



MATTEO BURSI*

A CINQUANT'ANNI DALLE DIMISSIONI DI NIXON: IL PERCORSO VERSO LA DEFINIZIONE DELL'*EXECUTIVE PRIVILEGE*

Abstract [It]: Lo scritto in oggetto, a cinquant'anni dalle dimissioni di Nixon, si pone il fine di ricostruire l'impatto dell'*affaire* Watergate sull'*executive privilege*. In quest'ottica, dopo aver esaminato la nascita e l'evoluzione di questa prerogativa, il saggio si concentra su come la "caduta" del 37° Presidente americano abbia contribuito in modo fondamentale alla definizione dello strumento *de quo*, portando il ramo giudiziario ad una classificazione fino ad allora mai formulata.

Abstract [En]: Fifty years since Nixon's resignation, this paper aims at reconstructing the impact of the Watergate affair on the executive privilege. In this perspective, after an analysis of the evolution of this instrument, the essay examines the way in which the "fall" of the 37th American President contributed to its definition, leading the judicial branch to a classification that had never before been formulated.

Parole chiave: Nixon, executive privilege, Watergate, Corte Suprema, separazione dei poteri.

Keywords: Nixon, executive privilege, Watergate, Supreme Court, separation of powers.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le radici dell'*executive privilege*. – 3. L'impronta di Nixon. – 3.1 La deflagrazione dell'*affaire* Watergate: le prime "picconate" alla visione nixoniana – 3.2 *United States v. Nixon*: formale riconoscimento, e contestuale ridimensionamento, della prerogativa – 4. Oltre il Watergate. – 4.1 Due casi nel solco nixoniano – 5. Conclusioni: una prerogativa di cui torneremo presto a parlare?

* Ricercatore – Istituto Affari Internazionali. Cultore della materia in Diritto pubblico – Università degli studi di Modena e Reggio Emilia.

** Contributo sottoposto *a peer review*.

1. Introduzione

È indubbio che l'*affaire* Watergate abbia avuto un notevole impatto sulla società americana e sul rapporto fra i tre poteri dello Stato. Il processo politico, giudiziario e mediatico mosso nei confronti di Nixon e dei suoi uomini ha infatti cambiato radicalmente la dialettica fra repubblicani e democratici, così come quella esistente tra la Casa Bianca, il Campidoglio ed il sistema giudiziario, portando ad una limitazione delle prerogative presidenziali che ha sensibilmente ridimensionato la figura apicale dell'esecutivo. In tal senso, le dimissioni del californiano hanno rappresentato un momento spartiacque nella politica statunitense, un "episodio" che tuttora palesa i suoi strascichi in alcune delle più significative vicende americane: in quest'ottica, per esempio, si consideri la recente sentenza della Corte Suprema in merito all'immunità presidenziale, pronunciamento che ha inevitabilmente chiamato in causa Nixon, la sua messa in stato d'accusa e la conseguente grazia a lui concessa da parte di Gerald Ford¹.

In questa sede, non ci soffermeremo sulla ricostruzione di quanto avvenuto in seguito all'effrazione di Gordon Liddy e dei suoi uomini al Watergate, così come non cercheremo di analizzare tutti i molteplici rinvii che si sono ramificati in seguito a questa vicenda, ben consapevoli che un'operazione del genere richiederebbe un lavoro quasi enciclopedico². A cinquant'anni dalle dimissioni di Nixon — e a trenta dalla sua morte — ci concentreremo pertanto solo su uno dei diversi temi che sono stati toccati dalla "caduta" nixoniana, reputando tale questione di particolare interesse alla luce del peso avuto nel portare alle dimissioni del 37° Presidente, così come per via della sua, crediamo, possibile futura rilevanza: l'*executive privilege*.

¹ Cfr. *Trump v. United States*, 603 U.S. (2024). Questo pronunciamento nasce dall'inchiesta condotta dal procuratore speciale Jack Smith in merito all'assalto a Capitol Hill del 6 gennaio 2021. La questione posta dinanzi alla Corte Suprema era la seguente: un ex Presidente è immune da procedimenti penali riguardanti azioni da lui condotte durante il mandato rispetto a funzioni rientranti nella sua autorità costituzionale? L'Alta Corte, in una controversa decisione appoggiata da sei dei suoi giudici, ha risposto in maniera affermativa a questa domanda, stabilendo come sugli atti rientranti nei suoi esclusivi compiti costituzionali il capo dello Stato goda di immunità assoluta. Parimenti, la Corte Suprema ha statuito che sugli altri atti ufficiali il Presidente sia "coperto" da una immunità presuntiva («*presumptive immunity*»), mentre sugli atti non ufficiali non sussiste alcuna forma di immunità. Nel dibattito orale, così come nelle opinioni redatte dai giudici, il nome di Nixon ricorre diverse volte, sia per quanto riguarda la sentenza *Nixon v. Fitzgerald*, 457 U.S. 731 (1982) — inerente all'immunità presidenziale in cause civili — che rispetto agli eventi afferenti al Watergate. Su quest'ultimo tema, la giudice Sotomayor, la quale ha scritto una *dissenting opinion*, ha posto la seguente questione: se è vero che il modello ideato dai *framers* sottintende l'immunità presidenziale rispetto agli atti ufficiali, e che tale visione è stata storicamente suffragata dalla dottrina giuridica e politologica, che bisogno aveva il Presidente Ford di concedere la grazia a Nixon, il quale aveva usato i suoi poteri ufficiali per deviare le indagini condotte da parte dell'FBI? In merito a questa sentenza, si vedano S.G. ROISMAN, *Trump v. United States and the separation of powers*, in *173 University of Pennsylvania Law Review Online*, 2024 e N. CEZZI, *Trump v. USA e il gioco delle tre immunità*, in *DirittiComparati*, 2024.

² Per una ricostruzione di questi eventi rimandiamo, *ex plurimis*, a due volumi di recente pubblicazione: M. DOBBS, *King Richard. Nixon and the Watergate: an American tragedy*, Melbourne, Scribe, 2021 e G.M. GRAFF, *Watergate. A new history*, New York, Simon & Schuster, 2023.

2. Le radici dell'*executive privilege*

Con l'espressione "*executive privilege*" si fa riferimento alla possibilità per il potere esecutivo di non rivelare informazioni in proprio possesso in seguito ad una richiesta avanzata dal ramo legislativo e/o da quello giudiziario³. Tale prerogativa non è espressamente menzionata all'interno della carta costituzionale americana ma, stando ad un'opinione consolidata sin dai primi decenni di vita degli Stati Uniti⁴, sarebbe un elemento implicito all'articolo 2 della Costituzione ed alla separazione dei poteri elaborata dai *framers*. La facoltà *de qua* è stata nel corso dei secoli oggetto di ampio dibattito all'interno del mondo giuridico e di quello politico, posto che, pur venendo ampiamente accettata la sua esistenza, rimanevano incerti i confini e la portata di questa prerogativa. Ciò detto, nonostante l'indeterminatezza appena menzionata, il ramo giudiziario, fino agli anni Settanta del secolo scorso, non si era mai espresso in modo chiaro e organico sulla questione in oggetto; parimenti, il potere legislativo, pur manifestando sovente contrarietà all'impiego di questo strumento, sino all'avvento di Nixon, aveva sempre accettato le invocazioni presidenziali di privilegio dell'esecutivo, anche per via di uno spirito di collaborazione/deferenza rispetto al capo dello Stato.

I Presidenti statunitensi che hanno utilizzato questo peculiare potere sono stati vari e le tipologie di informazioni da loro "trattenute" sono di diversa natura.

George Washington — in quanto primo capo dello Stato americano — diede un fondamentale contributo alla formazione di questa prerogativa, pur non impiegando l'espressione "*executive privilege*". Il grande generale affermò infatti come esistessero informazioni che, per tutelare l'interesse pubblico, era opportuno non fossero divulgate al Congresso e alla cittadinanza tutta, rimanendo quindi di esclusiva conoscenza della Casa Bianca⁵ e dei suoi funzionari. In tal senso, in casi riguardanti la politica estera e la difesa — materie su cui è primaria la competenza del ramo esecutivo —, Washington rifiutò di trasmettere al legislatore determinate informazioni la cui pubblicazione, secondo il suo punto di vista, avrebbe arrecato più danni che benefici alla collettività: questa linea d'azione, per quanto oggetto di dibattito, venne accettata da parte del Congresso, il quale, così facendo, avallò di fatto la formazione dello strumento *de quo*⁶. Nel solco di quanto

³ Riguardo alla definizione di *executive privilege* ed all'impiego storicamente fatto di questa prerogativa, si faccia riferimento a J.D. SHAUB, *The Executive's Privilege*, in *Duke Law Journal*, vol. 70, n. 1/2020, 1 ss. ed a M.J. ROZELL - M.A. SOLLENBERGER, *Executive privilege. Presidential power, secrecy and accountability*, Lawrence, University Press of Kansas, 2020.

⁴ È infatti più che ragionevole affermare come solo una fetta minoritaria della dottrina metta in discussione la rilevanza costituzionale dell'*executive privilege*. Fra gli Autori che hanno sostenuto l'illegittimità di questa prerogativa, citiamo R. BERGER, *Executive privilege: a constitutional myth*, Cambridge, Harvard University Press, 1974.

⁵ Ci permettiamo di utilizzare il termine "Casa Bianca" pur consapevoli del fatto che, durante la presidenza di George Washington, l'edificio era ancora in fase di costruzione.

