

4 SETTEMBRE 2019

*Il Mueller's Report fra esecutivo e
legislativo. qualche riflessione sulla
Protective Assertion of Executive Privilege e
sull'Executive Privilege*

di Giancarlo Caporali
Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico
Università di Macerata

Il *Mueller's Report* fra esecutivo e legislativo. qualche riflessione sulla *Protective Assertion of Executive Privilege* e sull'*Executive Privilege**

di Giancarlo Caporali

Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico
Università di Macerata

Sommario: 1. Premessa. 2. Il *background* del conflitto in corso sulla divulgazione del rapporto Mueller. 3. La successione degli eventi che hanno condotto alla *protective assertion of executive privilege*. 4. Le ragioni giuridiche e politiche alla base della posizione assunta dalla *Committee on the Judiciary*. 5. La *protective assertion of executive privilege*. 6. Qualche osservazione sull'*Executive privilege*. 7. Conclusioni.

1. Premessa

La presente vicenda, che germina dagli sviluppi del c.d. *Russiagate* e che ancora una volta ripropone il tema dei rapporti fra potere legislativo e potere esecutivo, ruotando attorno al conflitto fra l'interesse del Congresso ad acquisire dal potere esecutivo documenti e informazioni e quello antitetico dell'esecutivo a mantenerli riservati, si segnala, in questa fase iniziale, per l'adozione di una *protective assertion of executive privilege* (dichiarazione di protezione del privilegio esecutivo). Istituito giuridico questo che, strettamente connesso alla rivendicazione dell'*executive privilege*, è peculiare e specifico dell'esperienza costituzionale statunitense in cui peraltro, relativamente al suo utilizzo, vi è, se le ricerche fatte sono corrette, un solo precedente, essendo soltanto la seconda volta che ad esso si fa ricorso, avendo con tale dichiarazione il presidente Donald J. Trump inteso formalmente e precauzionalmente coprire tanto la consegna della versione integrale del rapporto Mueller¹ con cui si sono chiuse le indagini sulle interferenze russe nelle elezioni U.S.A. del 2016 e su una sua ipotizzata ostruzione alla giustizia,² quanto tutti i documenti ad esso

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Si tratta del rapporto redatto dal procuratore speciale Robert S. Mueller, III, "*Report on the investigation into russian interference in the 2016 presidential election*" (March 2019) con cui lo stesso ha chiuso le proprie indagini sulle interferenze russe nelle elezioni U.S.A. 2016 e sulla ipotetica commissione da parte del presidente Trump del reato di ostruzione alla giustizia. *Report* la cui versione censurata è peraltro facilmente reperibile all'indirizzo <https://www.commoncause.org/resource/read-the-mueller-report>

² Nell'ordinamento penale italiano è previsto l'analogo reato di "Intralcio alla giustizia" (art. 377 c.p.), ma la fattispecie da esso contemplata differisce sotto molteplici aspetti dal reato di ostruzione alla giustizia previsto dalla legislazione statunitense.

correlati e richiesti dal Congresso tramite l'emissione di una formale *subpoena*.³ Si tratta probabilmente del primo passo di uno scontro fra legislativo ed esecutivo che, se dovesse coltivarsi, sarà lungo e molto duro, anche se è possibile prevedere che per i suoi sviluppi molto dipenderà dall'andamento delle prossime elezioni statunitensi fissate nel 2020.

Come si vedrà, allo stato non è assolutamente possibile né dire se, quando e su quali documenti il Presidente assumerà una formale e definitiva *claim of executive privilege* (rivendicazione del privilegio esecutivo) né conseguentemente formulare un qualunque giudizio prognostico sulla effettiva possibilità da parte del Congresso di “ribaltare” il privilegio esecutivo presidenziale, ove questo fosse dichiarato, sostenendone l'illegalità innanzi al potere giudiziario.

Tuttavia, pur con questa avvertenza, il caso è interessante perché consente di tratteggiare i caratteri dell'istituto giuridico dell'*executive privilege*, a partire proprio dalla, per ora rara, *protective assertion of executive privilege*.

Questa infatti, diversamente da come hanno fatto intendere molti *media*, affermando che il presidente Trump aveva opposto il privilegio esecutivo per bloccare la consegna al Congresso della versione integrale del rapporto Mueller e dei documenti ad esso sottostanti, non va infatti confusa con la formale definitiva *assertion of executive privilege*, ma costituisce una sorta di dichiarazione cautelare per consentire al Capo dell'esecutivo di avere il tempo di decidere se e quali documenti coprire con lo scudo presidenziale della riservatezza garantitogli dalla Costituzione.

2. Il *background* del conflitto in corso sulla divulgazione del rapporto Mueller

L'inizio di questa vicenda, al di là dei *rumors* della stampa, prende ufficialmente l'avvio il 6 Gennaio 2017, si noti quindici giorni prima che il presidente Trump giurasse, quando l'Ufficio del Direttore della *National Intelligence (Council)* metteva in circolazione un rapporto sulla *Assessing Russian Activities and Intentions in Recent U. S. Elections* (Valutazione delle attività e intenzioni russe nelle recenti elezioni statunitensi) in cui si affermava che «il presidente russo Vladimir Putin nel 2016 aveva ordinato una campagna d'influenza diretta sulle elezioni del presidente degli Stati Uniti» e che questa campagna aveva avuto, tra gli altri obiettivi, quello di «indebolire la fiducia del pubblico nel processo democratico degli Stati Uniti».⁴

³ La *subpoena* è una citazione-ingiunzione attraverso cui il Congresso e le sue Commissioni e Sottocommissioni esercitano i propri poteri di controllo e di indagine su qualsiasi materia che attiene al compimento dei propri doveri costituzionali. Più ampiamente *infra* nel testo.

⁴ In proposito si veda il Report of the Office of the Director of National Intelligence, *Assessing Russian Activities and Intentions in Recent U.S. Elections* Washington, 6 Gennaio, 2019, reperibile sul sito https://www.dni.gov/files/documents/ICA_2017_01.pdf.

Il 2 marzo 2017 la stampa dava notizia che il ministro della giustizia dell'epoca Jeff Sessions aveva rifiutato di dirigere qualsiasi attività investigativa con riguardo alla campagna presidenziale del 2016, dato che egli stesso era stato in essa coinvolto con un ruolo di rilievo nello *staff* elettorale di Trump e che, in occasione dell'audizione in Senato per la conferma della sua nomina, aveva mancato di rilevare i suoi contatti con l'ambasciatore russo Sergey Kislyak.

Un paio di mesi dopo, il 9 Maggio 2017, il presidente Trump, non nutrendo più alcuna fiducia nel direttore dell'F.B.I. del momento, J. Comey, lo licenziava, adombrando nei suoi critici il sospetto di voler addomesticare le indagini sul *Russiagate*.

Di lì a poco, il 17 Maggio 2017, il ministro della Giustizia facente funzioni Rod Rosenstein, in conformità ai regolamenti del *Department of Justice* (abbreviato D.O.J., ossia il Ministero della Giustizia), nominava l'ex direttore dell'F.B.I. Robert S. Mueller, III, come *Special Counsel*, precisando che scopo della nomina era quello «di assicurare un'indagine scrupolosa e completa sugli sforzi del governo russo di interferire nelle elezioni presidenziali del 2016», in particolare «indagando su qualsiasi legame o collegamento fra il governo russo e qualsiasi persona associata alla campagna elettorale del presidente Donald Trump». ⁵

Molto ampi erano i poteri riconosciuti dall'atto di nomina al Procuratore speciale inclusa l'autorità di fare indagini sia in «qualsiasi materia che direttamente fosse scaturita dalle indagini stesse» sia in ogni materia idonea «a rientrare nell'ambito dell'art. 28 del *Code of Federal Regulations*» che prevede che nella giurisdizione di uno *Special Counsel* debba ritenersi ricompresa anche l'autorità di fare indagini e «perseguire i crimini federali commessi nel corso delle indagini del procuratore speciale e con l'intento di interferire con esse, come lo spergiuro, l'ostruzione alla giustizia, la distruzione delle prove o la minaccia ai testimoni». Nell'atto di nomina veniva infine stabilito che al termine delle indagini il Procuratore speciale avrebbe dovuto fornire all'*Attorney General* un rapporto confidenziale, contenente la spiegazione delle conclusioni che lo stesso aveva raggiunto in ordine alla necessità o meno di procedere penalmente. ⁶

Nel Marzo del corrente anno il procuratore Mueller consegnava al ministro della Giustizia William P. Barr il suo poderoso rapporto di 448 pagine, comprese le appendici, diviso in due volumi, il primo sulle interferenze russe nelle elezioni del 2016, il secondo sulle indagini, svolte ai sensi del citato art. 28 del *Code of Federal Regulations*, per verificare se la condotta tenuta dal Presidente durante le indagini integrasse o meno il reato di ostruzione alla giustizia. ⁷

Rapporto che veniva messo a disposizione del Congresso e del pubblico con taluni *omissis*.

⁵ Cfr. Office of the Deputy Attorney General, U.S. Dep't of Justice, Order No. 3915-2017 (2017).

⁶ Si veda ancora il richiamato Order No. 3915-2017 (2017).

⁷ È il già richiamato “*Report on the investigation into russian interference in the 2016 presidential election*” (March 2019).

3. La successione degli eventi che hanno condotto alla dichiarazione protettiva del privilegio esecutivo

L'oggetto del contendere nel presente caso, che vede contrapposti da una parte alcune Commissioni della Camera dei rappresentanti e dall'altra il Presidente, i cui confini verranno meglio chiariti qui appresso, è costituito sia dalla consegna di una versione non censurata del rapporto definitivo che il procuratore speciale Mueller ha consegnato il 22 marzo 2019 all'*Attorney General* (ossia, come detto, il Ministro della Giustizia) sia di tutti i documenti, *file, record*, etc. in base ai quali questo rapporto è stato redatto.

Peraltro è da avvertire che, già nel Febbraio 2019, la *Committee on the Judiciary* (la Commissione Giustizia) della *House of Representatives* (Camera dei Deputati) aveva iniziato a prendere dei contatti con il *Department of Justice*, informandolo che era suo interesse avere *an unredacted copy of the Mueller Report once it was completed as well as access to the underlying materials*.⁸

Merita inoltre di essere segnalato che il 22 Febbraio 2019 il *Chairman* (presidente) della *Committee on the Judiciary*, Jerrold Nadler, unitamente ad altri cinque Presidenti di Commissione aveva scritto una lettera con cui da un lato veniva chiesto al ministro Barr che il rapporto Mueller fosse reso pubblico «to the maximum extent permitted by law» («nella massima estensione permessa dalle leggi»), informando il Congresso delle ragioni «for withholding the information from the public» («che non avrebbero consentito di rendere pubbliche le informazioni»), dall'altro veniva avvertito che le sei Commissioni richiedenti avevano diritto a ottenere il materiale avuto o prodotto dal Procuratore speciale «consistent with applicable law» («in conformità alla legge applicabile»)⁹.

Ricevuto dal procuratore Mueller il rapporto in data 22 Marzo 2019, il ministro Barr, lo stesso giorno, inviava alla Commissione Giustizia formale lettera di notificazione con cui la informava che rapidamente le avrebbe fatto conoscere le «principal conclusions» del rapporto, stabilendosi «what other information

⁸ Per una ricostruzione puntuale e dettagliata di tutti gli avvenimenti succedutisi sino alla *protective assertion* dell'8 Maggio 2019 e al successivo, nello stesso giorno, *contempt vote* (con cui si è raccomandato alla Camera dei rappresentanti di riconoscere il ministro Barr colpevole di oltraggio al Congresso)) si rinvia a: *Committee on the Judiciary, Amendment in the nature of a substitute to the committee report for the resolution recommending that the House of Representatives find William P. Barr, Attorney General, U.S. Department of Justice, in contempt of Congress for refusal to comply with a subpoena duly issued by the Committee on the Judiciary*, Washington, 8 Maggio 2019, dal quale sono tratte anche le citazioni nel testo; «una copia non censurata del rapporto Mueller, una volta che sia stato completato, così come l'accesso ai materiali sottostanti» (p.7).

⁹ Cfr.; *Letter to Hon. William Barr, Attorney General, U.S. Dep't of Justice, from Hon. Jerrold Nadler, Chairman, H. Comm. on the Judiciary*; *Hon. Adam Schiff, Chairman, H. Permanent Select Comm. on Intelligence*; *Hon. Elijah Cummings, Chairman, H. Comm. on Oversight and Reform*; *Hon. Elliot Engel, Chairman, H. Comm. on Foreign Affairs*; *Hon. Maxine Waters, Chairwoman, H. Comm. on Financial Services & Hon. Richard Neal, Chairman, H. Comm. on Ways and Means* (Feb. 22, 2019).

from the report can be released to Congress and the public consistent with the law, including the Special Counsel regulations, and the Department's longstanding policies and practices»¹⁰

A stretto giro, soltanto due giorni dopo, il 24 Marzo 2019, il ministro Barr inviava al presidente Nadler e agli altri cinque presidenti di Commissione la preannunciata lettera con cui riassumeva le principali conclusioni del rapporto Mueller, affermando da un lato che le indagini avevano escluso qualsiasi coinvolgimento del Presidente nelle interferenze russe nelle elezioni U.S.A. 2016, dall'altro che non vi erano prove sufficienti per incriminare il Presidente per ostruzione alla giustizia, sebbene sul punto il Procuratore speciale non avesse raggiunto una decisione definitiva. Si ribadiva inoltre che sarebbe stato consegnato un rapporto censurato in conformità con la legge, i regolamenti e con le prassi del Dipartimento, in particolare mantenendo riservate le informazioni soggette alla *Federal Rule of Criminal Procedure 6(e)*.¹¹

Il successivo 25 Marzo 2019 il *Chairman* Nadler, d'accordo con gli altri cinque Presidenti di Commissione, prendeva carta e penna per chiedere formalmente al ministro Barr di mettere a disposizione delle Commissioni, al più tardi per il 2 Aprile 2019, sia l'intero rapporto Mueller sia le prove e i materiali ad esso sottostanti. Questo perché – veniva precisato – la conoscenza di tali documenti sarebbe stata essenziale per consentire alle Commissioni di adempiere i loro doveri costituzionali, valutando se i fatti in essi accertati fossero tali da determinare delle modifiche legislative od altre riforme dirette «to ensure that the Justice Department is able to carry out investigations without interference of obstruction by the President and to protect our future elections from foreign interferences» («ad assicurare che il Ministero della Giustizia possa realizzare investigazioni senza interferenza o ostruzione da parte del Presidente e a proteggere le nostre future elezioni da interferenze straniere»)¹².

