

Rivista N°: 1/2018
DATA PUBBLICAZIONE: 26/03/2018

AUTORE: Elettra Stradella *

I POTERI NORMATIVI DELL'ESECUTIVO NEGLI STATI UNITI: ALCUNI SPUNTI RICOSTRUTTIVI

Sommario: 1. Potere esecutivo "unilaterale", esecutivo unitario e poteri di normazione nella Costituzione nord-americana del 1787. – 2. Una classificazione degli atti normativi ed aventi valore di legge dell'Esecutivo. – 3. Il potere di veto. 3.1. Il veto parziale (incostituzionalità e recupero attraverso l'utilizzo di signing statements) – 4. Gli executive orders. – 4.1. Tassonomia degli executive orders. – 5. Le "altre" presidential directives. – 6. I signing statements. – 6.1. Tassonomia dei signing statements. – 7. La delegated legislation (e le relazioni tra legislative veto e poteri normativi dell'esecutivo). – 8. Considerazioni di sintesi.

1. Potere esecutivo "unilaterale", esecutivo unitario e poteri di normazione nella Costituzione nord-americana del 1787

Il primo interrogativo da cui prendere le mosse per affrontare lo studio dei poteri normativi dell'Esecutivo negli Stati Uniti è quello circa i fondamenti del potere presidenziale nel sistema costituzionale di riferimento.

"*The executive power shall be vested in a President of the United States of America*": questo il dettato del primo paragrafo dell'articolo II della Costituzione federale. In questi termini, dunque, i Padri costituenti delineano il "figurino istituzionale" del Presidente, che è posto a capo del potere esecutivo del governo, ed ha la direzione politico-amministrativa su tutti i dipartimenti governativi e le agenzie, che compongono l'apparato amministrativo dell'esecutivo¹.

In realtà, fin dalle origini del sistema costituzionale nord-americano, natura e limiti dei poteri presidenziali sono stati un elemento particolarmente controverso. Già all'indomani

* Ricercatrice di Diritto pubblico comparato nell'Università di Pisa.

¹ Si veda per questa sintesi R. B. CASH, *Presidential Power: Use and Enforcement of Executive Orders*, in *Notre Dame Law Review*, vol. 39, n. 1/1963, spec. p. 44.

dell'adozione della Costituzione federale, nel 1793, l'interpretazione della locuzione "potere esecutivo" diviene oggetto di conflitto, quando l'Inghilterra dichiara guerra alla Francia, i sentimenti antinglesi si rinforzano e con essi quelli francofilii. Un aspro scontro emerge nel governo di Washington sulla questione se il Presidente debba o meno emanare una proclamazione "con lo scopo di prevenire interferenze dei cittadini degli Stati Uniti nella guerra tra la Francia e la Gran Bretagna"². Alla fine viene adottata una *proclamation* con la quale si impone ai cittadini degli Stati Uniti di mantenere condotte amichevoli e imparziali nei confronti delle potenze belligeranti, corredando l'obbligo posto con la previsione della possibilità di incriminazione per chi non si fosse attenuto all'ordine³. Sulla proclamazione si scatena la disputa tra Hamilton e Madison⁴, il primo impegnato a sostenere la costituzionalità della *proclamation* sulla base del fatto che la clausola aperta *ex art.* Il sarebbe tale da garantire questo tipo di poteri, e le previsioni successive confermerebbero una garanzia generale dei poteri presidenziali, operante nei soli limiti e con le sole restrizioni espressamente individuate dalla Costituzione. Tale costituzionalità, peraltro, sarebbe a maggior ragione indiscutibile in un ambito, come quello della politica estera, nel quale il Presidente vanterebbe un'intrinseca funzione esecutiva. Per parte sua, invece, Madison ritiene la proclamazione incostituzionale, affermando che riconoscere in capo al Presidente il potere di emanare una proclamazione del genere significherebbe attribuire a questi, e non al Congresso, il diritto di scegliere tra la guerra e la pace, un diritto che si porrebbe così in contrasto con il diritto costituzionale di dichiarare guerra⁵. Al di là della conclusione della vicenda, che avviene con l'approvazione da parte del Congresso, l'anno successivo, di una legge sulla neutralità, la controversia è significativa per comprendere come neppure nel settore della politica estera, dove un particolare ruolo è in effetti riconosciuto al Presidente, è stato pacifico, fin dalle origini, lo spazio legittimo del potere presidenziale e, in particolare, quanto e cosa di questo potere potesse essere esercitato attraverso atti normativi.

Già nella prima edizione del volume che segna tutta la riflessione politologica (ma anche giuridica) nord-americana sul ruolo del Presidente, Neustadt⁶ osservava che i presidenti hanno in realtà poteri formali molto limitati, sicuramente inferiori rispetto a quelli che sarebbero loro necessari per andare incontro alle enormi aspettative che incombono sul loro ruolo all'interno del sistema politico e costituzionale.

Per questa ragione per molti anni è invalsa l'idea, rintracciabile in quello scritto, e caldeggiata anche da molti Presidenti, per cui l'elemento essenziale di una *leadership* presidenziale solida non sarebbe l'esercizio dei poteri presidenziali formalmente riconosciuti, bensì le capacità, il temperamento, le caratteristiche personali della persona che ricopre il ruolo⁷.

² Cfr. C. M. THOMAS, *American Neutrality in 1793: A Study in Cabinet Government*, Columbia University Press, 1931, p. 26

³ *Ibidem*, p. 42.

⁴ Cfr. E. S. CORWIN, *The President, Office and Powers*, New York, New York University Press, 1957, spec. p. 179.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Cfr. R. E. NEUSTADT, *Presidential power and the modern Presidents*, New York, Free Press, 1960.

⁷ Cfr. T. M. MOE – W. G. HOWELL, *Unilateral Action and Presidential Power: A Theory*, in *Presidential Studies Quarterly*, vol. 29, n. 4/1999.

La natura del Presidente quale organo monocratico a rilevanza personale è spesso ritenuta, anche in altri contesti ordinamentali, determinante nel delineare le caratteristiche dell'istituzione presidenziale descritta quindi come esercitante un ruolo a geometria variabile, segnato dalla natura, dalle attitudini, dall'approccio istituzionale, propri di chi riveste l'incarico.

Tale riflessione è molto sviluppata anche in contesti caratterizzati da una forma di governo (assai) diversa da quella statunitense; si pensi all'Italia, dove trova momenti di particolare sviluppo in presenza di Presidenti che esercitano, per così dire, una pienezza di funzioni in contesti costituzionali nei quali (e ciò non è infrequente) le maglie larghe che tali funzioni descrivono ben si prestano alla nota "fisarmonica" che Giuliano Amato metaforicamente richiamava⁸.

D'altra parte è da diversi anni che negli Stati Uniti, come in altre esperienze costituzionali, si riflette sulla necessità di ridimensionare tale portata soggettiva dell'istituzione presidenziale, al fine di liberare l'analisi da quegli "imperscrutabili moventi soggettivi, pur esistenti e reali"⁹, che solo in via molto limitata e residuale possono in ultima istanza condizionare le trasformazioni oggettive di un'istituzione¹⁰.

Sembra necessario per l'esperienza statunitense, così come avviene per altre esperienze costituzionali, prendere le mosse intanto dai poteri formali che sono assegnati al Presidente (non soltanto dalla Costituzione), per giungere all'elemento centrale che ne configura l'identità: quello della sua (formale) capacità di assumere azioni unilaterali al fine di realizzare una produzione normativa propria.

Da questo punto di vista, al Presidente degli Stati Uniti è in primo luogo assegnato dalla stessa Costituzione un potere sostanzialmente legislativo (sebbene, per così dire, di legislazione negativa) che è rappresentato dal potere di veto. Se è vero che, come si dirà, tale potere incontra dei limiti, tra cui in particolare la sua superabilità da parte del Congresso (ma con una maggioranza molto ampia), nonché (soprattutto) il limite oggettivo rappresentato dal divieto di veti parziali (v. *infra* par. 3.1), d'altra parte esso costituisce un fondamentale elemento di compartecipazione del Presidente alla funzione di indirizzo politico, non potendo in nessun caso essere confuso (pena l'incorrere in un errore di comparazione) con il potere di rinvio assegnato dalla Costituzione italiana al Presidente della Repubblica.

⁸ Per la verità tale definizione non è mai stata formalmente precisata da Giuliano Amato, come ricordato da G. PASQUINO, *L'elasticità della Presidenza della Repubblica*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2013, p. 111 ss.

⁹ Cfr. A. BALDASSARRE - C. MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale. Da De Nicola a Pertini*, Roma-Bari 1985, p. 219.

¹⁰ Si pensi alla riflessione che sulla presidenza italiana sviluppavano Baldassarre e Mezzanotte, secondo i quali "i ruoli presidenziali hanno una propria oggettività che deriva loro dalle condizioni del sistema politico, e che in una certa misura prescinde dalle intenzioni di chi li impersona". Gli Autori esprimono la tesi analizzando il caso del Presidente Segni e soffermandosi sul fatto che la sua investitura politica era bastata da sola a comporre un'immagine e scolpire un ruolo, facendo del Presidente della Repubblica il punto di riferimento delle attenzioni e delle aspettative più degli apparati burocratico-militari che non delle forze che si riconoscevano nella Costituzione, cfr. A. BALDASSARRE - C. MEZZANOTTE, *ibidem*, spec. p. 135. Sulla questione si consenta di rinviare a E. STRADILLA, *L'elezione del Presidente della Repubblica: spunti dall'Europa, prospettive per l'Italia*, Pisa, Pisa University Press, 2013.

Accanto a questo, il Presidente esercita una costante azione unilaterale, del tipo appena esposto, attraverso l'utilizzo di *executive orders*, di proclamazioni o *executive agreements* (in particolare nell'ambito della politica estera), o di direttive presidenziali, in molti casi fondate sulle esigenze di sicurezza nazionale. Ma qualsiasi strumento scelga, dei vari che saranno analizzati nei paragrafi successivi, il risultato finale è comunque che i presidenti possono legiferare, e legiferano senza un'autorizzazione o una delega espressa da parte del Congresso, adottando atti che sono assunti sotto la loro diretta e immediata responsabilità, e senza che per l'adozione siano stabilite particolari condizioni (quali ad esempio circostanze di particolare necessità o urgenza).

Sotto il profilo costituzionale, se una certa ambiguità è, com'è noto, già riscontrabile negli *enumerated powers* individuati in capo al Congresso, la Costituzione risulta particolarmente ambigua per quanto concerne la natura e l'estensione dei poteri presidenziali. Essa infatti attribuisce al Presidente il "potere esecutivo" e la responsabilità di "*take care that the laws be faithfully executed*" ma non specifica né che cosa significhi *executive power* – silenzio che potrebbe forse essere tollerabile per l'elaborazione teorica che accompagna tale espressione ed il suo utilizzo pressoché costante in tutte o quasi le Carte costituzionali – né in cosa possa e debba concretizzarsi il compito di garantire una fedele esecuzione delle leggi.

Infatti, a meno di non voler ritenere la formula utilizzata un'endiadi, dovendo attribuire a tale espressione una funzione autonoma, e conferirle dunque un significato proprio da cui derivino competenze concrete riconducibili in capo al Presidente, sembra doversi fare ricorso ad un'interpretazione costituzionale che conduce, d'altra parte, ad un potenziale assorbimento nella *take care clause* di ogni sorta di intervento che egli intenda assumere.

Il presidente si trova dunque in una posizione privilegiata per trarre vantaggio da questa ambiguità. In primo luogo, sebbene gli sia affidata la funzione di dare esecuzione alle leggi approvate dal Congresso, egli esercita un'autorità indipendente all'interno del sistema costituzionale e i suoi poteri hanno un fondamento giuridico autonomo che gli consentono di porre in essere atti che non costituiscono i meri riflessi della volontà espressa dal Congresso. Insomma, non si tratta certo di un mero agente, mandatario, o esecutore del Congresso. L'idea che il Congresso sia l'organo titolare del potere legislativo e che il compito principale del Presidente sia quello di dare esecuzione alle leggi da questo emanate, tradisce assolutamente l'essenza della separazione dei poteri per come delineata all'interno della Costituzione degli Stati Uniti. Il Presidente è un'istituzione con un proprio *status* costituzionale, e un'autorità propria che trova diretto fondamento nella Costituzione, del tutto speculare a quella del Congresso, non certo ad esso subordinata.

Proprio l'ambiguità, e la flessibilità della figura presidenziale bene trapelano dalle riflessioni del Presidente Roosevelt sul suo ruolo, quando ricorda che "il fattore più importante da cogliere per comprendere il vero spirito della mia Amministrazione, oltre all'accento posto sul coraggio, sull'onestà, e su una genuina democrazia che si alimenta del desiderio di servire il popolo, è la rilevanza fondante della teoria in base alla quale il potere esecutivo è stato costituzionalmente limitato soltanto da specifiche restrizioni e vincoli espressamente individuati dalla Costituzione o imposti dal Congresso nell'esercizio dei suoi poteri costituzional-

mente stabiliti”¹¹; e lo stesso Roosevelt dichiara apertamente il suo rifiuto nell’acceptare una visione in base alla quale il Presidente non sarebbe legittimato a fare qualcosa che ritiene imprescindibile nell’interesse della Nazione, a meno che non riceva una specifica autorizzazione a farlo, ragione per cui afferma di non aver mai usurpato un potere (quello del Congresso, eminentemente), bensì di aver espanso (pur ampiamente) l’utilizzo del potere esecutivo che gli è costituzionalmente attribuito¹².

La visione di Roosevelt del potere presidenziale è dunque fondata su un’interpretazione *all-inclusive*, ovvero, come si dirà in seguito, segnata da un approccio degli *implied powers* sostanzialmente importato dalla lettura che la Corte Suprema offre, a partire dal caso *Mc Culloch*, della *necessary and proper clause* con riferimento all’intervento del legislatore federale.

Anche gli studi operati dai politologi, e ci si riferisce in particolare a quelle ricerche che mostrano come i presidenti che possono contare su un robusto sostegno pubblico utilizzano strumenti quali gli *executive orders* meno frequentemente di quanto non facciano quelli che invece non hanno grande sostegno popolare¹³, illustrano come, fermo restando che i presidenti operano in un sistema pluralistico e frammentato, nel quale fondamentali risultano le loro doti di *moral e political suasion*, il potere presidenziale varia soprattutto in relazione alle fonti costituzionali e legislative del potere unilaterale sul quale, e attraverso il quale, ciascun Presidente declina la propria presidenza e realizza il proprio progetto politico.

Alla valutazione del dato costituzionale, e delle prassi sviluppatesi, si aggiunge il contributo offerto sul punto dalla giurisprudenza.