⁶ Washington invocò tale potere in almeno tre circostanze. Nella prima di queste, il Presidente espresse l'intenzione di trattenere informazioni riguardo ad una spedizione militare condotta contro i nativi americani; alla fine della vicenda, il generale trasmise comunque al Congresso i documenti richiesti, pur rimarcando come sarebbe stato suo diritto non farlo. Nella seconda circostanza, Washington si oppose al disvelamento del contenuto di comunicazioni fra diplomatici americani e francesi, mentre nella terza impiegò la prerogativa *de qua* rispetto alla negoziazione di un Trattato con la Gran Bretagna. È significativo rilevare come la visione del Presidente su questo potere venne avallata da diversi rilevanti uomini politici del tempo che avevano contribuito alla stesura della Costituzione (tra questi, per esempio, James Madison): un elemento che, storicamente, ha spinto diversi studiosi a propendere in favore dell'implicito

determinato dal generale americano hanno quindi agito i suoi successori, i quali hanno via via ampliato il novero di circostanze in cui l'esecutivo poteva — secondo la propria interpretazione — rifiutare documenti o informazioni agli altri poteri dello Stato. In quest'ottica, per esempio, Thomas Jefferson trattenne (almeno parzialmente) elementi riguardanti le accuse di cospirazione mosse nei confronti di Aaron Burr (ex vice-Presidente degli Stati Uniti)⁷, Theodore Roosevelt si oppose ad una risoluzione del Senato relativa ad un caso di *antitrust* (“sfidando” il Parlamento a votare un *impeachment* nei suoi confronti)⁸, mentre Calvin Coolidge annunciò la sua intenzione di non assecondare una richiesta del ramo legislativo nella convinzione che questa fosse mossa primariamente da ragioni di carattere politico che non giustificavano un sacrificio della riservatezza delle informazioni interne al potere esecutivo⁹. Negli anni della seconda guerra mondiale, sotto la presidenza di Franklin Delano Roosevelt e quella di Truman, l'impiego di questa prerogativa fu significativo, sia per tutelare la riservatezza di dati relativi alla sicurezza nazionale, che per non divulgare informazioni interne relative a presunte infiltrazioni straniere tra i funzionari governativi¹⁰. Il Presidente più attivo nell'utilizzare questo strumento fu tuttavia Dwight Eisenhower, il quale, facendo sovente ricorso al potere in parola, formulò per primo l'espressione “*executive privilege*”. L'ex comandante delle forze alleate, in dissenso rispetto all'attività svolta dal comitato guidato dal senatore Joseph McCarthy¹¹, redigette infatti nel 1954 una missiva indirizzata al Segretario alla Difesa con cui si espanse in maniera rilevante

riconoscimento costituzionale dell'*executive privilege*. Sul tema, si veda M.J. ROZELL, “*The law*”: *executive privilege: definition and standards of application*, in *Presidential studies quarterly*, vol. 29, n. 4/1999, 920 ss.

⁷ Nel 1807, Aaron Burr, all'epoca ex vice-presidente degli Stati Uniti, venne accusato di tradimento per un presunto tentativo di secessione d'una parte della Nazione. Nel processo (*United States v. Burr*, 1807), presieduto dal *chief justice* Marshall, Burr chiese di aver accesso ad una parte della corrispondenza presidenziale; Jefferson rifiutò questa richiesta e Marshall dovette pronunciarsi sulla legittimità del diniego presidenziale. Il *chief justice*, in una sentenza dalla significativa portata storica, stabilì come il Presidente dovesse trasmettere quanto richiesto, non potendo risultare immune da quanto determinato dal ramo giudiziario (tale decisione viene tuttora considerata come rilevante in ogni discussione relativa all'immunità del capo dello Stato). Jefferson negò il potere della Corte di imporgli un'azione del genere; tuttavia, “volontariamente”, decise di fornire a Burr una parte della documentazione richiesta. Richieste di consultazione dei documenti analoghe a quelle di Burr vennero portate avanti anche dal Congresso, il quale, a sua volta, dovette confrontarsi con l'opposizione alla divulgazione espressa dal Presidente. A tal riguardo, si faccia riferimento a A. COX, *Executive privilege*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 122, n. 6/1974, 1392.

⁸ In questa vicenda, il Senato chiese al ramo esecutivo di fornire documenti relativi al rifiuto presidenziale di impiegare lo *Sherman Act* nel corso dell'acquisizione della *Tennessee Coal and Iron Company* da parte della *United States Steel Corporation*. Theodore Roosevelt si oppose alla richiesta, affermando come, in caso di dissenso del Congresso, quest'organo avrebbe potuto agire nei suoi confronti solo per mezzo di una procedura di *impeachment*. Il Presidente sostenne che la sua decisione era basata sull'intenzione di preservare la confidenzialità promessa ad una delle parti coinvolte nella vicenda. Sul punto, v. E.S. CORWIN, *The president: office and powers, 1787-1957*, New York, New York University Press, 1957, 429 ss.

⁹ Ciò avvenne nel 1924, quando Coolidge si oppose alle richieste avanzate da una Commissione del Senato rispetto all'attività svolta dal *Bureau of Internal Revenue*. Il Presidente adottò questo orientamento dopo aver maturato la convinzione che l'indagine fosse principalmente indirizzata a “colpire politicamente” il Segretario al Tesoro, Andrew Mellon. Nel testo abbiamo parlato di “intenzione” in quanto non è chiaro se l'esecutivo abbia poi effettivamente trattenuto le informazioni richieste. In tal senso, si consulti A. COX, *Executive privilege*, cit., 1403.

¹⁰ Cfr. *Ibid.*, 1400-1401.

¹¹ Come noto, tra il 1953 ed il 1955, il senatore Joseph McCarthy fu il *chairman* del *Government Operations Committee* e, con il suo operato, incarnò a pieno il clima da “caccia alle streghe” che in quegli anni dominava gli Stati Uniti rispetto a possibili infiltrazioni comuniste nell'apparato governativo (d'altronde, per definire quel periodo si parla sovente di “maccartismo”). L'azione del senatore del Wisconsin riguardò ogni sfera dello Stato, toccando quindi anche il comparto della Difesa statunitense. Riguardo a McCarthy ed al suo operato, *ex plurimis*, si veda L. TYE, *Demagogue. The life and long shadow of senator Joe McCarthy*, Boston, Mariner Books, 2020.

la portata della prerogativa oggetto di analisi¹². Invero, Eisenhower, pur riconoscendo l'importanza della collaborazione tra i diversi poteri dello Stato, mise in evidenza come fosse fondamentale che all'interno dell'esecutivo i funzionari potessero tra di loro comunicare in modo libero e franco, senza aver il timore che le loro conversazioni rischiasse di divenire oggetto di pubblico dominio¹³. In tal senso, il 34° Presidente degli Stati Uniti stabilì come si dovesse limitare al massimo il disvelamento di dati, documenti o comunicazioni interni al Governo, con il fine di preservare la separazione dei poteri alla base del sistema americano e di tutelare l'efficiente funzionamento dell'esecutivo: ecco quindi che, a fronte delle pervasive richieste avanzate in quegli anni da membri del Congresso, Eisenhower legittimò i funzionari della Difesa — e, più in generale, dell'intera amministrazione — a non fornire informazioni reputate confidenziali, forte della convinzione che il capo dello Stato fosse abilitato dalla Costituzione a decidere cosa fosse opportuno divulgare e cosa no.

3. L'impronta di Nixon

È ragionevole affermare come la visione di Richard Nixon riguardo all'*executive privilege* sia mutata con il passare del tempo e con il passaggio dalla sfera parlamentare a quella governativa. Invero, da membro della *House of Representatives* — e componente della Commissione per le attività antiamericane —, il politico californiano si espresse criticamente rispetto all'impiego di questa prerogativa da parte del Presidente Truman, mettendo in risalto come una visione “ampia” dell'ambito di applicazione dello strumento *de quo* avrebbe potuto portare a notevoli limitazioni nelle attività di indagine attribuite dalla Costituzione al Congresso, ridimensionando drasticamente il controllo svolto dal potere legislativo nei confronti di quello esecutivo¹⁴. Una volta entrato alla Casa Bianca, la posizione dell'esponente repubblicano fu quindi oggetto di una progressiva trasformazione, con uno spostamento sempre più netto verso un'interpretazione estensiva della prerogativa in parola. In tal senso, nel primo periodo della presidenza, pur riconoscendo la fondamentale esistenza dell'*executive privilege*, Nixon continuò ad affermare come lo strumento oggetto di analisi andasse considerato come un mezzo eccezionale che il Presidente avrebbe potuto impiegare solo in casi di particolare rilevanza per l'interesse

¹² Lettera del 17 maggio 1954, rinvenibile sul sito internet della *Eisenhower Presidential Library*.

¹³ Nella missiva in parola è infatti scritto che «è essenziale per un'efficiente ed efficace amministrazione che i funzionari del ramo esecutivo siano nella posizione di consigliarsi candidamente fra loro su questioni ufficiali» («*Because it is essential to efficient and effective administration that employees of the Executive Branch be in a position to be completely candid in advising with each other on official matters*»).

¹⁴ Questa presa di posizione “giovane”, forse inevitabilmente, venne utilizzata dagli oppositori di Nixon per criticare l'impiego dell'*executive privilege* da parte del politico californiano fra il 1973 ed il 1974. Lo stesso Archibald Cox — procuratore speciale per lo scandalo Watergate —, nello sconfessare la visione assolutista della prerogativa oggetto di analisi, richiamò causticamente l'opinione un tempo espressa dal 37° Presidente; cfr. A. COX, *Executive privilege*, cit., 1396.

pubblico. In una lettera inviata nel 1969 a John Moss¹⁵, membro democratico del Congresso, il politico americano scrisse infatti come «la portata dell'*executive privilege* andasse interpretata in maniera restrittiva» e che, sotto la sua amministrazione, si sarebbe fatto il possibile affinché un Governo aperto e trasparente divenisse realtà, fornendo la massima collaborazione alle attività svolte da parte del potere legislativo¹⁶. A tal riguardo, Nixon predispose anche un memorandum interno relativo alla procedura che sarebbe stata seguita per valutare l'utilizzo della prerogativa oggetto di analisi, dettagliando un *iter* che avrebbe avuto nell'approvazione del Presidente un elemento necessario, posta l'esigenza di «invocare questa autorità solo nelle circostanze più stringenti»¹⁷. Il 29 giugno 1971, dinnanzi a membri della *House of Representatives*, William H. Rehnquist, all'epoca figura apicale del Dipartimento di Giustizia, descrisse in maniera più approfondita la visione dell'amministrazione Nixon riguardo all'*executive privilege*, segnalando un mutamento di approccio da parte del californiano¹⁸. Nell'esposizione di Rehnquist — nominato successivamente membro della Corte Suprema da parte del 37° Presidente¹⁹ — i confini di questa peculiare prerogativa tornavano infatti ad espandersi, superando la visione “limitata” precedentemente sostenuta dal repubblicano²⁰. Innanzitutto, l'autorevole giurista riconobbe che il potere di trattenere informazioni da parte del capo dello Stato avrebbe potuto portare a degli abusi dello strumento ma, ciò detto, affermò come tale rischio non fosse una ragione sufficiente per negare l'esistenza della prerogativa *de qua*, la quale era (implicitamente) radicata nella separazione dei poteri delineata dai *framers*. Allo stesso modo, Rehnquist espresse l'opinione secondo cui la Corte Suprema, con la sentenza *Reynolds v. United States*, avesse sostanzialmente legittimato l'applicazione dell'*executive privilege* anche nei confronti di *judicial subpoena*, rendendo pertanto assai ampio questo potere presidenziale²¹.