Di lì a poco il 29 Marzo 2019 il ministro Barr rispondeva al presidente Nadler che era pronto sia a cominciare le consultazioni concernenti l'accesso al rapporto Mueller e ai sottostanti documenti sia a

¹⁰ *Letter to Hon. Jerrold Nadler, Chairman, H. Comm. on the Judiciary; Hon. Lindsey Graham, Chairman, S. Comm. on the Judiciary; Hon. Doug Collins, Ranking Member, H. Comm. on the Judiciary; Hon. Dianne Feinstein, Ranking Member, S. Comm. on the Judiciary, from William Barr, Attorney General, U.S. Dep't of Justice* (Mar. 22, 2019). Si veda inoltre *Committee on the Judiciary, Amendment*, cit., 9; «quali altre informazioni contenute nel rapporto avrebbero potuto essere rilasciate al Congresso e al pubblico in conformità alla legge, ivi compresi i regolamenti adottati dal Procuratore speciale e le politiche e prassi consolidate del Ministero (della Giustizia).»

¹¹ *Letter to Hon. Jerrold Nadler, Chairman, H. Comm. on the Judiciary; Hon. Lindsey Graham, Chairman, S. Comm. on the Judiciary; Hon. Doug Collins, Ranking Member, H. Comm. on the Judiciary; Hon. Dianne Feinstein, Ranking Member, S. Comm. on the Judiciary, from William Barr, Attorney General, U.S. Dep't of Justice* (Mar, 24, 2019).

¹² *Letter to Hon. William Barr, Attorney General, U.S. Dep't of Justice, from Hon. Jerrold Nadler, Chairman, H. Comm. on the Judiciary; Hon. Adam Schiff, Chairman, H. Permanent Select Comm. on Intelligence; Hon. Elijah Cummings, Chairman, H. Comm. on Oversight and Reform; Hon. Elliot Engel, Chairman, H. Comm. on Foreign Affairs; Hon. Maxine Waters, Chairwoman, H. Comm. on Financial Services & Hon. Richard Neal, Chairman, H. Comm. on Ways and Means* (Mar. 25, 2019), «a trovare un accordo in vista delle preoccupazioni del Ministro della Giustizia»; «cominciare immediatamente con noi una serie di consultazioni per stabilire dei parametri condivisi per risolvere».

testimoniare davanti alla Commissione il successivo 2 Maggio e che era in corso la predisposizione di una versione del rapporto Mueller in cui sarebbero state coperte da segretezza soltanto quattro categorie di informazioni: «1) *material subject to Federal Rule of Criminal Procedure 6(e)*; 2) *material that the intelligence community identifies as potentially compromising sensitive sources and methods*; 3) *material whose release could affect ongoing matters*; and 4) *information that would unduly infringe on the personal privacy and reputational interest of “peripheral third parties”*».¹³

Si tratta di quattro categorie di informazioni assoggettate a riservatezza che è necessario illustrare.

La prima concerne il cosiddetto *grand jury material*.¹⁴ Per raccogliere una cospicua parte del materiale probatorio da lui poi usato, il procuratore Mueller si è infatti largamente servito proprio del *grand jury* da lui stesso selezionato, senonchè la *Rule 6(e)* delle *Federal Rules of Criminal Procedure* stabilisce che le *matters before grand jury* (materie trattate davanti al *grand jury*) debbano rimanere segrete. Questo in primo luogo perché le persone che sono state sotto investigazione di un *grand jury* devono essere salvaguardate per non finire innanzi al c.d. tribunale dell'opinione pubblica, soprattutto se si tratta di persone relativamente alle quali si è escluso che abbiano compiuto fatti criminosi, secondariamente perché i nomi dei giurati del *grand jury* e le domande che hanno fatto durante il processo devono essere mantenuti riservati per timore di ritorsioni da parte di persone vicine al sospettato.

La seconda riguarda le investigazioni fatte dagli agenti federali dell'*intelligence*, la cui segretezza risulta motivata dal fatto che la divulgazione delle fonti e dei materiali utilizzati potrebbe non solo essere dannosa per gli interessi degli Stati Uniti, ma anche esporre a gravissimi rischi gli stessi agenti federali.

La terza si riferisce ai procedimenti penali in corso, considerando che la divulgazione di notizie intorno ad essi potrebbe compromettere la prosecuzione delle indagini, frustrando l'azione dei pubblici ministeri (grosso modo si tratta di quelle informazioni che in Italia si direbbero coperte dal segreto istruttorio).

La quarta concerne le persone che, sostanzialmente marginali rispetto alle indagini, nondimeno sono state sentite dal procuratore Mueller. Relativamente a questo genere di persone è prassi consolidata del

¹³ *Letter to Hon. Jerrold Nadler, Chairman, H. Comm. on the Judiciary, & Hon. Lindsey Graham, Chairman, S. Comm. on the Judiciary from Hon. William Barr, Attorney General, U.S. Dep't of Justice* (Mar. 29, 2019); “ 1) materiale rientrante nell'ambito di applicazione della *Federal Rule of Criminal Procedure 6(e)*; 2) materiale che gli appartenenti ai servizi segreti identificano come potenzialmente idoneo a compromettere fonti e metodi sensibili; 3) materiale la cui consegna potrebbe interferire con procedimenti in corso; 4) informazioni che potrebbero indebitamente violare la sfera della riservatezza personale e l'interesse alla propria reputazione di “terze parti periferiche” (rispetto alle indagini del Procuratore)”.

¹⁴ Il *grand jury* è un organo di giustizia che nel mondo sopravvive soltanto negli Stati Uniti e in Liberia. Negli U.S.A. è contemplato dal quinto emendamento della Costituzione e la sua più importante funzione è quella di decidere se qualcuno possa essere o meno imputato di un crimine federale, oltre a quella di adottare *subpoenas* dirette a richiedere a chiunque di produrre documenti o altre prove ovvero idonee a obbligare chiunque a testimoniare. Ragione per la quale il procuratore Mueller, all'inizio delle sue investigazioni, ha selezionato un *grand jury* come parte della sua indagine.

Ministero della Giustizia di non divulgarne i nomi, a meno che non siano indagate, per evitare loro una sovraesposizione mediatica del tutto ingiustificata, vistone il ruolo “periferico”.

Nei giorni fra il 25 Marzo e il 29 Marzo si moltiplicavano i contatti fra il *Committee majority staff* e l'*Office of legislative Affairs* (O.L.A.) del Ministero della Giustizia, ma non portavano ad alcun progresso nella ricerca di una *accomodation* fra legislativo ed esecutivo.¹⁵

Il primo Aprile 2019 il presidente Nadler unitamente agli altri cinque presidenti di Commissione indirizzava al Ministro un'altra lettera in cui da un lato ribadiva le stesse cose già in precedenza comunicate, peraltro avvisando che avrebbe iniziato la procedura per l'adozione di una formale *subpoena*, dall'altro chiedeva al D.O.J., per quanto attinente al *grand jury material*, di cooperare insieme alla Commissione per investire della questione una «corte distrettuale» che svincolasse il Ministero dall'obbligo di riservatezza, ordinandogli «to produce those materials to Congress – as it has done in analogous situations in the past».¹⁶

Due giorni dopo, il 3 Aprile 2019, la Commissione con un voto a maggioranza (24 a 17), autorizzava il suo Presidente ad emettere formale *subpoena* per il rapporto Mueller e la sottostante documentazione.

Il 9 Aprile 2019 il ministro Barr, comparso innanzi all'*House Appropriation Committee*, affermava che, allo stato, non era sua intenzione accordarsi con le Commissioni della Camera dei rappresentanti per chiedere alla Corte distrettuale di autorizzare la pubblicazione del materiale del *grand jury* coperto dalla *Rule 6(e)*.¹⁷

L'11 Aprile il presidente Nadler, unitamente ad altri influenti membri democratici del Congresso, compresa lo *Speaker* della Camera, Nancy Pelosi, indirizzava un'ulteriore lettera al ministro Barr, ribadendogli le precedenti richieste e avvisandolo che il Congresso non intendeva procrastinare l'avvio del confronto per addivenire ad una possibile *accomodation* a dopo la consegna della preannunciata versione censurata del rapporto Mueller.¹⁸

¹⁵ Committee on the Judiciary, *Amendment*, cit., 11.

¹⁶ *Letter to Hon. William Barr, Attorney General, U.S. Dep't of Justice, from Hon. Jerrold Nadler, Chairman, H. Comm. on the Judiciary; Hon. Adam Schiff, Chairman, H. Permanent Select Comm. on Intelligence; Hon. Elijah Cummings, Chairman, H. Comm. on Oversight and Reform; Hon. Elliot Engel, Chairman, H. Comm. on Foreign Affairs; Hon. Maxine Waters, Chairwoman, H. Comm. on Financial Service & Hon. Richard Neal, Chairman, H. Comm. on Ways and Means* (Apr. 1, 2019); “di produrre questi materiali al Congresso, come già accaduto in analoghe situazioni nel passato”.

¹⁷ Committee on the Judiciary, *Amendment*, cit., 13.

¹⁸ *Letter to Hon. William Barr, Attorney General, U.S. Dep't of Justice, from Hon. Nancy Pelosi, Speaker, U.S. House of Representatives; Hon. Charles Schumer, Minority Leader, U.S. Senate; Hon. Jerrold Nadler, Chairman, H. Comm. on the Judiciary; Hon. Adam Schiff, Chairman, H. Permanent Select Comm. on Intelligence, Hon. Dianne Feinstein, Ranking Member, S. Comm. on the Judiciary & Hon. Mark Warner, Vice Chairman, S. Select Comm. on Intelligence* (Apr. 11, 2019).



In data 18 Aprile 2019 il ministro Barr inviava al Congresso la copia censurata del rapporto Mueller, offrendosi di redigerne, a certe condizioni, una versione con meno *omissis*, mantenendo segrete le sole parti attinenti alle informazioni derivate dagli atti del *gran jury*.¹⁹

Condizioni che venivano dettagliate in una separata missiva inviata lo stesso giorno dall'*Assistant Attorney General* Stephen Boyd, proponendosi da un lato che un certo numero selezionato e specificamente elencato di membri del Congresso avrebbe potuto visionare presso il D.O.J. «certain material redacted in the publicly released report», peraltro per un periodo di tempo ristretto dal 22 al 26 Aprile 2019, dall'altro che lo stesso limitato gruppo di membri del Congresso avrebbe potuto visionare «a less redacted version of the Mueller report» per una settimana a partire dal 29 Aprile 2019, rimanendo ben inteso «that any notes taken would also have to remain at the Department in a secure facility». Nella lettera Boyd precisava che la versione in cui risultavano censurate le sole *grand jury information* consentiva la lettura del «98,5% del rapporto, compreso il 99,9% del Volume II» che aveva riguardo alle indagini sulla supposta ostruzione alla giustizia che sarebbe stata perpetrata dal Presidente.²⁰

Il giorno dopo, il 19 Aprile 2019, il presidente Nadler, informando il ministro Barr che la proposta da lui formulata non era ricevibile, emetteva una formale *subpoena* con cui si richiedeva allo stesso Ministro di consegnare entro il 1 Maggio 2019: «1) the full Mueller report, including any exhibits or attachments; 2) all materials referenced in the Mueller report; and 3) all materials obtained or produced by the Special Consels's office», vale a dire centinaia di migliaia di pagine di documenti, oltre *file* e nastri.²¹

Il 1 Maggio 2019 il Ministero comunicava che «che non avrebbe ottemperato alla citazione del presidente Nadler»²² essendosi domandate «milioni di pagine di documenti classificati e non classificati», compresi quelli riguardanti una dozzina di procedimenti pendenti, rispetto ai quali i pubblici ministeri (*prosecutors*)

¹⁹ Letter to Hon. Jerrold Nadler, Chairman, H. Comm. on the Judiciary; Hon. Lindsey Graham, Chairman, S. Comm. on the Judiciary; Hon. Doug Collins, Ranking Member, H. Comm. on the Judiciary; Hon. Dianne Feinstein, Ranking Member, S. Comm. on the Judiciary, from William Barr, Attorney General, U.S. Dep't of Justice (Apr. 18, 2019).

²⁰ Letter to Hon. Jerrold Nadler, Chairman, H. Comm. on the Judiciary & Hon. Lindsey Graham, Chairman, S. Comm. on the Judiciary, from Stephen Boyd, Assistant Attorney General, U.S. Dep't of Justice (Apr. 18, 2019) “certo materiale censurato nel rapporto reso pubblico”; “una versione meno censurata del rapporto Mueller”; “gli appunti presi sarebbero dovuti rimanere presso il Dipartimento in un luogo sicuro”.

²¹ Letter to Hon. William Barr, Attorney General, U.S. Dep't of Justice, from Hon. Nancy Pelosi, Speaker U.S. House of Representatives; Hon. Charles Schumer, Minority Leader, U.S. Senate; Hon. Jerrold Nadler, Chairman, H. Comm. on the Judiciary; Hon. Adam Schiff, Chairman, H. Permanent Select Comm. on Intelligence; Hon. Dianne Feinstein, Ranking Member, S. Comm. on the Judiciary & Hon. Mark Warner, Vice Chairman, S. Select Comm. on Intelligence (Apr. 19, 2019) “per discutere un ragionevole accordo con il Ministero al fine di proteggere tutte le informazioni sensibili in materia di osservanza della legge e repressione delle condotte illegali”; “1) la versione integrale del rapporto Mueller, compresi tutti i reperti o gli allegati; 2) tutto il materiale a cui fa riferimento il rapporto Mueller; e 3) tutto il materiale prodotto o ottenuto dall'ufficio del Procuratore speciale”.