Sulla distribuzione dei poteri tra Congresso ed Esecutivo, infatti, la Corte Suprema ha in diverse occasioni dato espresso sostegno¹⁴ ad una visione della separazione dei poteri elaborata già dal giudice Jackson nella sua *concurring opinion* in *Youngstown Sheet Tube Co. v. Sawyer*¹⁵. In quella *opinion* il giudice indicava che esistono zone di “*exclusive executive power*” e di “*exclusive legislative power*”, che ogni potere può esercitare senza compromettere l’esercizio dell’altro potere, ma esiste anche una “*twilight zone of concurrent power, (in which) either the President or Congress can act in the absence of initiative by the other. If both attempt to act in ways that bring their wills into conflict, the deadlock must be resolved in favor of congressional action through valid legislation, which includes legislation passed over a presidential veto*”¹⁶.

¹¹ Cfr. T. ROOSEVELT, *Notes for a Possible Autobiography*, in W. H. TAFT, *The President and His Powers*, Columbia Paperback, 1967, spec. p. 143. Trad. Dell’A.

¹² *Ibidem*, p. 143, “*I did not usurp power but I did greatly broaden the use of executive power*”.

¹³ Cfr. K. MAYER - K. PRICE, *Unilateral Presidential Powers: Significant Executive Orders, 1949-1999*, in *Presidential Studies Quarterly*, vol. 32, n. 2/2002, spec. p. 379.

¹⁴ Cfr. *Nixon v. Administrator of General Service* 433 U.S. 425, 443 (1977), *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1, 122 (1976), *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683, 707 (1974), *National Ass’n of Letter Carriers v. Austin*, 418 U.S. 264, 273 n. 5 (1974).

¹⁵ Cfr. 343 U.S. 579, 634 (1952).

¹⁶ Si veda sul punto Memorandum, *Indochina: The Constitutional Crisis*, in 116 Cong. Rec. 15,409, 15,411 (1970) (curato da Alexander Bickel and Elias Clark), cit. in M. J. GERHARDT, *Crisis and Constitutionalism*, Faculty Publications. Paper 861, William & Mary Law School, 2002.

Nell'*opinion* si legge come all'interno della "twilight zone" dei poteri concorrenti, il Presidente può basarsi ed utilizzare in via autonoma anche soltanto i suoi poteri indipendenti. La Corte sembra dunque instaurare un test triadico attraverso il quale verifica: innanzitutto se l'intervento si colloca in una zona in cui il Presidente ha poteri indipendenti, poi se nell'esercizio di tali poteri indipendenti il Presidente ha ecceduto dei limiti, e la verifica dell'"eccesso di potere" passa attraverso la constatazione se tali limiti derivavano (e forse solo da questo possono derivare in questi casi) da una volontà espressa del Congresso.

In *Myers v. United States*¹⁷, *leading case* della Corte Taft sulla "take care clause" si ritiene incostituzionale una previsione legislativa che si proponeva di limitare il potere presidenziale di revoca dei direttori degli uffici postali di livello più alto. Lì la Corte afferma il potere del Presidente di supervisionare e guidare l'attuazione legislativa al fine di assicurare un'esecuzione unitaria e uniforme delle leggi ai sensi dell'articolo II della Costituzione¹⁸.

D'altra parte, la Corte in quel caso conclude che l'esecutivo federale, a differenza del Congresso, può esercitare poteri che si collocano al di fuori dell'enumerazione costituzionale soltanto nella misura in cui essi non risultino vietati dal testo costituzionale. Nelle parole del giudice Taft, il potere esecutivo è stato conferito in termini generali dalla Costituzione, rafforzato attraverso previsioni specifiche quando una sottolineatura delle sue funzioni è stata ritenuta opportuna e appropriata, ed è stato sottoposto a limiti espressi quando tale limitazione si è ritenuta necessaria¹⁹: l' "inherent power" dell'esecutivo sembra in qualche modo distinguersi dai poteri impliciti del Congresso, e soprattutto ritagliarsi in quegli spazi di potere comunque garantito dalla Costituzione, e su di essa direttamente fondato, sebbene non declinati nelle enumerazioni contenute all'interno del testo costituzionale.

La Corte, nell'interpretare i contenuti vaghi e ambigui dell'articolo II, ha poi in molti casi delimitato i poteri presidenziali, ma soprattutto sulla scorta di preoccupazioni funzionali, più che testuali, similmente a quanto proposto dagli autori che hanno cercato di costruire un approccio funzionale per valutare i poteri presidenziali in relazione alla sua attività di *administrative decisionmaking*²⁰. In questo tipo di ricostruzioni si sottolinea come, almeno in assenza di una legislazione espressamente contraria, le corti dovrebbero determinare il fine legittimo del ruolo espresso dal presidente nell'attività di *rulemaking* delle agenzie non tentando di caratterizzare le funzioni delle agenzie come di per sé stesse "esecutive" o "legislative", ma piuttosto in ossequio a due ordini generali di limiti: quelli stabiliti dai *checks and balances* rappresentati dalle altre istituzioni politiche, e quelli stabiliti dalle esigenze e dalle regole derivanti dal *due process*²¹.

¹⁷ 272 U.S. 52 (1926).

¹⁸ Si veda anche *Public Citizens v. Burke* 843 F.2d 1473, 1477 (D.C. Cir. 1988), nella quale si afferma che il Presidente in carica, in forza della previsione dell'art. II della Costituzione in forza della *Take Care Clause* non può che essere legittimato a reggere e guidare l'interpretazione delle leggi da parte dei suoi sottoposti, o comunque di chi è a lui subordinato. Cfr. G. P. MILLER, *The Unitary Executive in a Unified Theory of Constitutional Law: the Problem of Interpretation*, 15 *Cardozo Law Review* 201, 1993.

¹⁹ Cfr. *Myers v. United States*, cit., spec. 118.

²⁰ Cfr. H. H. BRUFF, *Presidential Power and Administrative Rulemaking*, 88 *Yale Law Journal* 451, 1979.

²¹ *Ibidem*, spec. p. 487.

Tale tipo di analisi, d'altra parte, pur essendo utile a valutare teleologicamente la legittimità dell'intervento presidenziale nella "twilight zone" non è certo in grado di offrire un'esauriente spiegazione della legittimità costituzionale (o meno) dell'attribuzione al Presidente di un ruolo direttivo in materia di *rulemaking*, e rischia peraltro di sottovalutare l'effettiva portata dei poteri indipendenti ed unilaterali del Presidente in grado di porsi in espresso, ma soprattutto in implicito conflitto con le politiche legislative del Congresso. Visione diversa è quella di chi ritiene²² che il Presidente, in maniera non dissimile dal Congresso, abbia degli "implied core powers", l'esercizio individuale dei quali sarebbe limitato esclusivamente dai principi di ragionevolezza/razionalità e di adeguatezza costituzionale. In qualche modo, si applicherebbe la ben nota sentenza *Mc Culloch*²³ per giustificare i poteri (normativi) impliciti del Presidente.

Naturalmente, gli ideologi dei poteri presidenziali impliciti sostengono che debbano essere ridimensionate le preoccupazioni di preservare la priorità politica e istituzionale del potere legislativo, e che una capacità del Presidente (comunque soggetta a limiti) di dirigere la politica nazionale non possa in alcun modo sminuire i poteri del Congresso. La difesa aprioristica del "leave it to Congress", quindi, si baserebbe soltanto su un'idea forse statica e non costituzionalmente viva, per così dire, del principio della separazione dei poteri.

D'altro canto, chi ritiene che consentire al Presidente di divenire legislatore positivo (e non solo negativo, come accade con il *veto power*, su cui si rinvia al par. 3) e di definire le linee fondamentali della politica nazionale attraverso l'utilizzo di *executive orders* e altre direttive presidenziali, tradisca gravemente l'intento dei costituenti, sottolinea come negare al Presidente un potere di *lawmaking* non significa alterare il ruolo forte che la Costituzione assegna allo stesso attraverso la costruzione di un esecutivo unitario, e prevedendo per questo tutta una serie di altre caratteristiche, riconducibili al fenomeno dei *checks and balances*: com'è noto il Senato può rifiutarsi di confermare alcune nomine presidenziali, ma è il Presidente che assume l'iniziativa e ha il potere di proposta di funzionari, ambasciatori e giudici federali; né il Senato né la Camera dei rappresentanti possono costringere il Presidente ad agire, esercitando il suo potere esecutivo, né possono imporgli in alcun modo di condividerlo; infine, è noto, il mandato quadriennale del presidente è pressoché irriducibile, se non attraverso un procedimento gravoso quale quello di *impeachment*, ed il potere "legislativo negativo" esercitabile attraverso il veto è contrastabile soltanto dall'elevata maggioranza dei due terzi del Congresso²⁴.

²² Cfr. P. M. SHANE, *Presidential Regulatory Oversight and the Separation of Powers: The Constitutionality of Executive Order No. 12,291*, in 23 *Arizona Law Review*, 1981.

²³ Cfr. *Mc Culloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819).

²⁴ Sulla teoria dell'esecutivo unitario in contrapposizione proprio all'affermazione del *lawmaking* presidenziale, Cfr. S. G. CALABRESI, *Some Normative Arguments for the Unitary Executive*, 48 *Arkansas Law Review* 23, 1995. In generale, per un inquadramento dei *checks and balances* nel sistema costituzionale degli Stati Uniti si veda la principale manualistica di diritto costituzionale, a partire ancora da L. TRIBE, *American Constitutional Law*, New York, 2000. Cfr. anche S. GRIFFIN, *American Constitutionalism. From Theory to Politics*, Princeton University Press, 1998.

2. Una classificazione degli atti normativi ed aventi valore di legge dell'Esecutivo

Qualsiasi classificazione degli atti legislativi, normativi, e degli atti aventi valore di legge promananti dal potere esecutivo nel sistema costituzionale statunitense deve prendere le mosse da una riflessione più ampia che attiene il rapporto tra “*formal power*”, poteri formali del Presidente, e “*persuasion*”, capacità del presidente di convincere, di generare *compliance* delle sue azioni e dei suoi provvedimenti negli attori istituzionali che insieme a lui compongono l'equilibrio tra i poteri congeniati nella Costituzione del 1787.

Non però nella chiave interpretativa offerta ormai diversi anni fa dal citato Neustadt, anche nell'edizione più recente della sua opera²⁵, secondo la quale, come ricordato, i presidenti normalmente non garantiscono l'attuazione dei propri programmi e obiettivi attraverso atti di “comando”, che costituirebbero invece una sorta di *extrema ratio* rispetto ad uno stile caratterizzato dal prevalente utilizzo di altri rimedi, essenzialmente di natura persuasiva. Bensì in una chiave di maggiore integrazione, e non di dicotomia tra le diverse attitudini insite nel ruolo costituzionale del Presidente, e nel suo ruolo normativo.

Un'attitudine dunque composita che trova adeguata illustrazione nella clausola costituzionale del “*Take care*”. L'evanescenza della previsione²⁶ risiede principalmente nella duplice, e doppiamente articolata visione del Presidente che essa traduce: motore dell'esecutivo, esso stesso esecutivo; garante dell'esecuzione delle norme, esso stesso esecutore²⁷.

Non vi sono dubbi che l'esercizio dei poteri da parte del Presidente degli Stati Uniti, più di quanto non accada nella semipresidenziale Repubblica francese, è condizionato dal fenomeno della *compliance*. Un fenomeno che riguarda d'altra parte il sistema nord-americano nel suo complesso, dove la fitta trama di relazioni tra gli attori istituzionali, e le numerose interdipendenze che tra essi si dipanano, comportano inevitabilmente che per il perseguimento dei propri obiettivi di mandato il Presidente debba da un lato utilizzare i propri poteri formali per istituire e configurare le istituzioni che lo circondano e standardizzare le loro interazioni con gli altri soggetti che operano al di fuori degli apparati amministrativi dell'Esecutivo, e dall'altro impiegare risorse strategiche per produrre *compliance* nell'interazione con gli altri attori politici. Non ci si può qui soffermare su questo tipo di riflessione, in parte non giuridica e debitrice delle riflessioni che i politologi istituzionalisti hanno promosso, ma è essenziale tenerla presente perché proprio l'attività normativa dell'esecutivo si colloca all'interno di questa relazione. Anzi, si può comprendere come e perché atti che apparirebbero formalmente esecutivi sono in realtà atti sostanzialmente normativi proprio attraverso le considerazioni che si sono svolte.

²⁵ Cfr. R. E. NEUSTADT, *Presidential power and the modern presidents: The politics of leadership from Roosevelt to Reagan*, New York, Free Press, 1990.

²⁶ Ben illustrata già da E. CORWIN, *The President: Office and Powers*, New York, New York University Press, 1948, *passim*.

²⁷ Si veda sul punto K. MAYER-K. PRICE, *Unilateral Presidential Powers: Significant Executive Orders, 1949-1999*, cit., p. 371 ss.

Basti pensare agli *executive orders*, ai quali saranno dedicati i parr. 4 e 4.1: alcuni, molti tra questi, dotati di un evidente significato politico, non possono essere considerati come fenomeni esecutivi. Ciò si manifesta chiaramente nella lunga storia degli *executive orders* riguardanti l'integrazione e i diritti civili: ci si riferisce in particolare a quello di Truman con il quale si stabilisce l'integrazione all'interno delle forze armate, a quelli di Kennedy e di Johnson con i quali si prevedono azioni positive in materia di contrattazione federale, a quello di Reagan con il quale si tenta di limitare il ruolo delle preferenze etniche nei programmi federali di azioni positive, fino ai più recenti, adottati da Obama e da Trump, con i quali sono stati impressi cambiamenti radicali nelle politiche in materia di immigrazione e di integrazione dei migranti. Si tratta di strumenti con i quali il Presidente può facilitare e veicolare innovazioni importanti all'interno del procedimento legislativo, concretizzare propri orientamenti politici e ideologici, guidare le trasformazioni sociali.

Certamente, il crescente utilizzo degli *executive orders* e delle altre fonti presidenziali, incarnanti il potere di indirizzo e di direzione politica del Presidente, è una questione che si pone con vigore nel sistema statunitense, ed è fenomeno che sembra complessivamente crescere, sebbene non con un andamento regolare, e comunque senza una ricorrenza specifica connessa all'appartenenza politica del Presidente in carica.

In generale, le direttive presidenziali divengono atti presidenziali aventi valore di legge, in assenza di una precisa definizione costituzionale dei poteri normativi dell'esecutivo, per lo meno nei termini che si conoscono nelle principali esperienze di *civil law*. Esse sono utilizzate per promulgare leggi, e per sostenere, non solo retoricamente, iniziative normative in modo tale da aggirare il Congresso nella produzione di regole aventi carattere legislativo²⁸.

Certamente non aiuta il fatto che non esista una definizione costituzionale, ma neppure legislativa, degli *executive orders*; una definizione si rintraccia all'interno di una ricerca realizzata dal Congresso in una delle prime fasi di incremento quantitativo e qualitativo dell'utilizzo dello strumento, nella quale sono definite come direttive o azioni assunte dal Presidente che hanno "*force and effect of law*", quando trovino fondamento sull'autorità derivante al Presidente dalla Costituzione o da una legge²⁹.

