



9 MARZO 2022

*In litigation we trust: riflessioni su
magistratura, politica e processo civile
a partire dal rapporto tra Donald
Trump e judiciary*

di Marco Morotti

Dottorando di ricerca in Diritto processuale civile
Università degli Studi di Brescia



*In litigation we trust: riflessioni su magistratura, politica e processo civile a partire dal rapporto tra Donald Trump e *judiciary***

di Marco Morotti

Dottorando di ricerca in Diritto processuale civile
Università degli Studi di Brescia

Abstract [It]: Durante il proprio mandato presidenziale, Donald Trump ha riservato straordinaria attenzione al *judiciary*, sia sul piano della critica politica che su quello delle nomine. Appare così interessante osservare come proprio giudici federali nominati da Donald Trump o espressione del Partito Repubblicano abbiano avuto un ruolo chiave nel determinare il fallimento del tentativo dell'ex-Presidente di sovvertire il risultato delle elezioni di novembre 2020. D'altro canto, molti commentatori imputano alla Corte Suprema (a maggioranza "conservatrice") una grave responsabilità nel processo di deterioramento conosciuto dalla democrazia americana negli ultimi decenni. Tali dinamiche forniscono spunti di riflessione anche in ordine a problemi concernenti l'assetto della magistratura nell'ordinamento italiano, viceversa caratterizzato dalla rigida indipendenza del potere giudiziario dalla politica nell'affidamento degli incarichi giudiziari.

Title: In litigation we trust: reflections on the judiciary, politics and the civil process from the relationship between Donald Trump and the judiciary

Abstract [En]: Donald Trump has shown extraordinary proactivity in judiciary appointments during his term as the 45th President of the United States. Moreover, the judiciary has often been object of severe and explicit criticism by the former President. Therefore, it is interesting to observe how precisely federal judges appointed by Donald Trump or expression of the Republican Party played a key role in determining the failure of the former President's attempt to overturn the result of the November 2020 elections. On the other hand, scholars point out how the Supreme Court has a serious responsibility in the process of deterioration experienced by American democracy in recent decades. These dynamics raise reflections concerning issues related to the Italian system in which judicial appointments proved to follow somehow political criteria, whereas, from a legal – theoretical point of view, the competence criterion should be the only relevant one.

Parole chiave: Donald Trump, magistratura, Corte Suprema, elezioni, nomine

Keywords: Donald Trump, judiciary, Supreme Court, elections, appointments

Sommario: 1. Premessa. 2. Le Corti americane e la *rule of law*, alla luce della loro struttura e funzione. 3. L'azione politica del Presidente Trump e la sua inedita proattività nelle nomine del *judiciary*. 4. Tendenze divergenti del *judiciary*: la Corte Suprema. 5. Il contenzioso post-elettorale. 6. Riflessioni conclusive.

1. Premessa

Taluni eventi e tendenze (relativamente) recenti hanno portato con nuova enfasi il tema del rapporto tra magistratura e politica (e quindi del ruolo del processo nei sistemi democratici) al centro del dibattito tra gli studiosi e della considerazione dell'opinione pubblica del nostro Paese. Ciò è innanzitutto il risultato del duro contraccolpo subito dalla credibilità del Consiglio Superiore della Magistratura, e di riflesso del

* Articolo sottoposto a referaggio.

potere giudiziario, agli occhi dei cittadini, a fronte dell'emersione, denunciata con toni scandalistici, dei metodi che governano il sistema delle nomine e dell'attribuzione delle cariche, direttive e semi-direttive, all'interno della magistratura¹. D'altro canto, le questioni della giustizia e del processo (penale *in primis* a dire il vero) sono quasi quotidianamente all'attenzione di *media* e commentatori della più variegata estrazione, oltre che del legislatore. Quanto al processo civile, in particolare, «sotto l'incubo della ragionevole durata»², si assiste ad una perpetua litania circa la necessità di ridurlo ai minimi termini, al fine di poter godere dei risvolti positivi che ciò apporterebbe in termini di crescita del Prodotto Interno Lordo ed attrattività del sistema-Paese agli occhi degli investitori stranieri³.

Volgendo lo sguardo oltre i confini nazionali, spunti di indagine in ottica comparatistica su processo, politica e democrazia, sembrano potersi trarre riflettendo sull'amministrazione della giustizia in epoca trumpiana, anche a fronte del tumultuoso epilogo del mandato del quarantacinquesimo Presidente degli Stati Uniti, culminato nel drammatico assalto di Capitol Hill del 6 gennaio 2021. Il fenomeno interroga probabilmente anzitutto il nevralgico tema della tenuta delle democrazie occidentali al cospetto dell'avanzata dei populismi⁴, ma sembra offrire spunti di interesse anche nella prospettiva del diritto processuale civile e dell'ordinamento giudiziario. Infatti, il definitivo tramonto delle speranze di immediata rielezione di Donald Trump è stato fundamentalmente sancito dalla sua soccombenza nelle oltre sessanta cause civili proposte al fine di sovvertire il risultato delle elezioni presidenziali del novembre

¹ Per un'ampia riflessione su questi temi si veda di recente G. VERDE, *Giustizia, politica, democrazia*, Catanzaro, 2021, *passim*. In particolare, pp. 33 ss. in ordine alle vicende concernenti le nomine dei magistrati emerse alla ribalta dell'opinione pubblica nel 2020. Cfr. altresì U. APICE, *Il diritto al giudice giusto e il caso Palamara*, in *Judicium*, 10 maggio 2021.

² Il richiamo è a G. VERDE, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *Riv. dir. proc.*, n. 3/2011, pp. 505 ss. Sul cantiere, perennemente aperto, delle riforme del processo civile cfr. B. SASSANI, *Il codice di procedura civile e il mito della riforma perenne*, in *Riv. dir. proc.*, n. 6/2012, pp. 1429 ss.

³ Tale approccio è particolarmente sostenuto in ambito economico, si veda di recente la [Proposta](#) dell'Osservatorio sui Conti Pubblici Italiani (OCPI), *Come ridurre i tempi della giustizia civile*, (a cura di) M. BARBUTO, C. COTTARELLI, A. DE NICOLA, L. D'URSO, 5 giugno 2020. Vedasi anche, in replica a tale Proposta, M.G. CIVININI – G. SCARSELLI, *Ridurre i tempi della giustizia civile? Osservazioni di un giudice e di un avvocato a margine di una recente proposta*, in *Questione giustizia.it*, 26 giugno 2020. In generale, sullo scopo del processo in relazione al rapporto (contrapposizione?) tra diritto e sviluppo economico cfr. R. CAPONI, "Doing Business" come scopo del processo civile?, in *Foro It.*, 2015, V, pp. 10 ss.; ID, "Doing Business" as a Purpose of Civil Justice? The Impact of World Bank Doing Business Indicators on the Reforms of Civil Justice Systems: Italy as a Case Study, in (a cura di) C. ALTHAMMER - H. Roth, *Instrumentalisierung von Zivilprozessen*, Tubinga, 2018, pp. 79 ss. In "difesa" del processo, con riguardo al sistema statunitense, cfr. A. LAHAV, *In praise of litigation*, Oxford, 2019, *passim*. La prospettiva dell'efficienza costituisce peraltro il principale criterio ispiratore della imminente riforma della giustizia civile, a seguito della approvazione il 25 novembre 2021 da parte della Camera dei Deputati del d.d.l. n. 3289 (già approvato dal Senato), recante *Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata*. Tale intervento riformatore ambisce al raggiungimento dell'obiettivo della riduzione del 40 per cento dei tempi della giustizia civile, fissato dal [Piano di Ripresa e Resilienza](#), p. 95. Per prime impressioni su tale riforma, si vengano i contributi raccolti da AA. VV., *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, n. 4/2021, pp. 925 ss.

⁴ Per un commento sintetico, cfr. B. CARAVITA, *Davanti a un mondo che cambia chi è più pericoloso tra Trump e Zuckerberg*, in *federalismi.it*, n. 1/2021. Per un'ampia analisi cfr. D. L. KRINER, *Trump, Populism and the resilience of the American Constitutional System*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2020, 44 ss.

2020⁵. Tale soccombenza è stata in molte occasioni determinata da giudici nominati dallo stesso Donald Trump o comunque espressione del Partito Repubblicano ed a valle di un forte attivismo dell'ormai *ex* presidente durante il proprio mandato, senza precedenti in termini numerici, nelle nomine dei giudici non solo della Corte Suprema ma anche delle Corti inferiori. Paradossalmente, sembrerebbe potersi affermare che proprio i fatti di Capitol Hill testimonino come il sistema, in definitiva e grazie al processo, abbia retto, non essendo rimasto ai seguaci dell'*ex* presidente che il ricorso all'insurrezione, ossia ad un atto che per definizione si colloca al di fuori del perimetro delle regole che governano lo Stato di diritto⁶. Il dato potrebbe apparire quasi sorprendente al giurista di *civil law*, avente tra i propri capisaldi culturali l'indipendenza del giudice, sancita perentoriamente nell'ordinamento italiano dagli artt. 101 e 104 Cost.: nel sistema di *common law* statunitense, infatti, i giudici sono di nomina politica ed hanno essi stessi un accentuato ruolo politico, poiché in sede decisoria questioni di diritto e questioni politicamente sensibili tendono sovente, quasi ineluttabilmente, a confondersi e sovrapporsi⁷. Il terreno ben avrebbe potuto prestarsi a cortocircuiti.

Occorre altresì evidenziare che secondo l'opinione decisamente maggioritaria si è verificato negli ultimi anni un grave deterioramento della democrazia americana, al quale hanno offerto un decisivo contributo l'azione politica del Presidente Trump e la giurisprudenza della Corte Suprema, a causa soprattutto della direzione impressa dai suoi «conservative Justices», che ne esprimono, e continueranno ad esprimere a lungo, la maggioranza⁸.

In un periodo caratterizzato da una straordinaria contrapposizione politica ed istituzionale, il difficile ruolo del potere giudiziario nell'attuazione della *rule of law* sembra avere avuto esiti variegati e problematici, mettendo in luce aspetti interessanti in ordine all'atteggiarsi del rapporto tra politica e giustizia⁹.