²² Cfr.: Letter to Hon. Jerrold Nadler, Chairman, H. Comm. on the Judiciary from Stephen Boyd, Assistant Attorney General, U.S. Dep't of Justice (May 1, 2019).

sono tenuti al segreto, peraltro non essendo il Congresso legittimato a duplicare «un'indagine penale che è, ovviamente, una funzione che la Costituzione assegna esclusivamente al potere esecutivo».²³

Il seguente 3 Maggio 2019 il presidente Nadler riprendeva carta e penna per stigmatizzare che il Ministro non aveva offerto una qualche valida ragione per negare l'accesso ai documenti richiesti, tranne «a vague assertion about the sensitivity of law enforcement files», mentre aveva poco tempo prima reso pubbliche circa 880.000 pagine di investigazioni riservate su Hillary Clinton, oltre ad altri materiali connessi alle investigazioni in corso, a quel momento, sul *Russiagate*..²⁴

Nelle more il ministro Barr, ai sensi del paragrafo 5 del *Memorandum from President Ronald Reagan for the Heads of Executive Departments and Agencies on Procedures Governing Responses to Congressional Requests for Information*,²⁵ chiedeva alla Commissione di tenere sospesa la inoltrata citazione con la richiesta di documentazione, allo scopo di consentire al Presidente di valutare se valersi per talune informazioni dell'*executive privilege*.

Considerato che la Commissione Giustizia aveva respinto la richiesta di tenere sospesa la citazione, che non aveva concesso al Ministero della Giustizia «sufficiente tempo per effettuare un completo esame» dei documenti oggetto della *subpoena*; che il presidente Nadler aveva fissato per le 10 del mattino una riunione della Commissione per raccomandare alla Camera dei rappresentanti di riconoscere l'*Attorney General* colpevole di *contempt of Congress* (oltraggio al Congresso), il giorno 8 Maggio 2019 il ministro Barr scriveva al Presidente per chiedergli di fare «a protective assertion of executive privilege to protect the interests of the Executive Branch pending a final determination about whether to assert privilege» («una dichiarazione cautelare di riservatezza per proteggere gli interessi del potere esecutivo in attesa della decisione finale sull'apposizione o meno del privilegio»)²⁶.

A stretto giro, lo stesso giorno, l'*Assistant Attorney General* Boyd avvisava il *Chairman* Nadler che il presidente Trump aveva fatto la dichiarazione protettiva sulla totalità dei materiali oggetto della *subpoena*,

²³ Per queste notizie D.G. Savage, *Mueller report sets up legal clash over executive privilege and congressional oversight*, Los Angeles Times, 9 Maggio 2019, reperibile all'indirizzo <https://www.latimes.com/politics/ua-na-pol-trump-aveller-executive-privilege-contempt-legal-20190509-story.html>.

²⁴ Si veda, *Letter to Stephen Boyd Assistant attorney General, U.S. Department of Justice, from Hon. Jerrold Nadler, Chairman, H. Comm. on the Judiciary* (May 3, 2019); «una vaga affermazione sulla natura sensibile dei file in materia di osservanza della legge e repressione delle condotte illegali».

²⁵ Sul cennato *Memorandum from President Ronald Reagan for the Heads of Executive Departments and Agencies on Procedures Governing Responses to Congressional Requests for Information*, Washington, 4 Novembre 1982, si ritornerà meglio all'atto di chiarire la natura della dichiarazione protettiva.

²⁶ Così, *Letter to Mr Donald John Trump, U.S. President, from. Hon. William Barr, Attorney General, U.S., Dep't of Justice* (May 8, 2019).



precisando che tale dichiarazione si era resa necessaria «by your insistence upon scheduling a premature contempt vote», avendo la Commissione negletta ogni richiesta di rinvio avanzata dal D.O.J.²⁷

Sempre l'8 Maggio 2019, nel pomeriggio, la *Committee on the Judiciary*, nonostante la *protective assertion* fatta dal Presidente, con 24 voti a favore e 16 contrari approvava una risoluzione con cui raccomandava all'Assemblea di dichiarare il ministro Barr colpevole di oltraggio al Congresso.

Gli avvenimenti appena descritti sembrano peraltro accreditare l'idea che, oltre a questioni squisitamente giuridiche inerenti all'assetto dei rapporti fra legislativo ed esecutivo, vi siano ragioni più strettamente politiche che alimentano questo scontro istituzionale (argomento su cui si tornerà anche *infra*).

In primo luogo la pressione esagerata che la *Committee on the Judiciary* e le altre cinque Commissioni hanno inteso fare sul Ministro, non lasciandogli in realtà alcun margine temporale per una qualunque concreta trattativa.

Si noti in proposito: il 29 Marzo il ministro Barr aveva precisato come avrebbe proceduto, peraltro dichiarandosi disponibile a testimoniare davanti alla Commissione.

Ebbene a distanza di soli due giorni, senza alcuna interlocuzione degna di questo nome, il 1 Aprile, la Commissione, pur affermando di voler trovare un accordo, autorizzava l'emissione della *subpoena* per la consegna di tutto quanto richiesto.

Il 18 Aprile il Ministro consegnava la versione censurata del rapporto Mueller e il giorno dopo, a prescindere da una qualsiasi meditata valutazione del se le parti censurate fossero o meno necessarie all'assolvimento dei doveri costituzionali della Commissione, impensabile in meno di ventiquattro ore, il presidente Nadler, mentre nuovamente si diceva disposto a lavorare per un accordo, emetteva una formale *subpoena*, con termine per la consegna dei documenti fissato al 1 Maggio successivo.

Lo stesso presidente Nadler, il 3 Maggio, mentre ancora una volta proclamava la propria disponibilità per trovare un accomodamento, nelle stesse ore programmava per il successivo giorno 8 la votazione in Commissione di una risoluzione per proporre alla Camera di dichiarare il Ministro colpevole di oltraggio al Congresso.

Orbene tutto si può pensare meno che questo sia il modo di procedere per trovare un vero punto d'incontro. Oltretutto dovendosi considerare sia che si sta parlando di «millions of pages» di documenti e che, ad un esame obiettivo, non appaiono assolutamente pretestuose le preoccupazioni del Ministro di evitare la divulgazione delle notizie rientranti nelle quattro categorie sopra richiamate sia che l'offerta di mettere a disposizione di un numero selezionato di membri del Congresso una versione del rapporto

²⁷ Si veda, *Letter to Hon. Jarrold Nadler, Chairman, H. Committee on the Judiciary, from Stephen Boyd, Assistant Attorney General, U.S. Dep't of Justice* (May 8, 2019); «a causa della vostra insistenza a mettere all'ordine del giorno un prematuro voto per oltraggio (al Congresso)».

Mueller in cui venivano censurate le sole parti coperte dalla *Rule 6(e)* avrebbe consentito agli stessi di avere una compiuta conoscenza del «98,5» del rapporto Mueller e del «99,9» del Volume II, quello concernente la supposta ostruzione alla giustizia imputata al presidente Trump.

Dal che sembra lecito desumere che non fosse la semplice conoscenza dei fatti, così come esposti nel rapporto, il vero oggetto dell'interesse della Commissione.

Piuttosto quel che pare potersi ricavare dalla tumultuosa azione della Commissione Giustizia è che il suo vero obiettivo (e delle altre che ne hanno condiviso l'azione), dopo la lettera del ministro Barr sulle conclusioni del rapporto Mueller, fosse sostanzialmente politico, ossia quello di arrivare il più in fretta possibile a proporre la condanna dello stesso Ministro per oltraggio al Congresso, da un lato per screditarne le conclusioni favorevoli al presidente Trump, dall'altro per inoculare nell'opinione pubblica l'idea che il suo comportamento, da valutare come pregiudizialmente ostile alla divulgazione delle informazioni richieste, fosse da ascrivere alla volontà di nascondere qualcosa di compromettente a carico del Capo dell'esecutivo.

Non a caso in questo senso si è espressa la portavoce del D.O.J., Kerri Kupec, che, deplorando la risoluzione della Commissione di chiedere alla Camera la condanna del ministro Barr, ha insistito sul fatto che la stessa sia stata «politically motivated and unnecessary» (“politicamente motivata e non necessaria”). Nella stessa prospettiva si spiegano le accuse dei Repubblicani ai Democratici di aver abusato dei loro poteri «to manufacture a crisis» (“per fabbricare una crisi”).²⁸

Anche perché la dichiarazione protettiva presidenziale ha ora creato una vera e propria situazione di stallo nella divulgazione dei documenti richiesti dalla Commissione, solo a considerare il tempo che ci vorrà sia per conoscere se e su quali documenti il Presidente opporrà al Congresso il privilegio esecutivo, sia per “ribaltare” il privilegio esecutivo, ottenendo da una corte un ordine di consegna dei documenti richiesti.

Si consideri – ed è curiosa la coincidenza – che l'ultima *litigation* in materia, quella sulla *claim of executive privilege* fatta dal presidente Obama su una parte dei documenti dell'operazione *Fast and Furious*, si è chiusa (forse) dopo sette anni (2012-2019), proprio l'8 Maggio 2019, lo stesso giorno del *contempt vote* sul ministro Barr, attraverso un regolamento (*settlement*) in cui ambedue le Parti (l'*House Oversight and Government Reform Committee* e il D.O.J.) si sono impegnati a rinunciare, in ogni successiva lite, ad utilizzare tutti i *District Court's orders or opinions*, resi nel predetto giudizio. Accordo peraltro, al momento, non ancora approvato dalla competente U.S. (*Federal*) *Court of Appeals*.

²⁸ N. Fandos, House Panel approves contempt for Barr after Trump claims Privilege over full Mueller report, The New York Times, 8 Maggio 2019, 1, reperibile all'indirizzo <https://nytimes.com/2019/05/08/us/politics/trump-executive-privilege-mueller-report.html>.



Né questa osservazione sulla natura del tutto controproducente, dal punto di vista giuridico, dell'atteggiamento tenuto dalla Commissione Giustizia, è contraddetta dalla raccomandazione di *contempt vote* nei riguardi del ministro Barr.

Amesso che la Camera dei rappresentanti decida to *hold Barr in contempt of Congress* (riconoscere Barr colpevole di oltraggio al Congresso), per potergli applicare le sanzioni previste dall' U.S.C. § 192 (multa fino a 1000 dollari e reclusione da 1 a 12 mesi) ci sono tre strade percorribili: 1) «deferire la questione a un procuratore degli Stati Uniti perché la sottoponga a un *grand jury* – sez.2 U.S.C. §§ 192, 194». Ma è noto, come si dirà meglio *infra*, che per prassi consolidata nessun procuratore promuove l'azione penale contro un pubblico ufficiale che non abbia consegnato i documenti al Congresso quando il Presidente ha affermato il privilegio esecutivo;²⁹ 2) «teoricamente il *Sergeant at Arms*³⁰ potrebbe essere mandato ad arrestare il pubblico ufficiale allo scopo di detenerlo nella sede del Congresso». Se ciò dovesse accadere, ma è da circa 100 anni che questa pratica non è più utilizzata, il pubblico ufficiale potrebbe in ogni caso ricorrere all'autorità giudiziaria perché accerti «la legalità di questa detenzione attraverso una petizione per *habeas corpus*, così facendo questione della legittimità del suo operato, rifiutando di rivelare le informazioni oggetto della *subpoena*»; 3) «intentare un'azione davanti a una corte per ottenere un ordine del giudice che disponga di ottemperare alla *subpoena* e, se l'ordine della corte non è eseguito, (per ottenere) ordini esecutivi per oltraggio alla corte».³¹

Questo significa che l'arma del *contempt of Congress* è un'arma poco efficace per colpire un Ministro della Giustizia che non abbia ottemperato a una *subpoena*, essendosi rifiutato di consegnare dei documenti su cui il Presidente aveva in precedenza fatto una dichiarazione protettiva del privilegio esecutivo ovvero aveva definitivamente affermato il privilegio esecutivo, dimostrandosi in tal modo del tutto inidonea a forzare la mano per ottenere la consegna dei documenti richiesti.³²

²⁹ Posizione riaffermata, ad esempio, nell'analogo caso che ha visto come protagonista l'*Attorney General* del presidente Obama Eric Holder che, nel 2012, dalla Camera dei rappresentanti è stato giudicato colpevole di oltraggio al Congresso per non aver consegnato una parte della documentazione richiesta in relazione all'*Operation Fast and Furious*, ma su cui il Presidente aveva affermato l'*executive privilege*. Nell'occasione il D.O.J. ha ribadito che il Ministro non poteva essere perseguito per oltraggio al Congresso sulla base di un consolidato principio, che data dall'amministrazione del presidente Reagan, perché "protetto" (*insulated*) dall'uso presidenziale dell'*executive privilege*.

³⁰ Il *Sergeant at Arms* è un pubblico ufficiale di nomina parlamentare a cui sono affidati svariati compiti tra cui quelli di mantenere l'ordine all'interno delle aule dove si riuniscono le Camere, controllare la *United States Capitol Police* e, più in generale, garantire la sicurezza del Congresso.

³¹ Per le citazioni cfr.: *Congressional Requests for Confidential Executive Branch Information*, vol. 13 Op. O.L.C. p. 162 (1989) (*opinion of Assistant Attorney General William P. Barr*). Le citazioni sono state tratte da un parere reso dallo stesso Barr quando era *Assistant Attorney General*, a dimostrazione della sua diretta, profonda conoscenza della materia in questione.

³² Emblematico in questo senso il caso dell'*Attorney General* del presidente Obama Eric Holder che, pur ritenuto colpevole di oltraggio al Congresso, in concreto non è stato assoggettato ad alcuna delle sanzioni stabilite dall'U.S.Code § 192.

4. Le ragioni giuridiche e politiche alla base della posizione assunta dalla *Committee on the Judiciary*

Quanto appena detto impone di approfondire il discorso sulle ragioni giuridiche e politiche alla base della posizione assunta dalla Commissione Giustizia.

Una chiara spiegazione delle basi costituzionali che legittimerebbero la richiesta della *Committee on the Judiciary* per ottenere tutto il materiale richiesto (rapporto e documenti dell'indagine del procuratore Mueller) si trova all'interno della Risoluzione con cui la Commissione ha raccomandato alla Camera dei rappresentanti di giudicare l'*Attorney General* colpevole di oltraggio al Congresso.

