



Giulia Aravantinou Leonidi *

La crisi della democrazia negli Stati Uniti e la Costituzione imperfetta**

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La crisi della democrazia negli Stati Uniti. - 3. Gli elementi della crisi. - 3.1. Le elezioni presidenziali e la polarizzazione del sistema. - 3.2. *La Presidential Transition*. - 3.3. L'impeachment e la crisi. - 3.4. Il rapporto tra Esecutivo e Legislativo. - 3.5. Il rapporto con gli Stati membri della Federazione. - 3.6. La Corte Suprema. - 3.7. Il diritto di voto. - 3.8. Le relazioni razziali. - 4. Conclusioni: la Costituzione imperfetta.

1. Premessa

Nel corso del presente lavoro sullo stato della democrazia statunitense e sul dibattito accademico-istituzionale circa le ipotesi di intervento per garantire la sopravvivenza dell'ordinamento, mi concentrerò in particolare sul periodo temporale segnato dalle presidenze di Donald Trump e di Joe Biden, isolando ed esaminando gli elementi che a mio avviso hanno caratterizzato sul piano giuridico-politico le due esperienze a confronto in modo tale da tracciare attraverso di essi l'evoluzione e i cambiamenti che l'ordinamento ha adottato e gli effetti che si sono registrati sulla forma di governo e sulla democrazia statunitense nel suo complesso.

2. La crisi della democrazia negli Stati Uniti

Quello della crisi non è certo un tema nuovo per i cultori del diritto costituzionale statunitense. Da tempo infatti si discute della crisi della democrazia americana. Una crisi dalle radici profonde le cui cause sono state spesso erroneamente personificate in questo e quell'attore politico. Sono molteplici gli elementi che nel corso del tempo hanno determinato il complesso quadro attuale di disfunzione e declino dell'ordinamento e nell'ambito di questa trattazione cercherò di esaminarne brevemente alcuni. La dottrina è pressoché unanime nel concordare che la

* Resident Faculty Lecturer - European Law and Governance School (EPLO) Atene.

** Il presente contributo costituisce una versione ampliata e rielaborata della relazione presentata in occasione del Convegno in memoria di Antonio G. Zorzi Giustiniani, *La crisi della democrazia statunitense: ragioni e prospettive*, Università di Firenze-Università di Pisa-Sapienza Università di Roma, 27 giugno 2022. Sottoposto a *peer review*.

democrazia negli Stati Uniti stia attraversando una fase di significativa flessione che si manifesta in diverse forme. La più rappresentativa di queste è senza dubbio la forte polarizzazione del sistema. Negli Stati Uniti la polarizzazione ha assunto soprattutto negli ultimi cinque anni contorni che destano preoccupazione e che ne evidenziano sempre più la forte radicalizzazione. La manifesta incapacità degli attori politici di affrontare il problema con efficacia ha comportato nel corso del tempo una progressiva erosione della legittimità istituzionale ha toccato il suo apice in occasione dell'attacco a Capitol Hill del 6 gennaio 2021. Sull'evento, evocativo quanto scioccante, indaga non senza difficoltà una Commissione speciale istituita presso la Camera dei Rappresentanti e, naturalmente, la giustizia americana che ha già elargito condanne esemplari ad alcuni dei manifestanti, colpevoli di aver perpetrato il violento attacco al cuore della democrazia del Paese. La radicalizzazione politica unita all'incertezza della pandemia e l'approfondimento delle fratture sociali, derivanti da un'economia ancora in via di stabilizzazione, minano le fondamenta dell'ordinamento democratico statunitense, sempre più assimilabile ad un gigante dai piedi di argilla, pur essendo un fenomeno che ormai interessa, in numero sempre più crescente, la maggior parte degli ordinamenti democratici. L'annovero degli Stati Uniti nella lista delle cd. "backsliding democracies" giunge quale ulteriore monito della preoccupante evoluzione di questo ordinamento e della dichiarata perdita di un'egemonia che è stata considerata per oltre settant'anni come consolidata e inattaccabile.

3. *Gli elementi della crisi*

Al fine di rievocare gli elementi che hanno sollevato interrogativi di tipo costituzionalistico circa la tenuta democratica dell'ordinamento procederò con ordine esaminando brevemente ciascuno di quelli che a mio avviso hanno lastricato la via della flessione democratica a cui stiamo assistendo ormai da tempo.

3.1. *Le elezioni presidenziali e la polarizzazione del sistema*

Scrivendo Bryce in *The American Commonwealth* « The choice of the President, by what is now practically a simultaneous popular vote, not only involves once in every four years a tremendous expenditure of energy, time, and money, but induces of necessity a crisis which, if it happens to coincide with any passion powerfully agitating the people, may be dangerous to the commonwealth»¹. Le parole di Bryce ci ricordano quanto sia radicato il concetto di crisi nell'ordinamento statunitense e di come questo si leghi ad uno dei momenti topici della democrazia, quello elettorale rendendolo intrinsecamente potenzialmente pericoloso.

Le elezioni presidenziali del 2016 e del 2020 hanno evidenziato elementi di fragilità nel funzionamento della forma di governo e di estrema debolezza del sistema dei partiti. Le elezioni del 2016 sono destinate a passare alla storia per essere state segnate dalla campagna elettorale più

¹ J. BRYCE, *The American Commonwealth*, New York, MacMillan, 1911, 131.

