, *Colorado Department of State v. Baca*, 591 __ (2020). Con tali pronunce la Corte Suprema ha così risolto il contrasto interpretativo tra la tesi (finalmente prevalente) della costituzionalità delle sanzioni – accolta da *In re Guerra*, 441 P.3d 807 (Wash. 2019) – e quella contraria, sostenuta da *Baca v. Colorado Department of State*, 935 F.3d 887 (10th Cir. 2019).



la possibilità di stabilire una condizione aggiuntiva, quale appunto l'obbligo di rispettare un giuramento di fedeltà "partitica" ai fini della validità del voto¹⁰².

Inoltre, la configurazione di un potere sanzionatorio in caso di voto "infedele" integra tale vincolo fiduciario, contribuendo al rafforzamento della volontà popolare (declinata nelle singole elezioni presidenziali, Stato per Stato), in quanto «the State instructs its electors that they have no ground for reversing the vote of millions of its citizens»¹⁰³.

A margine, può essere interessante menzionare anche la ricostruzione "alternativa" contenuta nell'opinione concorrente di *Justice* Thomas (condivisa da Gorsuch). Secondo questi, la legittimità di tale potere non riposa sull'interpretazione data dalla maggioranza all'art. II Cost., bensì nel fondamentale principio di sovranità federale plasmato dal X Emendamento, in forza del quale qualsiasi potere non espressamente riservato alla Federazione dalla Costituzione o proibito agli Stati federati rimane nella esclusiva disponibilità di questi ultimi.

Sul punto, infatti, egli contesta che si possa ricavare tanto un vincolo di mandato quanto una potestà sanzionatoria in caso di una sua violazione a partire dal testo dell'art. II Cost. Tale disposizione, infatti, si limita a stabilire che le Assemblee legislative statali hanno il potere di determinare le modalità di elezione dei Grandi Elettori, senza nulla disporre a proposito di quelle condizioni "ulteriori" che la maggioranza della Corte pretende di ricavare dal suo tenore letterale e dal corrispondente significato storico¹⁰⁴.

Di conseguenza, il potere statale di imporre un obbligo di fedeltà ai Grandi Elettori (anche attraverso la loro rimozione e la previsione di una sanzione penale) si configura semplicemente come una facoltà – reversibile, qualora gli Stati così decidano – garantita dal X Emendamento e non quale condizione immutabile sancita dall'art. II Cost., poiché questo «refers to the method for selecting electors, rather than the substantive limitations placed on the position»¹⁰⁵.

Sul piano politico-istituzionale, si consideri un ultimo profilo molto delicato. Cosa accadrebbe se il voto di uno o più *faithless electors* fosse decisivo per il mancato conseguimento della maggioranza assoluta

¹⁰² U.S. Supreme Court, *Chiafalo v. Washington*, cit., pp. 9 ss.

¹⁰³ *Ivi*, pp. 17-18.

¹⁰⁴ Cfr. THOMAS, J., concurring, p. 3: «The Court's conclusion that the text of Article II, §1, expressly grants States the power to impose substantive conditions or qualifications on electors is highly questionable. Its interpretation appears to strain the plain meaning of the text, ignore historical evidence, and give the term "Manner" different meanings in parallel provisions of Article I and Article II».

¹⁰⁵ *Ibidem*. Così, per T. CREIGHTON, *The constitutional case for state power to eliminate faithless electors*, in *Boston University Law Review*, n. 100/2020, p. 44, «the Constitution does not prohibit such laws. Because there is no constitutional prohibition and electors are state officers, States are free to exercise substantial control over electors, including conditioning their appointment and establishing the grounds for their removal and replacement».

necessaria per l'elezione del Presidente (270 Grandi Elettori) o, addirittura, potesse sovvertire il risultato derivato dalla “traduzione” del voto popolare in ogni Stato nei corrispondenti Grandi Elettori¹⁰⁶.

Sebbene i casi di voti “infedeli” da parte di questi ultimi siano una rarità storica del tutto ininfluenza ai fini dell'elezione formale¹⁰⁷, non è da escludere che, nel caso di competizioni “all'ultimo elettore” (sulla scorta di quelle del 2000), siffatte situazioni possano prima o poi trovare una concreta realizzazione.

L'imposizione di un obbligo di fedeltà e di sanzioni efficaci in caso di “tradimento”, infatti, dipende esclusivamente dalla volontà – legislativa – degli Stati e non è in alcun altro modo coercibile, neppure da parte del legislatore federale. Il problema dei voti “infedeli” potenzialmente decisivi (poiché, in alcuni Stati, del tutto validi) rimane quindi aperto¹⁰⁸.

Del resto, già a seguito delle elezioni del 2016 la questione aveva manifestato un inatteso protagonismo, quando diversi Grandi Elettori (soprattutto appartenenti al Partito Democratico) avevano attivamente invitato i loro “colleghi” repubblicani a non votare per il Presidente-eletto Trump, con l'obiettivo finale di convergere su un altro candidato condiviso¹⁰⁹.