Esponde la Commissione di essere «impegnata conformemente all'art. 5, § 5, d. 2 della Costituzione degli Stati Uniti e alle *House Rules* X e XI in un'indagine su presunte ostruzioni alla giustizia, pubblica corruzione, o altri abusi di potere commessi dal presidente Donald Trump, da persone a lui vicine, e membri della sua Amministrazione, allo scopo di capire quale risposta se legislativa o inerente all'attività di controllo o costituzionale sia da ritenere la più appropriata per contrastare le eventuali cattive condotte che fossero scoperte».³³

Nello specifico gli scopi dell'indagine sarebbero «1) l'investigare e l'espone ogni possibile illegale comportamento, abuso di potere, corruzione, ostruzione alla giustizia o qualsiasi altra cattiva condotta da parte del Presidente o di altri membri della sua Amministrazione; 2) il considerare se la condotta scoperta possa giustificare il modificare o il creare nuove autorità federali, includendovi fra l'altro, gli aspetti relativi alla sicurezza delle elezioni, alla campagna per il finanziamento (elettorale), al cattivo uso di dati elettronici, e ai tipi della condotta ostruzionista che descrive il rapporto Mueller; e 3) il considerare se qualcuna delle condotte descritte nel rapporto del Procuratore speciale giustifichi la Commissione a compiere un qualche successivo passo in conformità ai poteri riconosciuti al Congresso dell'art. 1 della Costituzione. La qual cosa comprende sia l'approvazione dei capi d'imputazione per l'*impeachment* del Presidente o di altri pubblici ufficiali del governo, così come la considerazione di altri eventuali passi quali la censura o l'adozione di provvedimenti di deferimento penali, civili o amministrativi».³⁴

Esponde inoltre la Commissione che, come si apprende dal rapporto Mueller, la Russia avrebbe pesantemente interferito nelle elezioni presidenziali U.S.A. del 2016. Motivo in base al quale, considerato che queste interferenze potrebbero ripetersi, sarebbe competenza della Commissione sia «valutare se il Dipartimento e l'F.B.I. stanno dedicando sufficienti risorse alla crescente minaccia, sia a considerare rimedi legislativi come punizioni penali che abbiano di mira le attività che interferiscono con l'elezione o l'uso di dati acquisiti illegalmente».

³³ Committee on the Judiciary, *Amendment*, cit., 2.

³⁴ Id., op. cit., 18-19.

Il rapporto Mueller avrebbe infatti accertato che il governo russo ha messo in atto plurimi tentativi per influenzare le elezioni U.S.A. del 2016 in modo ampio e sistematico. Primo, un'entità russa conosciuta come *Internet Research Agency* (I.R.A.) avrebbe operato per influenzare i social-media statunitensi «per seminare discordia nel sistema politico U.S.A. attraverso quella che è chiamata “guerra delle informazioni”». Secondo, i servizi segreti della Russia sarebbero entrati illegalmente nella rete dei *computer* associati con la campagna elettorale della Clinton, rubando centinaia di migliaia di *e-mail* e altri documenti e mettendoli *on-line*. Terzo, i servizi segreti della Russia, avrebbero con successo compromesso lo stato delle reti dei *computer*; per esempio avrebbero «guadagnato l'accesso al *database* che conteneva informazioni sui milioni di elettori registrati dell'Illinois e avrebbero estratto dati riferibili a migliaia di elettori degli Stati Uniti», e «preso di mira dipendenti di una società di tecnologia per il voto che aveva sviluppato il *software* usato da numerose Contee per gestire i registri elettorali, anche avendo installato un virus nella rete aziendale».

Orbene senza la versione integrale del rapporto Mueller, a causa delle parti censurate, e senza la sottostante documentazione relativa alle indagini svolte – sostiene la Commissione – di non essere *able to fully perform its responsibility and constitutional duties* (messa in grado di adempiere in modo pieno alle sue responsabilità e ai suoi doveri costituzionali).

Tanto le parti censurate, quanto la documentazione acquisita dal procuratore Mueller conterrebbero infatti informazioni essenziali sia sulle attività svolte dai servizi segreti russi sia importanti dettagli su «molteplici atti posti in essere dal Presidente che sono stati idonei ad esercitare un'eccessiva influenza sulle indagini miranti a svelare e reprimere l'inosservanza della legge, incluse le indagini sulle interferenze russe e quelle sull'ostruzione alla giustizia».³⁵

Con riguardo a tali atti osserva la Commissione che gli sforzi del Presidente di ostacolare le indagini «sarebbero cresciuti di intensità con il passare del tempo. Una volta divenuto cosciente che la sua condotta veniva investigata nell'ambito di un'inchiesta per ostruzione alla giustizia» egli avrebbe dato vita ad un cambio di strategia basato su «attacchi pubblici contro le indagini, sforzi non pubblici di controllarle e sforzi sia pubblici sia privati per incoraggiare i testimoni a non cooperare con le indagini». In special modo egli avrebbe tentato sia «di rimuovere il Procuratore speciale» sia di «rovesciare l'effetto del rifiuto (di dirigere le indagini) fatto dall'ex ministro della Giustizia J. Session», così come avrebbe usato del suo potere legale per limitare «l'ambito dell'indagine», ovvero lo avrebbe utilizzato «fuori dei canali correnti», tanto conducendo incontri riservati faccia a faccia con funzionari dell'Amministrazione o altri consiglieri,

³⁵ Id., op. cit., 18-21.

quanto «contattando il Ministro della Giustizia circa le indagini sulla Russia, malgrado ciò gli fosse stato sconsigliato».³⁶

Questo senza contare che nel rapporto Mueller vi sono altri episodi messi sotto indagine che lascerebbero intravedere una condotta idonea a commettere ostruzione alla giustizia. E poiché tra gli interpreti non è condiviso che il D.O.J. possa esercitare l'azione penale nei confronti di un Presidente in carica,³⁷ anzi il «Dipartimento ha una politica interna contraria alla incriminazione di un Presidente in carica», il Congresso «è perciò il solo corpo che può riconoscere il Presidente responsabile per una impropria condotta nel nostro sistema basato sulla separazione dei tre poteri», potendo «validamente fare applicazione delle norme sull'ostruzione alla giustizia rispetto ad atti ufficiali del Presidente motivati da intenti corruttivi».³⁸

Fin qui le formali ragioni addotte dalla Commissione per giustificare la sua richiesta di consegna dei documenti da parte dell'esecutivo e che, in caso di *litigation*, sono destinate a divenire l'oggetto di quel *balancing test* fra l'interesse del legislativo alla divulgazione e l'interesse dell'esecutivo alla segretezza che, come si vedrà, costituisce il nocciolo a cui in definitiva si riduce ogni controversia in questa materia.

Le ragioni giuridiche non sembrano tuttavia le uniche che hanno spinto la maggioranza democratica alla Camera dei rappresentanti, attraverso le sue Commissioni permanenti, a «costruire una crisi» fra poteri. Accanto ad esse paiono infatti esservi, come sopra accennato, anche motivazioni più brutalmente politiche che non è inopportuno ulteriormente indagare perché consentono di meglio inquadrare il duro scontro che ha condotto da un lato all'affermazione della *protective assertion*, dall'altro alla richiesta di una pronuncia della Camera per oltraggio al Congresso nei confronti del Ministro della Giustizia.

Sulla natura e sull'entità delle interferenze russe si è già detto qualcosa più sopra, mentre per quello che concerne la supposta ostruzione alla giustizia va qui precisato che, nel complesso, sono dieci gli episodi messi sotto osservazione e indagati da Mueller: 1) la richiesta di Trump a James Comey (direttore dell'F.B.I.) di lasciar stare Michael Flynn (per un breve periodo Consigliere per la sicurezza nazionale del presidente Trump) dopo che si era dimesso; 2) le reazioni avute da Trump alle indagini sul *Russiagate*; 3) il licenziamento del direttore dell'F.B.I. James Comey; 4) la nomina di Mueller e gli sforzi di Trump per rimuoverlo; 5) gli sforzi di Trump per limitare le indagini sul *Russiagate*; 6) i tentativi di Trump di evitare una pubblica divulgazione delle prove; 7) il tentativo di Trump di ottenere che l'ex ministro della giustizia

³⁶ Id., op. cit., 21-22.

³⁷ Tra coloro che lo negano proprio il ministro Barr, che ha reso in proposito un ben argomentato parere, che, secondo alcuni, gli sarebbe valsa la simpatia di Trump e la sua nomina a Ministro della Giustizia.

³⁸ Id., op. cit., 24.

Jeff Sessions riprendesse il controllo delle indagini sul *Russiagate*; 8) la richiesta di Trump fatta a Don McGahn (fino al 17 Ottobre 2018 membro del *White House Counsel*) di negare che lui stesso aveva cercato di ottenere la rimozione di Mueller; 9) le richieste del team di Trump a Michael Flynn per “un avviso” se fosse venuto a conoscenza di notizie che implicavano il Presidente e a Paul John Manafort jr (già membro e poi Presidente della campagna elettorale del candidato Trump da Giugno ad Agosto 2016) di evitare capovolgimenti nella linea difensiva; 10) il mutamento del comportamento del Presidente nei confronti di Michael Cohen (già avvocato di Trump dal 2006 al Maggio 2018).

Non è questa la sede per illustrare nei dettagli questi episodi, così come non è necessario diffondersi sulle sopra menzionate interferenze russe nella campagna elettorale 2016, perché quel che interessa, ai fini del presente lavoro, sono le conclusioni raggiunte dal procuratore Mueller su ambedue queste indagini.

Lo *Special Counsel* infatti, mentre ha escluso qualsiasi ipotesi cospirativa del all’epoca candidato Trump con riguardo alle azioni poste in essere dal governo russo (vol. I, pp. 180-181 del Rapporto), per quel che riguarda l’ostruzione alla giustizia la sua decisione è stata, a dir poco, singolare, perché se non ha trovato il presidente Trump colpevole neppure lo ha ritenuto innocente: «while this report does not conclude that the President committed a crime, it also does not exonerate him» (“mentre questo rapporto non conclude che il Presidente ha commesso un crimine, neppure lo esonera”) (vol. II, p. 182 del Rapporto). Tuttavia, nonostante questa conclusione-non conclusione del procuratore Mueller, il ministro Barr, nella, più sopra ricordata lettera inviata alla Commissione il 24 Marzo 2019, nel riassumere le «principal conclusions» del rapporto, afferma che dopo consultazione «con i funzionari del Dipartimento, compreso l’*Office of Legal Counsel* (O.L.C.); e applicando i principii dell’azione penale federale che guidano le nostre decisioni d’incriminazione, il viceministro della Giustizia Rod Rosenstein e io abbiamo concluso che le prove raccolte nel corso dell’indagine del Procuratore Speciale non sono sufficienti a stabilire che il Presidente abbia commesso il reato di ostruzione alla giustizia. La nostra determinazione non è stata fatta avendosi riguardo alle ovvero basandosi sulle considerazioni costituzionali che circondano l’incriminazione e l’esercizio dell’azione penale nei confronti di un Presidente in carica».³⁹

Come già detto, infatti, è controverso se il D.O.J. possa esercitare o meno l’azione penale federale nei confronti di un Presidente in carica, per la negativa essendosi espresso lo stesso Barr prima di diventare ministro. Di qui la precisazione fatta da Barr nella sua veste di ministro che la decisione assunta esulava da questa problematica, ma era stata motivata esclusivamente con l’insufficienza delle prove acquisite.

³⁹ Si veda la già citata, *Letter to Hon. Jerrold Nadler, Chairman, H. Comm. on the Judiciary; Hon. Lindsey Graham, Chairman, S. Comm. on the Judiciary; Hon. Doug Collins, Ranking Member, H. Comm. on the Judiciary; Hon. Dianne Feinstein, Ranking Member, S. Comm. on the Judiciary, from William Barr, Attorney General, U.S. Dep’t of Justice* (Mar, 24, 2019).

Rispetto a queste affermazioni del ministro Barr veniva però immediatamente osservato sia dai Democratici al Congresso sia dai critici del presidente Trump che dette conclusioni non erano del procuratore Mueller, ma del Ministro e del viceministro Rosenstein. E poiché, veniva evidenziato che il ministro Barr era stato nominato dal presidente Trump, mentre le indagini del Procuratore Speciale erano già in corso, proprio per le sue posizioni contrarie a promuovere l'azione penale nei confronti di un Presidente in carica, le sue conclusioni, «as biased at best and corrupt at worst», avrebbero dovuto essere respinte.⁴⁰

Si tratta di una posizione *tranchant* che tuttavia sembra motivata più politicamente che giuridicamente da un lato perché il ministro Barr ha opportunamente sottolineato che la sua decisione si è posta a monte del problema della giuridica praticabilità o meno dell'azione penale nei confronti di un Presidente in carica, dall'altro perché gli *standard* del D.O.J., al fine di poter incriminare qualcuno per ostruzione alla giustizia richiedono che “il ragionevole dubbio” debba essere superato quanto a tre differenti aspetti: 1) l'esistenza di una condotta ostruttiva; 2) che la condotta sia riferibile ad un'indagine o ad un'azione penale in corso; 3) che la condotta sia “fatta con un intento corruttivo”.

“Ragionevole dubbio” il cui mancato superamento sembrerebbe risultare evidente nel presente caso, soprattutto con riguardo al terzo dei cennati aspetti, perché, come lascia intendere il ministro Barr con un ragionamento peraltro molto semplice, se non sussiste il reato di cospirazione con il governo russo per le interferenze nelle elezioni U.S.A. 2016, neppure può sussistere quell'intento corruttivo che è essenziale per incriminare qualcuno di ostruzione alla giustizia e di cui infatti non è stata raggiunta prova. «In altre parole se non c'era un crimine da nascondere alla pubblica opinione o a chi stava indagando, neppure esisteva alcuna necessità per il presidente Trump di commettere ostruzione».⁴¹

La Barr's “*no obstruction declaration*” rimane tuttavia criticabile per due aspetti che costituiscono il nocciolo politico delle pretese di divulgazione avanzate dalla Commissione Giustizia (e dalle altre che ad essa si sono unite).

