

LIBER AMICORUM
PER
PASQUALE COSTANZO

ROBERTO TONIATTI

**LA CORTE SUPREMA CONFERMA LA SANZIONABILITÀ
DEI COMPONENTI “INFEDELI”
DELL’ELECTORAL COLLEGE PRESIDENZIALE**

20 LUGLIO 2020



Roberto Toniatti
**La Corte suprema conferma la sanzionabilità dei componenti “infedeli”
dell’*Electoral College* presidenziale**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La genesi dell’*Electoral College*. – 3. La giurisprudenza della Corte suprema. – 4. Considerazioni conclusive.

L’*Electoral College* (EC) - che, ogni quattro anni, esercita la propria unica funzione costituzionale di procedere all’elezione del Presidente degli Stati Uniti - si propone come un organo che, benché tendenzialmente oscurato dalle dinamiche politiche del voto popolare, riveste in realtà un significativo rilievo di natura sistematica nel contesto della forma di stato e di governo federale.

L’EC, infatti, rappresenta uno dei nodi istituzionali e procedurali attraverso i quali gli originari Stati membri, nell’esercizio della rispettiva quota della funzione costituente federale, hanno configurato il loro rapporto con riguardo all’elezione del titolare del potere esecutivo e, pertanto, hanno riservato a sé stessi un ruolo palesemente e sostanzialmente politico nel processo di selezione presidenziale; ruolo politico che risulta confermato – come effetto del riconoscimento implicito della rilevanza dei partiti politici - dalla revisione costituzionale espressa dalla rapida adozione del XII Emendamento (1804).

La disciplina costituzionale in proposito – né il testo originario dell’art. II che istituisce l’EC né il XII Emendamento che ne razionalizza in parte i profili procedurali – non chiarisce se i suoi componenti (*Electors*, Elettori) siano investiti di una propria autonoma discrezionalità individuale nella scelta del candidato presidenziale cui destinare il proprio voto per conto dello Stato membro, ovvero se essi siano meri esecutori automatici di una opzione politica derivante unicamente dagli Stati membri e agli stessi unicamente imputabile; né chiarisce, rispetto a questa seconda soluzione, se gli Stati membri possano legittimamente prevedere una forma di sanzione nell’eventualità in cui un Elettore voti in modo difforme dal vincolo di mandato.

Una precedente decisione della Corte Suprema - *Ray v. Blair* (1952) - aveva risolto il primo problema, nel senso del riconoscimento della natura vincolata del voto da esprimersi in seno all’EC da parte di ciascun Elettore; la decisione odierna – *Chiafalo and Others v. Washington* (2020)¹ -, invece, completa il percorso giurisprudenziale di perfezionamento della disciplina in materia, sostenendo la sanzionabilità dell’Elettore infedele.

L’odierna decisione della Corte Suprema si è resa necessaria per superare il contrasto che, nella fattispecie, si era manifestato fra una sentenza di prima grado di un giudice statale che aveva sostenuto le ragioni degli attori² e quella di una corte d’appello federale che delle disposizioni in parola aveva dato un’interpretazione contrapposta.³

¹ Cfr. *Peter B. Chiafalo, Levi Jennet Guerra, and Esther Virginia John, Petitioners v. Washington*, No. 19–465, decisione del 6 luglio 2020. Si tratta di una decisione assunta, nel merito, all’unanimità, redatta dal Giudice Kagan e sottoscritta dal *Chief Justice* Roberts e dai Giudici Ginsburg, Breyer, Alito, Sotomayor, Gorsuch e Kavanaugh, con un’opinione concorrente del Giudice Thomas, alla cui Parte II ha aderito il Giudice Gorsuch.

² Cfr. *Chiafalo v. Washington*, I: “The Electors challenged their fines in state court, arguing that the Constitution gives members of the Electoral College the right to vote however they please. The Washington Superior Court rejected the Electors’ claim in an oral decision, and the State’s Supreme Court affirmed that judgment [...] The court relied heavily on our decision in *Ray v. Blair* upholding a pledge requirement—though one without a penalty to back it up. [...] In the state court’s view, Washington’s penalty provision made no difference. Article II of the Constitution, the court noted, grants broad authority to the States to appoint electors, and so to impose conditions on their appointments. [...] And nothing in the document “suggests that electors have discretion to cast their votes without limitation or restriction by the state legislature”.

³ Cfr. *Chiafalo v. Washington*, II: “A few months later, the United States Court of Appeals for the Tenth Circuit reached the opposite conclusion in a case involving another faithless elector. See *Baca v. Colorado Dept. of State*, 935 F. 3d 887 (2019). The Circuit Court held that Colorado could not remove the elector, as its pledge law directs, because the Constitution “provide[s] presidential electors the right to cast a vote” for President “with discretion”. We granted certiorari to resolve the split”.

La decisione della Corte in *Chiafalo* presenta un valore sistematico in quanto - al di là di quanto si possa ricavare dal testo costituzionale che, a nostro giudizio e come si dirà oltre, rimane di per sé ambiguo – si collega all’originario processo costituente dell’ordinamento federale e alla volontà politica degli Stati contraenti il *pactus foederis* di riservare a sé il controllo di profili vitali dell’organizzazione e dell’esercizio delle funzioni di tutti gli organi federali.⁴

Questa circostanza, a sua volta, si rivela decisiva in una prospettiva comparata per delineare una distinzione di fondo che ancora mantiene il suo valore fra il modello federale “classico” rispetto alle esperienze di tipo regionale (che sono il risultato di un processo di decentramento politico di uno Stato unitario)⁵: in tale contesto, infatti, le Regioni che ne derivano non dispongono materialmente della possibilità di introdurre nel testo costituzionale strumenti di garanzia di tipo compensativo rispetto ad un loro – storicamente inesistente - originario *status* sovrano.⁶ Proprio la presenza e lo spessore di tali strumenti compensativi si conferma essere un aspetto tipico di un ordinamento federale di origine centripeta rispetto ad un ordinamento regionale di natura centrifuga e contribuisce a definire – fra i due modelli – differenze d’ordine qualitativo e non solo quantitativo.⁷

La previsione dell’*EC* si colloca, infatti, nel medesimo contesto sistematico che ha caratterizzato la competenza legislativa statale in materia elettorale anche federale (rimasta benché sottoposta ai limiti derivanti dall’adozione dei *Civil War Amendments* con la rispettiva *implementation clause*), la pari rappresentanza degli Stati membri nel Senato federale e le sue competenze differenziate rispetto a quelle della *House of Representatives* (giudizio finale in relazione a procedimenti di *impeachment*, ratifica dei trattati internazionali con una maggioranza dei due terzi, conferimento dell’*advice and consent* su tutte le proposte presidenziali per la nomina dei titolari di funzioni federali, fra le quali quelle giudiziarie). Non a caso la dottrina statunitense – senza elaborarne ulteriormente la nozione teorica – parla in questi casi di un Senato *in executive session*.

⁴ In tale prospettiva si richiama l’impostazione di A. LA PERGOLA, *Residui contrattualistici e struttura federale nell’ordinamento degli Stati Uniti*, Giuffrè, 1969; in argomento si rinvia anche a N. OLIVETTI RASON, *La dinamica costituzionale negli Stati Uniti*, Cedam, 1984.

⁵ Il modello federale “classico” – per autorevolezza, continuità storica, coerenza sistematica, idoneità effettiva a fungere da modello per altre esperienze – è rappresentato, a nostro giudizio, dagli ordinamenti della Svizzera, degli Stati Uniti e della Germania. Tuttavia, rispetto alla pluralità delle esperienze suscettibili di analisi comparata dal punto di vista di una ispirazione compatibile con una generale (e generica) “*federal idea*” coincidente con una “*combination of self-rule and shared-rule*” (D. J. ELAZAR, *Exploring Federalism* University of Alabama Press, 1987, 5) si aderisce peraltro all’orientamento incline a “*living without definitions*”, secondo il quale “[...] as the is no agreed definition of federalism – nor can there be one – the federal state is also extremely difficult to define. Even more debatable is the legal distinction between federal and regional states and, to some extent, also between other categories, all of which are nonetheless somehow related to the federal idea”, così in F. PALERMO and K. KÖSSLER, *Comparative Federalism. Constitutional Arrangements and Case Law*, Bloomsbury, 2017, 64 s.