aggressiva e *politically incorrect* a cui si sia mai assistito sinora negli Stati Uniti. Riecheggiano le parole di Amar Akhil Reed che nel 1995 aveva definito le elezioni presidenziali come “a constitutional accident waiting to happen”² a causa della complessità del procedimento e della solo parziale disciplina costituzionale dello stesso. La vittoria di Trump ossia quello che è stato definito da alcuni un risultato inaspettato e sconvolgente ha costituito in realtà l’esito di un processo di progressivo smantellamento del sistema politico statunitense che dura ormai da diversi anni. La vittoria di Donald Trump è, infatti, a giudizio di buona parte della dottrina costituzionalistica statunitense, soprattutto il risultato della disfunzione dell’ordinamento americano³. Una disfunzione le cui cause primarie sono da rintracciarsi nella Costituzione stessa, alla quale, secondo alcuni, occorre porre urgentemente mano convocando una convenzione costituzionale o procedendo ad emendarne il testo secondo quanto disposto dall’Art. V⁴. Accanto a questa posizione, auspicabile ma difficilmente praticabile—se si considera che l’ordinamento negli ultimi decenni si è caratterizzato per quelle che sono state, a ragione, definite da Ackerman “trasformazioni costituzionali informali”, aggirando le complicazioni procedurali del procedimento di revisione costituzionale prescritto dall’Art. V — si collocano le proposte meno radicali di chi, come Balkin, individua nel cedimento della rappresentanza politica, piuttosto che nella disfunzione del sistema, la causa dei mali che affliggono in questi anni l’ordinamento americano, ritenendo che il fenomeno “Donald Trump” sia il prodotto della crisi della cultura costituzionalistica piuttosto che delle istituzioni politiche statunitensi. Una posizione che trova conferma nella sopravvivenza del trumpismo ben oltre la parentesi della presidenza Trump, come testimoniato dall’andamento delle primarie di quest’anno⁵.

3.2. *La Presidential Transition*

La Costituzione non fa alcun cenno alla *presidential transition*. L’insediamento del Presidente degli Stati Uniti d’America (*Inauguration Day*) si tiene, dal 1933⁶, il giorno, a mezzogiorno, al

² A. AKHIL REED, *A Constitutional Accident Waiting to Happen*. Constitutional Commentary, 1995, 44. Disponibile per la consultazione al seguente indirizzo: <https://scholarship.law.umn.edu/concomm/44>.

³ J. BALKIN - S. LEVINSON, *Democracy and Dysfunction: An Exchange*, in *Indiana Law Review* (in corso di pubblicazione 2017) <http://papers.ssrn.com/abstract=2820202>

⁴ L’art. V della Costituzione vive un momento di forte declino. Il ricorso al procedimento di revisione costituzionale in esso descritto è sempre più raro. La maggioranza qualificata da esso prescritta ha reso la Costituzione degli Stati Uniti una delle più difficilmente emendabili al mondo, spingendo gli attori politicamente rilevanti ad intervenire informalmente. Per un’analisi puntuale del ricorso all’art. V nella storia costituzionale americana e alcune ipotesi che riguardano la trasformazione informale dello stesso art. V, v. R. ALBERT, *Constitutional Disuse Or Desuetude: The Case Of Article V*, in *Boston University Law Review*, Vol. 94, 1028-1081.

⁵ Per una prima analisi delle primarie 2022 si vedano il commento di Brookings Institution al seguente indirizzo web <https://www.brookings.edu/blog/fixgov/2022/09/08/lessons-from-the-2022-primaries-what-do-they-tell-us-about-americas-political-parties-and-the-midterm-elections/> (ultimo accesso 26/09/2022); l’interessante analisi su Reuters di A. Ulmer, *Analysis: Beyond Trump, Trumpism is the winner in midterm primaries*, consultabile al seguente indirizzo: <https://www.reuters.com/world/us/beyond-trump-trumpism-is-winner-midterm-primaries-2022-05-25/> (ultimo accesso 26/09/2022).

⁶ Sino alla ratifica del XX emendamento alla Costituzione, avvenuto per l’appunto nel 1933, l’*Inauguration Day* si teneva il 4 marzo.

Campidoglio. Il Presidente eletto presta giuramento⁷, secondo tradizione, nelle mani del Presidente della Corte Suprema, e pronuncia il suo primo discorso. La fase di transizione, che marca il passaggio da un'amministrazione ad un'altra, riveste un'enorme importanza e rappresenta un elemento imprescindibile del sistema politico-costituzionale degli Stati Uniti. Come è stato sottolineato, infatti, «The peaceful transfer of power from one President to the next is an enduring and gripping drama of American democracy»⁸.

L'assenza di una esplicita disciplina costituzionale ha lasciato alla discrezionalità dei Presidenti e dei loro successori lo sviluppo di prassi tali da facilitare le transizioni. Lo sviluppo di tali prassi ha seguito un processo di evoluzione lineare nel tempo, che è progredito parallelamente alla crescente complessità della società e della vita politica americana. Pur in assenza di esplicite previsioni relative alla *presidential transition*, il Presidente è costituzionalmente obbligato ad agevolare la transizione sulla base delle *Term Clauses*, di cui all'art. I e al XX emendamento, e della *Take Care Clause* di cui all'art. II, sez. 3. Il legislatore ha poi provveduto a colmare il vuoto normativo approvando il *Presidential Transition Act of 1963* (PTA). Mai come in questi anni gli Stati Uniti avrebbero avuto la necessità di una *presidential transition* priva di ostacoli. L'onnipresente minaccia terroristica, il riaccendersi della questione razziale, la lenta ripresa dell'economia e dell'occupazione, l'emergenza sanitaria e poi, sul fronte istituzionale, l'inerzia del Congresso e la crisi dei partiti politici tradizionali avrebbero richiesto una guida solida e una visione chiara.

Malauguratamente, sia la *presidential transition* del 2016 che quella del 2020 sono state segnate da tensioni di inaudite proporzioni, scatenate nel 2020 dalla riluttanza di Trump di concedere la vittoria al proprio avversario ricorrendo addirittura alla via giudiziaria contro quella che Trump aveva definito una *rigged election*, un'elezione "truccata". Le tensioni sono poi sfociate, com'è noto, nell'Attacco a Capitol Hill del 6 gennaio 2021 che ha in seguito condotto Donald Trump ad essere sottoposto per la seconda volta a procedimento di impeachment e che lo ha visto ancora una volta assolto.