In primo luogo rimane da decifrare, data l'apparente ovvietà delle considerazioni fatte dal ministro Barr, la ragione per la quale il procuratore Mueller non ha deciso lui stesso per la non incriminazione del Presidente, avendo invece usato una formula “ellittica”, affermando che il presidente Trump se non era colpevole non era neppure innocente. Secondariamente perché si è contestato che, quantomeno dal punto di vista dell'opportunità, “competesse” al ministro della Giustizia chiudere la questione, tagliando

⁴⁰ D. Lind, *Why Trump isn't being charged with obstruction – even though Mueller didn't exonerate him*, 25 Marzo 2019, 3, reperibile all'indirizzo <https://www.vox.com/policy-and-politics/2019/3/24/18279851/mueller-trump-obstruction-justice-exoneration>; (“in quanto di parte nella migliore delle ipotesi e corrotto nella peggiore).

⁴¹ D. Lind, *Why Trump*, cit., 4.

fuori il Congresso, oltretutto in modo rapidissimo, ossia appena due giorni dopo aver ricevuto il rapporto Mueller.

Obiezioni peraltro fra loro collegate perché rispetto alla conclusione-non conclusione del procuratore Mueller sono state avanzate almeno tre possibili spiegazioni: 1) che il procuratore Mueller non abbia deciso la questione dell'ostruzione semplicemente perché pensava che era troppo presto per definirla; 2) che il procuratore Mueller voleva che fosse il ministro Barr a prendere una decisione; 3) che il Procuratore stesse cercando un modo per lasciare la decisione al Congresso, rimanendo in questo caso tuttavia da capire perché non lo abbia esplicitamente affermato nel rapporto.⁴²

Opzione interpretativa quest'ultima da cui germinano ambedue le critiche appena accennate, critiche che sono state fatte proprie tanto da molti esponenti Democratici, quanto, quel che più conta, dalla stessa Commissione Giustizia, come dimostra l'*iter* argomentativo più sopra esposto, laddove ritiene che il Congresso sia il solo organo che possa far valere la responsabilità penale del Presidente, se del caso promuovendo l'*impeachment*, con ciò implicitamente autoeleggendosi quale vero soggetto chiamato a prendere la decisione, che il procuratore Mueller non ha inteso assumere, sulla sussistenza o meno del reato di ostruzione alla giustizia.

Tutto ciò rende tuttavia evidente come il vero oggetto dello scontro non sia tanto o soltanto la consegna dei documenti richiesti, per la cui soluzione ci vorranno forse anni, quanto piuttosto la sostanziale "assoluzione" di Trump fatta dal ministro Barr che di fatto è entrata in collisione con le strategie politico-mediatiche dei Democratici. Di qui lo scontro assai aspro con lo stesso Ministro sino all'approvazione della risoluzione per raccomandarne all'assemblea della Camera dei rappresentanti la condanna per oltraggio al Congresso, pur se il presidente Trump aveva preventivamente fatto la dichiarazione protettiva del privilegio esecutivo allo scopo anche, come si dirà qui appresso, di preservare il ministro da questa possibile conseguenza.

D'altronde già precedentemente al giuramento di Trump i Democratici hanno adottato una strategia politico-mediatica diretta a sollevare sospetti su possibili condotte criminose del Presidente, dapprima continuamente alimentando dubbi all'interno dell'opinione pubblica su possibili manovre, concordate con il governo russo, fatte dall'allora candidato Trump, per danneggiare la Clinton e ora, che il *Russiagate* si è dimostrato un *ballon d'essai*, costruendo un nuovo preteso caso di reato attorno alla diversa ipotesi di

⁴² Per queste possibili interpretazioni della decisione-non decisione del procuratore Mueller diffusamente D. Lind, op. cit., 5.

ostruzione alla giustizia, peraltro ben sapendo che, anche se il Senato fosse a maggioranza democratica, stante la maggioranza richiesta, ben difficilmente si potrebbe arrivare ad una destituzione del Presidente.⁴³ Chi scrive non sa dire se questa strategia mediatica sia in grado di funzionare, allo scopo di indebolire il presidente Trump in vista delle elezioni del 2020, ma certo è che la stessa più che alla fenomenologia giuridica sembra appartenere essenzialmente a quella politica.

5. La *protective assertion of executive privilege*

Fatto il riassunto del *background*, dei fatti e delle ragioni giuridiche e politiche che costituiscono la cornice all'interno della quale si situa l'adozione da parte del Presidente della dichiarazione protettiva del privilegio esecutivo diviene essenziale ricostruirne la portata sul piano del diritto positivo, precisandone la natura giuridica e quali conseguenze essa implichi.

In generale si può dire che «the protective assertion of privilege is not an actual “conclusive” assertion of executive privilege», ma più semplicemente una sorta di “dichiarazione/applicazione cautelare” del privilegio esecutivo, diretta ad assicurare «the President’s ability to make a final decision whether to assert privilege following a full review» dei documenti richiesti.⁴⁴

Secondo certa dottrina la dichiarazione protettiva sarebbe informata allo stesso «general principle animates the kind of no-assertion assertion», agendo come una vera e propria *no-assertion*, visto che con essa l'esecutivo, mentre non dice né che non ottempererà alla citazione del Congresso, né che si avvarrà formalmente del privilegio esecutivo, dall'altro, nello stesso tempo, né ottempera alla *subpoena*, né indica se ottempererà. Semplicemente con essa viene affermato sia che probabilmente i documenti richiesti o taluni di essi, «ricadono all'interno dell'ambito del privilegio esecutivo, sia che l'esecutivo non ha ancora deciso se formalmente dichiarare il privilegio», visto che il legislativo «non ha concesso sufficiente tempo al Presidente per decidere se fare o meno la dichiarazione conclusiva del privilegio esecutivo».⁴⁵

Ricostruttivamente questo istituto trae origine da un *Memorandum* a firma del presidente Ronald Reagan sulle procedure da seguire in occasione di richieste di informazioni da parte del Congresso. *Memorandum*

⁴³ Alla Camera compete infatti in via esclusiva “*the sole power of impeachment*”, ossia il potere di porre in stato di accusa (art. I, sez. II, clausola 5), senza che la Costituzione prescriva alcuna particolare maggioranza, mentre è al Senato, ugualmente in via esclusiva, che spetta di giudicare su tutti gli atti d'accusa formulati dalla Camera. Senato che sarà presieduto dal Presidente della Corte Suprema, nel caso si debba giudicare il Presidente degli Stati Uniti, mentre nessuno potrà essere dichiarato colpevole “*without the concurrence of two-thirds of the members present*” (art. I, sez. III, clausola 6), vale a dire, se tutti i senatori sono presenti, come di solito avviene in questi casi, con i due terzi del Senato.

⁴⁴ J. Shaub, *What is a “Protective Assertion of Executive Privilege”?*, in *Lawfare* (May 8, 2019), 1 reperibile all'indirizzo <https://lawfareblog.com/what-protective-assertion-executive-privilege>; “la dichiarazione protettiva del privilegio esecutivo non è una attuale “conclusiva” affermazione del privilegio esecutivo”; “la capacità del Presidente di assumere la decisione definitiva se affermare o meno il privilegio a seguito di un esame completo”.

⁴⁵ Id., op. ult. cit., 1-3 “principio generale che anima la categoria delle dichiarazioni non-dichiarazioni”.

in cui dopo essere stato affermato al paragrafo 1 che «le richieste del Congresso per avere informazioni dovranno essere soddisfatte il più prontamente e il più completamente possibile», al paragrafo 5, viene stabilito che «mentre pende la decisione presidenziale definitiva sulla materia (della richiesta) il Capo del Dipartimento farà richiesta al corpo legislativo perché questo tenga sospesa (*in abeyance*) la sua richiesta di informazioni. Il Capo del Dipartimento espressamente indicherà che lo scopo di questa richiesta al Congresso è proteggere il privilegio esecutivo in pendenza della decisione presidenziale e che la medesima richiesta non costituisce una definitiva rivendicazione del privilegio».⁴⁶

Certamente, come è agevole rilevare, questo *Memorandum* (che ha attraversato indenne tutte le Amministrazioni successive che ne hanno conservato la vigenza e che è stato osservato anche nel presente caso, come si è ricordato più sopra, avendo il ministro Barr, prima della dichiarazione di protezione e del *contempt vote*, richiesto alla Commissione Giustizia di tenere *in abeyance* la citazione) non disciplina direttamente la dichiarazione protettiva, ma costituisce ricognizione dell'esistenza di un legittimo interesse del Presidente a preservare la sua capacità di decidere se e su quali documenti affermare il privilegio esecutivo, rivendicandone precauzionalmente l'applicazione nelle more della decisione definitiva.

Su questo fondamento la dichiarazione protettiva ha successivamente trovato una più precisa base legale in un parere reso dall'*Attorney General* dell'allora presidente Bill Clinton, Janet Reno, la quale, di fronte alla richiesta fatta dal *Committee on Government Reform and Oversight of the House of Representatives* dell'«intero insieme dei documenti del *White House Counsel's Office*» ritenne che la grande quantità dei documenti da esaminare e la necessità di consultare l'*Attorney General* per stabilire in base a quale criteri operarne l'esame per stabilire se e su quali di essi affermare il privilegio esecutivo, giustificassero, avendo il *Committee* rifiutato di tenere *in abeyance* la *subpoena*, che l'«*executive privilege may be properly asserted with respect the entire set*» dei documenti richiesti «*pending a final Presidential decision on the matter*».⁴⁷

Come si vede, per far luogo ad una dichiarazione protettiva due sono i presupposti individuati nel richiamato parere: 1) che ci si trovi davanti ad una *broad subpoena* ossia ad una citazione in cui venga richiesta una grande quantità di documenti. Di fronte ad una richiesta di un numero limitato di documenti la *protective assertion* appare infatti sfornita di qualsiasi apprezzabile giustificazione. Così, per esempio, se la Commissione Giustizia avesse richiesto la sola versione integrale del rapporto Mueller, ben difficilmente il ministro Barr avrebbe potuto chiedere al Presidente di farvi ricorso; 2) che la Commissione che ha emesso la citazione rifiuti di sospenderla per il tempo necessario all'esame dei documenti richiesti allo

⁴⁶ In questo senso il *Memorandum from President Ronald Reagan for the Heads of Executive Departments and Agencies on Procedures Governing Responses to Congressional Requests for Information*, Washington, 4 Novembre 1982, 1 e 2.

⁴⁷ Si veda: *Protective Assertion of Executive Privilege Regarding White House Counsel's Office Documents*, vol. 20 Op. O.L.C. p. 1 (1996) (*opinion of Attorney General Janet Reno*), «*l'executive privilege può essere legittimamente affermato con riguardo all'intero insieme ... mentre è pendente la decisione finale del Presidente sulla materia*».

scopo di verificare se gli stessi rientrano o meno nell'ambito del privilegio esecutivo e se il Presidente (la decisione non può essere assunta da nessun altro) intenda o meno far valere il suo privilegio alla riservatezza.

Presupposti che, sia detto per inciso, ricorrono ambedue nel presente caso, visto che la citazione copre, come chiarito dal D.O.J., «milioni di pagine di documenti classificati e non classificati, avendo attinenza con più di due dozzine di processi penali e investigazioni, molte delle quali in corso» e che la Commissione Giustizia, pur invitata a farlo ha, come detto, negletto di sospendere la citazione.

Dall'apposizione della dichiarazione protettiva derivano poi specifiche e problematiche conseguenze.

Come anche si preciserà più avanti, solo talune categorie di informazioni sono privilegiate, potendo non essere divulgate al Congresso, vale a dire, nell'interpretazione dottrinale più estensiva: *presidential communications*, *sensitive law enforcement information* (informazioni sensibili sull'attuazione/osservanza della legge e sulla repressione delle condotte illegali), *deliberative process* (decisioni interne al potere esecutivo), *confidential national security or diplomatic information* (informazioni riservate in materia di sicurezza nazionale o inerenti l'attività diplomatica), *attorney-client information* (informazioni avvocato-cliente).

Questo significa, ad esempio, per rimanere al presente caso, che il *grand jury material* che il ministro Barr, più volte ha dichiarato di non voler fornire, rimane fuori dallo scudo dell'*executive privilege*, così come la protezione dei documenti che incidono sulla riservatezza di singoli individui, magari periferici rispetto al *focus* delle investigazioni, che pure non rientrano in nessuna delle surrichiamate categorie di informazioni privilegiate, mentre quella parte di informazioni che «include law enforcement information, information about sensitive intelligence sources and methods», («informazioni sull'attuazione della legge e sulla repressione delle condotte illegali, informazioni sensibili su fonti e metodi dei servizi segreti») a cui pure ha fatto cenno il ministro Barr nelle sue lettere al Congresso, è potenzialmente idonea a ricadere nell'ambito di applicazione del privilegio.

Una prima conseguenza della dichiarazione protettiva si concretizza dunque nella esigenza di procedere a scrutinare tutto il materiale richiesto dal Congresso nella *subpoena* e cautelarmente dichiarato protetto, allo scopo di verificare quali informazioni possano ritenersi privilegiate e quali no. Operazione il cui tempo può variare a seconda della quantità dei documenti richiesti e del numero delle Agenzie o uffici che debbono procedere ad esaminare i documenti, previa la fissazione da parte dell'*Attorney General* di appositi parametri.

Spesso infatti uno stesso documento o una parte di informazioni, contenendo, ad esempio, notizie sia in materia di sicurezza nazionale sia di attuazione e osservanza della legge e repressione delle condotte illegali, sia magari sui processi deliberativi interni, deve essere esaminata, in ragione delle diverse competenze, da differenti organi o uffici dell'esecutivo.



Una seconda importante conseguenza di tale dichiarazione è poi, esaurita la fase dell'esame dei documenti, la necessaria redazione da parte dell'*Attorney General* di un motivato parere che indichi su quali documenti il Presidente può affermare il privilegio esecutivo, indicando in quali delle categorie privilegiate di informazioni essi rientrano.

Parere che costituisce la base legale della decisione presidenziale.