L'elemento centrale, quindi, è quello della forza e del valore di legge: *force*, intesa in questo caso come modo di relazionarsi delle fonti normative presidenziali con le altre fonti, e dunque possibilità per gli atti dell'esecutivo di completare e integrare la fonte legislativa del Congresso in un rapporto gerarchicamente paritario, ma anche come *effect*, nel senso della natura propria dell'atto presidenziale che è atto normativo, avente piena capacità trasformativa della realtà giuridica³⁰.

²⁸ Cfr. T. L. BRANUM, *President or King – The Use and Abuse of Executive Orders in Modern-Day America*, 28 *Journal of Legislation*, 2002.

²⁹ Cfr. Commission on Governmental Operations, 85th Congress, *Executive Orders and Proclamations: A Study of a Use of Presidential Powers*, 14, Commission Print 1957.

³⁰ Sulla *force and effect of law* degli executive orders nella giurisprudenza cfr., tra le moltissime, e come prime, *Gnotta v. United States*, 415 F.2d 1271, 1275 (8th Cir. 1969), cert. denied, 397 U.S. 934 (1970); *Farkas v. Texas Instrument, Inc.*, 375 F.2d 629, 632 n.1 (5th Cir.), cert. denied, 389 U.S. 977 (1967); *Farmer v. Philadelphia Elec. Co.*, 329 F.2d 3, 7 (3d Cir. 1964), *United States v. Pink*, 315 U.S. 203 (1942); *Jenkins v. Collard*, 145 U.S. 546 (1893); *Mississippi v. Johnson*, 71 U.S. (4 Wall.) 475 (1866).

Una classificazione degli atti presidenziali può dunque essere operata tenendo conto della *force* e dell'*effect* degli stessi, che, ove insieme presenti, fanno dell'intervento governativo un atto avente (forza e) valore di legge, ma possono in varia misura configurare atti normativi dell'Esecutivo.

Tutto questo con l'accortezza che deve derivare dalla non sempre agevole distinzione, nel contesto statunitense, tra potere legislativo e potere esecutivo; distinzione che sembra in alcuni casi diventare più una gradazione, che non una separazione in natura, sostanza, finalità³¹.

I Presidenti emanano *proclamations*, *signing statements*, *presidential memoranda*, e numerose tipologie di *presidential directives* tra cui una posizione peculiare assumono le *National Security Presidential Directives*.

La differenza fondamentale tra un *executive order* e una *proclamation* sta nel fatto che il primo (si tornerà su questo punto) è generalmente un provvedimento interno, diretto ai funzionari governativi e alle agenzie, mentre una proclamazione è generalmente rivolta al di fuori degli apparati governativi. Ma è da verificare se si tratti di una differenza formale o anche sostanziale, o meglio di una differenza apparente, ciò che in alcuni casi sembra aver sostenuto la Corte Suprema, affermando che non vi sarebbero differenze tra i due atti dal punto di vista degli effetti giuridici che sono in grado di produrre³². Ma su questo punto si tornerà, aprendo una prospettiva diversa rispetto a quella tracciata da una giurisprudenza non a caso piuttosto risalente nel tempo.

I *signing statements*, ai quali, così come agli *executive orders*, sarà dedicato un approfondimento specifico, generalmente si accompagnano alla firma presidenziale delle leggi del Congresso, possono anche contenere elementi per così dire rituali o formali come il ringraziamento a chi ha elaborato il progetto di legge, ma, in casi ben più significativi, possono esprimere il disaccordo, la critica, nonché la manifesta volontà di inattuazione legislativa ed esecutiva, sull'atto sottoposto alla firma (e, contestualmente, effettivamente firmato dal Presidente).

Come nel caso degli *executive orders*, i *signing statements* possono o meno configurarsi come atti normativi dell'esecutivo, o, addirittura, come atti aventi valore di legge, a seconda dei contenuti effettivi, e quindi risulta difficile classificarli una volta per tutte come fonti legislative, *sub specie* di atti normativi del governo, senza verificare caso per caso la loro capacità innovativa³³.

I *presidential memoranda* sono spesso utilizzati insieme agli *executive orders*, e i due strumenti si intersecano (com'è accaduto anche di recente, si vedrà, con la Presidenza Trump): questi possono contenere significative integrazioni o interpretazioni delle previsioni e delle affermazioni contenute all'interno di un *executive order*. Sebbene l'utilizzo "integrato" con gli *executive orders* sia frequente, in realtà la *ratio* originaria dell'istituto è differente, in

³¹ Cfr. *Mistretta v. Unites States*, 488 U.S. 361, 415 (1989) (si veda il *dissent* del giudice Scalia), e S. G. BREYER *et al.*, *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text, and Cases*, Aspen Publishers, 2006.

³² Cfr. *Wolsey v. Chapman*, 101 U.S. 755, 770 (1879).

³³ Cfr. *Executive Orders and Proclamations: A Study of a Use of Presidential Power*, cit., spec. p. 49.

quanto attiene soprattutto alla necessità di giungere a risultati concreti stabiliti dalla legge, prevalentemente nel settore della politica estera, o di comunicare formalmente e istituzionalmente l'avvio di un processo o di un procedimento.

Le *National Security Presidential Directives* assumono una rilevanza specifica e autonoma a partire dalla seconda amministrazione Bush, quando sotto tale veste sembrano essere inserite tutte le direttive presidenziali in materia di politica estera, ma corrispondono sostanzialmente ad una tipologia di direttiva presidenziale già conosciuta nel corso delle amministrazioni Kennedy e Johnson come *National Security Action Memorandum*, con le presidenze Truman e Eisenhower come *National Security Council Policy Papers*, mentre con Nixon assumevano la denominazione di *National Security Decision Memorandum*, con Carter rientravano più semplicemente nel novero delle generali *Presidential Directives*, e con Clinton assumono la denominazione di *Presidential Decision Directives*. Il dato di fondo sta nel fatto che si tratta di un insieme di direttive presidenziali che si concentrano su questioni di politica estera, ma attraverso la politica estera producono un impatto significativo anche sulla politica interna, e, soprattutto, nell'assoluta indipendenza di tali fonti dall'autorizzazione, ovvero dal controllo, del Congresso, che può restare del tutto all'oscuro della loro stessa emanazione, non sussistendo neppure alcun obbligo di notifica o di comunicazione al riguardo³⁴.

In generale, la stragrande maggioranza delle direttive presidenziali può collocarsi all'interno di due principali macrocategorie funzionali la cui origine risale alla prima emanazione di direttive da parte del Presidente Washington nel 1789. Non si tratta di una distinzione avente un fondamento normativo, ma di un'utile specificazione a fini ricostruttivi e di mappatura dei poteri normativi dell'Esecutivo³⁵.

Una prima (ampia) categoria comprende documenti contenenti istruzioni scritte del Presidente rivolte ai funzionari dell'esecutivo su come debbano svolgere i propri compiti³⁶: gran parte degli *executive orders* (per lo meno sotto il profilo quantitativo) rientra all'interno di questa categoria. Un'altra categoria comprende invece dichiarazioni scritte che comunicano una decisione presidenziale, o comunque proclamazioni che si rivolgono ad un gruppo più ampio di soggetti, siano questi funzionari governativi, l'opinione pubblica in generale, o addirittura governi e poteri esterni alla Federazione: in questa seconda categoria rientrano gran parte delle proclamazioni presidenziali.

La distinzione tra le due macrocategorie è però per sua natura statica, e tiene forse poco conto del fatto che tipi diversi di direttive possono produrre gli stessi effetti, e, dunque, più che il dato formale o nominalistico, rileva quello sostanziale e teleologico.

Le leggi spesso delegano il Presidente ad adottare un determinato tipo di direttiva, come un *executive order* o una proclamazione; ma nessuna legge mai si sofferma a distinguere tra loro questi atti, qualificandoli sotto il profilo normativo o amministrativo: gli unici fat-

³⁴ Cfr. H. C. RELYEA, *Congressional Research Service. Presidential Directives: Background and Overview* 11-12, 2001 (Report n. 98-611).

³⁵ Cfr. T. F. GRAZIANO, *The Use and Abuse of Executive Orders and Other Presidential Directives*, 5 *Texas Review of Law & Politics*, 2001, spec. p. 288.

³⁶ Sulle origini nella Presidenza Washington, G. CALABRESI – C. S. YOO, *The Removal Power: The Unitary Executive During the First Half-Century*, 47 *Case Western Reserve Journal* 1451-1476, 1997.

tori distintivi si traggono quindi dalle prassi e da alcuni elementi tipici, riscontrabili nell'utilizzo che tradizionalmente ne è stato fatto, quali il titolo e alcune formule di rito che nelle diverse categorie possono rintracciarsi³⁷.

Nonostante questo, gli studiosi del tema sono riusciti ad identificare più di venti tipologie di direttive presidenziali³⁸, che comprendono *administrative orders, certificates, designations of officials, executive orders, general licenses, interpretations, letters on tariffs and international trade, military orders, national security instruments* (che al loro interno comprendono varie forme tra cui *memoranda, national security decision directives, national security directives, national security reviews, national security study memoranda, presidential review directives, presidential decision directives*), *presidential announcements, presidential findings, presidential reorganization plans, presidential signing statements, e proclamations*.

Di tutto questo materiale l'unica traccia "positiva" è rintracciabile in una legge federale risalente al 1935. In essa si stabilisce che le *presidential proclamations* e gli *executive orders "of general applicability and legal effect"*, dunque non tutti, si lascia intendere, ma soltanto quelli che presentano determinate caratteristiche sostanziali riconnesse agli effetti normativi che sono in grado di produrre, e dunque, riprendendo le considerazioni sopra espresse, al loro valore di legge, devono essere pubblicati nel Registro Federale a meno che il Presidente non stabilisca diversamente per ragioni di sicurezza nazionale o per altre specifiche ragioni³⁹. Oltre a questo riferimento non ne esistono altri organici, e soltanto specifici nelle singole leggi federali che delegano poteri normativi al Presidente chiedendogli di esercitarli attraverso l'emaneazione di un particolare tipo di direttiva, generalmente una proclamazione pubblicata o un *executive order*.

L'evoluzione dell'utilizzo dei diversi atti governativi (potenzialmente) normativi si è sviluppata lungo due direzioni: quella degli effetti orizzontali, e quella dell'utilizzo di tali atti in via sostitutiva rispetto al procedimento legislativo.

Sotto il primo profilo, si evidenzia come sempre più forte sia l'impatto che questi provvedimenti esercitano sui diritti individuali: mentre per molti anni la maggioranza dei cittadini americani è stata del tutto inconsapevole circa l'esistenza di atti come gli *executive orders*, utilizzati dai governi nel loro concreto operare ma racchiusi all'interno della sfera delle relazioni tra organi dell'amministrazione federale, potenti mezzi di direzione e indirizzo dei pubblici funzionari, ormai la percezione dell'utilizzo di tali strumenti è ben presente anche

³⁷ Cfr. H. C. RELYEA, *Congressional Research Service, Presidential Directives: Background and Overview*, CRS Report n. 98-611, 2001. E si veda l'aggiornamento del 2008, che riprende questa premessa essenziale.

³⁸ Il Report sopra citato è certamente la fonte più completa ed autorevole sul punto, che si rivolge in particolare ai membri del Congresso e agli altri soggetti istituzionali per garantire una piena consapevolezza circa la molteplicità degli strumenti utilizzati dall'Esecutivo nell'esercizio delle sue funzioni esecutive/di indirizzo politico-amministrativo.

³⁹ Cfr. T. F. GRAZIANO, *The Use and Abuse of Executive Orders and Other Presidential Directives*, 5 *Texas Review of Law & Politics*, cit., spec. p. 292.

nell'opinione pubblica perché risulta chiaro come questi incidano sulle situazioni giuridiche soggettive individuali⁴⁰.

Gli *executive orders* che incidono direttamente su soggetti privati sono denominati da taluni come “*Presidential Ordinances*”, ordinanze presidenziali, invece di ordini, proprio per distinguere dagli altri quegli atti che hanno natura propriamente legislativa, definita dalla capacità degli stessi di produrre effetti *erga omnes*⁴¹, e il cui scopo dipende dalla fonte da cui il Presidente trae il potere di emanazione dell'atto, dalla relazione che lega l'atto ad un eventuale paradigma legislativo, e alla situazione che l'atto si propone di disciplinare⁴². Le “ordinanze presidenziali”, vale a dire gli *executive orders* aventi natura legislativa, *rectius* aventi effetti orizzontali diretti, agiscono, d'accordo con quanto la stessa giurisprudenza ha tracciato, “come se” fossero leggi federali, tanto che un'ordinanza valida è in grado di impedire l'adozione di una legge statale che con essa si ponga in contrasto⁴³.

Il principale problema, a questo proposito, è quello della difficoltà, che generalmente si traduce in impossibilità, di sollevare in giudizio le direttive presidenziali⁴⁴. Ciò deriva dal fatto che la direttiva presidenziale, per poter essere giudicata nel merito, deve non soltanto produrre effetti orizzontali, ma anche poter essere impugnata di fronte ad un giudice da un soggetto legittimato a farlo, ciò che non pare semplicissimo se si considera il rifiuto, espresso da parte delle Corti, della *congressional standing doctrine* che avrebbe consentito a singoli membri del Congresso di presentare una *injunction* di fronte alle corti distrettuali federali per impedire l'esecuzione di una direttiva presidenziale ritenuta contraria alla legge e alla Costituzione, sulla base di una lesione del loro diritto di voto⁴⁵.

In generale, la Corte Suprema da tempo ha ammesso la sua incompetenza a dare esecuzione a decisioni che dichiarano l'incostituzionalità di atti del Presidente⁴⁶, e tale incompetenza è ulteriormente ampliata quando si tratti di questioni che attengono la politica estera, in quanto “il Presidente è l'unico organo della Nazione per quanto concerne le sue relazioni esterne, e l'unico rappresentante di fronte alle nazioni straniere”⁴⁷.

Sotto il secondo profilo, quello relativo all'utilizzo in via sostitutiva, l’*“executive pen”* del Presidente che vince, indiscutibilmente, per rapidità ed incisività, sul procedimento legi-

⁴⁰ Cfr. J. A. STERLING, *Above the Law: Evolution of Executive Orders (Part One)*, 31 *University of West Los Angeles Law Review* 99-100, 2000.

⁴¹ Cfr. J. HART, *The Ordinance-Making Powers of the President of the United States*, Baltimore, The John Hopkins Press, 1925.

⁴² *Ibidem*, spec. p. 67 ss.

