

Le transizioni presidenziali negli USA: la disciplina osservata a partire dalla Biden transition

di Alberto Orlando

Abstract: Presidential transitions in the USA: the discipline observed from the Biden transition – The last presidential transition in the USA that led Biden to the Presidency was particularly troubled due to the uncooperative attitude of outgoing President Trump. The article, taking its cue from the events that characterized this transition period from a juridical-constitutional point of view, investigates the general stability of the discipline that regulates the delicate lame duck period in the USA, trying to grasp its rationale, advantages, limits and contradictions, in compliance with constitutional values and questioning the role to be recognized to the incumbent President and to the President-elect.

Keywords: presidential transition, Biden transition, Presidential Transition Act, lame duck period, Executive power.

1709

1. Da Trump a Biden: la transizione può avere inizio

A seguito delle elezioni presidenziali del 3 novembre 2020, Biden è diventato il Presidente degli Stati Uniti¹. Come noto, la vittoria del candidato democratico è stata fortemente contestata dal Presidente uscente Trump, il quale, nella stessa serata del 3 novembre, ha dapprima dichiarato la propria vittoria², poi smentita dal conteggio dei voti, e immediatamente dopo ha denunciato insistentemente varie irregolarità avvenute in diversi seggi del Paese che avrebbero, a suo dire, falsato il risultato elettorale³. Tutte queste

¹ Su vari profili giuridico-costituzionali che hanno caratterizzato l'elezione di Biden, cfr. R. Toniatti, *L'elezione presidenziale negli Stati Uniti d'America (2020): la quiete dopo la tempesta*, in *DPCE online*, vol. 45, n. 4, 2021, XI-XXVI.

² *Ex multis*, cfr. New York Times, *As America Awaits a Winner, Trump Falsely Claims He Prevailed*, 4 novembre 2020, <<https://www.nytimes.com/2020/11/04/us/politics/election-trump-biden-recap.html>>.

³ Cfr. Associated Press, *Trump sues in 3 states, laying ground for contesting outcome*, 5 novembre 2020, <<https://apnews.com/article/donald-trump-seeks-voting-stop-25762f69b27dfbccc4fd8077fb5fdc91>>.

Per un approfondimento sulle accuse di Trump cfr. J.P. Pfiffner, *The violent transition of Presidency, 2020-2021*, 21 gennaio 2021, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3770839>.

accuse di brogli sono state rapidamente screditate e bollate come fake news⁴. Già il 7 novembre, infatti, l'*Associated Press* e, a seguire, i maggiori organi di informazione non avevano più dubbi nell'annunciare Joe Biden come Presidente eletto⁵. L'elezione formale da parte dell'*Electoral College* è poi avvenuta il 14 dicembre 2020; tra il 6 e il 7 gennaio il Congresso, pur scosso dai noti fatti che hanno portato alcuni sostenitori di Trump ad assaltare il Campidoglio con tragiche conseguenze⁶, ha certificato l'esito elettorale⁷; il 20 gennaio Biden ha prestato giuramento e la sua Presidenza ha avuto inizio⁸. Le travagliate vicende che si è tentato di riassumere in queste poche righe hanno probabilmente reso, almeno dal punto di vista politico e mediatico, la transizione tra la Presidenza Trump e la Presidenza Biden una delle più problematiche dell'intera storia statunitense⁹.

Dal punto di vista del diritto costituzionale, la transizione presidenziale negli Stati Uniti avviene in un periodo temporale ben definito della durata di due mesi e mezzo circa, che va dalle elezioni generali previste per la prima settimana di novembre¹⁰ al momento dell'inaugurazione del nuovo Presidente fissato al 20 gennaio¹¹, giorno in cui avviene il formale

⁴ Cfr. Associated Press, *Election observer says no evidence for Trump's fraud claims*, 5 novembre 2020, <<https://apnews.com/article/election-observer-no-evidence-fraud-b30f3424736014a6b7405df71e32e36f>>.

⁵ Cfr. Associated Press, *Biden defeats Trump for White House, says 'time to heal'*, 7 novembre 2020, <<https://apnews.com/article/joe-biden-wins-white-house-apfd58df73aa677acb74fce2a69adb71f9>>.

⁶ Associated Press, *Chaos, violence, mockery as pro-Trump mob occupies Congress*, 7 gennaio 2021, <<https://apnews.com/article/congress-stormed-us-34417ac51a765e297faf53eb0ad15517>>. Cfr. G.F. Ferrari, *An endless story?*, in *DPCE online, La transizione: l'America dopo Trump*, 13 gennaio 2021.

⁷ Lo stesso giorno il Presidente uscente Trump promette una "transizione ordinata": cfr. Associated Press, *Trump promises 'orderly transition' on Jan. 20*, 7 gennaio 2021, <<https://apnews.com/article/ap-electoral-college-congress-7af85d3c702e070464d7713c42cf254a>>.

⁸ New York Times, *Biden Inaugurated as the 46th President Amid a Cascade of Crises*, 20 gennaio 2021, <<https://www.nytimes.com/2021/01/20/us/politics/biden-president.html>>. Cfr. A. Buratti, *Da Trump a Biden: è il momento di ricucire gli strappi*, in *DPCE online, La transizione: l'America dopo Trump*, 18 gennaio 2021.

⁹ Tuttavia, le tensioni durante le transizioni presidenziali sono state frequenti durante tutta la storia degli USA. Ad esempio, la celeberrima decisione nel caso *Madison v. Marbury* (Corte Suprema USA, 5 U.S. 137 (1803)), primo giudizio di costituzionalità della Corte Suprema, fu resa per dirimere la controversa questione riguardante la nomina del giudice Marbury sorta durante la *transition* dal Presidente Adams al Presidente Jefferson.

Sulla storia delle transizioni presidenziali negli USA, cfr. L.L. Henry, *Presidential Transitions*, Washington DC, 1960; C.M. Brauer, *Presidential Transitions: Eisenhower through Reagan*, New York, 1986; J.P. Burke, *Presidential Transitions: From Politics to Practice*, Boulder, 2000.

¹⁰ Una legge del 23 gennaio 1845 (Act of Jan. 23, 1845, 5 Stat. 721, ch. 1, oggi codificata in 3 U.S.C. § 1) fissa il giorno per l'elezione dei Grandi elettori in ogni Stato il martedì successivo al primo lunedì del mese di novembre.

¹¹ Cost. USA, XX Emendamento (1933): "The terms of the President and Vice President shall end at noon on the 20th day of January".

passaggio di consegne tra l'Esecutivo uscente e quello entrante. Durante questo periodo, anche detto *lame duck period*, il Presidente uscente è ancora formalmente in carica ma verrà sostituito a breve dal suo successore, che intanto deve curare tutte le operazioni necessarie per prepararsi a svolgere le funzioni governative al momento dell'inizio del mandato. Una tale situazione, che occupa un periodo di tempo non trascurabile (70-75 giorni), impone di interrogarsi su una serie di questioni: in quale modo il Presidente uscente, ma ancora in carica, può esercitare i suoi poteri nella parte conclusiva del suo mandato? Incombe sempre sul Presidente uscente qualche obbligo diretto ad agevolare la *transition* del suo successore? Quale ruolo deve essere riconosciuto al Presidente entrante e alla sua squadra durante la transizione? Per rispondere a queste domande – intorno a cui ruotano sostanzialmente tutte le questioni di ordine politico e giuridico-costituzionale venute in rilievo in occasione della transizione da Trump a Biden –, occorre partire dall'analisi della disciplina attualmente vigente in materia negli USA.

2. La disciplina delle transizioni presidenziali: il Presidential Transition Act

La storia della regolazione delle transizioni presidenziali negli USA si può dividere in tre fasi¹².

In una prima fase, che va dalla nascita del Paese fino agli anni Sessanta, non esisteva una disciplina specifica per le transizioni presidenziali, che avvenivano in maniera non formalizzata. Inoltre, il periodo di transizione, fino alla seconda elezione di Franklin D. Roosevelt nel 1937, durava circa quattro mesi. Infatti, sebbene la Costituzione originariamente nulla statuisse in merito, già nel 1788 il Congresso della Confederazione stabilì il 4 marzo come giorno di inizio del mandato dei funzionari federali eletti, tra cui certamente il Presidente¹³. Dato che il Congresso fissò con legge nel 1792 le elezioni presidenziali in un periodo compreso tra fine ottobre e inizio dicembre¹⁴ e poi nel 1845 tale periodo fu ridotto a un giorno preciso all'inizio di novembre¹⁵, di fatto il periodo di transizione finiva per perdurare da inizio novembre a inizio marzo. Se una tale durata risultava giustificata, in qualche modo, dalla lentezza degli spostamenti nei primi decenni della storia statunitense, con il passare del tempo essa divenne anacronistica e anzi

¹² Cfr. T. Troy, *Measuring the Drapes*, in *National Affairs*, vol. 15, 2013, 87 ss.

¹³ Cfr. J.M. Beermann – W.P. Marshall, *The Constitutional Law of Presidential Transitions*, in *North Carolina Law Review*, vol. 84, n. 4, 2006, 1259. Sulla confusione da parte dei primi Congressi sull'inizio e la fine della legislatura, cfr. D.P. Currie, *The Constitution in Congress: Substantive Issues in the First Congress, 1789-1791*, in *The University of Chicago Law Review*, vol. 61, n. 3, 1994, 839, nota 386.

¹⁴ *Presidential Succession Act of 1792*, 1 Stat. 240 (1792): il giorno delle elezioni doveva ricadere all'interno dei 34 giorni precedenti il primo mercoledì di dicembre.

¹⁵ Act of Jan. 23, 1845, 5 Stat. 721, ch. 1 (oggi, 3 U.S.C. § 1).

problematica. Ad esempio, dovette attendere ben quattro mesi il Presidente Lincoln, eletto nel 1861, per affrontare con pieni poteri esecutivi la secessione degli Stati del Sud e alla stessa maniera anche il Presidente Franklin D. Roosevelt, che alla sua prima elezione nel 1933 dovette fronteggiare la Grande depressione in atto¹⁶. Proprio durante la crisi economica scoppiata nel 1929 il Congresso propose nel 1932 un emendamento alla Costituzione, ratificato da tre quarti degli Stati membri nei mesi successivi e quindi adottato nel gennaio 1933, per abbreviare il periodo di transizione. Il XX Emendamento, entrato in vigore solo a partire dall'ottobre 1933 e quindi valido per la prima volta solo per la successiva tornata elettorale (1937, seconda rielezione di F.D. Roosevelt), anticipava la fine del mandato presidenziale al mezzogiorno del 20 gennaio successivo alle elezioni: ancora oggi, come noto, il passaggio di consegne avviene in questa data con il giuramento del nuovo Presidente. Dal 1937, quindi, il periodo di transizione negli USA dura due mesi e mezzo a fronte dei quattro prima previsti¹⁷.

Tuttavia, nonostante il termine abbreviato, il periodo di transizione continuava ad essere contraddistinto da evidenti criticità, sia per l'assenza di una regolamentazione scritta dell'istituto, sia per la accresciuta complessità dei compiti dell'Esecutivo, sia per l'aumento dei costi delle attività relative alla transizione. Per questo motivo, il Presidente Kennedy, dopo aver speso 300mila dollari del proprio patrimonio per curare la propria *transition*¹⁸, riconobbe durante il suo mandato il bisogno di prevedere risorse pubbliche

¹⁶ Il problema della eccessiva durata del periodo di transizione era sentito talmente tanto che il Presidente Wilson, durante la Prima guerra mondiale e in vista delle elezioni del 1916, aveva ideato un piano per accelerare i tempi. Pur ricandidandosi per il secondo mandato, Wilson aveva infatti pensato di nominare il suo rivale per la Presidenza – il repubblicano Charles E. Hughes – come Segretario di Stato in caso di vittoria alle elezioni da parte di quest'ultimo: essendo all'epoca considerato il Segretario di Stato il supplente in caso di vacanza contemporanea di Presidente e Vicepresidente, l'idea di Wilson era quindi quella di dimettersi, assieme al Vicepresidente, immediatamente dopo l'esito elettorale, in modo da far subentrare Hughes come Presidente in tempi rapidissimi, ossia quattro mesi prima della formale inaugurazione. Il piano di Wilson non fu portato avanti perché, come noto, egli stesso fu eletto per il secondo mandato presidenziale seppur con uno scarto risicato. Su questa vicenda cfr. A.S. Link – W. Wilson, *President Wilson's plan to resign in 1916*, in *The Princeton University Library Chronicle*, vol. 23, n. 4, 1962, 167-172; più di recente, M. Waxman, *Avoiding Post-Election Chaos: Wilson vs. Hughes, 1916*, in *lawfareblog.com*, 6 ottobre 2020, <<https://www.lawfareblog.com/avoiding-post-election-chaos-wilson-vs-hughes-1916>>.

¹⁷ Ancora oggi parte della dottrina propone di abbreviare ulteriormente il periodo di transizione. Cfr. S. Hess, *Proposal: A New Presidential Selection Timetable*, in J.P. Pfiffner – R.G. Hoxie (a cura di), *The Presidency in Transition*, New York, 1989, 97-104; N.A. Mendelson, *Quick Off the Mark? In favour of Empowering the President-Elect*, in *Northwestern University Law Review Colloquy*, vol. 103, 2009, 468. Una proposta di riforma costituzionale in tal senso, che fissava l'inizio del mandato presidenziale al 1° dicembre o al 20 novembre, è stata avanzata senza successo dal senatore Mathias: cfr. 131 Cong. Rec. 11886 (1985) (statement of Sen. Mathias).

¹⁸ Cfr. J.P. Pfiffner, *The Violent Transition of the Presidency, 2020-2021*, cit., 2.

per le transizioni¹⁹. A questo scopo, si giunse all'approvazione del *Presidential Transition Act*²⁰ (di seguito, PTA) che, pur variamente emendato fino ad oggi, regola nei suoi tratti essenziali la materia fin dal 1963, anche se è stato applicato per la prima volta soltanto per l'elezione di Richard Nixon nel 1969²¹. Con l'entrata in vigore del PTA si è aperta la seconda fase delle transizioni presidenziali negli USA.

I motivi che spinsero il Congresso ad approvare una legge sulle transizioni presidenziali riguardavano sostanzialmente l'aspetto economico, dato che fino ad allora i costi delle transizioni erano stati totalmente a carico dei privati e dei partiti²². Questa situazione presentava una doppia criticità: da una parte, non era ragionevole che le operazioni di transizione, costituendo a tutti gli effetti attività necessarie poste in essere dal Governo federale per il pieno esercizio delle proprie funzioni pubbliche, fossero finanziate da privati; d'altro canto, sussisteva la preoccupazione che i finanziatori privati potessero godere di "speciale considerazione" da parte dell'Esecutivo entrante²³. Il PTA fu pensato allo scopo di promuovere "the

¹⁹ Cfr. T. Troy, *op. cit.*, 89-90; J.P. Zoffer, *The Law of Presidential Transitions*, in *The Yale Law Journal*, vol. 129, n. 8, 2020, 2523, racconta come il PTA fu approvato dal Congresso sotto la spinta del Presidente Kennedy a seguito delle conclusioni della Commissione sulle campagne elettorali (*Commission on Campaign Costs*, i cui lavori sono reperibili su <<https://www.jfklibrary.org/asset-viewer/archives/JFKWHSFLCW/002/JFKWHSFLCW-002-012>>).