I timori circa il ripetersi di tensioni e minacce all'ordine democratico in occasione delle elezioni presidenziali ha spinto negli ultimi mesi un gruppo bipartisan a promuovere due importanti provvedimenti normativi nel tentativo di neutralizzare future minacce alla democrazia elettorale del Paese. Si tratta nello specifico dell'*Electoral Count Reform and Presidential Transition Improvement Act* e dell'*Enhanced Election Security and Protection Act*, entrambi rappresentativi di quella democrazia che prova a difendersi seppur ancora ferita⁹. Proseguono infatti le audizioni della Commissione

⁷ Il giuramento segue la formula di cui all'art. II, sez. I, della Costituzione: "I, ..., do solemnly swear [or affirm] that I will support and defend the Constitution of the United States against all enemies, foreign and domestic; that I will bear true faith and allegiance to the same; that I take this obligation freely, without any mental reservation or purpose of evasion; and that I will well and faithfully discharge the duties of the office on which I am about to enter. So help me God".

⁸ W. A. GALSTON - E. C. KAMARCK, *The Transition: Reasserting Presidential Leadership*, in *Mandate for Change*, ed. W. MARSHALL, M. SCHRAM, New York, Berkley Books, 1993, 336.

⁹ L'*Electoral Count Reform and Presidential Transition Improvement Act* prevede la revisione della legge sul conteggio elettorale del 1887, chiarendo che il ruolo del vicePresidente nel confermare il risultato di un'elezione è "esclusivamente cerimoniale" e che al vicePresidente non è riconosciuto alcun potere discrezionale di rigettare i voti dei grandi elettori. Il disegno di legge modifica anche la Legge sulla transizione presidenziale del 1963 per garantire che i candidati di entrambi i partiti ricevano risorse per aiutare la transizione in circostanze limitate solo "quando il risultato di un'elezione è ragionevolmente in dubbio". Una delle questioni più spinose per il gruppo di promotori del provvedimento era come assicurarsi che venisse conteggiato il numero corretto di elettori per il candidato vincente. La legislazione identifica il governatore di uno Stato, a meno che non sia specificato diversamente dallo Stato stesso, come la persona responsabile della presentazione del risultato elettorale - un tentativo questo per evitare di avere a che fare con liste di elettori in competizione tra loro. La Commissione del 6 gennaio ha

speciale sugli eventi drammatici dell'attacco a Capitol Hill del 6 gennaio 2021 e le indagini sul coinvolgimento dell'ex-Presidente Donald Trump.

3.3. *L'impeachment e la crisi*

Nell'individuare ed esaminare gli elementi che hanno avuto un ruolo nella determinazione dell'attuale crisi della democrazia americana è bene ricordare che il tema della crisi è sempre stato presente nel dibattito sul costituzionalismo americano. Come scrivono Levinson e Balkin «The American Constitution, . . . , was born in crisis and tested in crisis»¹⁰. La discussione stimolata dalle vicende legate al primo e al secondo procedimento di *impeachment* attivato dal Congresso a carico di Donald Trump ha riportato al centro dell'attenzione il tema della crisi costituzionale e della disfunzione dell'ordinamento statunitense.

Sia in occasione del primo che del secondo impeachment tale strumento si è confermato essere piuttosto un'arma politica. Nel primo caso uno strumento di pressione su un Presidente irrequieto e poco incline al compromesso persino con i membri del suo stesso partito, nel secondo uno strumento punitivo, un altolà a possibili ricandidature nel 2024, il segnale della democrazia che si difende dai suoi aggressori. Alan Litchman, ha definito nei suoi studi l'impeachment come l'istituto che più di ogni altro svolge la vitale funzione di mantenere in equilibrio l'assetto istituzionale statunitense¹¹. Un rimedio pacifico e costituzionale contro la prevaricazione e la tirannia. Pur accettando questa definizione non ci si può tuttavia esimere dal concludere, alla luce delle vicende che hanno visto protagonista Donald Trump, che sia il primo che il secondo impeachment, il clamore mediatico attorno a questi, l'aspro dibattito politico e il posizionamento dell'accademia statunitense, abbiano favorito un'ulteriore radicalizzazione del confronto politico anziché ricondurlo su un terreno di *appeasement*, approfondendo le tensioni tra fazioni e esponendo al sole la fragilità delle istituzioni e della democrazia americana.

delineato come il team di Trump abbia organizzato gruppi di falsi elettori in diversi Stati per cercare di ribaltare il risultato delle elezioni del 2020 a suo favore; quasi una decina di falsi elettori in Georgia sono stati colpiti da mandati di comparizione nell'ambito di un'indagine penale sulle interferenze elettorali nello Stato. Il disegno di legge prevede anche la possibilità di un processo di revisione giudiziaria accelerato, dinanzi ad un collegio composto da tre giudici e la possibilità di appellarsi direttamente alla Corte Suprema qualora un candidato voglia contestare il conteggio degli elettori. Inoltre, il provvedimento mira all'eliminazione di una disposizione alquanto datata risalente al 1845 a cui potrebbero ricorrere i legislativi statali per ribaltare il risultato del voto popolare. La seconda proposta di legge collegata all' *Electoral Count Reform and Presidential Transition Improvement Act*, è l'*Enhanced Election Security and Protection Act*, che intende invece raddoppiare le pene previste dalla legge federale per chi "minaccia o intimidisce funzionari elettorali, osservatori, elettori o candidati". Inoltre, si aggiungono linee guida al Servizio Postale per migliorare il procedimento relativo alle schede elettorali inviate per posta, autorizzare finanziamenti alla Commissione per l'assistenza elettorale per cinque anni e chiarire che i registri elettorali elettronici devono essere conservati. Sul conteggio dei voti dei grandi elettori si veda il rapporto del Congressional Research Service, *Counting Electoral Votes: An Overview of Procedures at the Joint Session, Including Objections by Members of Congress*, pubblicato l'8 dicembre 2020, <https://crsreports.congress.gov> RL32717. Si veda anche G. ARAVANTINOU LEONIDI, *La "controrivoluzione" della Corte Suprema in materia dei diritti mentre l'America si appresta a celebrare il rito delle mid-term nel pieno della crisi della propria democrazia*, in *Nomos – Le attualità del diritto*, 2-2022, 1-17.

¹⁰ S. LEVINSON - J.M. BALKIN, *Constitutional Crises*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 157 n. 3, 2009, 707-753.