¹⁵ Come riportato da M.J. ROZELL, “The law”: *executive privilege: definition and standards of application*, cit., 923-924, a partire dagli anni dell'amministrazione Kennedy, il *congressman* John Moss inviò a tutti i Presidenti che si susseguirono una lettera in cui si chiedeva quale fosse la visione dell'amministrazione in carica rispetto all'*executive privilege*.

¹⁶ «The scope of executive privilege must be very narrowly construed. Under this Administration, executive privilege will not be asserted without specific presidential approval. [...] I want open government to be a reality in every way possible». Cfr. *Ibidem*. La traduzione presente nel testo, così come quelle successive, è stata elaborata dallo scrivente.

¹⁷ «The policy of this Administration is to comply to the fullest extent possible with Congressional requests for information. While the Executive branch has the responsibility of withholding certain information the disclosure of which would be incompatible with the public interest, this Administration will invoke this authority only in the most compelling circumstances and after a rigorous inquiry into the actual need for its exercise. For those reasons Executive privilege will not be used without specific Presidential approval». Anche il virgolettato di questo memorandum è stato tratto da *ibidem*.

¹⁸ Rehnquist parlò, il 29 giugno 1971, dinnanzi al *Foreign operations and government information subcommittee* della *House of Representatives*.

¹⁹ Rehnquist fu il quarto giudice nominato da Nixon alla Corte Suprema, dopo Burger, Blackmun e Powell (quest'ultimo entrò in carica in contemporanea con Rehnquist). Come noto, nel 1986, Reagan lo “elevò” al grado di *chief justice*, ruolo che mantenne fino alla sua morte, giunta nel 2005. È più che ragionevole affermare come, nei suoi oltre trent'anni di servizio, Rehnquist abbia rappresentato un riferimento per l'ala conservatrice dell'Alta corte, esprimendo il suo dissenso in diverse sentenze di orientamento “progressista” (come la *Roe v. Wade*, riguardante il diritto all'aborto) e valorizzando sovente la competenza statale a discapito di quella federale. Riguardo a questa importante figura, rinviamo a E. CHEMERINSKY, *Assessing Chief Justice William Rehnquist*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 154, n. 6/2006, 131 ss.

²⁰ In merito a quanto affermato da Rehnquist in quella circostanza, si faccia riferimento a J.D. SHAUB, *The Executive's Privilege*, cit., pp. 12-15.

²¹ La sentenza *Reynolds v. United States*, 345 U.S. 1 (1953), nasce da una *subpoena* indirizzata ad ottenere documenti militari in seguito ad un incidente aereo che era costato la vita a diverse persone. Nel corso di questo procedimento civile, l'esecutivo si rifiutò di fornire quanto richiesto, opponendosi a quello che era stato disposto dalla *District Court* e

Sulla base di una ricostruzione storico-giuridica, l'*Assistant Attorney General* individuò quindi quattro aree di applicazione della prerogativa in parola: la politica estera, gli affari militari, le vicende già oggetto di indagine e le discussioni intra-governative. Su quest'ultimo ambito, forse quello più controverso, Rehnquist rimarcò l'importanza che nella fase decisionale interna all'esecutivo fosse salvaguardata la possibilità di avere discussioni sincere e schiette, richiamando casi passati in cui diversi Presidenti avevano invocato tale potere, convinti che il disvelamento di conversazioni interne al Governo avrebbe avuto come naturale conseguenza un deterioramento del processo di *decision-making*, con funzionari che avrebbero evitato di esprimersi in maniera *tranchant* o che avrebbero oltremodo pesato ogni propria parola. Ecco dunque che, stando a quanto affermato da Rehnquist, l'amministrazione Nixon riconosceva la necessità di avere collaborazione tra i diversi poteri dello Stato ma, parimenti, rendeva chiaro come l'esecutivo avrebbe continuato ad agire in continuità con quanto fatto nei decenni precedenti, preservando una sfera di riservatezza che gli altri due rami (soprattutto quello legislativo) non avrebbero potuto ledere.

Poi, di lì a pochi mesi, vi fu un'effrazione presso il quartier generale del comitato nazionale del Partito Democratico e la visione di Nixon e del suo Governo, forse inevitabilmente, giunse sul tema ad una rapida radicalizzazione.

3.1 La deflagrazione dell'*affaire* Watergate: le prime “picconate” alla visione nixoniana

Nelle fasi iniziali dell'*affaire* Watergate, il politico americano, intenzionato a mostrare la propria estraneità ai fatti, si disse determinato a fornire la massima collaborazione possibile alle indagini che il Senato e il procuratore speciale avevano avviato, giungendo ad affermare che non avrebbe “coperto” le testimonianze di membri della sua amministrazione invocando l'*executive privilege*. In tal senso, Nixon sostenne infatti come fosse inopportuno impiegare tale prerogativa in questioni riguardanti presunte condotte criminali che, in quanto tali, era necessario fossero approfondite in maniera scrupolosa²². Tuttavia, quando Alexander Butterfield, nel luglio 1973, rese nota l'esistenza di un sistema di registrazione automatico all'interno degli uffici del Presidente²³, quest'ultimo cambiò orientamento,

dalla Corte d'appello. La Corte Suprema sostenne in questo caso il diritto del Governo a non fornire quanto domandato, indicando come ci fosse un interesse pubblico da tutelare che giustificava il diniego rispetto alle richieste dei familiari delle vittime e del ramo giudiziario. Questo pronunciamento è stato richiamato in tutte le sentenze che hanno riguardato le invocazioni di *executive privilege* effettuate da Nixon durante la vicenda Watergate. Sul punto, v. L. FISHER, *In the name of national security. Unchecked presidential powers and the Reynold case*, Lawrence, University Press of Kansas, 2006.

²² «*Executive privilege will not be invoked as to any testimony concerning possible criminal conduct or discussions of possible criminal conduct, in the matters presently under investigation, including the Watergate affair and the alleged cover-up*». Questa citazione di Nixon è tratta da T. GARVEY, *Executive privilege and presidential communications: judicial principles*, in *Congressional research service reports*, 2022, 7.

²³ Alexander Butterfield — membro dell'amministrazione Nixon, tra il 1969 ed il 1973 — era una delle poche persone a conoscenza dell'esistenza di un sistema di registrazione all'interno degli uffici presidenziali. Divenuto poi amministratore della *Federal Aviation Administration*, venne chiamato a testimoniare dal *Select Committee on Presidential Campaign Activities* in merito alle accuse mosse da John Dean nei confronti di Nixon e, in quella sede, confermò

adottando un approccio che, con lo svilupparsi degli eventi, portò ad una prima precisa delimitazione del potere oggetto di analisi.

Le registrazioni tra il capo dell'esecutivo ed i suoi collaboratori, logicamente, divennero elementi di assoluto interesse per le indagini relative al Watergate, posto che, da quei nastri, si poteva con ogni probabilità desumere se il Presidente ed i suoi più stretti collaboratori avessero avuto o meno un ruolo nell'organizzazione, e nel conseguente tentativo di occultamento, dell'effrazione presso la sede democratica. Sia il *Senate Select Committee on Presidential Campaign Activities* (per brevità, *Senate Select Committee*) che il procuratore speciale²⁴ si attivarono quindi per ottenere queste registrazioni ma le loro *subpoena duces tecum* furono respinte da Nixon, il quale sostenne come, assecondando richieste del genere, si sarebbe arrecato un significativo danno al pubblico interesse, ponendo a repentaglio la possibilità di avere dialoghi franchi e, conseguentemente, deliberazioni ben ponderate all'interno dell'amministrazione. A fronte di questo diniego presidenziale, ambedue i soggetti menzionati si rivolsero pertanto alla *U.S. District Court for the District of Columbia* (per brevità, *D.C. District Court*), al fine di ottenere l'esecuzione giudiziaria delle loro pretese. In questo frangente, con una lettera inviata al giudice Sirica²⁵, il politico californiano rese dunque chiaro il suo definitivo mutamento di visione sull'*executive privilege*, abbracciando una linea "assolutista" della prerogativa che poneva l'esecutivo in una condizione di estrema indipendenza rispetto agli altri due poteri dello Stato. Invero, in questa missiva, Nixon sostenne come il Presidente non fosse assoggettabile «a procedimenti coattivi da parte dei giudici» e che, così come era «del tutto inammissibile che il Presidente cercasse di imporre un'azione particolare ai tribunali», allo stesso modo, era altrettanto inammissibile che i tribunali cercassero «di obbligare il Presidente a compiere una determinata azione»²⁶. A tal riguardo, pertanto, spettava solo al capo dell'esecutivo determinare cosa fosse opportuno rivelare e cosa no e, in quella circostanza, Nixon considerava la diffusione delle registrazioni essere «incompatibile con l'interesse pubblico»²⁷. La *D.C. District Court* non condivise però il pensiero del Presidente ed assestò con la sua sentenza la prima "picconata"

l'esistenza del *recording system*. Cfr. J.M. NAUGHTON, *Surprise witness Butterfield, ex-aide at White-House, tells of listening devices*, in *The New York Times*, 17 luglio 1973.

²⁴ Il *Senate Select Committee on Presidential Campaign Activities* venne istituito con un voto unanime del Senato, il 7 febbraio 1973. Quest'organo era composto da quattro esponenti del Partito Democratico (formazione politica di maggioranza in entrambi i rami del Congresso) e da tre repubblicani. Il procuratore speciale, Archibald Cox, venne invece nominato, nel maggio 1973, dall'*Attorney General*, Elliot Lee Richardson. È ragionevole affermare come quest'ultimo procedette a tale scelta in quanto, in seguito alla sua designazione da parte di Nixon, il *Senate Judiciary Committee* aveva subordinato la sua conferma come *Attorney General* al fatto che venisse nominato un procuratore speciale per l'*affaire* Watergate. Sul tema, si veda A. RIPLEY, *Archibald Cox appointed prosecutor for Watergate*, in *The New York Times*, 19 maggio 1973.