Sul punto dovendosi peraltro segnalare che l'indicazione dei documenti coperti da riservatezza dovrebbe essere specifica, come è stato, ad esempio, nel caso più sopra ricordato dei *White House Counsel's Office documents*, in cui, due settimane dopo dichiarazione protettiva, il *Counsel's Office*, nel raccomandare al Presidente su quali documenti dovesse affermare il privilegio, li identificò specificatamente, facendone una lista allegata al parere redatto dal ministro della giustizia.

Mentre è dubbio che il privilegio esecutivo possa essere utilizzato per coprire intere categorie di documenti.

Elementi significativi in questo senso sembrerebbero potersi desumere dalla *Fast and Furious litigation*. Infatti *the Fast and Furious claim of executive privilege* aveva individuato come documenti riservati tutti i «documenti successivi al febbraio 2011, connessi alla risposta che il D.O.J. avrebbe dovuto dare in merito all'attività di controllo svolta dal Congresso», vale a dire *an entire subset of documents* (un intero sottoinsieme di documenti) che il Ministro aveva ritenuto in blocco sottratti al controllo parlamentare in quanto ad essi sarebbe stata per analogia applicabile la *work-product exception*, ossia quell'eccezione che nella procedura civile protegge il materiale preparato in previsione di una futura controversia giudiziaria.

Posizione che è stata tuttavia respinta dalla Corte distrettuale che ha viceversa richiesto all'esecutivo di identificare precisamente quali documenti o porzione di documenti avrebbe dovuto ritenersi protetta dal privilegio esecutivo, in applicazione delle tradizionali categorie del *deliberative process privilege* ovvero della *law enforcement information*.

Orientamento che potrebbe riemergere in future pronunce delle Corti distrettuali anche se, come più sopra ricordato, con l'accordo (*settlement*) raggiunto l'8 Maggio scorso legislativo ed esecutivo si sono impegnati a non far uso, in eventuali successive controversie giudiziarie che fra loro potessero insorgere, delle decisioni rese e delle opinioni espresse dai Giudici nella lite seguita alla *Fast and Furious claim*.

Peraltro è da sottolineare che il parere reso dal ministro della giustizia, che costituisce la base legale della definitiva rivendicazione presidenziale, essendo il privilegio esecutivo, come si dirà meglio più avanti, un privilegio non assoluto, bensì qualificato, dovendo essere bilanciato con gli interessi del Congresso, oltre all'individuazione specifica dei documenti e delle ragioni che ne giustificano la riservatezza, deve contenere un ulteriore elemento motivazionale, ossia deve esplicitamente illustrare la o le ragioni in forza delle quali la necessità affermata dal Congresso di ottenere le informazioni richieste non possa ritenersi

sufficientemente “pesante” per “ribaltare” il privilegio presidenziale, detto in altre parole il perché nel bilanciamento fra i contrapposti interessi, quello congressuale all’acquisizione delle informazioni e quello presidenziale alla segretezza, sarebbe questo secondo quello che dovrebbe prevalere ed essere tutelato. Detto ciò è interessante notare che, nella dottrina statunitense, con riguardo alla presente dichiarazione protettiva, pur ritenuta in via di principio legittima di fronte ad una *broad subpoena* e al rifiuto di sospenderne l’efficacia, ci si è comunque interrogati sia sulla ragione della sua adozione, considerato che per essa vi è il solo precedente del presidente Clinton nel 1996 e che in genere il D.O.J. non considera la data ultimativa (*return date*) contenuta nella *congressional subpoena* come vincolante o ostativa alla continuazione delle trattative per la consegna dei documenti richiesti dal legislativo, sia su quali problemi giuridici essa ponga.⁴⁸

In relazione al primo ambito di riflessione si deve infatti osservare che esistono almeno due ragioni che possono spingere per l’adozione di una dichiarazione protettiva, una delle quali, a ben vedere, non ha nulla a che vedere con la necessità di mantenere riservati taluni documenti.

La prima è quella poc’anzi ricordata che fa leva sulla necessità, di fronte alla richiesta di una quantità considerevole di documenti e in presenza di un termine ultimativo di consegna ristretto, di avere tutto il tempo necessario per una ponderata decisione se e su quali documenti dichiarare il privilegio presidenziale.

Quanto alla seconda si è già in precedenza accennato come una delle tre strade per applicare una sanzione ad un pubblico ufficiale condannato per *contempt of Congress* sia quella di affidare la questione a un *United States Attorney* perché la porti davanti al *grand jury* per azionarla. In questo senso dispone il (*title*) 2 U.S. Code §§ 192 e 194.

Senonchè vi sono precedenti dell’*Office of Legal Counsel* da cui risulta escluso che le norme penali sull’oltraggio al Congresso si applichino agli ufficiali del potere esecutivo che rifiutino al Congresso la consegna della documentazione richiesta opponendo «le rivendicazioni del privilegio esecutivo sotto la direzione del Presidente».⁴⁹

Questo significa che uno degli effetti della dichiarazione protettiva è quello *to immunize the official from contempt*, almeno per quel che concerne l’esercizio dell’azione penale da parte degli *United States Attorneys*.

⁴⁸ Ancora in proposito J. Shaub, *What is a “Protective Assertion of Executive Privilege”?*, cit., 2-3.

⁴⁹ Precedenti dei quali il più significativo, per la stretta analogia, è senz’altro quello già ricordato dell’*Attorney General* del presidente Obama Eric Holder, che peraltro ha costituito, nella storia degli Stati Uniti, il primo caso di un Ministro della Giustizia ritenuto colpevole dalla Camera dei rappresentanti di oltraggio al Congresso, essendosi rifiutato di consegnare una parte della documentazione richiesta in relazione all’*Operation Fast and Furious* perchè sulla stessa il Presidente aveva affermato il privilegio esecutivo.

Ed è questa la seconda ragione che può giustificare l'adozione di una dichiarazione protettiva e che potrebbe anche considerarsi la possibile chiave di lettura del presente caso, ove si consideri che la richiesta del ministro Barr al presidente Trump di fare la predetta dichiarazione è intervenuta appena prima e proprio in previsione del *contempt vote* della Commissione Giustizia, con lo scopo probabile di prevenire la possibilità di una futura azione penale ai sensi degli artt. 192 e 194 dello U.S. Code.⁵⁰

Con riguardo al secondo ambito di riflessione due sono gli aspetti più problematici connessi alla dichiarazione protettiva.

Il primo riguarda il tempo che il potere esecutivo può riservarsi per completare l'esame dei documenti richiesti ai fini del consentire al Presidente l'adozione della definitiva dichiarazione del privilegio.

La dichiarazione protettiva è, per così dire “senza tempo”, ossia non stabilisce un termine entro cui la rivendicazione conclusiva del privilegio esecutivo deve essere effettuata. Con la conseguenza che potrebbe essere oggetto di lite la determinazione di un termine per l'emissione del parere e la conseguente decisione presidenziale sul privilegio. Sebbene sia difficile poter *a priori* stabilire la misura del tempo “necessario” per l'esame di tutti i documenti richiesti la cui determinazione non può che essere rimessa alla discrezionalità dell'esecutivo.

D'altronde proprio la mancanza dell'individuazione di un termine può interpretarsi nel senso di legittimare il Congresso a ritenere che la dichiarazione protettiva non sia altro che uno strumento di una più ampia tattica di stallo e dilatoria tale che anche la prosecuzione delle trattative potrebbe risultare infruttuosa, così da giustificare, come è avvenuto nel caso di specie, l'approvazione di una risoluzione per la condanna per oltraggio al Congresso del Ministro della Giustizia (condanna la cui decisione compete all'Assemblea che potrebbe anche orientarsi diversamente).

Il secondo concerne il fatto che la *protective assertion*, stante la sua natura di dichiarazione cautelare, copre tutti i documenti richiesti, non soltanto quelli che potenzialmente possono ricadere nell'ambito di applicazione del privilegio esecutivo e senza che sia necessario operare alcun *balancing test* fra gli opposti interessi del Presidente e del Congresso, tanto che si è ipotizzato che un suo uso generalizzato sarebbe idoneo a rappresentare «un altro aggiuntivo passo nella disputa in corso fra i due poteri in ordine alle loro rispettive sfere di competenza costituzionale nel contesto dell'attività di controllo», potendo essere usata come un'ulteriore potente arma nelle mani dell'esecutivo «per ritardare o rimandare le domande finalizzate al controllo e costringere il Congresso ad una battaglia giudiziaria potenzialmente lunga e estesa».⁵¹

⁵⁰ Id., op. ult. cit., 2; “di attribuire l'immunità agli ufficiali dell'esecutivo per il reato di oltraggio (al Congresso)”.

⁵¹ Id., op. ult. cit., 2.

Osservazione che può in certa misura condividersi e che i possibili sviluppi del presente caso potrebbero aiutare a dipanare, magari delineandone, in caso di azioni giudiziarie promosse dal Congresso, i limiti di utilizzo da parte del Presidente.

6. Qualche osservazione sull'*Executive privilege*

Da un punto di vista sistematico il privilegio esecutivo si colloca all'interno della *implied powers doctrine*, rappresentando un importante ambito che può definirsi di interferenza/conflitto fra Congresso e Presidente. Tale ambito è quello, come sopra accennato, che vede scontrarsi da un lato il diritto del Congresso di sorvegliare ed investigare circa il modo in cui l'*Executive branch* esercita le sue funzioni e dà attuazione alle leggi, dall'altro l'opposto diritto del Presidente di resistere alle richieste avanzate dal Congresso, allo scopo di mantenere riservate informazioni o documenti.

Il Congresso infatti *needs information to perform its constitutional duties*.⁵² In questo senso *the power of Congress to investigate* è strumentale ad una pluralità di prerogative del Congresso, come anche palesato dalla Commissione Giustizia, dall'esercizio del *power of impeachment* all'esercizio della funzione legislativa, considerando che il detto esercizio non si esaurisce nel fare le leggi, ma si estende a verificare quali effetti esse producono, se sono utili o dannose, efficaci o non efficaci, produttive di miglioramenti od afflittive, etc., allo scopo di abrogarle, modificarle o sostituirle. Al Congresso deve perciò essere riconosciuto un implicito ampio potere di indagine al fine *to inquire into and review the methods by which those laws are enforced*: cosiddetto *congressional oversight o right of inquiry*. E poiché è il ramo esecutivo ad avere la responsabilità costituzionale di esercitare la funzione esecutiva e di attuare le leggi, è del tutto ovvio che il Congresso eserciti il suo proprio diritto di indagare (*its own right of inquiry*) in primo luogo nei confronti del potere esecutivo, richiedendo allo stesso tutte le informazioni necessarie per l'esercizio delle proprie competenze.⁵³

In proposito la Corte suprema ha rimarcato che «il corpo legislativo non può legiferare saggiamente o efficacemente in assenza delle informazioni che concernono quelle condizioni che con la legislazione si vuole colpire o cambiare; e nel caso in cui il legislativo non possieda presso di sé le indispensabili informazioni – il che per vero non è infrequente – si deve ricorrere a coloro che le possiedono».⁵⁴

⁵² In proposito, ad esempio, L. Fisher, *The politics of Executive Privilege*, Durham-North Carolina, (Carolina Academic Press), 2004, 257, "... necessita di informazioni per compiere i suoi doveri costituzionali".

⁵³ Per la citazione R.L. Claveloux, *The Conflict Between Executive Privilege and Congressional Oversight: the Gorsuch Controversy*, in *Duke Law journal*, vol 1983, 1333, "... di richiedere informazioni sulle leggi e controllare i metodi utilizzati per dare attuazione a queste stesse leggi".

⁵⁴ In questo senso la Corte Suprema Federale nella causa *Mc Grain v. Daugherty*, 272 U.S. 135, 175 (1927).

Per vero ancora la Corte suprema «ha evitato di fare una qualsiasi distinzione fra il diritto del Congresso di ottenere informazioni dal potere esecutivo da usare per sostenere la sua funzione di vigilanza, distinguendo così tale funzione dalla sua responsabilità di approvare, emendare o abrogare le leggi».

In altre parole la Corte suprema ha conservato una nozione unitaria del cosiddetto *Congress's investigatory power*, riconoscendo che esso «comprehends probes into departments of the Federal Government to expose corruption, inefficiency or waste». ⁵⁵ In questo senso deve opportunamente ribadirsi che il potere investigativo del Congresso è un potere assai ampio che può esercitarsi per finalità assai varie.

Antitetico al *congressional right to information* è naturalmente l'*executive's need for secrecy* (la necessità dell'esecutivo di mantenere segrete le sue attività).

Il diritto affermato dai Presidenti *to withhold information from Congress* («di rifiutare le informazioni al Congresso») va sotto il nome di *constitutional doctrine of Executive privilege*, dottrina che proteggerebbe «il Presidente ed i suoi funzionari ... dall'obbligata divulgazione di informazioni o documenti». ⁵⁶

Né l'uno né l'altro di questi due poteri è espressamente previsto dalla Costituzione, ma ambedue devono ritenersi implicitamente deducibili da essa. Dal punto di vista storico peraltro l'idea del potere di indagine del Congresso si trova già nei dibattiti della *Philadelphia convention* laddove viene osservato che i «membri del Congresso non sono soltanto legislatori, ma possiedono anche poteri di indagine. Essi devono riunirsi frequentemente per esaminare la condotta dei pubblici uffici ... e dovranno avere l'autorità di punire con la prigione chiunque violi i loro privilegi». ⁵⁷

E sebbene tanto il potere di indagare, quanto quello di punire per oltraggio al Congresso non siano stati esplicitamente accolti nella Costituzione, essi trovarono, nel volgere di pochi anni, un pieno riconoscimento, anche giudiziale, come poteri impliciti.

Il *congressional oversight* si è dunque storicamente affermato ed è stato giudizialmente riconosciuto sin dai primi anni della storia degli Stati Uniti: è importante notare che, praticamente *ab origine*, è ad esso riconducibile un duplice potere coercitivo: quello di adottare *subpoenas*, ossia citazioni (o mandati o ingiunzioni) di comparizione o esibizione di documenti e quello di procedere per oltraggio al Congresso.