²⁰ *Presidential Transition Act of 1963*, Pub. L. No. 88-277, 78 Stat. 153 (1964) (3 U.S.C. § 102 note (2018)).

Per una sintesi della disciplina attualmente vigente, cfr. H.B. Hogue, *Presidential Transition Act: Provisions and Funding*, Congressional Research Service, 13 novembre 2020, <<https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R46602#:~:text=The%20Presidential%20Transition%20Act%20of,%C2%A7102%20note>>.

²¹ Come noto, infatti, a seguito dell'assassinio di Kennedy salì alla Presidenza il Vicepresidente Lyndon Johnson. Quest'ultimo fu eletto Presidente alle elezioni del novembre 1964 e, pertanto, non vi fu alcuna transizione presidenziale fino al 1969, anno di inizio del mandato presidenziale di Nixon.

²² Anche Nixon "integrò" con fondi privati il contributo pubblico, insufficiente per coprire tutte le spese della sua *transition*: cfr. J.P. Pfiffner, *The Violent Transition of the Presidency, 2020-2021*, cit., 2. Ancora oggi le transizioni presidenziali sono finanziate da donazioni private: la *transition* Obama nel 2008 costò oltre 9 milioni di dollari, di cui 4 provenienti da donazioni private; numeri simili hanno caratterizzato anche la *transition* Bush del 2000 e quella Trump del 2016. Cfr. J.P. Zoffer, *op. cit.*, 2550-2552: l'autore spiega come il limite di 5mila dollari fissato dal PTA per ogni singola contribuzione di natura privata (v. *infra*, nel testo) sia comunemente aggirato attraverso plurimi conferimenti per conto di persone della stessa famiglia o di enti comunque gestiti dagli stessi finanziatori. Addirittura, come lo stesso autore riporta, il team di transizione guidato da Trump nel 2016 prometteva ai donatori "an inside look on the work underway on planning for the transition" in cambio di un contributo di 5mila dollari. Su quest'ultima transizione presidenziale cfr. anche G. Aravantinou Leonidi, *Quale "presidential transition" e quale impatto costituzionale? Prime riflessioni sulle prossime elezioni presidenziali negli Stati Uniti*, in *Nomos*, 2/2016, 1-9.

²³ Cfr. J.P. Zoffer, *op. cit.*, 2523-2524.

*orderly transfer of the executive power*²⁴, in modo da assicurare la fedele esecuzione delle leggi e la migliore conduzione degli affari governativi sia di politica interna che estera, nella piena convinzione che qualsiasi interruzione del potere esecutivo avrebbe potuto produrre – ma la considerazione resta senza dubbio valida ancora oggi – effetti dannosi per la sicurezza e il benessere degli USA e del suo popolo²⁵. In concreto, il PTA prevede che l'Amministratore della *General Services Administration*²⁶ (di seguito, GSA) debba autorizzare la fornitura di uffici, servizi e risorse economiche, in particolare sotto forma di compensi allo staff, al *transition team* del Presidente eletto. La stessa legge offre una definizione di Presidente (e Vicepresidente) eletto, da intendersi come il candidato accertato dall'Amministratore della GSA quale “apparente vincitore” (“*the apparent successful candidates*”) delle elezioni di novembre, ossia delle elezioni generali atte a determinare i Grandi elettori²⁷. Nella formulazione originaria della legge, le attività finanziate erano esclusivamente quelle ricadenti nel periodo di transizione, ovvero dal giorno successivo alle elezioni generali fino al giuramento del Presidente del 20 gennaio²⁸. Il limite economico inizialmente fissato per le transizioni

²⁴ PTA, cit., sec. 2: “The Congress declares it to be the purpose of this Act to promote the orderly transfer of the executive power in connection with the expiration of the term of office of a President and the inauguration of a new President [...]”.

²⁵ *Ibidem*: “The national interest requires that such transitions in the office of President be accomplished so as to assure continuity in the faithful execution of the laws and in the conduct of the affairs of the Federal Government, both domestic and foreign. Any disruption occasioned by the transfer of the executive power could produce results detrimental to the safety and well-being of the United States and its people. Accordingly, it is the intent of the Congress that appropriate actions be authorized and taken to avoid or minimize any disruption. In addition to the specific provisions contained in this Act directed toward that purpose, it is the intent of the Congress that all officers of the Government so conduct the affairs of the Government for which they exercise responsibility and authority as (1) to be mindful of problems occasioned by transitions in the office of President, (2) to take appropriate lawful steps to avoid or minimize disruptions that might be occasioned by the transfer of the executive power, and (3) otherwise to promote orderly transitions in the office of President”.

²⁶ La *General Services Administration* (GSA) è un'agenzia indipendente del Governo degli Stati Uniti, fondata nel 1949 con l'entrata in vigore della *Federal Property and Administrative Services Act of 1949* allo scopo di aiutare a gestire il funzionamento di base delle agenzie federali. La GSA fornisce prodotti e comunicazioni per gli uffici governativi, fornisce trasporti e uffici ai dipendenti federali e sviluppa politiche di riduzione dei costi a livello governativo e altre attività di gestione.

²⁷ PTA, cit., sec. 3(c): “The terms ‘President-elect’ and ‘Vice-President-elect’ as used in this Act shall mean such persons as are the apparent successful candidates for the office of President and Vice President, respectively, as ascertained by the Administrator following the general elections held to determine the electors of President and Vice President [...]”.

²⁸ PTA 1963, cit., sec. 3(b): “The Administrator shall expend no funds for the provision of services and facilities under this Act in connection with any obligations incurred by the President-elect or Vice-President-elect before the day following the date of the general elections held to determine the electors of President and Vice President [...], or after the inauguration of the President-elect as President and the inauguration of the Vice-President-elect as Vice President”.

presidenziali era di 900mila dollari²⁹. Immutata dal 1963, invece, la disposizione secondo cui nessun finanziamento è previsto nel caso in cui il Presidente venga riconfermato per il suo secondo mandato³⁰.

La normativa del 1963, invero piuttosto scarna, si è dimostrata presto poco soddisfacente e lacunosa. La prima riforma di sostanziale rilievo risale al 1988, con l'adozione di un atto legislativo denominato significativamente *Presidential Transitions Effectiveness Act*³¹. Esso ha innovato la disciplina soprattutto sotto tre distinti profili. Innanzitutto, è stato introdotto un limite economico, mai più modificato e tuttora operante, di 5mila dollari per i contributi privati alle attività della *transition*³²: se il Presidente accetta anche un singolo finanziamento eccedente questo valore da qualsiasi persona, organizzazione o ente privato, allora rinuncia automaticamente al finanziamento pubblico stabilito dal PTA³³. Tuttavia, incerta appare l'applicabilità del limite economico ai conferimenti in natura, tanto che il team di transizione Obama-Biden nel 2008 ha di fatto concluso per l'inapplicabilità, riuscendo quindi ad ampliare lo spazio concesso ai finanziamenti privati ma probabilmente frustrando allo stesso tempo lo scopo della legge³⁴. Una seconda novità introdotta nel 1988 riguarda, invece, la *disclosure* di qualsiasi contributo finanziario ricevuto per la *transition* e dei nominativi di tutto il personale dei team di transizione³⁵: entrambe valgono

²⁹ PTA, 1963, cit., sec. 5: "There are hereby authorized to be appropriated to the Administrator such funds as may be necessary for carrying out the purposes of this Act but not to exceed \$900,000 for any one Presidential transition". Oggi il PTA (sec. 7(a)(1)) autorizza un finanziamento pubblico fino a 3 milioni e mezzo di dollari "for the purposes of providing services and facilities to the President-elect and Vice President-elect", cui si aggiunge un massimo di 1 milione e mezzo stanziato "for the purposes of providing services and facilities to the former President and former Vice President".

³⁰ PTA, cit., sec. 3(g): "In the case where the President-elect is the incumbent President or in the case where the Vice-President-elect is the incumbent Vice President, [...] there shall be no expenditures of funds for the provision of services and facilities to such incumbent under this Act, and any funds appropriated for such purposes shall be returned to the general funds of the Treasury".

³¹ *Presidential Transitions Effectiveness Act of 1988*, Pub. L. No. 100-398, § 5, 102 Stat. 985, 986 (1988) (3 U.S.C. § 102 note (2018)).

³² Tale limite è nella pratica comunemente eluso: v. *supra*, nota 21.

³³ PTA, cit., sec. 6(c): "The President-elect and Vice-President-elect (as a condition for receiving services under section 3 and for funds provided under section 7(a)(1)) shall not accept more than \$5,000 from any person, organization, or other entity for purposes of carrying out activities authorized by this Act".

³⁴ Cfr. Center for Presidential Transition, *Obama-Biden Transition Project Memorandum on In-Kind Contributions*, 24 ottobre 2008, <<https://presidentialtransition.org/wp-content/uploads/sites/6/2008/10/20ad737886a973f5189d68acc3f2839e-1453143568.pdf>>. Cfr. J.P. Zoffer, *op. cit.*, 2524.

³⁵ PTA, cit., sec. 6(b): "(1) The President-elect and Vice-President-elect (as a condition for receiving services provided under section 3 and funds provided under section 7(a)(1)) shall make available to the public— A) the names and most recent employment of all transition personnel (full-time or part-time, public or private, or volunteer) who are members of the President-elect or Vice-President-elect's Federal department or agency transition teams; and B) information regarding the sources of funding which

come condizioni per poter ricevere il finanziamento pubblico. Da ultimo, il *Presidential Transition Effectiveness Act* ha ampliato il periodo di tempo del finanziamento pubblico, posticipandone il termine finale fino a 30 giorni successivi all'inaugurazione del 20 gennaio³⁶, di fatto distinguendo per la prima volta tra il periodo di transizione vero e proprio – che, come detto *supra*, dura due mesi e mezzo – e il periodo all'interno del quale vengono coperte tutte le spese necessarie per la transizione presidenziale, avente una durata di tre mesi e mezzo.

La terza fase delle transizioni presidenziali si è aperta con la riforma del 2010, denominata *Pre-Election Presidential Transition Act*³⁷. Per la prima volta questa legge ha consentito all'Amministratore della GSA di attribuire le strutture e le risorse previste dal PTA già nella fase precedente le elezioni ai team di transizione dei cc.dd. “*eligible candidates*”. Questi sono definiti dalla stessa riforma come i candidati dei maggiori partiti per la corsa alla Presidenza e alla Vicepresidenza³⁸: ad essi deve essere notificata entro tre giorni successivi all'ultima *convention* di partito per la nomina dei candidati la possibilità di fare ricorso al finanziamento pre-elettorale³⁹. Di fatto, l'accesso al finanziamento pubblico è spostata dai primi giorni di novembre, ossia dai giorni immediatamente successivi alle elezioni, all'estate precedente le elezioni, periodo in cui normalmente i nomi dei candidati escono fuori dalla *convention* dei partiti: il risultato è che fondi e risorse coprono un periodo di circa sette mesi, se si considera – come già visto – che il termine finale risultava, al 2010, posticipato di 30 giorni rispetto alla formale investitura del nuovo Presidente. Detto ultimo termine si è addirittura ampliato negli anni successivi, portato a 180 giorni successivi all'*Inauguration day* nel 2016⁴⁰ e poi ridotto nel 2020 a 60 giorni successivi alla stessa data⁴¹. Il team di transizione che ha portato Trump alla Presidenza, quindi, ha ricevuto fondi

support the transition activities of each transition team member. (2) Disclosures under paragraph (1) shall be made public before the initial transition team contact with a Federal department or agency and shall be updated as necessary”.

³⁶ *Presidential Transition Effectiveness Act of 1988*, cit., sec. 4(b).

³⁷ *Pre-Election Presidential Transition Act of 2010*, Pub. L. No. 111-283, 124 Stat. 3045 (3 U.S.C. § 102 note (2018)).

³⁸ PTA, cit., sec. 3(h)(4).

³⁹ PTA, cit., sec. 3(h)(1)(B)(i).

⁴⁰ *Edward “Ted” Kaufman and Michael Leavitt Presidential Transitions Improvements Act of 2015*, Pub. L. No. 114-136, 130 Stat. 301 (2016) (3 U.S.C. § 102 note (2018)), sec. 4(b).

⁴¹ *Presidential Transition Enhancement Act of 2019*, Pub. L. No. 116-121, 134 Stat. 138 (2020) (3 U.S.C. § 102 note), sec. 2(a)(1)(A). Oggi, PTA, cit., sec. 3(a): “The Administrator of General Services, referred to hereafter in this Act as ‘the Administrator,’ is authorized to provide, upon request, to each President-elect, each Vice-President-elect, and, for up to 60 days after the date of the inauguration of the President-elect and Vice-President-elect, each President and Vice President, for use in connection with the preparations for the assumption of official duties as President or Vice President necessary services and facilities [...]”.

per un anno circa, mentre il recentissimo team di Biden ne ha usufruito da inizio settembre alla seconda metà di marzo⁴².

L'elemento più caratterizzante della riforma del 2010 resta comunque il fatto che oggi il finanziamento pubblico per la *transition* spetta ad entrambi i candidati e non soltanto al vincitore (*rectius*: “apparente vincitore”) delle elezioni. Tale novità è stata dibattuta⁴³ perché comporta costi pubblici solo “potenzialmente” utili, dato che le risorse attribuite, ovviamente fino all'esito elettorale e non oltre, al team perdente di fatto risulteranno “sprecate” per una transizione mai realizzatasi. Non solo: il team perdente, nella fase pre-elettorale, potrebbe avere accesso a importanti informazioni governative, con problematiche ricadute in termini di potenziali conflitti di interesse, di commistione tra attività (e costi) relativi alla transizione e relativi alla campagna elettorale, ecc. Tuttavia, il finanziamento pre-elettorale presenta un indubbio vantaggio nella parte in cui consente ad entrambi i candidati di prepararsi in anticipo per la possibilità di subentrare al Governo, riducendo di conseguenza le difficoltà organizzative del primo periodo di insediamento. Inoltre, garantire un finanziamento a partire dall'estate che precede le elezioni ridimensiona sensibilmente i rischi di una transizione “bloccata” in caso di esito elettorale incerto. Nel 2000, infatti, la transizione fu avviata formalmente soltanto a dicembre inoltrato e, pertanto, il team di transizione dell'entrante Presidente Bush ebbe accesso ai fondi e alle strutture solo per due mesi circa, producendo un rallentamento nella partenza della macchina governativa⁴⁴. Dal 2010 questo tipo di situazione è in parte scongiurata, perché in ogni caso, anche in attesa della lettera di accertamento dell'Amministratore della GSA, il team di transizione può usufruire dei fondi stanziati nella fase pre-elettorale⁴⁵. Tuttavia, occorre notare come i due tipi di contribuzione pubblica, pre- e post-elettorale, restino differenti: essi sono disciplinati sotto la stessa sezione della legge, ma in due sottosezioni distinte⁴⁶: con riferimento al finanziamento pre-elettorale, la legge consente

⁴² v. *infra*, par. successivo.