²⁵ *Letter Responding to a District Court Subpoena Requiring Production of Presidential Tape Recordings and Documents*, 25 luglio 1973 (documento consultabile sul sito di *The American presidency project*).

²⁶ «I must decline to obey the command of that subpoena. In doing so I follow the example of a long line of my predecessors as President of the United States who have consistently adhered to the position that the President is not subject to compulsory process from the courts. The independence of the three branches of our government is at the very heart of our Constitutional system. It would be wholly inadmissible for the President to seek to compel some particular action by the courts. It is equally inadmissible for the courts to seek to compel some particular action from the Presidents». Cfr. *ibidem*.

²⁷ «I have concluded, however, that it would be inconsistent with the public interest and with the Constitutional position of the Presidency to make available recordings of meetings and telephone conversations in which I was a participant and I must respectfully decline to do so»; v. *ibidem*.

all'impianto difensivo delineato dal politico californiano, indicando un percorso che, nei mesi a venire, sarebbe stato seguito anche da altri giudici²⁸.

Nell'opinione redatta dal *chief judge* Sirica, si affermò innanzitutto la competenza del tribunale ad esprimersi sulla materia e, in tal senso, si stabilì come la valutazione finale in merito alla validità di un'invocazione di *executive privilege* dovesse spettare al ramo giudiziario²⁹. Secondo la *D.C. District Court*, pur riconoscendo l'esistenza della prerogativa in parola — ed il fatto che andasse tutelata una sfera di riservatezza intorno al Presidente ed alle sue deliberazioni³⁰ —, risultava infatti impossibile accettare che fosse lo stesso ramo esecutivo a determinare, in ultima istanza, la legittimità del suo impiego: invero, da ciò sarebbero potuti derivare abusi di potere che avrebbero messo a repentaglio lo svolgimento di indagini relative ad una moltitudine di reati³¹. Sirica avallò dunque la visione del procuratore speciale secondo cui la separazione dei poteri andasse interpretata come una forma di interazione fra i tre rami dello Stato piuttosto che come un'assoluta indipendenza dell'uno dall'altro³²: in questa chiave di lettura, pertanto, la legittimità di un'invocazione di *executive privilege* doveva essere sancita dal giudiziario e, per quanto fondata, non poteva non tenere in conto gli altri interessi coinvolti nella vicenda e lesi dal mancato disvelamento di informazioni in mano all'esecutivo. Accantonata l'interpretazione “assolutista” di questo potere, la *U.S. District Court for the District of Columbia* passò quindi ad una valutazione riguardante il conflitto che si palesava tra l'interesse a tutelare le comunicazioni interne all'esecutivo e quello ad acquisire informazioni necessarie ad accertare l'esistenza di condotte penalmente rilevanti. Su questo punto, Sirica, in un'operazione di bilanciamento, decise di “penalizzare” il primo interesse menzionato in favore del secondo, pronunciandosi pertanto in favore della trasmissione dei nastri al fine di chiarire la fondatezza delle accuse mosse nei confronti dei membri dell'amministrazione Nixon³³. Nel

²⁸ *In re Subpoena to Nixon*, 360 F. Supp. 1, United States District Court, D. Columbia (1973).

²⁹ Già nelle prime frasi dell'opinione, Sirica evidenziò come, analizzando la Costituzione e la storia della sua formazione, emergesse «un generale disfavore per i privilegi del Governo, o almeno per i privilegi incontrollati» («*A search of the Constitution and the history of its creation reveals a general disfavor of government privileges, or at least uncontrolled privileges*»; §4).

³⁰ §6. In tal senso, la Corte, richiamando la già menzionata sentenza *Reynolds*, riconobbe l'esistenza dell'*executive privilege* rispetto ai segreti militari. Parimenti, la *D.C. District Court* accolse l'idea che potesse sussistere un *evidentiary privilege* basato sulla necessità di preservare la privacy presidenziale: questa “protezione”, tuttavia, seguendo quanto già stabilito nella sentenza *Kaiser Aluminum Chemical Corp. v. United States*, 157 F. Supp. 939 United States Court of Federal Claims (1958), doveva mirare ad un beneficio per il pubblico e non essere dettata da un interesse personale di chi ricopriva la carica governativa.

³¹ Sul punto (§6), Sirica scrisse che, avallando la visione di Nixon, «il capo di un dipartimento esecutivo avrebbe il potere di insabbiare, di sua iniziativa, tutte le prove di frode e corruzione quando una corte federale o un gran giuri stanno indagando su atti di cattiva amministrazione» («*Otherwise the head of an executive department would have the power on his own say so to cover up all evidence of fraud and corruption when a federal court or grand jury was investigating malfeasance in office, and this is not the law*»).

³² «Il Procuratore speciale ha giustamente osservato che l'intenzione dei Costituenti di riunire i poteri del governo in organi separati comprendeva anche un piano per l'interazione tra i dipartimenti. Una divisione “a tenuta stagna” delle diverse funzioni non è mai stata il loro progetto» («*The Special Prosecutor has correctly noted that the Framers' intention to lodge the powers of government in separate bodies also included a plan for interaction between departments. A "watertight" division of different functions was never their design*»; §8).

³³ §§11-15. Nel formulare questa valutazione, la *D.C. District Court* diede rilevanza al fatto che in questo caso, diversamente che in *Reynolds*, il procedimento fosse in sede penale e non civile. Allo stesso modo, Sirica evidenziò come le registrazioni oggetto di *subpoena* avrebbero dato un contributo fondamentale nel dirimere la controversia nata dalla testimonianza di John Dean.

fare ciò, il giudice stabilì una consultazione *in camera* delle registrazioni, reputando che, in tal maniera, sarebbe stata contenuta l'erosione della confidenzialità interna alle comunicazioni governative³⁴.

Il 37° Presidente degli Stati Uniti non accettò questo pronunciamento e promosse ricorso presso la *U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit* (per brevità, *D.C. Circuit*). Nell'impugnare la sentenza sopra descritta, Nixon continuò a sostenere come il capo dell'esecutivo, nel corso del suo mandato, non fosse assoggettabile a procedimenti coercitivi da parte dei tribunali e che, al contempo, il disvelamento di comunicazioni presidenziali fosse possibile solo una volta avallato da parte dell'inquilino della Casa Bianca. Entrambe queste considerazioni furono però respinte anche dalla Corte d'appello, la quale sostanzialmente suffragò quanto determinato da *Sirica*³⁵. In primo luogo, in *Nixon v. Sirica*, la *D.C. Circuit* negò infatti l'immunità presidenziale rispetto ai procedimenti giudiziari, affermando come sia la giurisprudenza che la Costituzione non avvalorassero tale posizione³⁶. In secondo luogo, la Corte d'appello respinse quindi la tesi secondo cui fosse solo il Presidente a poter determinare la possibilità di disvelare dati o informazioni in proprio possesso, sottolineando come, qualora fosse stata accettata tale asserzione, il potere esecutivo si sarebbe eccessivamente espanso, appropriandosi di funzioni che, invece, spettavano al ramo giudiziario³⁷. Accertata la competenza delle toghe a pronunciarsi sul tema, anche la *D.C. Circuit*, così come la *D.C. District Court*, sostenne dunque la rilevanza dell'*executive privilege*, riconoscendo come in passato tale prerogativa fosse stata accettata come elemento implicito alla separazione dei poteri elaborata dai *framers*. Tuttavia, la Corte d'appello negò che questo potere potesse configurarsi come assoluto e che potesse superare *de plano* gli altri interessi coinvolti nella vicenda. Invero, secondo la *D.C. Circuit*, la pubblica utilità tutelata per mezzo dell'invocazione della prerogativa *de qua* doveva necessariamente essere bilanciata con quella che sarebbe stata "sacrificata" in favore di essa, così come già aveva indicato la *U.S. District Court for the District of Columbia*³⁸. La Corte d'Appello delineò quindi una procedura — costituita da due passaggi — che avrebbe dovuto rappresentare l'*iter* da seguire per effettuare l'operazione di ponderazione appena citata. In quest'ottica, in prima battuta, il ramo giudiziario avrebbe dovuto verificare che la richiesta di "superamento" dell'*executive privilege* fosse motivata da una effettiva necessità di acquisire informazioni rilevanti al fine della conduzione di un processo: una condizione che la *D.C.*

³⁴ «It is true that if material produced is properly the subject of privilege, even an inspection *in camera* may constitute a compromise of privilege. Nevertheless, it would be an extremely limited infraction and in this case an unavoidable one»; §14.

³⁵ *Nixon v. Sirica*, 487 F.2d 700 D.C. Circuit (1973).

³⁶ «The Constitution makes no mention of special presidential immunities. Indeed, the Executive Branch generally is afforded none [...] Lacking textual support, counsel for the President nonetheless would have us infer immunity from the President's political mandate, or from his vulnerability to impeachment, or from his broad discretionary powers. These are invitations to refashion the Constitution, and we reject them»; §711. È interessante notare come la Corte d'appello respinse anche la tesi secondo la quale l'*impeachment clause* avrebbe implicato l'immunità rispetto ai processi condotti dal ramo giudiziario.

³⁷ «To leave the proper scope and application of Executive privilege to the President's sole discretion would represent a mixing, rather than a separation, of Executive and Judicial functions»; §715.

³⁸ «The Constitution mentions no Executive privileges, much less any absolute Executive privileges. Nor is an absolute privilege required for workable government. [...] If the claim of absolute privilege was recognized, its mere invocation by the President or his surrogates could deny access to all documents in all the Executive departments to all citizens and their representatives, including Congress, the courts as well as grand juries, state governments, state officials and all state subdivisions»; §715.

Circuit, tenendo in conto le richieste del procuratore speciale nella vicenda *sub indice*, considerò rispettata³⁹. In seconda battuta, una volta verificata l'esistenza di questa necessità, la Corte d'appello affermò come il giudice *a quo* avrebbe dovuto valutare se il pubblico interesse fosse meglio servito dal non disvelamento delle informazioni in mano all'esecutivo o, al contrario, dalla diffusione di esse; nel primo caso, il materiale sarebbe dovuto rimanere riservato mentre, nel secondo, sarebbe stato necessario procedere alla sua trasmissione in favore del richiedente⁴⁰. Quest'ultima valutazione veniva rimandata dalla *D.C. Circuit* alla discrezione della *U.S. District Court for the District of Columbia*, la quale avrebbe dovuto tenere in conto l'*iter* appena descritto e stimare se, a fronte di eventuali ulteriori specificazioni da parte del Presidente, ci potessero essere determinate parti dei nastri che potevano rimanere coperte dall'*executive privilege*⁴¹.