¹¹ A. LICHTMAN, *The Case for Impeachment*, Dey Street Books, 2017.

3.4. *Il rapporto tra Esecutivo e Legislativo*

Il rapporto tra Esecutivo e Legislativo presenta punti di criticità già da diverso tempo, non favorito dall'andamento delle tornate elettorali le quali, privando in alcuni casi i Presidenti della maggioranza in una delle due Camere del Congresso, non hanno contribuito all'attuazione dei programmi enunciati nel corso delle campagne elettorali. A questo si aggiunga lo stato dei partiti politici americani, l'incapacità di esprimere leadership forti e le difficoltà per il superamento di alcune regole procedurali al Senato che impediscono una certa fluidità nel procedimento legislativo. Ad alimentare poi l'emersione di interrogativi propriamente costituzionali sullo stato della democrazia americana legati al rapporto tra Esecutivo e Legislativo nel corso della Presidenza Trump sono stati diversi altri fattori. Dall'iperpartigianeria, emersa in occasione del procedimento di conferma delle nomine presidenziali dei giudici delle corti federali, ben 300 in due anni, alla partecipazione nulla del partito democratico al passaggio dell'imponente riforma fiscale voluta da Trump, il *Tax Cuts and Jobs Act* del 2017. Interrogativi le cui cause possono nel lungo termine danneggiare la salute dell'ordinamento costituzionale statunitense. Nel corso dei primi due anni del mandato presidenziale di Joe Biden si è certamente assistito ad un miglioramento del rapporto con il Congresso e ad una attenuazione dei toni di confronto tra le diverse fazioni. Nei prossimi mesi sarà l'esito delle elezioni di mid-term a determinare l'andamento delle relazioni tra Presidente e Congresso nella seconda metà del mandato di Joe Biden.

3.5. *Il rapporto con gli Stati membri della Federazione*

Nel corso della Presidenza di Donald Trump uno dei nodi più problematici ha riguardato il rapporto tra Esecutivo e Stati membri di cui il fenomeno delle cd. *Sanctuary cities* è stato uno dei sintomi più evidenti¹².

Le *sanctuary cities* sono località, accusate di avere legislazioni e prassi poco collaborative nei confronti delle autorità federali dell'immigrazione. L'argomento è tornato al centro del dibattito politico e giurisprudenziale a seguito dell'*executive order* del 25 gennaio 2017 con cui il presidente Trump ha annunciato il taglio dei fondi alle città santuario che non avessero collaborato con le autorità federali. La questione si lega al tema dell'immigrazione¹³ e alla costruzione del muro al confine meridionale con il Messico per impedire l'accesso di immigrati clandestini nel Paese oggetto anch'esso di un provvedimento controverso, La decisione di invocare i poteri

¹² Sul tema, di grande importanza si segnala tra gli altri il contributo di G. CARVALE, *Donald Trump e le città santuario: aspetti della dialettica federazione – Stati*, in *Federalismi.it*, 5 maggio 2021.

¹³ S. S. HERMAN, *State and Local "Sanctuary" Policies Limiting Participation in Immigration Enforcement*, Congressional Research Service Report, 23 march 2017, J. W. DANSBY, *Sanctuary Cities and the Trump Administration: The Practical Limits of Federal Power*, in *The Scholar* 2018; D. NGUYEN, *Nativism in immigration: The racial politics of educational sanctuaries*, in *University of Maryland Law Journal of Race, Religion, Gender and Class*, 2019, 102; G. L. HARTLEY, *No Sanctuary: An Analysis of the Trump Administration's War on Sanctuary Jurisdictions*, in *Cumberland Law Review*, 2019, 355-388; R. VILLAZOR - K. R. JOHNSON, *The Trump administration and the war on immigration diversity*, in *Wake Forest Law Review*, 2019, 575; B. W. BELL, *New Sheriff's in Town: The Trump administration and sanctuary jurisdictions*, in *UMKC Law Review*, 2019, 629; sia consentito anche il rinvio a G. ARAVANTINOU LEONIDI, *America great again? I primi mesi della presidenza Trump. dalla campagna elettorale alla Casa bianca*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 1-2017.

emergenziali attraverso la *Presidential Proclamation* del febbraio 2019, per distrarre fondi federali destinati ad altri progetti per destinarli alla costruzione del muro¹⁴. Provvedimento questo che ha inaugurato un nuovo scontro tra Esecutivo e Legislativo destinato ad acuirsi di lì a poco nel corso della pandemia da Covid-19. I ritardi nella reazione dell'amministrazione Trump dovuti alla minimizzazione del rischio di diffusione del contagio hanno condotto ad una gestione fallimentare della crisi alla quale hanno contribuito una *leadership* inadeguata e un sistema sanitario disordinato e non all'altezza della prima potenza economica mondiale che si è rivelata in questa occasione essere un "gigante dai piedi d'argilla". La tardiva reazione del Governo statunitense è stata deprecata anche dallo stesso Anthony Fauci, virologo di fama e consigliere del Presidente Trump. A difesa di Fauci, temendo una sua estromissione dalla cerchia dei consiglieri del Presidente, che in questi mesi ha fatto ampiamente ricorso al *removal power* per liberarsi di collaboratori considerati "infedeli", sono scesi in campo i membri democratici del Congresso. Questi ultimi hanno addirittura promosso a tutela del virologo un disegno di legge, che però non ha avuto seguito. Le preoccupazioni relative alla gestione dell'equilibrio dei poteri all'interno dell'ordinamento sono state evidenziate dalla diffusione del virus sul territorio americano e dall'impatto delle misure adottate dall'Esecutivo e dagli Stati per fronteggiare l'emergenza. In particolare, la pandemia da coronavirus ha sollevato una serie di questioni costituzionali, tra cui la portata dei poteri presidenziali di emergenza e la loro influenza sulla tenuta democratica dell'ordinamento e non meno importante l'interazione tra Governo statale e federale nella risposta alla crisi. Strettamente connesso all'esercizio dei poteri emergenziali dell'Esecutivo è il tema della tenuta democratica dell'ordinamento e della tutela dei suoi principi fondamentali dinanzi alla narrazione della crisi. La pandemia da covid-19 negli Stati Uniti, infatti, ha messo in luce non solo la fragilità dell'economia americana, le profonde disuguaglianze sociali e le difficoltà di coordinamento in un ordinamento federale dominato dalla polarizzazione della politica, ma anche i pericoli derivanti dalla "crisi della verità" che ha infettato la politica e la cultura americana in senso lato nel corso della Presidenza di Donald Trump. A fraporsi tra Trump e il suo sogno di agguantare per la seconda volta la vittoria che lo avrebbe fatto rimanere alla Casa Bianca ha contribuito fortemente la ferma opposizione espressa da alcuni Stati, che non hanno mancato anche in piena emergenza sanitaria di sollevarsi in aperto dissenso con i provvedimenti adottati dall'Esecutivo per fronteggiare la pandemia. L'alleanza stretta da alcuni Stati contro le decisioni dell'amministrazione Trump si segnala come uno dei dati più interessanti di questo periodo che ha contribuito a riportare al centro il dibattito sul federalismo statunitense.