La prima alternativa sopra descritta – mancanza di maggioranza assoluta tra i Grandi Elettori – provocherebbe l'attivazione del (problematico) meccanismo “di emergenza” della *contingent election*. Nel caso nessun candidato conseguiva tale maggioranza, infatti, 3 U.S.C. §15 dispone che sarà la Camera dei Rappresentanti a dover provvedere immediatamente all'elezione del Presidente tra i tre candidati più votati.

In particolare, ciascuno Stato esprimerà “a pacchetto” un solo voto: in questo caso, è necessaria la maggioranza assoluta degli Stati (ed un *quorum* partecipativo dei due terzi). Per quanto invece riguarda l'elezione del Vicepresidente, qualora anch'egli non raggiunga la “cifra magica” di 270 voti, sarà il Senato a procedere all'elezione – questa volta a maggioranza assoluta dei suoi componenti – tra i due candidati più votati¹¹⁰.

¹⁰⁶ Una ricostruzione sistematica delle funzioni del Collegio Elettorale e del ruolo dei *faithless electors* in R.W. BENNETT, *Taming the Electoral College*, Stanford, 2006.

¹⁰⁷ Senza considerare le elezioni del 3 novembre 2020 (a seguito delle quali non vi è stato alcun voto “infedele” da parte dei Grandi Elettori), «there have been 23.507 electoral votes counted across 58 presidential elections. Only 90 electors have cast “deviant” votes, not ordinary votes for the presidential nominee of the elector’s political party» (<https://www.fairvote.org/faithless-electors>). Il numero “reale” è ancora minore (27), se si considera che 63 voti “infedeli” – all'indomani delle elezioni del 1872 – furono dovuti al decesso di uno dei candidati (Horace Greeley) tra l'*Election Day* ed il giorno del voto dei Grandi Elettori.

¹⁰⁸ Come già ricordato, in venti Stati (compreso il *District of Columbia*) il voto degli elettori “infedeli” è regolarmente conteggiato tra quelli emessi per l'elezione del Presidente e Vicepresidente ed in altrettanti diciassette non è neppure previsto un formale vincolo di mandato.

¹⁰⁹ La questione è stata ripresa nei dettagli da A. GOUZOULES, *The Faithless Elector and 2016. Constitutional Uncertainty after the Election of Donald Trump*, in *University of Florida Journal of Law and Public Policy*, n. 28/2017, pp. 228 ss.

¹¹⁰ XII Emendamento, §4.

La maggiore snellezza di quest'ultimo procedimento trova la sua ragion d'essere in relazione all'eventualità di una mancata elezione “parlamentare” del nuovo Presidente entro l'*Inauguration Day*. In questo caso, il Vicepresidente eletto assumerà *ad interim* la carica di Capo dello Stato fino a quando la Camera dei Rappresentanti non riuscirà a sciogliere l'*impasse* presidenziale¹¹¹.

Laddove sia stato impossibile eleggere entro tale data anche il Vicepresidente, sarà lo *Speaker* della Camera dei Rappresentanti (ai sensi del *Presidential Succession Act* del 1947 ed eletto al momento della costituzione della nuova Camera) ad assumere *pro tempore* la carica di Presidente degli Stati Uniti.

La seconda possibilità – vittoria “parlamentare” del candidato con meno Grandi Elettori – sarebbe ancora più problematica, poiché di fatto priverebbe di qualsiasi valore il voto popolare (almeno in alcuni Stati), sovvertendo il risultato elettorale ed attribuendo ai Grandi Elettori un potere abnorme e del tutto svincolato dalla storia americana e dal consolidamento plurisecolare (da ultimo confermato dalla Corte Suprema) della loro funzione meramente “simbolica”¹¹².

Si aprirebbe così una crisi costituzionale senza precedenti e di intensità incalcolabile che metterebbe in pericolo la stessa tenuta del sistema democratico-istituzionale¹¹³. Del resto, l'estrema difficoltà nel raggiungere un accordo chiaro in sede costituente sulla previsione del Collegio Elettorale si è riflessa fin da subito nella sua costante messa in discussione, come dimostrano le innumerevoli proposte normative dirette a modificarlo o, addirittura, sopprimerlo¹¹⁴.

Una volta che i Grandi Elettori hanno adempiuto al loro obbligo di voto secondo la legislazione statale, il Congresso degli Stati Uniti è pronto (il 6 gennaio, alle 13.00) per dare lettura ufficiale del risultato finale. Anche tale momento solenne – invero privo di complicazioni – è stato oggetto di alcuni tentativi di “torsione” (favoriti dalla complicatissima intersezione di passaggi previsti da 3 U.S.C. §15) da parte di alcuni esponenti del Partito Repubblicano e dello stesso Presidente Trump.