⁴³ Cfr. *Old Dominion Branch No. 496 v. Austin*, 48 U.S. 264 (1974) e *Colorado Anti-Discrimination Comm'n v. Continental Air Lines, Inc.*, 372 U.S. 714, 724-725 (1963), cit. in J. E. NOYES, *Executive Orders, Presidential Intent, and Private Rights of Action*, cit. spec. p. 841.

⁴⁴ Cfr. B. L. LIANG, *National Legal Center for the Public Interest, A Zone of Twilight: Executive Orders in the Modern Policy State*, 1999, cit. in T. F. GRAZIANO, cit. Sul problema della giustiziabilità degli *executive orders* cfr. Anche W. D. NEIGHBORS, *Presidential Legislation by Executive Orders*, 37 *University of Colorado Law Review*, 1964, spec. p. 112 ss.

⁴⁵ Il caso che affronta esplicitamente tale teoria, e conduce alla sua negazione, è relativo ad un *executive order* del Presidente Clinton, n. 13.061 del 1998, ed è affrontato dalla Corte distrettuale prima, e poi dalla Corte d'Appello per il District of Columbia, cfr. *Chenoweth v. Clinton*, 181 F.3d 112, 117 (D.C. Cir. 1999).

⁴⁶ Si veda a partire da *Korematsu v. United States* 323 U.S. 214, 248 (1944).

⁴⁷ Cfr. *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.* 299 U.S. 304, 319 (1936).

slativo, ad esso si sostituisce o, più ambigualmente, si sovrappone, quando la penna del Presidente apparentemente approva (firmando il *bill* a lui sottoposto), ma in realtà scrive un'altra narrazione giuridica, e orientando, più o meno dettagliatamente, l'attuazione della legge, giunge finanche a trasformarne i contenuti normativi⁴⁸.

3. Il potere di veto

Dopo aver tentato di ricondurre ad unità il multiforme insieme degli atti dell'Esecutivo aventi valore legislativo, e prima di affrontare nello specifico ciascuno di essi, le loro caratteristiche, e le prassi emerse ed emergenti nel loro utilizzo, occorre soffermarsi per un attimo su quello che nel par. 1 è stato definito come potere legislativo negativo del Presidente.

Infatti, il tema del veto, della sua natura legislativa, e dell'estensione della sua capacità di "abilitare" il presidente nel realizzare specifici risultati legislativi, è un tema classico quanto ineludibile nell'ambito dello studio dei poteri normativi dell'esecutivo negli Stati Uniti⁴⁹.

È noto come tale istituto risulti complesso e multifaccettato, sia sotto il profilo delle modalità con le quali si presenta (si rintracciano veti accompagnati da messaggi per così dire di rito, e altri nei quali possono leggersi veri e propri manifesti presidenziali politici e politico-costituzionali), sia per quanto attiene le funzioni che il veto è chiamato a svolgere, strumento talvolta di controllo preventivo di costituzionalità (anche per ciò che concerne il riparto di competenze tra Federazione e Stati), in altri casi verifica nel merito dell'opportunità dell'intervento legislativo, e dunque atto di indirizzo politico-legislativo (se non atto legislativo *tout court*)⁵⁰, altre volte, ancora, strumento comunicativo attraverso il quale il Presidente ricerca consenso all'interno dell'opinione pubblica, risponde ai dubbi che sente animare la società civile e politica, rafforza (o cerca di rafforzare) periodicamente la legittimazione popolare che gli deriva dalle modalità con le quali viene eletto.

Tale variabilità corrisponde ad altrettante trasformazioni sotto il profilo quantitativo, poiché le diverse presidenze si sono caratterizzate per un utilizzo del potere di veto anche molto distante numericamente tra l'una e l'altra. Se nei primi anni della storia costituzionale statunitense i veti sono stati pochi, e i Presidenti si sono caratterizzati per un atteggiamento di *self-restraint* particolarmente deferente nei confronti del potere legislativo del Congresso, già da Madison, fino all'estremo rappresentato dai 635 veti del Presidente Roosevelt, il veto diviene un mezzo quasi ordinario con il quale si orientano le politiche, ma soprattutto un vero e proprio atto normativo dell'Esecutivo, con cui dunque si ampliano le competenze del governo e si esprime, più o meno direttamente, una certa idea del potere esecutivo, insieme

⁴⁸ Sul tema e per la metafora della penna, spesso utilizzata nella pubblicistica nord-americana, cfr. K. R. MAYER, *With a Stroke of a Pen. Executive Orders and Presidential Power*, Princeton University Press, 2002.

⁴⁹ Sul potere di veto nella dottrina italiana cfr. A. BURATTI, *Veti presidenziali. Presidenti e maggioranze nell'esperienza costituzionale statunitense*, Roma, Carocci, 2012.

⁵⁰ Così sviluppatosi anche attraverso il suo farsi strumento di minaccia e condizionamento dell'iter legislativo, cfr. A. BURATTI, *ibidem*, spec. p. 124, nonché A. M. SCHLESINGER J., *The Imperial Presidency*, Boston Houghton, Mifflin, 1973.

unitario⁵¹, in quanto tutto consolidato intorno alla figura del Presidente, e unilaterale, in quanto in grado di incidere autonomamente sulla sfera giuridica degli individui e sulle politiche della Federazione attraverso atti aventi lo stesso valore, e la stessa forza, della legge.

In ogni caso, anche dopo la trasformazione del veto in senso maggiormente proattivo, non si è assistito ad un *climax* ascendente nel suo utilizzo, per lo meno dal punto di vista quantitativo, e neppure la presenza o meno di un *divided government* sembra influenzare il “peso” del ricorso dei Presidenti all’istituto⁵², ferma restando l’incidenza rivestita, anche dal punto di vista del calcolo dei veti, del c.d. *pocket veto*.

Ma l’aspetto più interessante e attuale sul tema è forse dato dalla natura e dalla latitudine del veto presidenziale quale unica forma espressa di attribuzione di potere legislativo al Presidente all’interno della Costituzione degli Stati Uniti. Nella Costituzione il ruolo dell’Esecutivo non è esteso ad un’effettiva capacità di *lawmaking*; il Presidente non può agire a meno che le sue azioni non siano riconducibili ad una specifica attribuzione di poteri, ragione per cui sembrerebbe, secondo alcuni, più corretto parlare di discrezionalità presidenziale che non di vero e proprio potere di “*lawmaking*”⁵³: una discrezionalità che può spingersi a completare il dettato legislativo, ma non a farsene promotrice, in luogo del legislatore. Sarebbe quindi una scelta consapevole dei Padri costituenti quella di togliere il potere di *lawmaking* dalle mani dell’esecutivo, per lasciare un’unica funzione legislativa al Presidente. Tale funzione consisterebbe peraltro in una “legislazione negativa”, in quanto con il veto il Presidente può semplicemente opporsi ad un provvedimento legislativo (poiché la Corte Suprema, come si dirà, ha ritenuto incompatibile con la Costituzione il veto parziale, e dunque manipolativo della legge, che non a caso, come si vedrà, si riaffaccia attraverso lo strumento dei *signing statements*). La *ratio* sarebbe quella di accettare il rischio di un sistema parzialmente inefficiente, o non del tutto efficiente, nel quale le scelte fondamentali e generali sono sotto-

⁵¹ Cfr. *Ibidem*, p. 141 ss.

⁵² E’ il caso ad esempio delle presidenze di George W. Bush e di Barack Obama: soltanto 20, in entrambi i casi, i veti espressi dai due Presidenti, tra i quali alcuni oggetto di discussione se si tratti o meno di *pocket vetoes*. Com’è noto, si utilizza tale espressione per indicare il fenomeno in base al quale il Presidente non firma il progetto di legge, ben consapevole però che lo stesso non potrà essere rinviato al Congresso nei dieci giorni successivi, dato che il Congresso in quel momento non è riunito. Gli effetti del “veto in tasca” derivano dalla disposizione costituzionale rintracciabile all’interno dell’art. I, sez. 7, in base alla quale “Se un progetto non viene rinviato dal Presidente entro 10 giorni (domeniche escluse) dopo che gli è stato presentato, lo stesso progetto diventa legge, come se fosse stato firmato, a meno che il Congresso, aggiornandosi, non abbia impedito che gli venisse rinviato, nel qual caso il progetto non diventerà legge”. Infatti, proprio nel caso in cui il Congresso decida di aggiornarsi, opererà il *pocket veto*: veto, a tutti gli effetti, ma tacito. La stretta dipendenza della qualificazione o meno come *pocket veto* di un evento relativo ad un progetto di legge dai comportamenti del Congresso, e, di più, dalle motivazioni che muovono tali comportamenti, rende evidentemente non univoca l’interpretazione circa l’essersi o meno verificato, in un dato caso, un *pocket veto*.

⁵³ Cfr. P. BOWMAN, *The Separation of Powers: Myth or Reality?*, in *Derailing the Constitution* 114-115, Edward B. McLean ed., 1995, dove si sottolinea come i costituenti americani avessero ben presente non soltanto il ruolo tirannico esercitato da Giorgio III, ma anche i rischi di un potere centralizzato quale quello previsto negli *Articles of Confederation* del 1776, deboli ed inefficienti sicuramente a causa della scelta di una struttura confederale, ma anche di un potere accentrato e di una scarsa separazione tra i poteri.

poste ad un procedimento di elaborazione e approvazione più complesso rispetto al mero “tratto di penna” presidenziale, ma in cui si garantisce protezione dall’arbitrio⁵⁴.

Il veto presidenziale, al momento della redazione della Costituzione nord-americana, non era visto come un controllo primario sull’utilizzo sostanziale del potere legislativo; la natura rappresentativa del Congresso e il *judicial review of legislation* erano considerati strumenti sufficienti e adeguati allo scopo. Il veto, dunque, era piuttosto considerato prevalentemente come uno strumento di protezione del potere esecutivo, finalizzato ad assicurare un’attenzione da parte del legislatore nei confronti delle posizioni dell’Esecutivo. È il combinato disposto della “*presentation clause*” con la “*veto clause*”, che definisce il potere di veto come mezzo di protezione del potere esecutivo e non come strumento di controllo del potere legislativo.

Va sottolineato che la *presentation clause*, originariamente, nel suo testo finale, prevedeva (art. I, § 7, cl. 2) che “*every bill*” approvato dal Congresso deve essere sottoposto al Presidente per la sua approvazione, ciò che mostra immediatamente le criticità potenzialmente derivanti dal fatto che il Congresso può deliberare non soltanto attraverso *bills*, ma anche attraverso altre forme di voto e risoluzioni che secondo la lettera della clausola n. 2 non sarebbero stati soggetti al veto presidenziale. Per questa ragione è aggiunta un’integrazione alla clausola, ove si richiede che “*every Order, Resolution, or Vote*” siano presentati al Presidente⁵⁵.

D’altra parte è condiviso l’assunto per cui il Presidente ha il potere, se non il dovere, di prendere in considerazione le regole, i principi, e i valori costituzionali quando decide se porre o meno il veto su un progetto di legge. E, per lo meno nelle primissime fasi della storia costituzionale americana, il potere di veto è stato effettivamente esercitato sulla base di valutazioni di ordine costituzionale⁵⁶.

3.1. Il veto parziale (incostituzionalità e recupero attraverso l’utilizzo di signing statements)

La storia dell’*item veto* nella dottrina e nel dibattito nord-americano nasce già nella seconda metà del XIX secolo, coinvolgendo studiosi e politici sulla costituzionalità, l’opportunità, e l’utilità di attribuire al Presidente il potere di sottoporre a veto soltanto parti dei progetti di legge che gli sono presentati dal Congresso⁵⁷; e alcuni ne fanno risalire l’origine all’epoca coloniale, in particolare nelle funzioni svolte dal British Board of Trade che,

⁵⁴ Cfr. E. BURGIN, *Congress and Foreign Policy, The Misperceptions*, in *Congress Reconsidered* 334 L. C. Dodd – B. Oppenheimer eds., 1993. Secondo l’idea per cui il potere esecutivo non può avere l’amministrazione diretta o completa delle funzioni di un altro ramo del sistema costituzionale, così come il legislativo e il giudiziario non dovrebbero avere un controllo completo sull’esercizio del potere esecutivo, cfr. J. MADISON, in *The Federalist, paper* n. 48, B. Fletcher Wright ed., 1996, che parla di “*overruling influence over the others*”.

⁵⁵ Sul punto cfr. J. K. JAVITS – G. J. KLEIN, *Congressional Oversight and the Legislative Veto: A Constitutional Analysis*, 52 *New York University Law Review* 455, 1977.

⁵⁶ Cfr. C. L. BLACK JR., *On the Veto*, 40 *Law & Contemporary Problems* 871, 1976.

⁵⁷ Cfr. R. J. SPITZER, *The Presidential Veto*, New York, Suny Press, 1988 e Id., *Symposium on the Line-Item Veto*, in *Notre Dame Journal of Law, Ethics, and Public Policy*, 1 (1985).

per conto della Corona britannica, avrebbe controllato e vagliato la legislazione coloniale anche attraverso l'esercizio di un potere di veto totale e parziale, e prevalentemente mediante un veto selettivo, qualificabile come una sorta di *line item veto*⁵⁸. Il riferimento alle origini dell'istituto non ha, evidentemente, soltanto o prevalentemente la finalità di addentrarsi nella storia costituzionale o di fare dell'archeologia giuridica, quanto piuttosto serve a comprendere se e in che termini i Padri costituenti conoscessero lo strumento. Verificata dunque la consapevolezza degli stessi circa la possibilità che anche singole frazioni di legge potessero, in linea teorica, essere sottoposte a veto, resta però da comprendere se l'assenza in Costituzione di previsioni espresse in tal senso vada letta come un'implicita accettazione e prosecuzione dello schema precedente, ovvero come la scelta consapevole di non attribuire al Presidente tale possibilità.

La storia legislativa dell'istituto dell'*item veto* nasce invece all'inizio degli anni Novanta del XX secolo, quando un Congresso repubblicano intraprende un ambizioso progetto di cambiamento, comprensivo di una serie di riforme istituzionali pensate per modificare i processi decisionali e deliberativi all'interno del Congresso⁵⁹. In questo contesto, uno degli elementi centrali è la previsione di un *line item veto* a livello federale, che trova effettiva attuazione nel *Line Item Veto Act* (LIVA) del 1996, un provvedimento che solleva immediatamente dubbi circa la sua legittimità costituzionale, e, com'è noto, sarà oggetto della sentenza della Corte Suprema *Clinton v. City of New York* con la quale viene affermata l'incompatibilità dello strumento, considerato elusivo della *Presentment Clause* di cui all'art I, § 7, cl. 2⁶⁰, con la Costituzione federale⁶¹.