⁶ Una posizione a parte rivestono verosimilmente quelle Regioni speciali o differenziate che sono titolari - in base alla storia, all’identità, al territorio, ad un *hecho diferencial* - di un’autonomia asimmetrica che ne riconosce una diversità di natura qualitativa e non solo quantitativa (in rapporto alle competenze) rispetto ad altre Regioni “ordinarie”, come avviene in Italia e Spagna nonché nel Regno Unito nel quale ciascuna entità destinataria dei processi di *devolution* è connotata da un regime diverso rispetto alle altre. Per l’ordinamento italiano rinviamo a R. TONIATTI, *La specialità regionale e il regionalismo asimmetrico nella prospettiva della riforma costituzionale*, in *Italian Papers on Federalism*, ISSIRFA, nn. 1-2, 2016, in <http://italianpapersonfederalism.issirfa.cnr.it/homepage.html> nonché a R. TONIATTI, *Asimmetrie regionali, identità culturale e competitività dei territori: I titoli fondativi dell’autonomia speciale e le incognite della revisione statutaria*, in F. PALERMO e S. PAROLARI (a cura di), *Il futuro della specialità regionale alla luce della riforma costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, 13 ss.

⁷ Occorre precisare che, sia pure con diverso significato di natura più ideale e simbolica, un collegamento fra le unità territoriali costitutive l’ordinamento federale e quello regionale e il rispettivo Presidente è stato previsto anche dalla Costituzione tedesca (art. 55: il Presidente federale è eletto da una Convenzione federale composta dai membri del *Bundestag* e da uno stesso numero di membri eletti su base proporzionale dalle Assemblee legislative dei *Länder*) e da quella italiana (art. 83: il Presidente viene eletto dal Parlamento in seduta congiunta e da tre delegati eletti dai Consigli regionali – tranne la Valle d’Aosta/*Vallée d’Aoste* che ne elegge uno) con la garanzia della rappresentanza delle minoranze). L’Austria ha optato per l’elezione popolare diretta, la Svizzera non ha un organo comparabile e Belgio e Spagna sono monarchie.

Per quanto riguarda, più in particolare, le funzioni del Senato, giova richiamare la sua originaria composizione riconducibile, all'inizio, al voto delle Assemblee legislative statali poi sostituito dal XVII Emendamento (1913) che lo ha assegnato al corpo elettorale di ciascuno Stato membro. In proposito occorre porre in evidenza come – a differenza di quanto avvenuto con l'EC – non si sia mai prospettata e consolidata, neppure nella prassi, la soggezione dei senatori federali a istruzioni direttive o mandati vincolanti da parte delle Assemblee che li eleggevano.⁸

Nondimeno, al di là dell'impianto sistematico risultante dalla volontà storico-politica degli Stati costituenti – riflesso nel dibattito per la ratifica della Costituzione federale e perfezionato con l'adozione del X Emendamento (1791) –, la dinamica del *federalising process* ha assecondato un'evoluzione divergente da quella visione⁹, che è sostanzialmente venuta meno con la fine della guerra civile ed è stata sostituita da una concezione tendenzialmente e selettivamente unitaria dell'ordinamento federale che si è costruito attorno al mito della nazione, alla “mistica” della sua religione civile ed alla teoria dell'eccezionalismo statunitense.¹⁰

Nella prospettiva di tale evoluzione – ricostruita però come conforme alla visione originaria - è solo conseguente, pertanto, che si sia affermato che “*it is clear that the Constitution was effective and successful because, in contrast to all previous federalisms, it made the central government formally independent of the states, leaving the states no effective constitutional means to control national decisions*”; e che “*altogether, therefore, the Constitution provided for a national government largely independent of the federated governments. It contemplated, of course, that the people of the states would control the national government. But it contemplated also that the control would be direct, not through the agency of state governments*”.¹¹

L'EC – anche in ragione della sua natura di organo costituzionale “intermittente”, privo di continuità funzionale e di una struttura permanente - si è dunque sottratto allo sviluppo centralizzatore che ha invece caratterizzato il Senato e ha confermato in una prassi ininterrotta la sua natura di istituzione di raccordo fra la volontà dello Stato membro e la funzione elettorale del Presidente e del Vicepresidente.¹² Del resto, lo Stato membro è il titolare dei seggi nell'EC, calcolati in base alla somma del numero permanente dei (due) seggi in Senato e del numero (variabile) dei seggi nella *House of Representatives*, periodicamente ri-attribuiti secondo il risultato del censimento della popolazione condotto in base agli Stati che la Costituzione federale prevede si svolga ogni dieci anni.

L'opinione della Corte Suprema in *Chiafalo* si basa principalmente sul dato testuale della disposizione dell'art. II, sez. 1, clausola 2 quale risulta integrato dal testo del XII emendamento e sul

⁸ In argomento rimane di grande interesse la ricostruzione offerta in W. H. RIKER, *The Senate and American Federalism*, in *American Political Science Review*, 1955, 452 s.

⁹ Per una ricognizione del pensiero di Giovanni Bognetti che è stato il più autorevole studioso italiano del *federalising process* ci permettiamo di rinviare a R. Toniatti, *Federalismo e separazione dei poteri*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Giovanni Bognetti comparatista*, Gruppo 24 Ore, 2014, 139 ss.

¹⁰ Per tale inquadramento rinviamo a R. TONIATTI, *La "nazione costituzionale": genesi e consolidamento dell'identità repubblicana dell'ordinamento federale statunitense quale Stato-nazione*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2011, 1150 ss.

¹¹ Così in W. H. RIKER, *op. ult. cit.*, 454.

¹² Si è precisato in proposito che “except for the few occasions when sectionalism has been organized by state governments, the Senate has not been a peripheralizing institution. This failure of the Senate to represent state governments is a crucial constitutional development, for thus was achieved the centralizing purpose of the Convention of 1787 in spite of the miscalculation of the delegates”; tuttavia, la medesima dottrina ha anche sostenuto, non senza contraddizione, una diversa dinamica, risalente a “[...] the development of the role of the *Senate from the representation of state governments, which was the role initially intended*, to the representation of the people of the states, which was the role finally played. This change of role has two chronological phases. The earlier phase - and for that reason probably the more important - is the *gradual failure of state legislatures to enforce their instructions to senators*. The second phase is the gradual transfer of the power to elect senators from legislatures to the people, a transfer that starts with the public canvass and culminates in the Seventeenth Amendment. By the completion of these two changes, *the Senate was divorced wholly from state governments and could not possibly have the effect that the founding fathers expected*” (il corsivo è aggiunto), W. H. RIKER, *op. cit.*, 455.

dato storico di una prassi ininterrotta al quale, come spesso si verifica con la decisioni della Corte, viene conferito un valore euristico altamente persuasivo.¹³

In base a tali motivi, per un commento della sentenza richiamata sarà indispensabile soffermarsi sia sulla formulazione del testo costituzionale sia anche sulla prassi, incisivamente condizionata dal modo di essere del sistema politico e dalla sua capacità di condizionare la disciplina legislativa degli Stati membri in materia elettorale anche quando destinata all'elezione di organi federali.

2. La genesi dell'Electoral College.

È ben noto che la configurazione dell'organo esecutivo del nuovo ordinamento federale è stata materia di ampio confronto sia in seno alla Convenzione costituente di Filadelfia del 1787¹⁴, sia nel corso del dibattito per la ratifica della Costituzione federale negli Stati.¹⁵ La problematicità della configurazione dell'organo esecutivo si è riflessa anche nella definizione del relativo procedimento elettorale, oggetto di numerose proposte alternative.¹⁶

Il compromesso finale cadde sulla scelta di prevedere un organo *ad hoc* – appunto l'*Electoral College* - costituito dalla somma dei senatori e dei membri della *House of Representatives* eletti in ciascuno Stato, titolare della competenza legislativa in materia.¹⁷

Importante ricordare anche che era stato previsto un meccanismo supplementare: nel caso in cui l'*EC* non fosse riuscito ad esercitare la propria funzione, infatti, sarebbero subentrati nel suo esercizio la Camera dei Rappresentanti per l'elezione del Presidente e il Senato per quella del Vicepresidente. Entrambe le Camere, però avrebbe votato come delegazione di Stato potendo esprimere un solo voto.

¹³ Cfr. *Chiafalo v. Washington, II*: “The Constitution’s text and the Nation’s history both support allowing a State to enforce an elector’s pledge to support his party’s nominee—and the state voters’ choice—for President”; e “Long settled and established practice” may have “great weight in a proper interpretation of constitutional provisions” (sul quale si veda un commento nelle conclusioni di questa nota).

¹⁴ Per un resoconto dettagliato dei lavori cfr. C. ROSSITER, *1787 The Grand Convention*, Norton, 1987, 198 ss.; la soluzione fu alla fine elaborata e proposta da un *committee for postponed matters, ibidem*, 218 ss.; sulle alternative esaminate cfr. J. A. BEST, *The Presidency and the Executive Power*, in L. W. LEVY and D. J. MAHONEY (eds), *The Framing and the Ratification of the Constitution*, Macmillan, 1987, 214 ss.

¹⁵ Si è sostenuto che “the task of structuring the executive branch was one of the most difficult issues facing the convention. Some delegates saw a single executive as no different from a king, especially if his term were lengthy and he was eligible to be reelected” in P.T. CONLEY and J.P. KAMINSKI (eds), *The Constitution and the states. The Role of the Original Thirteen in the Framing and Adoption of the Federal Constitution*, Madison House, 1988, 11.