¹⁴Il 7 febbraio 2019 è stata firmata la proclamation n. 9842 Addressing Mass Migration Through the Southern Border of the United States. Il 15 febbraio 2019 è stata emanata la dichiarazione di emergenza per i confini meridionali degli Stati Uniti, la n. 9844 Declaring a National Emergency Concerning the Southern Border of the United States (in proposito v. Introduzione). Il 29 aprile 2019 l'amministrazione Trump ha presentato un presidential memorandum "Additional Measures to Enhance Border Security and Restore Integrity to Our Immigration System".

3.6. *La Corte Suprema*

Dal punto di vista strettamente costituzionalistico è interessante svolgere alcune considerazioni in relazione all'esercizio del potere esecutivo e all'impatto dell'interpretazione del mandato presidenziale sull'ordinamento. Alcuni commentatori ritenevano nel 2016 che una presidenza Trump non avrebbe comportato un rischio reale per l'ordinamento statunitense, tuttavia a questa posizione, piuttosto cauta, era possibile già allora obiettare, senza la coscienza di ciò che sarebbe accaduto in seguito, che la prassi costituzionale e la tendenza delle istituzioni a trasformazioni costituzionali informali, secondo la definizione di Bruce Ackerman¹⁵, puntavano in tutt'altra direzione. La storia costituzionale degli Stati Uniti, infatti, ci ha spesso riferito di Presidenti che hanno agito al di fuori dei confini dettati dalla costituzione per implementare la propria personale linea politica, tanto a livello interno che internazionale. L'esperienza maturata negli anni dell'amministrazione di G.W. Bush insegna che pur in presenza di un sistema di *checks and balances* efficacemente operante, all'interno del quale il potere esecutivo incontra l'azione di freno e bilanciamento esercitata dagli altri organi costituzionali, si verifica una profonda spaccatura tra le trasformazioni informali innescate dall'esecutivo, ad esempio in seguito all'approvazione di una legislazione di emergenza particolarmente limitativa delle libertà e dei diritti fondamentali, e la Costituzione formale¹⁶. Un ambito in cui il potere esecutivo risulta particolarmente incisivo e problematico è quello delle nomine. A tal proposito appare felice la definizione offerta da Paulsen del "the judicial appointments process (come) is the last clear chance for the other branches to check judicial power," nell'ambito di un Simposio promosso sul tema dallo *University of Chicago Law Review*¹⁷. Tuttavia, come si è avuto modo più volte di sottolineare in passato, il problema della decadenza delle istituzioni democratiche statunitensi è oggi più vivo che mai. In tale contesto, sebbene la condotta e la legittimità della Corte Suprema rimangano degne di attenzione e critica nel dibattito pubblico ed accademico, gli equilibri e gli orientamenti della Corte non sono gli unici elementi a dover destare una certa preoccupazione. Ma tornando alla Corte, "Chiunque consideri attentamente i diversi organi di potere, si accorgerà che, in un governo in cui essi siano separati l'uno dall'altro, il meno pericoloso per i diritti sanciti dalla Costituzione sarà sempre quello giudiziario perché — data la sua natura — sarà quello che meno potrà lederli o pregiudicarli"¹⁸.

Coì scriveva Alexander Hamilton in *The Federalist n.78* a proposito del potere giudiziario e del suo ruolo all'interno di un ordinamento a separazione rigida dei poteri quale quello presidenziale. Nel saggio del 1788 il *founding father* non mancava di sottolineare anche le ragioni a favore della nomina vitalizia dei giudici della Corte Suprema «poiché nient'altro potrà maggiormente contribuire a salvaguardare quella loro indipendenza che è condizione essenziale affinché possano adempiere fedelmente ad un così arduo compito»¹⁹.

¹⁵ B. ACKERMAN, *We the People: Transformations (Vol.2)*, in *Harvard University Press*, 2000.

¹⁶ Sia permesso il rinvio a G. ARAVANTINOU LEONIDI, *Dalla guerra al terrore alle riforme. Dieci anni di trasformazioni costituzionali negli Stati Uniti*, in F. LANCHESTER (a cura di), *Le Costituzioni degli Altri*, Milano, Giuffrè, 2012, si veda in particolare 333-336.

¹⁷ M. STOKES PAULSEN, *The Constitutional Propriety of Ideological "Litmus Tests" for Judicial Appointments*, 83, *University of Chicago Law Review Online*, 2016, 28 ss.

¹⁸ AA.VV., *Il Federalista*, Il Mulino, Bologna, 1998, 391.

¹⁹ AA.VV., *Il Federalista*, cit., 394

A oltre due secoli di distanza dalle riflessioni di Alexander Hamilton, la Corte Suprema degli Stati Uniti si trova ad essere al centro di una rinnovata attenzione a cui hanno contribuito alcuni avvenimenti. È indubbio, e se n'è discusso molto in questi mesi soprattutto in seguito alla pubblicazione della sentenza della Corte che ribalta la decisione del 1973, che il legato più oneroso della Presidenza Trump siano state le nomine dei giudici della Corte Suprema: Neil Gorsuch, Brett Kavanaugh e Amy Coney Barrett.