La legge, in realtà, sebbene orientata verso un rafforzamento del potere presidenziale di veto al di fuori delle caratteristiche definite dalla Costituzione, contiene una previsione che sostanzialmente ne riduce la portata: il Presidente infatti, secondo quanto previsto dal LIVA, è autorizzato a cancellare specifiche disposizioni dal progetto di legge soltanto nel momento in cui ha firmato il provvedimento normativo che tali previsioni contiene. Insomma, l'*item veto* è alternativo al veto, e pone il Presidente nella condizione di scegliere se rischiare, ponendo un veto totale (che magari intenderebbe porre), di non poter in alcun modo cancellare una

⁵⁸ Cfr. F. McDONALD, *The Framers' Conception of the Veto Power*, in *Pork Barrels and Principles*, Washington, National Legal Center for the Public Interest, 1988, cit. da R. J. SPITZER, *The Constitutionality of the Presidential Line-Item Veto*, in *Political Science Quarterly*, vol. 112, n. 2/1997, spec. p. 264 ss.

⁵⁹ Ma la riflessione sull'opportunità dello strumento è precedente, cfr. R. M. ROSS – F. SCHWENGEL, *An Item Veto for the President?*, 12 *Presidential Study Quarterly* 66, 68-69, 1982, A. J. DIXON, *The Case for the Line-Item Veto*, 1 *Notre Dame Journal of Law Ethics and Public Policy* 207, 1985.

⁶⁰ La clausola sembra infatti prevedere che il veto possa applicarsi soltanto a proposte di legge (*bills*) e non a singole frazioni; da qui l'inferenza, considerata piuttosto pacifica, per cui un *item veto* non sarebbe in alcun modo assegnato dalla Costituzione federale al Presidente, cfr. M. RAPPAPORT, *The President's Veto and the Constitution*, 87 *Northwestern University Law Review* 735, 1993, e ID., *Veto Burdens and the Line Item Veto Act*, 91 *Northwestern University Law Review* 771 (1996-1997).

⁶¹ Cfr. *Clinton v. City of New York*, 118 U.S. 2091 (1998). Sulle ragioni politiche e politico-istituzionali che conducono il Congresso all'approvazione della legge cfr. N. DEVINS – M. A. FITTS, *The Triumph of Timing: Raines v. Byrd and the Modern Supreme Court's Attempt to Control Constitutional Confrontations*, 86 *Georgia Law Journal* 351, 1997. Sui profili dell'*item veto* più strettamente connessi alla sua origine nel LIVA, vale a dire quelli relativi ai profili finanziari, cfr. E. GARRET, *Accountability and Restraint: The Federal Budget Process and the Line Item Veto Act*, 20 *Cardozo Law Review* 871, 1999.

singola previsione (di spesa, generalmente) nel caso in cui tale veto sia superato dal Congresso con la maggioranza dei due terzi, oppure, per così dire, accontentarsi di un veto parziale che blocchi l'esecuzione di una porzione del provvedimento sottoposto alla sua firma, ciò che comporta però che la firma sia apposta. Si tratta di ciò che è stato definito come *veto burden*, vale a dire una previsione (comportante oneri) attraverso la quale si fa dipendere il contenuto di un provvedimento normativo, e non la sua entrata in vigore, dal fatto che il Presidente decida o meno di apporre il veto e che il Congresso lo superi⁶².

La questione di ordine costituzionale che la legge pone attiene al problema se il potere presidenziale di cancellazione, che si applica alle previsioni in materia di tassazione di spesa, possa consentire o meno al Presidente di (di fatto) legiferare senza che questo avvenga nel rispetto del criterio costituzionalmente stabilito del bicameralismo⁶³. Nella logica seguita dalla Corte Suprema un'azione che impedisca ad una legge di *having legal force or effect* è un'azione legislativa. D'altra parte se questa qualificazione è valida, e lo è innegabilmente, per il potere di veto, al quale si attribuisce, come già sottolineato, valenza normativa, dovrebbe esserlo allora anche per l'atto di cancellazione di una parte di un progetto di legge, ed in particolare quella relativa al finanziamento delle politiche che il Congresso ha deliberato, considerato che il progetto di legge che scaturisce dalla cancellazione è una versione "mutilata" di quello approvato dal Congresso e non è il prodotto del procedimento descritto e così stabilito dai costituenti⁶⁴. L'*iter* argomentativo della Corte e quindi la "soluzione" della questione sul "veto parziale" non fa in realtà che riprendere il ragionamento svolto negli anni Ottanta in riferimento al veto legislativo, e si radica con forza su un'interpretazione rigida della dottrina della separazione dei poteri, e sulla stretta connessione tra questa e il principio del bicameralismo, inteso come suo corollario. D'altra parte, la sentenza pone un particolare accento sul rispetto della *Presentment Clause*, previsione costituzionale volta in realtà a limitare i poteri del Congresso, e non quelli dell'Esecutivo, nella permanente azione di *checks and balances* di cui i costituenti permeano le relazioni tra gli organi di indirizzo politico e di garanzia all'interno del sistema costituzionale, e per questo non accontenta del tutto neppure

⁶² Cfr. M. RAPPAPORT, *Veto Burdens and the Line Item Veto Act*, cit. spec. p. 778 ss. L'autore si sofferma sulla costituzionalità di tale fenomeno, e conclude sostenendo piuttosto perentoriamente e illimitatamente l'incostituzionalità, che, in ultima istanza, sembra fondarsi soprattutto sulla considerazione per cui la Costituzione non consentirebbe al Congresso di delegare potere legislativo al Presidente e, benché i *veto burdens* possano essere visti come forme di delega di potere legislativo o esecutivo in capo al Presidente, in entrambi i casi risulterebbero incostituzionali in quanto deleganti; tutto ciò sebbene possano, come sottolineato, essere utilizzati per condizionare la decisione del Presidente di porre o meno il veto su un progetto del Congresso, cfr. *ibidem*, p. 791 ss. *Contra*, ritiene che il *line item veto* attribuito dal Congresso al Presidente si collochi perfettamente all'interno dei tradizionali limiti e degli standard previsti per la delega B. W. BELL, *Dead Again: The Nondelegation Doctrine, The Rules/Standards Dilemma and The Line Item Veto*, 44 *Villanova Law Review* 189, 1999.

⁶³ Individuano questo come uno dei tre problemi di ordine costituzionale che il LIVA pone P. G. JOYCE – R. D. REISCHAUER, *The Federal Line-Item Veto: What Is It and What Will It Do?*, in *Public Administration Review*, vol. 57, n. 2/1997, spec. p. 99. Gli altri problemi, tra i quali soltanto il primo è affrontato nella riflessione che qui si propone, sarebbero quello dell'eccessiva delega di *lawmaking power* da parte del Congresso nei confronti dell'Esecutivo, e quello per cui la legge permetterebbe al potere esecutivo di "intimidire" il potere giudiziario con la minaccia di utilizzare l'*item veto* al fine di limitare le risorse finanziarie necessarie per il suo funzionamento, di modo da assicurarsi decisioni favorevoli delle corti.

⁶⁴ E' l'idea espressa in *Clinton v. New York*, cit., spec. 2093, che d'altra parte riprende, citandola, la sentenza *Chadha* sul *legislative veto*, sulla quale ci si soffermerà in seguito.

i più puri sostenitori del principio della separazione dei poteri come argine pressoché assoluto all'esercizio da parte dell'esecutivo di poteri sostanzialmente legislativi⁶⁵.

Peraltro, la portata del LIVA era meno dirimpente di quanto potesse apparire, considerato che la possibilità per il Presidente di "stralciare" uno specifico progetto dal provvedimento di spesa (possibilità che gli sarebbe stata evidentemente preclusa una volta firmato il provvedimento stesso) risultava confinata all'interno di una *sunset provision*, poiché il potere di cancellazione attribuito era comunque sottoposto ad un termine, fissato nel 2004; elemento non trascurabile se si considera che qualsiasi tipo di delega che sia accompagnata da un impegno legislativo espresso a verificarne gli esiti e rivalutare la scelta operata è chiaramente più stringente, e dalle maglie più strette, rispetto a deleghe che non contengono termini⁶⁶. Ma la Corte non interpreta il caso come una questione relativa, o assimilabile, ad un problema concernente la delega legislativa, e non tratta il potere di cancellazione come potere rientrante nell'*executive power*⁶⁷.

La mancanza di un potere di veto parziale, e la sua stigmatizzazione con *Clinton v. New York*, è un elemento molto discusso e percepito come particolarmente penalizzante sia da una parte del Congresso, sia dall'Esecutivo, già all'indomani della pronuncia della Corte Suprema.

Non è un caso che molti membri di entrambe le Camere del Congresso abbiano in più occasioni tentato di recuperare il *line item veto* attraverso un emendamento costituzionale, senza alcun successo per la verità⁶⁸.

Negli ultimi anni, i Presidenti hanno incontrato non poche difficoltà derivanti dalla prassi, affermatasi nel Congresso, di approvare "*omnibus legislation*", nel cui ambito non possono mancare parti che non incontrano il favore del Presidente⁶⁹. L'assenza della possibilità di un veto parziale rappresenta chiaramente un elemento di debolezza per il potere esecutivo che il Congresso tende a sfruttare con sempre maggiore malizia, spesso adottando provvedimenti legislativi caratterizzati da una significativa ampiezza ed eterogeneità.

Già il Presidente Bush individua come rimedio a tale tendenza l'utilizzo (forse anormale, ma su questo si tornerà ancora nel par. 6) dei *signing statements*, quali strumento di interpretazione della legge, quando non di vera e propria affermazione del rifiuto di dare esecuzione a provvedimenti normativi considerati incostituzionali o politicamente pericolosi. E lo stesso Obama, benché in campagna elettorale avesse dichiarato che "mentre è legittimo per un Presidente emanare un *signing statement* al fine di chiarire la sua interpretazione di pre-

⁶⁵ Cfr. M. T. KLINE, *The Line Item Veto and the Separation of Powers*, in *California Law Review*, vol. 88, 1999, p. 181 ss.

⁶⁶ Sul ruolo delle *sunset provisions* nei processi di delegazione legislativa negli Stati Uniti cfr. S. A. BARBER, *The Constitution and the Delegation of Congressional Power*, University of Chicago Press, Chicago, 1975, spec. p. 10, e V. D. AMAR, *Indirect Effects of Direct Election: A Structural Examination of the Seventeenth Amendment*, 49 *Vanderbilt Law Review* 1347-1378, 1996, cit. in E. GARRET, *Accountability and Restraint: The Federal Budget Process and the Line Item Veto Act*, cit., spec. p. 885 ss.

⁶⁷ Ciò che aveva fatto invece in una giurisprudenza precedente, cfr. *Bowsher v. Synar* 478 U.S. 714 (1986).

⁶⁸ Cfr. B. POWELL, *Line Item Veto*, 37 *Harvard Journal on Legislation*, 2000, spec. 253 ss.

⁶⁹ Cfr. A. BURATTI, *Seeking the Balance: Obama's Use of the Veto Power*, in G. F. FERRARI (ed), *American Presidency after Barack Obama*, Eleven, 2018, spec. p. 42 ss.

visioni legislative ambigue [...], rappresenta un evidente abuso di potere l'utilizzo di questi *statement* come strumento per vanificare leggi che non sono gradite al Presidente [...]", e si fosse espressamente impegnato a non "use signing statements to nullify or undermine Congressional restrictions as enacted into law", non farà che riprendere il cospicuo utilizzo dello strumento fatto dal suo predecessore, giustificando la scelta proprio con lo stretto legame sussistente tra *signing statements* e cattiva qualità della legislazione del Congresso, nonché classificando puntualmente le ragioni che possono fondare un utilizzo costituzionalmente legittimo e fondato dello strumento: l'esigenza di informare immediatamente il Congresso circa i dubbi del Presidente sulla costituzionalità di un progetto di legge; l'utilizzo di opinioni condivise sull'incostituzionalità di una previsione; la presentazione di rilievi circa l'incostituzionalità che siano precisi e non generici; l'interpretazione delle previsioni oggetto dello *statement* in modo coerente con il loro disposto letterale⁷⁰.

4. Gli executive orders

Gli *executive orders* nascono come direttive amministrative, ed insieme alle altre *presidential directives* non presentano di per sé elementi di conflittualità politica, né costituzionale.

Nel tempo, però, tendono ad assumere un valore, oltre che un significato, legislativo. Tre esempi mostrano un percorso che pur non potendo essere rappresentato come un *climax* ascendente, in quanto permane ad oggi una notevole variabilità interna, come si vedrà, tra *executive orders*, per quanto riguarda natura e portata normativa, illustra certamente il passaggio storico irreversibile che interessa questa tipologia di fonte.

Nel 1952 il Presidente Truman attraverso un *executive order* si appropria delle acciaierie⁷¹, nel 1953 i responsabili delle agenzie sono sottoposti ad un *executive order*⁷² che impone loro di dare applicazione alla clausola di non discriminazione nei contratti pubblici; nel 1962 il Presidente Kennedy emana un importantissimo *order*⁷³ per la garanzia delle pari opportunità nel settore dell'*housing*.

Spesso i Presidenti hanno utilizzato gli *executive orders* per dare attuazione a politiche interne ed estere di particolare rilevanza. È una costante presidenziale, certo particolarmente accentuata in alcune presidenze, ma comunque invariante rispetto all'appartenenza politica, se si pone mente da un lato all'esplosione quantitativa e qualitativa registrata con la presidenza Clinton, dall'altro alla lista di *executive orders* emanati dall'attuale Presidente Trump (più di cinquanta nel momento in cui si scrive, a solo un anno, e poco più, dal suo insediamento).

⁷⁰ Cfr. B. OBAMA, *Memorandum on Presidential Signing Statements*, 9 marzo 2009, su cui *ibidem*, p. 44 ss.

⁷¹ Cfr. *Executive Order* n. 10340, 17 Fed. Reg. 3139 (1952).

⁷² Cfr. *Executive Order* n. 10479, 18 Fed. Reg. 4899 (1953).

⁷³ Cfr. *Executive Order* n. 11063, 27. Fed. Reg. 11527 (1962).

Come già accennato, gli *executive orders* si qualificano come direttive presidenziali che richiedono o autorizzano alcune azioni da realizzarsi all'interno dell'apparato esecutivo del governo federale. I Presidenti le hanno utilizzate per riorganizzare le agenzie all'interno dell'apparato amministrativo federale, per agire sui processi amministrativi e di regolazione, per modellare l'interpretazione e l'attuazione legislativa, per promuovere e realizzare politiche pubbliche all'interno (almeno formalmente) dei confini del loro potere e della loro autorità per come delineati dalla Costituzione e dalla legge; confini non così netti, per la verità, e spesso resi morbidi anche dall'interpretazione offerta dalla Corte Suprema, tesa, in alcuni casi, a descrivere una visione espansiva della discrezionalità presidenziale⁷⁴. Un'idea utile a descrivere il variegato ambito degli *executive orders* è quella della loro multidimensionalità, intesa come capacità di esprimere e declinare le diverse dimensioni del potere esecutivo del Presidente degli Stati Uniti⁷⁵.

La dottrina si è interrogata sui limiti costituzionali degli *executive orders*⁷⁶.