¹⁶ Da ricordare che “the framers of the Constitution had a great deal of difficulty in working out the procedures for selecting the President and Vice President. Selection by Congress was rejected on the theory that it would make the President dependent on Congress and would violate the doctrine of separation of powers. Election by the state legislatures was rejected because of lack of confidence in these bodies, which “has betrayed a strong propensity to a variety of pernicious measures”. Direct popular election was rejected because of the less populous states felt that the more populous states would always elect the President, and because most of the delegates thought that the extent of the country rendered “it impossible that the people can have the requisite capacity to judge of the respective pretensions of the Candidates”. So, for lack of something better, the framers devised the system set forth in Section 1, paragraph 3 [...], da J.W. PELTASON, *Understanding the Constitution*, 8th ed., Holt, Rinehart and Winston, 1979, 90 s.; si è osservato anche che con l'adozione dell'elezione presidenziale da parte del Congresso “the United States would have had a form of government much more akin to those of the parliamentary democracies of the world, where the chief executive – the prime minister – is chosen by, and from, the legislature and remains on office only so long as he or she holds the confidence of the majority of that body”, in J. L. SUNDQUIST, *Constitutional Reform and Effective Government*, The Brookings Institution, 1986, 25.

¹⁷ È sintomatico notare che “many Anti-Federalists [...] agreed [...] that the office of the President and the *mode of his election* were well conceived”, come osservato in H. J. STORING, *What the Anti-Federalists Were For. The political thought of the opponents of the Constitution*, University of Chicago Press, 1981, 49 (il corsivo è aggiunto). Giudizio analogo in *The Federalist Papers No. 68* di A. Hamilton): “The mode of appointment of the Chief Magistrate of the United States is almost the only part of the system, of any consequence, which has escaped without severe censure or which has received the slightest mark of approbation from its opponents”.

La duplice circostanza per la quale all'EC venga attribuita una sola occasione per esprimere il voto, senza alcuna possibilità di rimanere in funzione alla ricerca negoziale di nuovi equilibri di maggioranza e per la quale ai membri di ciascuna Camera – nell'esercizio del rispettivo ruolo supplementare - venga attribuito un solo voto unitario per delegazione di Stato contribuisce a confermare il quadro sistematico sopra descritto secondo il quale, a nostro giudizio, l'EC non fosse stato concepito come organo con una propria autonoma individualità politica ma come mera aggregazione occasionale di opzioni politiche già maturate e definite. E tale concezione, volta alla valorizzazione del ruolo degli Stati membri nella selezione presidenziale, si esprime altresì nel meccanismo alternativo predisposto e nella previsione del voto unitario della “delegazione” congressuale di ciascuno Stato membro della rispettiva Camera.

Nell'elezione presidenziale del 1800, due candidati (Thomas Jefferson e Aaron Burr)¹⁸ ebbero lo stesso numero di voti e questo risultato viene unanimamente collegato dalla dottrina al consolidamento dei due partiti maggiori – federalisti ed antifederalisti – al di là dell'orizzonte politico degli Stati e, di conseguenza, si pose mano al metodo elettorale con l'introduzione del XII Emendamento (1804)¹⁹: gli Elettori sono così chiamati non più a votare in modo generico per due candidati bensì in modo specifico per il candidato Presidente e per il candidato Vicepresidente.

Rimane invece sempre in vigore l'originaria disposizione dell'art. II che, senza intervenire testualmente sulla formazione della volontà del voto ai fini della partecipazione dello Stato al procedimento elettorale federale dell'EC, prescrive la competenza statale circa la designazione degli Elettori (“*in such Manner as the Legislature thereof may direct*”).²⁰

Tutti gli Stati membri hanno attualmente disciplinato tale designazione come risultato di un'elezione popolare diretta organizzata in modo da corrispondere alla scelta dei candidati Presidenti operata dalle *Conventions* nazionali dei partiti politici, al punto che spesso i nomi dei candidati Elettori neppure compaiono nella scheda elettorale presentata ai cittadini al momento del voto.²¹ Il sistema elettorale – *first past the post* - produce l'attribuzione della maggioranza di tutti i voti popolari ad una sola lista di candidati Elettori titolari dei “seggi” dello Stato in seno all'EC individuati in base al collegamento con uno dei candidati presidenziali.

L'EC – al quale pure viene imputata l'elezione formale del Presidente e del Vicepresidente in una data unica deliberata dal Congresso (“*the first Tuesday after the first Monday in December in presidential elections years*”) – tende a scomparire persino dai *mass media* rispetto alla data – anch'essa unica - veramente cruciale (“*the first Tuesday after the first Monday in November*”) nella quale i cittadini di fatto eleggono Presidente e Vicepresidente ancorché, nella forma, essi non facciano altro che votare gli Elettori collegati ad uno dei candidati Presidente in combinazione predeterminata con il candidato Vicepresidente.

Il passaggio fra il voto popolare, autenticamente decisivo e il voto dell'EC si è fisiologicamente consolidato nel contesto di ciascuno Stato come meccanicamente riproduttivo del primo anche in ragione della sua attitudine ad assecondare il modo di essere del sistema politico tendenzialmente bipartitico.

Il manifestarsi di comportamenti non conformi – per quanto occasionali - e il conseguente contenzioso ha richiesto di procedere alla ricerca della norma attraverso l'interpretazione del dato

¹⁸ In questo caso la vittoria di Thomas Jefferson fu assicurata dal voto della Camera dei Rappresentanti. Il ricorso al voto supplementare fu richiesto ancora per l'elezione del Presidente J. Q. Adams (1824) del Vicepresidente R.M. Johnson (1837).

¹⁹ In materia sono ulteriormente intervenuti il XX ed il XXV Emendamento.

²⁰ Questo è il testo: “Each State shall appoint, in such Manner as the Legislature thereof may direct, a Number of Electors, equal to the whole Number of Senators and Representatives to which the State may be entitled in the Congress: but no Senator or Representative, or Person holding an Office of Trust or Profit under the United States, shall be appointed an Elector”.

²¹ Nel corso del tempo, tuttavia “some state legislatures have directed the selection of electors by the legislature itself, by the voters in districts, by the voters of the entire state, and by a combination of these methods”, in J.W. PELTASON 89 s.

costituzionale qui ricostruito nei suoi lineamenti di contesto che, come si vedrà, consentono anche di fare affidamento sulla prassi consolidata.²²

3. La giurisprudenza della Corte suprema.

La Corte suprema solo occasionalmente è stata investita del giudizio in materia di disciplina dell'EC²³ e, in quelle rare occasioni, la sua giurisprudenza - che parte dal caso *Ray v. Blair* del 1952 e arriva sino al caso *Chiafalo and Others v. Washington* del 2020 qui in esame - ha espresso un orientamento interpretativo costante ma, come vedremo nel dettaglio, non immune da *dissenting* ovvero da *concurring opinions*.

3.1 In *Ray v. Blair*²⁴ la Corte ha privilegiato un approccio interpretativo di tipo negativo, precisando che il requisito della manifestazione di un impegno di voto imposto ai candidati Elettori non è incompatibile con la disposizione costituzionale (“*We conclude that the Twelfth Amendment does not bar a political party from requiring the pledge to support the nominees of the National Convention. Where a state authorizes a party to choose its nominees for elector in a party primary and to fix the qualifications for the candidates, we see no federal constitutional objection to the requirement of this pledge*”).

La conclusione merita più di un commento. In primo luogo, osserviamo che essa è sufficiente a negare, ma solo implicitamente, la tesi sostenuta dal candidato Elettore ricorrente e confermata dalla Corte suprema dello Stato, secondo la quale, a fronte della prassi dei partiti politici e della legislazione di molti Stati membri di formalizzare tale obbligo con l'adozione di specifiche “*pledge laws*”, si poneva il contenuto prescrittivo del XII Emendamento il quale, nonostante la prassi fondata esclusivamente sul fattore della *party loyalty*, garantisce la libertà di voto del componente l'EC.²⁵ In

²² Si è osservato in proposito che “current case law such as *Ray v. Blair* (1952) allows the states to present voters with ballots that list only the presidential candidates (even though the votes for a candidate are really for his party’s slate of electors), and also permits the states to pass laws requiring electors to pledge that, if chosen, they will vote for their party’s candidate. Electors rarely do otherwise, though *the enforceability of those pledges against a wayward elector remains unsettled*”, E. Elhauge, *entry Presidential Electors*, in E. MEESE III, M. SPALDING, D. Forte (eds), *The Heritage Guide to the Constitution*, The Heritage Foundation, 2005, 185 (il corsivo è aggiunto).

²³ Molto più frequentemente la materia – della quale si è evidentemente privilegiata la qualificazione come di competenza statale - si è esaurita in una giurisprudenza statale relativamente copiosa (puntualmente citata nelle sentenze di cui nel testo).