Qualora si scelga di esaminare le nomine del Presidente Trump in una prospettiva puramente politica è chiaro come queste apparissero funzionali rispetto al malcelato tentativo di Trump di preconstituirsì una maggioranza a lui favorevole in caso di sconfitta alle elezioni per la corsa alla Casa Bianca del 2020. All'epoca, in particolare la nomina di Barrett aveva spinto alcuni settori dei democratici a invocare in caso di vittoria di Biden l'ipotesi di *court-packing*, ossia di introduzione di una legge al Congresso che modifichi il numero dei giudici della Corte (attualmente 9). Ma una simile decisione sarebbe gravida, a sua volta, di pesantissime conseguenze, perché finirebbe per legittimare la pericolosissima idea che le istituzioni di garanzia siano terreno di conquista da parte delle maggioranze politiche²⁰. La Corte Suprema oggi sempre più slegata da vincoli di responsabilità, incarna le preoccupazioni del politico antifederalista che con lo pseudonimo di Brutus scrisse nel 1787 queste profetiche parole «I question whether the world ever saw... a court of justice invested with such immense powers, and yet placed in a situation so little responsible. ... There is no power above them, to control any of their decisions. There is no authority that can remove them. ... they are independent of the people, of the legislature, and of every power under heaven. Men placed in this situation will generally soon feel themselves independent of heaven itself». Alexander Hamilton rispose a tali gravi preoccupazioni nel *Federalist* n.78 sostenendo a difesa della Corte che i giudici avrebbero dichiarato esclusivamente l'illegittimità delle leggi in assenza di una irrinconciliabile incompatibilità con la Costituzione e che i giudici avrebbero esercitato “judgment not will.”. Nel silenzio della Costituzione i giudici, secondo Hamilton, si sarebbero rivolti ai legislatori per colmare le lacune.

Oggi le preoccupazioni espresse da Brutus sembrano prendere sempre più piede e aver sconfessato l'ottimismo istituzionale di Hamilton. A tal punto da spingere l'amministrazione Biden nell'aprile 2021 a nominare la *Presidential Commission on the Supreme Court of the United States*²¹, per prendere in esame ipotesi di riforma dell'organo che coinvolgono anche valutazioni circa la durata del mandato degli *Old Nine*. Con l'istituzione della commissione sulla Corte Suprema Biden non solo ha adempiuto ad un impegno elettorale ma anche trovato una maniera per alleviare la pressione sull'amministrazione da parte dell'ala progressista del Partito democratico affinché si intraprendessero azioni più decise nella direzione di una riforma della Corte Suprema. La commissione ha condotto uno studio accurato dal sapore fortemente accademico e ha pubblicato il suo rapporto finale nel dicembre 2021, manifestando tra i suoi membri un consenso bipartisan sulla possibilità di limitare il mandato dei giudici della Corte ad un massimo di 18 anni. La

²⁰ A. RIDOLFI, *La nomina del giudice Barrett alla Corte Suprema: una possibile crisi costituzionale?*, in *Luiss Open* (1 ottobre 2020) consultabile al seguente indirizzo <https://open.luiss.it/2020/10/01/la-nomina-del-giudice-barret-alla-corte-suprema-una-possibile-crisi-costituzionale/> (ultimo accesso 27/09/2022).

²¹ La *Presidential Commission* è stata istituita attraverso l'executive order 14023, di cui è possibile leggere il testo al seguente link <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/04/09/executive-order-on-the-establishment-of-the-presidential-commission-on-the-supreme-court-of-the-united-states/> (ultimo accesso 26/09/2022)

limitazione del mandato dei giudici è una delle prime e meno complicate riforme da attuare in quanto non è richiesto un emendamento costituzionale, il cui iter complesso comporterebbe una notevole dilazione dei tempi e risultati incerti. Tuttavia, resta al momento attuale il problema di una Corte Suprema che con le sue recenti pronunce su aborto, armi e libertà di espressione ha divaricato, senza incontrare ostacoli, il torace del già compromesso tessuto sociale americano, decidendo di questioni altamente sensibili che dovrebbero più opportunamente essere rimesse alla valutazione del Congresso. I problemi dinanzi ai quali la complessità della modernità pone le istituzioni richiedono soluzioni e compromessi che difficilmente possono essere raggiunti da giudici ma che impongono alla politica di riappropriarsi dei propri spazi e dei propri argomenti riguadagnando al Congresso quel ruolo dal quale da tempo si trova ad aver abdicato trincerandosi dietro un'inazione favorita da un sistema partitico altamente problematico. La Commissione istituita dal Presidente Biden si inserisce in questo contesto quale primo atto rivoluzionario nella direzione di riformare uno dei pilastri del sistema costituzionale statunitense, nel tentativo di arginare la flessione democratica e la destabilizzazione della *rule of law* negli Stati Uniti. Se le conclusioni a cui è giunta la Commissione nel suo rapporto avranno un qualche esito formale non è dato ancora al momento attuale sapere, rimane tuttavia la convinzione che la salute della democrazia americana dipenda anche dal coraggio delle scelte che saranno fatte nei mesi che separano dalle elezioni di mid-term del prossimo novembre.