In particolare, tale ultima disposizione prevede che possano essere sollevate obiezioni a proposito del risultato del Collegio Elettorale, qualora ne facciano congiuntamente richiesta scritta almeno un Deputato

¹¹¹ Cfr. art. II, §1, cl. 3 Cost.

¹¹² Con riferimento alla ulteriore possibilità (verificatasi nel 1876, 1888, 2000 e 2016) che il candidato con il maggior numero di voti elettorali non abbia la maggioranza del voto popolare, v. D.W. ABBOTT – J.P. LEVINE, *Wrong Winner. The Coming Debacle in the Electoral College*, New York, 1991.

¹¹³ Cfr. A.J. GAUGHAN, *Ramshackle Federalism: America's Archaic and Dysfunctional Presidential Election System*, in *Fordham Law Review*, n. 85/2016, p. 1029.

¹¹⁴ V. G. BUGH, *Electoral College Reform. Challenges and Possibilities*, Burlington, 2010; P. SCHUMAKER – B.A. LOOMIS, *Choosing A President. The Electoral College and Beyond*, New York, 2002 e L.D. LONGLEY – A.G. BRAUN, *The Politics of Electoral College Reform*, Yale, 1972. *Contra*, T. ROSS, *Enlightened Democracy. The Case for the Electoral College*, Dallas, 2004; J. BEST, *The Choice of the People? Debating the Electoral College*, Lanham, 1996 e M. DIAMOND, *The Electoral College and the American idea of Democracy*, Washington, 1977.

ed un Senatore; tali obiezioni verranno poi separatamente discusse e votate da ognuna delle Camere¹¹⁵. Dall'entrata in vigore dell'*Electoral Count Act* del 1887, ciò è successo solo in due occasioni (1969 e 2005)¹¹⁶. Nel caso specifico delle ultime elezioni, il 6 gennaio 2021, poco dopo l'inizio del riconteggio dei certificati elettorali (e la proposta delle prime obiezioni contro i risultati in Arizona, sollevate dal Rappresentante Paul Gosar e dal Senatore Ted Cruz), alcune centinaia di “sostenitori” del Presidente Trump hanno incredibilmente fatto irruzione nel Campidoglio, provocando l'interruzione della seduta e l'evacuazione immediata di tutti i parlamentari¹¹⁷.

Nonostante la gravità degli episodi, tuttavia, alla ripresa dell'attività parlamentare alcuni Rappresentanti e Senatori repubblicani hanno comunque continuato ad introdurre mozioni dirette a “rimettere in discussione” l'esito delle elezioni¹¹⁸.

Sebbene non culminato da successo, siffatto precedente rimane comunque molto pericoloso (soprattutto alla luce dell'assalto alla sede della sovranità parlamentare, fomentato dalla retorica incendiaria di Trump): sarebbe infatti sufficiente che il Partito del Presidente-eletto non conquisti/mantenga la maggioranza in entrambe le Camere¹¹⁹, affinché quello sconfitto alle elezioni presidenziali (ma vincitore in almeno una Camera) possa “bloccare” la convalida del voto già formalmente espresso dai Grandi Elettori, aprendo scenari inesplorati e potenzialmente esiziali¹²⁰.

Sul punto, infatti, è stato correttamente ricordato che il sistema del Collegio Elettorale è “figlio del suo tempo”, ovvero sia di un'epoca priva di partiti politici e maggioranze ideologicamente predefinite

¹¹⁵ Un'importante ricostruzione interpretativa del tenore letterale e delle incertezze suscitate dall'art. 3 U.S.C. §15 in E.B. FOLEY, *Preparing for a Disputed Presidential Election*, cit., pp. 351 ss.

¹¹⁶ [Counting Electoral Votes: An Overview of Procedures at the Joint Session, Including Objections by Members of Congress](#), Congressional Research Service, 15th November 2016.

¹¹⁷ Per un istante, la memoria storica è corsa al 24 agosto 1814 quando, nel corso della guerra anglo-americana, le truppe britanniche misero a ferro e fuoco la città di Washington, compreso il Campidoglio.

¹¹⁸ In questo senso, le mozioni contro i risultati in Arizona e Pennsylvania sono state respinte sia dalla Camera dei Rappresentanti (303-121 e 282-138), sia dal Senato (93-6 e 92-7), mentre quelle proposte rispetto all'esito elettorale in Georgia, Michigan, Nevada e Wisconsin non sono nemmeno state discusse, in quanto prive del sostegno di almeno un parlamentare in entrambe le Camere.

¹¹⁹ Il che è accaduto otto volte nelle ultime venti elezioni (dal 1944), esclusi i “pareggi” al Senato del 2000 e 2020 (invero risolvibili con il *casting vote* del Vicepresidente): in altre parole, una situazione di *divided government* al momento dell'elezione presidenziale (al di fuori, quindi del tradizionale rinnovo di *mid-term*) è la regola in quasi la metà dei casi. Addirittura, in alcune circostanze (Eisenhower nel 1956, Nixon nel 1968 e 1972, G.W. Bush nel 1988 e Clinton nel 1996), il Presidente è stato eletto senza che il suo partito riuscisse ad ottenere il controllo di alcuna Camera.