⁴³ Cfr. T. Troy, *op. cit.*, 92 ss., in cui l'autore prende in esame il finanziamento pre-elettorale al team del candidato sconfitto Romney per le elezioni del 2012 e offre un'analisi dell'istituto.

⁴⁴ T.J. Zywicki, *The Law of Presidential Transitions and the 2000 election*, 2001, <<https://ssrn.com/abstract=262338> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.262338>>.

⁴⁵ Fino alla riforma del 2016 (*Edward “Ted” Kaufman and Michael Leavitt Presidential Transitions Improvements Act of 2015*, cit.), il finanziamento pre-elettorale non si “saldava” perfettamente con quello post-elettorale, perché il primo, stando alla lettera della legge copriva le attività fino alle elezioni generali e il secondo, invece, cominciava a coprire le attività a partire dalla lettera di accertamento. Nelle more dell'accertamento, quindi, il finanziamento restava sospesa. La riforma del 2016 ha risolto questo problema, stabilendo che il finanziamento pre-elettorale perdura fino alla lettera di accertamento (PTA, cit., sec. 3(h)(2)(D): “An eligible candidate shall have a right to the services and facilities described in this paragraph until the date on which the Administrator is able to determine the apparent successful candidates for the office of President and Vice President”).

⁴⁶ PTA, cit., sec. 3(a) per il finanziamento post-elettorale; PTA, cit., sec. 3(h) per il finanziamento pre-elettorale.

all'Amministratore della GSA, con l'unico limite di stabilire le stesse condizioni per tutti i beneficiari del finanziamento, di modellare i servizi e le risorse concesse alla luce del fatto che si tratta di contributi erogati in favore di "candidati eleggibili" e non del Presidente eletto⁴⁷. Di fatto, quindi, il finanziamento pre-elettorale, per quanto corposo, utile e rilevante possa essere, resta ancora oggi non paragonabile come importanza a quello post-elettorale⁴⁸. Da qui anche le polemiche in occasione dell'ultima transizione presidenziale, leggermente "ritardata" dalla GSA⁴⁹. E in effetti, osservando il *Memorandum* di intesa stipulato nel mese di settembre dal *transition team* di Biden con la GSA per dare avvio al finanziamento pre-elettorale⁵⁰, si può notare come esistano nel documento due sezioni perfettamente distinte, che disciplinano diversamente, in termini di quantità e qualità dei servizi e delle risorse messe a disposizione, il finanziamento precedente alle elezioni da quello successivo.

Delineati i tratti essenziali della disciplina legislativa⁵¹ e prima di tentare un inquadramento della stessa all'interno dell'impianto costituzionale, sembra utile soffermarsi su alcune polemiche riguardanti questioni applicative del PTA sorte durante l'ultima *transition*.

3. La turbolenta Biden *transition*: soprattutto, la lettera di accertamento dell'"apparente vincitore"

Come appena descritto, momento indefettibile per l'avvio della transizione è costituito dalla cosiddetta "lettera di accertamento" dell'Amministratore della GSA con cui si dichiara l'"apparente vincitore delle elezioni"⁵²: dopo aver ricevuto questa lettera il *transition team* vincente può prendere possesso dei mezzi e delle risorse stabilite dalla legge per curare la transizione. Dall'approvazione del *Presidential Transition Act* tale passaggio si traduce il più delle volte in un adempimento meramente formale da parte

⁴⁷ PTA, cit., sec. 3(h)(2)(B)(iv): "The Administrator may modify the scope of any services to be provided under this subsection to reflect that the services are provided to eligible candidates rather than the President-elect or Vice-President-elect, except that any such modification must apply to all eligible candidates".

⁴⁸ Cfr. J.P. Zoffer, *op. cit.*, 2509, che riporta le parole di un assistente alle transizioni Clinton e Obama: "the pre-election transition [is] less formal than after the election... Pre-election [is] you're like any other advisor... But after Election Day you're on the ground, in the agencies, advising a person who has been elected President".

⁴⁹ v. *infra*, par. successivo.

⁵⁰ Center for Presidential Transitions, *Memorandum of Understanding Between Joe Biden and GSA*, 3 settembre 2020, <https://presidentialtransition.org/wp-content/uploads/sites/6/2020/09/2020_MOU_between_GSA_and_Eligible_Candidate_Biden.pdf>.

⁵¹ Con riguardo ad altri aspetti organizzativi e procedurali modificati nel 2015 (*Edward "Ted" Kaufman and Michael Leavitt Presidential Transitions Improvements Act of 2015*, cit.) e nel 2019 (*Presidential Transition Enhancement Act of 2019*, cit.), cfr. *infra*, par. 5.

⁵² PTA, cit., sec. 3(c): v. *supra*, nota 26.

dell'amministratore della GSA, che prende atto dell'esito elettorale nei giorni immediatamente successivi la chiusura dei seggi, molto prima quindi dell'elezione formale da parte dell'*Electoral College*, che avviene a dicembre, e della convalida del Congresso nei primi giorni di gennaio. Nonostante l'annuncio della vittoria di Biden da parte degli organi di informazione sia arrivato già il 7 novembre⁵³, l'Amministratore della GSA, Emily Murphy, ha notevolmente ritardato la lettera di accertamento. Il 10 novembre, Ellen Weintraub, membro di area democratica del *Federal Election Commission*⁵⁴, ha inviato alla Murphy una lettera in cui si diceva "profondamente infastidita" per il ritardo nell'accertare la vittoria di Biden⁵⁵. Ritardo giudicato "non chiaro" e contrario alla prassi ("*practice*") della GSA, che anche in caso di risultati elettorali in bilico aveva quasi sempre provveduto ad accertare l'apparente vincitore con relativa celerità⁵⁶. Il duro rimprovero a Murphy – che per Weintraub avrebbe dovuto al popolo americano "immediate spiegazioni" per giustificare un tale comportamento omissivo che arrecava "ora dopo ora" danni al Paese – si concludeva sottolineando che quando Trump ha contestato apertamente il risultato elettorale, riconosciuto dai principali organi di informazione, ha agito come uno dei candidati alla Presidenza e non come *Chief Executive* della Nazione, né tantomeno come *boss* della stessa Murphy, la quale restava invece a capo di una agenzia federale che, in quanto tale, dovrebbe rispondere al solo volere del popolo americano⁵⁷.

⁵³ v. *supra*, nota 4.

⁵⁴ La *Federal Election Commission* è un'agenzia indipendente statunitense, fondata nel 1975 dal Congresso degli Stati Uniti per regolare la legislazione dei finanziamenti delle campagne elettorali statunitensi. È stata creata con un emendamento del 1975 alla Legge sulle Campagne elettorali federali (*Federal Election Campaign Act of 1971*). Essa ha il compito di rivelare le informazioni sui finanziamenti delle campagne elettorali, far osservare le disposizioni della legge quanto a limiti e divieti su contributi, supervisionare il finanziamento pubblico delle elezioni presidenziali. È composta da sei membri (non più di tre appartenenti allo stesso partito) nominati dal Presidente e confermati dal Senato.

⁵⁵ Federal Election Commission, *Letter from Ellen L. Weintraub to GSA Administrator Emily W. Murphy*, 10 novembre 2020, <https://www.fec.gov/resources/cms-content/documents/2020-11-10_ELW-GSA_letter.pdf>: "I am deeply disturbed by your delay in issuing President-Elect Biden the ascertainment letter his team needs to begin its transition".

⁵⁶ *Ibidem*: "The basis of your delay is not clear. It is not the practice of GSA administrators to wait weeks until the states have released official results, nor until the Electoral College has met and voted. GSA administrators' consistent practice has been to begin working with the apparent successful candidates almost immediately. [...] As to the ascertainment you are required to make, there is no relevant difference between this election and the elections of 2008 and 2016, the last two times the presidency transitioned to a new officeholder. [...] And in the previous two instances, GSA's Administrator acted swiftly".

⁵⁷ *Ibidem*: "When Mr. Trump objects to the election results, he does so as one of the candidates who participated in the election, not as the nation's Chief Executive, and not as your boss. [...] Every day, every hour that you stand in the way, you damage its chances of success. Your true bosses – the American people – desperately need you to

Soltanto il 23 novembre, a distanza di quasi tre settimane dalle elezioni, Murphy ha firmato la lettera di accertamento indirizzata a Biden con cui si apriva formalmente il procedimento di transizione⁵⁸. Nella lettera l'Amministratore della GSA precisava di aver deciso, nonostante le minacce ricevute, in piena indipendenza e sulla base dei presupposti di fatto e di diritto, di non aver subito pressioni dall'Esecutivo e si soffermava sul ruolo che la legge riconosce all'Amministratore della GSA nella transizione presidenziale: il compito di questa figura – si dice – sarebbe quella di accertare e non di decretare l'apparente Presidente eletto⁵⁹. D'altro canto, Murphy lamenta una lacuna legislativa con riguardo alle procedure o ai criteri da seguire per compiere questa operazione e invoca l'intervento del Congresso per la modifica della disciplina: ribadisce, infatti, che l'Amministratore della GSA non deve “certificare” il vincitore delle elezioni, né deve prendere posizione sulle controversie elettorali in atto che saranno giudicate dalle Corti competenti⁶⁰. Il ragionamento di Murphy, tuttavia, appare confusionario: se è sicuramente vero che l'Amministratore della GSA non ha il compito di certificare il vincitore delle elezioni, lo stesso non può dirsi con riguardo all'identificazione del vincitore apparente. Quando Murphy sostiene che il capo della GSA non può “*impose the apparent president-elect*” utilizza un'espressione che lascia qualche dubbio: si può veramente “imporre” o decretare qualcosa di apparente, ossia di non definitivo?

get this presidential transition rolling immediately”. Sull'esercizio dei poteri presidenziali da parte di Trump sull'Amministrazione durante il suo mandato, cfr. G. D'Ignazio, *Poteri presidenziali e Amministrazione federale negli Stati Uniti d'America: la “prevedibile” discontinuità del Presidente Trump*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2019, 251-268.

⁵⁸ GSA, *Letter of Ascertainment from Murphy to Biden*, 23 novembre 2020, <https://www.gsa.gov/cdnstatic/2020-11-23_Hon_Murphy_to_Hon_Biden_0.pdf>.

⁵⁹ *Ibidem*: “As the Administrator of the U.S. General Services Administration, I have the ability under the Presidential Transition Act of 1963, as amended, to make certain post-election resources and services available to assist in the event of a presidential transition. [...] Please know that I came to my decision independently, based on the law and available facts. I was never directly or indirectly pressured by any Executive Branch official—including those who work at the White House or GSA—with regard to the substance or timing of my decision. To be clear, I did not receive any direction to delay my determination. I did, however, receive threats online, by phone, and by mail directed at my safety, my family, my staff, and even my pets in an effort to coerce me into making this determination prematurely. Even in the face of thousands of threats, I always remained committed to upholding the law. Contrary to media reports and insinuations, my decision was not made out of fear or favoritism. Instead, I strongly believe that the statute requires that the GSA Administrator ascertain, not impose, the apparent president-elect”.

⁶⁰ *Ibidem*: “Unfortunately, the statute provides no procedures or standards for this process [...]. GSA does not dictate the outcome of legal disputes and recounts, nor does it determine whether such proceedings are reasonable or justified. These are issues that the Constitution, federal laws, and state laws leave to the election certification process and decisions by courts of competent jurisdiction. I do not think that an agency charged with improving federal procurement and property management should place itself above the constitutionally-based election process. I strongly urge Congress to consider amendments to the Act”.

L'Amministratore della GSA, come appare ovvio, non ha voce in capitolo sull'esito elettorale in sé, ma è comunque chiamato ad individuare l'"apparente vincitore" quanto prima, in modo da accelerare il più possibile il procedimento di transizione presidenziale⁶¹. Nulla toglie che, nei casi eccezionali (ancora non verificatisi) in cui l'esito elettorale dovesse essere ribaltato a seguito delle decisioni degli organi competenti, la transizione già avviata dovrebbe interrompersi. In questo caso, per ora del tutto ipotetico, i problemi sarebbero in effetti di ampia portata: al di là delle risorse economiche "sprecate", soprattutto il *transition team* erroneamente autorizzato potrebbe aver avuto accesso a importanti informazioni governative destinate invece alla sola conoscenza della squadra di transizione (e poi dell'Amministrazione) del Presidente effettivamente, e non apparentemente, eletto. Tuttavia, queste complicazioni, seppur non del tutto trascurabili, non sembrano giustificare un rallentamento del procedimento di transizione presidenziale come quello registratosi nel corso dell'ultima *transition*: l'annuncio di Biden come Presidente degli USA da parte dell'*Associated Press* e dei principali organi di informazione il 7 novembre e le rapide smentite relative alle accuse di brogli avanzate da Trump avrebbero dovuto portare Murphy ad inviare la lettera di accertamento ben prima del 23 novembre, anche in ossequio a quanto avvenuto in precedenti contestate transizioni presidenziali⁶², che pure la stessa Murphy scrive di aver studiato e preso in considerazione nel tentativo di colmare quella che ha reputato una lacuna legislativa⁶³. Come affermato da Weintraub nella sua lettera, infatti, la prassi ("*practice*") costituzionale è chiara: la GSA ha sempre provveduto all'invio della lettera di accertamento nei giorni immediatamente successivi alla chiusura dei seggi⁶⁴.

Al di là del ritardo riguardante la lettera di accertamento, Trump è stato accusato di aver programmato di ostacolare la transizione del suo rivale già nella fase pre-elettorale. In particolare, il Presidente uscente avrebbe tentato di sfruttare la lettera del PTA, così come modificato nel 2010, nella parte in cui consente l'accesso al finanziamento post-elettorale solo dopo

⁶¹ Per un dettagliato approfondimento sul significato di "apparente vincitore" all'interno del PTA, a partire dalla sua introduzione fino al caso della lettera di accertamento ritardata in occasione della vittoria elettorale di G.W. Bush nel 2000, cfr. T.J. Zywicki, *The Law of Presidential Transitions and the 2000 election*, 2001, cit.

⁶² La stessa Weintraub, nella sua lettera, fa riferimento alle elezioni del 2016 che videro prevalere Trump su Hillary Clinton con uno scarto risicato nel 2016. In quell'occasione la lettera di accertamento arrivò tempestivamente.

⁶³ GSA, *Letter of Ascertainment from Murphy to Biden*, cit.: "[...] I looked to precedent from prior elections involving legal challenges and incomplete counts".

