

Immunità presidenziali e responsabilità penale: l'incerto perimetro dopo *Trump v. United States*

di Davide Zecca

Abstract: *Presidential immunities and criminal responsibility: the uncertain perimeter after Trump v. United States* – The article addresses the short- and longer-term effects of the Supreme Court's decision in *Trump v. U.S.* in light of the re-election of Trump for a second Presidential term. By surveying relevant Supreme Court's precedents, the text discusses the existence of Presidential immunity from criminal prosecution within the US constitutional framework. The aim is to provide a comprehensive understanding of the shifts in the allocation of powers among the executive, legislative and judicial branch of government according to the most recent decisions handed down by the Roberts Court in the run-up to the 2024 Presidential elections.

Keywords: Criminal responsibility; Executive power; Immunity; Separation of powers; Special counsel

2397

1. Il rilievo della rielezione sulla responsabilità penale di Trump

La vittoria di Donald Trump alle elezioni presidenziali del 5 novembre 2024 rappresenta un evento straordinario per la storia costituzionale statunitense sotto vari aspetti. Innanzitutto, si tratta della seconda occasione in cui un Presidente sia stato eletto per due mandati non consecutivi, come era accaduto soltanto a Grover Cleveland nell'ultimo scampolo del XX secolo (1885-1889 e 1893-1897). Trump è stato inoltre il primo Presidente a essere eletto dopo che la Camera dei Rappresentanti aveva votato il suo *impeachment*, peraltro per ben due volte – la seconda addirittura dopo la cessazione del mandato. Infatti, tanto Andrew Johnson quanto Bill Clinton non erano in lizza per un altro mandato dopo la promozione dello stato d'accusa nei loro confronti (rispettivamente nel 1868 e nel 1998).

Donald Trump è stato inoltre il primo ex Presidente degli Stati Uniti d'America a subire una condanna in sede penale dopo il termine del proprio mandato. Infatti, nel procedimento penale che ha avuto risalto mediatico per il coinvolgimento dell'ex attrice pornografica nota come "Stormy Daniels", Trump è stato condannato da un giudice dello Stato di New York per la falsificazione di documenti contabili relativi alla campagna elettorale, avvenuta per celare il versamento di una somma di denaro alla donna, con cui aveva intrattenuto un rapporto extraconiugale, al fine di evitare che la notizia trapelasse nel corso della campagna per le elezioni presidenziali del

2016¹. Al verdetto di colpevolezza è seguita la commisurazione della pena da parte del giudice soltanto il 10 gennaio 2025 (v. *infra*, par. 6), dopo ripetuti rinvii seguiti alla sentenza della Corte Suprema del 1 luglio relativa all'immunità presidenziale invocata dall'ex Presidente nel processo federale relativo all'ipotesi di interferenza con il procedimento elettorale².

La rilevanza di quest'ultima pronuncia, combinata con la successiva rielezione di Trump, merita di essere approfondita per coglierne gli effetti a breve termine sul secondo mandato dello stesso Trump e più a lungo termine sulla figura del Presidente degli Stati Uniti d'America nell'architettura della forma di governo statunitense³. Sotto un profilo concreto, basti dire che il procedimento federale incardinato presso la corte distrettuale del *District of Columbia*, da cui è originato il ricorso in tema di immunità su cui si è pronunciata la Corte Suprema, è ora cessato. Infatti, lo *special counsel* Jack Smith, nominato il 18 novembre 2022 dall'*Attorney General* Merrick Garland⁴, ha rinunciato a perseguire l'imputazione, in ossequio all'orientamento prevalente del *Department of Justice* secondo il quale non si possa perseguire un'accusa penale contro un Presidente in carica⁵. Analogamente è avvenuto per il processo penale avviato in Florida su iniziativa dello stesso procuratore speciale per l'ipotesi di trafugamento di materiale classificato da parte dell'ex Presidente dopo la cessazione dalla carica nel gennaio 2021⁶. Considerazioni più ampie a proposito dell'impatto della pronuncia sui procedimenti penali a carico di Trump, inclusi quelli in cui sia stata contestata la violazione della legge penale statale, che non sono stati travolti in modo pressoché automatico dalla rielezione dello stesso Trump – come avvenuto ai due procedimenti federali di cui si è detto –, saranno svolte nel paragrafo conclusivo⁷.

Alla luce del portato costituzionale della decisione della Corte Suprema in *Trump v. U.S.*, il presente contributo intende discutere i confini della responsabilità presidenziale tracciati dai *Justices* per inquadrare se, e in quali termini, tale pronuncia sia suscettibile di alterare quel delicato ma fondamentale sistema di *checks and balances* tradizionalmente associato alla forma di governo presidenziale statunitense⁸. Si intende pertanto ricostruire

¹ *The People of the State of New York v. Donald J. Trump*, New York Supreme Court, IND-71543-23, 30 maggio 2024.

² *Donald J. Trump v. United States*, 603 U.S. 593 (2024).

³ Una breve ricostruzione delle questioni principali affrontate dalla decisione è svolta da T.F. Giupponi, *La Corte Suprema, l'immunità e i tre corpi del Presidente degli Stati Uniti*, in *Quad. cost.*, 2024, 2, 908-912.

⁴ Dept. of Justice Order No. 5559-2022.

⁵ *United States v. Donald J. Trump*, 1:23-cr-00257, (D.D.C. Nov 25, 2024) ECF No. 281.

⁶ *United States v. Donald Trump*, 24-12311, (11th Cir. Nov 25, 2024) ECF No. 79.

⁷ Sulla situazione processuale di Trump nei mesi precedenti alle elezioni presidenziali del 2024, sia consentito rinviare a D. Zecca, *La candidatura di Trump fra controllo giurisdizionale e politica: a chi spetta l'attuazione dei limiti costituzionali al processo democratico?*, in *DPCE*, 2024, 167-205, 168-171.

⁸ Il significato epocale di questa vicenda processuale era stato sottolineato già prima che emergesse la questione dell'immunità, v. R.L. Hasen, *U.S. v. Trump Will Be the Most Important Case in Our Nation's History*, in *Slate*, 1 agosto 2023, [slate.com/news-and-politics/2023/08/trump-trial-2024-historic-jack-smith-indictment.html](https://www.slate.com/news-and-politics/2023/08/trump-trial-2024-historic-jack-smith-indictment.html), secondo il quale «The federal indictment just handed down by special counsel Jack Smith ... is perhaps the most important indictment ever handed down to safeguard American democracy and the rule of law in any U.S. court against anyone».

sinteticamente i fatti su cui si è basata l'imputazione promossa nei confronti di Trump nel procedimento instaurato nel *District of Columbia* e dare conto delle pronunce della corte distrettuale e del giudice d'appello sull'eccezione a proposito dell'immunità funzionale per gli atti compiuti durante l'esercizio del mandato (par. 2). Seguirà un inquadramento dell'immunità presidenziale nella cornice costituzionale, mettendo a confronto l'opinione della maggioranza dei *Justices* con le due diverse opinioni dissenzienti che hanno contestato l'argomentazione principale su cui si fonda la decisione (par. 3). Si discuteranno poi i diversi tipi di atti identificati dalla Corte in astratto, dando altresì conto delle indicazioni che i *Justices* hanno fornito a proposito delle condotte allegate nell'imputazione e del disaccordo dei giudici dissenzienti (par. 4). Si prenderà poi in esame la questione relativa all'ammissibilità a fini probatori, per la persecuzione di condotte diverse da quelle d'ufficio, degli atti che secondo la Corte sono coperti da immunità funzionale (par. 5). Nelle conclusioni si esaminerà altresì un'ulteriore argomento, a proposito del legame fra l'*impeachment* e la persecuzione in sede penale, pur rigettato dalla Corte Suprema. Si rifletterà inoltre su come questa decisione sia suscettibile di influenzare l'esercizio dei poteri presidenziali nel prossimo futuro. Infine, si argomenterà a favore della possibilità di contestualizzare la decisione della maggioranza in una fase della storia costituzionale statunitense che testimonia un riallineamento dell'equilibrio fra i diversi organi della forma di governo presidenziale, con una tendenziale marginalizzazione dell'organo legislativo rispetto al Presidente e al potere giudiziario (par. 6).

2. L'interferenza sul processo elettorale: la pretesa di immunità funzionale e il ruolo dello *special counsel*

La sentenza pronunciata dalla Corte Suprema il 1 luglio 2024 è originata da un procedimento penale promosso presso la corte distrettuale federale per il *District of Columbia* dal procuratore speciale Jack Smith. L'*indictment* da parte del Gran giurì risale al 1 agosto 2023 e formulava quattro capi di imputazione a carico di Trump, connessi a condotte poste in essere fra la celebrazione delle elezioni del 3 novembre 2020 e la certificazione dei voti espressi dai membri dell'*Electoral College*, che ha sancito l'elezione di Joe Biden, in data 6 gennaio 2021. Le imputazioni rivolte a Trump ai sensi della legislazione federale erano relative all'interferenza con lo svolgimento delle funzioni del governo, l'ostruzione allo svolgimento di un procedimento ufficiale e il tentativo di limitare un diritto sancito dalla Costituzione o dalla legislazione federale⁹.

In particolare, all'ex Presidente veniva contestato di aver fatto leva consapevolmente su false allegazioni di frode elettorale per persuadere i legislatori statali e i funzionari responsabili del processo elettorale a cambiare i risultati del conteggio dei voti, volgendo l'esito a favore del candidato Repubblicano anziché di quello Democratico. Inoltre, si sosteneva che Trump, insieme ad altri soggetti, avesse organizzato delle false delegazioni di elettori presidenziali in sette Stati e fatto in modo che i falsi certificati di tali elettori fossero trasmessi al Vicepresidente e ad altri

⁹ *United States v. Trump*, 1:23-cr-00257, (D.D.C. Aug 01, 2023) ECF No. 1.

funzionari del governo federale affinché fossero conteggiati nel procedimento di certificazione del risultato elettorale previsto per il 6 gennaio 2021. Inoltre, l'ex Presidente e i suoi complici avrebbero esercitato pressioni nei confronti del *Department of Justice* affinché i funzionari conducessero finte indagini su presunte frodi elettorali e inviassero una lettera a sette Stati previamente individuati che affermasse, pur senza fondamento concreto, che il Dipartimento avesse identificato rilevanti circostanze suscettibili di aver avuto un impatto sull'esito delle elezioni. Infine, a Trump veniva contestato di aver cercato di persuadere il Vicepresidente Mike Pence a far uso del proprio ruolo cerimoniale nel procedimento di certificazione previsto il 6 gennaio per alterare in modo fraudolento il risultato delle elezioni. Inoltre, con riferimento al 6 gennaio stesso, a Trump veniva contestato di aver ripetuto consapevolmente le false accuse di frode elettorale a una folla di sostenitori, di aver detto loro che il Vicepresidente avrebbe avuto l'autorità di alterare il risultato delle elezioni e di averli incitati a raggiungere la sede del Congresso per ostacolare il pacifico svolgimento delle operazioni di certificazione del voto dell'*Electoral College*. Infine, dopo che i manifestanti che avevano circondato il Campidoglio si erano introdotti con la forza entro la sede del Congresso e avevano provocato la sospensione del procedimento di certificazione dell'esito del voto, Trump avrebbe cercato di sfruttare la situazione facendo leva sulle false accuse di frode elettorale e provando a convincere membri del Congresso a posticipare ulteriormente la certificazione del voto.