²⁴ *Ray Chairman of the State Executive Committee of the Democratic Party v. Blair*, 343 U. S. 214 (1952). La decisione è stata resa dal Giudice Reed. I fatti: Edmund Blair, membro del Partito Democratico, candidato Elettore presidenziale nelle elezioni primarie in vista della National Convention e in seguito dell'EC, si era rifiutato di assumere il richiesto impegno (*pledge*) *to aid and support the nominees of the National Convention of the Democratic Party for President and Vice-President of the United States*". Nei precedenti gradi di giudizio sino alla Corte suprema dello Stato dell'Alabama, quel rifiuto era stato considerato legittimo in quanto il requisito ad impegnarsi a votare il candidato Presidente del partito era valutato alla stregua di una compressione di un diritto costituzionale dell'Elettore (“the above requirement restricted the freedom of a federal elector to vote in his Electoral College for his choice for President. [...] The pledge was held void as unconstitutional under the Twelfth Amendment of the Constitution of the United States”). Così i fatti come riassunti dalla Corte suprema federale in *Ray*.

²⁵ Così si era espresso la Corte suprema dell'Alabama: : “We appreciate the argument that from time immemorial, the electors selected to vote in the college have voted in accordance with the wishes of the party to which they belong. But in doing so, the effective compulsion has been party loyalty [...] That theory has generally been taken for granted, so that the voting for a president and vice-president has been usually formal merely. But the Twelfth Amendment does not make it so. The nominees of the party for president and vice-president may have become disqualified, or peculiarly offensive not only to the electors but their constituents also. They should be free to vote for another, as contemplated by the Twelfth Amendment”. Non mancarono le opinioni dissenzienti, portate a privilegiare, invece, la prassi storica e la logica del sistema democratico fondato sui partiti politici, come richiamato in *Ray* (“In urging a contrary view the dissenting Alabama justices, in supporting the right of the Committee to require this candidate to pledge support to the party nominees, said: “Any other .view, it seems, would destroy effective party government and would privilege any candidate,

un altro passaggio conclusivo, la Corte suprema in *Ray* definisce tale libertà di voto come “an assumed constitutional freedom of the elector under the Constitution, Art. II, § 1, to vote as he may choose in the electoral college”.

In secondo luogo, la Corte ammette che non è agevole ricavare una norma precisa dal XII Emendamento e riconosce altresì che anche dal punto di vista sistematico il ruolo degli Elettori non può non essere riconosciuto come ambivalente, in relazione alla qualificazione – statale e federale – della funzione di voto in seno all’EC.²⁶

Nondimeno, la Corte sottolinea come il valore sistematico della competenza costituzionalmente attribuita agli Stati membri di procedere alla designazione degli Elettori includa anche la competenza a disciplinare i modi per assicurare la corrispondenza fra l’opzione politica circa la scelta del candidato Presidente da parte dello Stato e il voto effettivo del candidato Elettore in seno all’EC.²⁷ E ribadisce come dal XII Emendamento non possa ricavarsi una norma idonea ad invalidare una *pledge law* e dunque ad inibirne la prassi ai partiti politici.²⁸

Inoltre, adottando quella che la Corte stessa qualifica come una “*long-continued practical interpretation of the constitutional propriety of an implied or oral pledge of his ballot by a candidate for elector as to his vote in the electoral college*”, la decisione fa riferimento alla continuità nel tempo della prassi *de qua*.²⁹

La *dissenting opinion* merita attenzione per almeno tre motivi accomunati dall’attento riferimento alle fonti e dall’adozione di un orientamento interpretativo molto lontano da quella *practical interpretation* assunto dalla maggioranza nell’esercizio – come il dissenso ci aiuta a capire – di una palese *judicial deference* alla funzionalità del sistema quale esso è.³⁰

La premessa è il riconoscimento della prescrizione costituzionale della libertà di voto dell’Elettore e, pertanto, della inammissibilità di ogni obbligo ad impegnarsi a votare secondo le indicazioni del partito: la libertà di voto discende dal XII Emendamento ma, in assenza di disciplina legislativa del Congresso fondata sulla natura federale della funzione di voto per un candidato Presidente, essa è stata sottoposta alla legislazione restrittiva da parte degli Stati.³¹

regardless of his political persuasion, to enter a primary election as a candidate for elector and fix his own qualifications for such candidacy. This is contrary to the traditional American political system”).

²⁶ Questo il ragionamento della Corte: “The applicable constitutional provisions on their face furnish no definite answer to the query whether a state may permit a party to require party regularity from its primary candidates for national electors. The presidential electors exercise a federal function in balloting for President and Vice-President but they are not federal officers or agents any more than the state elector who votes for congressmen. They act by authority of the state that in turn receives its authority from the Federal Constitution. Neither the language of Art. II, § 1, nor that of the Twelfth Amendment forbids a party to require from candidates in its primary a pledge of political conformity with the aims of the party. Unless such a requirement is implicit, certainly neither provision of the Constitution requires a state political party, affiliated with a national party through acceptance of the national call to send state delegates to the national convention, to accept persons as candidates who refuse to agree to abide by the party's requirement”.

²⁷ Così si esprime la Corte in *Ryan*: “A state's or a political party's exclusion of candidates from a party primary because they will not pledge to support the party's nominees is a method of securing party candidates in the general election, pledged to the philosophy and leadership of that party. It is an exercise of the state's right to -appoint electors in such manner, subject to possible constitutional limitations, as it may choose. U. S. Const., Art. II, § 1”.

²⁸ Queste le parole della Corte: “we consider the argument that the Twelfth Amendment demands absolute freedom for the elector to vote his own choice, uninhibited by a pledge. It is true that the Amendment says the electors shall vote by ballot. But it is also true that the Amendment does not prohibit an elector's announcing his choice beforehand, pledging himself”.

²⁹ La Corte infatti afferma che “history teaches that the electors were expected to support the party nominees. Experts in the history of government recognize the long standing practice. Indeed, more than twenty states do not print the names of the candidates for electors on the general election ballot. Instead, in one form or another, they allow a vote for the presidential candidate of the national conventions to be counted as a vote for his party's nominees for the electoral college”.

³⁰ Il dissenso è del Giudice Jackson con l’adesione del Giudice Douglas.

³¹ Nella *dissenting opinion* si legge che “When chosen, they perform a federal function of balloting for President and Vice President, federal law prescribing the time of meeting, the manner of certifying “all the votes given by them,” and in detail how such certificates shall be transmitted and counted [...] But federal statute undertakes no control of their votes beyond providing “The electors shall vote for President and Vice President, respectively, in the manner directed by

In primo luogo, la *dissenting opinion* si sofferma sulla distinzione fra prassi elevata a consuetudine e fonte legislativa statale: alla seconda non è consentito adottare per legge una disciplina che può invece validamente rientrare nella prassi non solo seguita ma anche disposta dai partiti politici.³²

Il secondo motivo di attenzione alle argomentazioni dei giudici dissenzienti risale alla palese e rigorosa negazione del riconoscimento – decisivo nel ragionamento della maggioranza – del valore quasi-prescrittivo della prassi partitica e legislativa estesa nello spazio (gli Stati membri) e consolidata nel tempo circa l'imposizione di un obbligo di voto in capo ai candidati Elettori.

Tale assetto, infatti, non sarebbe affatto conforme alla logica costituzionale originaria dell'*EC* che, in tal senso – è questa è un'osservazione molto interessante alla luce della nostra ricostruzione circa le ambiguità di fondo dell'ordinamento federale - accomuna la libertà di voto degli Elettori e quella dei senatori.³³

Collocandosi esattamente all'opposto di quanto assunto dalla maggioranza della Corte, i giudici dissenzienti esprimono valutazioni radicalmente negative sull'intero impianto del sistema elettorale che si era venuto affermando.

Le critiche investono, dal punto di vista costituzionale, la riduzione dell'*EC* ad organo del tutto insignificante come risultato sia, nello specifico, della riduzione della figura politica dei suoi componenti³⁴ sia, a monte, della completa degenerazione del sistema politico a causa del ruolo pervasivo dei partiti politici che la decisione della maggioranza finisce per avallare e assecondare.³⁵

Al di là della controversia *de qua*, conviene leggere il senso della *dissenting opinion* come un'anticipazione di quella *landmark decision* della Corte in *Baker v. Carr* (1962)³⁶ intervenuta non molto tempo dopo, con la quale si è deliberato che la definizione delle circoscrizioni elettorali non è una *political question* ma è *justiciable* sotto il profilo dell'*equal protection clause* che deve garantire l'effettività del principio "*one man one vote*": si è trattato di una decisione che ha infranto il velo di

the Constitution" and the Constitution requires only that they "vote by ballot for President and Vice-President, one of whom, at least, shall not be an inhabitant of the same state with themselves. [...] the State has sought to achieve control of the electors' ballots. But the balloting cannot be constitutionally subjected to any such control because it was intended to be free, an act performed after all functions of the electoral process left to the States have been completed".