A seguito di questo secondo pronunciamento, il 37° Presidente americano cercò un accordo con Archibald Cox, al fine di risolvere la questione attraverso una divulgazione parziale del contenuto delle registrazioni che potesse contenere gli effetti negativi derivanti da una pubblicazione delle conversazioni interne al Governo⁴². Il diniego del procuratore speciale rese però questi sforzi vani e spinse l'esponente repubblicano ad un disperato tentativo di sviamento delle indagini — ribattezzato dai *mass media* come “*Saturday Night Massacre*” — che portò al licenziamento di Cox⁴³. L'epurazione del procuratore speciale non fece che aumentare i sospetti sul coinvolgimento di Nixon e dei suoi uomini all'interno dell'*affaire* Watergate e quest'ultimo, sollecitato da pressioni parlamentari e dall'opinione pubblica, dovette nominare una persona al posto di Cox, Leon Jaworski, e diffondere parte delle registrazioni oggetto di *subpoena*. Con il passare delle settimane, e con l'emersione di ulteriori informazioni, il Congresso avviò una procedura di *impeachment* nei confronti del politico californiano, affiancando quindi alle inchieste già svolte dal procuratore speciale e

³⁹ In tal senso, la *D.C. Circuit* rilevò infatti come il gran giuri non avesse in quella circostanza avviato una «grossolana caccia alle informazioni» («*general fishing expedition*») e che, allo stesso modo, non volesse indagare sulla «saggezza del Presidente nella conduzione delle sue funzioni discrezionali» («*nor does it seek in any way to investigate the wisdom of the President's discharge of his discretionary duties*»); invero, stando all'interpretazione della Corte d'appello, il gran giuri cercava «informazioni che sarebbero state risolutive nelle sue decisioni relative alle indagini in corso» («*the grand jury seeks evidence that may well be conclusive to its decisions in on-going investigations* »); §717.

⁴⁰ In questo caso, la *D.C. District Court* avrebbe quindi potuto procedere al disvelamento dell'integrità dei nastri, ammesso che la Corte non avesse valutato che «il pubblico interesse servito dalla non divulgazione di particolari dichiarazioni o informazioni superasse la necessità di informazioni avanzata dal gran giuri» («*the District Court may order disclosure of all portions of the tapes relevant to matters within the proper scope of the grand jury's investigations, unless the Court judges that the public interest served by nondisclosure of particular statements or information outweighs the need for that information demonstrated by the grand jury*»); §718.

⁴¹ Avallando la visione espressa dalla *D.C. District Court*, e sostenendo come in quella circostanza l'invocazione di *executive privilege* dovesse cedere dinanzi alle richieste del procuratore speciale, la *D.C. Circuit* diede importanza a due elementi: in primo luogo, si reputò che le precedenti dichiarazioni di Nixon rispetto alla volontà di non impiegare la prerogativa *de qua* nella vicenda *sub indice* portasse ad un ridimensionamento del peso dell'invocazione presidenziale, in secondo luogo, le testimonianze fornite da diverse persone in merito agli eventi coperti dalle registrazioni avevano già viziato la riservatezza dei nastri oggetto di *subpoena*, rendendo pressoché di pubblico dominio il loro contenuto (§§717-718).

⁴² Nixon offrì a Cox di riportare per iscritto il contenuto delle conversazioni e di permettere ad un senatore democratico, John Cornelius Stennis (all'epoca *chairman* del *Senate Armed Services Committee*), di ascoltare i nastri per confermare la loro accuratezza. Sul punto, si veda T. GARVEY, *Executive privilege and presidential communications: judicial principles*, cit., 10.

⁴³ In merito al *Saturday Night Massacre*, *ex plurimis*, si faccia riferimento ad A.B. WANG, *The Saturday Night Massacre: Your commander in chief has given you an order*, in *The Washington Post*, 11 maggio 2017.

dal *Senate Select Committee* quella dell'*House Judiciary Committee*⁴⁴. La richiesta di registrazioni da parte di questi organi non si fermò e l'acme della vicenda venne raggiunto quando Jaworski presentò una nuova *subpoena duces tecum* che Nixon, invocando ancora una volta l'*executive privilege*, rifiutò. La controversia passò dunque alla *D.C. District Court*, la quale, con la sentenza *United States v. Mitchell*⁴⁵, seguendo i principi enucleati in *Nixon v. Sirica*, ordinò all'esecutivo di fornire alla Corte il materiale richiesto da parte del procuratore speciale per una consultazione *in camera*⁴⁶. Questo pronunciamento venne però contestato dal Presidente americano e, per la prima volta da quando l'*affaire* Watergate era deflagrato, la questione venne portata all'attenzione della Corte Suprema⁴⁷.

3.2 *United States v. Nixon*: formale riconoscimento, e contestuale ridimensionamento, della prerogativa

Con la sentenza *United States v. Nixon*⁴⁸, l'Alta Corte statunitense avallò sostanzialmente quanto elaborato nei mesi precedenti dai giudici di grado inferiore, ordinando al 37° Presidente americano di condividere le registrazioni oggetto di *subpoena*.

Riguardo all'*executive privilege*, la linea difensiva di Nixon seguì quanto già affermato di fronte alla *U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit* ed alla *U.S. District Court for the District of Columbia*: in tal senso, in primo luogo, i legali del californiano continuarono infatti ad affermare come, vista la separazione dei poteri delineata dalla Costituzione, la valutazione di legittimità dell'invocazione di *executive privilege* spettasse al vertice dell'esecutivo e non al potere giudiziario; in secondo luogo, venne invece sostenuta la teoria secondo la quale, anche accettando che dovessero essere le toghe ad esprimersi sull'impiego della prerogativa *de qua*, la pubblica utilità riconducibile alla confidenzialità delle conversazioni presidenziali avrebbe dovuto prevalere sugli altri interessi coinvolti nella vicenda, al fine di preservare il corretto funzionamento del Governo⁴⁹.

⁴⁴ L'avvio della procedura di *impeachment* da parte dell'*House judiciary committee* venne autorizzato dalla *House of Representatives* con una risoluzione del 6 febbraio 1974.

⁴⁵ *United States v. Mitchell*, 377 F. Supp. 1326, 1328 D.C. District Court (1974). Nel nome della sentenza si fa riferimento a John Mitchell, ex *Attorney General* e responsabile per la campagna elettorale di Nixon del 1972, persona all'epoca indagata all'interno del procedimento penale condotto dal procuratore speciale.

⁴⁶ In quella circostanza, la *D.C. District Court* rilevò infatti come, seguendo quanto stabilito nelle sentenze sopra citate, il procuratore speciale avesse dimostrato una «sufficientemente convincente necessità» («*need sufficiently compelling*») di consultare i nastri che rendeva sacrificabile la riservatezza interna alle comunicazioni presidenziali (§1330).

⁴⁷ In questa sede, per ragioni di brevità, omettiamo l'analisi delle sentenze *Senate Select Committee on Presidential Campaign Activities v. Nixon*, 370 F. Supp. 521 D.C. District Court (1974) e *Senate Select Committee on Presidential Campaign Activities v. Nixon*, 498 F.2d 725, 726 D.C. Circuit (1974). Pensiamo sia ragionevole sostenere come questi pronunciamenti, nati dalle richieste di nastri avanzate dal *Senate Select Committee*, abbiano seguito quanto determinato nelle sentenze descritte nel testo e che, al contempo, abbiano posto l'indagine condotta a livello parlamentare in una posizione di sostanziale subordinazione rispetto a quella del procuratore speciale. Per una disamina più approfondita del loro contenuto, si veda T. GARVEY, *Executive privilege and presidential communications: judicial principles*, cit., 10 ss.

⁴⁸ *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974). In merito a questa sentenza, ex plurimis, si considerino W.W. VAN ALSTYNE, *A political and Constitutional review of United States v. Nixon*, in *UCLA Law Review*, 1974, vol. 22, 116 ss. e R. BERGER, *Executive privilege in light of United States v. Nixon*, in *Loyola of Los Angeles Law Review*, 1975, vol. 9, 20 ss.

⁴⁹ I legali di Nixon sostennero inoltre la tesi secondo cui la *D.C. District Court* non fosse competente ad esprimersi sulla vicenda in quanto, stando alla loro ricostruzione, si trattava in quella circostanza di una controversia interna al

La Corte Suprema, esprimendosi all'unanimità⁵⁰, non accolse nessuna delle due asserzioni appena richiamate. Innanzitutto, gli otto giudici — non nove, vista l'astensione del sopramenzionato Rehnquist⁵¹ — bocciarono la teoria secondo la quale il Presidente, essendo immune anche dal controllo del ramo giudiziario, potesse autonomamente determinare se rivelare o meno delle informazioni in proprio possesso. Secondo l'Alta Corte, infatti, la separazione dei poteri enucleata dai *framers* non conferiva un'indipendenza di questo genere al ramo esecutivo e, allo stesso modo, la giurisprudenza era chiara nell'attribuire al giudiziario il compito «di dire quale fosse la legge»⁵², assegnando alla stessa Corte Suprema quel ruolo di «ultimo interprete della Costituzione» abilitato a valutare un eventuale sconfinamento di competenze da parte di uno dei tre poteri dello Stato⁵³. Successivamente, i giudici si concentrarono sull'*executive privilege* e sulla sua applicazione rispetto alle comunicazioni governative, definendo tale prerogativa ed inquadrandone il perimetro. A tal riguardo, la Corte Suprema evidenziò l'importanza che le conversazioni e la corrispondenza presidenziale rimanessero confidenziali, riconoscendo alla prerogativa in parola fondamento costituzionale⁵⁴: invero, secondo l'opinione redatta dal *chief justice* Burger, «l'esperienza umana insegna che coloro che si aspettano una diffusione pubblica delle loro osservazioni possono moderare la franchezza preoccupandosi delle apparenze e dei propri interessi, a scapito del processo decisionale», in tal senso, «un Presidente e coloro che lo assistono devono essere liberi di esplorare alternative nel processo di elaborazione delle politiche, e di farlo in un modo che molti non sarebbero disposti a esprimere se non privatamente»⁵⁵. Tuttavia, l'Alta Corte, bocciando anche la tesi secondo cui potesse esistere un'immunità presidenziale rispetto ad una *judicial subpoena*, stabilì come tale interesse non

potere esecutivo. Invero, il *team* di avvocati del Presidente affermò come il procuratore speciale agisse sulla base di una ben delimitata delega fornita dall'amministrazione e che, alla luce di questo *status*, fosse compito del vertice del ramo esecutivo verificare se le richieste da questi avanzate fossero legittime o meno. La Corte respinse tuttavia tale visione, sottolineando, *inter alia*, il fatto che l'attenzione dovesse essere posta sulla natura del procedimento in corso — in questo caso, un procedimento penale — e che, in assenza di una revoca (o di una modifica) da parte dell'*Attorney General* del Regolamento riguardante l'autorità del procuratore speciale, l'amministrazione rimanesse assoggettato alla delega precedentemente conferita («*In light of the uniqueness of the setting in which the conflict arises, the fact that both parties are officers of the Executive Branch cannot be viewed as a barrier to justiciability*»); §§692-697.