2400

A seguito dell'incriminazione da parte del Gran Giurì, il 5 ottobre 2024 l'ex Presidente ha presentato una *motion to dismiss* sostenendo che il processo non potesse celebrarsi poiché tutte le condotte su cui erano basate le imputazioni sarebbero in realtà ascrivibili a un nucleo essenziale di doveri d'ufficio. Inoltre, egli ha argomentato che le condotte che ricadano almeno entro i limiti esterni delle funzioni presidenziali godano di un'immunità funzionale completa rispetto alla responsabilità in sede penale, che servirebbe lo scopo di consentire al Presidente stesso di adempiere ai propri delicati doveri senza esitazioni di sorta. L'argomento processuale avanzato da Trump è stato tuttavia rigettato dal giudice distrettuale, che ha ritenuto che il silenzio del testo costituzionale sulla questione vada interpretato nel senso di una non configurabilità di tale immunità, anche alla luce della ricostruzione delle scelte operate dai Padri Fondatori; analogamente non dispongono a favore di tale interpretazione preoccupazioni attinenti alla struttura della forma di governo e l'indipendenza del potere esecutivo rispetto agli altri poteri, né esistono circostanze storiche che testimonino il consolidarsi di tale sfera di irresponsabilità del Presidente¹⁰. L'impugnazione dinanzi alla corte federale d'appello per il *District of Columbia* non ha recato benefici alla causa di Trump, poiché il giudice ha confermato la sentenza della corte distrettuale argomentando che il principio di separazione dei poteri non esclude il sindacato del potere giudiziario sugli atti presidenziali di natura 'ministeriale', laddove ne sono esclusi quelli espressione di piena discrezionalità¹¹.

¹⁰ *United States v. Trump*, 1:23-cr-00257, (D.D.C. Dec 01, 2023) ECF No. 172.

¹¹ *United States v. Donald Trump*, 23-3228, (D.C. Cir. Feb 06, 2024) ECF No. 1208593677. La decisione fa leva in particolare su un passaggio di *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 165-166 (1803).

Trump ha dunque proposto un'impugnazione ulteriore dinanzi alla Corte Suprema, la quale ha concesso il *certiorari* limitato alla questione se e in quali termini un ex Presidente goda di immunità presidenziale dalla persecuzione penale per condotte che si presume riguardino atti ufficiali posti in essere nel corso del mandato¹². Come anticipato, la Corte Suprema si è poi pronunciata riformando le decisioni delle corti inferiori e restituendo gli atti alla corte distrettuale affinché essa valutasse la procedibilità del processo¹³.

Rinviano ai paragrafi successivi l'esame degli argomenti della maggioranza e dei giudici dissenzianti, si ritiene utile in questa sede dedicare qualche sintetica riflessione al tema della legittimità della nomina del procuratore speciale Jack Smith. La nomina da parte dell'*Attorney General* Merrick Garland, cui si è accennato al par. 1, non è infatti un'anomalia storica; lo stesso Trump mentre era in carica era stato lambito da un'indagine condotta dallo *special counsel* Robert S. Mueller, nominato dall'allora *Attorney General* facente funzioni Rod Rosenstein, a proposito del cd. *Russiagate*¹⁴. Ciò che rileva nel caso di specie è che *Justice* Clarence Thomas, nella sua opinione concorrente con gli altri giudici del blocco conservatore in *Trump v. U.S.*, abbia rimarcato il proprio scetticismo sulla legittimità della nomina dello *special counsel*, poiché tale atto non sarebbe fondato su una disposizione legislativa federale¹⁵. In particolare, Thomas non contesta il potere di nomina dell'*Attorney General* in astratto, in quanto riconosce che esso sia fondato nell'eccezione rappresentata dalla nomina dei cd. *inferior officers* rispetto al generale potere di nomina dei cd. *superior officers* da parte del Presidente, ai sensi dell'art. II, §2, cl.2 della Costituzione¹⁶. Tuttavia, *Justice* Thomas contesta che tale potere di nomina esista con riferimento a cariche che non siano istituite con legge dal Congresso. Sarebbe proprio l'assenza di una legislazione federale che istituisca la carica (anche eventuale) del procuratore speciale a inibire l'esercizio del potere di nomina dell'*Attorney General*¹⁷.

L'eco dell'opinione di Thomas non ha tardato a farsi sentire, quando il giudice distrettuale federale competente per il caso del trafugamento dei materiali classificati Aileen Cannon ha interrotto il procedimento pendente dinanzi a sé, che pure era stato promosso dal procuratore speciale, sul presupposto dell'illegittimità costituzionale della nomina dello *special counsel*¹⁸. Rinviano al paragrafo conclusivo ulteriori considerazioni in merito al destino dei due procedimenti penali promossi dal procuratore speciale, giova svolgere qualche considerazione più generale a proposito di tale istituto.

¹² No. 23-939, *Trump v. United States* (23A745), 601 U.S. ____, 28 febbraio 2024.

¹³ *Trump v. United States*, 603 U.S. 593 (2024).

¹⁴ Su cui ampiamente L. Melica, "Parlare a nuora perché suocera intenda": il caso *Trump* ed il rapporto Mueller, in *DPCE Online*, 2019, 1883-1904; *Id.*, *The special counsel investigation (2017-2019)*, in *DPCE Online*, 2021, 1259-1270.

¹⁵ *Trump v. United States*, 603 U.S. 593 (2024), Thomas J., Sep. Op.

¹⁶ "the Congress may by Law vest the Appointment of such inferior Officers, as they think proper, in the President alone, in the Courts of Law, or in the Heads of Departments".

¹⁷ *Trump v. United States*, 603 U.S. 593 (2024), Thomas J., Sep. Op., 6-8 (Slip. Op.).

¹⁸ *United States v. Trump*, 9:23-cr-80101, (S.D. Fla. Jul 15, 2024) ECF No. 672.

L'orientamento interpretativo di Thomas non ha raccolto adesioni da parte di altri membri del collegio, ma il fatto che un giudice federale vi abbia aderito potrebbe essere la spia di una tendenza crescente e più diffusa allo scetticismo nei confronti dell'istituzione di procuratori speciali. Infatti, pur se Cannon fu nominata da Trump ed è stata ampiamente criticata per la gestione del procedimento pendente dinanzi a sé¹⁹, anche la nomina dello *special counsel* David C. Weiss, nominato da Garland per indagare su presunte condotte di reato commesse dal figlio del Presidente Biden²⁰, è stata oggetto di contestazione²¹. Quanto illustrato succintamente sopra testimonia la difficoltà di ricondurre a unità il dibattito sulla figura del procuratore speciale, poiché anche autorevoli esponenti della galassia giuridica di orientamento conservatore si sono scagliati contro l'illegittimità costituzionale di tale istituto²². Infatti, da un lato è essenziale citare l'opinione dissenziente di Justice Scalia in un caso che riguardava l'*Ethics in Government Act* del 1978²³, in cui egli sosteneva l'incostituzionalità di una disposizione che delegasse il potere inquirente a un soggetto separato dal potere esecutivo e non soggetto a rimozione da parte del Presidente²⁴. Dall'altro, dopo l'abrogazione della pertinente legislazione federale nel 1999, è stato più di recente sostenuto che la nomina di Robert Mueller come *special counsel* fosse illegittima proprio in forza dell'assenza di una legge che disponesse in proposito²⁵. Non mancano tuttavia voci che ritengono che l'attuale regolazione della nomina di procuratori speciali interferisca addirittura meno con il principio di separazione dei poteri di quanto facesse la disciplina dettata dall'ormai non più vigente *Ethics in Government Act*²⁶.

¹⁹ D. Aftergut, L.H. Tribe, *Judge Aileen Cannon Is Quietly Sabotaging the Trump Classified Documents Case*, in *Slate*, 16 gennaio 2024, slate.com/news-and-politics/2024/01/judge-aileen-cannon-trump-classified-sabotage.html; P. Rosenzweig, *Judge Cannon Has Gotten It Completely Wrong*, in *The Atlantic*, 15 luglio 2024, www.theatlantic.com/ideas/archive/2024/07/cannon-dismissed-trump-classified-documents/679023/; A. Feuer, E. Sullivan, *Dismissal Brings New Scrutiny to Judge With a History of Unorthodox Decisions*, in *The New York Times*, 15 luglio 2024, www.nytimes.com/2024/07/15/us/politics/judge-aileen-cannon-trump-documents-case.html.

²⁰ Dept. of Justice Order No. 5730–2023.

²¹ A. Oliver, *Hunter Biden moves to dismiss gun case, argues David Weiss is illegitimate special counsel*, in *Washington Examiner*, 11 dicembre 2023, www.washingtonexaminer.com/news/2445248/hunter-biden-moves-to-dismiss-gun-case-argues-david-weiss-is-illegitimate-special-counsel/.

²² L. Melica, *"They're Crazy, These Americans": Legal Issues of Special Counsel Appointment in 2024*, in *DPCE Online*, 2024, n. sp. 3, 75–86, 83–85.

²³ *An Act to establish certain Federal agencies, effect certain reorganizations of the Federal Government, to implement certain reforms in the operation of the Federal Government and to preserve and promote the integrity of public officials and institutions, and for other purposes*, Pub. L. 95–521, 92 Stat. 1824.

²⁴ *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654, 697–734 (1988).

²⁵ S.G. Calabresi, G. Lawson, *Why Robert Mueller's Appointment as Special Counsel Was Unlawful*, in 95 *Notre Dame L. Rev.* 87 (2019).

²⁶ S.D. Schwinn, *A Constitutional Primer on Russiagate*, in *Quad. cost.*, 2017, 703–714, 707, nota 21.

3. L'immunità presidenziale fra inquadramento costituzionale e modello di responsabilità penale

Come anticipato, il 1 luglio 2024 la Corte Suprema si è pronunciata sul ricorso presentato da Trump avverso le decisioni della Corte distrettuale e della Corte d'appello per il *District of Columbia*, accogliendo – almeno in parte – le argomentazioni proposte dall'ex Presidente in tema di immunità penale. La decisione è stata assunta con una maggioranza di sei voti contro tre, secondo le faglie ideologiche che permangono in seno alla Corte dopo le nomine di Trump (Gorsuch, Kavanaugh e Barrett) e Biden (Jackson). L'opinione di maggioranza è stata redatta dal *Chief Justice* John G. Roberts, che non è apparso intenzionato né in grado di esercitare un ruolo di mediatore efficace su una vicenda di considerevole connotazione politica, perdendo un'occasione per rinsaldare la legittimazione istituzionale di una Corte Suprema che appare sempre più 'trumpizzata' nei propri orientamenti²⁷. Detto nel par. 2 della *separate opinion* di Justice Clarence Thomas, Justice Amy Coney Barrett ha redatto un'opinione separata per segnalare il proprio concorso alla decisione salvo che per le implicazioni sul piano dell'ammissibilità probatoria delle condotte presidenziali (v. *infra*, par. 5), oltre che per manifestare qualche timida riserva sull'ampiezza dell'immunità riconosciuta al Presidente dall'opinione di maggioranza (v. *infra*, par. 6). Justice Sonia Sotomayor ha vergato una *dissenting opinion* in rappresentanza delle ragioni della minoranza, che sono state condivise da Justice Elena Kagan e Justice Ketanji Brown Jackson (v. *infra*, par. 3.2 e *passim*). Quest'ultima ha altresì argomentato in un'ulteriore opinione dissenziente a proposito dell'inconfigurabilità dell'immunità presidenziale e sugli effetti che essa è suscettibile di provocare sull'equilibrio della forma di governo statunitense (v. *infra*, par. 3.3 e par. 6).

Nel presente paragrafo si intende concentrarsi sull'inquadramento generale della figura del Presidente e sulle ragioni che, ad avviso dell'opinione di maggioranza, giustificano il riconoscimento di una sfera di immunità dalla responsabilità penale per gli atti commessi nell'esercizio del mandato. Tali ragioni saranno messe a confronto con le argomentazioni contenute nelle due opinioni dissenzienti, secondo le quali l'immunità rivendicata dall'ex Presidente non avrebbe fondamento costituzionale o storico né risponderebbe al modello di responsabilità penale previsto dall'ordinamento statunitense.