⁵ Il dato è ricavabile *ex multis* da J. RUTENBERG – N. CORASANITI- A. FEUER, *Trump's Fraud Claims Died in Court, but the Myth of Stolen Elections Lives On*, in www.nytimes.com, 26 dicembre 2020.

⁶ Sulla natura della rivoluzione come atto radicale teso all'instaurazione di un nuovo ordinamento giuridico, nonché per un'ampia riflessione storica sul diritto rivoluzionato e rivoluzionario, cfr. M. TITA, *Il diritto come rivoluzione: tracce storiografiche e letterarie*, in *Historia et Ius*, n. 17/2020, p. 19, ove tra l'altro si mette in rilievo un dato avente significative analogie con la vicenda trattata nel presente contributo, laddove si osserva una duplice relazione sempre esistente nei fenomeni rivoluzionari, ossia «il rapporto tra mancate riforme e rivolta» ed «il legame esistente tra la debolezza del potere centrale e la forza dei suoi avversari».

⁷ In questo senso, cfr. M. TARUFFO, *Sui Confini: Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, p. 183. La sottolineatura dell'«immenso potere politico» dei giudici statunitensi è scolpita nell'insegnamento di A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, (a cura) di G. CANDELORO, VII Ed., Milano, 2007, p. 102.

⁸ Per un'analisi (e una denuncia) in merito al degrado della democrazia americana si veda ampiamente M. J. KLARMAN, *Foreword: The Degradation of American Democracy and the Court*, in 134 *Harv. L. Rev.*, 1 (2020). Lo stesso Autore, introducendo il ruolo giocato in tale prospettiva dalla Suprema Corte, ne attribuisce esplicitamente la responsabilità ai suoi «conservative Justices», o ancor più esplicitamente «Republican Justices», cfr. in particolare alle pp. 9-10.

⁹ Per un recente ampio contributo sul tema del processo politico e sull'atteggiarsi, anche in prospettiva storica, del rapporto tra processo e politica, si veda A. PANZAROLA, *Considerazioni sul c.d. processo politico*, in *Judicium*, 31 marzo 2021.

2. Le Corti americane e la *rule of law*, alla luce della loro struttura e funzione

L'organizzazione del potere giudiziario incide fortemente sulla struttura del processo, il quale a sua volta contribuisce a delineare la collocazione della magistratura nel quadro dell'assetto costituzionale dello Stato.

Secondo un'opinione consolidata, la dicotomia tra sistemi processuali di *civil law* e *common law* sembra aver perso molta della sua rilevanza, a fronte della presa d'atto dell'utilità più metodologica che non realmente descrittiva di tali categorie ed in esito ad un processo storico di armonizzazione tutt'ora in atto¹⁰. Per tale motivo, devono oggi essere approcciate con la dovuta elasticità nozioni che tradizionalmente venivano considerate quali dogmi indiscussi. Si pensi alla classica antitesi tra l'oralità e la natura *adversarial* dei modelli processuali di *common law* e la contrapposta natura scritta ed inquisitoria dei modelli processuali di *civil law*¹¹: da un lato, viene osservato come oralità e scrittura siano presenti nei sistemi processuali di entrambe le famiglie; dall'altro lato, viene messa in rilievo la storica (come nel caso del processo in *equity*) e progressiva¹² presenza di elementi inquisitori nei sistemi angloamericani, oltre che la ormai acquisita prevalente natura dispositiva anche di molti sistemi processuali di *civil law*, come nel caso del processo civile italiano¹³.

Cionondimeno, la dicotomia, come ovvio, continua ad avere fondamentale importanza nello studio del diritto comparato (anche processuale) e costituisce utile punto di partenza per indagare in prospettiva comparatistica fenomeni giuridici che intersecano i due diversi sistemi¹⁴. In tale ottica, l'analisi della natura e delle caratteristiche delle professioni legali nei sistemi di *civil law* e *common law*, alla luce delle profonde differenze esistenti, consente di fissare alcune coordinate per inquadrare il sistema giudiziario nel contesto dei due differenti sistemi¹⁵.

¹⁰ Sulla classica contrapposizione tra sistemi di *civil law* e *common law* nonché sui motivi che inducono a un suo ripensamento, cfr. A. GAMBARO – R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da R. SACCO, IV Ed., Torino, 2008, pp. 31 ss.; sempre sul tale contrapposizione e sul suo carattere relativo eppur sempre utile a livello descrittivo cfr. V. BARISOTTI – V. VARANO, *La traduzione giuridica occidentale*, I, VII Ed., Torino, 2021, pp. 38 ss. Con riguardo al processo di armonizzazione dei sistemi sul piano processuale cfr. C. H. VAN RHEE, *Civil Procedure Beyond National Borders*, in *Access to Justice in Eastern Europe*, n. 1/2018 p. 15; A. DONDI – V. ANSANELLI – P. COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata*, Padova, 2018, II Ed., pp. 5 ss.

¹¹Cfr. In argomento M. TARUFFO, *Sui Confini*, cit., pp. 71 ss.

¹² In merito alle caratteristiche generali del processo civile inglese, ed in particolare ai poteri di *case management* attribuiti al giudice, cfr. L. PASSANANTE, *La riforma del processo civile inglese: principi generali e fase introduttiva*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, n. 4/2000, pp. 1363 ss.; ID., voce *Processo civile inglese*, in *Enc. Dir. Annali*, III, Milano, 2010, pp. 960 ss.

¹³ Basti rinviare, per un classico riferimento nella manualistica, sia in merito al principio della disponibilità della tutela giurisdizionale che, in seconda battuta e in maniera non necessariamente correlata, al principio di disponibilità delle prove, a C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile*, XVII Ed., Torino, 2020, I, pp. 59 ss.

¹⁴ Sui motivi per cui da sempre si guarda al processo americano come al modello *adversary* di processo civile per eccellenza, nonché sull'utilità di una simile indagine, *in primis* per la sua capacità di evidenziare nodi problematici comuni a tutte le esperienze liberali di processo civile, cfr. M. TARUFFO, *Il processo civile adversary nell'esperienza americana*, Padova, 1979, pp. VII ss.

¹⁵ Sull'educazione del giurista nei sistemi italiano e statunitense, con particolare riguardo alla figura professionale dell'avvocato ed allo studio del diritto processuale, cfr. A. DONDI, *Qualche considerazione comparata in tema di educazione*

Nei sistemi di *civil law* le professioni legali tradizionali (avvocatura, magistratura, notariato) si caratterizzano per la loro tendenziale separatezza: l'accesso è regolato secondo il criterio della competenza tramite esami o concorsi, preceduti da necessari periodi di tirocinio o formazione; la mobilità laterale tende ad essere molto limitata. I giudici sono prevalentemente magistrati di carriera¹⁶. Professionalizzazione, distribuzione verticale delle funzioni e propensione a modelli decisionali di tipo tecnico sono caratteristiche fondamentali dell'organizzazione gerarchica del potere giurisdizionale¹⁷.

Tra i sistemi di *common law*, nell'ordinamento statunitense le professioni legali costituiscono fondamentalmente un'entità unitaria, caratterizzata da ampia mobilità laterale. I giudici sono nominati, tendenzialmente tra gli avvocati più esperti, dal potere esecutivo, oppure eletti direttamente dal popolo¹⁸. La nomina dei giudici della Corte Suprema e dei giudici federali compete al Presidente degli Stati Uniti (c.d. *Appointment Clause*), soggetta a conferma del Senato (*“Advice and consent”*), nel quadro di un'organizzazione del potere giurisdizionale di tipo paritario¹⁹.

La Corte Suprema è attualmente composta da nove giudici, di cui tre di ispirazione progressista (uno nominato dal Presidente Clinton, due nominati dal Presidente Obama) e sei di ispirazione conservatrice (uno nominato dal Presidente G. H. W. Bush, due nominati dal Presidente G. W. Bush, tre nominati dal Presidente Trump). La tendenza ricorrente al *divided government* e la progressiva polarizzazione del sistema hanno reso il processo di nomina e conferma dei giudici della Corte estremamente faticoso, ideologico e spettacolarizzato²⁰. Il sistema giudiziario statunitense si caratterizza inoltre per l'affiancamento del sistema giudiziario e processuale federale ai sistemi di ciascuno dei 50 Stati. In dodici Stati i giudici sono nominati dal Governatore, in sette Stati vige l'elezione popolare, nei restanti vige un sistema misto²¹.

Indipendenza e *accountability*, canoni caratteristici degli organi giurisdizionali nei sistemi democratici, assumono nell'ordinamento statunitense una connotazione del tutto particolare²². Il primo,

giuridica istituzionale, in *Politica del diritto*, n. 1-2/2013, pp. 105 ss. Per considerazioni di taglio comparatistico sulle professioni legali ed in particolare sulla figura dell'avvocato nei sistemi di *civil law* e *common law*, cfr. G.C. HAZARD – A. DONDI, *Legal Ethics: A Comparative Study*, Stanford, 2004.

¹⁶ Si veda O. G. CHASE – V. VARANO, *Comparative civil justice*, in M. BUSSANI - U. MATTEU (Eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge, 2012, pp. 216 ss. Per un'analisi storica dei sistemi di accesso alla magistratura italiana, cfr. G. FINOCCHIARO, *Access to the judiciary under the new italian law on the judicial system: critical remarks*, in A. UZELAC - C.H. VAN RHEE, *Access to Justice and the Judiciary. Towards New European Standards of Affordability, Quality and Efficiency of Civil Adjudication*, Anversa - Oxford - Portland, 2009, pp. 119 ss.

¹⁷ Cfr. M. R. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere – Analisi comparatistica del processo*, trad. it., Bologna, 1991, pp. 48 ss., spec. 52.

¹⁸ Cfr. O. G. CHASE – V. VARANO, *Comparative civil justice*, cit., p. 217.

¹⁹ Cfr. M. R. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere*, cit., p. 83 ss.

²⁰ In questo senso G. D'IGNAZIO, *Il sistema costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Padova, 2020, p. 297.

²¹ Cfr. sempre G. D'IGNAZIO, *op. cit.*, pp. 345 ss. In argomento, cfr. M. C. MILLER, *Judicial Politics in the United States*, Boulder (CO), 2015, p. 55 ss.