⁵⁰ W.W. VAN ALSTYNE, *A political and Constitutional review of United States v. Nixon*, cit., 120 ss. sottolinea correttamente l'importanza del fatto che, in questa sentenza, ci fosse unicamente l'opinione redatta dal *chief justice*: un elemento che, logicamente, venne considerato da parte della Corte rilevante al fine di fornire solidità ad un pronunciamento dal notevole impatto giuridico e politico.

⁵¹ Rehnquist si astenne alla luce del ruolo di *Assistant Attorney General* precedentemente ricoperto all'interno dell'amministrazione Nixon.

⁵² La Corte richiamò quindi la sentenza *Marbury v. Madison* (1803), riportando la frase «*[i]t is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is*» (§703).

⁵³ In questo passaggio l'Alta corte citò invece *Baker v. Kerr* (1962): «*Deciding whether a matter has in any measure been committed by the Constitution to another branch of government, or whether the action of that branch exceeds whatever authority has been committed, is itself a delicate exercise in constitutional interpretation, and is a responsibility of this Court as ultimate interpreter of the Constitution*» (§704).

⁵⁴ Come sottolineato da R. BERGER, *Executive privilege in light of United States v. Nixon*, cit., 22, questa fu pertanto la prima volta in cui la Corte giunse ad affermare che il *presidential privilege* era radicato nella Costituzione («*Nowhere in the Constitution, as we have noted earlier, is there any explicit reference to a privilege of confidentiality, yet to the extent this interest relates to the effective discharge of a President's powers, it is constitutionally based*»); §711.

⁵⁵ «*Human experience teaches that those who expect public dissemination of their remarks may well temper candor with a concern for appearances and for their own interests to the detriment of the decisionmaking process*» (§705); «*A President and those who assist him must be free to explore alternatives in the process of shaping policies and making decisions, and to do so in a way many would be unwilling to express except privately*» (§708).

fosse assoluto e che risultasse necessario bilanciarlo con gli altri elementi coinvolti nella vicenda⁵⁶. In questo caso, pertanto, v'era da ponderare la confidenzialità delle comunicazioni presidenziali, da un lato, e, dall'altro, la produzione degli elementi necessari al corretto svolgimento di un procedimento penale — interesse esplicitamente riconosciuto dalla Costituzione. Inoltre, la Corte fece un'ulteriore specificazione: la riservatezza delle comunicazioni presidenziali doveva essere massima quando erano chiamati in causa segreti afferenti ambiti come la politica estera e la sfera militare, risultando invece minore quando, “semplicemente”, si mirava a tutelare il complessivo interesse alla confidenzialità delle informazioni governative⁵⁷. Non risulta dunque sorprendente che, nella vicenda *sub indice*, l'Alta Corte abbia fatto prevalere sull'invocazione di *executive privilege* l'interesse all'ottenimento di informazioni per la conduzione di un processo penale, statuendo che «quando la ragione per affermare il privilegio sui materiali citati in giudizio richiesti per l'uso in un processo penale è basata solo sull'interesse generalizzato alla riservatezza, essa non può prevalere sulle esigenze fondamentali del giusto processo nell'equa amministrazione della giustizia penale»⁵⁸.

Nixon, persa anche questa battaglia legale, consegnò⁵⁹ pertanto i nastri oggetto di *subpoena* alla *U.S. District Court for the District of Columbia*. Di lì a pochi giorni, come noto, emerse la celebre “*smoking gun*” con cui veniva dissipato ogni dubbio relativo al coinvolgimento del Presidente nell'*affaire* Watergate⁶⁰. L'8 agosto 1974, dopo poco più di due settimane dalla pubblicazione della sentenza appena richiamata e con la certezza di aver

⁵⁶ «Neither the doctrine of separation of powers nor the need for confidentiality of high-level communications, without more, can sustain an absolute, unqualified Presidential privilege of immunity from judicial process under all circumstances [...] when the privilege depends solely on the broad, undifferentiated claim of public interest in the confidentiality of such conversations, a confrontation with other values arises.» §706. La Corte rimarcò inoltre come la separazione dei poteri intesa dai *framers* non fosse intesa come un'assoluta indipendenza di un ramo da un altro e che, avallando la tesi presidenziale, si sarebbe viziato significativamente il compito in materia di procedimenti penali attribuito dall'articolo 3 della Costituzione al potere giudiziario (§707).

⁵⁷ Nell'affermare ciò, Burger richiamò sentenze passate (tra cui la già menzionata *United States v. Reynolds*) in cui la Corte Suprema aveva tutelato la competenza e la riservatezza presidenziale su questioni diplomatiche e militari. Al contrario, venne invece rilevato come in nessun precedente pronunciamento la Corte avesse mostrato «il più alto grado di deferenza verso un generalizzato interesse alla confidenzialità del Presidente» («No case of the Court, however, has extended this high degree of deference to a President's generalized interest in confidentiality»); §§710-711.

⁵⁸ «We conclude that, when the ground for asserting privilege as to subpoenaed materials sought for use in a criminal trial is based only on the generalized interest in confidentiality, it cannot prevail over the fundamental demands of due process of law in the fair administration of criminal justice. The generalized assertion of privilege must yield to the demonstrated, specific need for evidence in a pending criminal trial» (§713). In tal senso, la Corte, da un lato, sostenne come non potesse giungere alla conclusione che i consiglieri del Presidente avrebbero temperato le proprie opinioni alla luce della possibilità che ci potesse essere un assai infrequente disvelamento di determinate conversazioni necessarie allo svolgimento di un processo penale, dall'altro, invece, affermò come autorizzare l'esecutivo a trattenere elementi rilevanti in un procedimento penale avrebbe comportato una profonda lesione del giusto processo, compromettendo le funzioni fondamentali attribuite ai tribunali (§712).

⁵⁹ W.W. VAN ALSTYNE, *A political and Constitutional review of United States v. Nixon*, cit., 122 ss., evidenzia come, in realtà, nelle settimane precedenti alla sentenza, così come durante il dibattimento, venne sollevato il dubbio che il Presidente, continuando ad invocare l'indipendenza del potere esecutivo dagli altri due, potesse non seguire un pronunciamento a lui contrario deliberato dalla Corte Suprema, rifiutandosi ancora di condividere i nastri oggetto di *subpoena*. In tal senso, l'Autore sostiene come la decisione unanime dei giudici, e la presenza di una sola opinione, abbiano reso pressoché insostenibile per il capo dell'esecutivo l'adozione di una decisione di questo tipo.

⁶⁰ Con l'espressione “*smoking gun*”, come noto, si fa riferimento ad una registrazione del 23 giugno 1972 in cui Nixon e Bob Haldeman, parlando dell'effrazione al Watergate e del coinvolgimento di persone dell'amministrazione, ragionano della possibilità di “impiegare” la CIA per frenare l'inchiesta avviata dall'FBI. Questo nastro è ascoltabile sul sito della *Richard Nixon presidential library*.

perso il sostegno dei parlamentari repubblicani, Nixon annunciò quindi le sue dimissioni ai cittadini statunitensi.

4. Oltre il Watergate

L'involontario contributo fornito da Nixon nel determinare il concetto di *executive privilege* non si è esaurito con la fine del suo mandato presidenziale. Invero, il sistema di registrazione di cui si è parlato finora ha rappresentato per il politico californiano un'immarcescibile spada di Damocle che, fino agli ultimi anni della sua vita, lo ha spinto a sostenere ingenti spese legali indirizzate a contenere la diffusione del contenuto di nuovi nastri. In quest'ottica, il 37° Presidente statunitense — anche una volta lasciato il ruolo di capo dello Stato — continuò in diverse circostanze ad invocare la prerogativa oggetto di analisi, portando a chiarire l'applicabilità di questa anche nei confronti di un ex inquilino della Casa Bianca. A tal riguardo, diverse sentenze dei giudici federali, così come un nuovo pronunciamento della Corte Suprema, aggiunsero alcuni elementi a quelli già delineati durante le indagini relative al Watergate. In primo luogo, al riguardo, la giurisprudenza stabilì come l'*executive privilege* non potesse dirsi assoluto neppure nei confronti dei processi in sede civile. Nella sentenza *Dellums v. Powell*⁶¹, la *D.C. Circuit* affermò infatti come anche in questi procedimenti possano sussistere «forti valori costituzionali» legittimanti il sacrificio della riservatezza interna alle comunicazioni presidenziali⁶²: pertanto, in questa sede, così come in quella penale, devono essere seguiti i principi enucleati nelle sentenze sopra descritte, valutando innanzitutto l'esistenza di un'effettiva necessità riconducibile alla richiesta avanzata e, una volta verificata questa, procedendo ad un'operazione di bilanciamento tesa a salvaguardare massimamente l'interesse pubblico. In secondo luogo, sia nella *Dellums v. Powell* che nel pronunciamento *Nixon v. Administrator of General Services*⁶³ della Corte Suprema, il ramo giudiziario riconobbe come l'*executive privilege* fosse invocabile anche da un ex capo dello Stato, posto che un disvelamento *post-mandato* del contenuto

⁶¹ *Dellums v. Powell*, 561 F.2d 242 D.C. Circuit (1977). Questo processo nasceva da un'azione legale avviata da gruppi di manifestanti che accusavano l'amministrazione Nixon di aver violato i loro diritti costituzionali nel procedere ad "arresti di massa" durante le *May Day protests* del 1971. In quest'ottica, i querelanti chiedevano di avere accesso ai nastri presidenziali di giornate in cui, presumibilmente, i funzionari dell'esecutivo avevano discusso di questo evento. Sul tema, v. T. GARVEY, *Executive privilege and presidential communications: judicial principles*, cit., 16-17.