3.1 La figura del Presidente e il bilanciamento fra esercizio dei poteri d'ufficio e interesse pubblico alla persecuzione dei reati

Chief Justice Roberts parte dall'argomento presentato da Trump, secondo il quale il Presidente dovrebbe godere di immunità penale assoluta per tutti gli

²⁷ J. Biskupic, *Exclusive: The inside story of John Roberts and Trump's immunity win at the Supreme Court*, in CNN, 30 luglio 2024, edition.cnn.com/2024/07/30/politics/supreme-court-john-roberts-trump-immunity-6-3-biskupic/index.html; J. Kantor, A. Liptak, *How Roberts Shaped Trump's Supreme Court Winning Streak*, in *The New York Times*, 15 settembre 2024, www.nytimes.com/2024/09/15/us/justice-roberts-trump-supreme-court.html.

atti che ricadano entro i limiti esterni dei propri doveri d'ufficio, analogamente a quanto la Corte Suprema aveva già deciso nel caso *Nixon v. Fitzgerald* a proposito dell'irresponsabilità civile del Presidente per le condotte ascrivibili all'esercizio delle funzioni presidenziali²⁸. Preso atto del fatto che secondo il procuratore speciale un ex Presidente non è coperto da alcuna forma di immunità penale, l'opinione di maggioranza afferma – in modo invero un po' apodittico – che la struttura costituzionale basata sulla separazione tra poteri comporta che, in forza della natura dei poteri presidenziali, gli ex-Presidenti godano di una qualche immunità per gli atti ufficiali posti in essere nel corso del proprio mandato. Tale immunità dovrebbe essere assoluta per gli atti più caratterizzanti la figura presidenziale, ma dovrebbe estendersi anche in qualche forma anche agli altri atti ufficiali.

Rinviando al paragrafo successivo per un'analisi più puntuale delle tre categorie di atti che si possano imputare a un Presidente nel corso dello svolgimento del mandato e del modo con cui la maggioranza ne ha declinato il regime di responsabilità a proposito dei fatti oggetto dell'imputazione, si intende ora dare conto delle argomentazioni addotte da Roberts per giustificare la configurabilità di un regime di immunità funzionale del Presidente, che si estende anche dopo il termine del mandato presidenziale. Lasciando da parte le attribuzioni che trovano un chiaro fondamento nel testo costituzionale, la discussione sulla posizione del Presidente nell'architettura della separazione dei poteri statunitense è affrontata dal *Chief Justice* con riferimento alla categoria di atti per la cui adozione la competenza è condivisa fra l'Esecutivo e il Congresso.

In particolare, l'opinione di maggioranza richiama una serie di *dicta* tratti da decisioni più e meno recenti relative ai poteri e ai limiti dell'ufficio presidenziale per fare leva sulla natura peculiare di tale carica, le cui attribuzioni devono poter essere esercitate in modo risoluto per assicurare l'esecuzione del contenuto delle leggi, come si conviene a un potere che la Costituzione ha concentrato in un organo monocratico anziché in uno collegiale o diffuso²⁹. La Corte richiama come i rischi che gravano sull'esercizio di tali attribuzioni e sul buon funzionamento del governo federale siano stati considerati una ragione sufficiente per riconoscere un fondamento storico e radicato nella tradizione costituzionale della separazione dei poteri all'immunità presidenziale, come la giurisprudenza relativa alle cause civili intentate nei confronti di Nixon e Clinton ha affermato, escludendone la responsabilità per danni derivanti da atti riconducibili al perimetro esterno delle responsabilità d'ufficio del Presidente³⁰. Ciò non impedisce all'autorità giudiziaria di richiedere al Presidente la consegna di determinati documenti o l'accesso al contenuto di

²⁸ 457 U.S. 731, 756 (1982); S. Gianello, *Funzioni e responsabilità del Capo dello Stato nelle giurisprudenze costituzionali*, Torino, 2018, 157 ss.

²⁹ *Trump v. Mazars USA, LLP*, 591 U.S. 848, 868 (2020); *Clinton v. Jones*, 520 U.S. 681, 712 (1997), Breyer J., Conc. Op.; *Seila Law LLC v. Consumer Financial Protection Bureau*, 591 U.S. 197, 204, 223-224 (2020), che cita direttamente quanto scriveva Alexander Hamilton in *The Federalist Papers*, no. 70 (*The Executive Department further considered*).

³⁰ *Nixon v. Fitzgerald*, 457 U.S. 731, 749-756 (1982); *Clinton v. Jones*, 520 U.S. 681, 694 (1997), Breyer J., Conc. Op.

determinate comunicazioni, pur nella presunzione che le comunicazioni presidenziali vadano ricondotte all'interno di una sfera privilegiata³¹.

Roberts afferma che la persecuzione penale del Presidente per atti ufficiali rappresenterebbe un'intrusione ben più significativa rispetto alla mera ricerca di mezzi di prova che possano trovarsi in suo possesso, traendo un parallelo con il rischio di ostacolare l'esercizio risoluto delle funzioni presidenziali che aveva giustificato l'immunità dalla responsabilità civile riconosciuta nei casi summenzionati. Nonostante l'opinione di maggioranza ammetta che la quantità di procedimenti penali a cui un Presidente possa astrattamente essere sottoposto è certamente inferiore rispetto ai possibili procedimenti per risarcimento del danno in sede civile, il tipo di sanzione minacciata sarebbe senz'altro più afflittivo. Ciò lederebbe l'esercizio delle funzioni presidenziali e, in ultima analisi, il buon funzionamento del governo federale, frenando l'azione dell'Esecutivo nel caso tale esenzione dalla responsabilità penale non si estendesse anche oltre il termine del mandato. D'altro canto, riconosce il *Chief Justice*, il diritto penale è finalizzato anche a rimediare a un danno arrecato al pubblico nella sua dimensione collettiva, ragione per cui le esigenze di speditezza dell'azione dell'Esecutivo devono essere bilanciate con i cogenti interessi pubblici all'applicazione del diritto.

Sulla base dei precedenti evocati, la maggioranza conclude che il principio di separazione dei poteri richiede che agli atti almeno riconducibili a un perimetro esterno delle funzioni presidenziali vada accordata una presunzione di immunità dalla responsabilità penale. La ragione di tale immunità risiederebbe nella garanzia di espletamento dei doveri d'ufficio da parte del Presidente senza che tali condotte siano gravate da inopportune cautele volte a mitigare i rischi di una persecuzione penale. Tale presunzione sarebbe vincibile laddove l'autorità inquirente riuscisse a dimostrare che la sottoposizione di una condotta a una fattispecie incriminatrice non presenti pericoli di intrusione sull'autorità e le funzioni del potere esecutivo. Si tratta, in tutta evidenza, di uno standard formulato in termini generici e apparentemente suscettibile di un'interpretazione anche particolarmente estensiva, la quale si ritiene la Corte abbia implicitamente avallato nella decisione *Trump v. U.S.* (v. *infra*, par. 4.2).

3.2 L'inesistenza dell'immunità penale nella Costituzione e nella tradizione storica: l'irragionevolezza di un'estensione del bilanciamento

L'opinione dissenziente di *Justice Sotomayor* respinge radicalmente la ricostruzione dell'immunità presidenziale propugnata dall'opinione di maggioranza. *Sotomayor* non risparmia aspre critiche sull'inopportunità, considerate le condotte per le quali *Trump* era imputato, dell'elaborazione a proposito dell'immunità assoluta di cui gioverebbero gli atti compiuti nell'esercizio dei poteri costituzionali fondamentali del Presidente – categoria che, peraltro, sarebbe stata espansa al di là di ogni limite giuridicamente sostenibile. Inoltre, l'opinione dissenziente sottolinea come la maggioranza, pur affermando di voler condurre una valutazione attenta dell'estensione dei poteri presidenziali nel quadro costituzionale, non basi la propria argomentazione sul testo della Costituzione.

³¹ *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683, 703, 707 (1974).

Sotomayor fa leva sull'assenza di una disposizione costituzionale che riconosca una qualsiasi forma di immunità dalla responsabilità penale per il Presidente. Tale omissione sarebbe rilevante per almeno tre ragioni. La prima è che, poiché il testo della Costituzione prevede clausole di immunità espresse per altre cariche pubbliche elettive, volte a tutelare il libero esercizio del mandato dei membri del Congresso³², tale garanzia non è stata riconosciuta alla figura del Presidente. La seconda è che, nonostante, le costituzioni di alcuni degli Stati che ratificarono la Costituzione contenessero clausole espresse di esenzione dalla responsabilità penale per i governatori in carica, i Padri fondatori non ritennero di contemplare tale fattispecie nel testo della Costituzione. La terza è che, contrariamente all'impostazione generale sostenuta dall'opinione di maggioranza, la disposizione che disciplina la procedura di *impeachment* prevede espressamente la possibilità di far rispondere un ex Presidente anche in sede penale, indipendentemente dall'esito del procedimento congressuale, che è eminentemente politico³³.

L'opinione dissenziente di Sotomayor si scaglia anche contro un uso distorto e non trasparente della storia da parte della maggioranza, come emerge dal riferimento puntuale alla discussione – pur succinta – che Alexander Hamilton faceva della responsabilità presidenziale, distinguendo dalla figura del sovrano britannico il vertice dell'Esecutivo delineato nella costituzione che stava prendendo forma, sottolineando che esso «would afterwards be liable to prosecution and punishment in the ordinary course of law»³⁴. Rinviando al paragrafo conclusivo per alcune considerazioni sulla rilevanza della congiunzione «afterwards», anche alla luce del testo dell'*Impeachment Judgment Clause* (che contiene invece la congiunzione «nevertheless»), giova sottolineare come Sotomayor evochi anche l'intervento di James Madison in sede di Convenzione costituzionale a proposito dell'opportunità di discutere di eventuali garanzie in merito alla responsabilità penale del vertice dell'Esecutivo. Tuttavia, le testimonianze storiche di delegati che parteciparono alla Convenzione e di altri commentatori coevi sarebbero concordi nell'escludere la configurabilità di tale immunità, così come confermato da altre fonti nei decenni successivi all'entrata in vigore della Costituzione³⁵. Criticando l'approccio della maggioranza al materiale storico disponibile, che Roberts qualifica come frammentario, Sotomayor sferza i giudici conservatori scrivendo che la

³² Cd. *Speech or Debate Clause*, Art. I, §6, cl. 1 («Senators and Representatives . . . shall in all Cases, except Treason, Felony and Breach of the Peace, be privileged from Arrest during their Attendance at the Session of their respective Houses, and in going to and returning from the same; and for any Speech or Debate in either House, they shall not be questioned in any other Place»).

³³ Cd. *Impeachment Judgment Clause*, Art. I, §3, cl. 7 («Judgment in Cases of Impeachment shall not extend further than to removal from Office, and disqualification to hold and enjoy any Office of honor, Trust or Profit under the United States: *but the Party convicted shall nevertheless be liable and subject to Indictment, Trial, Judgment and Punishment, according to Law*») (corsivo aggiunto).

³⁴ *The Federalist Papers*, no. 69 (*The Real Character of the Executive*).

³⁵ Il riferimento più autorevole è probabilmente quello contenuto nell'opera di Justice Joseph Story, *Commentaries on the Constitution of the United States*, Boston, Mass., 1873, IV ed., ove la questione viene discussa nel Libro III, Cap. X (*The Senate*), §§ 781-783.

storia importa alla Corte solo quando le fa comodo (sottointeso, per addivenire a un esito desiderato).

Sempre a proposito del valore delle prassi consolidate nell'esperienza storica, anche recente, l'opinione dissenziente sottolinea come non avrebbe avuto senso che Gerald Ford graziasse Richard Nixon, dopo che quest'ultimo si era dimesso per il cd. scandalo *Watergate*, se non fosse stato implicito il fatto che egli fosse perseguibile penalmente per gli atti commessi durante l'esercizio del mandato. Documenti relativi all'indagine sul presunto coinvolgimento del Presidente Reagan nel contrabbando di armi nella vicenda cd. Iran-Contra corroborerebbero tale ricostruzione del regime di responsabilità penale presidenziale. Addirittura, Sotomayor cita dichiarazioni dei legali rappresentanti di Trump durante il secondo processo di *impeachment*, ad avviso dei quali l'eventuale decisione del Senato di non approvare gli *articles of impeachment* non avrebbe impedito di chiamare l'ormai ex Presidente a rispondere di tali condotte attraverso i meccanismi ordinari della giustizia.