²² Cfr. M. C. MILLER, *Judicial Politics in the United States*, cit., p. 56. Per un'analisi comparata dei canoni giudiziari di *independence* e *accountability* con specifico riguardo all'ordinamento inglese, cfr. K. MALLESON, *The new judiciary*, Londra-

caratterizzante soprattutto i giudici federali e della Corte Suprema, è assicurato dalla durata vitalizia della carica e dalla intangibilità del trattamento economico²³: a seguito della nomina di matrice politica (figlia della dialettica tra esecutivo e legislativo), i giudici, una volta in carica, esercitano le proprie funzioni in piena indipendenza. Il secondo canone caratterizza in maniera particolarmente evidente ed esplicita i giudici statali, i quali, pertanto, restano in carica per periodi relativamente brevi, così da poter assicurare che le loro decisioni siano effettivamente in grado di riflettere la volontà popolare²⁴. La natura lato senso politica del giudice, a tutti i livelli, è tuttavia indubabilmente uno dei tratti distintivi del sistema americano, da sempre al centro di dibattito e tentativi di sistemazione, nel quadro del rapporto tra i poteri dello Stato: «il tema del *policy-making* giudiziario è forse il più discusso e controverso tra quanti occupano il campo di tale dottrina»²⁵.

Deve sottolinearsi che anche in relazione al grande e complesso tema concernente lo statuto del giudice e la sua indipendenza è possibile individuare linee di continuità tra diversi sistemi e processi di armonizzazione. Così, è opinione ormai condivisa che nemmeno tra i paesi europei di *civil law* il giudice possa oggi essere derubricato a mera bocca della legge, essendo diffusa la consapevolezza di come contesto, convinzioni personali, sensibilità, orientino le decisioni dei singoli magistrati nell'interpretazione della legge²⁶. L'esperienza statunitense, tuttavia, costituisce un *unicum*, vieppiù alla luce della ormai strutturale estrema polarizzazione del sistema democratico-politico, la quale ha reso il dibattito attorno al ruolo dei giudici (con ogni conseguenza in ordine ai relativi processi di nomina) oggetto di aspre contrapposizioni ed autentico paradigma dell'esperienza costituzionale di quel sistema nel tempo che viviamo. La procedura di *advice and consent* è così divenuta terreno di gravi degenerazioni e deviazioni dalla legalità costituzionale²⁷, come risultato di un graduale mutamento del ruolo giocato dal Senato, oggi protagonista attivo e decisivo in una dialettica che invece, secondo il testo costituzionale, come interpretato dalla prevalente dottrina, riserverebbe a quest'organo una mera verifica oggettiva sul piano tecnico circa l'adeguatezza a ricoprire la carica da parte dei candidati discrezionalmente individuati dal

New York, 2016, pp. 37 ss. Per uno studio comparatistico della responsabilità “politica” del giudice cfr. M. CAPPELLETTI, *Giudici irresponsabili? Studio comparativo della responsabilità dei giudici*, Milano, 1988, pp. 28 ss.

²³ In tal senso già la classica impostazione di A. HAMILTON, in *Federalist* 78, 1788.

²⁴ Cfr. M. C. MILLER, *Judicial Politics in the United States*, cit., pp. 56-57.

²⁵ Così M. TARUFFO, *Il processo civile adversary nell'esperienza americana*, p. 145. Cfr. in argomento C. R. SUNSTEIN – D. SCHAKE – L. M. ELLMAN – A. SAWICKI, *Are judges political? An empirical analysis of the Federal Judiciary*, Washington D.C., 2006, *passim*; K. J. BYBEE, *All judges are political – Except when they are not Acceptable hypocrisies and the rule of law*, Stanford, 2010, *passim*. Entrambe le opere nel riconoscere esplicitamente la natura politica dei giudici americani, giungono a conclusioni sostanzialmente rassicuranti in ordine all'indipendenza della magistratura federale nell'esercizio della funzione giurisdizionale.

²⁶ Al riguardo cfr. N. ZANON - F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, 2011, pp. 2-3.

²⁷ In argomento cfr. ampiamente 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, 833 ss. Per una rassegna storica sull'applicazione di tale clausola cfr. D. F. MCGAHN II, *A brief history of judicial appointments from the last 50 years through the Trump Administration*, in 61 *Wm. & Mary L. Rev.*, 815 (2020).

Presidente²⁸. D'altro canto, proprio il *judiciary* è stato uno dei principali obiettivi di quello che molti commentatori hanno definito un vero e proprio assalto alle fondamenta del sistema democratico da parte del Presidente Trump²⁹, secondo una tendenza aventi radici lontane e ad esito di un processo di estremizzazione che già aveva condotto a stigmatizzare un approccio ideologicamente estremistico nell'interpretazione della Costituzione e la esasperata rincorsa ad affidare gli incarichi giudiziari a dei veri e propri «radicals in robes»³⁰.

È questo il quadro in cui i giudici statunitensi sono chiamati a fare applicazione del principio della *rule of law*, uno dei cardini fondamentali dei sistemi di *common law*: pur essendo difficile individuarne una definizione finale condivisa, è possibile affermare che il cuore della categoria risieda nei valori di «generalità e stabilità delle norme di legge, di prevedibilità ed uguaglianza nella interpretazione e nell'applicazione del diritto, ed anche sui valori di impersonalità, imparzialità e correttezza nell'amministrazione della giustizia»³¹. Una nozione riconducibile, attingendo a categorie a noi più familiari, al principio di legalità o, in senso più ampio, al primato della legge nella gerarchia delle fonti e alla separazione dei poteri, essenza dello Stato di diritto.

L'esperienza americana nell'attuazione di tale principio ha conosciuto un vero punto di svolta a partire dalla ben nota sentenza della Corte Suprema nel caso *Marbury vs. Madison* del 1803, con la quale è stata riconosciuta ai giudici la *judicial review* di costituzionalità, coincisa con l'introduzione di un giudizio diffuso di costituzionalità delle leggi il quale, a ben vedere, permea in ogni momento (e in ogni causa, a prescindere dal fatto che essa involga o meno una questione di costituzionalità) l'attività decisoria³²: il potere di *policy-making* di cui sono dotati i giudici (il quale mette in crisi la classica concezione del ruolo passivo del giudice nei sistemi *adversarial*)³³ e la straordinaria oscillazione del sistema sotto spinte estremiste sono all'origine di riflessioni in ordine alla legittimazione politica dei giudici quali creatori della *common law*, nell'ambito di un sistema democratico retto dal principio maggioritario³⁴.

²⁸ In tal senso L. EPSTEIN - J.A. SEGAL, *Advice and Consent: The Politics of Judicial Appointments*, Oxford, 2005, p. 18. In argomento v. altresì S. A. BINDER- F. MALTZMAN, *Advice and Dissent: The Struggle to Shape the Federal Judiciary*, Washington, 2009.

²⁹ Cfr. M. J. KLARMAN, *Foreword: The Degradation of American Democracy and the Court*, cit., *passim*. Si veda altresì D. L. KRINER, *Trump, Populism and the resilience of the American Constitutional System*, cit., 51, ove espressamente si afferma che «In office Trump, launched unprecedented public assaults on judicial independence and the free press». Nel medesimo senso: M. R. SEGAL, *Civil rights and state courts in the Trump era*, in 12 *Harv. L. & Pol'y Rev.* 49 (2018).

³⁰ Questa la definizione da cui prende il titolo C. R. SUNSTEIN, *Radical In Robes: Why Extreme Right-Wing Courts Are Wrong for America*, New York, 2005.

³¹ Così M. TARUFFO, *Sui Confini*, cit., 177-188.

³² Per ampi riferimenti, cfr. G. D'IGNAZIO, *Il sistema costituzionale degli Stati Uniti d'America*, cit., pp. 299 ss.; M. TARUFFO, *Sui confini*, cit., pp. 182 ss. Per una classifica sistemazione in ordine alla giustificazione della *judicial review* nel sistema statunitense dopo *Marbury v. Madison*, cfr. A. M. BICKEL, *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, II ed., Yale, 1986.

³³ Cfr. M. TARUFFO, *Il processo civile adversary nell'esperienza americana*, cit., pp. 117 ss.

³⁴ Ampiamente sul rapporto tra legalità e fenomeno della creazione giurisprudenziale del diritto, cfr. M. TARUFFO, *Sui confini*, cit., pp. 195 ss. Cfr. altresì M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984, pp. 99 ss. per un'analisi

Senza qui poter indugiare sul tema dell'interpretazione della legge ad opera dei giudici americani e sulle molte teorie al riguardo elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza, occorre ribadire che l'interpretazione diffusa della Costituzione riflette invariabilmente la personale sensibilità del singolo giudice e tende inevitabilmente ad essere politica³⁵. La Corte Suprema è sempre stata considerata un'istituzione politica³⁶, mentre, riprendendo una definizione iperbolica ma illuminante, «i giudici delle corti sono spesso personaggi politici più inclini a badare all'opinione dei loro elettori che alle opinioni delle corti superiori, anche quando queste ultime sono tecnicamente vincolanti»³⁷.

È questo il contesto in cui si è collocato, durante il quadriennio di Donald J. Trump alla Casa Bianca, quello che taluni hanno qualificato come un vero e proprio attacco alla democrazia, talaltri come un'autentica difesa dell'originalismo costituzionale e delle prerogative presidenziali.