⁶² «But there is also a strong constitutional value in the need for disclosure in order to provide the kind of enforcement of constitutional rights that is presented by a civil action for damages, at least where, as here, the action is tantamount to a charge of civil conspiracy among high officers of government to deny a class of citizens their constitutional rights and where there has been sufficient evidentiary substantiation to avoid the inference that the demand reflects mere harassments»; §247.

⁶³ *Nixon v. Administrator of General Services*, 433 U.S. 425 (1977). Questa vicenda originava dall'adozione da parte del Congresso del *Presidential Recordings and Materials Preservation Act* (PRMA): una norma, specificamente indirizzata all'amministrazione Nixon, che prevedeva che il materiale presidenziale (di rilevanza pubblica) finisse sotto il controllo federale, evitando pertanto la distruzione di nastri e documenti di significativa portata storica. Il politico californiano impugnò il PRMA per diverse motivazioni: I) l'atto avrebbe violato la separazione dei poteri; II) si sarebbe configurata una violazione di quanto disposto dalla Corte rispetto all'*executive privilege*; III) la norma avrebbe leso l'interesse alla *privacy* di Nixon; IV) si sarebbe violato il diritto dell'ex Presidente alla libera associazione sancito dal primo emendamento; V) il PRMA sarebbe stato incostituzionale rispetto alla *Bill of Attainder Clause*. La Corte, con una maggioranza 7-2, respinse tutti e cinque i rilievi. Sul tema, *ex plurimis*, si faccia riferimento a B.P. MONTGOMERY, *Nixon's Legal Legacy: White House Papers and the Constitution*, in *The American archivist*, vol. 56, n. 4/1993, 598 ss.

delle conversazioni interne all'esecutivo potrebbe comunque rappresentare un fattore critico rispetto alla possibilità di avere dialoghi franchi e schietti all'interno del Governo⁶⁴. Tuttavia, pur riconoscendo questo potere, venne sottolineato come, una volta che un'amministrazione non è più in carica, la prerogativa *de qua* sia oggetto di «progressiva erosione»⁶⁵, perdendo quindi peso dinnanzi all'emersione di altri interessi. Parimenti, sia la Corte Suprema che la Corte federale stabilirono come il sostegno all'invocazione di *executive privilege* da parte del Presidente in carica fosse un elemento significativo nel sostenere l'impiego della prerogativa in parola: questi è infatti colui il quale ha il massimo interesse a preservare la confidenzialità delle informazioni/comunicazioni interne all'amministrazione e, in tal senso, un suo mancato avallo rappresenta un fattore che diminuisce notevolmente la rilevanza della richiesta avanzata da un suo predecessore⁶⁶.

4.1 Due casi nel solco nixoniano

È più che logico sostenere come l'impatto delle sentenze appena menzionate sul rapporto esistente fra i diversi poteri dello Stato sia stato notevole. Invero, negli ultimi decenni, la definizione di *executive privilege* fornita nelle vicende qui descritte è stata richiamata in diverse situazioni di significativa rilevanza per la politica americana, contribuendo in modo fondamentale a dirimere controversie venutesi a formare tra il ramo esecutivo ed i restanti due.

In quest'ottica, si prenda per esempio in considerazione il “caso Lewinsky” e le indagini che hanno portato all'apertura di una procedura di *impeachment* nei confronti del Presidente Clinton⁶⁷. In quella vicenda, a fronte dell'inchiesta svolta dall'*independent counsel*, Ken Starr, il Presidente democratico invocò la prerogativa oggetto di analisi al fine di limitare le testimonianze di collaboratori e persone a lui vicine che, stando alla ricostruzione del

⁶⁴ In *Nixon v. Administrator of General Services* la Corte Suprema condivise l'idea secondo cui la riservatezza necessaria alle conversazioni non potesse perdurare solo per i mesi/anni che distano alla fine del mandato presidenziale, considerando che il privilegio *de quo* «non è a beneficio del Presidente in quanto individuo, ma a beneficio della Repubblica. Pertanto, il privilegio sopravvive al mandato del singolo Presidente» («*the confidentiality necessary to this exchange cannot be measured by the few months or years between the submission of the information and the end of the President's tenure; the privilege is not for the benefit of the President as an individual, but for the benefit of the Republic. Therefore the privilege survives the individual President's tenure*»); §§448-449.

⁶⁵ «*The expectation of the confidentiality of executive communications thus has always been limited and subject to erosion over time after an administration leaves offices*» (§451). Nel giungere ad affermare ciò, la Corte Suprema sottolineò il fatto che, a partire da Hoover, tutti i Presidenti avessero depositato i loro documenti scritti all'interno delle biblioteche presidenziali: un elemento che faceva propendere per l'idea che, con il passare del tempo, l'esigenza di preservare la riservatezza andasse a diminuire, in favore di una disseminazione pubblica che contribuiva al lavoro svolto dagli studiosi di molteplici discipline.

⁶⁶ La Corte Suprema, nell'esprimersi in maniera contraria a Nixon, reputò quindi rilevante il fatto che i Presidenti Ford e Carter non avessero sostenuto le invocazioni di *executive privilege* del californiano («*the fact that neither President Ford nor President Carter supports appellant's claim detracts from the weight of his contention that the Act impermissibly intrudes into the executive function and the needs of the Executive Branch. This necessarily follows, for it must be presumed that the incumbent President is vitally concerned with and in the best position to assess the present and future needs of the Executive Branch, and to support invocation of the privilege accordingly*»); §449.

⁶⁷ In merito a questa ben nota vicenda, rimandiamo, fra i tanti contributi pubblicati, a R.A. POSNER, *An affair of State: the investigation, impeachment and trial of President Clinton*, Cambridge, Harvard University Press, 1999.

magistrato, avrebbero potuto fornire informazioni utili alla conduzione dell'indagine in corso⁶⁸. Anche in questa situazione, così come in quelle riguardanti Nixon, il capo dello Stato richiamò l'interesse a tutelare la confidenzialità delle conversazioni interne all'amministrazione; un elemento che, secondo il suo punto di vista, sarebbe stato leso dall'avallo delle richieste avanzate dall'*Office of Independent Counsel*⁶⁹. Anche in questa situazione, tuttavia, così come in quelle afferenti al Watergate, il ramo giudiziario si esprime in maniera contraria ad una visione "assolutista" della prerogativa *de qua*, richiamando i principi formulati nelle sentenze sopra descritte: innanzitutto, si doveva quindi verificare l'esistenza di una effettiva necessità di accesso alle informazioni presidenziali e, una volta accertata l'esistenza di questa, era doveroso effettuare un'operazione di bilanciamento fra i diversi interessi coinvolti nella vertenza. In tal caso, seguendo quanto stabilito in *United States v. Nixon* e nei precedenti pronunciamenti della *D.C. District Court* e della *D.C. Circuit*, il diritto alla riservatezza delle comunicazioni interne al Governo doveva pertanto "soccombere" dinnanzi al «*sufficient showing of need*» dell'*independent counsel* riguardo ad un procedimento penale ed i collaboratori di Clinton, conseguentemente, dovevano riferire gli elementi di cui erano a conoscenza⁷⁰.

Un altro esempio meritevole d'attenzione è quello riguardante Donald Trump e la sua invocazione di *executive privilege* in merito alla richiesta di accesso alle informazioni governative avanzata dall'*House Select Committee to Investigate the January 6th Attack on the United States Capitol*. La vicenda *de qua* ebbe origine quando quest'ultimo organo — chiamato a far luce sull'assalto al Campidoglio lanciato da gruppi di persone "fedeli" all'ex Presidente repubblicano — domandò alla *National Archives and Records Administration* di fornire documenti interni all'amministrazione al fine di chiarire il coinvolgimento del *tycoon* e dei suoi collaboratori nelle violenze del 6 gennaio⁷¹. L'ex Presidente si oppose a tale richiesta — richiamando l'esigenza di preservare la riservatezza delle deliberazioni dell'esecutivo — ma il capo dello Stato in carica, Joe Biden, si affrettò ad affermare come non fosse nell'interesse del Paese l'impiego nella vicenda dell'*executive privilege*⁷². La questione venne dunque portata all'attenzione del ramo giudiziario che con due pronunciamenti — uno della

⁶⁸ Sul punto, si consulti M.J. ROZELL, *Executive privilege in the Lewinsky scandal: giving a good doctrine a bad name*, in *Presidential Studies Quarterly*, vol. 28, n. 4/1998, 816 ss.

⁶⁹ In tal senso, è emblematico che nelle dichiarazioni rese dai consiglieri giuridici di Clinton tornò in quel periodo ad essere messa in evidenza l'importanza per i collaboratori del Presidente di avere discussioni «candide e franche» («*candid, and frank discussions*») al fine di supportare efficacemente l'operato del capo dell'esecutivo. Sul punto, si veda, per esempio, quanto affermato da Charles Ruff, il 28 maggio 1998 (dichiarazione consultabile sul sito del *Washington Post*).

⁷⁰ Queste sono le conclusioni a cui giunse la giudice della *United States District Court for the District of Columbia*, Norma Holloway Johnson, nella sua opinione del maggio 1998 rispetto alla decisione di Clinton di non far testimoniare Bruce R. Lindsey e Sidney Blumenthal (*In Re Grand Jury Proceedings*, 5 F. Supp. 2d 21 D.C. District Court (1998)).

⁷¹ Come noto, il 6 gennaio 2021, gruppi di sostenitori di Donald Trump assalirono il Congresso al fine di bloccare il processo di convalida dell'esito delle elezioni presidenziali vinte, poche settimane prima, da Joe Biden. Rispetto a questi eventi, si consulti M. MORINI, *L'assalto a Capitol Hill un anno dopo*, in *MicroMega*, n. 1/2021, 97 ss. ed il fascicolo 1/2021 della rivista *Time*, dal titolo "Democracy under attack".