¹²⁰ La stessa dottrina è divisa sulla soluzione finale in caso di contrasto tra le due Camere sulle obiezioni ai risultati elettorali. Secondo S.A. SIEGEL, *The Conscientious Congressman's Guide to the Electoral Count Act of 1887*, cit., p. 633, dovrebbero prevalere i voti certificati a livello statale, poiché «granting the State governor his tie-breaking authority clearly was the choice Congress made». Per L. KINVIN WROTH, *Election Contests and the Electoral Vote*, in *Dickinson Law Review*, n. 65/1961, p. 343, invece, in caso di disaccordo tra Camera e Senato i voti oggetto di discussione non andrebbero conteggiati.



(quantomeno in termini moderni): il rischio conseguente, pertanto, è che una «partisan legislative majority» possa operare come «judge in its own case»¹²¹.

La certificazione definitiva dei risultati da parte del Vicepresidente (e Presidente del Senato) – intervenuta, con riferimento all'elezione di Biden, alle 3.40 della mattinata del 7 gennaio 2021 – chiude la partita iniziata durante l'*Election Day*¹²². Il Presidente è oramai ufficialmente (e costituzionalmente) eletto ed è pronto per prestare il giuramento di rito.

Con riferimento a quest'ultimo momento, l'unico profilo di diritto costituzionale dotato di un certo interesse può essere riferito alla conformità con la Costituzione della formula conclusiva impiegata da tutti i Presidenti nel corso di tale cerimonia – «so help me God» – sebbene non prevista dall'art. II, §1, cl. 8 Cost.

La pronuncia più recente in materia risale al caso *Newdow v. Roberts*¹²³, nel quale un ricorrente ateo aveva impugnato in sede giurisdizionale il giuramento di Barack Obama, allegando una presunta violazione della *Establishment Clause* contenuta nel I Emendamento¹²⁴. La Corte d'Appello del Distretto di Columbia rigettò in rito la domanda, rilevando la carenza di legittimazione ad agire (in particolare, per assenza del requisito della *redressability*)¹²⁵, alla luce dei tre parametri strutturali configurati dalla giurisprudenza della Corte Suprema e ricondotti ad unità in *Lujan v. Defenders of Wildlife*¹²⁶.

Tuttavia, ben più interessante è l'opinione concorrente di Judge Kavanaugh. Egli, dopo aver riconosciuto un pieno *locus standi* all'attore¹²⁷, ha enucleato articolatamente le ragioni di merito per le quali, a suo avviso,

¹²¹ K.E. WHITTINGTON, *Counting Ballots and Stealing Elections*, in www.lawfareblog.com, 5 January 2021.

¹²² L'assenza di un potere “sostanziale” – capace di alterare discrezionalmente l'esito elettorale – è stata confermata anche dallo stesso Vicepresidente in carica Mike Pence, sia nella comparsa di risposta alla causa intentata nei suoi confronti dal deputato texano Louie Gohmert, il 27 dicembre 2020 (v. [Major Pending Election Cases | Gohmert v. Pence \(osu.edu\)](#)) – ove ha affermato (p. 4) che «a suit to establish that the Vice President has discretion over the count, filed against the Vice President, is a walking legal contradiction» – sia in un messaggio formale indirizzato alle Camere il 6 gennaio 2021 ([Read: Vice President Mike Pence's statement breaking with Trump on Electoral College vote count - CNNPolitics](#)).

¹²³ V. 603 F.3d 1002 (2010).

¹²⁴ Il ricorrente era già stato protagonista di un altro caso (ben più noto) in parte analogo dinnanzi alla Corte Suprema [U.S. Supreme Court, *Elk Grove Unified School Dist. v. Newdow*, 542 U.S. 1 (2004)], in ordine alla costituzionalità rispetto al I Emendamento della formula religiosa – «one Nation under God» – contenuta nel *Pledge of Allegiance*.

¹²⁵ Essendo a suo avviso la domanda rivolta «to unnamed defendants over whom this court has no jurisdiction» [603 F.3d 1002 (2010), p. 1010] e, in ogni caso, inefficace a prevenire il pregiudizio denunciato.

¹²⁶ U.S. Supreme Court, 504 U.S. 555 (1992), pp. 560-561: «Our cases have established that the irreducible constitutional minimum of standing contains three elements. First, the plaintiff must have suffered an “injury in fact” [...] Second, there must be a causal connection between the injury and the conduct complained of [...] Third, it must be “likely”, as opposed to merely “speculative”, that the injury will be “redressed” by a favorable decision». Una critica da parte di C.T. BURT, *Procedural Injury Standing after Lujan v. Defenders of Wildlife*, in *University of Chicago Law Review*, n. 65/1994, pp. 275-299.