3. L'azione politica del Presidente Trump e la sua inedita proattività nelle nomine del *judiciary*

È opinione maggioritaria che a partire dal 2017 la democrazia americana abbia conosciuto un chiaro attentato alle proprie fondamenta, come conseguenza dell'attacco del Presidente Trump alle norme e istituzioni fondamentali del sistema, condotto in parallelo rispetto all'azione impostata a livello statale da esponenti del Partito Repubblicano nell'introdurre strumentali limiti al diritto di voto dei cittadini³⁸. Secondo tale impostazione, il Presidente, infatti, ha stigmatizzato la stampa come “*the enemy of the people*”; ha assalito i giudici federali che hanno invalidato le politiche della sua amministrazione o incriminato i suoi alleati politici; ha politicizzato le forze dell'ordine, l'*intelligence* e altri settori del governo federale; ha sfruttato la carica presidenziale per guadagno personale; ha incoraggiato subdolamente la violenza; ha fatto vasto uso di dichiarazioni razziste, attuato politiche razziste e impiegato la menzogna sistematica nel dialogo con l'opinione pubblica; ha eroso la trasparenza del governo; ha espresso ammirazione per

comparatistica del fenomeno tra sistemi di *civil law* e *common law*. Di recente, a valle del mandato presidenziale di Donald Trump in ordine alla giustificazione dei poteri di *law making* e *judicial review* nell'ambito di sistemi democratici retti dal principio maggioritario, cfr. J. P. ZOFFER – D. SINGH GREWAL, *The counter-majoritarian difficulty of a minoritarian judiciary*, in *Calif. L. Rev. Online*, n. 11/2020, pp. 437 ss.

³⁵ Cfr. M. J. KLARMAN, *Foreword: The Degradation of American Democracy and the Court*, cit., pp. 178, 224. Sulla natura politica dei giudici americani, cfr. CASS. R. SUNSTEIN, *Radicals in robes*, cit., pp. 23 ss., ove si evidenzia come accanto alla suddivisione “ideologica”, sia rintracciabile una suddivisione tra giudici fondamentalisti e minimalisti nell'interpretazione della Costituzione, in un quadro complesso e multiforme, talvolta di difficile decifrazione.

³⁶ Osserva M. J. KLARMAN, *op. cit.*, p. 224, «The Supreme Court is and always has been a political institution, meaning simply that the Justices' legal interpretations are influenced by their personal values and by their perception of the limits placed on their decisionmaking by the contemporary social and political context».

Nell'ambito del già citato processo di armonizzazione dei sistemi processuali, merita altresì dare conto del progressivo coinvolgimento delle Corti Supreme anche negli ordinamenti di *civil law* in attività di *decision-making* non strettamente correlate ai casi concreti in esame, oltre che in generale in attività di politica del diritto concernenti l'amministrazione della giustizia: si veda al riguardo, A. UZELAC, *Supreme Courts in the 21st century: should organisation follow the function?*, in *Studia Iuridica*, 2019, pp. 126 ss., spec. pp. 129-130.

³⁷ Queste le pregnanti e provocatorie parole di M. R. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere*, cit., p. 94.

³⁸ Su quest'ultimo argomento, si veda più diffusamente il successivo par. 4.

autocrati stranieri e delegittimato le elezioni e l'opposizione politica interna³⁹. Il tutto secondo uno schema che riflette una tendenza diffusa in più parti del globo nel contesto di un preoccupante arretramento della democrazia osservato nei primi due decenni del ventunesimo secolo: sistemi politici deboli e divisi sono il presupposto per la presa del potere, cui segue la sistematica delegittimazione delle istituzioni democratiche, perpetrata con la complicità di una classe dirigente, quantomeno, inadatta⁴⁰.

Tale impostazione viene contestata da coloro che hanno intravisto nel Presidente Trump non il distruttore bensì il più tenace ed autentico difensore dei valori costituzionali, la cui azione ha consentito di ricollocare l'assetto costituzionale dei poteri dello Stato nel solco delle sue autentiche radici originaliste, con la restituzione di un vigoroso ed indipendente potere all'esecutivo, la difesa della sicurezza della nazione, il ridimensionamento della burocrazia federale, la nomina di giudici di ispirazione conservatrice⁴¹.

Comunque la si voglia vedere, è indubbio che l'azione politica del Presidente Trump ha avuto tra le proprie fondamentali linee strategiche la volontà di incidere nella determinazione della composizione del sistema giudiziario, concretatasi nella nomina, con un attivismo senza precedenti, pur nel formale rispetto della legalità costituzionale, di un elevatissimo numero di giudici a livello statale e federale, oltre che di tre giudici della Corte Suprema.

A fronte della prassi senza precedenti del bloccaggio da parte del Senato a maggioranza Repubblicana della stragrande maggioranza dei giudici proposti dal Presidente Obama nel proprio ultimo biennio di mandato, il Presidente Trump ha infatti potuto nominare centinaia di giudici federali, ovviamente con la decisiva ed imprescindibile collaborazione del Senato⁴². La strategia è particolarmente evidente con riguardo alle nomine dei giudici delle Corti d'appello federali, ove giunge a conclusione il 99% delle controversie e viene esercitato «the greater policy-making power in the federal judicial system»⁴³, ambito nel quale Trump ha stabilito una sorta di «modern record» nella selezione dei giudici, che gli avrebbe

³⁹ In questo senso cfr. M. J. KLARMAN, *Foreword: The Degradation of American Democracy and the Court*, cit., pp. 7-8. Si veda in senso conforme A. LINSKEY, *A critic's guide: Five ways Trump may have violated the Constitution*, in *Boston Globe*, 31 gennaio 2017. Cfr. Altresì L. H. TRIBE – J. MATZ, *Can America Survive Trump Presidency*, in *USA Today*, 16 maggio 2018.

⁴⁰ Questa l'impostazione introduttiva di M. J. Klarman, *Foreword: The Degradation of American Democracy and the Court*, cit., nella descrizione di un ideale «authoritarian playbook», pp. 11 ss. Sulla crisi della democrazia cfr. altresì E. CATELANI, *Fake news e democrazia: verso una democrazia tecnologica*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, Consulta online*, 21 maggio 2020, ove si osserva «Una constatazione ormai ricorrente a livello mondiale è data dall'esistenza di una crisi della democrazia, crisi che non fa (ancora) venir meno l'essenza e l'importanza della democrazia, ma ne può determinare una trasformazione». Si veda inoltre l'[Approfondimento](#) dell'Istituto per gli Studi di Politica Internazionale (ISPI), *Democrazia sotto assedio*, ove si mette in evidenza come secondo i dati elaborati dall'organizzazione non governativa *Freedom House*, da 15 anni a questa parte il numero di paesi in cui l'indice di libertà è in calo è maggiore di quello in cui questo indice è in aumento, tendenza di cui il 2020 ha costituito il picco negativo.

⁴¹ Cfr. J. YOO, *Defender in Chief*, New York, 2020, *passim*. In particolare v. alla p. 8, ove si afferma che «Trump has not become the Constitution's destroyer, but instead its most unlikely defender».

⁴² P. RUCKER – R. BARNES, *Trump to Inherit More than 100 Court Vacancies, Plans to Reshape Judiciary*, in *www.washingtonpost.com*, 25 dicembre 2016.

⁴³ Così J. YOO, *Defender in Chief*, cit., p. 205, spec. alla nota 19.

consentito, in caso di rielezione, di condurre «most, if not all, appeal courts to conservative control»⁴⁴. In particolare, se è vero che il totale delle nomine giudiziarie di Donald Trump è ovviamente ben inferiore in termini assoluti rispetto a quanto realizzato nei propri due mandati dagli immediati predecessori, i Presidenti Clinton, George W. Bush e Obama, con specifico riferimento alle Corti d'Appello federali, tuttavia, Trump in quattro anni ha nominato solo un giudice in meno di Obama in otto (rispettivamente 54 e 55 nomine per la precisione)⁴⁵.

Altrettanto significativa, poi, è ovviamente stata l'attenzione del Presidente Trump rispetto alle nomine dei giudici della Corte Suprema ed al ruolo di quest'ultima nella dialettica tra le fonti del diritto e nel dibattito politico. Come anticipato, infatti, il Presidente ha potuto nominare ben tre giudici, cosicché la Corte, oggi, con una composizione di 6 giudici di ispirazione conservatrice e 3 giudici di ispirazione progressista, appare the «most conservative Supreme Court since the 1930s»⁴⁶. Tra di essi ha fatto particolarmente scalpore, da ultimo, la contestata vicenda della nomina alla Corte Suprema da parte del Presidente Trump di Amy Coney Barrett, giudice ascrivibile all'area conservatrice-originalista, in sostituzione della *liberal* Ruth Bader Ginsburg, a pochi giorni dalle elezioni presidenziali del 2020⁴⁷. Tanto più che nel 2016 il Senato a maggioranza Repubblicana aveva impedito la nomina da parte del Presidente Obama del giudice Merrick Garland a seguito della morte del giudice Antonin Scalia, secondo il principio per cui in un anno di elezioni presidenziali la nomina del nuovo giudice sarebbe spettata al nuovo Presidente⁴⁸.

Per inquadrare correttamente l'operato del Presidente Trump, non deve sottacersi che, come osservato dalla dottrina, anche il Presidente Obama al termine del proprio doppio mandato risultava avere profondamente rinnovato la composizione del *judiciary*, con la nomina di due giudici della Corte Suprema e ben 331 giudici nelle Corti federali, in virtù delle quali due terzi dei giudici delle Corti distrettuali federali e circa la metà dei giudici di tutto il circuito federale risultavano a quel momento essere stati nominati da Presidenti democratici. L'azione del Presidente Obama nelle nomine del *judiciary* è concepita come «the most diverse along many dimensions of any president in the history of the United States» e destinata ad

⁴⁴ Così J. YOO, *Defender in Chief*, cit., p. 206.

⁴⁵ Per una analisi dei numeri cfr. J. GRAMLICH, *How Trump compares with other recent presidents in appointing federal judges*, in www.pewresearch.com, 13 gennaio 2021.

⁴⁶ Così M. J. KLARMAN, *Foreword: The Degradation of American Democracy and the Court*, cit., p. 248.

⁴⁷ Per un commento, cfr. V. FRANCHIOTTI, *La nomina del nuovo Justice dell'U.S. Supreme Court: una gara dall'esito scontato?*, in *Dir. Pen. e Processo*, n. 10/2020, 1936 ss.