⁵⁵ In proposito T. Garvey – A.M. Dolan, *Presidential Claims of Executive Privilege: History, Law, Practice and Recent Developments*, Washington, (Congressional Research Service – R42670), 2012, 4, «... comprende le indagini all'interno dei ministeri del governo federale dirette a mostrare corruzione, inefficienza o spreco». Per questa giurisprudenza della Corte suprema si veda *Watkins v. United States*, 354 U.S. 173, 187 (1957) ed ancora in senso conforme la già citata *Mc Grain v. Daugherty*, 273 U.S. 135,177 (1927): *Eastland v. U.S. Servicemen's Fund*, 491 U.S. 391, 504 n. 15 (1975).

⁵⁶ R.L. Claveloux, op. cit., 1333.

⁵⁷ Per queste informazioni L. Fisher, *The Politics*, cit., 5.

Le *subpoenas* sono generalmente considerate, quando vengono adottate ai sensi di una *authorized investigation*, come *an indispensable ingredient of lawmaking*,⁵⁸ ed il loro utilizzo può essere deciso dal Congresso a prescindere dalla possibilità di conseguire un risultato finale prevedibilmente positivo, quale, ad esempio, l'approvazione di un progetto di legge o di una legge. Questo perché «la propria natura della funzione di investigare – come ogni ricerca – è che la stessa può portare coloro che investigano in “vicoli ciechi” e in imprese improduttive».⁵⁹

Le citazioni vengono principalmente utilizzate sia per obbligare a testimoniare sia per costringere a consegnare documenti.⁶⁰

Quando l'*Executive branch* rifiuta *to release information or allow officials to testify*, il Congresso può decidere di utilizzare *the contempt power*.

Si tratta, anche in questo caso, di un potere implicito il cui fondamento, sin dal 1821, è stato individuato nel fatto che senza di esso «the legislative branch would be exposed to every indignity and interruption that rudeness, caprice, or even conspiracy, may mediate against it».⁶¹

Nel caso di condanna per il reato di oltraggio al Congresso è peraltro prevista la pena di una multa non maggiore di mille dollari e la reclusione fino ad un anno (*title 2 U.S. Code § 192*).⁶²

Differentemente dal *Congress's investigatory power*, l'*Executive privilege* ha avuto un riconoscimento giudiziale assai più recente, databile ai primi anni settanta dello scorso secolo, in correlazione con le decisioni delle cause legate al caso *Watergate*. Benché – di tempo in tempo – rivendicato dai Presidenti, a partire dagli albori della storia costituzionale americana (più precisamente dal 1792 quando venne rivendicato per la prima volta dal presidente Washington),⁶³ «il diritto di proteggere la confidenzialità delle informazioni e dei documenti nei confronti del legislativo» è rimasto per quasi due secoli una questione dibattuta ed irrisolta, finché la sua esistenza non è stata «giudizialmente stabilito come un necessario derivato dello

⁵⁸ Così *Eastland v. U.S. Servicemen's Fund*, 421 U.S. 491, 505 (1975), “... un indispensabile ingrediente della funzione legislativa”.

⁵⁹ Ancora *Eastland v. Unites States*, cit., 509, “... the very nature of the investigative function – like any research – is that it takes the searchers up some “blind alleys” and into nonproductive enterprises”.

⁶⁰ Per un'ampia indagine sull'utilizzo dei *subpoenas* cfr.: L. Fisher, *The Conflicts*, cit., 91-109.

⁶¹ Così la Corte suprema in *Anderson v. Dunn*, 6 *Wheat*. (19 U.S.) 204, 228 (1821), “... il ramo legislativo si troverebbe esposto ad ogni oltraggio e interruzione che la rozzezza, il capriccio, o perfino la congiura possono interporli contro di esso”.

⁶² Sul punto ed ampiamente sul *power of contempt* si veda ancora L. Fisher, *The Politics*, cit., 111-134.

⁶³ Si veda per le notizie su questo episodio, *History of refusals by Executive branch officials to provide information demanded by Congress*, vol. 6 Op. O.L.C. p. 752 (Part I, 1982); anche in proposito I. Younger, *Congressional Investigations and Executive Secrecy: A study in the Separation of Powers*, 22 *U. Pitt L. Rev.*, 1958-1959, 758. Nell'occasione il presidente Washington consegnò al Congresso dei documenti su una campagna militare contro gli indiani, ma rivendicò il diritto di non consegnarli ove la loro divulgazione «would injure the public».



status del Presidente nello schema della separazione dei poteri previsto dalla Costituzione degli Stati Uniti». ⁶⁴

Ciò è accaduto proprio in occasione – come ricordato – della vicenda del *Watergate* in cui per ben quattro volte gli organi giurisdizionali sono stati chiamati a valutare quanto affermato dal presidente Nixon e cioè che lo stesso sarebbe stato «absolutely immune from all compulsory process» (“assolutamente immune da tutti i procedimenti diretti ad obbligarlo”).

Di questi quattro casi due sono stati decisi dalla Corte di appello per il distretto della Columbia ⁶⁵ e due dalla Corte suprema federale. ⁶⁶

Rispetto a queste quattro pronunce un primo punto da segnalare è che in esse si trova unanimemente affermato che se è vero che le conversazioni presidenziali sono *presumptively privileged*, è, però, altrettanto vero, come si è anche ricordato in precedenza, che tale privilegio non è assoluto, ma qualificato e rispetto ad esso non è affatto precluso il controllo giurisdizionale, anche perché, quando il privilegio esecutivo è basato su di una generica affermazione *of public interest in the confidentiality of such communications*, si verifica un conflitto con altri valori costituzionali. ⁶⁷

Questo significa che l'interesse del Presidente a mantenere confidenziali e riservate talune informazioni va bilanciato con il *competing interest* fatto valere dagli altri due poteri dello Stato.

Nella *Nixon I* tuttavia dalla Corte suprema viene riconosciuto da un lato il fondamento costituzionale della dottrina del privilegio esecutivo, individuato «nella supremazia di ciascun ramo del governo all'interno della sua propria assegnata area di doveri costituzionali e nella separazione dei poteri», dall'altro viene ritenuto che sussista uno speciale collegamento fra l'*Executive privilege* ed il bisogno «to protect military, diplomatic, or sensitive National security secrets». ⁶⁸

Anche se va detto che nella *Nixon II* la Corte suprema ha cura di precisare che l'*Executive privilege* deve considerarsi limitato alle comunicazioni presidenziali «sul compimento da parte di ciascun Presidente

⁶⁴ In proposito ampiamente T. Garvey – A.M. Dolan, *Presidential Claims*, cit., 1-6, le citazioni sono a p. 1, “... the right to preserve the confidentiality of information and documents in the face of legislative”; “... judicially established as a necessary derivative of the President’s status in the U.S. constitutional scheme of separated powers”.

⁶⁵ Si tratti di *Nixon v. Sirica*, 487 F. 2d 700 (D.C. Cir 1973) e di *Senate Select Committee of Presidential Campaign Activities v. Nixon*, 498 F. 2d 725 (D.C. Cir. 1974).

⁶⁶ Si tratta di *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974), meglio nota come *Nixon I*, e *Nixon v. Administrator of General Services*, 433 U.S. 425 (1977), meglio nota come *Nixon II*.

⁶⁷ Così *Nixon I*, cit., 706.

⁶⁸ Ancora *Nixon I*, cit., 705-706, 708, 711. “... in the supremacy of each branch within its own assigned area of constitutional duties and in the separation of powers”.

delle responsabilità ... inerenti al suo ufficio ... e fatte nel procedimento di formazione dei piani d'azione e di assunzione delle decisioni». ⁶⁹

Questo riconoscimento giurisdizionale, per vero dai contorni piuttosto indefiniti, dell'*Executive privilege*, ha peraltro concorso a far sviluppare un ampio dibattito sui confini del suo stesso utilizzo, generando non pochi fraintendimenti se è vero che in dottrina vi è chi ha addirittura lamentato che, difformemente dai dati giuridici reali, «taluni giornalisti ed accademici pensano che se il Presidente annuncia che le informazioni richieste cadono nelle magiche categorie del militare, del diplomatico o della sicurezza nazionale, gli altri due rami del governo (e la stampa) dovrebbero arretrare rispettosamente». ⁷⁰

In effetti dopo il caso *Watergate*, come ampiamente sottolineato dalla dottrina, il potere esecutivo, in modo peraltro nient'affatto sorprendente, «ha sviluppato un punto di vista espansivo del privilegio esecutivo, con riferimento alle indagini autorizzate dal Congresso, cercando di trarre il massimo vantaggio dal vago ed essenzialmente indefinito terreno che si trova all'interno del perimetro in cui è stato giudizialmente ammesso l'*Executive privilege*». ⁷¹

In proposito la dottrina ha notato da un lato che il potere esecutivo ha individuato essenzialmente quattro aree ritenute presuntivamente coperte dal privilegio esecutivo: relazioni internazionali ed affari militari, due materie separate che sono spesso aggregate insieme sotto la dicitura *state secrets*; indagini sull'attuazione/osservanza della legge e repressione delle condotte illegali e informazioni confidenziali che rivelano il *deliberative process* del governo con riguardo al *policymaking* (a cui dovrebbe aggiungersi l'area delle *attorney-client information*), dall'altro che «abitualmente detto potere ha affermato il privilegio esecutivo, basandolo sopra una combinazione fra il *deliberative process* ed una o più delle altre categorie». ⁷²

Più in generale il potere esecutivo ha anche cercato di far passare l'idea che, quantomeno in materia di sicurezza nazionale il potere esecutivo è l'unico legittimato «to sole control over the information because of its obligation to safeguard the National security».

Posizione che tuttavia non ha trovato nessun riscontro nella giurisprudenza, essendosi all'opposto ribadito che il privilegio esecutivo non è assoluto, ma qualificato *even in the area of National security*. E questo perché, se è vero che la «Costituzione assegna al Presidente un certo numero di poteri relativi alla sicurezza nazionale, compresa la funzione di comandante in capo ed il potere di stipulare trattati e di nominare gli ambasciatori» è, però, altrettanto vero che la stessa Costituzione «conferisce al Congresso altri poteri ugualmente inseparabili dalla sicurezza nazionale, come i poteri di dichiarare la guerra, ... e

⁶⁹ In questo senso *Nixon II*, cit., 449, "... in performance of a President's responsibilities ... of his office ... and made in the process of shaping policies and making decisions".

⁷⁰ Così L. Fisher, *The Politics*, cit., 259.

⁷¹ Diffusamente T. Garvey – A.M. Dolan, *Presidential Claims*, cit., 8.

⁷² Id., op. ult. cit., 8.

sostenere le forze armate e, con riguardo al Senato, acconsentire ai trattati ed alla nomina degli ambasciatori». ⁷³ Ad ogni modo nella giuspubblicistica statunitense si ritiene che il migliore e più ingegnoso tentativo di ampliare l'*Executive privilege* sia stato quello che si è operato «mescolando il privilegio presidenziale in materia di comunicazione con il privilegio inerente al processo deliberativo». ⁷⁴

Per comprendere il senso di questa valutazione è peraltro necessario premettere che l'idea del *Deliberative process privilege* è stata sviluppata sotto la vigenza della *Freedom of Information Act* (FOIA) che stabilisce una limitata protezione per le comunicazioni ed i documenti da cui risulta la prova dell'insieme delle considerazioni che i funzionari delle agenzie hanno formulato nella fase che precede una decisione.

Ebbene i giuristi dell'esecutivo (in pratica gli avvocati dell'O.L.C.), collegando strettamente il *Deliberative process privilege* con il privilegio riconosciuto al Presidente di mantenere confidenziali le comunicazioni con i suoi più stretti collaboratori, hanno ritenuto di poter affermare che l'*Executive privilege* si « estenderebbe a qualsiasi decisione o comunicazione che investa la determinazione di una *policy*, assunta all'interno del ramo esecutivo e nella quale il Presidente possa avere interesse». ⁷⁵

Peraltro, anche questa teoria promossa dall'esecutivo, pur motivata con dovizia di argomenti, non ha trovato un positivo riscontro da parte degli organi giurisdizionali.

In senso opposto si è infatti osservato che il *Presidential communications privilege*, essendo fondato sul principio della separazione dei poteri e nel «President's unique constitutional role», si applica «only to direct decision making by the President», comprendendo «only those functions that form the core of presidential authority, involving ... (the) quintessential and non-delegable presidential power». ⁷⁶

Su queste basi la giurisprudenza ha affermato che l'*Executive privilege* mentre copre le comunicazioni tra il Presidente ed i suoi *advisors* (consiglieri) ed anche «le comunicazioni autorizzate o ricevute in risposta ad una sollecitazione proveniente dai membri dello *staff* degli *advisors* del Presidente», non si estende invece «allo *staff* che opera fuori dalla Casa Bianca nelle agenzie che fanno parte del potere esecutivo». Questo

⁷³ L'ultima citazione è tratta dalla sentenza *United States v. AT&T*, 567 F.2 d 121, 128 (D.C. Cir. 1977), meglio nota come *AT&T II*. Per le posizioni tenute dall'esecutivo e dal legislativo in questo giudizio cfr.: T. Garvey – A.M. Dolan, *Presidential Claims*, cit., 6-7 da cui è presa anche la citazione precedente "... all'esclusivo controllo sopra le informazioni a causa del suo dovere di salvaguardare la sicurezza nazionale". Sugli *AT&T cases* si veda inoltre L. Fisher, *The Politics*, cit., 246-247.

⁷⁴ In questo senso T. Garvey – A.M. Dolan, *Presidential Claims*, cit., 13-14.

⁷⁵ Id., op. cit., 14, «... would extend to any policy deliberations or communications within the Executive branch in which the President may have an interest».