⁶⁴ Inoltre, pur non potendo approfondire l'argomento nel presente lavoro focalizzato sulla disciplina del PTA, si osserva come in punto di valutazione dell'eventuale responsabilità dell'Amministratore del GSA per eventuali ritardi ed omissioni nell'esercizio delle sue funzioni, potrebbero venire in rilievo – per quanto di non facile applicazione – anche i principi generali contenuti nell'*Administrative Procedure Act* (Pub.L. 79-404, 60 Stat. 237, (1946)).

l'ultima *convention* dei partiti da cui vengono fuori i nomi dei candidati⁶⁵. Scritta in questo modo, la norma impone all'Amministratore della GSA di dover attendere che tutti i partiti scelgano i propri candidati. Conseguentemente, in caso di ricandidatura del Presidente in carica alle nuove elezioni, come avvenuto in questo caso per il Presidente Trump, il team di transizione di quest'ultimo, non avendo diritto di accesso ai fondi, non solo non ha fretta di convocare la *convention* di partito, ma ritardandola ha addirittura il potere di bloccare l'erogazione dei fondi anche per gli altri candidati. Durante quest'ultima fase pre-elettorale, infatti, la *convention* dei democratici che hanno scelto Biden come loro candidato si sarebbe dovuta tenere a metà luglio, ma poi è stata rinviata a metà agosto, mentre la *convention* dei repubblicani che ha ricandidato Trump si è tenuta – come era stato programmato – solo a fine agosto: di conseguenza, il *transition team* di Biden ha avuto accesso al finanziamento pre-elettorale soltanto nei primi giorni di settembre con la fine del *Memorandum* di intesa tra Biden e la GSA⁶⁶. Se la *ratio* della legge punta a stabilire un termine comune per l'accesso alle risorse in modo da evitare disparità di trattamento tra i diversi team di transizione, tale disciplina si dimostra debole nella parte in cui consente al partito del Presidente uscente ricandidato di ritardare l'accesso alle risorse per la *transition* per gli avversari. Tuttavia, una modifica legislativa sul punto, visto quanto accaduto nel 2020, sembra tanto auspicabile quanto problematica: una soluzione non del tutto convincente, ma probabilmente preferibile rispetto al quadro attuale, sarebbe quella di garantire l'accesso ai fondi ad ogni candidato a seguito della *convention* del suo solo partito, con la conseguenza di avviare il finanziamento pre-elettorale in tempi diversi per le singole squadre di transizione.

Le criticità emerse durante la transizione Biden mettono in luce alcuni aspetti controversi della disciplina attualmente in vigore. Al di là degli aspetti tecnici appena richiamati, è stato lamentato in questi mesi un generale atteggiamento ostile del Presidente uscente e della sua Amministrazione durante la *transition*⁶⁷. Occorre a questo punto chiedersi se esistano degli obblighi, e quali siano nello specifico, a carico dell'Amministrazione uscente volti a facilitare le operazioni del team di transizione del candidato vincitore delle elezioni.

4. Alla ricerca di obblighi per l'Esecutivo uscente

Come visto, la disciplina legislativa riguardante le transizioni presidenziali (sostanzialmente, il PTA) si occupa soprattutto di assicurare mezzi e risorse per le attività relative alla transizione, ma nulla stabilisce riguardo agli

⁶⁵ Cfr. J.P. Zoffer, *op. cit.*, 2525.

⁶⁶ Center for Presidential Transitions, *Memorandum of Understanding Between Joe Biden and GSA*, cit.

⁶⁷ Cfr. J.P. Pfiffner, *The Violent Transition of the Presidency, 2020-2021*, cit., 15 ss.

obblighi dell'Amministrazione uscente. Per verificare la sussistenza di tali obblighi sembra inevitabile rifarsi al testo costituzionale, ovviamente comprensivo degli Emendamenti.

Occorre premettere che nessuna disposizione costituzionale è specificamente dedicata alle transizioni presidenziali⁶⁸. L'articolo II e il XII Emendamento disciplinano le modalità di elezione del Presidente e la durata del mandato⁶⁹; il XX Emendamento stabilisce il 20 gennaio come data di insediamento del nuovo Presidente⁷⁰; il XXII Emendamento pone il limite di due mandati presidenziali⁷¹; il XXV Emendamento si occupa della sostituzione del Presidente per morte o altra causa⁷². Tuttavia, compiendo lo sforzo di rintracciare tra le disposizioni di rango costituzionale quelle che possano venire in rilievo con riguardo agli obblighi del Presidente uscente nei confronti del nuovo Presidente durante la fase di transizione, possono essere proposte alcune riflessioni relative alle *Term Clauses*, alla *Oath Clause* e alla *Take Care Clause*.

Le *Term Clauses* scaturiscono dal combinato disposto dell'art. II della Costituzione e del XX Emendamento: il mandato del Presidente dura quattro anni e scade il 20 gennaio successivo alle elezioni, giorno in cui avviene il passaggio di consegne al nuovo Esecutivo. Da queste semplici disposizioni scaturisce l'obbligo del Presidente di lasciare il potere alla scadenza del mandato e di assicurare lo svolgimento delle elezioni secondo i tempi previsti⁷³. Ciò posto, dalle *Term Clauses* non sembra scaturire alcun principio di rilievo in materia di *presidential transition*. Nulla, infatti, è disposto in relazione all'obbligo del Presidente di agevolare il subentro del successore⁷⁴: una volta che il Presidente ha assicurato lo svolgimento delle

⁶⁸ Cfr. J.M. Beermann – W.P. Marshall, *op.cit.*, 1256 ss.

⁶⁹ Cost. USA, art. II, sec. 1: "The executive Power shall be vested in a President of the United States of America. He shall hold his Office during the Term of four Years, and, together with the Vice President, chosen for the same Term, be elected, as follows [...]"; segue la descrizione delle note procedure elettive, secondo le modifiche apportate dal XII Emendamento, ratificato nel 1804.

⁷⁰ Cost. USA, XX Emendamento, 1933: "The terms of the President and Vice President shall end at noon on the 20th day of January [...]".

⁷¹ Cost. USA, XXII Emendamento, 1951: "No person shall be elected to the office of the President more than twice [...]".

⁷² Cost. USA, XXV Emendamento, 1967: "In case of the removal of the President from office or of his death or resignation, the Vice President shall become President. [...]".

⁷³ Nonostante l'applicazione del disposto delle *Term Clauses* possa apparire scontato, non sono mancati casi nella storia statunitense in cui si è comunque paventata l'ipotesi, motivata sulla base di gravi crisi in atto, di continuare a esercitare il potere Esecutivo oltre la scadenza del mandato rinviando la data delle elezioni: ad es. pare che l'Amministrazione Bush condusse studi a tal proposito in vista delle elezioni del 2004 minacciate dal terrorismo internazionale; il Presidente Lincoln, invece, rifiutò il rinvio delle elezioni del 1864 nel pieno della Guerra Civile ("We cannot have free government without elections [...]"). Cfr. J.M. Beermann – W.P. Marshall, *op.cit.*, 1273, note 81 e 82.

⁷⁴ *Ivi*, 1271-1273.

elezioni e ha lasciato il potere il 20 gennaio, ha ottemperato correttamente a quanto previsto dalle *Term Clauses*.

Discorso per certi versi simile è quello riguardante la *Oath Clause*, sancita da un altro passaggio dell'art. II della Costituzione, secondo cui il Presidente, prima di entrare nella pienezza dei suoi poteri, deve giurare (o affermare) solennemente di svolgere fedelmente l'incarico e di preservare, proteggere e difendere al massimo delle proprie capacità la Costituzione⁷⁵. Sebbene si tratti di una disposizione dal contenuto abbastanza generico, è indubbio il fatto che da essa scaturiscano importanti doveri per il Presidente⁷⁶. Con riguardo all'impatto che la *Oath Clause* può avere sulla *transition*, si può provare a distinguere tra il dovere di "preservare" (anche nel senso di "proteggere" e "difendere") la Repubblica e quello di "svolgere fedelmente l'incarico".

Dal primo punto di vista, un qualche obbligo appare configurabile sotto il profilo della gestione degli affari di politica estera: in effetti, ostacolare in maniera consistente la conoscenza e la presa di servizio dell'Amministrazione entrante con riguardo ad una materia così delicata rischierebbe di comportare un pericolo per la difesa della Repubblica⁷⁷. Tuttavia, dovrebbe trattarsi di comportamenti abbastanza gravi da mettere realmente in pericolo gli interessi del Paese, non potendosi far derivare dalla *Oath Clause* un generico impegno dell'Amministrazione uscente ad agevolare la *transition* in materia di politica estera. D'altro canto, un ruolo ancora minore – se non inesistente – sembra giocare questa parte della *Oath Clause* con riferimento a materie di politica interna o comunque ad altre numerosissime materie e profili, pur indubbiamente importanti, ma la cui cattiva gestione per dolo o colpa del Presidente uscente in fase di transizione presidenziale non potrebbe considerarsi in alcun caso un serio pericolo per la Repubblica.

Diversamente, la parte della *Oath Clause* in cui si fa riferimento alla fedele esecuzione dell'incarico sembra poter interessare maggiormente la disciplina delle transizioni presidenziali. Parte della dottrina, infatti, interpreta la locuzione "*faithfully execute the Office of the President*" nel senso che il Presidente uscente sarebbe obbligato a salvaguardare l'Ufficio del Presidente in sé e non solo in funzione del suo mandato⁷⁸: in questo senso, un Presidente a fine mandato dovrebbe assicurarsi che l'Ufficio possa

⁷⁵ Cost. USA, art. II, sec. 1, cl. 8: "Before he enter on the execution of his office, he shall take the following oath or affirmation:— 'I do solemnly swear (or affirm) that I will faithfully execute the office of President of the United States, and will to the best of my ability, preserve, protect and defend the Constitution of the United States'".

⁷⁶ Cfr. J.M. Beermann – W.P. Marshall, *op.cit.*, 1274; M. Stokes Paulsen, *The Constitution of Necessity*, in *Notre Dame Law Review*, vol. 79, 2004, 1258; S. Prakash, *The Changing Law of War: Do We Need a New Legal Regime After September 11?: The Constitution as a Suicide Pact*, in *Notre Dame Law Review*, vol. 79, 2004, 1314-1315.

⁷⁷ Cfr. J.M. Beermann – W.P. Marshall, *op.cit.*, 1274-1275 e 1290.

⁷⁸ *Ivi*, 1276-1277.

continuare a svolgere la sua attività con regolarità e pertanto ciò implicherebbe la configurabilità di pur generici obblighi in fase di *transition*. Tali obblighi, tuttavia, potrebbero essere declinati al massimo come divieti di ostruire o ostacolare la *transition*; al contrario, la *Oath Clause*, pur estensivamente interpretata, non comporterebbe alcun dovere di agevolare la transizione, né limiterebbe in alcun modo i poteri del Presidente negli ultimi mesi del suo mandato. In ogni caso, la ricostruzione appena descritta sembra forzare eccessivamente la lettera del testo costituzionale, né convince il tentativo di distinguere l'impegno, in termini di obblighi durante la fase di transizione, scaturente dalla fedele esecuzione dell'incarico da quello derivante dalle altre parti del giuramento. La locuzione “*faithfully execute the Office*”, infatti, non sembra dire nulla sul comportamento da tenere nei confronti del successore. Se un rilievo alla *Oath Clause* può essere riconosciuto in materia di *transitional obligations*, probabilmente deve essere lo stesso per tutta la formula di giuramento. In realtà, sia il dovere di fedele esecuzione dell'incarico, sia il dovere di proteggere e difendere la Repubblica sembrano imporre limitati doveri durante la fase di transizione, consistenti al massimo nel non porre in essere comportamenti talmente gravi da mettere a repentaglio gli interessi del Paese: in pratica, l'obbligo di svolgere fedelmente l'incarico risulta adempiuto (e quindi assorbito), in termini di obblighi del Presidente uscente, qualora si tenga fede al dovere di difendere la Repubblica. Si fa fatica, infatti, ad immaginare casi in cui una violazione del primo obbligo non costituisca violazione del secondo: di fatto, dovrebbe trattarsi di violazioni, commesse magari sotto forma di pesante ostruzionismo nei confronti del Presidente entrante, che andrebbero a mettere in discussione l'intero giuramento.

Le riflessioni sulla *Oath Clause* sono legate a doppio filo a quelle sulla c.d. *Take Care Clause*, secondo cui il Presidente provvede a che le leggi siano fedelmente eseguite⁷⁹. In questo caso, l'obbligo imposto sembra più

⁷⁹ Cost. USA, art. II, sec. 3: “[...] he shall take Care that the Laws be faithfully executed”. Cfr. J.M. Beermann – W.P. Marshall, *op.cit.*, 1276-1280.

La Corte Suprema ha interpretato questa disposizione in modo estensivo: ad es. da essa discende la *prosecutorial discretion* dell'*Attorney General* e degli altri *attorneys* nell'esercizio dell'azione penale, consente al Presidente di rimuovere *unfaithful officers*, gli conferisce il potere di proteggere gli interessi federali in assenza di autorizzazione statutaria (sempre che tale azione non sia espressamente proibita): cfr. Corte Suprema USA, *Free Enter. Fund v. Pub. Co. Accounting Oversight Bd.*, 561 U.S. 477, 484 (2010); *United States v. Armstrong*, 517 U.S. 456, 464 (1996); *In re Neagle*, 135 U.S. 1, 67-68 (1890). D'altro canto, dalla stessa disposizione, in combinato disposto con la *Oath Clause*, la Corte Suprema fa derivare alcuni obblighi per il Presidente, come quello di rispettare la *legislative supremacy*: cfr. Corte Suprema USA, *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 587-88 (1952); *Kendell v. United States ex. rel. Stokes*, 37 U.S. (12 Pet.) 524 (1838). Su questa scia parte della dottrina intende la *Take Care Clause* come produttiva di doveri per il Presidente più che di poteri: cfr. M.C. Van Alstine, *Executive Aggrandizement in Foreign Affairs Lawmaking*, in *UCLA Law Review*, vol. 54, 2006, 334-335 (“The Take Care Clause is essentially a duty, not a grant of power [...]”); S.G. Calabresi – K.H. Rhodes, *The Structural Constitution: Unitary Executive, Plural Judiciary*,

stringente. Il compito di assicurare l'esecuzione delle leggi si differenzia dal dovere di eseguire fedelmente l'incarico di Presidente, perché solo nel primo caso l'espressione "take care" – da cui la *clause* prende il nome – precede l'*execution*. A parte la differenza riguardante l'oggetto dell'esecuzione – in un caso le leggi, nell'altro l'incarico –, occorre sottolineare che "occuparsi della fedele esecuzione" è altro rispetto a "eseguire fedelmente"⁸⁰: nel primo caso, infatti, può sostenersi a maggior titolo che il compito di cui il Presidente è investito trascenda in qualche modo il proprio mandato, per giungere, invece, a costituire un obbligo realmente correlato ad assicurare la continuità dell'attività dell'Esecutivo. In altre parole, un Presidente uscente che debba provvedere (*take care*) alla esecuzione delle leggi sarebbe chiamato a mettere a disposizione del suo successore gli strumenti per eseguirle: un tale risultato potrebbe ottenersi durante la *transition* solo se l'Amministrazione uscente collaborasse con il team di transizione.