¹²⁷ Cfr. 603 F.3d 1002 (2010), p. 1015: «redressability is still satisfied because “a declaration of the [plaintiffs'] legal right could form the basis of an injunction” against the entity to which the committee’s responsibilities are transferred».

un giuramento (presidenziale) comprensivo di alcune parole a contenuto religioso non contrastava con il I Emendamento.

In primo luogo, egli ha affermato che l'esercizio del diritto alla libertà di espressione – *sub specie* religiosamente connotata – da parte di pubbliche autorità (*government-sponsored religious speech*) doveva essere ricostruito a partire dall'orientamento formulato dalla stessa Corte Suprema in *Marsh v. Chambers*¹²⁸.

In quest'ultima fattispecie, la Corte non aveva riscontrato alcuna violazione della *Establishment Clause* nel fatto che ogni sessione dell'Assemblea legislativa del Nebraska fosse preceduta dalla recita di alcune preghiere da parte di un ministro di culto, in quanto l'invocazione di un'entità religiosa non rappresentava «an “establishment” of religion or a step toward establishment; it is simply a tolerable acknowledgment of beliefs widely held among the people of this country»¹²⁹.

Analogamente, secondo Kavanaugh doveva intendersi che, in *Newdow*, l'utilizzo in un atto pubblico di formule ed espressioni ad astratta connotazione religiosa non contrasta con il I Emendamento laddove esse non presentino un chiaro e preciso obiettivo di proselitismo ovvero di denigrazione di altre confessioni religiose. Al contrario, si tratta di espressioni sostanzialmente laicizzate, «deeply rooted in the Nation's history and tradition»¹³⁰ e come tali accettate in modo pacifico nel contesto istituzionale.

Nel caso di specie, poiché la formula impiegata in sede di giuramento presidenziale non rivela alcuna connotazione proselitistica ovvero di favore per una determinata fede in detrimento di altre, egli ha ritenuto che essa sia del tutto conforme alla pregressa giurisprudenza della Corte Suprema in materia e, pertanto, alla stessa Costituzione¹³¹.

5. Il futuro (istituzionale) della democrazia americana

Le diverse “strategie” dispiagate dal Presidente Trump per sovvertire l'inappellabile esito delle elezioni – culminate nell'invito ai suoi sostenitori (più o meno esplicito) ad assaltare il Congresso degli Stati Uniti – hanno messo a dura prova la tenuta complessiva dell'intero sistema istituzionale, aprendo dibattiti su questioni giuridiche e di diritto costituzionale che fino ad allora erano state affrontate sul piano della speculazione teorica ovvero in relazione a profili argomentativi in parte differenti¹³².

¹²⁸ U.S. Supreme Court, 463 U.S. 783 (1983), poi confermato in U.S. Supreme Court, *Town of Greece v. Galloway*, 572 U.S. 565 (2014).

¹²⁹ U.S. Supreme Court, *Marsh v. Chambers*, cit., p. 792.

¹³⁰ 603 F.3d 1002 (2010), p. 1018.

¹³¹ La successiva *petition for a writ of certiorari* è stata respinta dalla Corte Suprema il 16 maggio 2011.

¹³² Tra le ultime “novità” costituzionali, a seguito della violenta irruzione al Campidoglio, sono state invocate una possibile inabilitazione del Presidente Trump (ai sensi della *Section 4* del XXV Emendamento, su impulso del Vicepresidente, qualora egli fosse ritenuto «unable to discharge the Powers and Duties of his office») o la celebrazione di un secondo procedimento di *impeachment* per incitamento all'insurrezione, aperto ufficialmente dalla Camera dei Rappresentanti il 13 gennaio 2021 ed attualmente in corso al Senato.

Come ha affermato Joseph Story (giudice della Corte Suprema tra il 1812 ed il 1845, nonché uno tra i più celebri commentatori del diritto costituzionale americano), né i Costituenti, né coloro che adottarono il XII Emendamento avevano immaginato che potessero sorgere dubbi in ordine alla regolarità ed autenticità dei voti depositati dai Grandi Elettori, essendo in tale sede unicamente necessario procedere al loro riconteggio Stato per Stato¹³³.

L'incalzante attualità degli eventi politici, tuttavia, impone al tessuto giuridico-costituzionale di tenere tali problematicità in debito conto e, se del caso, ragionare sulla possibilità (e, soprattutto, opportunità) di apportare le modifiche necessarie, anche considerando l'esercizio delle prerogative presidenziali durante il periodo di transizione tra distinte Amministrazioni¹³⁴.

È risaputo che la Presidenza di Trump è stata “atipica” sotto diversi punti di vista, spesso generando interrogativi e questioni di diritto costituzionale rimaste quasi sempre insolute fino al momento del loro problematico invero¹³⁵.