Un altro fatto di straordinaria importanza, che ha caratterizzato questo secondo anno di amministrazione democratica, è rappresentato dalla nomina da parte di Biden di Ketanji Brown Jackson, prima donna afroamericana a sedere tra gli *Old Nine* e sesta donna nella storia, eletta su 115 membri che si sono susseguiti dal 1789 a oggi, dopo Sandra Day O' Connor (1981-2006), Ruth Bader Ginsburg (1993-2020) e le tre attualmente in carica: Sonia Sotomayor e Elena Kagan, scelte da Obama tra il 2009 e il 2010, e Amy Coney Barrett, designata da Trump dopo la scomparsa della Ginsburg. La storica conferma del 7 aprile 2022, con un voto in Senato di 53 favorevoli (3 voti repubblicani e tutti i 50 democratici) e 47 contrari, ha portato per la prima volta a una condizione di quasi equilibrio di genere con quattro donne su nove membri eletti. Non varia in ogni caso l'equilibrio politico a Marble Palace, sede della Corte Suprema. Da una parte vi sono infatti i sei conservatori Clarence Thomas, John Roberts, Samuel Alito e i tre giudici nominati da Trump (Neil Gorsuch, Brett Kavanaugh e la Barrett) e dall'altra le tre giudici liberal (Sotomayor, Kagan e Jackson). La nomina di Ketanji Brown Jackson, prima giudice donna afroamericana della Corte Suprema, segue all'elezione della prima donna afroamericana vicepresidente, Kamala Harris, assurgendo a simbolo di quella parte di America che resiste alle spinte reazionarie del conservatorismo in un'epoca di estrema polarizzazione politica e riviviscenza di fratture razziali e sociali.

3.7. Il diritto di voto

Già negli anni che hanno preceduto l'elezione di Donald Trump ha cominciato ad affermarsi la tendenza di un numero sempre crescente di Stati ad approvare normative restrittive del diritto di voto, incoraggiati anche dalla pronuncia della Corte Suprema nel caso *Shelby County v. Holder*,

in cui i giudici supremi dichiararono incostituzionale la sezione 4 del *Voting Rights Act* nella parte in cui sottoponeva la legislazione elettorale di alcuni Stati, tradizionalmente segregazionisti (cd. *covered jurisdictions*), al controllo preventivo federale (cd. *preclearance*). Gli attacchi sistematici alla legislazione garante del diritto di voto sono proseguiti sia nel corso della Presidenza Trump che in questi primi due anni del mandato di Joe Biden, nel corso dei quali abbiamo assistito a plurimi tentativi da parte dei legislativi statali, parzialmente limitati da pronunce giurisprudenziali, di limitare il diritto di voto attraverso lo strumento del ridisegno dei collegi elettorali sulla scorta dei dati demografici forniti a seguito del Censimento del 2020 e il moltiplicarsi di fenomeni di *partisan* e *racial gerrymandering*. Tuttavia è opportuno non incorrere nella tentazione di collegare i tentativi di smantellare il diritto di voto negli Stati Uniti alla presidenza Trump o al trumpismo, in quanto com'è noto sin dal 2008 la narrativa relativa al diritto di voto è cambiata in seguito all'approvazione da parte dei legislativi statali di leggi intese a regolare l'identificazione degli elettori, le cd. *voter identification laws*²².

3.8. *Le relazioni razziali*

Un altro elemento degno di nota nella discussione sulla crisi della democrazia statunitense è senz'altro quello relativo allo stato delle relazioni razziali. La crisi delle relazioni razziali esplosa da ultimo a seguito dell'assassinio a Minneapolis dell'afroamericano George Floyd da parte di un agente di polizia ha riproposto alla vigilia delle elezioni del 2020 ancora una volta i limiti di una società falsamente inclusiva, ancora profondamente attraversata da diseguglianze strutturali e discriminazione a tutti i livelli. Questa volta "il ginocchio sul collo" della democrazia americana è quello della diseguglianza sociale, della precarietà della sussistenza, della perdita dei diritti e dello svuotamento della democrazia²³.

4. *Conclusioni: La Costituzione imperfetta.*

La tanto declamata Costituzione degli Stati Uniti, quella a cui alcuni di noi hanno dedicato decenni della propria vita di studiosi, presenta fuor di alcun dubbio delle gravi carenze, significative imperfezioni che hanno spinto autorevole dottrina d'oltreoceano ad interrogarsi e in alcuni casi a concordare sull'opportunità di alimentare un dibattito che sia non solo accademico, ma anche e soprattutto politico e che porti all'individuazione di soluzioni a tali manifeste "imperfezioni costituzionali", fino a spingersi persino a preconizzare la possibilità di una radicale

²² H. ZOLTAN - N. LAJEVARDI - L. NIELSON, *Voter Identification Laws and the Suppression of Minority Votes*, working paper, University of California, San Diego, 2016.

²³ In proposito sia consentito il rinvio a 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, 1-18. Si segnala, inoltre, tra le azioni intraprese dagli ambienti accademici in reazione all'escalation della crisi delle relazioni razziali, l'iniziativa adottata dalla Facoltà di legge dell'Università di Stanford di istituire il *Stanford Center for Racial Justice*, istituito a ridosso delle proteste del movimento *Black Lives Matter* e diretto da Ralph Richard Banks e Dianne Chin. Il sito del centro è consultabile al seguente indirizzo <https://law.stanford.edu/stanford-center-for-racial-justice/> (ultimo accesso 27/09/2022).

revisione del testo costituzionale. A favore dell'emendabilità della Costituzione del 1787 si esprime da sempre l'accademico texano Sandy Levinson, che non perde occasione per mettere in risalto nei suoi scritti le falle del sistema concepito dai Padri Fondatori e la sua scarsa aderenza alla realtà politica e sociale attualmente vissuta dal Paese, sottolineando la necessità di convocare una nuova Convenzione costituzionale²⁴. Un punto della riflessione accademica statunitense che può essere condiviso, e da cui si può trarre qualche utile insegnamento praticando la comparazione con le vicende italiane, è quello secondo il quale l'eccessiva e cieca venerazione degli enunciati costituzionali e una loro letterale interpretazione, distaccata dalla contemporaneità, possano risultare gravemente dannose per la salute dell'ordinamento democratico. Lo ha dimostrato da ultimo la scelta operata dai giudici della Corte Suprema nella pronuncia *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, resa il 27 giugno 2022, di adottare un'interpretazione originalista del testo costituzionale²⁵, sulla base della quale i giudici hanno proceduto alla neutralizzazione di un soggetto di diritto, la donna, defederalizzando un diritto consolidato da oltre cinquant'anni e innescando un "effetto trascinarsi" che promette di coinvolgere altri fondamentali diritti, considerati finora come acquisiti e intoccabili²⁶.