Esistono, quindi, dei veri e propri obblighi imposti dalla Costituzione al Presidente uscente durante la transizione? In realtà, neanche l'interpretazione della *Take Care Clause* appena offerta può giustificare un eccessivo ampliamento della categoria. Di fatto, i casi in cui si potrebbe ravvisare una violazione costituzionale da parte del Presidente restano limitati ad esperienze di transizione fortemente traumatiche: pure alla luce della *Take Care Clause*, infatti, non sembra esistere un vero e proprio obbligo del Presidente ad agevolare l'operato del team di transizione. Il testo costituzionale sembra comunque richiedere al Presidente un grado di attenzione non trascurabile nei confronti della continuità delle attività dell'Esecutivo, soprattutto in alcuni settori particolarmente sensibili come la politica estera. Pertanto, alcuni gravi comportamenti volti ad ostacolare il Presidente eletto e il suo *transition team* potrebbero costituire una violazione delle norme costituzionali. Sull'intensità dell'impedimento e quindi sul livello di collaborazione dovuto dall'Esecutivo uscente si può molto discutere, ma non si può sopravvalutare l'intento del legislatore costituzionale, che comunque in nessun caso fa riferimento alla transizione presidenziale. Della disciplina di questo particolare periodo – come visto – se ne è occupato il Congresso con l'introduzione del PTA. Tuttavia, in ossequio al principio di separazione tra poteri, esso non ha introdotto con legge limitazioni ai poteri del Presidente: il PTA, di fatto, riconosce risorse e mezzi ai team di transizione, ma nulla impone al Presidente in termini di "obblighi transizionali" nei confronti del successore. In ogni caso, poiché, ai sensi della *Take Care Clause*, il Presidente, anche uscente, ha il dovere di assicurare la fedele esecuzione delle leggi, essendo il PTA una legge approvata dal Congresso, eventuali ostacoli posti dall'Esecutivo uscente

in *Harvard Law Review*, vol. 105, 1992, 1198 ("suggests an obligation of watchfulness, not a grant of power").

⁸⁰ Cfr. J.P. Zoffer, *op. cit.*, 2566-2567.

all'esecuzione delle disposizioni contenute in questa legge sarebbero censurabili da un punto di vista costituzionale.

Resterebbe, inoltre, il problema della giustiziabilità di tali violazioni. Secondo una opinione dottrinale che pare condivisibile non solo non esistono casi giudiziari riguardanti presunte violazioni di norme costituzionali da parte dell'Esecutivo in relazione a "obblighi transizionali", ma tali atti o comportamenti sarebbero probabilmente ritenuti "*nonjusticiable*"⁸¹, dato che la Corte Suprema evita di sindacare l'operato dell'Esecutivo quando questo rientri (o possa rientrare) nella sua sfera discrezionale⁸². Sebbene la presunta "non giustiziabilità" non significhi che la questione di natura costituzionale non debba essere posta⁸³, appare comunque che anche questa circostanza giochi a favore del quadro che si è tentato di evidenziare in questo paragrafo.

In conclusione, durante la fase transizionale il Presidente è sicuramente chiamato a rispettare (e a far rispettare) il PTA, come ogni altra legge, fino alla scadenza del suo mandato; con riguardo all'atteggiamento più o meno collaborativo da assumere nei confronti del team di transizione, invece, il perimetro tracciato dalla Costituzione gli consente di muoversi all'interno di una zona grigia in cui, se escludiamo violazioni eclatanti, è molto difficile distinguere con precisione i comportamenti legittimi da quelli illegittimi ed è ancora più difficile che questi siano giustiziabili da un giudice⁸⁴.

⁸¹ J.M. Beermann – W.P. Marshall, *op. cit.*, 1270: "There are no cases addressing presidential duties and obligations with respect to transition, and even if a legal dispute developed, it is likely that a court would find it nonjusticiable. Moreover, it might also be argued that any transition obligations are at best products of comity and historical practice rather than true legal duties. After all, presidential transitions have taken place from the beginning without legal rules being articulated and with both incoming and outgoing Presidents apparently assuming they could do as they wished. Finally, it might be contended that the President's discretion as to how (and whether) to execute her powers with regard to transition is so broad that no meaningful constraints can be discerned with respect to how the President must act".

⁸² *Ivi*, 1270, nota 72. Convince meno, invece, l'altro argomento sostenuto dagli autori, secondo cui la non giustiziabilità scaturirebbe anche dalla brevità del periodo di transizione.

Sulla giurisprudenza della Corte Suprema nel senso spiegato nel testo, cfr. Corte Suprema USA, *Heckler v. Chaney*, 470 U.S. 821, 831 (1985).

⁸³ J.M. Beermann – W.P. Marshall, *op. cit.*, 1270, nota 72: "The fact that an issue may be nonjusticiable, of course, does not mean that it does not give rise to a determinable constitutional question. It only means that the courts are not the arbiters of the constitutional issue". Cfr. anche, con specifico riferimento alla giustiziabilità delle violazioni della *Take Care Clause*, D.E. Johnsen, *The Constitution Under Clinton: A Critical Assessment: Presidential Non-Enforcement of Constitutionally Objectionable Statutes*, in *Law and Contemporary Problems*, vol. 63, nn. 1-2, 2000, 26: "the President's obligation faithfully to execute the laws is not contingent on the availability of judicial review as a check on presidential excess. Indeed, the President should act with particular care when a controversial assertion of authority may be nonjusticiable".

⁸⁴ In questo discorso si inserisce anche la questione sulla legittimità delle cc.dd. "*midnight regulations*", ossia regolamenti federali adottati dalle agenzie governative a ridosso della scadenza del mandato presidenziale, spesso allo scopo – neanche tanto

5. La transition vista dalla parte del Presidente eletto e del suo team: “poteri”, limiti e “zone grigie”

Se è vero che nel corso dell'ultima *transition* presidenziale l'attenzione è stata puntata soprattutto sull'atteggiamento di scarsa o alternata collaborazione tenuto da Trump e dalla sua Amministrazione nei confronti del team di Biden, occorre comunque sottolineare che l'attuale quadro normativo presenta importanti criticità anche in relazione al controllo sull'operato dei team di transizione.

Il PTA, infatti, destina risorse e mezzi al *transition team* dell'apparente vincitore delle elezioni – e, anzi, già prima delle elezioni stesse, sebbene in forma spesso attenuata –, ma lascia sprovvisti di copertura normativa una serie di aspetti inerenti la portata dei diritti e delle facoltà concesse ai membri del team di transizione. Come evidenziato da attenta dottrina⁸⁵, di fatto questi team esercitano poteri assimilabili in molti casi a quelli di un vero e proprio Esecutivo, poteri che pertanto dovrebbe essere esclusivi di quest'ultimo fino alla fine del mandato presidenziale: ad esempio, annunciano le nomine di componenti della futura Amministrazione⁸⁶, che è comune vengano vagliate dal Congresso già prima dell'*Inauguration day*⁸⁷; sono parte attiva nella redazione della proposta di bilancio del Governo da presentare al Congresso⁸⁸, attività che per legge deve avvenire tra il primo lunedì di gennaio e il primo lunedì di febbraio⁸⁹, ossia esattamente nel periodo in cui si formalizza il passaggio di consegne tra i Presidenti; svolgono attività di

velato – di complicare l'insediamento della nuova Amministrazione. Cfr. J.M. Beermann, *Presidential Powers in Transitions*, in *Boston University Law Review*, vol. 83, 2003, 948-1016; A.J. O'Connell, *Agency Rulemaking and Political Transitions*, in *Northwestern University Law Review*, vol. 105, 2011, 471 ss.; J.P. Zoffer, *op. cit.*, 2554-2557.

⁸⁵ Cfr. J.P. Zoffer, *op. cit.*, 2507-2515.

⁸⁶ La Costituzione staunitense (art. II, § 2, cl. 2) riserva questo potere al Presidente in carica. Tuttavia, secondo J.P. Zoffer, *op. cit.*, 2503, il numero delle nomine di cui deve occuparsi il nuovo Presidente è particolarmente alto: “In the approximately seventy-five days between Election Day and Inauguration Day, an incoming presidential administration must nominate officials for top administration posts and begin filling the other roughly 4,100 presidentially appointed positions”.

⁸⁷ Cfr. J.P. Zoffer, *op. cit.*, 2510, nota 39.

⁸⁸ Sebbene con qualche eccezione, tradizionalmente il Presidente uscente ha garantito l'accesso del team di transizione all'*Office of Management and Budget* per assistere questo processo. Cfr. J.P. Pfiffner, *Introduction: The Presidency in Transition*, in J.P. Pfiffner – R.G. Hoxie, *op. cit.*, 1-6. In effetti, nella relazione di accompagnamento del Senato (S. Rep. No. 100-317, 17 (1988)) al *Presidential Transitions Effectiveness Act* del 1988 si evidenziava che “it is critical that the incoming and outgoing administrations cooperate to ensure that the incoming administration has access to the expertise and information needed for drafting an alternative to the outgoing administration's budget in a timely fashion”. Addirittura, a partire da G.H.W. Bush, nelle ultime cinque transizioni presidenziali il Presidente uscente ha sempre presentato un “*transition budget*” lasciando all'Amministrazione entrante il compito di presentare la versione definitiva: cfr. T.N. Riccard, *Submission of the President's Budget in Transition Years*, Congressional Research Service, 28 gennaio 2021, <<https://fas.org/sgp/crs/misc/RS20752.pdf>>.

⁸⁹ 31 U.S.C. § 1105 (2018).

politica estera già nelle ore immediatamente successive all'esito elettorale⁹⁰; in molti casi cooperano fattivamente nelle scelte politiche dell'Amministrazione uscente.

D'altro canto, non solo i team di transizione esercitano una serie di *quasi-executive powers*⁹¹, ma in alcuni casi godono di uno status privilegiato⁹². Ad esempio, l'*Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act* del 2004⁹³ ha modificato il PTA consentendo anche ai membri dei team di transizione la possibilità di richiedere e ottenere il “nulla osta sicurezza” per l'accesso a informazioni estremamente riservate in materia di terrorismo⁹⁴: alla luce della riforma del 2010, che ha introdotto l'operatività dei team di transizione già nella fase pre-elettorale, tale accesso potrebbe essere teoricamente autorizzato prima delle elezioni e quindi anche ad appartenenti al team di transizione del candidato che poi risulterà sconfitto. Il solo Presidente eletto, inoltre, deve ricevere dall'Amministrazione uscente un rapporto dettagliato riguardante le minacce in corso alla sicurezza del Paese, l'esistenza di operazioni militari anche segrete, decisioni pendenti sull'impiego della forza militare⁹⁵. Il PTA, inoltre, prevede che appartenenti alle agenzie governative possano essere distaccati a favore dei team di transizione previa

⁹⁰ Numerosi esempi sono riportati dalla dottrina: cfr. L.L. Henry, *op. cit.*, 465-466; C.M. Brauer, *op. cit.*, 22 e 153; A.R. Millet, *Dwight D. Eisenhower and the Korean War: Cautionary Tale and Hopeful Precedent*, in *The Journal of American-East Asian Relations*, vol. 10, n. 3-4, 2001, 155-174; J.M. Beermann – W.P. Marshall, *op. cit.*, 1263 ss. Come sostiene J.P. Zoffer, *op. cit.*, 2514 e 2552-2554, il *transition team* di Trump nel 2016 ha trasgredito più volte questa disposizione prendendo contatti con il Governo russo al fine di concordare indirizzi di politica estera volti a indebolire la posizione politica statunitense tenuta dal Presidente in carica. Tali informazioni sono riportate nel Rapporto dello *Special Counsel* Mueller, *Robert S. Mueller, III, U.S. Department of Justice, Report on the Investigation into Russian Interference in the 2016 Presidential Election*, 145-65 e 168-73 (2019). Sulle indagini di Mueller sull'operato di Trump e del suo team, cfr. L. Melica, *Mai licenziare uno Special Counsel: una lezione di storia costituzionale per il Presidente Trump*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. speciale, maggio 2019, 447 ss., e bibliografia citata; Id., “Parlare a nuora perché suocera intenda”: il caso Trump e il rapporto Mueller, in *DPCE online*, 3/2019, 1883 ss.

⁹¹ L'espressione è più volte utilizzata da J.P. Zoffer, *op. cit.*

⁹² Cfr. J.P. Zoffer, *op. cit.*, 2515-2518.

⁹³ *Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act of 2004*, Pub. L. No. 108-458, § 7601, 118 Stat. 3638, 3857 (2004) (50 U.S.C. § 3342 (2018)).

⁹⁴ *Ivi*, sub. F, sec. 7601, lett. c): “Each major party candidate for President may submit, before the date of the general election, requests for security clearances for prospective transition team members who will have a need for access to classified information to carry out their responsibilities as members of the President elect’s transition team” (3 U.S.C., § 102 note, sez. 3(f) (2018)).

⁹⁵ *Ivi*, sub. F, sez. 7601, lett. a): “Activities under this paragraph shall include the preparation of a detailed classified, compartmented summary by the relevant outgoing executive branch officials of specific operational threats to national security; major military or covert operations; and pending decisions on possible uses of military force. This summary shall be provided to the President-elect as soon as possible after the date of the general elections held to determine the electors of President and Vice President under section 1 or 2 of title 3, United States Code” (3 U.S.C. § 102 note, sez. 3(a)(8)(A)(v) (2018)).

autorizzazione del capo di agenzia: da quel momento sono “*responsible only to the President-elect*”⁹⁶. Infine, con le riforme al PTA del 2016⁹⁷ e del 2019,⁹⁸ oggi il Presidente uscente deve istituire, con largo anticipo rispetto alle elezioni, due organi federali chiamati ad interfacciarsi con i team di transizione fino alla fine del mandato presidenziale: il *White House Transition Coordinating Council*, di cui fanno parte anche membri del gabinetto presidenziale e rappresentanti dei team di transizione, istituito almeno sei mesi prima delle elezioni, con un ruolo di direzione e coordinamento⁹⁹; l'*Agency Transition Directors Council*, con compiti maggiormente operativi, composto in buona parte da appartenenti alle agenzie governative, almeno uno per ogni agenzia, e integrato da rappresentanti dei team di transizione in prossimità delle elezioni¹⁰⁰.

Alla luce di quanto descritto, si può notare che ai team di transizione, i quali formalmente restano enti privati volti a perseguire scopi sociali (*social-welfare organisations*)¹⁰¹, sono riconosciuti status e prerogative che li avvicinano alla condizione di enti non solo pubblici ma addirittura governativi: si comportano di fatto come un quasi-Esecutivo e sono riconosciuti come interlocutori privilegiati dell'Esecutivo in carica. Tuttavia, proprio a causa della natura ibrida dei team di transizione, i suoi membri non sembrano assoggettati ad una serie di disposizioni normative congegnate e sviluppate per controllare l'operato dell'Esecutivo.

Partendo dal Presidente eletto, cui pure è riconosciuto uno status privilegiato (ad es., alcuni impiegati delle agenzie governative possono essere distaccati sotto la sua responsabilità durante la *transition*), appare evidente come le norme costituzionali che si riferiscono al Presidente vincolino quest'ultimo solo dopo la sua formale presa di servizio, ossia il 20 gennaio successivo alle elezioni: fino ad allora, quindi, il Presidente eletto, non avendo prestato giuramento, non è sottoposto né alla *Oath Clause* né alla *Take Care Clause*, né ad altre disposizioni limitative dei suoi poteri¹⁰², come la *Domestic Emoluments Clause*, secondo cui il Presidente non può ricevere nessun altro emolumento proveniente dagli USA o dall'estero diverso dal suo compenso¹⁰³. Con riguardo ai membri dei team di transizione, non trovano applicazione due disposizioni costituzionali che vincolano invece i membri dell'Esecutivo, note come *Foreign Emoluments Clause*¹⁰⁴ e

⁹⁶ PTA, 3 U.S.C. § 102, note (2018), sez. 3(a)(2).