Per quanto riguarda invece il bilanciamento svolto dalla maggioranza fra l'interesse del Presidente a svolgere con adeguata serenità e risolutezza il proprio mandato e quello del pubblico a che egli risponda delle proprie condotte illecite, Sotomayor non condivide l'estensione del regime di immunità dall'ambito civile a quello penale. Infatti, la giudice *liberal* sostiene che i rischi in campo penale siano più esigui da un punto di vista quantitativo, laddove un eventuale contenzioso civile potrebbe essere avviato da una ben più ampia pluralità di soggetti. Inoltre, seppur le sanzioni minacciate dal processo penale siano evidentemente più afflittive, l'architettura del procedimento penale prevede una serie molto più significativa di garanzie, fra le quali: la necessità del Dipartimento di Giustizia di produrre prove sufficienti a ottenere l'imputazione da parte di un Gran Giurì; le eccezioni di incostituzionalità della fattispecie incriminatrice se applicata alla figura presidenziale; le cause di giustificazione ordinarie previste dalla legislazione penale; un assai elevato onere della prova da sostenere da parte del procuratore e un adeguato sistema di impugnazioni, fino anche alla Corte Suprema stessa. Non sarebbero pertanto fondati i timori della maggioranza di un rischio concreto di esposizione di ex Presidente a procedimenti e condanne per mere accuse pretestuose. Infine, l'atteggiamento tenuto da chi ha ricoperto la carica presidenziale nel corso del tempo sembra testimoniare una percezione di essere sottoposti a un regime di responsabilità penale dopo il termine del mandato, ma ciò non ha impedito ai vari Presidenti di esercitare i propri doveri d'ufficio in modo risoluto. Sarebbe d'altronde un pericolo ben più grande quello di far sentire il Presidente di turno autorizzato a violare il diritto penale federale nella convinzione di sfuggire alla responsabilità in forza di un'immunità che si estende dopo il termine del mandato.

Inoltre, Sotomayor insiste sul fatto che l'interesse pubblico sottostante alla persecuzione penale di un ex Presidente è ben più ampio di quello riscontrabile in una causa civile intentata da un privato cittadino, facendo leva sulla percezione dell'interessa del collegio che aveva deciso il caso *Fitzgerald v. Nixon* che il bilanciamento operato in quella circostanza non fosse suscettibile di produrre un risultato analogo in ambito penale. D'altronde, sarebbe difficile sostenere – come fa l'opinione di maggioranza –

che impedire all'Esecutivo in carica di perseguire le violazioni del diritto penale federale a cui lo stesso Esecutivo è titolato a dare attuazione abbia quale risultato un rafforzamento dell'indipendenza del potere esecutivo. Paradossalmente, afferma Sotomayor, le preoccupazioni dell'ala conservatrice della Corte a proposito del principio di separazione dei poteri conducono i giudici in maggioranza ad adottare una decisione che ignora la separazione dei poteri delineata dalla Costituzione.

3.3 L'incongruenza di un'immunità presidenziale con il modello di responsabilità penale statunitense

L'opinione dissenziente di *Justice* Jackson si associa a quanto sostenuto da Sonia Sotomayor, fornendo tuttavia argomenti ulteriori a sostegno del fatto che la decisione della maggioranza abbia profondamente alterato il paradigma della responsabilità presidenziale rispetto al modello generale della responsabilità penale. Infatti, il riconoscimento di un'immunità implica l'affermazione di una radicale inapplicabilità del diritto penale (o di una specifica fattispecie da esso regolata), che pare difficile riconciliare con il principio secondo il quale tutti, compresi coloro che ricoprono cariche pubbliche, sono soggetti all'imperio del diritto, poiché la *rule of law* costituisce la garanzia fondamentale della sovranità popolare³⁶.

Su tale premessa, Ketanji Brown-Jackson ricostruisce quello che ritiene sia il modello di responsabilità individuale che vige in ambito penale, che si ancora su una serie predefinita di presupposti. Ciascuna norma incriminatrice è tale in quanto fattispecie generale e astratta perimetrata dal legislatore, sulla cui base i procuratori federali possono discrezionalmente promuovere l'azione penale laddove ritengano di perseguire una violazione di tale norma, dovendo persuadere della fondatezza dell'imputazione un Gran giurì. Nell'eventuale procedimento così instaurato grava sul procuratore l'onere di produrre prove a sostegno dell'accertamento del fatto e della colpevolezza dell'imputato, tali da persuadere oltre ogni ragionevole dubbio la giuria. Inoltre, l'imputato gode della presunzione di innocenza, di una serie di diritti processuali fra cui il giusto processo svolto pubblicamente dinanzi a una giuria, l'assistenza legale e il diritto al contraddittorio nell'assunzione delle prove testimoniali. L'imputato può altresì far valere vizi di notificazione del procedimento o di vaghezza o incostituzionalità della norma incriminatrice, oppure eccepire che la propria condotta che integra la fattispecie di reato è lecita in quanto ricade entro una causa di giustificazione prevista dalla legge o elaborata in via giurisprudenziale (cd. *defenses*). L'invocazione di una causa di giustificazione non è però assimilabile a un'immunità, che esclude del tutto l'applicazione della fattispecie a un soggetto, laddove l'invocazione di una *defense* consente al soggetto di non rispondere della condotta altrimenti penalmente rilevante.

La definizione di un modello di responsabilità presidenziale altera pertanto il modello tradizionale di responsabilità penale individuale, poiché il complicato meccanismo di accertamento della natura ufficiale (o meno)

³⁶ *Justice* Jackson cita a supporto di tali affermazioni due precedenti risalenti, rispettivamente *U.S. v. Mine Workers*, 330 U.S. 258, 308 (1947), Frankfurter J., Conc. Op., e *U.S. v. Lee*, 106 U.S. 196, 220 (1882).

degli atti compiuti dal Presidente richiede un intervento preventivo e assai intrusivo delle corti, che nell'ordinario corso del procedimento penale intervengono soltanto dopo che il procuratore abbia ritenuto di esercitare l'azione penale e la giuria si sia risolta sulla colpevolezza dell'imputato. Inoltre, nel modello di responsabilità individuale tradizionale un (ex) Presidente può senz'altro difendersi nel corso del giudizio eccependo che la propria condotta che integra una fattispecie di reato sia coperta da una causa di giustificazione prevista dalla legge. Tuttavia, tale giustificazione sarebbe fondata in una scelta consapevole del legislatore, cioè l'organo rappresentativo della sovranità popolare. Adottare un modello di responsabilità presidenziale che postula l'esistenza di un'immunità funzionale significa invece che il Presidente può esercitare i propri poteri d'ufficio senza alcun sostanziale limite, indipendentemente dal fatto che la legge riconosca (o meno) una causa di giustificazione specifica rispetto alla fattispecie di reato generale. Nel paragrafo finale si tornerà sulla *dissenting opinion* di Justice Jackson per dare conto di come la giudice *liberal* critichi le potenziali conseguenze che tale approccio alla responsabilità penale del Presidente sarebbe suscettibile di provocare sulla separazione dei poteri e le difficoltà associate all'accertamento in concreto della natura ufficiale – o non ufficiale – degli atti presidenziali.

4. La tassonomia degli atti presidenziali ai fini dell'immunità penale

2409

4.1 Gli atti espressione della sfera esclusiva di autorità costituzionalmente garantita

Come anticipato nel par. 3, l'opinione del *Chief Justice* disegna una tassonomia pressoché completa delle condotte che un Presidente ponga in essere nel corso del proprio mandato. La prima categoria è quella degli atti presidenziali che trovino fondamento in una fonte di rilievo costituzionale o legislativo³⁷. In tali circostanze, l'autorità del Presidente è definitiva e preclude qualsiasi forma di interferenza, anche qualora le condotte del Presidente contravvengano al contenuto di fonti legislative approvate dal Congresso. Parimenti escluso è il vaglio giurisdizionale sull'esercizio di poteri che siano conferiti in modo esclusivo al Presidente dalla Costituzione³⁸. Fanno eccezione le circostanze in cui il Presidente faccia leva sulla propria autorità ai sensi della Costituzione, ma stia in realtà agendo sulla base di una propria volontà individuale e al di fuori dell'autorità a esso conferita dalla legge³⁹. Tuttavia, se si determina che le condotte presidenziali sono sussumibili nell'ambito della sfera di autorità esclusiva del Presidente, l'esercizio discrezionale di tali poteri non è sindacabile.

I precedenti della Corte Suprema suffragano tale interpretazione dei poteri fondamentali del vertice dell'Esecutivo, come dimostra la decisione di incostituzionalità pronunciata durante il periodo della *Reconstruction* a proposito della legislazione federale che proibiva l'utilizzo della grazia presidenziale come mezzo di prova della reintegrazione nei diritti individuali

³⁷ *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 585 (1952).

³⁸ *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 166 (1803).

³⁹ *Youngstown v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 655 (1952), Jackson J., Conc. Op.

di proprietà, sul presupposto della violazione del *pardon power* di cui all'art. II, §2, cl.1 della Costituzione⁴⁰. Analogamente ricadrebbero entro tale categoria le decisioni del Presidente di rimuovere dall'incarico membri dell'amministrazione di nomina presidenziale (vale a dire coloro la cui funzione sia riconducibile al ramo del potere esecutivo)⁴¹, nonché il riconoscimento di Stati esteri⁴².

Roberts conclude quindi sul punto che il Presidente gode di immunità assoluta dalla prosecuzione penale per gli atti che ricadano entro la sfera di autorità a esso garantita dalla Costituzione. Si tratta dunque di verificare se alcuna delle condotte su cui si basava l'imputazione promossa dallo *special counsel* potesse essere sussunta sotto tale categoria di atti. La maggioranza della Corte ritiene, pur in modo che si rivela nei fatti solo formale, di rimettere alla determinazione concreta delle corti di rango inferiore la valutazione sulla sussumibilità di alcune delle condotte all'interno della categoria degli atti ufficiali, purché rientranti nel perimetro esterno dell'autorità presidenziale (v. *infra*, par. 4.2). Tuttavia, Roberts identifica almeno una serie di atti fra quelli oggetto dell'imputazione meritevoli di godere dell'immunità assoluta di cui si è detto.

Infatti, l'opinione di maggioranza afferma che tutte le condotte relative alle pressioni esercitate da Trump nei confronti dei funzionari del Dipartimento di Giustizia affinché costoro facessero leva sull'autorità del Dipartimento per convincere i funzionari statali a nominare elettori presidenziali favorevoli a Trump anche laddove il voto popolare fosse stato vinto da Biden, compresa la minaccia di rimuovere l'*Attorney General* facente funzioni, rientrerebbero in quella sfera di autorità presidenziale definitiva e preclusiva di interferenze da parte di altri poteri. D'altronde, l'Esecutivo mantiene piena discrezionalità sulle condotte penalmente rilevanti da perseguire e la discussione di tali strategie con l'*Attorney General* e con altri funzionari del Dipartimento di Giustizia rientrerebbe a pieno titolo nella funzione presidenziale di assicurare la fedele attuazione delle leggi. Analogamente, rientrerebbero nella sfera riservata dei poteri presidenziali le scelte sulla rimozione dei membri del Dipartimento della Giustizia di nomina presidenziale.

A nulla varrebbero le argomentazioni in merito all'infondatezza delle direttive fornite dal Presidente o alla circostanza che esse fossero preordinate a uno scopo improprio. Infatti, l'opinione di maggioranza argomenta altresì che la distinzione fra le condotte ufficiali e quelle non ufficiali non potrebbe basarsi su un accertamento delle motivazioni su cui si fonda la condotta del Presidente. Infatti, il rischio paventato sarebbe quello che basterebbe una mera contestazione relativa al perseguimento di un fine improprio perché anche gli atti che siano evidentemente connessi ai doveri d'ufficio siano sottoposti a vaglio giurisdizionale, interferendo con gli interessi protetti dall'immunità ricavata in via interpretativa dall'art. II della Costituzione.

⁴⁰ *U.S. v. Klein*, 13 Wall. 128, 139-141 (1872); la disposizione recita «The President [...] shall have Power to grant Reprieves and Pardons for Offences against the United States, except in Cases of Impeachment».

⁴¹ *Seila Law LLC v. Consumer Financial Protection Bureau*, 591 U.S. 197, 204 (2020).

⁴² *Zitofovsky v. Kerry*, 576 U.S. 1, 32 (2015).