A questo proposito va tenuto innanzitutto presente che la sola e unica base giuridica della fonte *executive orders* è rappresentata dall'art. II § 3 della Costituzione, ove è contenuta la *take care clause*. Un riferimento di carattere generale, ma più che altro procedimentale, è contenuto in un *executive order*, il n. 11030, che riguarda la preparazione, la presentazione, e la pubblicazione di *executive orders* e *proclamations*, ma nulla enuncia circa l'eventuale previsione di standard federali concernenti le finalità dell'atto ovvero le materie nelle quali può intervenire⁷⁷.

Tale provvedimento contiene previsioni di natura sostanziale, basti pensare a quella in cui si richiede che le agenzie, "*to the extent permitted by the law*", "*adhere*", dunque si conformino a una serie di principi generali nell'esercizio dell'attività regolativa, sia di carattere innovativo sia di carattere modificativo. Si tratta di principi che richiedono alle agenzie di fondare le proprie decisioni amministrative su informazioni adeguate in merito all'effettiva necessità e all'impatto dell'intervento governativo proposto, e di stabilire dei precisi obiettivi di regolazione, individuando le priorità di intervento, e di realizzare l'attività regolativa in maniera tale da massimizzare i benefici in relazione ai costi. Questo tipo di principi, apparentemente generali, o neutrali, traducevano in quel contesto un'impostazione politica ben precisa, mirando chiaramente a stabilire per le agenzie delle modalità di intervento orientate alla massimizzazione del risparmio economico-finanziario, alla riduzione degli interventi regolativi, configurandosi invero come un'appendice sostanziale, e non procedurale, alla legislazione.

⁷⁴ Cfr. K. MAYER-K. PRICE, *Unilateral Presidential Powers: Significant Executive Orders*, cit., spec. p. 373.

⁷⁵ Cfr. A. L. WARBER, *Executive Orders and the Modern Presidency: Legislating from the Oval Office*, Lynne Rienner, 2006.

⁷⁶ Tra le prime riflessioni sistematiche della dottrina, cfr. J. FLEISHMAN, A. AUFUSES, *Law and orders: The problem of presidential legislation*, in *Law and Contemporary Problems* 40, 1-45, 1976; W. HEBE, *Executive orders and the development of presidential power*, in *Villanova Law Review*, 17, 688-712, 1972; W. NEIGHBORS, *Presidential legislation by executive order*, in *University of Colorado Law Review*, 37, 105-18, 1964; R. CASH, *Presidential Power. Use and Enforcement of executive orders*, in *Notre Dame Lawyer*, 39, 44, 55, 1963.

⁷⁷ Cfr. J. E. NOYES, *Executive Orders, Presidential Intent, and Private Rights of Action*, 59 *Texas Law Review*, 1981, spec. p. 839.

Il primo caso di invalidazione completa di un *executive order* da parte della Corte Suprema si ha con *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*⁷⁸. In quel caso l'atto, già citato, era stato emanato dal Presidente Truman durante la Seconda Guerra Mondiale, e rivolto al Segretario di Stato al commercio che avrebbe dovuto appropriarsi delle acciaierie coinvolte in un conflitto derivate dallo sciopero dei lavoratori in esse impiegati. Truman fonda in quel caso l'esercizio del suo potere su esigenze di emergenza nazionale derivanti dalla possibile interruzione della produzione delle acciaierie proprio nel corso del conflitto bellico. È interessante notare che in quel caso il Presidente notifica l'*order* in seguito alla sua emanazione, e il Congresso sembra prenderne atto. Nonostante questo la Corte Suprema lo ritiene illegittimo, sostenendo che l'autorità normativa del Presidente deve in ogni caso trarre fondamento da un atto del Congresso, ovvero direttamente dalla Costituzione⁷⁹; nelle parole della Corte del caso *Youngstown* il Presidente è un "executor" delle leggi e non un "lawmaker"⁸⁰. Il silenzio del Congresso, ovvero il suo "non enactment" nell'autorizzare la legislazione proveniente dall'esecutivo, equivale, nella visione espressa da diversi dei giudici della maggioranza che definisce la decisione⁸¹, ad un rifiuto espresso, e giuridicamente vincolante, del legislatore nei confronti della decisione assunta dall'esecutivo.

In altri casi, tuttavia, la Corte ha diversamente interpretato il "silenzio" del Congresso. Si pensi a *Dames & Moore v. Regan*⁸², quando ritiene sufficiente che, in assenza di un'autorizzazione esplicita del Congresso all'adozione di specifici atti (aventi valore normativo) da parte del Presidente, siano presenti indizi, segni indiretti di una sostanziale accettazione da parte del Congresso del fine generale verso il quale l'azione esecutiva si rivolge. Non è un caso che *Dames & Moore* riguardi una (delicata) vicenda di politica estera, ambito nel quale l'*executive power* sembra beneficiare di una intrinseca, quasi illimitata, dilatazione, e proprio in questo ambito non sia l'unico nel quale la Corte, anche adattando, caso per caso, la propria lettura (meglio, il proprio ascolto ...) del silenzio del Congresso, giunge a sostenere l'espansione dei poteri presidenziali⁸³.

L'interpretazione espressa che alcuni presidenti in particolare hanno dato del loro ruolo, attraverso l'utilizzo nonché la retorica sull'utilizzo degli *executive orders* sembra andare nel senso dell'espansione.

⁷⁸ 343 U.S. 579 (1952).

⁷⁹ *Ibidem*, 585.

⁸⁰ *Ibidem*, 587.

⁸¹ In particolare Frankfurter, Jackson e Clark, cfr. *ibidem*, 602-603 (Frankfurter, *concurring*), 635-640 (Jackson, *concurring*), 662 (Clark, *concurring*).

⁸² 453 U.S. 654 (1981).

⁸³ Ci si riferisce in particolare a *Kent v. Dulles*, 357 U.S. 116 (1958), nella quale la Corte ritiene che il Segretario di Stato non abbia l'autorità per negare il passaporto sulla base dell'appartenenza al Partito Comunista, ma riconduce tuttavia l'esigenza di un'esplicita delega da parte del Congresso alla particolare natura della libertà tutelata dalle norme, ricavabile dal Primo Emendamento; e a *Haig v. Agee*, 453 U.S. 280 (1981), nella quale la Corte ravvisa, nel silenzio del Congresso, l'implicita approvazione dell'esistenza di un potere esecutivo di revocare il passaporto sulla base di esigenze di sicurezza nazionale, in quanto nel campo della politica estera e della sicurezza nazionale il silenzio del Congresso non potrebbe essere fatto equivalere ad una sua esplicita disapprovazione (cfr. 291); su questa giurisprudenza cfr. L. TRIBE, *American Constitutional Law*, cit., spec. p. 670 ss.

In particolare, una vera e propria teoria del Presidente *lawmaker*, elaborata concretamente attraverso l'utilizzo degli *executive order* e, soprattutto, discorsivamente attraverso l'affermazione di una sorta di diritto del Presidente all'attuazione del proprio programma politico, viene dal Presidente Clinton. Clinton stesso pubblicizza orgogliosamente il suo utilizzo degli *executive orders* nelle situazioni in cui non è riuscito a conseguire un obiettivo legislativo all'interno del Congresso⁸⁴, e, accanto a questo, i suoi consiglieri politici si esprimono pubblicamente su tale utilizzo rivendicandolo come giusto e opportuno, anzi come "*cool*"⁸⁵, sbandierando la piena capacità presidenziale di liberamente disporre e operare scelte sostanzialmente legislative, anche in contrasto con la volontà del Congresso⁸⁶.

Anche un *executive order* del Presidente Obama è stato "sanzionato" dalla Corte Suprema in un caso riguardante la costituzionalità del programma *Deferred Action for Parents of Americans* (DAPA)⁸⁷. La Corte in questo caso ha confermato l'*injunction* del giudice inferiore con la quale il programma dell'esecutivo era stato sospeso, sulla base della presunta violazione della *Take Care Clause*; certamente la decisione è peculiare se è vero che la Corte si limita a stabilire che "*The judgment is affirmed by an equally divided Court*" (essendo venuto meno il giudice Scalia la Corte si trovava infatti a decidere con la presenza di 8 giudici), limitandosi quindi a lasciare in vita il provvedimento assunto dalla corte inferiore, senza intervenire circa le ragioni costituzionali che si ponevano alla base della decisione di bloccare l'atto.

Anche sull'attività esecutivo-normativa del Presidente Trump il potere giudiziario ha già avuto modo di intervenire, e lo ha fatto, per la prima volta, a meno di sei mesi dal suo insediamento.

Nel giugno 2017, infatti, la Corte Suprema ha dichiarato parzialmente applicabile l'*executive order* n. 13780, "*Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry Into the United States*"⁸⁸, il c.d. *Travel Ban* o *Muslims Ban*, con il quale il Presidente stabiliva la temporanea sospensione del rilascio dei visti per l'ingresso negli Stati Uniti, nonché la sospensione delle attività connesse al riconoscimento dello *status* di rifugiato con riferimento ai cittadini provenienti da sei Paesi in particolare, di maggioranza mussulmana, ritenuti, sulla base delle informazioni a disposizione della Presidenza, luoghi di elezione per la formazione di potenziali terroristi.

La decisione, *overruling* quelle precedentemente emanate dalle corti federali, operando un "*equitable judgment*"⁸⁹, agisce sull'*order* come una sorta di sentenza interpretativa

⁸⁴ Ampia presenza di questo dibattito sui giornali, cfr. tra i molti interventi, M. LACEY, *Blocked by Congress, Clinton Wields a Pen*, in *New York Times*, 5 luglio 2000, J. BENNET, *True to Form. Clinton Shifts Emergencies Back to U.S. Focus*, in *New York Times*, 5 luglio 1998.

⁸⁵ E' molto nota e citata l'espressione, un po' irriverente, di Paul Begala, "*Stroke of the pen. Law of the land. Kind of cool.*", rintracciabile nell'articolo sopra citato di J. Bennet del 1998.

⁸⁶ Sul punto cfr. T. F. GRAZIANO, *The Use and Abuse of Executive Orders and Other Presidential Directives*, 5 *Texas Review of Law & Politics*, 2001, spec. p. 272 ss.

⁸⁷ Si tratta di un importante programma in materia di immigrazione; la sentenza della Corte Suprema, del 23 giugno 2016, è *United States v. Texas*, 579 U.S. (2016).

⁸⁸ Cfr. 582 U.S. (2017).

⁸⁹ *Ibidem*, 10.

di rigetto, ed individua, quali condizioni per la sua applicabilità e conseguente applicazione, una serie di elementi. In attesa di una decisione definitiva sulle misure governative, il Presidente emana un ulteriore atto, questa volta sotto forma di *proclamation*⁹⁰, coerentemente con la frequente tendenza presidenziale all'utilizzo "intercambiabile" dei diversi strumenti con cui attua il proprio potere normativo, con il quale introduce misure restrittive non temporanee ma stabili, rivolte a cittadini di otto Paesi, e più o meno intense a seconda del Paese verso il quale sono dirette. La Corte Suprema interviene a più riprese sulla politica presidenziale degli ingressi realizzata attraverso lo strumento degli *executive orders*, con una serie di pronunce interlocutorie volte a precisare l'applicazione dei criteri che la stessa Corte aveva individuato nella sentenza principale citata, ma una volta adottata la *proclamation*, espressamente modificativa dell'*order* (in un groviglio tra fonti le cui relazioni si pongono esclusivamente sul piano sostanziale, e mai, evidentemente, su quello formale), la Corte si trova costretta a rinviare alle corti federali i casi pendenti, rinviando a questi giudici la valutazione circa l'eventuale *mootness* delle relative questioni.

Nel frattempo la *proclamation* è giunta, così come era accaduto per l'*executive order*, di fronte alle stesse corti investite della questione, che hanno nuovamente adottato *injunctions* volte a limitare l'incidenza del provvedimento.

Per questa via si è dunque giunti all'ulteriore intervento della Corte Suprema, concretizzatosi in due *unsigned orders* con i quali l'atto dell'Esecutivo è stato fatto salvo nella sua pienezza, e gli interventi circoscrivitivi delle corti federali di circuito sono stati neutralizzati. Non trattandosi di una sentenza con parte motivazionale non sono verificabili le ragioni di ordine costituzionale che hanno condotto la Corte alla decisione, ed è dunque difficile anche comprendere se e in che misura il ragionamento si sia o meno spinto, oltre che sulle questioni attinenti al contenuto del *ban*, anche sulla forma dell'atto, sulla sua natura, e sulla ragionevolezza del suo utilizzo per le finalità perseguite.

In ogni caso l'impressione, guardando sia alla decisione del giugno 2017 sia agli interventi resi nello scorso dicembre⁹¹, è che la Corte Suprema, almeno in questa recente vicenda, non concentri tanto la sua attenzione sulla questione dell'esercizio di un potere esecutivo unilaterale attraverso l'adozione di atti aventi *force and effects* della legge, quanto piuttosto sulla compatibilità delle decisioni presidenziali con le norme costituzionali in materia di diritti e libertà fondamentali, con particolare riferimento al Primo Emendamento. Sempre al Primo Emendamento (sia sotto il profilo della *freedom of speech*, sia dell'*Establishment Clause*), fa riferimento la causa presentata dall'*American Civil Liberties Union* che è approdata, proprio nelle settimane in cui si scrive, (ancora una volta) di fronte alla corte d'appello del Quarto Circuito, la quale, ravvisato il chiaro intento del provvedimento presidenziale, sia per come veicolato attraverso *executive order* sia attraverso *proclamation*, di "escludere i Mussulmani dal territorio degli Stati Uniti", ha nuovamente ritenuto l'atto incostituzionale, re-

⁹⁰ Cfr. *Presidential Proclamation enhancing vetting capabilities and processes for detecting attempted entry into the United States by terrorists or other public-safety threats*, n. 9645.

⁹¹ 583 U.S., December 4, 2017, 17A550, *Trump et al. v. Hawaii et al.*, dal quale si ricava peraltro che "*Justice Ginsburg and Justice Sotomayor would deny the application*".

spingendo il tentativo del Governo di “sganciare” l’ultimo provvedimento dai precedenti mettendo in luce le differenze esistenti (graduazioni per la verità forse tenute in considerazione dalla Corte Suprema già nella sua decisione sull’*executive order* n. 13780, preso in considerazione comparativamente rispetto al precedente n. 13769).

Le motivazioni della Corte si fondano però, ancora una volta, su elementi sostanziali, ed in particolare sul fatto che gli interventi sarebbero guidati da una “*religious animosity*” del Governo, in grado di impedire il normale flusso di informazioni, di idee, di risorse e di talenti tra gli altri Paesi del mondo e gli Stati Uniti, oltre che di “negare a decine di migliaia di Americani la possibilità di un’integrità familiare”⁹².