⁹⁷ *Edward “Ted” Kaufman and Michael Leavitt Presidential Transitions Improvements Act of 2015*, cit.

⁹⁸ *Presidential Transition Enhancement Act of 2019*, cit.

⁹⁹ PTA, 3 U.S.C. § 102 note (2018), sez. 4(d).

¹⁰⁰ PTA, 3 U.S.C. § 102 note (2018), sez. 4(e).

¹⁰¹ Sulla disciplina e gli scopi di questi enti, v. *infra*, soprattutto note 120, 121 e 122.

¹⁰² Cfr. J.P. Zoffer, *op. cit.*, 2530-2534.

¹⁰³ Cost. USA, art. II, sec. 1, cl. 7: “The President [...] shall not receive within that Period any other Emolument from the United States, or any of them”.

¹⁰⁴ Cost. USA, art. I, sec. 9, cl. 8: “[...] no Person holding any Office of Profit or Trust under them, shall, without the Consent of the Congress, accept of any present,

*Incompatibility Clause*¹⁰⁵. La prima vieta di ottenere qualsiasi emolumento proveniente da Stati stranieri senza il consenso del Congresso; la seconda vieta ai membri del Congresso di far parte dell'Esecutivo. Sebbene alcune di queste norme siano comunemente rispettate anche dai membri dei team di transizione¹⁰⁶, non esiste in realtà alcun obbligo formale.

Volgendo l'attenzione anche a normative non di rango costituzionale, la situazione diventa ancora più delicata. In particolare, la disciplina prevista dalla legge sulla corruzione¹⁰⁷ e dall'*Ethics in Government Act*¹⁰⁸, che è il principale testo di legge avente il fine di prevenire corruzione e conflitti di interesse all'interno dell'Esecutivo, non è interamente applicabile ai membri dei team di transizione. Alcune disposizioni contenute in queste leggi, come ad esempio la sezione sulla corruzione, si applicano in realtà non solo a chi già riveste un incarico pubblico, ma anche a chi sia stato selezionato, nominato o scelto per ricoprirlo¹⁰⁹. Dato che in alcuni casi il ruolo che ricopriranno i membri dei team a transizione avvenuta è annunciato anticipatamente (sicuramente ciò vale per il Presidente eletto e il Vicepresidente eletto), almeno ad essi si applicheranno le norme sulla corruzione previste dall'*Ethics in Government Act*. Tuttavia, tali restrizioni non opereranno per quei componenti dei team di transizione ancora non

Emolument, Office, or Title, of any kind whatever, from any King, Prince, or foreign State". Cfr. su questa disposizione A.S. Grewal, *The Foreign Emoluments Clause and the Chief Executive*, in *Minnesota Law Review*, vol. 102, 2017, 639 ss.; Z. Teachout, *The Anti-Corruption Principle*, in *Cornell Law Review*, vol. 94, 2, 2009, 341 ss. La definizione di "emolumento" resta contestata e di recente è stata al centro di controversie giudiziarie che hanno riguardato il Presidente Trump: cfr. *D.C. v. Trump*, 315 F. Supp. 3d 875, 891 (D. Md. 2018), in cui l'interpretazione offerta è stata la più estensiva possibile ("any profit, gain, or advantage, of more than de minimis value, received by [the President], directly or indirectly, from foreign ... governments"). Cfr. anche *In re Trump*, 928 F.3d 360 (4th Cir. 2019); *D.C. v. Trump*, 930 F.3d 209 (4th Cir. 2019); *Blumenthal v. Trump*, 382 F. Supp. 3d 77 (D.D.C. 2019); *Citizens for Responsibility and Ethics in Wash. v. Trump*, 276 F. Supp. 3d 174 (S.D.N.Y. 2017).

¹⁰⁵ Cost. USA, art. I, sec. 6, cl. 2: "[...] no Person holding any Office under the United States, shall be a Member of either House during his Continuance in Office". Sulla *ratio* di questa disposizione, cfr. J.F. Manning, *Separation of Powers as Ordinary Interpretation*, in *Harvard Law Review*, vol. 124, 2011, 1984 ss.; S.G. Calabresi – J.L. Larsen, *One Person, One Office: Separation of Powers or Separation of Personnel?*, in *Cornell Law Review*, vol. 79, 1994, 1045 ss.

¹⁰⁶ I casi di membri dei team di transizione contemporaneamente membri del Congresso sono molto rari, ma non inesistenti. Cfr. J.P. Zoffer, *op. cit.*, 2532-2533.

¹⁰⁷ Pub. L. No. 87-849, 76 Stat. 1119 (1962) (18 U.S.C. §§ 201-209).

¹⁰⁸ *Ethics in Government Act of 1978*, Pub. L. No. 95-521, 92 Stat. 1824.

Sull'evoluzione della disciplina, anche in questo caso, come per le *presidential transitions*, non scritta in una prima fase e poi regolata con legge in una seconda, cfr. L. Melica, *Mai licenziare uno Special Counsel: una lezione di storia costituzionale per il Presidente Trump*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. speciale, maggio 2019, 451 ss., e bibliografia citata; L. Melica, "Parlare a nuora perché suocera intenda": il caso Trump e il rapporto Mueller, in *DPCE online*, 3/2019, 1886 ss.

¹⁰⁹ 18 U.S.C. § 201: "the term 'person who has been selected to be a public official' means any person who has been nominated or appointed to be a public official, or has been officially informed that such person will be so nominated or appointed".

assegnati ad un incarico pubblico o che mai lo saranno. Sempre ai fini del contrasto alla corruzione, l'*Anti-Deficiency Act* stabilisce che l'Esecutivo non può, se non in casi eccezionali, impiegare personale eccedente rispetto a quello previsto dalla legge, né può accettare servizi resi in forma di volontariato¹¹⁰. I team di transizione, invece, sfruttando il fatto di non essere assoggettati a questa norma in quanto organizzazione non facente parte dell'Esecutivo, “hanno più volontari che personale remunerato”¹¹¹.

Con specifico riferimento alla gestione della politica estera, deve essere osservata con attenzione la prassi assai consolidata per cui il Presidente eletto (per usare il linguaggio del PTA, l'“apparente vincitore”), immediatamente dopo la divulgazione dell'esito elettorale conseguente alle elezioni generali di novembre, riceve da Capi di Stato e di Governo stranieri telefonate informali di congratulazioni e di generale presa di contatto. Si tratta di un momento politicamente molto rilevante, che fornisce anche all'opinione pubblica indicazioni di massima sulle idee del nuovo Esecutivo in materia di politica estera. Tuttavia, in quel momento il Presidente eletto agisce come semplice cittadino degli USA perché non è ancora formalmente investito di alcuna carica. Pertanto, anche il nuovo Presidente è sottoposto al regime del *Logan Act*¹¹², che addirittura dal 1799 incrimina il *foreign policy-making*, ossia la condotta di ogni privato cittadino che direttamente o indirettamente inizi o porti avanti corrispondenze con governi stranieri aventi come oggetto dispute o controversie con gli USA. Il confine tra una condotta lecita volta a stabilire relazioni lavorative, anche future, e una illecita diretta a occuparsi attivamente di politica estera nelle prime ore del mandato appare labile. Nonostante non vi siano dubbi sul principio per cui il Presidente è il “*sole organ of the federal government in the field of international relations*”¹¹³, nella pratica gli interlocutori stranieri considerano il potere del Presidente uscente ormai diminuito.

Altra legge federale proibisce di ricoprire incarichi federali ai *foreign agents*, ossia coloro che attivamente portano avanti gli interessi di un Paese

¹¹⁰ 31 U.S.C. § 1342 (2018): “an officer or employee of the United States Government [...] may not accept voluntary services [...] or employ personal services exceeding that authorized by law except for emergencies involving the safety of human life or the protection of property”.

¹¹¹ T. Noah, *Presidential transitions come into the open*, in *politico.com*, 5 settembre 2016, <<https://www.politico.com/story/2016/09/trump-clinton-presidential-transition-obama-227701>>. Cfr. anche J.P. Zoffer, *op. cit.*, 2536: “[...] voluntary service is typical”.

¹¹² 1 Stat. 613, 30 gennaio 1799, (18 U.S.C. § 953 (2018)).

¹¹³ Corte Suprema USA, *United States v. Curtiss-Wright Exp. Corp.*, 299 U.S. 304, 320 (1936); ancora, Corte Suprema USA, *Department of the Navy v. Egan*, 484 U.S. 518, 529 (1988): “Foreign policy [is] the province and responsibility of the Executive”.

straniero¹¹⁴. Anche questa disposizione sembra inapplicabile ai componenti dei team di transizione¹¹⁵: un *foreign agent*, quindi, potrebbe esserne membro.

Infine, le leggi federali impongono al Presidente e all'Esecutivo dettagliati obblighi di documentazione e registrazione dell'attività svolta nell'esercizio delle proprie funzioni¹¹⁶; specularmente, il *Freedom of Information Act* (FOIA)¹¹⁷ consente a chiunque di accedere ai registri tenuti dall'Esecutivo per qualsiasi motivo o anche senza addurre motivazioni¹¹⁸. Anche in quest'ultimo caso i team di transizione sono sottratti a qualsiasi obbligo di tenuta di registri relativi alla loro attività.

In definitiva, pur essendo l'operato dei team di transizione assimilabile in qualche caso allo svolgimento di funzioni proprie dell'Esecutivo, la disciplina a livello costituzionale e legislativo resta molto diversa. Di fatto, i team di transizione godono di una posizione peculiare all'interno dell'ordinamento che permette loro di esercitare poteri simil-governativi tutt'altro che trascurabili in un regime quasi interamente scevro da limitazioni. Tale criticità, già di per sé meritevole di approfondimento, diventa ancora più rilevante se si pensa che una delle poche limitazioni poste a carico dei team di transizione è ad alto rischio di elusione. Si tratta, infatti, della disposizione che vincola l'utilizzo delle risorse messe a disposizione nella fase pre-elettorale alla sola preparazione per l'assunzione degli incarichi di Presidente e Vicepresidente: dovranno essere rimborsate, quindi, qualsiasi impiego delle risorse per altri fini non autorizzati. Tra questi ultimi, sicuramente rientra l'utilizzo delle risorse a sostegno della campagna elettorale. Con l'introduzione del finanziamento pre-elettorale nel 2010, la netta distinzione temporale tra periodo di campagna elettorale e periodo di erogazione dei fondi per la transizione è venuta meno¹¹⁹, ingenerando il

¹¹⁴ 18 U.S.C. § 219(a) (2018): Whoever, being a public official, is or acts as an agent of a foreign principal [...] shall be fined under this title or imprisoned for not more than two years, or both". La definizione di foreign agent è offerta dal *Foreign Agents Registration Act of 1938*, 52 Stat. 631, oggi codificato in 22 U.S.C. sezz. 611 ss.

¹¹⁵ Sul punto si interroga anche S. Vladeck, *A Primer on the Foreign Agents Registration Act - and Related Laws Trump Officials May Have Broken*, in *justsecurity.org*, 3 aprile 2017, <<https://www.justsecurity.org/39493/primer-foreign-agents-registration-act/>>: anche l'autore, però si dice "scettico" sull'applicabilità della disciplina ai membri del team di transizione.

¹¹⁶ Il *Presidential Record Act* (44 U.S.C. §§ 2201-07 (2018)) richiede al Presidente di assicurare che tutte le attività, decisioni, deliberazioni siano adeguatamente documentate e tali registri siano preservati. Il *Federal Records Act* (44 U.S.C., sezz. 3101-07 (2018)) prevede un regime simile anche per l'attività del resto dell'Esecutivo.

¹¹⁷ 5 U.S.C. § 552 (2018).

¹¹⁸ Cfr. J.P. Zoffer, *op. cit.*, 2539-2540.

¹¹⁹ Cfr. J.P. Zoffer, *op. cit.*, 2509, che riporta le parole rilasciate in un'intervista del 2019 da un assistente alla *transition* Obama: "there's a kind of permeability between the campaign and the transition". Cfr. pure, stessa opera, 2518-2519.

Tuttavia, parte della dottrina considerava sfumata la differenza tra campagna elettorale e attività per la transizione ben prima dell'introduzione del finanziamento pubblico pre-elettorale: cfr. C.O. Jones, *Passages to the Presidency: From Campaigning to Governing*, Washington DC, 1998.

rischio che il finanziamento pubblico per la *transition* possa essere utilizzato a fini elettorali e, viceversa, che le donazioni private a sostegno della campagna elettorale possano integrare il finanziamento pubblico per la *transition*¹²⁰. Sebbene la differenza tra *transition* e campagna elettorale sia chiara sulla carta – la prima ha come obiettivo la preparazione in vista degli incarichi governativi da assumere, la seconda la vittoria delle elezioni –, di fatto la linea di confine appare labile. Occorre aggiungere, inoltre, che ai team di transizione in fase pre-elettorale non sembra formalmente vietato, trattandosi di organizzazioni private¹²¹, svolgere attività di campagna elettorale: il fatto che si tratti di *social-welfare organisations*, da una parte, impone di operare per scopi sociali¹²² (tra i quali non rientra lo svolgimento della campagna elettorale¹²³), ma dall'altra consente di svolgere “*nonexempt activities*” ulteriori rispetto a quelle destinate allo scopo primario¹²⁴: in tal modo, non risulta impossibile per i team di transizione occuparsi di campagna elettorale, seppure come scopo secondario dell'ente.

Quanto evidenziato fino ad ora spinge a non sottovalutare la complessità delle attività svolte dai team di transizione, anche in termini di prevenzione di conflitti di interesse, corruzione e indebito impiego di risorse pubbliche, proprio in un momento in cui il Paese si trova alle prese con la possibilità – o la certezza, qualora non vi siano ricandidature – di cambiare Presidente.

¹²⁰ A riprova dell'importanza del finanziamento privato per le campagne elettorali, occorre aggiungere che la giurisprudenza della Corte Suprema ha ritenuto incostituzionale una disposizione contenuta nel *Federal Election Campaign Act* (Pub.L. 92-225, 86 Stat. 3, 7 febbraio 1972, 52 U.S.C. § 30101 ss.), che imponeva un limite ai contributi che uno stesso soggetto può offrire per un periodo di due anni per il sostegno ai comitati nazionali dei partiti o ai candidati federali: cfr. Corte Suprema USA, *McCutcheon v. Fed. Election Commission*, 572 U.S. 185 (2014). In senso simile, cfr. Corte Suprema USA, *Citizens United v. Fed. Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010).

¹²¹ PTA, 3 U.S.C. § 102 note (2018), sez. 3, (h)(3)(A): “Such fund shall be established and maintained in such manner as to qualify such fund for purposes of section 501(c)(4) of the Internal Revenue Code of 1986 (26 U.S.C. 501(c)(4)).”

¹²² 26 CFR § 1.501(c)(4)-1: “An organization is operated exclusively for the promotion of social welfare if it is primarily engaged in promoting in some way the common good and general welfare of the people of the community”.

¹²³ *Ibidem*: “The promotion of social welfare does not include direct or indirect participation or intervention in political campaigns on behalf of or in opposition to any candidate for public office”.