Non vada neppure trascurato che il Presidente rimane nella totale pienezza dei suoi poteri sino al momento immediatamente anteriore all'investitura formale del suo successore¹³⁶, come da ultimo dimostrato dalle (controverse) azioni intraprese da Trump in questo periodo in numerosi settori e volte a circoscrivere, tra gli altri, la tutela dell'ambiente e delle minoranze, i diritti dei lavoratori e dei consumatori o la presenza di controlli nell'esercizio dell'attività bancario-finanziaria¹³⁷.

Tale situazione permette, inoltre, di poter ricorrere a due tra le prerogative presidenziali più delicate, quali i *recess appointments* – vale a dire la nomina di cariche federali quando il Senato non è in sessione (il che accade anche in alcune settimane del periodo di transizione)¹³⁸ – e l'esercizio del potere di grazia (*pardon power*), tradizionalmente esercitato con particolare generosità da tutti i Presidenti sconfitti in sede di rielezione o “non-ricandidabili” durante le ultime settimane dei rispettivi mandati¹³⁹.

¹³³ Cfr. J. STORY, *Commentaries on the Constitution of the United States*, cit., §1464, p. 327.

¹³⁴ V. W.G. HOWELL – K.R. MAYER, *The Last One Hundred Days*, in *Presidential Studies Quarterly*, n. 35(3)/2005, pp. 533-553.

¹³⁵ Un inquadramento della prima parte della Presidenza Trump in G.F. FERRARI (a cura di), *The American Presidency under Trump. The first two years*, The Hague, 2020. V. anche M. ROGOFF, *The Constitution and the Trump Presidency. Legal and Political Perspectives*, in *Federalismi.it*, n. 2/2018.

¹³⁶ Per una ricostruzione in materia, v. J. BEERMANN, *Presidential Power in Transitions*, in *Boston University Law Review*, n. 83/2003, pp. 947-1016.

¹³⁷ V. K.L. SCHEPPELE, *Trump's Endgame, Part II*, in *Verfassungsblog*, 4 January 2021. Un elenco dettagliato delle cosiddette *Midnight Regulations* adottate dall'Amministrazione Trump è disponibile in <https://projects.propublica.org/trump-midnight-regulations/>

¹³⁸ Sulla ulteriore possibilità di effettuare tali nomine nell'intervallo di tempo della successione tra due diversi Congressi, v. J. BLACKMAN, *Will President Trump make recess appointments during the “fictitious” inter-session recess on January 3?*, in *The Volokh Conspiracy – Reason.com*, 28 December 2020.

¹³⁹ Cfr. L. ELAINE HALCHIN, [Presidential Transitions: Issues Involving Outgoing and Incoming Administrations](https://www.fas.org) ([fas.org](https://www.fas.org)), 17 May 2017, pp. 22-23. In particolare, sulle posizioni relative alla legittimità o meno di un “auto-perdono” presidenziale, v. J.H. ADLER, *The pardon power may be broad, but that does not mean a self-pardon would be legit*, in *The Volokh*

Al di là dell'interpretazione ed applicazione di determinate norme giuridiche, tuttavia, con riferimento alle elezioni del 3 novembre 2020 ed agli sviluppi della corrispondente transizione si è assistito ad una situazione del tutto inedita, sfociata nel pertinace rifiuto del Presidente in carica di accettare l'esito del voto popolare e l'assoluta regolarità di tutte le fasi del procedimento elettorale¹⁴⁰.

La difesa dello spirito e dei valori comuni della Costituzione americana passa quindi necessariamente attraverso l'ineludibile confronto con tutte quelle condotte che, in modo più o meno diretto, provino anche solo a mettere in discussione le consuetudini ed i fondamenti stessi delle istituzioni democratiche¹⁴¹. Con specifico riferimento alla questione dei Grandi Elettori, essa conserva tuttora alcune spinosità non secondarie, tra le quali hanno trovato terreno fertile alcune delle questioni più sopra descritte, da quella della loro elezione fino all'espressione formale del voto presidenziale. Non tutti gli Stati, infatti, prevedono una legislazione che obblighi costoro a prestare un giuramento di fedeltà al candidato del partito da cui sono stati scelti nonché, in parallelo, la sostituzione del Grande Elettore infedele e l'annullamento del suo voto.

Alla luce di *Chiafalo*, sarebbe infatti sufficiente – laddove non si voglia “sconvolgere” il sistema del Collegio Elettorale – che tutti gli Stati introducessero nelle proprie legislazioni siffatti “rimedi” rispetto a tali condotte dei *faithless electors*¹⁴², fermo restando che ciò non farebbe comunque venir meno eventuali (e delicatissime) controversie parlamentari in sede di *contingent election*.