³² Si precisa, infatti, che "it may be admitted that this law does no more than to make a legal obligation of what has been a voluntary general practice. If custom were sufficient authority for amendment of the Constitution by Court decree, the decision in this matter would be warranted. Usage may sometimes impart changed content to constitutional generalities, such as "due process of law," "equal protection," or "commerce among the states." But I do not think powers or discretions granted to federal officials by the Federal Constitution can be forfeited by the Court for disuse. A political practice which has its origin in custom must rely upon custom for its sanctions".

³³ Si afferma, infatti, che "no one faithful to our history can deny that the plan originally contemplated, what is implicit in its text, that electors would be free agents, to exercise an independent and nonpartisan judgment as to the men best qualified for the Nation's highest offices. Certainly under that plan no state law could control the elector in performance of his federal duty, any more than it could a United States Senator who also is chosen by, and represents, the State".

³⁴ In tale prospettiva le parole della *dissenting opinion* sono del tutto chiare ed impietose: "electors, although often personally eminent, independent, and respectable, officially became voluntary party lackeys and intellectual nonentities to whose memory we might justly paraphrase a tuneful satire: they always voted at their Party's call. And never thought of thinking for themselves at all. As an institution the Electoral College suffered atrophy almost indistinguishable from *rigor mortis*".

³⁵ Le parole e l'assunzione di responsabilità sollecitata per la Corte suprema sono oltremodo esplicite: "the demise of the whole electoral system would not impress me as a disaster. At its best it is a mystifying and distorting factor in presidential elections which may resolve a popular defeat into an electoral victory. At its worst it is open to local corruption and manipulation, once so flagrant as to threaten the stability of the country. To abolish it and substitute direct election of the President, so that every vote wherever cast would have equal weight in calculating the result, would seem to me a gain for simplicity and integrity of our governmental processes. But the Court's decision does not even move in that direction. What it is doing is to entrench the worst features of the system in constitutional law and to elevate the perversion of the forefathers' plan into a constitutional principle. This judicial overturn of the theory that has come down to us cannot plead the excuse that it is a practical remedy for the evils or weaknesses of the system. The Court is sanctioning a new instrument of power in the hands of any faction that can get control of the Democratic National Convention to make it sure of Alabama's electoral vote [...] This device of prepledged and oath-bound electors [...] centralizes party control and, instead of securing for the locality a share in the central management, it secures the central management in dominance of the local vote in the Electoral College".

³⁶ *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962).

immunità che aveva consentito di intervenire in sede giurisdizionale contro le nefandezze di un sistema partitico arrogante e manipolatore, fra l'altro, anche nella prassi del *gerrymandering*. Benché la decisione non abbia a che fare con la contestata libertà di voto degli Elettori presidenziali, si può leggere in *Baker* un'eco dopo dieci anni del *j'accuse* contenuto della *dissenting opinion* dei Giudici Jackson e Douglas (ricordando che quest'ultimo è stato anche l'autore di una *concurring opinion* in *Baker*).

3.2 Nel caso *Chiafalo and Others v. Washington*, oggetto di questo commento, la Corte suprema ha potuto avvalersi della soluzione del problema logicamente prioritario – già risolto in *Ray*³⁷ – connesso all'*an* della legittimità del requisito posto dalla legislazione degli Stati membri ai candidati Elettori di impegnarsi a votare nell'*EC* in favore del candidato presidenziale del partito risultato vincente nello Stato secondo il voto degli elettori e ha dovuto affrontare un profilo più circoscritto e conseguente al primo, ossia quello della legittimità della previsione di una sanzione a carico dell'Elettore che, nonostante l'impegno, voti in modo difforme dall'impegno stesso e dalle direttive di partito e meriti pertanto la qualificazione di *Elettore infedele*.³⁸

Nondimeno, la Corte ripropone una propria ricostruzione di fondo della materia, partendo dalle difficoltà della Convenzione costituente (“Our Constitution’s method of picking Presidents emerged from an eleventh-hour compromise”) e dagli inconvenienti incontrati in sede di prima applicazione della formula prevista dall'originario testo costituzionale dell'art. II, sez. 2, clausola 2 (quale la parità di voto dei due candidati nell'*EC* e successiva elezione di Thomas Jefferson in virtù del voto supplementare della Camera dei Rappresentanti) sino all'adozione del XII Emendamento: rispetto a quest'ultimo, la Corte osserva che “the Amendment thus brought the Electoral College’s voting procedures into line with the Nation’s new party system”.³⁹

La Corte richiama altresì la prassi della previsione di numerose *pledge laws* statali volte a negare ogni spazio di praticabilità al comportamento *dei faithless Electors*⁴⁰ e fa riferimento altresì al fenomeno dell'inserimento nelle *pledge laws* di sanzioni che vanno al là dalla rimozione dalla compagine degli Elettori presidenziali e, in aggiunta, prevedono sanzioni di natura politica, come nel caso dello Stato di Washington in esame.⁴¹

Nella circostanza, i tre attori processuali avevano violato il proprio impegno ai fini dell'attuazione di un preciso disegno politico (alquanto contorto per un osservatore che non abbia familiarità con il funzionamento del sistema), ossia far venire meno il voto dell'*EC* e far scattare la competenza supplementare della *House of Representatives*, contando sul fatto che il voto della Camera avrebbe

³⁷ E la Corte puntualmente richiama il proprio precedente: “The States have devised mechanisms to ensure that the electors they appoint vote for the presidential candidate their citizens have preferred. With two partial exceptions, every State appoints a slate of electors selected by the political party whose candidate has won the State’s popular vote. Most States also compel electors to pledge in advance to support the nominee of that party. This Court upheld such a pledge requirement decades ago, rejecting the argument that the Constitution “demands absolute freedom for the elector to vote his own choice” *Ray v. Blair*, 343 U. S. 214, 228 (1952)”, in *Chiafalo and Others v. Washington*, I, 1.

³⁸ Così la Corte precisa l'oggetto puntuale del proprio nuovo intervento: “Today, we consider whether a State may also penalize an elector for breaking his pledge and voting for someone other than the presidential candidate who won his State’s popular vote. We hold that a State may do so”, *ibidem*, I, 1.

³⁹ Citazioni da *ibidem*, I, 4.

⁴⁰ Così la prassi *de qua* viene richiamata dalla Corte: “After the popular vote was counted, States appointed the electors chosen by the party whose presidential nominee had won statewide, again expecting that they would vote for that candidate in the Electoral College [...] In the 20th century, many States enacted statutes meant to guarantee that outcome—that is, to prohibit so-called faithless voting. Rather than just assume that party-picked electors would vote for their party’s winning nominee, those States insist that they do so. As of now, 32 States and the District of Columbia have such statutes on their books”, *ibidem*, I, 5.

⁴¹ La Corte precisa che “most relevant here, States began about 60 years ago to back up their pledge laws with some kind of sanction. By now, 15 States have such a system. Almost all of them immediately remove a faithless elector from his position, substituting an alternate whose vote the State reports instead. A few States impose a monetary fine on any elector who flouts his pledge”, *ibidem*, I, 5.

portato alla vittoria della candidata – propria e dello Stato – che era poi l’esito per il quale si erano impegnati ma per la quale candidata, per assicurarne la vittoria, non avevano votato.⁴²

I ricorrenti contro la sanzione – confermata dalla Corte suprema dello Stato di Washington – sostennero che “the Constitution gives members of the Electoral College the right to vote however they please”. E questa stessa tesi fu sostenuta anche da una corte federale per un altro caso di Elettori infedeli sanzionati nello Stato del Colorado. E per questo motivo la Corte suprema federale, oltre a richiamarsi alla propria giurisprudenza in *Ryan*, affronta la ricostruzione del fondamento della sanzionabilità contestata riproponendo, peraltro, anche in questa sede il duplice riferimento: “the Constitution’s text and the Nation’s history both support allowing a State to enforce an elector’s pledge to support his party’s nominee — and the state voters’ choice — for President”.⁴³

In primo luogo, dunque, si pone l’accento sul testo della disposizione costituzionale (art. II, sez. 1, clausola 2) il quale “grants broad authority to the States to appoint electors, and so to impose conditions on their appointments”: in altre parole, la potestà di nomina degli Elettori comprende in sé – sostiene la Corte – anche quella di apporre alla nomina delle condizioni. E in mancanza di un’indicazione costituzionale circa queste ultime, si riprende il ragionamento in negativo già utilizzato in *Ryan*, nel senso che “nothing in the document “suggests that electors have discretion to cast their votes without limitation or restriction by the state legislature”.⁴⁴