La struttura costituzionale statunitense, rimasta invariata per secoli, ha contribuito, come scrive Graber, sia alla polarizzazione che ha condotto alla Guerra civile che alla polarizzazione a cui stiamo assistendo ai giorni nostri, con effetti devastanti sulla politica contemporanea²⁷. Il ricorso alla convocazione di una nuova costituente per la redazione di un testo costituzionale "rivisto e corretto" come auspicato da Levinson, non appare tuttavia essere la soluzione migliore, né più facilmente percorribile. Perché se pur si può essere d'accordo con un altro noto studioso e amico statunitense, Richard Albert, che nessuna disposizione della Costituzione americana è da considerarsi "inemendabile"²⁸, una riforma costituzionale, anche se fatta bene, rappresenterebbe per gli Stati Uniti un balsamo temporaneo. Si tratterebbe di dare vita ad un nuovo culto della

²⁴ Tra le sue opere più note si ricorda S. LEVINSON, *Our Undemocratic Constitution: Where the Constitution Goes Wrong (And How We the People Can Correct It)*, Oxford University Press, 2006. Per un intervento recente si veda S. LEVINSON, *Saving the Constitution or Saving America: Are they Identical Projects?*, relazione in occasione del LevinsonFest 2022 | Roundtable VII | Can this Constitution be Saved? The Need and Prospects of Constitutional Amendment in the United States, Can this Constitution be Saved? (July 27, 2022). L'intervento è consultabile al seguente indirizzo <https://balkin.blogspot.com/2022/09/saving-constitution-or-saving-america.html> (ultimo accesso 27/09/2022).

²⁵ Sull'originalismo in relazione alla sentenza *Dobbs* si veda A. GOU, *Cherry-picked history: Reva Siegel on "living originalism"*, in *Dobbs*, SCOTUSblog Aug. 11, 2022, <https://www.scotusblog.com/2022/08/cherry-picked-history-reva-siegel-on-living-originalism-in-dobbs/>. R. SIEGEL, *Memory Games: Dobbs's Originalism As Anti-Democratic Living Constitutionalism—and Some Pathways for Resistance* (August 9, 2022), in *Texas Law Review*, in corso di pubblicazione, Yale Law School, Public Law Research Paper Forthcoming, disponibile al seguente indirizzo SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4179622> (ultimo accesso 27/09/2022).

²⁶ J. BALKIN, *Abortion and Partisan Entrenchment* (September 8, 2022). Disponibile al seguente indirizzo SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4215863> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4215863> (ultimo accesso 27/09/2022).

; P. BLOCH, *The Latest on Abortion: How the Supreme Court Has Jeopardized a Woman's Right to Choose*, in *Cardozo Journal of Equal Rights & Social Justice Blog*. 20, 2022. <https://larc.cardozo.yu.edu/ersj-blog/20A>. TANG, *After Dobbs: History, Tradition, and the Uncertain Future of a Nationwide Abortion Ban*, in *Stanford Law Review*; 2022.

²⁷ M. GRABER, *Constitutional Reform Transformed*, relazione in occasione del LevinsonFest 2022 | Roundtable VII | Can this Constitution be Saved? The Need and Prospects of Constitutional Amendment in the United States, Can this Constitution be Saved? (July 27, 2022). L'intervento è consultabile al seguente indirizzo <https://balkin.blogspot.com/2022/09/constitutional-reform-transformed.html> (ultimo accesso 27/09/2022).

²⁸ Così in R. ALBERT, *America's Amoral Constitution* (July 27, 2020). 70, *American University Law Review*, 2021, 773, U of Texas Law, Public Law Research Paper No. 720, Disponibile al seguente indirizzo SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3660669> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3660669>. (ultimo accesso 27/09/2022). Dello stesso autore si veda anche R. ALBERT, *Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions*, OUP 2019.

costituzione, ad una nuova venerazione. Alla luce delle evidenti problematiche derivanti dal testo del 1787, l'attenzione degli accademici, nel guidare la mano del legislatore, come suggerito da Graber²⁹, dovrebbe piuttosto riguardare come trarre il meglio dalla Costituzione esistente e dai difetti noti, piuttosto che progettarne una nuova i cui difetti sconosciuti rischiano di diventare evidenti molto rapidamente. La salvezza della democrazia americana non può pertanto essere rappresentata a mio avviso dal mettere mano in maniera estensiva al testo costituzionale, per quanto esso abbia dato prova sia nel passato che nella attualità della propria imperfezione. Spetta alle istituzioni e alla politica riappropriarsi dei propri spazi e dare risposte concrete ed efficaci affinché questa “guerra a bassa intensità” non distrugga definitivamente i pilastri della democrazia americana.

²⁹ M. GRABER, *Constitutional Reform Transformed*, cit.

ABSTRACT

Da tempo si discute della crisi della democrazia americana. Una crisi dalle radici profonde e a cui contribuiscono diversi fattori dalla polarizzazione del sistema politico ai problematici rapporti istituzionali non favoriti da quella che alcuni considerano una "Costituzione imperfetta". Il presente contributo si occupa in particolare del periodo temporale segnato dalle presidenze di Donald Trump e di Joe Biden, isolando ed esaminando gli elementi che hanno caratterizzato sul piano giuridico-politico le due esperienze a confronto in modo tale da tracciare attraverso di essi l'evoluzione e i cambiamenti che l'ordinamento ha adottato e gli effetti che si sono registrati sulla forma di governo e sulla democrazia statunitense nel suo complesso.

The crisis of American democracy has been debated for some time now. A crisis with deep roots and to which various factors contribute from the polarization of the political system to the problematic institutional relations not favored by what some consider an "imperfect Constitution".

This contribution deals in particular with the time period marked by the presidencies of Donald Trump and Joe Biden, isolating and examining the elements that characterized the two experiences on the juridical-political level in order to trace through them the evolution of the legal system, the changes adopted and the effects that have been registered on the form of government and on US democracy as a whole.

PAROLE CHIAVE:

crisi-democrazia-Stati Uniti-Costituzione imperfetta

KEYWORDS:

crisis-Democracy-United States-Imperfect Constitution