Justice Sotomayor reputa addirittura superflua la configurazione di una categoria di atti a cui sia assicurata immunità assoluta, alla luce di una così ampia definizione dell'immunità per tutti gli atti riconducibili all'esercizio di funzioni d'ufficio (v. più diffusamente *infra*, par. 4.2). L'opinione dissenziente censura, inoltre, la scelta della maggioranza di discutere se il Presidente goda di immunità per gli atti che rappresentano esercizio di poteri costituzionali fondamentali, poiché l'imputazione non perteneva a un esercizio improprio del potere di grazia o di veto o all'esercizio di poteri di nomina o rimozione di funzionari. L'accusa mossa nei confronti di Trump riguardava invece una condotta volta a commettere una frode per sovvertire il risultato delle elezioni presidenziali, che non si fondava (almeno in parte) sull'esercizio illegittimo di un potere presidenziale riconosciuto dalla Costituzione. Infatti, sostiene Sotomayor, un tale allargamento delle maglie della sfera di poteri presidenziali definitivi e che precludono interferenze esterne varrebbe altresì a schermare dalla responsabilità penale condotte presidenziali consistenti nella predisposizione di mezzi di prova fraudolenti e nell'insistenza affinché il Dipartimento di Giustizia li producesse in giudizio in un procedimento penale. Inoltre, la giudice *liberal* si scaglia contro l'improvvida scelta della Corte di plasmare i confini di una dottrina dell'immunità che non era stata avanzata dall'imputato e che non dovrebbe comunque avere alcuna attinenza con le condotte perseguite nel caso di specie, in spregio al principio per cui la Corte, quando debba intervenire su controversie spinose in materia di separazione dei poteri, dovrebbe confinare la propria decisione alle sole questioni necessarie alla definizione del caso⁴³.

2411

4.2 Gli atti rientranti nell'esercizio delle funzioni presidenziali

Il profilo più controverso della decisione in *Trump v. U.S.* è rappresentato dalla seconda categoria di atti che la Corte associa all'attività del Presidente. Infatti, secondo la maggioranza dei *Justices* vi sono alcune condotte presidenziali che si possono qualificare come ufficiali anche se prive di una connessione diretta a una particolare disposizione costituzionale (o legislativa). Sulla base della dottrina sull'immunità dal contenzioso civile per gli atti che ricadano entro il cd. «outer perimeter» dei doveri d'ufficio, Roberts guida il blocco conservatore a estendere anche all'ambito penale il regime di irresponsabilità presidenziale, salvo che l'autorità inquirente non sia in grado di dimostrare che la persecuzione del Presidente non comporti pericoli di intrusione sull'autorità e le funzioni del potere esecutivo (v. *supra*, par. 3.1)⁴⁴.

Tenendo a mente tale principio, l'opinione di maggioranza passa in rassegna le altre condotte su cui era stata costruita l'imputazione promossa dal procuratore speciale, pur formalmente astenendosi dal qualificarle espressamente come atti ufficiali. Infatti, l'accertamento puntuale sarebbe compito del giudice distrettuale (ed eventualmente d'appello), il quale potrebbe legittimamente vincere la presunzione di immunità riconosciuta a un ex Presidente se riuscisse a dimostrare che la persecuzione penale di date condotte non interferisce con l'indipendenza e il buon funzionamento

⁴³ *Dames & Moore v. Regan*, 453 U.S. 654, 661 (1981).

⁴⁴ *Nixon v. Fitzgerald*, 457 U.S. 731, 754 (1982).

dell'ufficio presidenziale. Tuttavia, trincerandosi dietro un'apparente astensione dalla qualificazione specifica delle condotte su cui si basava l'imputazione, la Corte Suprema in realtà sembra tracciare una sfera di immunità presunta per gli atti ufficiali del Presidente assai estesa.

La prima di tali condotte è rappresentata dalle pressioni esercitate da Trump sull'allora Vice Presidente Mike Pence affinché costui, nell'esercizio del proprio dovere costituzionale in quanto Presidente del Senato, agisse, in sede di certificazione del voto degli elettori presidenziali davanti al Congresso riunito in seduta comune, per alterare l'esito delle elezioni. Tali condotte sarebbero consistite nel rifiutare di certificare i voti espressi dagli elettori presidenziali di alcuni *swing States* o nel richiedere che le legislature di tali Stati riconsiderassero l'esito del voto popolare sul proprio territorio. La Corte Suprema si avventura in una ricostruzione del rapporto fra Presidente e Vice Presidente che ne sottolinea l'affinità dovuta al fatto di avere entrambi legittimazione popolare diretta e, dopo l'approvazione del XII emendamento, anche uno stesso allineamento politico, oltre alla peculiare posizione costituzionale del Vice Presidente, che subentra al Presidente in caso di impossibilità di prosecuzione del mandato e funge altresì da importante consigliere del Presidente.

Tale inquadramento serve alla maggioranza della Corte per sottolineare come, nelle occasioni in cui discutono le proprie responsabilità d'ufficio, Presidente e Vice Presidente stanno esercitando condotte ufficiali. La presidenza della procedura di certificazione del voto degli elettori presidenziali da parte del Vice Presidente è una responsabilità sancita dalla Costituzione e da fonti legislative⁴⁵. Ogni forma di pressione esercitata da Trump a proposito dell'esercizio di tale funzione rientrerebbe pertanto entro il perimetro degli atti d'ufficio, godendo dunque di un'immunità almeno presunta. Roberts riconosce come il ruolo del Vice Presidente nel procedimento di certificazione del voto non sia però ascrivibile a una funzione di cui sia titolare il potere esecutivo. D'altronde, il Presidente in carica non ha alcun ruolo nel procedimento di scrutinio del voto in seno all'*Electoral College* e i compiti del Vice Presidente a questo proposito sono stati definiti in modo puntuale dal Congresso con apposita legislazione.

La Corte ammette che si potrebbe pertanto ragionevolmente sostenere che la persecuzione di tali condotte non sarebbe suscettibile di interferire con l'esercizio delle funzioni del potere esecutivo. A questo punto, tuttavia, l'opinione di maggioranza sembra fare un'inspiegabile inversione di marcia e offre alcune ragioni che diversamente giustificerebbero l'applicazione dell'immunità alle pressioni svolte da Trump nei confronti di Pence. In particolare, si fa riferimento all'affidamento che il Presidente potrebbe fare in determinate circostanze sul Vice Presidente per far avanzare la propria agenda legislativa dinanzi al Congresso, anche in forza della facoltà del Vice Presidente di favorire l'adozione di un determinato atto legislativo rompendo un'eventuale parità al Senato attraverso l'esercizio del proprio *tie-breaking vote*. Tale apparente fallacia dell'argomentazione della maggioranza è sottolineata dalla *dissenting opinion* di Justice Sotomayor, la quale critica la Corte per aver trasformato una questione che avrebbe dovuto essere di facile risoluzione in una questione controversa.

⁴⁵ Art. II, §1, cl.3; *Electoral Count Act of 1887*, Pub. L. 49-90, 24 Stat. 373.

Sia consentito in questa sede, pur in estrema sintesi, sottolineare come il ragionamento della Corte paia effettivamente viziato da un salto logico. D'altronde, l'interpretazione del ruolo del Vice Presidente in sede di certificazione del voto è sempre stata nel senso di considerare l'esercizio di tale funzione meramente cerimoniale⁴⁶. Ciò non significa che esso sia privo di poteri di amministrazione del procedimento, ad esempio con riferimento a eventuali contestazioni mosse alla certificazione di dati voti, ma comporta una delimitazione della discrezionalità nell'esercizio di tale ruolo. A questo proposito, al netto della resistenza di Pence alle pressioni di Trump nelle settimane antecedenti e in occasione della seduta congiunta del Congresso del 6 gennaio 2021, giova sottolineare come lo stesso Congresso sia intervenuto in chiusura del primo biennio della Presidenza Biden con un'opera di necessaria manutenzione della legislazione federale che regola lo svolgimento delle operazioni di certificazione del voto dell'*Electoral College*⁴⁷. La versione vigente dell'*Electoral Count Act*, pertanto, precisa come il ruolo del Vice Presidente nel procedimento di certificazione sia di mera natura "ministeriale" e che lo stesso non possa autonomamente accettare o rifiutare il voto di un elettore presidenziale o risolvere dispute sulla validità dei voti certificati dalle autorità statali, facoltà di cui sono titolari i due rami del Congresso⁴⁸.

Non si intende qui sostenere che si possa interpretare la natura di una funzione riconosciuta dalla Costituzione in forza di una legislazione che sia intervenuta successivamente; tuttavia, anche tenendo a mente la versione dell'*Electoral Count Act* precedente alla recente novella legislativa, non si trova in alcuna disposizione un riferimento a poteri del Presidente del Senato diversi da quelli di presiedere la seduta mantenendo l'ordine, laddove la decisione sulla certificazione dei voti è sempre stata chiaramente attribuita a Senato e Camera dei rappresentanti. Per tale ragione, appare difficile condividere l'incertezza che promana dall'opinione di maggioranza a proposito dell'ascrivibilità delle pressioni esercitate da Trump nei confronti di Pence alla sfera (per quanto esterna) degli atti d'ufficio.

Le altre condotte esaminate dalla Corte Suprema ricomprendono, al contrario delle interlocuzioni con il Dipartimento di Giustizia e il Vice Presidente, una serie di rapporti con una congerie di soggetti estranei agli organi del potere esecutivo federale. Rientrano in tale insieme le pressioni esercitate da Trump nei confronti dei pubblici ufficiali statali responsabili per la certificazione dell'esito del voto popolare e la nomina degli elettori presidenziali e il reclutamento di soggetti che fungessero da elettori presidenziali per il candidato repubblicano le cui nomine e i cui voti fossero sottoposti al Presidente del Senato e al Congresso affinché fossero accettati

⁴⁶ J.K. Goldstein, *The Ministerial Role of the President of the Senate in Counting Electoral Votes: A Post-January 6 Perspective*, 21 *U.N.H. L. Rev.* 369 (2023).

⁴⁷ Sia consentito rinviare a D. Zecca, *Biden's Voting Rights Ambitions: An Effort Doomed to Fail?*, in *DPCE Online*, 2023, n. sp. 1, 285-306, 297 ss.

⁴⁸ 3 U.S. Code §15(b)(1) «Except as otherwise provided in this chapter, the role of the President of the Senate while presiding over the joint session shall be limited to performing solely ministerial duties»; (2) «The President of the Senate shall have no power to solely determine, accept, reject, or otherwise adjudicate or resolve disputes over the proper certificate of ascertainment of appointment of electors, the validity of electors, or the votes of electors».

in alternativa agli elettori (e ai voti) certificati ufficialmente dalle competenti autorità statali.

Pur se i legali di Trump sembravano aver in parte ammesso, in sede di udienza, che le condotte che coinvolgevano attori privati avrebbero potuto rappresentare atti di natura privata, essi avevano tuttavia poi avanzato l'argomentazione che si trattasse di condotte presidenziali svolte nell'esercizio di doveri d'ufficio, volti alla tutela dell'integrità delle elezioni federali, citando altresì a supporto di tale tesi l'asserito intervento del Presidente Ulysses Grant nel 1876⁴⁹. Diversamente, come sostenuto dal procuratore speciale, non vi sarebbe alcuna fonte di tale potere presidenziale, poiché sono i singoli Stati a essere responsabili del procedimento di nomina dei propri elettori presidenziali, laddove il Congresso può soltanto disciplinare la data di riunione di tali elettori e verificare la legittimità dei voti espressi in sede di certificazione⁵⁰. Anche a proposito di tali condotte la maggioranza della Corte non si sbilancia, sottolineando soltanto il carattere eterogeneo delle stesse e l'opportunità che il giudice distrettuale valuti accuratamente se la presunzione di immunità degli atti presidenziali sia superabile nel caso di specie.