La Corte afferma che “the Constitution is barebones about electors”. Si ribadisce ancora che “Article II, §1’s appointments power gives the States far reaching authority over presidential electors, absent some other constitutional constraint”; se ne deduce che “the power to appoint an elector (in any manner) includes power to condition his appointment—that is, to say what the elector must do for the appointment to take effect” e, sempre con riguardo al testo, si rileva che “nothing in the Constitution expressly prohibits States from taking away presidential electors’ voting discretion as Washington does”.⁴⁵

Ulteriori riferimenti storici all’era costituente e ad alcune puntuali citazioni dal *Federalist*⁴⁶ nonché ricostruzioni letterali o logico-sistematiche alternative non modificano l’orientamento della Corte suprema, secondo la quale, con riguardo al lavoro dei *Framers*, si può solo ribadire che “all that they put down about the electors was what we have said: that the States would appoint them, and that they would meet and cast ballots to send to the Capitol. Those sparse instructions took no position on how independent from—or how faithful to—party and popular preferences the electors’ votes should be. On that score, the Constitution left much to the future. And the future did not take long in coming. Almost immediately, presidential electors became trusty transmitters of other people’s decisions”.⁴⁷

Esaurito l’esame del testo costituzionale, la Corte si rivolge al secondo ordine di considerazioni sul quale fondare la propria decisione nel caso, ossia la prassi consolidata nel tempo da parte di una

⁴² Questa la spiegazione della “strategia” alla base dell’infedeltà elettorale sanzionata fornita dalla Corte: “This case involves three Washington electors who violated their pledges in the 2016 presidential election. That year, Washington’s voters chose Hillary Clinton over Donald Trump for President. The State thus appointed as its electors the nominees of the Washington State Democratic Party. Among those Democratic electors were petitioners Peter Chiafalo, Levi Guerra, and Esther John (the Electors). All three pledged to support Hillary Clinton in the Electoral College. But as that vote approached, they decided to cast their ballots for someone else. The three hoped they could encourage other electors — particularly those from States Donald Trump had carried — to follow their example. The idea was to deprive him of a majority of electoral votes and throw the election into the House of Representatives. So the three Electors voted for Colin Powell for President. But their effort failed. Only seven electors across the Nation cast faithless votes — the most in a century, but well short of the goal. Candidate Trump became President Trump. And, more to the point here, the State fined the Electors \$1,000 apiece for breaking their pledges to support the same candidate its voters had”, *ibidem*, I, 6.

⁴³ Citazioni da *ibidem*, I, 6

⁴⁴ Citazioni da *ibidem*, II, 8.

⁴⁵ Citazioni da *ibidem*, II, A, 9.

⁴⁶ Ad esempio, sono stati citati Alexander Hamilton (il quale “praised the Constitution for entrusting the Presidency to “men most capable of analyzing the qualities” needed for the office, who would make their choices “under circumstances favorable to deliberation”) in *The Federalist* No. 68 e John Jay (il quale “predicted that the Electoral College would “be composed of the most enlightened and respectable citizens,” whose choices would reflect “discretion and discernment”), in *The Federalist* No. 64, in *ibidem* II, 12.

⁴⁷ Citazioni da *ibidem*, II, A, 13 (il corsivo è aggiunto).

pluralità degli Stati, confermando pertanto ancora una volta lo stesso metodo interpretativo già seguito in Ryan nell'opinione di maggioranza: “*Electors have only rarely exercised discretion in casting their ballots for President. From the first, States sent them to the Electoral College—as today Washington does—to vote for preselected candidates, rather than to use their own judgment. And electors (or at any rate, almost all of them) rapidly settled into that non-discretionary role*”.⁴⁸

Il dato testuale viene in parte e indirettamente recuperato con riferimento all'adozione del XII Emendamento e alla sua origine volta esattamente a superare gli inconvenienti del passato e a porre le premesse per un governo della selezione e della disciplina degli Elettori presidenziali affidato al sistema statale dei partiti. Ma, a nostro giudizio, l'individuazione del contenuto prescrittivo del XII Emendamento non segue un percorso interpretativo strettamente letterale o logico con riguardo all'impianto sistematico ma si affida al contesto storico e politico che, *in primis*, ne ha prodotto la genesi e che, successivamente, ne ha modellato la reiterata applicazione nel tempo. E' proprio tale contesto storico-politico ad aver consentito ed anzi agevolato il consolidamento di una prassi idonea a costituire un precedente che, anziché rappresentare la fedele esecuzione di una norma costituzionale non chiara, viene in realtà a dare una spiegazione dell'innovazione costituzionale e, indirettamente, a definire la portata prescrittiva della norma stessa. La Corte afferma, infatti, che “*the Twelfth Amendment embraced this new reality, both acknowledging and facilitating the Electoral College's emergence as a mechanism not for deliberation but for party-line voting*” così riconoscendo l'esplicitazione della duplice finalità - *acknowledging and facilitating* - dell'Emendamento, come abbiamo sopra indicato.⁴⁹

L'enfasi posta sulla prassi prevalente consente alla Corte di farsi carico della confutazione della tesi avversa fondata non solo sull'*an* dell'esistenza anche di una prassi contraria, ancorché minoritaria, ma anche sulla circostanza formale del computo ufficiale dei voti infedeli nel calcolo finale degli esiti del procedimento elettorale dell'EC.: la Corte, tuttavia, non va molto oltre il rilievo circa la marginalità numerica del fenomeno.⁵⁰

In conclusione, la Corte ribadisce che “*the Electors' constitutional claim has neither text nor history on its side*”⁵¹ e, sviluppando un argomento già menzionato ma non sviluppato (“*Washington's law, penalizing a pledge's breach [...] reflects a tradition more than two centuries old. In that practice, electors are not free agents; they are to vote for the candidate whom the State's voters have chosen*”)⁵² chiarisce che la sanzione statale per il voto infedele degli Elettori è una garanzia aggiuntiva della democrazia elettorale e del voto dei cittadini.⁵³

⁴⁸ Citazione da *ibidem*, II, B, 13.

⁴⁹ Citazione da *ibidem*, II, B, 14. Autorevoli voci della dottrina vengono citate a sostegno della ricostruzione offerta: ad esempio, “Justice Story wrote that “the electors are now chosen wholly with reference to particular candidates,” having either “silently” or “publicly pledge[d]” how they will vote. 3 Commentaries on the Constitution of the United States §1457, p. 321 (1833). “[N]othing is left to the electors,” he continued, “but to register [their] votes, which are already pledged.” *Id.*, at 321–322. Indeed, any “exercise of an independent judgment would be treated [] as a political usurpation, dishonourable to the individual, and a fraud upon his constituents.” *Id.*, at 322”.

⁵⁰ Così la Corte respinge il valore dei precedenti contrari: “The history going the opposite way is one of anomalies only. The Electors stress that since the founding, electors have cast some 180 faithless votes for either President or Vice President. See Brief for Petitioners 7. But that is 180 out of over 23,000. See Brief for Republican National Committee as Amicus Curiae 19. And more than a third of the faithless votes come from 1872, when the Democratic Party's nominee (Horace Greeley) died just after Election. Putting those aside, faithless votes represent just one-half of one percent of the total. Still, the Electors counter, Congress has counted all those votes. See Brief for Petitioners 46. But because faithless votes have never come close to affecting an outcome, only one has ever been challenged. True enough, that one was counted. But the Electors cannot rest a claim of historical tradition on one counted vote in over 200 years. And anyway, the State appointing that elector had no law requiring a pledge or otherwise barring his use of discretion. Congress's deference to a state decision to tolerate a faithless vote is no ground for rejecting a state decision to penalize one”.

⁵¹ Citazione da *ibidem*, III, 17, precisando ancora una volta che “article II and the Twelfth Amendment give States broad power over electors, and give electors themselves no rights”.

⁵² Citazione da *ibidem*, II, B, 16.

⁵³ La Corte conclusivamente afferma, infatti, che “the State instructs [...] its electors that they have no ground for reversing the vote of millions of its citizens. That direction accords with the Constitution—as well as with the trust of a Nation that here, We the People rule”, *ibidem*, III, 18.