⁴⁸ Su tali vicende cfr. M. J. KLARMAN, *Foreword: The Degradation of American Democracy and the Court*, cit., p. 247 ss. Ampiamente, sull'esercizio del potere di *advice and consent* in relazione alla mancata nomina di Merrick Garland ed alla successiva nomina di Neil Gorsuch, cfr. L. P. VANONI, *La nomina dei giudici supremi tra scontro politico e diritto costituzionale: il caso americano*, cit., pp. 839 ss.

avere conseguenze misurabili nell'arco di decenni⁴⁹, risultando perciò criticata per opposti ordini di ragioni: secondo una visione (che potremmo ascrivere all'area progressista, ragionando in termini politici) il Presidente Obama avrebbe dovuto fare di più⁵⁰; secondo l'opposta opinione di chi si definisce conservatore, l'esplicita intenzione di nominare giudici dotati di empatia rispetto a porzioni svantaggiate della popolazione (come ad esempio le minoranze) e quindi capaci di attuare la «living Constitution»⁵¹, è emblema di una pericolosa concezione eccessivamente connotata in senso politico del ruolo del potere giudiziario⁵².

Ai fini che qui rilevano è comunque utile notare come, secondo un'opinione diffusa, fieramente rivendicata dallo stesso Presidente Trump, quest'ultimo debba la propria elezione del 2016 proprio alla Corte Suprema, o meglio, alla prospettiva che il posto vacante alla Corte Suprema a seguito della scomparsa del giudice Scalia, allora decisivo per la creazione di una maggioranza, fosse nominato da Hillary Clinton⁵³.

Secondo una parte della dottrina, il successo e l'attivismo di Trump nelle nomine del *judiciary* è pienamente legittimo e conforme alla Costituzione ed anzi ha messo in evidenza, con trasparenza e senza più ipocrisie, la normale tendenza all'occupazione dei posti liberi secondo criteri ideologici da sempre attuata sia da Democratici che Repubblicani. È significativo notare come tali commentatori intravedano nella nomina del maggior numero di giudici nel minor tempo possibile una precisa priorità nell'agenda politica del Presidente Trump⁵⁴.

Al contrario, la dottrina maggioritaria evidenzia come sia ormai necessaria una riforma della composizione della Corte Suprema, affetta da un grave deficit di democraticità, come testimonia il fatto che accidenti della storia e del caso nella determinazione delle vacanze, sommati a precise scelte politiche nel processo di nomina, hanno avuto quale prodotto la attuale composizione della Corte, in cui, nonostante i democratici abbiano prevalso nel voto popolare in sette delle ultime otto elezioni

⁴⁹ Così D. FONTANA, *Cooperative judicial nominations during the Obama administration*, in *Wisconsin Law Rev.*, 2017, pp. 305 ss. La medesima, risalente, linea di tendenza in ordine al tentativo dei Presidenti, democratici e repubblicani, di rimodellare la composizione della magistratura è rintracciabile guardando all'operato di molti predecessori, come sottolineato da CASS. R. SUNSTEIN, *Radical in robes*, cit., pp. 13 ss.

⁵⁰ Cfr. D. FONTANA, *op. cit.*, pp. 341 ss.

⁵¹ Per una ricostruzione in ordine a tale concetto nel vasto dibattito attorno all'interpretazione della Costituzione americana cfr. D. A. STRAUSS, *The living Constitution*, Oxford, 2010, *passim*.

⁵² S.B. PRESSER, *Evaluating President Obama's Appointments of Judges from a Conservative Perspective: What Did the Election of Donald Trump Mean for Popular Sovereignty*, in 60 *Howard Law Journal*, 633 (2017).

⁵³ Cfr. J. YOO, *Defender in Chief*, cit., p. 203, secondo cui «A plurality of Republican voters said that they voted for Trump because of his promise to appoint conservative judges». Ivi, si riportano altresì le significative parole dello stesso Presidente, secondo cui «Even if you can't stand Donald Trump, you think Donald Trump is the worst, you're going to vote me. You know why? Justices of the Supreme Court». V. altresì P. BUMP, *A Quarter of Republicans Voted for Trump to Get Supreme Court Picks — and It Paid Off*, *Wash. Post*, 26 giugno 2018.6

⁵⁴ Cfr. J. YOO, *Defender in Chief*, cit., p. 207, ove si rileva che «any president could have devoted more resources to judicial selection if they believed it to be as politically important as Trump».

presidenziali, nel medesimo periodo i Presidenti repubblicani hanno nominato cinque giudici, i Presidenti democratici solo due, con una composizione odierna, come già ricordato, di sei a tre⁵⁵. Vengono inoltre messe in evidenza le gravi conseguenze cui può condurre l'accentuata politicizzazione dei processi di nomina dei giudici, se collocata in un contesto di radicale ed esasperata contrapposizione tra le parti politiche, come emerso allorquando il Senato a maggioranza Repubblicana ha sostanzialmente rifiutato di permettere al Presidente Democratico in carica (e a quello che fosse eventualmente stato eletto nel 2016) di esercitare i propri poteri di nomina dei giudici della Corte Suprema e delle Corti inferiori: «Democracy is not supposed to work this way»⁵⁶.

4. Tendenze divergenti del *judiciary*: la Corte Suprema

Se è indubbio, come dimostrato, che l'amministrazione Trump abbia portato alle estreme conseguenze la tendenza della politica ad occuparsi della magistratura ed a cercare di influenzarla in senso ideologico, peraltro, da sempre connaturata alla democrazia americana, appare dunque interessante cercare di comprendere quali siano (se esistono) gli effetti di una simile operazione (anche con riguardo ai predecessori di Trump), indagando gli orientamenti delineatisi in giurisprudenza con riguardo a temi politicamente sensibili e divisivi.

In proposito, è possibile osservare l'emersione di traiettorie divergenti tra le Corti inferiori e la Corte Suprema. Infatti, come evidenziato dalla dottrina, le Corti inferiori hanno complessivamente saputo porre un'importante argine alla descritta deriva del sistema democratico, ancor più significativo se si considera che storicamente i contenziosi volti a contrastare *executive orders* presidenziali sono stati rari e ancor più raramente vittoriosi⁵⁷. Al contrario, è opinione diffusa che la Corte Suprema, storico avamposto nella salvaguardia della legalità costituzionale e nella protezione dei diritti fondamentali, abbia viceversa negli ultimi decenni fornito un decisivo contributo al deterioramento del sistema democratico, nel descritto contesto di esasperata divisione politica⁵⁸.

⁵⁵ Si veda in tal senso D. EPPS – G. SITARAMAN, *Supreme Court Reform and American Democracy*, in 130 *Yale Law Journal Forum*, 821 (2021).

⁵⁶ Così M. J. KLARMAN, *Foreword: The Degradation of American Democracy and the Court*, cit., p. 248.

⁵⁷ In tal senso cfr. D. L. KRINER, *Trump, Populism and the resilience of the American Constitutional System*, cit., p. 67. Si veda altresì M. R. SEGAL, *Civil rights and State courts in the Trump Era*, in 12 *Harv. L. & Pol'y Rev.* 49 (2018).

⁵⁸ Si veda E. CHEMERINSKY, *The Court should not let politically divided times affect its choices and decisions*, in 61 *Wm. & Mary L. Rev.* 971 (2020); L.G. ARAVANTINOU, *La svolta conservatrice della Corte Suprema. Verso una rottura del sistema dei checks and balances?*, in *Nomos*, n. 2/2018.

In particolare, soffermandosi su alcune delle pronunce recenti più significative (prima e durante il mandato presidenziale di Donald Trump)⁵⁹, nel 2013 in *Shelby County v. Holder*⁶⁰, la Corte Suprema ha dichiarato l'incostituzionalità del *Voting Rights Act* del 1965, nella parte in cui imponeva agli Stati che intendessero apportare modifiche restrittive alle modalità di voto di giustificare preventivamente (“*preclear*”) tali modifiche davanti al governo federale prima di approvarle definitivamente, al fine di prevenire discriminazioni nell'accesso e nell'esercizio del diritto di voto: si è trattato di un significativo *nulla osta* rispetto alle politiche antidemocratiche di stampo razziale intraprese in molti Stati del sud. La decisione è stata motivata alla luce della vetustà storica della previsione, ormai ritenuta dalla Corte (*rectius* dalla sua maggioranza conservatrice) ingiustamente compressiva delle prerogative degli Stati federati. Ancor prima, ma nella medesima prospettiva, nel 2008, in *Crawford v. Marion County Election Board*⁶¹, la Corte Suprema aveva dato il proprio via libera alla legge dello Stato dell'Indiana che aveva previsto la necessità di esibire un giustificativo fotografico al momento del voto, espressione di una più ampia tendenza legislativa di matrice repubblicana, volta a restringere quanto più possibile l'accesso al voto degli aventi diritto appartenenti a minoranze etniche, storicamente poco inclini a votare il Partito Repubblicano. Nel 2018, in *Husted v. A. Philip Randolph Institute*⁶², la Corte Suprema ha convalidato una legge dello Stato dell'Ohio che aveva significativamente ampliato il potere statale di cancellare dalle liste elettorali gli elettori apparentemente inattivi, introducendo a tal fine un procedimento sostanzialmente discriminatorio a svantaggio delle fasce meno abbienti dell'elettorato. Nel 2019, in *Rucho v. Common Cause*⁶³, la Corte Suprema ha dichiarato il difetto di giurisdizione proprio e delle Corti inferiori a conoscere casi concernenti interventi legislativi di revisione delle circoscrizioni e dei collegi elettorali finalizzati strumentalmente ad orientare i risultati delle elezioni (“*gerrymandering*”), pur riconoscendone i potenziali risultati aberranti sul piano del funzionamento del sistema democratico, argomentando a partire dalla natura strettamente politica di tali questioni e dalla disponibilità, per ciò, di altri rimedi rispetto alla *judicial review*. La Corte, nel respingere l'iniziativa processuale di un cittadino della Carolina del Nord volta ad ottenere la declaratoria di incostituzionalità di una siffatta legge statale, ha così sostanzialmente consentito la sopravvivenza di tale normativa, portando a compimento un mutamento della propria giurisprudenza, di segno opposto rispetto alla sussistenza della giurisdizione, che resisteva dal 1986 (*Davis v. Bandemer*)⁶⁴.

⁵⁹ La rassegna che segue ripercorre l'esposizione di M. J. KLARMAN, *Foreword: The Degradation of American Democracy and the Court*, *cit.*, pp. 178 ss., all'interno del capitolo precipuamente dedicato al ruolo della Corte Suprema nel degrado della democrazia statunitense ed intitolato *The Supreme Court's contribution to the degradation of American Democracy*.