2414

L'ultimo insieme di comportamenti di Trump sui quali lo *special counsel* aveva basato l'imputazione dell'ex Presidente era rappresentata dalle dichiarazioni e i post pubblicati sull'allora piattaforma *Twitter* nei giorni precedenti e in occasione della riunione congiunta di Senato e Camera dei rappresentanti del 6 gennaio 2021. Tali affermazioni sollecitavano i supporter del candidato repubblicano a recarsi nella capitale Washington nel giorno della certificazione del voto dell'*Electoral College*, per poi tradursi in un'arringa della folla a proposito dell'intenzione di alcuni Stati di ricertificare i propri elettori e del presunto potere del Vice Presidente di rimandare i voti degli elettori presidenziali alle autorità statali affinché procedessero a nuova certificazione e in un invito a recarsi presso la sede del Congresso per esercitare pressione nei confronti del Vice Presidente affinché assecondasse tale strategia. Come noto, parte di coloro che raggiunsero *Capitol Hill* fecero irruzione con la forza presso i locali del Congresso, comportando una sospensione temporanea dello svolgimento delle operazioni di certificazione. Trump non si recò personalmente presso il Congresso ma si dimostrò riluttante a disporre un intervento tempestivo delle autorità di pubblica sicurezza e non intervenne pubblicamente per invitare i manifestanti a desistere dal loro scopo, se non dopo alcune ore.

⁴⁹ Peraltro tale riferimento risulta quantomeno impreciso, se non sostanzialmente inaccurato dal punto di vista storico, v. B.D. Simpson, *Ulysses S. Grant and the Electoral Crisis of 1876-77*, 11(2) *Hayes Historical J.* (1992), www.rbhayes.org/research/hayes-historical-journal-ulysses-s.-grant/; v. anche E.B. Foley, *Ballot Battles: The History of Disputed Elections in the United States*, New York, 2024, 122 ss.; L. Lessig, *A legal scholar explains why Trump's immunity argument is bogus*, in *Rolling Stone*, 1 maggio 2024, www.rollingstone.com/politics/political-commentary/legal-scholar-donald-trump-immunity-argument-bogus-commentary-1235013046/.

⁵⁰ Art. II, §1, cl. 2 «Each State shall appoint, in such Manner as the Legislature thereof may direct, a Number of Electors, equal to the whole Number of Senators and Representatives to which the State may be entitled in the Congress»; Art. II, §1, cl. 4 «The Congress may determine the Time of chusing the Electors, and the Day on which they shall give their Votes; which Day shall be the same throughout the United States».

La maggioranza sottolinea come il potere presidenziale di esternazione sia parte integrante delle attribuzioni del Presidente, tanto che la maggior parte delle dichiarazioni da esso rese possono essere facilmente ascritte a quel perimetro esterno di doveri d'ufficio che gode di immunità almeno presunta. Tuttavia, contenuto, forma e contesto delle affermazioni presidenziali potrebbero legittimamente fondare un giudizio di non pertinenza delle stesse affermazioni con funzioni ufficiali, ammettendo quindi che esse possano essere perseguite penalmente. Ancora una volta, Roberts rimette una prima valutazione fattuale al giudice distrettuale, invitandolo a prendere in considerazione le specifiche esternazioni presidenziali dedotte nella richiesta di rinvio a giudizio da parte del procuratore speciale nel contesto generale delle dichiarazioni rese attraverso una pluralità di canali comunicativi dall'allora Presidente in quelle ore.

Sonia Sotomayor critica radicalmente l'impostazione dell'argomentazione di maggioranza sul punto concentrandosi sulla sostanziale irrilevanza della distinzione fra gli atti che godano di immunità assoluta e quelli che siano coperti da immunità presunta. Infatti, secondo la giudice *liberal*, l'esclusione della possibilità di perseguire il Presidente a meno che la persecuzione di tali atti non ponga pericoli di intrusione sull'autorità e sulle funzioni del potere esecutivo fa perdere di significato la distinzione fra le due categorie di immunità per effetto di un indebito allargamento della sfera degli atti coperti da immunità presunta. Se, infatti, al Presidente è sufficiente dimostrare anche la minima possibilità di interferenza dell'indagine con l'esercizio dei propri poteri, allora sarà assai complicato riuscire a dimostrare che una condotta presidenziale non rientra negli atti d'ufficio, specie laddove non sia consentito accertare i motivi su cui la condotta si basa, come sostenuto dall'opinione di maggioranza (v. *supra*, par. 4.1).

L'altra conseguenza di tale espansione della sfera di immunità per gli atti ufficiali sarebbe il relegamento a uno spazio del tutto marginale e irrilevante della categoria degli atti non ufficiali, ai quali non sarebbe garantita alcuna forma di immunità in quanto espressione delle condotte della persona del Presidente in quanto privato cittadino. In buona sostanza, *Justice* Sotomayor lamenta come la decisione della Corte escluda qualsiasi forma di responsabilità penale del Presidente anche per eventuali abusi dei propri poteri formalmente d'ufficio ma volti di fatto a perseguire fini estranei a quelli di governo.

4.3 Gli atti privi di connessione con il mandato presidenziale

La terza e ultima categoria di condotte presidenziali presa in esame dalla Corte Suprema riguarda gli atti che il Presidente compia al di fuori dei propri doveri e responsabilità d'ufficio. La maggioranza riconosce l'inesistenza di un regime di irresponsabilità penale analogo a quello dettato per gli atti espressione del ruolo presidenziale, facendo riferimento a un precedente che aveva coinvolto il Presidente Clinton a proposito di comportamenti posti in essere prima del mandato presidenziale⁵¹. In questo caso, la Corte precisa che il Presidente non è immune dalla responsabilità in quanto *sia* Presidente,

⁵¹ *Clinton v. Jones*, 520 U.S. 681 (1997). Si veda T.F. Giupponi, *L'immunità presidenziale e gli atti "extrafunzionali"*, in *Quad. cost.*, 2002, 269-289, 279.

ma proprio *affinché* possa esercitare le funzioni presidenziali senza essere gravato dal timore di rispondere per gli atti compiuti come Presidente⁵².

Se la conclusione logica dell'estensione di questa *ratio* all'ambito penale sarebbe la possibilità di perseguire penalmente anche un Presidente in carica, sempre che l'imputazione si riferisca a condotte private, Roberts si premura di richiamare in nota come una prassi consolidata del Dipartimento di Giustizia abbia riconosciuto che il principio di separazione dei poteri esclude la possibilità di perseguire penalmente un Presidente durante il corso del mandato. Come si vedrà nel paragrafo conclusivo, proprio tale policy ha sancito la necessaria estinzione dei procedimenti nei confronti di Trump dopo la vittoria nelle elezioni presidenziali del 5 novembre 2024.

Peraltro, sugli atti non espressione di attribuzioni presidenziali non si registra alcun particolare dissenso da parte dell'ala *liberal* della Corte, che preferisce concentrare sugli altri profili illustrati *supra* e *infra* le proprie argomentazioni.

5. La rilevanza probatoria degli atti presidenziali ufficiali

La decisione della Corte Suprema in *Trump v. U.S.* è degna di considerazione non soltanto per l'esclusione dalla responsabilità penale del Presidente per gli atti d'ufficio, ma anche per quanto la maggioranza dei giudici afferma a proposito dell'ammissibilità probatoria delle condotte presidenziali. Infatti, se un Presidente è perseguibile penalmente – pur dopo che il mandato sia terminato – per fatti non ascrivibili all'esercizio di doveri d'ufficio, rimane aperta la questione sulla possibilità di trarre da atti ufficiali, coperti quindi da immunità, elementi di prova per la persecuzione degli atti non ufficiali. A questo proposito, cinque *Justices* hanno ritenuto che dovrebbe essere precluso anche fare riferimento a condotte rientranti nell'esercizio di doveri d'ufficio per suffragare eventuali imputazioni di un ex Presidente per atti di natura privata compiuti durante il mandato. Infatti, sostiene la maggioranza, consentire al procuratore di evocare tali atti dinanzi a una giuria e ammettere che un verdetto sulla colpevolezza di un ex Presidente prenda in considerazione lo svolgimento di atti d'ufficio – seppur solo per provare una condotta privata, senza che si possa essere chiamati a rispondere di tali atti ufficiali – equivarrebbe a svuotare di significato l'immunità funzionale che la Corte ha sancito con la stessa decisione. Le ragioni che sostengono tale posizione rigorosa consistono nell'asserita insufficienza dei meccanismi processuali relativi all'assunzione dei mezzi di prova o delle istruzioni che il giudice fornisce alla giuria ai fini della deliberazione, che pure potrebbero essere adeguate garanzie a tutela dei diritti di un imputato che sia un privato cittadino.

Dissentente da tale parte della decisione nello specifico *Justice* Amy Coney Barrett, che pure condivide l'impianto generale della pronuncia a proposito dell'immunità presidenziale. L'ultima fra i giudici della Corte Suprema nominati da Trump nel primo mandato contesta infatti quanto argomentato dalla Corte su questo specifico profilo in una *concurring opinion* che fornisce altresì spunti ulteriori a proposito della qualificazione dell'irresponsabilità

⁵² Si veda però quanto sostenuto a questo proposito in chiave critica da S. Gianello, *op. cit.*, 177.

presidenziale quale immunità e della pregiudizialità della risoluzione di questioni a essa connesse per la procedibilità di giudizi penali alla fase del merito (v. *infra*, par. 6).

Justice Barrett si spinge sul punto a citare espressamente l'opinione dissenziente di Sonia Sotomayor, che essa ritiene di condividere sotto tale profilo. In particolare, argomenta Barrett, riconoscere l'immunità presidenziale per gli atti ufficiali non comporta la necessità di rendere non conoscibile a una giuria l'avvenuto esercizio di un potere presidenziale, laddove esso sia rilevante ai fini della persecuzione di un atto privato del Presidente. A questo proposito, la giudice conservatrice fornisce l'esempio di un'ipotesi di corruzione o concussione (lett. *bribery*), che è punita da una fattispecie penale generale, per la quale anche il Presidente può essere perseguito e chiamato a rispondere penalmente, in quanto certamente la Costituzione non lo autorizza ad accettare o sollecitare la dazione di una somma di denaro in cambio dell'adozione di un atto d'ufficio⁵³. Ovviamente se si esclude dalla conoscenza della giuria l'atto che è stato adottato in connessione alla dazione di denaro illecita, il procedimento per tale condotta – che pure è estranea ai doveri d'ufficio – diviene assai più complicato sotto il profilo probatorio. Pur apprezzando le preoccupazioni manifestate nell'opinione di maggioranza, Barrett conclude che i meccanismi processuali a disposizione di ogni imputato e la possibilità del giudice di escludere atti presidenziali, quando il peso della loro ammissione come mezzi di prova sia inferiore al rischio di un pregiudizio indebito all'esercizio dei poteri presidenziali, sono cautele più che sufficienti e fanno propendere per un'ammissibilità in via generale delle condotte presidenziali come mezzi di prova nei procedimenti per atti non ufficiali commessi da un ex Presidente.

Altrettanto critica risulta la *dissenting opinion* di Sonia Sotomayor su questo profilo. La giudice *liberal* sostiene che considerare inammissibile come mezzo di prova in giudizio il riferimento all'esercizio di un qualsiasi potere presidenziale connesso ai doveri d'ufficio renderebbe sostanzialmente non perseguibili anche quelle condotte presidenziali private a cui pure la maggioranza della Corte ha ritenuto inapplicabile l'immunità riconosciuta agli atti ufficiali. In particolare, *Justice* Sotomayor sottolinea la potenziale rilevanza degli atti ufficiali per provare l'intenzionalità (*knowledge or intent*, *i.e.* un criterio di imputazione della colpevolezza assimilabile al dolo) di un atto che ufficiale non sia. L'esempio fornito dalla giudice *liberal* è quello di un'esternazione presidenziale relativa all'intenzione di fermare a tutti i costi un avversario politico che ostacoli l'agenda presidenziale, seguita dall'ingaggio di un sicario incaricato di provocare la morte di tale avversario politico. L'approccio rigoroso all'ammissibilità probatoria da parte dell'opinione di maggioranza renderebbe inutilizzabile in giudizio la dichiarazione presidenziale in quanto atto rientrante nelle responsabilità d'ufficio, compromettendo quindi la possibilità di provare la colpevolezza di un ex Presidente a questo proposito.