⁷⁶ Per queste argomentazioni si veda *In re Sealed Case*, 121 F 3d 729 (D.C. Cir. 1997) più nota come *Espy*. Le citazioni sono alle pagine 745 e 752.

anche perché esclusivamente le comunicazioni «a quel livello sono abbastanza vicine al Presidente da essere rivelatrici delle sue decisioni o da mettere a rischio l'imparzialità dei suoi consiglieri».⁷⁷

Principii più volte ripresi dalla giurisprudenza successiva in cui si è ribadita la netta distinzione fra il *Deliberative process privilege* ed il *Presidential communications privilege* ed in cui il rigetto della tesi dell'esecutivo che i *senior advisors* del Presidente sarebbero assolutamente immuni dall'obbligo di testimoniare è stata maturata tra l'altro osservandosi che «la pretesa di una assoluta immunità dall'essere assoggettati a procedimenti costringenti non può essere avanzata dall'esecutivo come un surrogato dell'assoluto privilegio di non dare informazioni, già fermamente rigettato dalle corti».⁷⁸

Riguardo al privilegio esecutivo si può dunque conclusivamente osservare da un lato che è indiscutibile che il suo riconoscimento giudiziale abbia determinato un'espansione delle prerogative presidenziali, dall'altro che, nonostante tutto, il detto riconoscimento non ha prodotto un drammatico ridimensionamento dei poteri investigativi del Congresso. Questo anche e soprattutto in virtù del fatto che l'*Executive privilege* non è stato riconosciuto come un *absolute privilege*, ma come un *qualified privilege* che richiede un bilanciamento fra la pretesa di riservatezza avanzata dal potere esecutivo e la richiesta di informazioni fatta dal Congresso.⁷⁹

A ciò aggiungasi che i Presidenti hanno più volte dichiarato che non avrebbero usato il privilegio esecutivo «per bloccare le inchieste del Congresso in cui si alleghino le ipotesi di frode, corruzione, o condotta eticamente censurabile verificatesi all'interno dell'esecutivo».⁸⁰ Orientamento che peraltro sembra destinato ad essere meglio precisato e articolato in relazione alla vicenda che qui occupa.

Questo non significa che, oltre quello presente, non ci siano già stati conflitti dovuti all'affermazione presidenziale del privilegio esecutivo, perché anzi se ne sono verificati anche di molto duri.⁸¹

⁷⁷ Ancora in questo senso *Espy*, cit., 752, "... to staff outside the White House in Executive branch agencies"; "... at that level are close enough to the President to be revelatory of his deliberations of to pose a risk to the candor of his advisors".

⁷⁸ La citazione è tratta da *Committee on the Judiciary, U.S. House of Representatives v. Miers, et al.*, 558 F. Supp. 2d 53 (D.D.C. 2008) (*civil action* NO. 08-0409), 102-103; "... (a) claim of absolute immunity from compulsory process cannot be erected by the Executive as a surrogate for the claim of absolute privilege already firmly rejected by the courts". Nel senso indicato nel testo si vedano pure *Judicial Watch, Inc. v. Department of Justice*, 365 F. 3d 1108 (D.C. Cir. 2004) e *Loving v. Department of Defence*, 550 F. 3d 32 (D.C. Cir. 2008). Per un'ampia disamina di tutti questi casi T. Garvey-A.M. Dolan, *Presidential Claims*, cit., 20.30.

⁷⁹ Questo in linea generale significa, come sottolineato dalla dottrina, che «the presidential communications privilege ... may be overcome by a showing that the information sought «likely contains important evidence» and cannot be obtained from other sources». Così Id., op. ult. cit., 33, «il *Presidential communications privilege* può essere rovesciato attraverso la dimostrazione che le informazioni richieste «verosimilmente contengono importanti elementi di prova» e non possono essere ottenute da altre fonti».

⁸⁰ Per una breve rassegna di queste dichiarazioni fatte dalle varie amministrazioni Id., op. ult. cit., 12.

⁸¹ Si pensi al caso Gorsuch, conclusosi con una condanna per *contempt of Congress* (per questo caso ampiamente, R.L. Claveloux, *The Conflict*, cit., 1333-1358), od al caso che ha visto contrapposti il *General Accounting Office* (GAO) e *Dick Cheney*, (all'epoca vicepresidente di G.W. Bush) (per una dettagliata illustrazione di questo caso L. Fisher, *The*

Di frequente legislativo ed esecutivo riescono a *to reach an accommodation*, essendo questa la via che in primo luogo, secondo la giurisprudenza, hanno il dovere giuridico di percorrere, ma quando in buona fede falliscono, allora il problema diviene quello di avere uno schema (*test*) per bilanciare «la necessità di una piena indagine del Congresso sull'operatività delle leggi ed i legittimi requisiti di segretezza all'interno del ramo esecutivo».⁸²

Schema che, secondo parte della dottrina, stante la natura qualificata e non assoluta del privilegio di non rivelare informazioni al Congresso, dovrebbe articolarsi presumendosi che in linea di principio gli *Executive officials* «non dovrebbero essere obbligati a rivelare informazioni relative a materie sensibili come quella degli affari che investono la sicurezza nazionale e quella che concerne le decisioni ancora pendenti in tema di osservanza della legge/repressione delle condotte illegali», a meno che il Congresso non sia in grado di dimostrare che «le informazioni sono necessarie e sono richieste in conseguenza di una giuridicamente valida esigenza connessa con l'attività legislativa».⁸³

In realtà nella giurisprudenza tutto ciò non è ancora perfettamente definito: mentre è certo che il potere giudiziario, in seguito alle decisioni sul caso *Watergate*, si è costituito arbitro di ultima istanza in questo campo di incontro/scontro fra legislativo ed esecutivo, non è invece ancora del tutto chiaro quale sia il *test* per bilanciare i confliggenti interessi in gioco.

In primo luogo perché nella giurisprudenza quanto in generale si è affermato in tema di interesse presidenziale alla segretezza delle informazioni non sembra immediatamente ed automaticamente estensibile ai casi in cui l'*Executive privilege* sia invocato per proteggere la sicurezza nazionale.

In secondo luogo perché, in tema di *Presidential communications privilege* mentre la Corte suprema nella *Nixon I* ha lasciato intendere che la natura non assoluta, ma qualificata del privilegio implica «that the President, in order to prevail on his privilege claim, (has) to demonstrate convincingly that confidentiality would be compromised».⁸⁴

La successiva giurisprudenza si è mossa in una duplice diversa prospettiva, da un lato affermando che «the application of Executive privilege depend on a weighing of the public interest protected by the

Politics, cit., 183-196) od ancora, più di recente, sotto l'amministrazione Obama, al caso denominato *Operation Fast and Furious* conclusosi con la condanna per oltraggio al Congresso dell'*Attorney General Eric Holder* (per questa vicenda *funditus* T. Garvey, *Presidential Claims*, cit.,30-32).

⁸² R.L. Claveloux, *The Conflict*, cit., 1357.

⁸³ Così ancora R.L. Claveloux, *The Conflict*, cit., 1357-1358.

⁸⁴ Così riassume il pensiero della Corte Suprema R.L. Claveloux, op. cit., 1344, seguendo altra dottrina ivi citata, «... che il Presidente, per far prevalere l'affermato privilegio, deve convincentemente dimostrare che il suo diritto alla riservatezza risulterebbe compromesso».

privilege against the public interest that would be served by disclosure in a particular case»,⁸⁵ dall'altro ritenendo – andando proprio nella direzione indicata dalla dottrina richiamata più sopra – che la natura qualificata del privilegio farebbe gravare sul Congresso l'onere di dimostrare «that the subpoenaed materials likely contain important evidence» e che «the evidence is not available with due diligence elsewhere».⁸⁶

Pur non essendo possibile, in questa sede, prendere una argomentata posizione su questa questione, nondimeno si ritiene che l'indirizzo giurisprudenziale più convincente sia il secondo, implicando la natura qualificata del privilegio un bilanciamento degli interessi in gioco che, in assenza di una *political accommodation* (vale a dire di un'intesa raggiunta a livello politico senza intervento delle corti, il cui tentativo la giurisprudenza ritiene peraltro giuridicamente doveroso), non può che essere fatto caso per caso, incombando ad entrambe le parti dimostrare da un lato quale pubblico interesse risulterebbe leso dalla divulgazione delle informazioni, al di là di un generico riferimento all'interesse alla riservatezza del Presidente, dall'altro l'essenzialità di quelle informazioni ai fini dell'esercizio delle proprie prerogative costituzionali.

Impostazione questa che peraltro sembra estensibile anche ai casi in cui il privilegio esecutivo sia invocato per proteggere informazioni collegate alla sicurezza nazionale. Anche perché come è stato ampiamente sottolineato dalla dottrina, a seguito di molteplici ammissioni da parte dei membri dell'esecutivo la principale preoccupazione dei funzionari che classificano i documenti «non è quella di proteggere la sicurezza nazionale ma piuttosto quella di evitare l'imbarazzo del governo per una ragione o per un'altra».⁸⁷

7. Conclusioni

Da quanto appena detto deriva, in conclusione, la difficoltà di un giudizio prognostico sugli esiti del presente caso nel quale al Presidente, se adotterà una dichiarazione definitiva del privilegio esecutivo, incomberà di dimostrare sia la natura privilegiata delle parti non rese pubbliche del rapporto Mueller e di eventuali documenti ad esso correlati sia il perché la loro divulgazione dovrebbe in concreto ritenersi lesiva di un pubblico interesse tale da prevalere sulla necessità del Congresso di conoscerne il contenuto, mentre il Congresso sarà chiamato a spiegare la ragione per la quale le censure apportate al predetto

⁸⁵ In questo senso la già citata *Nixon v. Sirica*, 487 F 2d 700, 716 (D.C. Cir. 1973), "... l'applicazione del privilegio dell'esecutivo dipende dal peso dell'interesse pubblico protetto dal privilegio, confrontato col peso dell'interesse pubblico che sarebbe tutelato dalla divulgazione delle informazioni in ciascun caso particolare".

⁸⁶ In questo senso *Espy*, cit., 754 e 757, "... che i materiali richiesti col mandato contengono importanti elementi di prova"; "... la prova, pur utilizzando la dovuta diligenza, non è a disposizione altrove".

⁸⁷ Così L. Fisher, *The Politics*, cit., 256.

rapporto e la secretazione dei documenti da esso richiamati o ad esso allegati sarebbe tale da privarlo di elementi di prova e di valutazione essenziali per adempiere ai propri doveri costituzionali.

Querelle in cui potrebbe probabilmente acquistare un rilievo decisivo l'entità delle censure effettuate e la natura dei documenti sottratti alla divulgazione.

Aspetto quest'ultimo su cui nel presente lavoro non è possibile svolgere una approfondita indagine, potendosi soltanto evidenziare che la Commissione Giustizia ha rifiutato una *accomodation* che le avrebbe permesso di avere accesso al «98,5% del rapporto, compreso il 99,9% del Volume II» che aveva riguardo alle indagini sulla supposta ostruzione alla giustizia che sarebbe stata perpetrata dal Presidente e che, in ogni caso, già adesso, gli *omissis* contenuti nel rapporto non sono assolutamente tali da precludere alla maggioranza democratica alla Camera dei rappresentanti ogni conseguente decisione soprattutto sulla messa in stato d'accusa del Presidente, ove davvero intendano percorrere questa via.

Se avesse avuto la prova e conseguentemente la certezza dell'esistenza di un reato da perseguire il procuratore Mueller lo avrebbe rilevato nelle sue conclusioni. Cosa che invece non ha fatto. È perciò evidente che quegli *omissis* non coprono alcun reato, sì che pertanto non sembrano contenere alcuna prova o alcun elemento decisivo ai fini dell'esercizio delle competenze congressuali, tale in ogni caso da consentire alla Commissione Giustizia e alla Camera dei rappresentanti di sostenere che senza la conoscenza del loro contenuto si troverebbe menomata nell'assunzione di eventuali decisioni, risultando all'opposto il quadro delle interferenze russe e delle ipotizzate cattive condotte presidenziali già sufficientemente delineato nel suo complesso.

Di più immediato interesse sono invece le questioni giuridiche suscitate dalla dichiarazione protettiva del privilegio esecutivo perché, essendo stata fatta soltanto in due occasioni, la sua portata resta ancora compiutamente da definire.

Infatti, come è stato esattamente avvertito, tale dichiarazione potrebbe essere o divenire un'arma potentissima nelle mani dell'esecutivo allo scopo di contrastare richieste di documenti che l'esecutivo intende mantenere riservati sia perché consente, seppur transitoriamente, di non consegnare alcun documento tra quelli intimati, nell'attesa che il Presidente decida su quali di essi dichiarare il privilegio esecutivo, sia perché la *protective assertion* è sostanzialmente senza termine, ossia viene assunta senza la fissazione di alcun termine entro il quale il Presidente dovrà perentoriamente fare la rivendicazione definitiva del privilegio esecutivo.

Nel primo caso di dichiarazione protettiva, ossia quello che ha visto come protagonista il presidente Bill Clinton, questo problema è rimasto nell'ombra perché la rivendicazione definitiva del privilegio esecutivo è arrivata in tempi brevissimi, vale a dire quindici giorni dopo, mentre sembra manifestarsi in modo significativo nella presente vicenda in cui a distanza di quasi due mesi tutto tace.



In teoria sembrerebbe evidente che il tempo intercorrente fra la dichiarazione protettiva e la rivendicazione definitiva del privilegio esecutivo dovrebbe essere quello strettamente necessario da un lato per la disamina di tutta la documentazione richiesta sulla base di parametri ragionevolmente fissati tenendo conto del numero sia degli uffici interessati sia dei funzionari che per ogni ufficio dovranno essere addetti alla svolgimento di tale compito, dall'altro per la redazione dell'apposito parere da parte del Ministro della giustizia a giustificazione dell'eventuale affermazione definitiva del privilegio esecutivo.

Ma è altrettanto evidente che, in caso di contrapposizione aspra fra legislativo ed esecutivo, questo tempo potrebbe essere artificialmente dilatato, costringendo il legislativo ad anticipare l'eventuale battaglia legale ad una fase ancora antecedente l'effettiva affermazione del privilegio esecutivo.

Gli sviluppi della presente vicenda potrebbero essere pertanto importanti per una definizione giuridica dei confini della dichiarazione protettiva, in dipendenza dai comportamenti che verranno concretamente tenuti dall'esecutivo e dal legislativo, soprattutto ove dovesse mancare, in tempi ragionevoli, l'adozione della definitiva affermazione del privilegio esecutivo o, quantomeno, l'indicazione del termine entro cui verrà deciso dal Presidente se assumerla o meno.