¹²⁴ Ai sensi del 26 CFR § 1.501(c)(4), è infatti sufficiente che l'organizzazione si occupi in via principale (*primarily*) della promozione sociale e del welfare. Il quadro sarebbe stato diverso se i team di transizione fossero stati assoggettati alla disciplina di altro tipo di organizzazioni no profit, come quelle religiose (26 CFR § 1.501(c)(3)), che non possono impegnarsi “otherwise than as an insubstantial part of its activities, in activities which in themselves are not in furtherance of one or more exempt purposes”. Sulla differenza tra le due discipline, basata soprattutto sul differente significato di “*primarily*” e “*insubstantial part*”, cfr. R. Chick – A. Henchey, *Political Organizations and IRC 501(c)(4)*, Internal Revenue Service, 6, 1995, <<https://www.irs.gov/pub/irs-tege/eotopicm95.pdf>>.

6. Il modello statunitense e altre esperienze di disciplina delle transizioni presidenziali nel continente americano

Negli USA, quindi, il periodo di transizione presidenziale ha subito a partire dagli anni Sessanta un processo di graduale formalizzazione legislativa, che comunque lascia aperti o addirittura ha contribuito ad aprire una serie di profili problematici.

Sembra utile a questo punto volgere lo sguardo ad esperienze straniere, nel tentativo di comprendere se e in che misura la disciplina delle transizioni presidenziali messa a punto negli USA – basata fondamentalmente sul PTA – abbia costituito un modello anche per altre forme di governo presidenziali nel resto del continente americano¹²⁵. In effetti, per quanto debba riconoscersi la peculiarità del sistema statunitense¹²⁶, dovrebbe essere comune ad ogni forma di governo presidenziale l'esigenza di gestire adeguatamente il periodo di transizione da un Presidente all'altro e consentire allo stesso tempo la preparazione del nuovo Esecutivo in anticipo rispetto al formale passaggio di consegne.

In realtà, la formalizzazione del procedimento di transizione presidenziale non è molto comune al di fuori degli USA, o almeno non ad un grado paragonabile a quello statunitense.

Il Brasile si è dotato nel 2002 di una legge volta a formalizzare l'istituzione di una squadra di transizione per il “candidato eletto” alla carica di Presidente¹²⁷: tale legge non si applica nel caso in cui il Presidente in carica

¹²⁵ Al di fuori del continente americano, degna di nota appare l'esperienza del Ghana, che si è dotato di una legge sulla transizione presidenziale nel 2012 (*Presidential Transition Act*, 31 maggio 2012, n. 845, <http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=92285&p_country=GHA&p_count=118&p_classification=01.01&p_classcount=5>). Questa legge prevede la formalizzazione del team di transizione entro 24 ore dall'esito elettorale: esso è formato da funzionari governativi e membri scelti dal Presidente eletto ed è copresieduto dal Presidente uscente e dal Presidente entrante (o da loro delegati). Altra peculiarità è che il team di transizione si forma anche in caso di rielezione del Presidente.

¹²⁶ Cfr. D. Fontana, *The Permanent and Presidential Transition Models of Political Party Policy Leadership*, in *Northwestern University Law Review Colloquy*, vol. 103, n. 4, 2009, 1993-1994: “What makes the American system unique, then, is not the existence of the transition period, but its significance. In the major constitutional regimes, elsewhere, political parties more clearly identify their policy leaders even when not in power, and thus have a much smaller number of personnel decisions to make when transitioning to power. By contrast, American political parties do not clearly identify who their policy leaders are when they do not occupy the White House. Because of that, and because American Presidents have such a large number of political appointments to make, the transition period becomes a crucial moment for the new American President to coronate a select few political figures as the current and future political and policy leaders within his Administration, and therefore within his party. The contrast leads to a simple, but significant, difference: While political parties in other countries define their policy leaders permanently, American parties define their policy leaders in substantial part through a singular moment of high drama—the presidential transition”.

¹²⁷ Legge n. 10.609, 20 dicembre 2002, Dispõe sobre a instituição de equipe de transição pelo candidato eleito para o cargo de Presidente da República, cria cargos em comissão,

venga riconfermato¹²⁸. Il periodo di transizione, a seguito della riforma costituzionale del 1997¹²⁹, dura in Brasile oltre due mesi: il primo turno delle elezioni si tiene la prima domenica di ottobre, mentre l'eventuale secondo turno l'ultima domenica dello stesso mese¹³⁰; il nuovo Presidente entra in carica dal 1° gennaio dell'anno successivo¹³¹. Sulla base della legge del 2002, il candidato eletto non è obbligato a formare un team di transizione, ma ne ha facoltà¹³²: sebbene ormai formato con regolarità¹³³, tuttavia, questo passaggio appare indicativo di quanto si sia lontani dal grado di formalizzazione statunitense. I membri del team di transizione possono avere accesso ai conti pubblici, ai programmi e ai progetti del Governo uscente. A supervisione della squadra di transizione è posto un Coordinatore¹³⁴, che il Presidente uscente può decidere di nominare Ministro straordinario per il solo periodo di transizione¹³⁵. La legge prevede, inoltre, che nei giorni immediatamente successivi alle elezioni vengano istituiti cinquanta incarichi governativi speciali per il periodo di transizione (CETG, *Cargos Especiais de Transição Governamental*) per l'esercizio delle attività del team: queste posizioni sono ricoperte fino a dieci giorni successivi all'inaugurazione del mandato presidenziale, momento dopo il quale restano vacanti fino alla successiva transizione¹³⁶. Compete alla stessa Presidenza della Repubblica fornire strutture, infrastrutture e supporto amministrativo al Presidente e al Vicepresidente entrante¹³⁷. Con riguardo, invece, al finanziamento delle attività della squadra di transizione, la legge richiede che le proposte di bilancio della Presidenza per gli anni in cui si svolgono le elezioni presidenziali debbano prevedere stanziamenti a favore della squadra di transizione¹³⁸.

e dá outras providências (di seguito, Legge brasiliana sulla transizione presidenziale), <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10609.htm>.

¹²⁸ *Ivi*, art. 9.

¹²⁹ *Emenda constitucional* n. 16 del 4 giugno 1997.

¹³⁰ Art. 77 Cost. brasiliana.

¹³¹ Art. 82 Cost. brasiliana.

¹³² Legge brasiliana sulla transizione presidenziale, cit., art. 1: “Ao candidato eleito para o cargo de Presidente da República é facultado o direito de instituir equipe de transição, observado o disposto nesta Lei”.

¹³³ In occasione delle ultime elezioni del 2018, non solo è stato formata la squadra di transizione, ma il *Gabinete de Transição governamental* è stata organizzato dettagliatamente con apposita ordinanza del Ministro straordinario per la transizione (Portaria n. 2 dell'8 novembre 2018).

¹³⁴ Legge brasiliana sulla transizione presidenziale, cit., art. 2.2: “A equipe de transição será supervisionada por um Coordenador, a quem competirá requisitar as informações dos órgãos e entidades da Administração Pública federal”.

¹³⁵ *Ivi*, art. 2.4: “O Presidente da República poderá nomear o Coordenador da equipe de transição para o cargo de Ministro Extraordinário”. Anche questa opportunità è stata sfruttata in occasione delle ultime elezioni con la nomina a Ministro straordinario del Coordinatore della squadra di transizione Lorenzoni.

¹³⁶ *Ivi*, art. 4.

¹³⁷ *Ivi*, art. 6.

¹³⁸ *Ivi*, art. 7.

In Messico, a seguito della riforma elettorale del 2014, il periodo di transizione ha oggi una durata di circa quattro mesi: le elezioni si svolgono la prima domenica di giugno e il mandato presidenziale parte dal 1° ottobre successivo¹³⁹. Tuttavia, in virtù di una disposizione transitoria¹⁴⁰, questi nuovi termini si applicheranno a partire dalle elezioni del 2024: pertanto, nell'ultima tornata elettorale del 2018, nel rispetto dei termini precedenti, le elezioni si sono svolte il 1° luglio e il mandato presidenziale ha avuto inizio il 1° dicembre, per una durata del periodo di transizione pari a cinque mesi. Sebbene il legislatore sia quindi intervenuto per abbreviare il periodo di transizione, non è stata invece introdotta alcuna disciplina scritta con riferimento al supporto e al finanziamento da riconoscere al team di transizione. Di fatto, il candidato vincitore forma una squadra per la transizione, che lavora per mesi al fine di prepararsi all'attività di governo, ma essa non è formalmente riconosciuta dalla legge. Tuttavia, occorre compiere due precisazioni. In primo luogo, la legge di bilancio dell'anno delle elezioni presidenziali prevede anche in Messico lo stanziamento di fondi per le attività della squadra di transizione¹⁴¹. In secondo luogo, la legge che regola le responsabilità dei funzionari amministrativi elenca all'art. 73, tra le particolari categorie di soggetti che pur non essendo funzionari pubblici possono rispondere degli stessi illeciti, i candidati a cariche di elezione popolare (tra cui, ovviamente, la Presidenza e la Vicepresidenza) e i membri delle squadre di campagna elettorale o di transizione "all'interno delle amministrazioni pubbliche"¹⁴².

In Argentina l'art. 95 Cost. stabilisce che l'elezione del Presidente e del Vicepresidente avviene "nei due mesi precedenti la conclusione del mandato del Presidente in carica"¹⁴³, che scade il 10 dicembre¹⁴⁴. Trattandosi, inoltre,

¹³⁹ *Reforma constitucional* del 10 febbraio, 2014, <<https://www.te.gob.mx/consultareforma2014/node/429>>: cfr. art. II Disposizioni transitorie e art. 83 Cost. riformato.

¹⁴⁰ *Ivi*, *Transitorios Décimo Quinto*: "Las reformas a los artículos [...] 83 de esta Constitución entrarán en vigor el 1o. de diciembre de 2018, por lo que el período presidencial comprendido entre los años 2018 y 2024 iniciará el 1o. de diciembre de 2018 y concluirá el 30 de septiembre de 2024".

¹⁴¹ Nel *Presupuesto de Egresos* (PEF) della Federazione del 2018, anno delle elezioni presidenziali, sono stati stanziati per la transizione 150 milioni di pesos (oltre 7 milioni di dollari). Cfr. *PEF de la Federación 2018*, <https://www.pef.hacienda.gob.mx/work/models/PEF2018/docs/23/r23_reurgfpp.pdf>.

¹⁴² *Ley General de Responsabilidades Administrativas*, 18 luglio 2016, modificata non *in parte qua* il 13 aprile 2020, art. 73: "Se consideran Faltas de particulares en situación especial, aquéllas realizadas por candidatos a cargos de elección popular, miembros de equipos de campaña electoral o de transición entre administraciones del sector público [...]".

¹⁴³ Cost. argentina, art. 95: "La elección se efectuará dentro de los dos meses anteriores a la conclusión del mandato del Presidente en ejercicio".

¹⁴⁴ Il mandato presidenziale in Argentina dura quattro anni, come stabilito dall'art. 90 Cost. A seguito della riforma costituzionale del 1994 (*Reforma constitucional* del 24 agosto 1994), la IX disposizione transitoria ha fissato il 10 dicembre 1999 come

di elezione a doppio turno, poiché il secondo turno avviene entro trenta giorni dal primo, può accadere quindi che il periodo di transizione sia ulteriormente ridotto: in ogni caso, esso è certamente inferiore ai due mesi ma può ridursi a poche settimane¹⁴⁵. Non esiste una disciplina scritta relativa al periodo di transizione. Sebbene questo abbia una durata abbastanza breve – soprattutto se paragonato a quello degli USA o del Messico –, anche in Argentina il dibattito sull'introduzione di una normativa simile al PTA statunitense resta vivo¹⁴⁶. Nel 2018, nell'imminenza delle elezioni previste per l'anno successivo, il Governo ha presentato al Parlamento un progetto di legge volto a conferire "ordine" al procedimento di transizione presidenziale¹⁴⁷. Il progetto, che non è stato approvato, prevedeva la creazione da parte dell'Esecutivo di una Commissione di transizione già pochi giorni dopo la convocazione delle elezioni: singolarmente, infatti, il testo presentato fissava l'inizio del periodo di transizione già a quel momento, in netto anticipo rispetto al momento in cui si viene a conoscenza dell'esito elettorale¹⁴⁸. Questo anticipo avrebbe prodotto una serie di effetti operanti già a partire dalla convocazione delle elezioni, soprattutto in termini di limitazioni poste all'Esecutivo uscente. In modo molto peculiare, infatti, l'Esecutivo uscente durante gli ultimi mesi di incarico non avrebbe potuto, ad esempio, procedere a nuove designazioni di personale, aumentare le spese pianificate, donare o cedere gratuitamente beni dello Stato: si sarebbe profilato un *lame duck period* vero e proprio¹⁴⁹. Inoltre, tale progetto

scadenza del mandato presidenziale iniziato nel luglio del 1995. Da allora, i quattro anni di mandato terminano appunto il 10 dicembre.

¹⁴⁵ Di fatto, nel 2015 la transizione che ha portato alla Presidenza Macri è durata dal 22 novembre al 10 dicembre (elezione al secondo turno); nel 2019, invece, la transizione per la Presidenza Fernández è durata dal 27 ottobre al 10 dicembre (elezione al primo turno).

¹⁴⁶ Cfr. F. Straface – C. Maldonado, *Acá le dejo el gobierno: claves para una transición presidencial efectiva*, Documento De Políticas Públicas, ottobre 2015, <<https://www.cippec.org/wp-content/uploads/2017/03/1190.pdf>>.

¹⁴⁷ *Proyecto de Ley* S-1581/18, <<https://www.argentina.gob.ar/interior/observatorioelectoral/reforma>>, art. 1: "La presente Ley tiene por objeto regular la instrumentación de un procedimiento de transición ordenada y de traspaso de los atributos presidenciales de mando, en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, signados por el orden, la responsabilidad y la transparencia".

¹⁴⁸ *Ivi*, art. 2: "A los fines de la presente Ley, el período de transición es el lapso temporal que se inicia con la convocatoria del Poder Ejecutivo a las Elecciones Primarias, Abiertas, Simultáneas y Obligatorias (en adelante PASO) al cargo de Presidente de la Nación Argentina y Vicepresidente y finaliza el día de asunción de las autoridades electas".

¹⁴⁹ *Ivi*, art. 5: "Salvo aceptación previa del Gobierno entrante, expresada por su representante en la comisión de transición, el Gobierno saliente no puede durante el período de transición y bajo pena de nulidad: a) Otorgar ascensos o designaciones de personal, cambios de categoría o pases a planta permanente, excepto que los mismos sean mediante concurso público de antecedentes y oposición; b) Donar o ceder gratuitamente bienes del Estado durante el período de transición; c) Iniciar procesos de licitaciones y/o contrataciones que excedan los compromisos establecidos en la Ley de

di legge non puntava a formalizzare la “squadra” di transizione, ma riconosceva un ruolo istituzionale al solo “rappresentante” scelto dal Presidente eletto¹⁵⁰. Quest’ultimo, poi, entro dieci giorni dall’elezione, avrebbe dovuto ricevere dalla Commissione di transizione un’informativa (*Informe de Transición*) contenente indicazioni sul personale e documenti dettagliati riguardanti ogni *Organismo* dell’Esecutivo, con possibilità di richiedere informazioni più specifiche¹⁵¹. Tutto questo materiale sarebbe stato pubblico, pubblicato entro i successivi trenta giorni, ad esclusione delle informazioni classificate come riservate¹⁵².