Inoltre, sostiene Sotomayor, la posizione sostenuta nell'opinione di Roberts sarebbe contraria alla giurisprudenza consolidata in materia di

⁵³ A maggior ragione poiché la corruzione (*bribery*) rientra fra le *cd. impeachable offences* ai sensi dell'art. II, §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»).

libertà di manifestazione del pensiero. Infatti, se il I emendamento osta alla persecuzione penale per l'esercizio di tale libertà, ciò non impedisce di produrre in un procedimento penale dichiarazioni che siano utili a provare l'elemento soggettivo di un reato⁵⁴. In questo passaggio Sotomayor fa emergere una certa incoerenza dell'opinione di maggioranza, sottolineando come il rischio che l'ammissione in giudizio di atti ufficiali comporta per la deliberazione dei membri della giuria, che potrebbero così essere influenzati nella decisione dalla propria visione delle politiche presidenziali, non sarebbe altro che il rischio insito in ogni procedimento penale a carico di un ex Presidente per atti non ufficiali, che la stessa Corte ha ammesso come procedibili poiché non meritevoli di alcun regime di immunità.

6. La separazione dei poteri nel secondo mandato di Trump fra irresponsabilità presidenziale e accresciuto ruolo della Corte Suprema

La decisione della Corte Suprema sul ricorso presentato da Trump nel processo per l'interferenza con il procedimento elettorale, promosso dal procuratore speciale presso la corte distrettuale del *District of Columbia*, appare sotto molti profili un successo per lo stesso Trump. Il riconoscimento di un'immunità tanto ampia, per quanto formalmente soltanto presunta, per gli atti presidenziali ufficiali supera sotto certi aspetti persino le aspettative del ricorrente. D'altronde, le lentezze che hanno caratterizzato l'avvio e lo svolgimento di questo procedimento ne hanno inevitabilmente legato la sopravvivenza all'esito delle elezioni presidenziali del 5 novembre 2024. La rielezione di Trump ha fatto sì che anche gli sforzi mirati del procuratore speciale Jack Smith di argomentare che le condotte su cui si basava l'imputazione ricadessero al di fuori di quell'ampio perimetro degli atti ufficiali tracciato dalla Corte Suprema siano stati inutili da un punto di vista giudiziario. Infatti, la già menzionata policy del Dipartimento di Giustizia secondo la quale non si possa sottoporre a procedimento penale un Presidente in carica ha fatto sì che lo stesso *special counsel*, peraltro conscio del fatto che il nuovo corso del *DOJ* sotto un secondo mandato di Trump avrebbe comportato senza indugi un suo licenziamento e la rinuncia al procedimento, ha richiesto e ottenuto il 25 novembre 2024 dal giudice distrettuale la cessazione dello stesso⁵⁵. Il giorno seguente la Corte d'appello per l'undicesimo circuito ha accolto la rinuncia dello stesso *special counsel* all'impugnazione della decisione del giudice distrettuale della Florida che aveva rigettato l'imputazione di Trump per il trafugamento di documenti classificati (v. *supra*, par. 1 e par. 2)⁵⁶; l'impugnazione della decisione del giudice Aileen Cannon è ancora tuttavia pendente per i due co-imputati di Trump.

Sotto tale profilo, risulta interessante sottolineare come il 14 gennaio il Dipartimento di Giustizia abbia reso pubblico un rapporto redatto dall'ufficio del procuratore speciale Jack Smith dopo la rinuncia alla prosecuzione dei due processi nei confronti di Trump e prima che lo *special counsel* rassegnasse le dimissioni nelle mani dell'*Attorney General* Merrick

⁵⁴ *Wisconsin v. Mitchell*, 508 U.S. 476, 489 (1993).

⁵⁵ *United States v. Trump*, 1:23-cr-00257, (D.D.C. Nov 25, 2024) ECF No. 283.

⁵⁶ *United States v. Trump*, 9:23-cr-80101, (S.D. Fla. Nov 26, 2024) ECF No. 677.

Garland⁵⁷. Il rapporto, la cui pubblicazione i rappresentanti legali di Trump hanno cercato invano di impedire sostenendo l'illegittimità della nomina di Smith come procuratore speciale e l'inutilità della pubblicazione, è stata autorizzata dal giudice distrettuale della Florida Aileen Cannon limitatamente all'ipotesi di interferenza con il procedimento elettorale, laddove esso rimane segreto per quanto riguarda il processo sul trafugamento dei documenti, in attesa dell'esito dell'impugnazione di cui si è detto. Fra i profili più rilevanti che emergono dal rapporto Smith vi è l'affermazione dello *special counsel* che conclude il documento, secondo il quale, se non fosse stato per la rielezione di Trump alla carica di Presidente, gli elementi di prova ammessi sarebbero stati sufficienti a sostenere e ottenere una condanna dell'imputato in giudizio⁵⁸.

Giova altresì fare riferimento all'inflizione della pena nei confronti di Trump per il caso di violazione della normativa statale dello Stato di New York sul finanziamento della campagna elettorale (v. *supra*, par. 1). Dopo che la Corte Suprema, con una maggioranza di cinque voti contro quattro, aveva rigettato la richiesta di Trump che il giudice statale non procedesse all'inflizione della pena in ragione della decisione della Corte in *Trump v. U.S.*⁵⁹, il 10 gennaio Trump è stata condannato ma senza l'imposizione di una pena limitativa della libertà personale o pecuniaria, anche se l'*unconditional discharge* imposto è suscettibile di impedirgli di esercitare alcuni diritti quali l'elettorato attivo e il possesso di armi da fuoco⁶⁰. Ciò ne fa il primo ex Presidente condannato in sede penale, nonché il primo Presidente in carica con una condanna penale (seppur Trump potrebbe legittimamente impugnare la pronuncia del giudice di primo grado).

Quanto illustrato riassume la sorte dei procedimenti penali intentati contro Trump, con l'eccezione di quello statale in Georgia sempre a proposito dell'interferenza con il procedimento elettorale, in particolare riferito alle pressioni esercitate nei confronti del Segretario di Stato Brad Raffensperger affinché trovasse sufficienti voti per far sì che il candidato repubblicano superasse Biden e ottenesse gli elettori presidenziali di quello Stato⁶¹. Tuttavia, dopo che Trump era stato rinviato a giudizio il 14 agosto del 2023, il caso non ha fatto grandi progressi nel corso del 2024, anche per le vicende che hanno coinvolto la procuratrice Fani Willis, che è stata esclusa

⁵⁷ Special Counsel Jack Smith, *Final report of the special counsel's investigation and prosecutions, submitted pursuant to 28 C.F.R. § 600.8(c), Volume one: the election case, Report on efforts to interfere with the lawful transfer of power following the 2020 Presidential election or The certification of the electoral college vote held on January 6, 2021*, www.justice.gov/storage/Report-of-Special-Counsel-Smith-Volume-1-January-2025.pdf.

⁵⁸ Special Counsel Jack Smith, *Final report of the special counsel's investigation and prosecutions, cit.*, 137.

⁵⁹ *Trump v. New York*, Application 24A666, 604 U.S. ____ (2024), 9 gennaio 2025.

⁶⁰ B. Johansen, *Trump was sentenced to 'unconditional discharge.' Here's what that means*, in *Politico*, 10 gennaio 2025, www.politico.com/news/2025/01/10/trump-unconditional-discharge-sentencing-what-that-means-00197500.

⁶¹ *The State of Georgia v. Donald J. Trump*, Fulton County Superior Court, 23SC188947 (indictment).

dal procedimento a dicembre 2024, pur avendo impugnato tale decisione⁶². Sulle sorti del procedimento, da cui nel frattempo sono stati stralciati alcuni capi di imputazione, grava altresì l'incertezza sugli effetti che dalla decisione della Corte Suprema in tema di immunità possano discendere per i procedimenti a livello statale⁶³, pur se il giudice di New York nell'altro procedimento penale statale ha inflitto una pena all'esito delle vicende di cui si è detto.

Dopo aver passato in rassegna i procedimenti promossi nei confronti di Trump, giova tornare sinteticamente su due aspetti della decisione che non sono stati menzionati in precedenza, ma che sono tuttavia significativi anche per eventuali circostanze future in cui venga in rilievo la responsabilità presidenziale in ambito penale. Il primo concerne il rigetto da parte della maggioranza della Corte dell'argomentazione proposta dai rappresentanti legali di Trump a proposito della precedenza logica dell'*impeachment* rispetto alla persecuzione penale per un ex Presidente. Il secondo concerne invece il rapporto temporale, in termini di pregiudizialità, fra la decisione sull'applicabilità di un regime di immunità, inclusa la relativa impugnazione eventuale, e la definizione del merito della controversia da parte del giudice di primo grado.

Sotto il primo profilo, Trump sosteneva che, poiché la seconda parte dell'*Impeachment Judgment Clause* recita «the Party convicted shall nevertheless be liable and subject to Indictment, Trial, Judgment and Punishment, according to Law», la disposizione presupporrebbe la necessità che il Senato approvi almeno uno degli *articles of impeachment* promossi dalla Camera dei rappresentanti affinché un ex Presidente possa *successivamente* essere sottoposto a procedimento penale. Tuttavia, Roberts respinge tale interpretazione della disposizione, chiarendo come quel «nevertheless» specifichi soltanto l'indifferenza di un'eventuale procedimento penale ordinario rispetto all'esito della procedura di *impeachment*, senza nulla aggiungere sulla possibilità di perseguire penalmente un Presidente qualora esso non sia stato messo in stato d'accusa né sanzionato dal Senato. Passando in rassegna fonti storiche rilevanti, il *Chief Justice* smonta la ricostruzione basata su quanto scriveva Alexander Hamilton in *The Federalist Papers* no. 69 (v. *supra*, par. 3.2), poiché l'autore descriveva le garanzie e i limiti riguardanti un Presidente in carica.

Peraltro, sia consentito sottolineare come l'uso della congiunzione «afterwards» da parte di Hamilton sembra appunto descrivere una successione temporale dovuta al fatto che il Presidente possa essere sottoposto a procedimento penale dopo che sia stato rimosso dalla carica, ma non che la rimozione dalla carica tramite la procedura di *impeachment* sia giuridicamente necessaria affinché il Presidente possa essere chiamato a rispondere sotto il profilo penale. Piuttosto, sembra che Hamilton prefigurasse quell'attenzione a preservare l'esercizio contingente dei poteri presidenziali dalla minaccia della persecuzione penale, rinviando a un momento successivo allo svolgimento del mandato l'accertamento della responsabilità.

⁶² D. Hakim, R. Fausset, *Appeals Court Disqualifies Fani Willis From Prosecuting Georgia Trump Case*, in *The New York Times*, 19 dicembre 2024, www.nytimes.com/2024/12/19/us/fani-willis-georgia-trump-case.html.

⁶³ R. Hasen, *What Trump's reelection means for his Fulton County criminal case*, in *Election Law Blog*, 6 novembre 2024, electionlawblog.org/?p=147134.

D'altronde, il testo costituzionale non reca traccia esplicita di quell'«afterwards», avendo i Padri fondatori optato per la congiunzione «nevertheless», che avvalorata la teoria di una separazione fra l'esito di un procedimento a natura politica, quale l'*impeachment*, e la persecuzione secondo i meccanismi della giustizia penale ordinaria. Se viene espressamente riconosciuta tale indifferenza nei casi in cui si esprima anche il Congresso nell'ambito della procedura di *impeachment*, si ritiene che a maggior ragione la persecuzione penale possa procedere quando nei confronti del Presidente non sia stata promossa la messa in stato d'accusa.

L'opinione dissenziente di *Justice Sotomayor* si sofferma anche su questo passaggio dell'opinione di maggioranza, sottolineando come l'enfasi della Corte a proposito della limitazione dell'immunità presidenziale sia fuori luogo. Infatti, prosegue la giudice *liberal*, il rigetto di un argomento processuale evidentemente errato non mitiga in alcuna misura l'ampiezza dell'immunità presidenziale riconosciuta dalla Corte. D'altronde, secondo la teoria avanzata dai legali di Trump il previo *impeachment* e la condanna da parte del Senato sarebbero stati necessari alla persecuzione penale ordinaria, che però non sarebbe stata limitata da forme di immunità tanto significative. Diversamente, applicando il ragionamento della maggioranza della Corte il risultato paradossale è che un Presidente che sia messo in stato d'accusa e poi sanzionato dal Senato godrebbe comunque di immunità almeno presunta per gli atti ufficiali in un successivo processo penale ordinario.