⁶⁰ *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529, 557 (2013).

⁶¹ *Crawford v. Marion Cnty. Election Bd.*, 553 U.S. 181 (2008).

⁶² *Husted v. A. Philip Randolph Inst.*, 138 S. Ct. 1833, 1840 (2018). Per un breve commento cfr. L.G. ARAVANTINO, *La svolta conservatrice della Corte Suprema. Verso una rottura del sistema dei checks and balances?*, *cit.*, pp. 13-14.

⁶³ *Rucho v. Common Cause*, 139 S. Ct. 2484, 2506–08 (2019).

⁶⁴ *Davis v. Bandemer*, 478 U.S. 109, 145 (1986).

La Corte Suprema, sin dagli anni '90 del secolo scorso, ha altresì eretto un'insormontabile muraglia rispetto a qualsiasi tipo di riforma del sistema dei finanziamenti elettorali, secondo una tendenza culminata in *Citizens United v. FEC*⁶⁵, nel 2010, ove è stato sancito che le *corporations* hanno il medesimo diritto di parola e critica degli individui, protetto dal primo emendamento. Più di recente, nel 2019, in *Department of Commerce v. New York*⁶⁶, la Corte Suprema ha sancito la non illegittimità dell'introduzione di requisiti aventi chiara natura razziale nei questionari finalizzati alla compilazione del censo, a valle dell'ennesimo tentativo attuato per via legislativa di ridurre la base elettorale, escludendovi surrettiziamente gli aventi diritto appartenenti a minoranze. Nel campo dei diritti umani, merita di essere messa in evidenza la decisione con cui la Corte Suprema nel 2018, in *Trump v. Hawaii*⁶⁷, ha sancito la legittimità del c.d., e ben noto, *Muslim Travel Ban*, la cui versione originaria, adottata con *executive order* presidenziale nella prima settimana in carica del Presidente Trump, vietava per un periodo di 90 giorni l'ingresso sul suolo statunitense a tutti i cittadini provenienti da sette nazioni a predominanza religiosa islamica (Somalia, Sudan, Iran, Iraq, Siria, Yemen e Libia), oltre a sospendere le richieste di asilo per un periodo di 150 giorni (salva la Siria, per cui le richieste d'asilo erano sospese a tempo indeterminato). La versione finale di tale provvedimento, emendata da molte criticità legali che già avevano determinato l'insorgere di un rilevante numero di contenziosi, escludeva dalla lista Iraq e Sudan, mentre includeva Chad, Corea del Nord e Venezuela: il provvedimento, era motivato sull'assunto per cui i paesi inclusi avevano sponsorizzato il terrorismo o comunque non fornito adeguate informazioni sul piano della sicurezza al governo degli Stati Uniti. La decisione della Corte, resa con una maggioranza di 5-4 perfettamente coerente con la divisione ideologica che allora ne caratterizzava la composizione, è stata motivata affermando l'impossibilità per i giudici di interferire in un campo fortemente rimesso alla competenza e alla discrezionalità dell'esecutivo, sollecitando vaste e diffuse reazioni critiche. Tale approdo, infatti, è stato da molti visto come la definitiva capitolazione della Corte rispetto al razzismo anti-musulmano che aveva ispirato l'iniziativa legislativa del Presidente Trump, come ammesso da quest'ultimo in maniera pressoché esplicita⁶⁸.

Nel periodo 2018 - 2019, la Corte Suprema ha inoltre sostanzialmente deciso di non decidere molti casi politicamente divisivi, al di là di quelli su cui era inderogabilmente chiamata a pronunciarsi (tra cui alcuni

⁶⁵ *Citizens United v. FEC*, 558 U.S. 310, 480–83 (2010).

⁶⁶ *Department of Commerce v. New York*, 139 S. Ct. 2551.

⁶⁷ *Trump v. Hawaii*, 138 S. Ct. 2392, 2436–38 (2018).

⁶⁸ Si veda su tale pronuncia M. J. KLARMAN, *Foreword: The Degradation of American Democracy and the Court*, cit., pp. 218 ss. Cfr. altresì N. K. KATYAL, *Trump v. Hawaii: How the Supreme Court Simultaneously Overturned and Revived Korematsu*, in 128 *Yale Law Journal Forum*, 641 (2018), Z. RAMAHI, *The Muslim Ban Cases: A Lost Opportunity for the Court and a Lesson for the Future*, in 108 *Cal. Law Rev.*, 557 (2020). Nella dottrina italiana, L.G. ARAVANTINOU, *La svolta conservatrice della Corte Suprema. Verso una rottura del sistema dei checks and balances?*, cit., pp. 16-17; S. PENASA, *Mr. President and Dr. Trump: La Corte Suprema americana tra "facial neutrality" e "reasonable observer" standard. Ultima puntata della saga Travel Ban?*, in *DPCE online*, n. 3/2018;

di quelli sopra richiamati). Eppure moltissimi casi potenzialmente importanti avrebbero potuto essere trattati: dalla legittimità della decisione della amministrazione Trump di abolire il *Deferred Action for Childhood Arrivals (DACA) program*, alla materia dei diritti LGBT e delle discriminazioni basate sull'orientamento sessuale sul luogo di lavoro, incluso il divieto per individui *transgender* di entrare a far parte dall'esercito, introdotto sempre dall'amministrazione Trump, fino a controversie riguardanti restrizioni del diritto all'aborto o il diritto di detenere le armi. È stato osservato che la Corte, decidendo di non decidere⁶⁹, abbia in realtà optato in maniera ben precisa da che parte stare, così abdicando al suo ruolo nel sistema della separazione dei poteri⁷⁰. La recente decisione della Corte Suprema con cui è stata sancita la costituzionalità delle restrizioni al diritto di voto introdotte da una legge dello Stato dell'Arizona, decisa con maggioranza di 6 a 3 perfettamente rispecchiante la composizione ideologica del collegio, pare costituire il preludio di una inclinazione destinata a consolidarsi⁷¹.

Le descritte tendenze, peraltro, sono state accolte con favore da una parte della dottrina, che intravede ora, grazie ai moltissimi «Trump justices» di fresca nomina, la possibilità di una vera restaurazione dell'ordine costituzionale, in virtù della ulteriormente marcata traiettoria originalista che la giurisprudenza assumerà negli anni a venire su temi quali la privacy, il razzismo, la religione, le armi, la libertà di pensiero, il diritto di aborto⁷². Sembra indubbia, in ogni caso, la forte volontà politica del Presidente Trump durante il proprio mandato di incidere su tale tendenza già in atto prima del suo insediamento, così da amplificarla e consentirne il definitivo consolidamento.

5. Il contenzioso post-elettorale

Come si è detto, le Corti inferiori hanno giocato un ruolo di primo piano nella tenuta del sistema democratico americano a fronte dei gravi scossoni cui esso è stato (ed è) sottoposto⁷³.

Tale ruolo ha assunto un significato del tutto emblematico in occasione del massiccio contenzioso instaurato dal Presidente Trump al fine di sovvertire l'esito delle elezioni presidenziali del novembre 2020⁷⁴. Il risultato appare tantopiù significativo se si considera il descritto attivismo dello stesso ex-Presidente nelle nomine delle Corti distrettuali e delle Corti d'appello federali: la soccombenza del

⁶⁹ In argomento, in genere, cfr. V. BARISOTTI, *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte suprema degli Stati Uniti*, Torino, 1999, *passim*.

⁷⁰ Cfr. E. CHEMERINSKY, *The Court should not let politically divided times affect its choices and decisions*, *cit.*, p. 976.

⁷¹ Cfr. *Brnovich v. Democratic National Committee*, 141 S. Ct. 2321. Per prime osservazioni, *The New York Times Editorial Board*, *Un unpredictable Supreme Court Term Ends With a Turn to the Right*, in *www.nytimes.com*, 2 luglio 2021.

⁷² In tal senso cfr. J. YOO, *Defender in chief*, *cit.*, pp. 212 ss.

⁷³ Per riferimenti cfr. *supra*, nota 57.

⁷⁴ Al riguardo cfr. B. WILLIAMS, *Did President Trump's 2020 election litigation kill rule 11?*, in 30 *Boston University Public interest law journal*, 181 (2021); S. KARSON, *Our Courts May Be the Last Bastion of Truth and Civility – and Lawyers Have a Duty To Keep It That Way!*, in 93 *New York State Bar Journal*, marzo-aprile 2021; G. A. LEONIDI, *L'elezione presidenziale negli Stati Uniti e la tenuta della democrazia: dalle tenebre alla luce*, in *Nomos*, n. 3/2020.

Presidente Donald Trump e dei suoi sostenitori in ogni singola causa delle oltre sessanta introdotte, infatti, è stata molte volte sancita da giudici nominati dallo stesso ex-Presidente o comunque di ispirazione dichiaratamente conservatrice, così scongiurando le preoccupazioni espresse dalla dottrina circa l'operato e la legittimità delle decisioni di giudici definibili come “di minoranza”⁷⁵, considerando gli esiti del voto popolare in tutte le più recenti elezioni presidenziali.

Il contenzioso ha avuto cinque Stati quali principali teatri (Arizona, Georgia, Michigan, Pennsylvania e Wisconsin) e sollevato vari temi di interesse, anche sotto il profilo processuale: tra tutti, in maniera trasversale, l'ipotetica configurabilità in capo ai legali difensori degli attori nei vari procedimenti di una responsabilità ai sensi della *Rule 11(b)* delle *Federal Rules of Civil Procedure*⁷⁶, per violazione del dovere di diligenza conseguente alla presentazione di liti che, secondo i canoni del processo civile italiano, potrebbero essere ascritte alla categoria della temerarietà o più in genere dell'abuso del processo⁷⁷.