Infatti, la configurazione del Collegio Elettorale (prima e dopo la riforma introdotta con il XII Emendamento), il ruolo funzionale dei suoi componenti o la complicatissima disciplina contenuta nell'*Electoral Count Act* (simboleggiata plasticamente da 3 U.S.C. §15) costituiscono oggi vere e proprie «constitutional ticking time bomb[s]»¹⁴³, sempre pronte ad esplodere sotto il peso dei fatti ed a causare un drammatico collasso dei principî fondamentali dell'intero edificio istituzionale.

Non si tratta, quindi, di profetizzare possibili sventure costituzionali, bensì di porre rimedio alle avvisaglie che, segnalate “da lontano” dagli sviluppi finali delle elezioni del 2000 e riproposte (in una diversa luce)

Conspiracy – Reason.com, 30 November 2020 e M.A. FOSTER, *Presidential Pardons: Overview and Selected Legal Issues*, Congressional Research Service, 14 January 2020, p. 13. *Medio tempore*, il 26 ottobre 2020 la Senatrice democratica per il Minnesota Amy Klobuchar ha presentato un disegno di legge (S.4880 - *Protect Our Democracy Act*), diretto a proibire espressamente tale condotta.

¹⁴⁰ Peraltro confermata anche da autorevoli esponenti del Partito Repubblicano (quali l'*Attorney General* William Barr o il Segretario di Stato della Georgia Brad Raffensperger) e da Chris Krebs, Direttore della *Cybersecurity and Infrastructure Security Agency*.

¹⁴¹ V. *ivi*, p. 31: «Customs are the punctuation marks of republican politics, the silent guides we follow without pausing to consider their authority».

¹⁴² In questo senso, cfr. il disegno di legge *Uniform Faithful Presidential Electors Act*, proposto dalla *Uniform Law Commission* e, ad oggi, adottato dagli Stati di Indiana, Minnesota, Montana, Nebraska, Nevada e Washington.

¹⁴³ N.L. COLVIN – E.B. FOLEY, *The Twelfth Amendment. A Constitutional Ticking Time Bomb*, in *University of Miami Law Review*, n. 64/2015, p. 529.

da quelle del 2020, hanno da ultimo sottoposto all'attenzione degli studiosi problematiche analoghe, prima che certi scenari possano trovare realizzazione¹⁴⁴.

Allo stesso modo, è stata posta significativa attenzione anche sulla necessità della configurazione di un “giudice elettorale” *ad hoc*, sufficientemente imparziale ed estraneo il più possibile alle dinamiche politico-partitiche, destinate ad intensificarsi in queste situazioni. Tra le soluzioni oggetto di discussione, alcune di esse meritano considerazione.

Da un lato, è stata prospettata la possibilità di demandare la risoluzione di tali conflitti ad organi giurisdizionali “temporanei” – poiché creati, in modo specifico, in occasione delle sole competizioni elettorali – e con una composizione priva di “maggioranze” riconducibili (anche solo indirettamente) all'uno o all'altro partito.

In questo senso, la soluzione potrebbe ad esempio riposare su un Tribunale di cinque membri, dei quali quattro scelti in modo paritario rispettivamente dai capigruppo del Partito Democratico e Repubblicano presso le Assemblee legislative ed uno individuato di comune accordo tra giuristi di riconosciuto prestigio¹⁴⁵.

Si eviterebbe così il sospetto (strisciante) che una soluzione giurisdizionale delle elezioni possa dipendere dal maggiore o minore numero di giudici che gli uni o gli altri sono stati in grado di nominare – per “abilità” politica o anche per pura sorte – nel corso delle legislature precedenti¹⁴⁶.

Dall'altro, si è pensato ad una Commissione elettorale avente una composizione mista, sul modello di quella costituita per risolvere la gravissima crisi scaturita dalle elezioni presidenziali del 1876 (vinte dal repubblicano Hayes sul democratico Tilden)¹⁴⁷.

In quella circostanza, si trattò di un organo costituito, in forza di una legge del Congresso, da quindici membri, dei quali dieci appartenenti alla Camera dei Rappresentanti ed al Senato (cinque Democratici e cinque Repubblicani), quattro Giudici della Corte Suprema – nominati in modo paritario da Presidenti democratici e repubblicani – ed un quinto componente scelto da questi ultimi tra i cinque rimanenti “colleghi” presso l'organo giurisdizionale apicale degli Stati Uniti.

Ciononostante, quest'ultima soluzione dovrebbe essere considerata con tutte le cautele del caso, se è vero che la decisione adottata dalla *Hayes-Tilden Commission* – per otto voti a sette, secondo le linee dei partiti

¹⁴⁴ Come ha ricordato anche A.R. AMAR, *A Constitutional Accident Waiting to Happen*, in *Constitutional Commentary*, n. 12/1995, p. 143, «our system of selecting Presidents is a constitutional accident waiting to happen».

¹⁴⁵ Cfr. E.B. FOLEY, *The analysis and mitigation of electoral errors. Theory, practice, policy*, in *Stanford Law and Policy Review*, n. 18/2007, p. 378.