La seconda questione su cui giova soffermarsi per ricostruire il portato della decisione in termini processuali riguarda quanto affermato nella parte finale dell'opinione della maggioranza. Roberts respinge infatti l'argomento presentato dal procuratore speciale secondo cui il riconoscimento di un'immunità presidenziale dalla sottoposizione a procedimenti penali sarebbe inutile, poiché i meccanismi processuali e le cause di giustificazione invocabili da parte del Presidente servirebbero efficacemente lo scopo di consentirgli un'adeguata difesa in giudizio. Ciò, ad avviso dello *special counsel*, renderebbe sufficiente l'impugnazione della sentenza sul merito della controversia come rimedio per contestare l'eventuale rigetto di un'eccezione processuale che invocasse l'immunità dal procedimento. Diversamente, Roberts sostiene che, proprio in ragione dell'unicità del ruolo costituzionale del Presidente, per evitare che l'esercizio risoluto delle sue attribuzioni sia influenzato dalla pendenza di un procedimento suscettibile di interferire con tali poteri, esso deve poter accedere all'impugnazione di tale eventuale rigetto da parte del giudice di primo grado in una fase antecedente lo svolgimento della fase dibattimentale e la decisione sul merito dell'imputazione.

Sul punto è rilevante altresì quanto scrive *Justice Barrett* nella propria *concurring opinion*. Pur condividendo la ricostruzione generale del regime di immunità presidenziale e la necessità di consentire un'impugnazione tempestiva di una decisione che negasse il riconoscimento di tale status, Amy Coney Barrett si spinge oltre. Infatti, la giudice conservatrice propone un accertamento della responsabilità penale presidenziale, esclusi gli atti connessi al nucleo dei doveri costituzionali fondamentali, articolato in due passaggi. Nel primo, il giudice dovrebbe verificare se una data fattispecie penale generale sia effettivamente applicabile alla figura del Presidente, o se vi siano eccezioni o deroghe sotto le quali la condotta presidenziale possa

essere sussunta. Dopo aver accertato che la questione non sia resa irrilevante per effetto dell'esperimento di un'adeguata *statutory interpretation*, il secondo passaggio sarebbe costituito dalla verifica dell'assenza di interferenza con l'esercizio dell'autorità e delle funzioni del potere esecutivo da parte della persecuzione penale di atti presidenziali.

Peraltro, Barrett sottolinea come, se pure alcune delle condotte oggetto dell'imputazione pongono problemi di non facile risoluzione a proposito della riconducibilità alla sfera dei poteri presidenziali, ce ne sono altri – quali le pressioni nei confronti dello *Speaker* della Camera dei rappresentanti dell'Arizona – che sembrano pacificamente non riconducibili ai poteri riconosciuti al Presidente dalla Costituzione. *Justice* Barrett sottolinea tuttavia come, conformemente a quanto sostenuto nell'opinione di maggioranza, ella ritenga che il Presidente, proprio in ragione della propria peculiare posizione nell'architettura costituzionale statunitense, sia titolato a impugnare la decisione di un giudice di rango inferiore che rigetti un'eccezione di immunità funzionale e quindi tale procedimento non potrà procedere a un dibattimento e a una decisione sul merito finché non sia stata definita la questione a proposito dell'immunità.

Su tale ultima questione processuale, il vessillo dell'ala *liberal* della Corte è affidato all'opinione dissenziente di *Justice* Jackson, la quale ricollega la propria critica sull'introduzione di un modello di responsabilità presidenziale alternativo a quello di responsabilità penale individuale (v. *supra*, par. 3.3) a una cornice più generale di rapporti fra gli organi della forma di governo. Infatti, sostiene la giudice di più recente nomina, il regime di immunità ibrida elaborato dalla Corte rappresenta un esercizio di quello che Jackson qualifica, nella nota 2 della propria opinione, come un intervento di *judicial activism*, consistente nella riqualificazione della questione rispetto ai gradi di giudizio inferiori e alle argomentazioni delle parti.

Inoltre, il fatto che richieda un accertamento caso per caso delle condotte che siano coperte da immunità, o che siano escluse dalla sfera di applicazione di tale regime, chiama in causa il potere giudiziario come guardiano dell'applicazione della legislazione al Presidente, sulla scorta di una presunzione generale di non applicabilità della stessa a tale organo. Ciò provoca in primo luogo problemi relativi alla prevedibilità delle condotte per le quali un Presidente sia chiamato a rispondere in giudizio, violando un canone fondamentale della legislazione in ambito penale. Inoltre, tale ruolo di controllo preventivo svolto dalle corti, così come l'istituto dell'immunità presidenziale, non sono previsti dalla legislazione federale, che diversamente prevede le cause di giustificazione come rimedi a disposizione di qualsiasi imputato in un giudizio penale. Ricavare in via pretoria, come ha fatto la maggioranza, una categoria di condotte che, pur essendo qualificate come illecite dal Congresso – che le ha cristallizzate come tali tramite l'approvazione di una legge –, siano immuni dalla persecuzione penale equivale a ridurre il ruolo del Congresso stesso e ad accrescere quello del Presidente e delle corti, che rimarrebbero le uniche custodi dell'accertamento della natura delle condotte presidenziali.

Le argomentazioni di *Justice* Jackson paiono cogliere nel segno una certa tendenza della Corte Suprema nel corso del *term* inaugurato a ottobre 2023 a proposito dei rapporti fra gli organi politici e il potere giudiziario a

livello federale⁶⁴. Infatti, il portato principale della decisione pare essere quello per cui il Presidente è immune per tutti gli atti ufficiali, senza che il Congresso possa legittimamente restringere per via legislativa tale immunità. Arbitro della sussistenza di tale immunità sarebbero le corti federali – prima fra tutte la Corte Suprema –, alle quali sarebbe riservato il compito di prendere in esame le condotte oggetto di un'eventuale imputazione e decidere in fase pre-dibattimentale se esista anche una minima connessione fra tali condotte e l'esercizio delle attribuzioni presidenziali. Letta in questi termini, la vicenda pare potersi ricostruire secondo una dinamica di tendenziale marginalizzazione del Congresso a favore di un'iper-presidenzializzazione della forma di governo statunitense, pur nella prospettiva di una rivendicazione da parte della Corte Suprema dell'ultima parola sull'applicabilità dell'immunità presidenziale a ciascun caso concreto⁶⁵. Si ritiene di poter associare a tale tendenza anche la pronuncia della Corte Suprema in *Trump v. Anderson*, con cui la maggioranza conservatrice del collegio ha sì riconosciuto che possa essere solo il Congresso federale a dare attuazione per via legislativa alla *Disqualification Clause* di cui alla §3 del XIV emendamento, ma si è riservata in un significativo *obiter* la facoltà di sindacare se tale legislazione rientri effettivamente nei limiti di *congruence and proportionality* elaborati dalla giurisprudenza in materia di *enforcement powers* ai sensi del XIV emendamento⁶⁶.

Su tali presupposti, sembra inevitabile attendersi un approccio particolarmente cauto della Corte Suprema nel prossimo futuro a eventuali controversie relative alla responsabilità di un ex Presidente, soprattutto alla luce della limitazione della possibilità del Congresso di provvedere sul punto attraverso fonti legislative. Non è allora forse un caso se, nel *Farewell Address* rivolto alla nazione dallo Studio Ovale il 15 gennaio 2025, il Presidente uscente Biden abbia sollecitato a porre rimedio a tale situazione attraverso la difficile strada della revisione costituzionale, affermando «We need to amend the Constitution to make clear that no president — no president — is immune from crimes that he or she commits while in office. The

⁶⁴ Su questo profilo v. anche G. Caravale, *Dall'assalto a Capitol Hill alla riconquista della Casa Bianca: la definizione dei caratteri della nuova presidenza passa anche dalla Corte suprema*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2024, 3.

⁶⁵ Con ciò non si intende sostenere che tutte le decisioni recenti abbiano favorito il ramo del potere esecutivo a danno del potere legislativo. Si ponga mente all'*overruling* del precedente *Chevron U.S.A. v. Natural Res. Def. Council*, 467 U.S. 837 (1984), da parte di *Loper Bright Enterprises v. Raimondo Relentless, Inc. v. Department of Commerce*, 603 U.S. 369 (2024), con cui la Corte Suprema ha limitato la deferenza giudiziale all'interpretazione della legislazione da parte delle agenzie governative, che appare militare invece a favore di un riconoscimento di un ruolo significativo al Congresso in materia. Su *Loper Bright* si vedano G.F. Ferrari, *Loper Bright: cronaca di una morte annunciata?*, in *DPCE Online*, 2024, 3, 2115-2130 e G. Romeo, *Statutory stare decisis e tenuta del precedente wrongly decided: una lettura di Loper Bright Enterprises v. Raimondo*, in *DPCE Online*, 2024, 3, 2131-2144.

⁶⁶ *Trump v. Anderson*, 601 U.S. 100 (2024); il caso di riferimento per la delimitazione degli *enforcement powers* del Congresso ai sensi del XIV emendamento è *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507, 536 (1997); si veda anche, se si vuole, D. Zecca *La candidatura di Trump fra controllo giurisdizionale e politica: a chi spetta l'attuazione dei limiti costituzionali al processo democratico?*, in *DPCE*, 2024, 167-205, 190-191.

president's power is limit- — it's not absolute, and it shouldn't be»⁶⁷. Appare molto difficile che l'auspicio con cui si chiude la Presidenza Biden possa avverarsi, almeno in tempi brevi, data la notoria difficoltà a emendare la Costituzione statunitense. Tuttavia, l'orientamento interpretativo non lascia altra strada, se non quella più tortuosa, alla democrazia americana per perpetuare la propria esistenza anche oltre un secondo mandato di Trump⁶⁸. D'altronde, quest'ultimo non ha mai celato, seppur forse a meri fini elettorali, una certa ammirazione per l'ex giudice della Corte Suprema Antonin Scalia⁶⁹. Tuttavia, pare difficile riconciliare il portato della decisione in *Trump v. U.S.* con la filosofia giudiziale di Scalia. Una sintesi brutale ma efficace della *ratio* della decisione potrebbe essere infatti quella per cui il Presidente è immune dalla persecuzione penale per gli atti ufficiali perché deve poter far funzionare in modo efficiente il governo della federazione. Scalia aveva preso posizione in modo apparentemente chiaro sul tema del rapporto fra i limiti ai poteri politici dettati dalla Costituzione e l'efficienza dell'azione di governo in un caso a proposito del *recess appointment* nel 2014, affermando che la decisione della maggioranza in quel caso «demonstrates the folly of interpreting constitutional provisions designed to establish “a structure of government that would protect liberty,” [...] on the narrow-minded assumption that their only purpose is to make the government run as efficiently as possible. “Convenience and efficiency,” we have repeatedly recognized, “are not the primary objectives” of our constitutional framework»⁷⁰. Chissà se a qualcuno dei giudici conservatori capiterà di rileggere questa opinione di Scalia nel prossimo quadriennio e ripensare in modo critico al contenuto di *Trump v. U.S.*

2424

Davide Zecca
Dipartimento di Studi Giuridici
Università comm.le L. Bocconi
zecca.davide@unibocconi.it

⁶⁷ *Remarks by President Biden in a Farewell Address to the Nation*, 15 gennaio 2025, www.whitehouse.gov/briefing-room/speeches-remarks/2025/01/15/remarks-by-president-biden-in-a-farewell-address-to-the-nation/.

⁶⁸ Per un bilancio sulle sfide che attendono l'ordinamento statunitense al tramonto del mandato di Joe Biden si veda G.F. Ferrari, *Editoriale – La presidenza Biden e gli orizzonti futuri della democrazia americana*, in *DPCE*, 2024, 3, V-XII.

⁶⁹ *Doing What He Said He Would: President Trump's Transparent, Principled and Consistent Process for Choosing a Supreme Court Nominee*, 31 gennaio 2017, trumpwhitehouse.archives.gov/briefings-statements/said-president-trumps-transparent-principled-consistent-process-choosing-supreme-court-nominee/.

⁷⁰ *NLRB v. Noel Canning*, 573 U.S. 513 (2014), Scalia J., Conc. Op., 11 (Slip Op.).