Anche in *Chiafalo* occorre dar conto di una posizione minoritaria, rappresentata dalla *concurring opinion* del Giudice Thomas, con l'adesione del Giudice Gorsuch, per il suo contributo originale – anche rispetto a *Ryan* - nell'individuazione di un diverso fondamento testuale della titolarità statale di una competenza legislativa sanzionatoria del voto infedele degli Elettori presidenziali; laddove l'opinione della maggioranza si fonda sulla disposizione di cui all'art. II, sez. 1, clausola 2, l'opinione di minoranza ammette, in primo luogo, che “*the Constitution is silent on States' authority to bind electors in voting*” e indica invece la fonte costituzionale che legittima l'intervento legislativo degli Stati nel X Emendamento, ossia la norma sui poteri residui.⁵⁴

La *concurring opinion* osserva che l'art. II, sez. 1 della Costituzione impone agli Stati un'obbligazione positiva (“*Each State shall appoint, in such Manner as the Legislature thereof may direct, a Number of Electors*”) ma non conferisce loro alcuna competenza legislativa (“*This obligation to provide the manner of appointing electors does not expressly delegate power to States; it simply imposes an affirmative duty*”) nel presupposto, aggiungiamo noi, che gli Stati ne siano già titolari.⁵⁵

La critica all'opinione di maggioranza puntualizza di conseguenza che “*this interpretation erroneously conflates the imposition of a duty with the granting of a power*” e che “*the Court's theory is entirely premised on the State exercising a power to appoint*”, sicché “*power to appoint an elector [...] includes power to condition his appointment*”.⁵⁶ Inoltre, dal concetto di “*manner*” riferito alla disciplina adottata dagli Stati in applicazione dell'art. II per la nomina degli Elettori non può ricavarsi un potere di imposizione di condizioni successiva alla nomina stessa.⁵⁷

Il ragionamento precisa che l'art. II e il XII Emendamento possono fondare la legittimità di leggi statali che richiedano agli Elettori di assumere l'impegno a votare per il candidato del partito come condizione per la nomina e solo in seguito impongono la sanzione se gli Elettori non rispettano l'impegno. Ma la potestà di sanzionare il voto difforme degli Elettori infedeli già nominati è diversa – e dunque richiede un distinto fondamento testuale - da quella di disciplinare e condizionare il voto degli Elettori attraverso il procedimento della loro nomina.⁵⁸

Il X Emendamento è da individuare quale fondamento costituzionale in grado di prevedere tale disciplina sanzionatoria autonoma e distinta rispetto al potere di nomina che si basa, invece, sul combinato disposto dell'art. II, sez. I, clausola 2 e del XII Emendamento. Questi ultimi, infatti, non incidono sul quadro costituzionale di ripartizione delle competenze, che sono enumerate e limitate per il legislatore federale e, invece, generali e residuali se non (espressamente) limitate dalla Costituzione federale per il legislatore statale. La Costituzione non limita la competenza legislativa degli Stati in ordine agli Elettori presidenziali e, in particolare, non inibisce la previsione da parte di una legge statale che imponga la scelta del Candidato e sanzioni il voto difforme degli Elettori infedeli.⁵⁹

La *concurring opinion* si distingue, dunque, dall'opinione di maggioranza per una interpretazione più restrittiva delle disposizioni costituzionali specificamente applicabili alla materia e per il ricorso alla norma relativa alla titolarità della competenza legislativa residuale da parte degli Stati membri. Si potrebbe rilevare, pertanto, che l'opinione della maggioranza è riferibile principalmente alla

⁵⁴ Ne ricordiamo il testo: “The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people”.

⁵⁵ Citazione da Thomas J., *concurring in judgment*, I, A, 2.

⁵⁶ Citazioni da *ibidem*, I, B, 2, 6.

⁵⁷ Secondo l'interpretazione del Giudice Thomas, “Article II requires state legislatures merely to set the approach for selecting Presidential electors, not to impose substantive limitations on whom may become an elector. And determining the “Manner” of appointment certainly does not include the power to impose requirements as to how the electors vote after they are appointed, which is what the Washington law addresses”, *ibidem*, I, B, 3, 4.

⁵⁸ Così si sintetizza la critica all'opinione di maggioranza: “The Court's entire analysis is premised on States' purported Article II “power to appoint an elector” and “to condition his appointment.” The Court does not, and cannot, claim that the text of Article II provides States power over anything other than the appointment of electors” *ibidem*, II, B, 2, 8.

⁵⁹ Si rinvia alla *concurring opinion*, *ibidem*, II B, 11 ss.

condizione giuridica individuale degli Elettori presidenziali – cui nega la disponibilità di una potestà di voto autonoma e discrezionale in seno all’*EC* – e, in misura secondaria, al sistema di democrazia elettorale legittimato dalla prassi consolidata sulla base di un’interpretazione espansiva dell’art. II e del XII Emendamento, mentre l’opinione di minoranza esprime soprattutto una sensibilità ai dati strutturali dell’ordinamento federale motivata da una puntuale interpretazione letterale del dato normativo.

4. *Considerazioni conclusive.*

I motivi di interesse per la decisione della Corte suprema in *Chiafalo* – che pure di certo non è classificabile fra le *landmark decisions* - sono molteplici e possono essere raggruppati in una prima serie che riunisce soprattutto i profili sistematici dell’*EC* nel contesto dell’ordinamento federale e in un secondo gruppo che ha riguardo invece più alle argomentazioni utilizzate nelle opinioni di maggioranza e di minoranza – sia in dissenso che concorrente– e, dunque, ai caratteri dell’interpretazione costituzionale resa dalla Corte suprema.

Fra i primi, è da menzionare il rilievo conferito a questo specifico organo costituzionale ad attivazione periodica e non continuativa – il Collegio elettorale per la selezione del Presidente e del Vicepresidente - del quale normalmente si parla solo per ricordarne la vetustà, l’inutilità, la strutturale contraddittorietà rispetto ad un’elezione presidenziale autenticamente democratica in quanto rimessa al voto diretto dei cittadini anziché alla sostanziale finzione di un voto popolare indiretto, la subordinazione ad una costante sollecitazione ad una revisione costituzionale (della quale sfuggono peraltro i contorni precisi della proposta di una disciplina alternativa).⁶⁰

Nei testi che abbiamo esaminato sono state utilizzate espressioni del tutto rappresentative e realistiche circa il peso specifico che l’organo è chiamato ad esercitare: si è detto che esso è connotato da uno stato di “*rigor mortis*” e i suoi componenti - gli Elettori presidenziali - sono stati definiti come “*voluntary party lackeys and intellectual nonentities.*” Nel linguaggio corrente essi sono anche stati definiti, in modo non certo elogiativo, quali *party dummies* proprio in quanto destinati a non fare altro che trasmettere meccanicamente un voto non riconducibile alla propria autonoma discrezionalità politica. Sicché ciò che avviene nel mese di dicembre, ogni quattro anni, non è di alcun interesse per i cittadini – che lo hanno esaurito tutto nel precedente mese di novembre - e di nessun rilievo per i mezzi di informazione, che solitamente ignorano del tutto il voto dell’*EC*.

E nondimeno, attraverso la giurisprudenza qui considerata ed il contenzioso che l’ha generata⁶¹, l’*EC* si prende una sorta di rivincita sul piano formale in tanto in quanto esso si rivela talmente cruciale per l’elezione dell’Esecutivo federale da costringere i giudici della Corte suprema ad impegnarsi e dividersi per individuare il fondamento costituzionale dell’unica disciplina in grado di garantire la funzionalità di sistema dell’organo stesso (obbligo imposto dalla legge dello Stato all’impegno di voto per il candidato Presidente del partito e relativa sanzione nel caso di voto infedele).

L’*EC*, inoltre, rientra a pieno titolo nella ricostruzione degli equilibri dell’ordinamento federale, quali erano stati concepiti alle origini e quali si sono sviluppati in un contesto di dinamiche centripete al quale si fa normalmente riferimento come al *federalising process*.

L’*EC* si pone infatti quale organo attraverso il quale la Costituzione assegna agli Stati membri l’esercizio di una funzione federale concepita come proiezione centrale di interessi statali. In tal senso, nell’*EC* può leggersi un fattore di completamento della partecipazione degli Stati membri alla

⁶⁰ Per una ricognizione critica di modelli di riforma del sistema elettorale del Presidente (*proportional-vote plan, district-vote plan, direct election*) e delle principali criticità dell’*EC* cfr. C. HERMAN PRITCHETT, *Constitutional Law of the Federal System*, Prentice-Hall, 1984, 262 ss

⁶¹ Osserviamo, grazie alle citazioni operate dalle sentenze della Corte suprema, che il contenzioso e relativa giurisprudenza in materia all’interno degli Stati membri sono relativamente copiosi anche se, evidentemente, non raggiungono il sistema giudiziario federale.

composizione degli organi federali: l'*EC* per l'elezione e la competenza deliberativa in caso di procedimento di *impeachment* in relazione all'esecutivo, l'originaria designazione dei senatori federali da parte delle assemblee legislative degli Stati membri e la competenza legislativa in materia elettorale anche per la *House of Representatives*, l'*advice and consent* del Senato per la nomina dei giudici federali quale occasione di raccordo fra gli Stati membri e il sistema giudiziario federale (per il quale raccordo la *senatorial courtesy* è stata a lungo uno dei criteri di orientamento anche delle proposte presidenziali).

L'*EC* è stato travolto non solo dal consolidamento del sistema dei partiti strettamente intrecciato fra dimensione federale e dimensione statale ma anche dall'evoluzione centripeta dell'ordinamento federale, a sua volta assecondata dalla mobilitazione locale e nazionale del sistema partitico provocata, in particolare, dall'elezione del Presidente quale unico elemento di aggregazione periodica quadriennale dei partiti, altrimenti organizzati su base prevalentemente statale.