¹⁴⁶ Come ricordato da R.F. STINNETT – C.H. BACKSTROM, *Recount*, Washington, 1964, pp. 96-98, nota 69, la soluzione di un Tribunale *ad hoc* è stata adoperata in relazione alle elezioni per il Governatore del Minnesota del 1962, vinte dal candidato democratico Karl Rolvaag sul Governatore uscente (repubblicano) Elmer Andersen per soli 91 voti, su oltre 1.200.000 voti totali.

¹⁴⁷ Cfr. N.L. COLVIN – E.B. FOLEY, *The Twelfth Amendment*, cit., p. 533 e ID., *Lost Opportunity*, cit., pp. 1045 ss.

di riferimento (e con il voto decisivo proprio del “quinto” giudice scelto dai restanti componenti della Corte Suprema, Joseph Bradley)¹⁴⁸ – non risolse affatto il conflitto: esso fu infatti superato in modo definitivo solo attraverso la soluzione di *Realpolitik* contenuta nel Compromesso del 1877 (rimozione delle truppe federali in Florida, Louisiana e South Carolina a cambio della accettazione repubblicana del risultato elettorale confermato dalla *Electoral Commission*)¹⁴⁹.

Infine, a livello strutturale è stata anche suggerita la necessità di “depoliticizzare” le istituzioni ed Amministrazioni coinvolte nell’organizzazione e gestione dei procedimenti elettorali (stabilmente inquadrato nell’ambito partitico degli Esecutivi statali), attraverso la creazione di «nonpartisan, professionalized election administration[s]»¹⁵⁰, con l’obiettivo di evitare conflitti di interesse e (forse) depotenziare altresì il contenzioso post-elettorale.

Ricordando un’opportuna osservazione “profetica” di Madison, «a mere demarcation on parchment of the constitutional limits of the several departments, is not a sufficient guard against those encroachments which lead to a tyrannical concentration of all the powers of government in the same hands»¹⁵¹.

L’accorta ingegneria costituzionale plasmata dalle brillanti menti dei *Founding Fathers*, pertanto, pur superbamente raffinata e capace di dare stabilità ed equilibrio all’ordinamento costituzionale per quasi due secoli e mezzo, non sempre è sufficiente a risolvere determinate problematiche, imposte dalle circostanze politiche contingenti e dal trascorrere del tempo.

Al contrario, è necessario ritornare innanzitutto al pieno riconoscimento ed al rispetto (politico, prima ancora che giuridico) del substrato fondamentale di regole e consuetudini – innanzitutto, quelle del “gioco elettorale” – sulle quali si regge l’edificio della democrazia degli Stati Uniti¹⁵², rifuggendo l’utilizzo di leggi, istituzioni e tribunali come armi partigiane d’assalto (*to weaponize*, secondo l’espressivo verbo inglese) per conseguire a tutti i costi un obiettivo privo di ogni legittimazione¹⁵³.

In conclusione, quando è in discussione il fondamento stesso della convivenza istituzionale e sociale, il Presidente in carica dovrebbe essere sempre il primo e massimo garante della Costituzione e delle leggi¹⁵⁴,

¹⁴⁸ V. S.A. SIEGEL, *The Conscientious Congressman’s Guide to the Electoral Count Act of 1887*, cit., pp. 575 ss.

¹⁴⁹ Lo ha ricordato anche il Senatore repubblicano della South Carolina Lindsey Graham durante il suo appassionato intervento nel Congresso, nella serata del 6 gennaio 2021. V. W.H. REHNQUIST, *Centennial Crisis: The Disputed Election of 1876*, New York, 2004 e C. VANN WOODWARD, *Reunion and Reaction. The Compromise of 1877 and the End of Reconstruction*, Boston, 1951.

¹⁵⁰ R. HASEN, *Beyond the Margin of Litigation: Reforming U.S. Election Administration to Avoid Electoral Meltdown*, in *Washington & Lee Law Review*, n. 62/2005, pp. 973 ss.

¹⁵¹ J. MADISON, *Paper No. 48*, in G.W. CAREY – J. MCCLELLAN, *The Federalist*, cit., p. 260.

¹⁵² V. A. DE TOCQUEVILLE, *Democracy in America*, New York, 2004 (1^a ed. 1835), p. 353: «the perpetuation of democratic institutions in the United States must be attributed to circumstance, laws and mores».

¹⁵³ Cfr. A. GOLANSKI, *Failing Efforts to Delegitimize the Incoming Biden Administration*, in *Verfassungsblog*, 29 December 2020.

¹⁵⁴ «He shall take care that the laws be faithfully executed» (art. II, §3 Cost.).



se è vero che, al di là delle normali contrapposizioni ideologiche, «partisan feeling must yield to patriotism»¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Con queste parole – riprese da Al Gore nel suo discorso di “concessione” del 2001 – il Senatore (e candidato presidenziale) Stephen Douglas riconobbe, nel 1860, la vittoria elettorale di Abraham Lincoln.