⁷² Riguardo alla posizione di Biden, v. T. GARVEY, *Executive privilege and presidential communications: judicial principles*, cit., 26 ss. e J. ALEMANY, *Biden waives executive privilege for new set of Trump records*, in *The Washington Post*, 11 maggio 2022.

*D.C. District Court*⁷³, l'altro della *D.C. Circuit*⁷⁴ — ribadì quanto determinato in *Dellums v. Powell* ed in *Nixon v. Administrator of General Services*: è legittimo per gli ex Presidenti invocare la prerogativa oggetto di analisi ma il mancato appoggio del vertice dell'esecutivo in carica rappresenta un elemento rilevante nel determinare la significatività della richiesta avanzata da chi lo ha preceduto. In quest'ottica, pertanto, dopo aver seguito l'articolato iter valutativo elaborato durante la vicenda Watergate, venne ordinato alla *National Archives and Records Administration* di trasmettere gli elementi *sub iudice* alla Commissione del Congresso, superando l'opposizione espressa dell'ex inquilino della Casa Bianca ed assecondando quanto sostenuto dal Presidente Biden⁷⁵.

5. Conclusioni: una prerogativa di cui torneremo presto a parlare?

Richard Nixon, suo malgrado, ha fornito un contributo fondamentale alla definizione dell'*executive privilege*, portando al ridimensionamento di una prerogativa che, prima di lui, aveva permesso al ramo esecutivo di preservare un notevole grado di indipendenza rispetto agli altri due poteri dello Stato. Come emerso da quanto scritto nelle precedenti pagine, la definizione di questa rilevante facoltà è frutto di un periodo di crisi all'interno della democrazia statunitense: una fase in cui la Presidenza, pressata da inchieste giudiziarie e da un Congresso di orientamento politico differente rispetto al proprio, ha messo alla prova il sistema di *checks and balances* americano, cercando nell'interpretazione assolutista dell'*executive privilege* uno "scudo" per gli atti criminali perpetrati da membri dell'amministrazione. La Corte Suprema — composta all'epoca da alcuni dei più autorevoli giuristi d'oltreoceano — diede in quel frangente massima rilevanza alla necessità di acquisire informazioni al fine di condurre un processo penale, subordinando a ciò ragionamenti avanzati dalla Casa Bianca in merito al corretto funzionamento dell'amministrazione e

⁷³ *Trump v. Thompson*, 573 F. Supp. 3d 1 D.C. District Court (2021).

⁷⁴ *Trump v. Thompson*, 20 F.4th 10 D.C. Circuit (2021).

⁷⁵ La *D.C. Circuit*, oltre che tenere in conto il mancato supporto di Biden all'invocazione di Trump, presentò altri due aspetti che portarono in quella situazione a sacrificare la confidenzialità della documentazione interna all'amministrazione; nella sentenza si parla infatti di «un raro e formidabile allineamento di fattori a sostegno del disvelamento dei documenti richiesti» («*a rare and formidable alignment of factors supports the disclosure of the documents at issue*», §33). A tal riguardo, in primo luogo, la Corte d'appello affermò come fosse di capitale importanza per il Congresso approfondire un evento che aveva messo seriamente a repentaglio la funzione costituzionale a lui attribuita. In secondo luogo, la Corte evidenziò invece come potere legislativo ed esecutivo avessero raggiunto sul punto un accordo e che, in quest'ottica, fosse per il ramo giudiziario inappropriato ostacolare il compromesso raggiunto favorendo un'invocazione di *executive privilege* avanzata da un ex inquilino della Casa Bianca. La controversia in oggetto è stata portata anche all'attenzione della Corte Suprema (*U.S. Supreme Court*, n. 21A272), con il team legale di Trump che ha cercato di far valutare ai nove giudici «se e in quali circostanze un ex Presidente può ottenere un'ordinanza del tribunale che impedisca la divulgazione di documenti privilegiati relativi al suo mandato, a fronte di una decisione del Presidente in carica di rinunciare al privilegio» («*The questions whether and in what circumstances a former President may obtain a court order preventing disclosure of privileged records from his tenure in office, in the face of a determination by the incumbent President to waive the privilege, are unprecedented and raise serious and substantial concerns*»). L'Alta corte, tuttavia, ha reputato la questione non rilevante ai fini del giudizio della Corte d'Appello, visto che la *D.C. Circuit* aveva sostenuto «che le istanze del Presidente Trump sarebbero state bocciate anche se fosse stato il presidente in carica» («*Because the Court of Appeals concluded that President Trump's claims would have failed even if he were the incumbent, his status as a former President necessarily made no difference to the court's decision*»).

portando, conseguentemente, a una ricalibratura dei rapporti fra quest'ultima, il Congresso e la magistratura.

Successivamente alla “caduta” di Nixon — almeno fino alla metà del decennio scorso — la prerogativa oggetto d'analisi ha continuato ad essere impiegata (con diverse motivazioni ed alterne fortune) da parte del vertice dell'esecutivo, senza però giungere a situazioni di scontro istituzionale paragonabili a quelle sperimentate fra il 1972 e il 1974. D'altronde, la giurisprudenza sul tema, così come l'assenza di comportamenti criminosi comparabili a quelli riconducibili al Watergate, rendevano per l'amministrazione difficile (e, in determinate situazioni, non necessario) trincerarsi dietro l'*executive privilege* per non trasmettere informazioni in proprio possesso al ramo legislativo e alla magistratura. La prima presidenza di Donald Trump, in questo ambito così come in molti altri, ha rappresentato in tal senso un punto di rottura rispetto al passato. Invero, un capo dello Stato coinvolto in diverse, e significative, vicende di rilievo penale, durante e dopo il suo mandato, ha portato la conflittualità fra Casa Bianca, Congresso e potere giudiziario a livelli decisamente elevati che, sotto diversi punti di vista, eccedono quelli sperimentati nel periodo nixoniano⁷⁶. In questo contesto, il *tycoon*, come riportato in questo scritto, ha già fatto ricorso all'*executive privilege* per tentare di ostacolare indagini che lo riguardano⁷⁷ e non è illogico aspettarsi che ora che è stato rieletto Presidente — visto il permanere di casi che lo interessano direttamente —, questo strumento possa tornare ad essere chiamato in causa per trattenere informazioni a lui “dannose”. La giurisprudenza in materia sembrerebbe a tal riguardo fornire una garanzia rispetto ad abusi del potere *de quo*, tuttavia, alla luce dell'orientamento ideologico dell'attuale Corte Suprema⁷⁸ — e di alcune sentenze degli ultimi anni —, non ci sentiamo di escludere che il 45°/47° Presidente americano possa mirare ad un'espansione del proprio livello di indipendenza dagli altri due rami dello Stato, cercando di riportare l'*executive privilege* verso un'interpretazione più conforme alle sue esigenze personali. In quest'ottica, secondo il parere di chi scrive, i quattro anni che si aprono dinnanzi a noi si presentano dunque come un lasso temporale in cui,

⁷⁶ Rispetto all'impatto di Trump sul sistema politico e istituzionale statunitense, rimandiamo, *ex plurimis*, a G. D'IGNAZIO, *La forma di governo presidenziale negli Stati Uniti: gli effetti della presidenza Trump*, in *DPCE online*, n. 1/2023, 785 ss. e a G.F. FERRARI, *President Trump and the Congress*, in *DPCE online*, n. 1/2021, 909 ss.

⁷⁷ Oltre al caso menzionato nel precedente paragrafo, merita d'essere richiamata anche la decisione del *tycoon* di esercitare una *protective assertion of executive privilege* al fine di evitare il disvelamento dell'intero Mueller Report (“*Report on the investigation into russian interference in the 2016 presidential election*”). Questo “dossier”, elaborato da Robert Mueller, procuratore speciale sul *Russagate*, venne infatti pubblicato con numerosi *omissis* che, inevitabilmente, fecero sorgere in diversi opinionisti e componenti del mondo politico il dubbio che il Dipartimento di Giustizia avesse occultato passaggi del documento con lo scopo di nascondere il coinvolgimento di Trump e di persone a lui vicine nella vicenda. Sul tema, si veda G. CAPORALI, *Il Mueller's Report fra esecutivo e legislativo. Qualche riflessione sulla Protective Assertion of Executive Privilege e sull'Executive Privilege*, in *Federalismi.it*, n. 16/2019, 1 ss.

⁷⁸ Come noto, l'attuale Corte Suprema — soprattutto alla luce delle nomine di Trump — presenta nello scenario attuale una netta maggioranza conservatrice. In quest'ottica, negli ultimi anni, l'approccio interpretativo della Corte è mutato in maniera sensibile rispetto al passato, con diverse sentenze (come la *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*) che hanno rimesso in discussione questioni ormai consolidate da tempo. Sul punto, si vedano A. PIN, *Le corti degli Stati Uniti, l'interpretazione giuridica e il diritto costituzionale comparato dei prossimi decenni. L'era Trump ha lasciato un segno?*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 1/2021, 187 ss., G. ROMEO, *The Supreme's Court debate on constitutional interpretation under Trump presidency*, in *DPCE online*, n. 1/2021, 973 ss. e L. POLI, *La sentenza della Corte Suprema statunitense in Dobbs v. Jackson: un judicial restraint che viola i diritti fondamentali delle donne*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 3/2022, 659 ss.

potenzialmente, le sentenze che abbiamo finora analizzato potrebbero essere frequentemente portate in rilievo, vuoi per confermare quanto deliberato in seguito alla deflagrazione dell'*affaire* Watergate, vuoi per aggiungere elementi al percorso definitorio sviluppatosi da allora⁷⁹.

Per i cent'anni dalle dimissioni di Nixon ci prefiggiamo di tornare sul tema e di dar conto se il secondo mandato Trump avrà poi inciso, o meno, sulla prerogativa oggetto di questo scritto.

⁷⁹ In tal senso, siamo portati soprattutto a pensare a quanto potrebbe accadere in seguito alle prossime elezioni di *midterm* a fronte di un possibile esito favorevole al Partito Democratico. Invero, alla luce di quanto visto negli ultimi anni — l'elevata conflittualità politica, il sempre più frequente ricorso a procedure di *impeachment* e la perdurante spudoratezza di Trump nel tentare di affossare processi a suo carico — non ci risulta difficile immaginare che un Congresso a maggioranza democratica possa avviare nuove indagini sul *tycoon*, tentando, come già accaduto in passato, di acquisire informazioni interne al ramo esecutivo.