Occorre anche dire che se, ad un certo punto, la priorità dell'ordinamento è divenuta quella di assicurare la democraticità dell'elezione presidenziale, come segnalato dalla critica radicale dell'assetto esistente (nel 1952) nella *dissenting opinion* del Giudice Jackson in *Ryan* – attraverso le elezioni primarie o la convocazione di *conventions* dei partiti statali –, l'ingabbiamento del comportamento di voto degli Elettori e dell'*EC* – che infatti il Giudice Jackson avrebbe voluto eliminare del tutto – è stato, a costituzione invariata, un passaggio obbligato.⁶²

È proprio questa, a nostro giudizio, la vera funzionalità di sistema garantita dalla giurisprudenza della Corte suprema, appena accennata, peraltro, nelle battute conclusive in *Chiafalo*: gli Elettori presidenziali non possono essere che “*trusty transmitters of other people's decisions*”, a maggior ragione in tanto in quanto il decisore in questione siano non gli apparati periferici dei partiti (adusi a deliberare in *smoke filled rooms*, come si diceva già negli anni della *Progressive Era*) ma i cittadini.

La democraticità dell'elezione popolare diretta del Presidente, tuttavia, come sappiamo, non è prevista dal testo della Costituzione federale ed è stata, anzi, deliberatamente e lucidamente rigettata come soluzione praticabile in seno alla Convenzione costituente. La ricostruzione del quadro costituzionale da parte della giurisprudenza della Corte – tanto nel 1952 quanto nel 2020 – ha dovuto salvaguardare questo preciso bene costituzionale nonostante il silenzio testuale della Costituzione ovvero – come la giurisprudenza ci suggerisce – nonostante la sua forma giuridica implicita.⁶³

Ed infatti, la ricerca di un fondamento testuale ambiguo se non del tutto inesistente nell'art. II, sez. 1, clausola 2 e nel XII Emendamento sia in *Ryan* che in *Chiafalo* da parte della maggioranza viene persuasivamente criticata dalla *concurring opinion* in *Chiafalo* senza pregiudizio per la garanzia della democraticità del sistema e con in più il pregio di valorizzare, attraverso il ricorso al X Emendamento, la prospettiva federale.

Quest'ultimo rilievo consente di spostare ora l'attenzione sul secondo ordine di motivi per i quali la sentenza in *Chiafalo* è meritevole, a nostro giudizio, di attenzione.

Il giurista di *civil law* non può non percepire l'estraneità della cultura giuridica di *common law* al ragionamento dogmatico, al riferimento al sistema delle fonti del diritto e alle sue definizioni e classificazioni astratte, alla distinzione fra fonti-atto e fonti-fatto. Si tratta, evidentemente, di una mera constatazione che non implica alcun giudizio di valore. Questa giurisprudenza sembra prestarsi ad esserne evidenza paradigmatica.

⁶² In effetti la Corte fa anche affidamento sulla notazione per la quale la Costituzione federale – al di là di quanto previsto dal combinato disposto dell'art. II e del XII Emendamento – non impedisce agli Stati di legiferare. In proposito osserviamo però che per tutelare davvero la funzionalità di sistema del ruolo dell'*EC* forse sarebbe preferibile e più coerente leggere un *obbligo* in capo agli Stati di legiferare in modo da garantire l'esito del voto dell'*EC* per non dover ritenere che il ruolo supplementare dell'intervento della Camera dei Rappresentanti non debba in realtà ritenersi virtualmente fisiologico.

⁶³ Un indizio sintomatico può però essere rinvenuto nel testo del XXIV Emendamento del 1964 (“The right of citizens of the United States to vote in any primary or other election for President or Vice President for electors for President or Vice President, or for Senator or Representative in Congress, shall not be denied or abridged by the United States or any State by reason of failure to pay any poll tax or other tax”).

L'analisi della ricostruzione e dell'interpretazione nelle varie *opinions* in *Ryan* e in *Chiafalo* ci ha permesso di porre più volte in evidenza come soprattutto l'opinione di maggioranza in entrambe le sentenze abbia fatto affidamento decisivo, oltre che sul testo costituzionale (pur con i rilievi critici già sottolineati), anche sulla prassi ininterrotta registrata con continuità dalla storia costituzionale e riflessa nella giurisprudenza. Colpisce che tale prassi venga colta e valorizzata in quanto tale, appunto, dalla giurisprudenza senza che si avverta l'esigenza metodologica (o anche solo l'interesse) a procedere ad una sua traduzione giuridica.⁶⁴

Si afferma, in *Chiafalo*, che “*long settled and established practice*” may have “*great weight in a proper interpretation of constitutional provisions*”⁶⁵ ma da quella prassi consolidata si ricavano effetti giuridici sulla fonte costituzionale *federale*⁶⁶ e *rigida*⁶⁷ senza dimostrare di ritenere di doverla definire e qualificare giuridicamente quale fonte.⁶⁸

Si tratta, infatti, di ricavare un fondamento alla legittimità della legislazione degli Stati che impone l'obbligo di voto fedele (in *Ryan*) e una sanzione nell'ipotesi di violazione di quell'obbligo (in *Chiafalo*) e tale fondamento testuale – malamente rinvenuto nel testo della Costituzione federale (tranne, a nostro giudizio, che nella *concurring opinion* in *Chiafalo*) – richiede, per essere consistente e persuasivo, il riferimento equiordinato alla prassi non ulteriormente qualificata.

Rimane imprecisato se, secondo la Corte suprema, la prassi consolidata *de qua* rimanga tale e se, in quanto tale, produca effetti giuridici costituzionali o costituzionalmente rilevanti, ovvero se sia idonea, invece, ad essere inquadrata nella nozione di *convention of the constitution* – nozione quasi mai utilizzata né dalla giurisprudenza né dalla dottrina negli Stati Uniti – ancorché idonea a produrre effetti giuridicamente rilevanti, ovvero ancora se si tratti di una autentica consuetudine costituzionale, in quanto tale riconosciuta dalla Corte suprema quale fonte integrativa del testo costituzionale.

In proposito, giova osservare che il rilievo del dato storico – anche al di là delle tentazioni e dei limiti della scuola interpretativa dell'*original intent* - senza dubbio presenta una marcata idoneità ad influenzare l'interpretazione giuridica in un contesto, come quello statunitense, che offre oltre duecento anni di vita del medesimo testo costituzionale. Ma, al di là di questa circostanza, anche la giurisprudenza in *Ryan* e in *Chiafalo* ci sembra esprimere in tendenza un singolare approccio che potremmo definire di *costituzionalismo adattativo* – nel quale ben si inquadra la *practical interpretation* che la Corte ammette di applicare in *Chiafalo*, in tanto in quanto l'interprete, anziché (pretendere di) piegare la realtà istituzionale al precetto costituzionale si orienta ad interpretare quest'ultimo in linea con la realtà istituzionale.

Ciò che più conta, ancora una volta, è preservare e garantire la funzionalità di sistema.⁶⁹

⁶⁴ Entrambi tali fattori – si osserva in *Chiafalo* III, B, 17– rimangono estranei anche alle argomentazioni avverse: “The Electors’ constitutional claim has neither text nor history on its side. Article II and the Twelfth Amendment give States broad power over electors, and give electors themselves no rights. Early in our history, States decided to tie electors to the presidential choices of others, whether legislatures or citizens”.

⁶⁵ Citazione da *Chiafalo*, II, B, 13 con richiamo a *The Pocket Veto Case*, 279 U. S. 655, 689 (1929). Si richiama anche la notazione di James Madison il quale ha scritto che “*a regular course of practice*” can “*liquidate & settle the meaning of*” *disputed or indeterminate “terms & phrases”*.

⁶⁶ E dunque assistita dalla supremacy clause di cui all’art. VI della Costituzione federale.

⁶⁷ Secondo il complesso procedimento aggravato previsto dall’art. V della Costituzione federale.

⁶⁸ Il problema è avvertito come ipotesi dal Giudice Jackson nella sua *dissenting opinion* in *Ryan* (cfr. *supra* nota 32) che però rinuncia a sviluppare un ragionamento in proposito in quanto egli stesso nega che si vada oltre una mera prassi (“The Electors’ constitutional claim has neither text nor history on its side. Article II and the Twelfth Amendment give States broad power over electors, and give electors themselves no rights. Early in our history, States decided to tie electors to the presidential choices of others, whether legislatures or citizens”).

⁶⁹ Considerazioni conclusive, queste ultime, analoghe a quelle svolte in R. TONIATTI, *Chi ha vinto l'elezione presidenziale del 2000?*, *Forum sull'elezione del Presidente degli Stati Uniti*, in *Diritto Pubblico Comparato Europeo*, 2000, 185 ss.