Nei prossimi mesi la Corte Suprema dovrebbe pronunciarsi in via definitiva sulla questione, ed è possibile, ma, sembrerebbe, non probabile, che qualche indicazione venga anche sul tema dell’esercizio di poteri normativi da parte dell’Esecutivo.

4.1. Tassonomia degli executive orders

Certo un significato particolare, nel tentativo di classificazione degli *executive orders*, assume l’*executive order* n. 12291 emanato nel 1981 dal Presidente Reagan: esso infatti stabilisce regole di carattere vincolante ed istituisce un complesso sistema organizzativo preposto al perseguimento degli obiettivi politici presidenziali. Nessuna legge autorizza espressamente l’*order*, e la Costituzione non autorizza espressamente il livello del controllo presidenziale sulle amministrazioni subordinate che invece l’*order* contempla espressamente⁹³.

È interessante notare come uno specifico Report elaborato sul punto metta in evidenza almeno due gravi problemi di incompatibilità con il diritto federale: in primo luogo, l’*order* sembra stabilire un sistema di controllo del *rulemaking* informale che si configura come formale, omnicomprensivo, centralizzato e sostanzialmente orientato, con un inevitabile effetto di disorientamento nell’attività attuativa delle agenzie, e un’arbitraria riduzione della loro discrezionalità; in secondo luogo, l’*order* confliggerebbe con l’intento del Congresso di attuare l’*Administrative Procedure Act* al fine di creare una rinnovata modalità di produzione delle regole più flessibile e informale, in grado di adattarsi meglio alle situazioni individuali e ai contesti nei quali la regolazione deve poi concretamente trovare applicazione⁹⁴.

⁹² *Opinion of the Court*, n. 17-2231(L), *International Refugee Assistance Project v. Trump*, spec. 57.

⁹³ Su questo cfr. P. M. SHANE, *Presidential Regulatory Oversight and the Separation of Powers: The Constitutionality of Executive Order No. 12,291*, in *23 Arizona Law Review*, 1981.

⁹⁴ Cfr. M. ROSENBERG, *Presidential Control of Agency Rulemaking: An Analysis of Constitutional Issues That May Be Raised by Executive Order 12,291* (June 15, 1981), cit. in Id., *Presidential Regulatory Oversight and the Separation of Powers: The Constitutionality of Executive Order No. 12,291*, cit., spec. p. 1236.

Non c'è dubbio che in molti casi i Presidenti hanno utilizzato gli *executive orders* come strumento di attuazione del proprio indirizzo politico, vera e propria alternativa all'iniziativa legislativa ad essi costituzionalmente negata.

Un'accentuazione forte, da questo punto di vista, diviene evidente con la presidenza Clinton, basti ricordare le affermazioni dello stesso Presidente, quando, sollecitando il Congresso, gli ricorda che ha la possibilità di fare scelte storiche, rispetto alle quali è chiamato ad optare per la faziosità, la partigianeria, oppure per il progresso. In quella stessa sede Clinton ribadisce il suo dovere costituzionale di agire, di utilizzare l'autorità che gli deriva dall'istituzione della presidenza ed il potere persuasivo a questa associato per tutelare e far progredire gli interessi degli Stati Uniti nella politica interna e nella politica estera⁹⁵. Si trattava in quel caso del problema dell'assicurazione sanitaria, e quindi delle riforme sociali che intendeva realizzare quale punto saliente del suo programma di mandato. Ma per Clinton l'utilizzo degli *executive order* diventa un metodo ordinario di assunzione delle decisioni, ciò che emerge bene sia dal punto di vista quantitativo (sono 305 gli *orders* emanati in sette anni, comunque significativi ma non esorbitanti se paragonati ai numeri dei successori: 291 quelli di George W. Bush, 276 quelli di Obama, e, come segnalato, già 59 quelli di Trump a solo un anno dall'inizio della sua Presidenza⁹⁶), sia dal punto di vista qualitativo, se è vero che è il secondo Presidente dalle origini della Federazione che si vede interamente invalidato dal potere giudiziario un *executive order*, con il quale poneva un divieto di sostituzione dei lavoratori in sciopero, e che in diverse occasioni il Congresso aveva tentato di neutralizzare⁹⁷.

L'interesse, ai fini della tassonomia, dell'utilizzo fatto dal Presidente Clinton, sta principalmente in due elementi che caratterizzano i suoi *orders* facendone una vera e propria categoria di *executive orders*. Il primo: è un Presidente che ha spesso utilizzato il suo potere per assumere decisioni politiche che sarebbero costituzionalmente spettate al Congresso, *ratione materiae* e in termini di profondità, o meglio di livello di normatività delle stesse; il secondo, che sembrerebbe costituzionalmente più critico e che tipologizza una sottocategoria di *executive orders* particolarmente problematica, sta nella tendenza ad utilizzare le direttive presidenziali per realizzare iniziative normative che sono state bocciate dal Congresso⁹⁸.

Proprio guardando ai rapporti tra potere presidenziale che si esercita attraverso l'*executive order* e Congresso, dunque nella relazione tra legislativo ed esecutivo può individuarsi un criterio attraverso il quale operare una tassonomia degli *executive orders*, non certo alternativa ma integrativa rispetto ad un'analisi degli stessi che si fondi invece sulla loro

⁹⁵ Cfr. *Remarks on Medicare and Legislative Agenda and ad Exchange With Reporters*, 34 *Weekly Comp. Pres. Doc.*, 1329, 6 luglio 1998.

⁹⁶ Cfr. *Federal Register, Executive Orders Disposition Tables*, January 9, 1939- March 19, 2002, in *National Archives and Records Administration*, www.nara.gov. (ora, www.archives.gov).

⁹⁷ Cfr. *Chamber of Commerce v. Reich*, 74 F. 3d 1322 (D. C. Cir. 1996)

⁹⁸ Cfr. T. L. BRANUM, *President or King – The Use and Abuse of Executive Orders in Modern-Day America*, cit. Sulle variegate forme di utilizzo degli *executive orders*, P. J. COOPER, *By Order of the President: The Use and Abuse of Executive Direct Action*, Lawrence, University Press of Kansas, 2014.

force and effect, ed in particolare, come si segnalava in precedenza, sulla capacità di produrre effetti orizzontali diretti.

In particolare, da questo punto di vista, possono individuarsi *orders* che recuperano contenuti respinti dal Congresso; *orders* che si fondano su un'autorizzazione derivante dalla legge federale (nel quale caso si tratta, evidentemente, di una sostanziale *delegated legislation*); *orders* che vengono meramente notificati al Congresso; e *orders* che traggono, per così dire, la loro legittimazione, da una ratifica da parte del Congresso⁹⁹.

5. I signing statements

Nel luglio 2006 una task force dell'ABA (*American Bar Association*) ha redatto un report secondo il quale "*oppos[ing] as contrary to the rule of law and our constitutional system of separation of powers, a President's issuance of signing statements to claim the authority or state the intention to disregard or decline to enforce all or part of a law he has signed, or to interpret such a law in a manner inconsistent with the clear intent of Congress*"¹⁰⁰.

La denuncia mossa nei confronti dei Presidenti di utilizzare troppi *executive orders*, *signing statements*, e *directives* per espropriare i poteri del Congresso dà conto di una diffusa rete di critiche operate nei confronti di tali strumenti.

I Presidenti hanno utilizzato *signing statements* fin dalle origini della storia degli Stati Uniti d'America, a partire da James Monroe¹⁰¹, ma nonostante questo lo strumento non si è diffuso fino al XX secolo. Con Monroe che per la prima volta un *signing statement* viene pubblicato nelle *United States Code Congressional and Administrative News*, nella sezione "*Legislative History*", così acquisendo da un lato una conoscibilità ed una pubblicità tali da incrementare la trasparenza del sistema, dall'altro un significato istituzionale paragonabile a quello degli atti parlamentari e delle dichiarazioni dei rappresentanti e dei Senatori nel Congresso¹⁰².

I Presidenti utilizzano questo strumento con finalità diverse: molti *signing statements* esprimono visioni e intenti politici generali, senza declinarsi specificamente nell'affermazione che il relativo progetto di legge deve essere interpretato in un certo modo, o pure limitato nella sua applicazione¹⁰³.

⁹⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 69 ss.

¹⁰⁰ Cfr. ABA, *Task Force on Presidential Signing Statements and the Separation of Powers Doctrine*, Report with Recommendation 5 (2006) (www.abanet.org).

¹⁰¹ Cfr. C. N. MAY, *Presidential Defiance of "Unconstitutional" Laws: Reviving the Royal Prerogative*, 21 *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 865, 929 n. 294, 1994).

¹⁰² Cfr. A. BURATTI, *Veti presidenziali. Presidenti e maggioranze nell'esperienza costituzionale statunitense*, cit., spec. p. 149.

¹⁰³ Sulla prassi dei *signing statements* e le criticità che essa pone, cfr. B.

ACKERMAN, *The Decline and Fall of American Republic*, Harvard, Harvard University Press, 2010, *passim*. E' di poco successiva l'opera, tradotta in italiano, ID., *Tutti i poteri del Presidente. Declino e caduta della Repubblica americana*, Bologna, Il Mulino, 2012, che traccia un quadro non molto confortante di come il progressivo spostamento di poteri e prerogative verso il Presidente, sostenuto, nelle prassi, anche e forse *in primis* dai Presidenti che perseguivano obiettivi di progresso e crescita sociale e culturale della Nazione, sia stato in realtà "messo a

La storia dell'utilizzo dei *signing statements* riflette l'emergere della teoria dell'"unitary executive", a far data dall'amministrazione Reagan. In altri termini, si può affermare che l'aumento nella frequenza del loro utilizzo è collegato all'emergere di un governo nazionale forte, a partire dal *New Deal*, e al connesso travaso di poteri dal Congresso verso il Presidente. Nel momento in cui il governo federale si amplia e attira a sé poteri più significativi, anche in ambiti che fino a quel momento sono restati nella tradizionale competenza degli stati, diviene necessario per il Congresso adottare leggi quantitativamente e qualitativamente più avanzate. In presenza di un maggior numero di leggi, d'altra parte, aumentano le ipotesi di conflitto tra i poteri costituzionali del Presidente e quelli del Congresso, spesso originate nelle pieghe dell'ambiguità legislativa. Nei conflitti, i Presidenti cercano così di salvaguardare le proprie prerogative costituzionali e di promuovere determinate interpretazioni legislative, posto che basterebbero interpretazioni diverse e comunque, in molti casi, costituzionalmente ammissibili, per mettere in crisi il ruolo presidenziale. In questo contesto cresce e si consolida la pratica di un utilizzo "forte" dei *signing statements*, quali corollari del graduale spostamento di autorità e di poteri dal Congresso al Presidente, della crescita del governo nazionale, e dell'espansione normativa *tout court*¹⁰⁴.

5.1. Tassonomia dei signing statements

Premesso che le tipologie di *signing statements* che sono risultate più controverse in anni recenti trovano in realtà precedenti sostanziali nelle prime amministrazioni degli Stati Uniti, tali atti sembrano potersi dividere essenzialmente in due categorie: *constitutional signing statements*, e *interpretative (o legislative history) signing statements*.

Con i primi il Presidente dichiara che interpreterà una legge in maniera restrittiva al fine di evitare difficoltà di ordine costituzionale, oppure che non darà esecuzione ad una previsione legislativa che ritiene incostituzionale. Un esempio tra i moltissimi, su cui si tornerà, è quello del Presidente Clinton e del *signing statement* con il quale stabiliva che il Dipartimento di Giustizia non avrebbe dato esecuzione ad una previsione del *Telecommunication Act* del 1996 che impediva la diffusione attraverso Internet di alcune tipologie di messaggi relativi alle pratiche di interruzione volontaria della gravidanza, in quanto lesiva del Primo Emendamento¹⁰⁵.

Con i secondi, invece, si precisa che una o più previsioni (la cui interpretazione letterale non è univoca) possiedono un determinato significato, che deriva da ciò che il Presidente individua teleologicamente quale finalità perseguita dalla relativa legge. Gli esempi sono innumerevoli, a partire, in epoca contemporanea, dal Presidente Truman, con la sua inter-

disposizione" di Presidenti meno illuminati, che potranno utilizzarlo in una prospettiva tendenzialmente autoritaria e antidemocratica.

¹⁰⁴ Cfr. C. A. BRADLEY-E. POSNER, *Presidential Signing Statements and Executive Power*, 23 *Constitutional Commentaries*, 2006.

¹⁰⁵ Cfr. C. S. KELLEY, *The Unitary Executive and the Presidential Signing Statement* 57 (2003) (unpublished Ph.D. dissertation, Miami University), cit. in *ibidem*, spec. p. 312.

pretazione di una legge in materia di lavoro che introduceva una previsione non chiarissima circa la possibilità dei lavoratori di difendersi attraverso il principio della buona fede in modo tale che sui datori di lavoro sarebbe gravato l'onere della prova e non sarebbe stato sufficiente, per liberarsi dalla responsabilità, dimostrare che non intendevano violare una regola relativa al rapporto di lavoro¹⁰⁶.

La categorizzazioni dei *signing statements* non hanno un valore meramente ricostruttivo o descrittivo, né si propongono per dar sfogo ad un particolare gusto classificatorio, bensì sono strettamente collegate alle questioni che i detrattori dello strumento hanno sollevato e sollevano circa la loro legittimità quando sono utilizzati per finalità diverse dalla comunicazione e dalla retorica politica. E dunque proprio sulle diverse finalità e sulle diverse tipologie di *signing statements* si gioca la possibilità di considerarli o meno legittimi e coerenti con il principio di separazione dei poteri per come declinato all'interno della Costituzione degli Stati Uniti. Oggetto di critiche sono stati in particolare, com'è ovvio, i *constitutional signing statements*.

Un aspetto preliminare, per quanto concerne la valutazione circa la compatibilità costituzionale, è rappresentato dall'interrogativo se il presidente abbia o meno un dovere costituzionale di dare esecuzione alle leggi che ritiene incostituzionali, una questione che divide profondamente gli studiosi¹⁰⁷.

Alcuni commentatori ritengono infatti che i presidenti debbano in ogni caso dare attuazione ad una legge, indipendentemente dalla circostanza che la ritengano o meno costituzionale, per lo meno fino a quando non siano le corti ad affermarne l'incostituzionalità¹⁰⁸. Altri sostengono invece che in assenza di un intervento giudiziale sul punto, i presidenti non abbiano alcun obbligo di dare applicazione ad una legge che ritengono incostituzionale, ed, anzi, si possa addirittura ipotizzare il dovere costituzionale di non applicarla qualora ritengano che essa violi la Costituzione¹⁰⁹.