Negli ordinamenti analizzati il periodo di transizione ha una durata simile a quella degli USA (Brasile), potenzialmente molto inferiore (Argentina) o superiore (Messico). In tutti questi casi, solo negli ultimi anni la tendenza sembra portare a una formalizzazione del procedimento di transizione presidenziale, ma l’introduzione di una disciplina legislativa in materia avviene a fatica e, laddove realizzata, come in Brasile, non presenta un grado di dettaglio paragonabile a quella degli USA, risalente nella sua prima versione a quasi sessanta anni fa. Né pare che il modello americano sia particolarmente seguito. La formalizzazione della squadra di transizione avviene in Brasile attraverso il possibile inglobamento nella compagine governativa: il Coordinatore della transizione¹⁵³ può essere nominato, come accaduto nel 2018, Ministro straordinario e i membri più in vista della squadra di transizione ricoprono vere e proprie cariche governative speciali istituite per il solo periodo di transizione. Così, pure il progetto di legge argentino avrebbe incorporato un rappresentante del team di transizione del Presidente eletto nella Commissione governativa per la transizione. Anche con riguardo a status e diritti riconosciuti al Presidente eletto le esperienze esaminate risultano imparagonabili al modello statunitense: mentre il progetto di legge argentino quantomeno prevedeva l’obbligo di una informativa al Presidente eletto in persona, la legge brasiliana non approfondisce questo aspetto e di fatto lascia la figura del Presidente eletto sullo sfondo, quasi alle spalle del *Coordenador*. Solo dal punto di vista

Presupuesto vigente o que comprometan los presupuestos de ejercicios futuros sin la autorización legislativa expresa pertinente; d) Aumentar los gastos previstos en el presupuesto con fondos provenientes de los incrementos de los recursos de financiamiento no previstos presupuestariamente, aun cuando tal facultad estuviere contemplada en la ley del ejercicio presupuestario”.

¹⁵⁰ *Ivi*, art. 6.2: “Dentro de los cinco (5) días posteriores a la elección general, si resultara un presidente electo, éste designará a su representante para que se incorpore a la Comisión de Transición”.

¹⁵¹ *Ivi*, artt. 8, 10 e 11.

¹⁵² *Ivi*, artt. 12 e 13.

¹⁵³ Anche nella disciplina del PTA statunitense è prevista una figura denominata *Federal Transition Coordinator*, ma questo appartiene alla GSA e sembra avere compiti di natura sostanzialmente amministrativa (cfr. PTA, cit., sec. 4(c)), a differenza del *Coordenador* brasiliano che pare costituire “voce politica” del Presidente eletto e che, infatti, può essere nominato, come accaduto nel 2018, Ministro straordinario da parte del Presidente ancora in carica.

finanziario il quadro appare più omogeneo: così come negli USA¹⁵⁴, anche in Brasile e in Messico nei progetti di bilancio degli anni in cui si svolgono le elezioni sono programmate spese per la transizione, sebbene non formalizzate come nel PTA dal punto di vista dell'oggetto e dei limiti economici. Non vi è traccia, invece, in nessun ordinamento diverso da quello statunitense, di un limite imposto alle contribuzioni private per le attività di transizione.

In definitiva, il PTA, discusso e modificato nel corso degli anni negli USA, non costituisce ancora oggi un modello preso in considerazione da altri ordinamenti per la disciplina e la gestione delle transizioni presidenziali. Sembra anzi che, anche laddove qualcosa in questo senso si sia mosso o stia cominciando a muoversi, l'atteggiamento generale sia quello di non riconoscere al Presidente eletto – che, pur avendo vinto le elezioni, non è ancora a capo del Paese – e alla sua squadra rilevanti prerogative, ruoli e poteri, probabilmente per minimizzare il rischio di conflitti di interesse, corruzione e cattiva gestione della “cosa pubblica” da parte di soggetti che ancora non ricoprono alcun ruolo pubblico e non è detto che mai lo ricopriranno.

7. Conclusioni: cosa aspettarsi dalle transizioni presidenziali negli USA e dalla loro regolamentazione

L'ultima transizione presidenziale negli USA è stata occasione per osservare i profili più spinosi di questo particolare periodo che il Paese vive con regolarità¹⁵⁵. Sebbene l'attenzione dei media e dei commentatori sia stata (giustamente) attratta soprattutto dall'atteggiamento ostile del Presidente uscente Trump e della sua Amministrazione nei confronti del nuovo Presidente Biden e del suo *transition team*, in realtà il quadro relativo alla disciplina di un periodo così delicato risulta più complesso e impone una riflessione anche sul ruolo e lo status del Presidente eletto e della sua squadra.

La scarsa collaborazione dimostrata da Trump durante il periodo di transizione porta istintivamente a chiedersi se sussistano in capo al Presidente uscente degli obblighi costituzionali o legislativi che impongano di facilitare la *transition* del nuovo Esecutivo. Dal punto di vista costituzionale, non sembra esistere alcuna disposizione agevolmente

¹⁵⁴ PTA, cit., sec. 7(a)(2): “[...] The President shall include in the budget transmitted to Congress, for each fiscal year in which his regular term of office will expire, a proposed appropriation for carrying out the purposes of this Act”.

¹⁵⁵ Il limite del doppio mandato presidenziale stabilito dal XXII Emendamento, infatti, produce come effetto che si realizzi almeno una transizione presidenziale ogni otto anni (se si esclude il caso eccezionale in cui il Presidente diventi tale in sostituzione di altro Presidente, per un periodo comunque inferiore ai due anni, e, senza soluzione di continuità, sia poi eletto per due volte consecutive: in tal caso mancherebbe una transizione presidenziale per un periodo più lungo di otto anni).

interpretabile in questo senso. Un'interpretazione estensiva della *Oath Clause* e, ancor più, della *Take Care Clause* potrebbero portare, nella migliore delle ipotesi, a considerare illegittimi alcuni comportamenti del Presidente e dell'Amministrazione uscente particolarmente eclatanti volti ad ostacolare evidentemente l'operato del team di transizione. Solo in questo caso potrebbe sostenersi una responsabilità del Presidente, poiché come effetto dei suoi comportamenti si realizzerebbe una pericolosa discontinuità dell'attività dell'Esecutivo, con potenziali ripercussioni sulla difesa e la sicurezza del Paese (si pensi soprattutto ai profili di politica estera). La giustiziabilità di questi comportamenti appare, inoltre, assai improbabile se non per violazioni di elevata gravità: dal punto di vista politico-costituzionale il Presidente potrebbe essere sottoposto alla procedura di *impeachment* soltanto per tradimento, corruzione o altri gravi crimini¹⁵⁶; dal punto di vista giurisdizionale, è assai ampia la discrezionalità che le Corti riconoscono al Presidente e all'Esecutivo nell'esercizio delle proprie funzioni.

Dal punto di vista legislativo, poi, il PTA disciplina il finanziamento pubblico per la *transition*, l'istituzione e il funzionamento di una serie di organi e alcuni – pochi – adempimenti posti a carico dei team di transizione come condizioni per l'accesso al finanziamento, tra cui ad esempio la *disclosure* del personale, la stipula di un *Memorandum* di intesa con la GSA e la presentazione di un *Ethic plan* in esso ricompreso¹⁵⁷. In ogni caso, non sussistono obblighi particolari per l'Amministrazione uscente. All'Amministratore della GSA, agenzia indipendente, è assegnato il compito di accertare l'"apparente vincitore" delle elezioni e dare avvio al finanziamento per le attività del suo team: come evidenziato, in occasione dell'ultima *transition* tale accertamento è avvenuto con qualche settimana di ritardo rispetto al solito. Sebbene tale ritardo non appaia giustificato, neanche questo comportamento – sulla base di quanto appena detto con riferimento alle disposizioni costituzionali – appare censurabile se non da un punto di vista meramente politico. In effetti – come lamentato dalla stessa Amministratrice della GSA – il PTA non si sofferma quasi per nulla sulle modalità di detto accertamento: si può discutere sul fatto che la lacuna normativa sussista o meno, sul fatto che possa essere colmata in via interpretativa o richieda invece un intervento del legislatore, ma ciò che appare evidente è in ogni caso l'attitudine del PTA a trattare vari profili inerenti la *presidential transition* – compreso questo riguardante la lettera di accertamento – sottovalutando il fatto che essa possa essere occasione di scontro e screzi fra le forze politiche. Né può sostenersi che il legislatore non

¹⁵⁶ Cost. USA, art. II, sec. 4: "The President, Vice President and all Civil Officers of the United States, shall be removed from Office on Impeachment for, and Conviction of, Treason, Bribery, or other high Crimes and Misdemeanors".

¹⁵⁷ PTA, cit., sez. 6 e sez. 4(g). Nessuno di questi adempimenti era richiesto nella versione originaria del PTA: essi sono stati introdotti con riforme successive (1988, 2016 e 2020).

fosse preparato a transizioni turbolente, dato che situazioni di tal genere hanno contraddistinto la storia del Paese fin dagli albori.

La sottovalutazione del legislatore riguarda anche l'operato dell'altra parte coinvolta nella *transition*, ossia il team di transizione del Presidente eletto. Anche in questo caso – sebbene la cronaca più recente non abbia dato motivo di sottolineare questi aspetti – le norme costituzionali e il PTA lasciano a vantaggio del Presidente eletto e del suo team un ampio margine di operatività, all'interno del quale essi si muovono come un *quasi-Esecutivo* ma sono esonerati dalle norme che vincolano un Esecutivo a tutti gli effetti. La pubblicazione di codici di condotta da parte dei team di transizione e dell'*Ethic plan* richiesto dal PTA non sembrano, infatti, sufficienti a mettere al riparo da conflitti di interessi, fenomeni di para-corrruzione o comunque gestione della “cosa pubblica” (e di fondi pubblici) a fini privati, elettorali e non. A favore di tale considerazione depone il fatto che anche le poche norme del PTA che pongono delle limitazioni, come ad esempio il limite di 5mila dollari fissato per le contribuzioni private alla *transition*, vengono comunemente eluse¹⁵⁸ o interpretate in un senso che possa garantire il più ampio margine di operatività¹⁵⁹.

Di fatto, la disciplina sulle transizioni presidenziali negli USA – sebbene il PTA venga aggiornato quasi sempre a ridosso delle elezioni¹⁶⁰ – continua a non tradire le sue origini. Esso, infatti, è stato introdotto a seguito di studi condotti dalla Presidenza Kennedy sui costi delle campagne elettorali: non tanto, quindi, per conferire maggiore “ordine” alle transizioni da un punto di vista costituzionale – come pure sembra suggerire il PTA in apertura¹⁶¹ –, ma piuttosto per integrare (e non sostituire) con risorse pubbliche il finanziamento privato alla *transition*, che prima era completamente confuso con quello elettorale e gonfiava i costi per le candidature alla Presidenza. Tanto è vero che anche da questo punto di vista – ossia la distinzione tra *transition* e campagna elettorale – la disciplina legislativa, pur vietando formalmente l'utilizzo dei fondi per la *transition* a fini di campagna elettorale, non si premura più di tanto di combattere il consolidamento di “zone grigie”.

Tutto quanto osservato non vuole sminuire l'importanza del PTA, né negare in modo assoluto che tale disciplina abbia avuto dei risvolti positivi in termini di “ordine” delle transizioni presidenziali, tuttavia punta a offrire una chiave di lettura, dal punto di vista giuridico-costituzionale, per alcuni

¹⁵⁸ V. *supra*, nota 21.

¹⁵⁹ V. *supra*, par. 2 e nota 33, in relazione ai conferimenti in natura, per i quali il limite di 5mila dollari non sarebbe applicabile.

¹⁶⁰ Il PTA è stato riformato, infatti, nel 2004, nel 2016 e nel 2020. Solo la riforma del 2010, che però istituiva il finanziamento pre-elettorale, è arrivato con più anticipo rispetto alle elezioni del 2012.

¹⁶¹ PTA, cit., sec. 2: “The Congress declares it to be the purpose of this Act to promote the orderly transfer of the executive power in connection with the expiration of the term of office of a President and the inauguration of a new President [...]”.

degli interrogativi proposti in apertura. In definitiva, se si vuole realmente insistere sulla necessità di una collaborazione tra Amministrazione uscente e team di transizione, questa strada può essere seguita soltanto riconoscendo al Presidente eletto e al suo team un ruolo pubblico all'interno delle istituzioni¹⁶². In questo senso sembrano muoversi, pur timidamente, altri ordinamenti che stanno iniziando a regolare le transizioni presidenziali. Infatti, come osservato, la disciplina statunitense sulle transizioni presidenziali, pur essendosi formata da decenni ed essendo stata aggiornata continuamente nel tempo, non ha mai costituito un vero e proprio modello per gli ordinamenti degli altri grandi Paesi del continente americano. Sebbene negli ultimi anni in questi stessi Paesi stiano affiorando discipline legislative nazionali in materia, le prerogative, i ruoli e i poteri riconosciuti al Presidente eletto e alla sua squadra restano comunque abbastanza circoscritti. Ma soprattutto la tendenza appare quella di saldare l'attività del team di transizione con quella del Governo in carica, "inglobando" la figura di spicco della transizione – che, almeno da un punto di vista amministrativo, è riconosciuta in un "coordinatore" o "rappresentante" e non nel Presidente eletto – all'interno della compagine governativa.

Riconoscere un vero e proprio ruolo pubblico al Presidente eletto e al suo team negli USA imporrebbe di definire con maggiore dettaglio la questione, di fatto al momento scarsamente regolamentata, dell'eventuale sovrapposizione di ruolo tra un Presidente entrante senza poteri e un Presidente uscente, che tuttavia mantiene una sua agenda politica attiva. In caso contrario, la maggior parte delle controversie che possono nascere durante il *lame duck period* tra Presidente in carica (appoggiato dall'Amministrazione uscente) e Presidente eletto (a capo del team di transizione) è destinata a restare nella sfera politica: questa, nonostante le modifiche al PTA succedutesi nel corso degli anni, sembra ancora la dimensione preferita dal modello statunitense di gestione delle transizioni presidenziali.

Alberto Orlando
Dipartimento di Scienze Giuridiche
Università del Salento
albertorlando93@gmail.com

¹⁶² Una proposta interessante è avanzata da J.P. Zoffer, *op. cit.*, 2563-2564, che suggerisce di assoggettare i membri dei team di transizione alla disciplina degli *Special Government Employees* (SGE), mediante la creazione di una specifica agency per transizione da istituirsi presso la GSA. Gli SGE, ai sensi della normativa federale (18 U.S.C. § 202(a) (2018)), sono veri e propri funzionari, incardinati all'interno dell'Esecutivo o anche in agenzie indipendenti, che svolgono le loro mansioni a tempo pieno o parziale, con o senza compenso, per un periodo non superiore a 130 giorni durante un qualsiasi periodo di 365 giorni. Cfr., per altre proposte di riforme del PTA, stessa opera, 2558-2572: tra queste, il divieto di finanziamenti privati alla *transition*, l'estensione ai team di transizione delle *Federal Ethics Rules*, l'istituzione di un *Transition Inspector*, i registri obbligatori per i team di transizione.