Tra le molte pronunce, è meritevole di essere anzitutto messa in evidenza la motivazione della Corte distrettuale dell'Arizona in *Bowyer v. Ducey*⁷⁸, redatta dal Giudice Diane J. Humetewa, nominata dal Presidente Obama e confermata dal Senato con voto *bipartisan*, la cui sensibilità viene ricondotta all'area conservatrice⁷⁹. La pronuncia ha rigettato le domande degli attori (elettori registrati nello Stato e politici locali appartenenti al Partito Repubblicano) volte ad ottenere provvedimenti di varia portata al fine di impedire la certificazione dei risultati delle elezioni presidenziali nello Stato. La decisione ha *inter alia* dato spazio ad un *excursus* attorno al tema della *sufficiency of the complaint*, oggetto di ampio dibattito nella dottrina

⁷⁵ Cfr. J. P. ZOFFER – D. SINGH GREWAL, *The counter-majoritarian difficulty of a minoritarian judiciary*, cit., p. 443, secondo cui «The polarization of the judicial confirmation process has made an aberration into a mainstay of the federal judiciary: minoritarian judges and, under President Trump, super-minoritarian judges are now commonplace».

⁷⁶ Questo il testo della disposizione:

“(b) Representations to the Court. By presenting to the court a pleading, written motion, or other paper—whether by signing, filing, submitting, or later advocating it—an attorney or unrepresented party certifies that to the best of the person’s knowledge, information, and belief, formed after an inquiry reasonable under the circumstances:

- (1) it is not being presented for any improper purpose, such as to harass, cause unnecessary delay, or needlessly increase the cost of litigation;
- (2) the claims, defenses, and other legal contentions are warranted by existing law or by a nonfrivolous argument for extending, modifying, or reversing existing law or for establishing new law;
- (3) the factual contentions have evidentiary support or, if specifically so identified, will likely have evidentiary support after a reasonable opportunity for further investigation or discovery; and
- (4) the denials of factual contentions are warranted on the evidence or, if specifically so identified, are reasonably based on belief or a lack of information”.

⁷⁷ Cfr. B. WILLIAMS, *Did President Trump’s 2020 election litigation kill rule 11?*, cit., *passim*. Come rivelano fondi di stampa, la tesi ha raccolto consenso in giurisprudenza, con l’irrogazione di sanzioni pecuniarie a carico dei difensori del Presidente Trump per un contenzioso introdotto nello Stato del Michigan, cfr. T. SNEED, *Trump-aligned lawyers ordered to pay \$175,000 in sanctions fees for bogus election fraud lawsuit*, in www.cnn.com, 3 dicembre 2021. Per un’analisi comparata in tema di abuso del processo tra sistema italiano e sistema statunitense cfr. A. DONDI, *Spunti di raffronto comparatistico in tema di abuso del processo (a margine della l. 23.3.2001, n. 89)*, in *La Nuova Giur. Civ. Comm.*, n. 1/2003, pp. 62 ss. Più di recente ID, *Qualche cenno in tema di abuso del processo civile con sintetici richiami alla singolarità del dibattito italiano*, in *Giusto proc. civ.*, n. 1/2021, pp. 1 ss.

⁷⁸ *Bowyer v. Ducey*, 506 F.Supp.3d 699 (2020).

⁷⁹ Cfr. J. MILLER, *Obama nominates Native American woman to federal bench*, in www.cbsnews.com, 20 settembre 2013.

processualistica statunitense⁸⁰. Il rigetto della domanda già in fase di *pre-trial* è stato infatti motivato anche a partire dalla genericità del *complaint* per difetto di plausibilità delle allegazioni e pretese, nel solco di recenti arresti della Corte Suprema⁸¹ oggetto di discussione tra gli studiosi, siccome ritenuti potenzialmente contrari alla filosofia del *notice pleading* adottata dalle *Federal Rules of Civil Procedure*⁸², secondo cui una domanda per essere idonea a dare vita ad un processo (“*sufficient*”) deve limitarsi a consentire al convenuto di venire a conoscenza dell’esistenza della lite e degli elementi fondamentali delle pretese verso di lui esercitate, in una prospettiva volta chiaramente a ridurre quanto più possibile le ipotesi di rigetto in rito per motivi meramente formali⁸³. Nel caso oggetto di attenzione, l’orientamento è stato senz’altro facilitato dal fatto che la *Rule 9(b)*⁸⁴ prescrive un requisito di maggiore specificità per le azioni in materia di frode, oltre che, e soprattutto, dalla solare e conclamata infondatezza e implausibilità della domanda⁸⁵. L’arresto costituisce, in tutti i casi, un elemento di rilievo nel contesto del dibattito interpretativo di cui si è dato conto.

Per la loro emblematicità, meritano di essere richiamate le decisioni emesse rispettivamente il 21 novembre 2020 dalla *District Court for the Middle District of Pennsylvania*, in primo grado⁸⁶ e il 27 novembre 2020 dalla *Court of Appeals for Third Circuit*, in grado di appello⁸⁷.

⁸⁰ Per riferimenti ed una ricostruzione cfr. G.C. HAZARD JR. - W.A. FLETCHER - S.M. BUNDY - A. BRADT, *Pleading and Procedure: States and Federal Cases and Materials*, 12 Ed., St. Paul (MN), 2020, pp. 475 ss.

⁸¹ Trattasi delle pronunce nei casi *Bell Atlantic Corp v. Twombly*, *Supreme Court of the United States*, 550 U.S. 544, 127 S.Ct. 1955, 167 L.Ed.2d 929 e *Ashcroft v. Iqbal*, *Supreme Court of the United States*, 2009, 556 U.S. 662, 129 S.Ct. 1937, 173 L.Ed.2d 868. Cfr. Al riguardo G.C. HAZARD JR.-W.A. FLETCHER- S.M. BUNDY-A. BRADT, *Pleading and Procedure: States and Federal Cases and Materials*, cit., pp. 517 ss.

⁸² La dottrina del *notice pleading* è codificata dalla *Rule 8(a)* delle *Federal Rules of civil procedure*, del seguente tenore testuale “Rule 8. General Rules of Pleading.

(a) Claim for Relief. A pleading that states a claim for relief must contain:

(1) a short and plain statement of the grounds for the court’s jurisdiction, unless the court already has jurisdiction and the claim needs no new jurisdictional support;

(2) a short and plain statement of the claim showing that the pleader is entitled to relief; and

(3) a demand for the relief sought, which may include relief in the alternative or different types of relief.”

La *ratio* della disposizione è ben tratteggiata in *Swierkiewicz v. Sorema N. A.*, 534 U.S. 506, 508, n. 1, 122 S.Ct. 992, 152 L.Ed.2d 1 (2002), secondo cui «The liberal notice pleading of Rule 8(a) is the starting point of a system, which was adopted to focus litigation on the merits of a claim».

⁸³ Per una ricostruzione critica rispetto alla più recente giurisprudenza della Corte Suprema cfr. A. R. MILLER, *Simplified Pleading, Meaningful Days in Court, and Trials on the Merits: Reflections on the Deformation of Federal Procedure*, in 88 *N.Y.U. Law Rev.* 286 (2013).

⁸⁴ Secondo la disposizione: “in alleging fraud or mistake, a party must state with particularity the circumstances constituting fraud or mistake. Malice, intent, knowledge, and other conditions of a person’s mind may be alleged generally”.

⁸⁵ Perentorie le conclusioni del provvedimento, secondo cui «Not only have Plaintiffs failed to provide the Court with factual support for their extraordinary claims, but they have wholly failed to establish that they have standing for the Court to consider them. Allegations that find favor in the public sphere of gossip and innuendo cannot be a substitute for earnest pleadings and procedure in federal court. They most certainly cannot be the basis for upending Arizona’s 2020 General Election. The Court is left with no alternative but to dismiss this matter in its entirety».

⁸⁶ Donald J. Trump for President, Inc. v. Boockvar, 2020 U.S. Dist. LEXIS 218351 (M.D. Pa., Nov. 21, 2020).

⁸⁷ Donald J. Trump for President, Inc. v. Sec’y Pennsylvania, 830 Fed. Appx. 377.

La prima è stata redatta dal Giudice Matthew W. Brann, nominato dal Presidente Obama nel 2012, ma espressione del Partito Repubblicano, essendo la sua nomina stata proposta proprio dagli appartenenti a quest'ultimo partito⁸⁸. Le parole impiegate dall'estensore non lasciano adito a dubbi: «this Court has been presented with strained legal arguments without merit and speculative accusations, unpled in the operative complaint and unsupported by evidence. In the United States of America, this cannot justify the disenfranchisement of a single voter, let alone all the voters of its sixth most populated state. Our people, laws, and institutions demand more».

La seconda è stata emessa da un collegio di tre giudici e redatta dal Giudice Stephanos Bibas, nominato dal Presidente Trump nel 2017⁸⁹. Anche qui le parole impiegate sono cristalline: «Free, fair elections are the lifeblood of our democracy. Charges of unfairness are serious. But calling an election unfair does not make it so. Charges require specific allegations and then proof. We have neither here».

Ad analoghe conclusioni sono pervenute le Corti adite negli altri Stati coinvolti, come in *Wood v. Raffensperger* in Georgia⁹⁰ (ad opera di un giudice nominato da Trump)⁹¹, in *King v. Whitmer* in Michigan⁹², in *Trump v. Wisconsin Elections Commissions* in Wisconsin⁹³.

Infine, anche la Corte Suprema ha integralmente rigettato le domande nell'ambito di una controversia introdotta dallo Stato del Texas al fine di invalidare i risultati delle elezioni presidenziali in Pennsylvania, con laconica pronuncia incentrata sul difetto di interesse ad agire in capo a parte attrice⁹⁴. Corte Suprema nella quale, via *twitter*, il Presidente aveva mostrato di riporre grande fiducia, in virtù delle nomine da lui effettuate, salvo poi, con il medesimo mezzo, mostrare tutto il proprio disappunto a seguito della decisione a sé sfavorevole⁹⁵.

L'esito globale ed univoco del contenzioso postelettorale è riconducibile alla natura meramente tecnica e alla autoevidenza delle questioni affrontate, decise sul piano processuale della allegazione e della prova, nonostante il sottostante importante valore politico e pur in presenza di un celebre precedente in cui, viceversa, proprio la Corte Suprema aveva avuto l'ultima parola nel decidere l'esito di un'elezione presidenziale⁹⁶.

Il sistema democratico, in conclusione, sembra avere retto, grazie anche al corretto funzionamento del processo. Ma, come dimostrato, la democrazia statunitense ha accusato negli anni un vistoso e

⁸⁸ Si veda la [Presentazione](#) del giudice avanti al *Committee on the Judiciary* ad opera del Senatore Repubblicano Pat Toomey.

⁸⁹ Per un commento in merito al ruolo nel contenzioso *de quo* dei giudici nominati dal Presidente Trump, cfr. R. LOWRY, *Commentary: Trump-appointed judges prove critics wrong about their loyalty*, in [www.postandcourier.com](#), 3 gennaio 2021.

⁹⁰ No. 1:20-cv-04651-SDG, 2020 U.S. Dist. LEXIS 218058 (N.D. Ga. Nov. 20, 2020).

⁹¹ Il dato è riportato da B. WILLIAMS, *Did President Trump's 2020 election litigation kill rule 11?*, cit., p. 191.

⁹² No. 20-13134, 2020 U.S. Dist. LEXIS 228621 (E.D. Mich. Dec. 7, 2020).

⁹³ No. 20-cv-1785-BHL, 2020 U.S. Dist. LEXIS 233765 (E.D. Wis. Dec. 12, 2020).

⁹⁴ Cfr. *Texas v. Pennsylvania*, 592 U.S. ____ (2020).

⁹⁵ Come ricostruito da B. WILLIAMS, *Did President Trump's 2020 election litigation kill rule 11?*, cit., pp. 197-198.

⁹⁶ Cfr. *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000).

preoccupante arretramento, forse irreparabile per certi versi, anche a causa della direzione presa dalla Corte Suprema, e molti sono i problemi aperti che tuttora rimangono sul tavolo.

6. Riflessioni conclusive

Le dinamiche descritte confermano l'attualità della «*neverending story*» concernente la collocazione del potere giudiziario (e il ruolo del processo) nel sistema costituzionale statunitense e la problematicità morfologica ed intrinseca della attuazione giurisdizionale della *rule of law*⁹⁷: da un lato, i giudici, anche della Corte Suprema, sono considerati organi politici e proprio tale natura ne legittima la partecipazione al fenomeno, anche creativo, di attuazione della *common law*; dall'altro lato, l'indipendenza del giudice e la sua capacità di essere decisore tecnico e imparziale sono presupposti essenziali per il corretto funzionamento del processo e, in ultima analisi, per la tenuta del sistema democratico.

Il ruolo nevralgico da ultimo giocato dai giudici federali nella tenuta del sistema sembra fornire una risposta rassicurante a chi abbia a cuore la democrazia, ma anche utili indicazioni per lo studio del diritto processuale civile comparato, in ordine alla “competitività”⁹⁸ e idoneità del processo ad assolvere la propria funzione⁹⁹ nel sistema americano di *common law*.

Peraltro, pur a fronte delle descritte gravi conseguenze cui ha condotto l'operato fortemente orientato in senso politico della Corte Suprema, all'indomani dell'insediamento del Presidente Biden l'approccio degli studiosi sembrerebbe deporre per una ulteriore spinta, seppur di segno contrario rispetto a quella del quadriennio precedente, nella direzione della politicizzazione della magistratura. La tendenza trae probabilmente origine da una disincantata presa d'atto dello stato dell'arte in ordine alla composizione delle Corti, *in primis* la Corte Suprema, oggi caratterizzata, come si è detto, da una maggioranza conservatrice di 6 a 3, tendenzialmente destinata a restare immutata a lungo, viste le credenziali anagrafiche dei giudici di nuova nomina. Non stupisce, quindi, ed anzi appare quasi inevitabile, che siano invocati rimedi quali l'ampiamiento della composizione della Corte Suprema (su cui la Costituzione non prescrive indicazioni vincolanti) e che *medio tempore* si auspichi che l'attuazione di leggi di impronta progressista sia garantita da giudici federali e statali di nuova nomina¹⁰⁰. Così, il Presidente Joe Biden, a

⁹⁷ In questi termini cfr. M. TARUFFO, *Sui Confini*, cit., p. 191.

⁹⁸ Il tema della competitività dei modelli processuali è uno degli strumenti di indagine in merito al dibattito concernente la armonizzazione dei sistemi di diritto processuale. Si veda in merito C. H. VAN RHEE, *Civil Procedure Beyond National Borders*, cit., pp. 15 ss., spec. pp. 21 ss. Sulla crisi del modello *adversary* americano, quanto meno se inteso nella sua funzione “pura” e ideale, cfr. M. TARUFFO, *Il processo civile adversary nell'esperienza americana*, cit., pp. 259 ss.

⁹⁹ Sulle funzioni del processo in prospettiva comparata, cfr. M. R. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere*, cit., pp. 133 ss.

¹⁰⁰ Osserva emblematicamente E. CHEMERINSKY, *The New Supreme Court*, in *Calif. L. Rev. Online*, gennaio 2021: «For conservatives, what I have described is an occasion for great celebration. They have succeeded in their goal of a very conservative Court. For liberals, like me, the challenge is enormous. No longer can we imagine the Court as a possibility for progressive change. We must look to state courts and the political process for that, while fearing how the Court will

pochi mesi dall'elezione e dal (travagliato) trasferimento dei poteri, ha annunciato la nomina di undici nuovi giudici nel sistema federale, segnando un nuovo *record* nella storia americana per il numero delle nomine in un breve lasso temporale dall'insediamento della nuova amministrazione presidenziale¹⁰¹. Il Presidente ha altresì nominato una commissione *bipartisan* di esperti incaricata di studiare possibili riforme della Corte Suprema¹⁰². Tale attivismo viene giustificato da esigenze di riequilibrio, ma è evidente come gli strumenti impiegati appaiono ispirarsi ad una filosofia non troppo distante da quella caratterizzante il precedente quadriennio. Se da un lato, come in un cortocircuito, sembrano saltati e quasi invertiti i poli dell'oscillazione attorno alla concezione del giudice, tra mero garante del rispetto delle regole del gioco e alfiere della “*living Constitution*”¹⁰³, dall'altro lato occorre evidenziare che la dialettica tra opposte concezioni ideologiche sul ruolo dei giudici, del processo, della politica è connaturata a quella democrazia ed auspicabilmente potrà tornare a svolgersi in un clima meno pericoloso (di cui peraltro faticano a scorgersi i segni).

Nei sistemi di *common law* l'esplicito riconoscimento del ruolo politico e creativo dei giudici è controbilanciato da una particolare concezione dei canoni di imparzialità e terzietà, che devono essere misurati unicamente in relazione ai casi concreti oggetto di controversia, più che in termini di autonomia e indipendenza rispetto agli altri poteri dello Stato¹⁰⁴. Ciò, come forse confermato dalle descritte vicende della Corte Suprema, da un lato, e dei giudici intervenuti nel contenzioso elettorale, dall'altro lato, può condurre ad esiti altalenanti, non sempre appaganti sul piano del funzionamento del sistema democratico, ma i criteri di nomina del *judiciary* non sembrano soffrire di quell'opacità che viene oggi fortemente denunciata nel sistema italiano.

Viceversa, tornando alle vicende concernenti le nomine dei magistrati in Italia da cui si sono prese le mosse, la lettera della Costituzione rassicura nel delineare il profilo della magistratura come un potere

strike down progressive federal, state, and local laws. We also must consider reforms of the Supreme Court - such as increasing its size - if we want an alternative to a far-right Supreme Court for a long time to come».

¹⁰¹ Come riporta il [Comunicato](#) dal titolo *President Biden Announces Intent to Nominate 11 Judicial Candidates*, comparso sul sito ufficiale della Casa Bianca, www.whitehouse.gov, il 30 marzo 2021, «The intent to nominate 11 individuals today is faster than any President in modern history. With respect to Circuit and District Courts, none of the last four administrations had nominated more than two candidates by this point in their presidency». Il Presidente Biden ha poi proseguito a ritmi da *record* nelle nomine giudiziarie durante il proprio primo anno di mandato, cfr. R. WHEELER, *Biden is appointing judges faster than Trump, and most everyone else—for now*, in www.brookings.edu, 2 settembre 2021.

¹⁰² Cfr. [Press Release](#), *President Biden to Sign Executive Order Creating the Presidential Commission on the Supreme Court of the United States*, 9 aprile 2021. In tema, D. EPPS – G. SITARAMAN, *The Future of Supreme Court Reform*, in 134 *Harv. L. Rev.* (2021), pp. 398 ss.

¹⁰³ Sull'oscillazione del mito del giudice tra garante delle «regole del gioco» e «operatore sociale», cfr. M. TARUFFO, *Il processo civile adversary nell'esperienza americana*, cit., p. 194. Il paradosso per cui l'approccio fondamentalista-originalista finisce in realtà con l'essere fortemente ideologico è ben messo in rilievo da CASS. R. SUNSTEIN, *Radicals in robes*, cit., pp. 243 ss.

¹⁰⁴ Cfr. in proposito G. VERDE, *Giustizia, politica, democrazia*, cit., p. 98.



neutro e soggetto solo alla legge, ma poi la prassi rivela le difficoltà e contraddizioni di concepire «in un sistema democratico, un potere che desuma da sé stesso la sua legittimazione»¹⁰⁵.

Se ne ricava una ulteriore conferma in ordine all'impossibilità di individuare modelli perfetti o infallibili, poiché qualsiasi soluzione non può prescindere dall'esistenza di un rapporto dialettico di reciproco riconoscimento tra le contrapposte fazioni politiche, correntizie, professionali, laiche o togate, nonché dall'esistenza di un sistema di pesi e contrappesi nel quale deve necessariamente essere collocato anche il potere giudiziario.

¹⁰⁵ Così. G. VERDE, *Giustizia, politica, democrazia, cit.*, p. 95. Per riflessioni, anche in ottica riformistica, sul futuro del Consiglio Superiore della Magistratura cfr. altresì *ex multis* A. PROTO PISANI, *L'ineludibile "problema" del conferimento degli incarichi semidirettivi e direttivi della magistratura: la necessità di un serio dibattito*, in *Foro It.*, n. 6/2019, 5, pp. 301-310.