Secondo questa (affascinante) ricostruzione, che non può non richiamare alla mente la riflessione proposta nel contesto italiano da Valerio Onida circa la posizione della pubblica amministrazione rispetto al principio di legalità costituzionale¹¹⁰, il potere dell'Esecutivo di interpretazione della legge potrebbe in alcuni casi addirittura superare quello degli organi del potere giudiziario, chiamati in prima istanza, secondo il principio di separazione dei poteri, al compito dell'interpretazione, collocandolo in una posizione unica, e strategica quale "primo e

¹⁰⁶ Cfr. *Statement on Signing Hobbs Bill*, 1 Pub. Papers 336, July 3 1946.

¹⁰⁷ Cfr. D. E. JOHNSON, *Presidential Non-Enforcement of Constitutionally Objectionable Statutes*, 63 *Law & Contemporary Problems* 7, 14-22, 2000, che dà conto dell'ampio dibattito dottrinale esistente sul punto.

¹⁰⁸ Cfr. E. GRESSMAN, *Take care, Mr. President*, 64 *North Carolina Law Review* 381, 1986, e A. S. MILLER, *The President and the Faithful Execution of the Laws*, 40 *Vanderbilt Law Review*, 389, 395-398, 1987.

¹⁰⁹ Cfr. G. LAWSON – C. D. MOORE, *The Executive Power of Constitutional Interpretation*, 81 *Iowa Law Review* 1267 (1996), M. S. PAULSEN, *The Most Dangerous Branch: Executive Power to Say What the Law Is*, 83 *Georgetown Law Journal*, 217 (1994).

¹¹⁰ Cfr. V. ONIDA, *Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, Milano, Giuffrè, 1967, in cui si ipotizzava un ruolo sussidiario delle pubbliche amministrazioni in relazione al sindacato di costituzionalità in via incidentale, proponendo la sussistenza, in capo alle amministrazioni pubbliche, del *dovere di disapplicazione* di una legge ritenuta *ictu oculi* illegittima.

ultimo” potere chiamato in causa di fronte a qualsiasi controversia ed incertezza circa l’applicazione della legge¹¹¹.

Peraltro, se si assume che il Presidente, in conformità con la clausola costituzionale del *Take Care*, è chiamato anche ad assicurare che la Costituzione, in quanto *Highest Law*, sia rispettata¹¹², non stupisce che si arrivi a sostenere che nel caso in cui il Presidente ritiene che una legge che è chiamato ad eseguire si ponga in contrasto con la Costituzione possa far prevalere la seconda sulla prima, sulla base dell’idea per cui una legge incostituzionale non può neppure essere considerata come una vera e propria legge¹¹³.

Non manca chi esprime una posizione intermedia in base alla quale i presidenti solo in alcuni casi potrebbero rifiutare l’attuazione della legge a causa della sua ritenuta incostituzionalità, ed in particolare quando la legge violi un precedente della Corte Suprema, ovvero quando invada la sfera di competenza del potere esecutivo. Va peraltro ricordato che tale dibattito si interseca con quello circa l’estensione della presunzione presidenziale di costituzionalità della legge.

Nella prassi, sono numerosi i casi in cui i Presidenti hanno affermato il proprio potere di non tenere conto di leggi ritenute incostituzionali. Già dal 1860 si rintracciano affermazioni dell’Esecutivo del potere presidenziale di rifiutare di porre in essere atti esecutivi considerati incostituzionali¹¹⁴.

Un esempio abbastanza tipico, e non particolarmente controverso, è quello della frequente affermazione da parte dei presidenti di non essere vincolati da previsioni di veto legislativo che consentono ad una sola delle due Camere o ad un comitato legislativo di opporsi all’azione dell’esecutivo, soprattutto a seguito e alla luce della sentenza *Chadha*, sulla quale si tornerà, ma per la verità anche prima¹¹⁵.

Nella giurisprudenza, pur esistendo una posizione importante della Corte Suprema che sostiene la possibilità per il Presidente di rifiutare l’attuazione (la *compliance*) di leggi incostituzionali¹¹⁶, non mancano interventi delle corti di circuito che ritengono invece doverosa per il presidente l’attuazione della legge anche se incostituzionale. In ogni caso, com’è stato sottolineato¹¹⁷, l’anticipazione da parte del Presidente delle sue intenzioni circa “la crescita” e l’effettivo inveroamento del progetto di legge sottoposto alla sua firma, all’interno di un *signing statement*, potrebbe essere considerato un elemento di trasparenza.

Volendo enucleare le critiche, sotto il profilo giuridico (ve ne sono molte possibili sotto quello politico, che interessa meno, però, in questa sede), all’utilizzo di *constitutional signing statements*, se ne possono individuare diverse, molte delle quali si collegano a quanto se-

¹¹¹ Cfr. M. S. PAULSEN, *The Most Dangerous Branch: Executive Power to Say What the Law Is*, cit., spec. p. 223.

¹¹² Sul punto di veda la dottrina citata da L. TRIBE, *American Constitutional Law*, cit., spec. p. 726.

¹¹³ Cfr. *Norton v. Shelby County*, 118 U.S. 425, 442 (1886).

¹¹⁴ Cfr. *Memorandum The Constitutional Separation of Powers Between Congress and President*, 1996, in *Law and Contemporary Problems*, vol. 63, nn. 1&2.

¹¹⁵ Cfr. M. S. PAULSEN, cit., spec. p. 267.

¹¹⁶ Si veda in particolare *Freytag v. Commissioner* 501 U.S. 868, 906 (1991).

¹¹⁷ Cfr. C. A. BRADLEY-E. POSNER, *Presidential Signing Statements and Executive Power*, cit., spec. p. 337 ss.

gnalato nel paragrafo sul *line item veto*, dato che, come si è già accennato, lo stesso utilizzo “di impatto costituzionale” dei *signing statements* può essere interpretato come un espediente per eludere il divieto di veto parziale posto dalla Corte Suprema.

Un primo argomento è che costituirebbero un abuso (meglio, forse, un’alterazione) del procedimento di veto per come previsto e disciplinato nella Costituzione¹¹⁸.

La *Presentment Clause* prevederebbe infatti che le uniche possibilità per il Presidente che riceve un progetto di legge per la firma siano quella di firmarlo oppure di rinviarlo alla camera nel quale il progetto si è originato. La rigidità dell’alternativa sarebbe confermata dal fatto che in presenza di una nuova deliberazione a maggioranza di due terzi da parte di entrambe le Camere la firma del *bill* diviene un atto costituzionalmente doveroso per il Presidente. Egli dunque aggirerebbe tali regole costituzionali nel momento in cui firmasse un progetto di legge e contestualmente affermasse in un *signing statement* che ha delle perplessità di ordine costituzionale sui suoi contenuti, in quanto un procedimento del genere escluderebbe il Congresso, per così dire, dalla seconda parola.

Questo argomento potrebbe però essere contestato se si ritenesse che nel *signing statement* il Presidente non intende utilizzare la sua autorità per bloccare o impedire l’attuazione della legge, che è invece quello che succede quando esprime un veto. Insomma, la finalità degli strumenti sarebbe diversa in quanto con un *signing statement* il Presidente afferma che è la Costituzione, e dunque l’autorità sovrana della fonte a tutte le altre sovraordinata, che si oppone alla capacità della legge di produrre i propri effetti. Indipendentemente dal fatto che il Presidente abbia o meno “ragione”, vale a dire che i propri dubbi circa la legittimità costituzionale siano o meno fondati, con il *constitutional signing statement* eserciterebbe comunque un tipo di autorità e una tipologia di funzione differenti rispetto a quelle che esercita con il veto. Il problema semmai può essere quello dell’individuazione del discrimine tra un dubbio di incostituzionalità che, utilizzando un’espressione più familiare al sistema costituzionale nostrano, sia manifestamente infondato, e una posizione assunta in quanto portatrice di un dissenso politico rispetto alla scelta legislativa operata. Ma nell’utilizzo dei *constitutional signing statements*, forse, a venire in gioco è soprattutto quella sfuggente e difficilmente definibile dimensione del merito costituzionale, dibattuta, com’è noto, nel contesto italiano con riferimento al tipo di controllo esercitato dal Presidente della Repubblica sulle leggi in fase di promulgazione, e perennemente oscillante tra valutazione politica e valutazione di incostituzionalità formale, fino a divenire, sostanzialmente, un giudizio circa l’opportunità del provvedimento.

Certo gli effetti sono in ogni caso diversi rispetto a quelli derivanti dall’apposizione (con successo) del veto: la legge resta, scritta, “*on the books*”, le corti possono comunque darne applicazione, ed anche un nuovo Presidente, con una diversa visione politico-costituzionale, potrà attuarla e farla vivere attraverso l’attività esecutiva degli organi governativi, ciò che evidentemente non potrà mai accadere alla legge *vetoed*.

¹¹⁸ Cfr. ABA, *Task Force on Presidential Signing Statements and the Separation of Powers Doctrine*, cit.

Un secondo argomento di ordine giuridico-costituzionale è quello per cui i *constitutional signing statements* costituirebbero una forma di *line item veto*¹¹⁹.

Com'è stato ricordato, la Corte Suprema in *Clinton v. New York* ha ritenuto che un *line item veto*, quando comporta che un presidente cancelli o alteri la legislazione dopo che questa è stata attuata, è incostituzionale comunque, anche qualora sia stato anticipatamente autorizzato dal Congresso. Quando il Presidente afferma in un *signing statement* che non darà esecuzione ad una previsione di legge perché ritiene che sia incostituzionale, in qualche modo sta esercitando un *line item veto*; infatti, a meno che le sue obiezioni attengano all'intero progetto di legge, in tutte le sue parti, cosa improbabile, può ritenersi che il Presidente, accettando le frazioni della legge che approva ed eliminando quelle che disapprova (sempre, va detto, per ragioni di ordine costituzionale, o, come si diceva, di merito costituzionale), e quindi operando una sorta di *cherry-picking* della legge approvata dal Congresso, stia conducendo un'operazione del tutto analoga a quella che realizzerebbe con l'istituto (giudicato incostituzionale) del veto parziale.

L'argomento fondamentale, però, nella critica ai *constitutional signing statements*, sembra essere un altro: il Presidente ha il dovere costituzionale di porre il veto sulle leggi che ritiene incostituzionali. È proprio la clausola costituzionale del *Take care* che glielo impone. Non potrebbe quindi scegliere, come se si trattasse di un'alternativa consentita, tra l'apposizione di un veto e la dichiarazione del rifiuto a dare esecuzione al provvedimento ritenuto incostituzionale. Anche in presenza di un'incostituzionalità parziale, o di un dubbio che attiene al merito costituzionale del progetto di legge presentatogli, il Presidente dovrebbe porre il veto.

Per la verità, non è frequente che Presidenti che nutrono dubbi di ordine costituzionale annuncino in un *signing statement* che intendono non dare esecuzione ad una previsione legislativa. Più spesso dichiarano che interpreteranno la previsione in modo tale che il problema di costituzionalità non si porrà, annunciano quindi un'interpretazione costituzionalmente orientata.

In realtà, anche la categoria degli *interpretative signing statements* solleva perplessità tra gli studiosi.

In particolare, i suoi detrattori¹²⁰ sostengono che sarebbero comunque in grado di alterare il principio della separazione dei poteri, consentendo al Presidente di legiferare al di fuori dell'art. I della Costituzione, ciò ovviamente, negli effetti, qualora le Corti intendessero dare peso ed applicazione a tali *statements*. La precisazione è doverosa, perché è chiaro che trattandosi di un'indicazione interpretativa proveniente dall'Esecutivo, ed essendo l'interpretazione funzione primariamente svolta dal potere giudiziario, difficilmente un *inter-*

¹¹⁹ Cfr. P. J. COOPER, *George W. Bush, Edgar Allan Poe, and the Use and Abuse of Presidential Signing Statements*, 35 *Presidential Studies Quarterly*, 2005, spec. p. 531, il quale sottolinea che i *signing statements* "can and have been used as line-item vetoes of legislation presented to the president for signature or veto but without the use of the formal veto or the opportunity for legislative override processes".

¹²⁰ Cfr. W. D. POPKIN, *Judicial Use of Presidential Legislative History: A Critique*, 66 *Indiana Law Journal* 699 (1991), e i riferimenti *ivi* operati.

pretative signing statement potrebbe inverarsi senza la *compliance* delle Corti chiamate ad interpretare la legge del Congresso e ad applicarla nei casi concreti.

Da più parti, peraltro, si discute sulle differenze tra *signing statements* e lavori preparatori rispetto al ruolo che tali materiali possono assumere nell'attività interpretativa del giudice. Fermo restando che, com'è noto, vi è anche nel contesto nord-americano¹²¹ chi ritiene del tutto improprio fare riferimento all'*iter* legislativo del provvedimento nell'attività di interpretazione della legge¹²², e dunque non può che contestare anche l'utilizzo da parte delle Corti dei *signing statements*, non manca l'opinione di chi, pur ritenendo ammissibile il riferimento ai lavori preparatori in chiave interpretativa, considera invece e comunque i *signing statements* del tutto inadatti a manifestare le intenzioni dei membri del Congresso e dunque inutilizzabili¹²³. Sul fatto che i *signing statements* non aiutino a rivelare le intenzioni del Congresso sembra non esserci alcun dubbio, poiché si tratta di una "fonte" di esclusiva provenienza presidenziale, che si colloca semmai in una posizione dialogica e tendenzialmente conflittuale rispetto all'organo titolare del potere legislativo. La questione meritevole di riflessione sarebbe piuttosto per quali ragioni le valutazioni del presidente non possano ritenersi dotate di una propria autonoma rilevanza dell'interpretazione legislativa, e, dunque, se esista e se possa essere presa in considerazione una *presidential legislative history* che potrebbe affiancare, magari in via sussidiaria, la storia legislativa che l'atto ha attraversato all'interno del Congresso.

D'altro canto, proprio se si ritiene che gli *interpretative signing statements* non possano (neppure) orientare l'interpretazione giudiziale, non si vede come essi possano essere contestati sotto il profilo giuridico. È infatti inevitabile che l'Esecutivo interpreti le leggi al fine di darne esecuzione, anzi l'interpretazione legislativa è un compito costituzionalmente posto in capo (anche) all'Esecutivo, nella sua funzione di attuazione delle leggi del Congresso, e dunque al Presidente, che del potere esecutivo rappresenta l'incarnazione¹²⁴. Il Presidente deve interpretare le leggi al fine di indirizzare e coordinare gli altri organi del potere esecutivo. Ciò comporta che, se il Presidente non emanasse *signing statements*, ciò significherebbe semplicemente che utilizza altri strumenti per veicolare l'interpretazione legislativa, e questi

¹²¹ Com'è noto più forte è lo scetticismo, o meglio il sospetto, nei confronti dell'utilizzo dei lavori preparatori in funzione interpretativa, nel sistema inglese, dove fino alla nota sentenza dell'*House of Lords Pepper vs. Hart* del 1993 la *legislative history* era oggetto di un *exclusionary rule*, e non poteva trovare spazio tra i criteri utilizzati dai giudici per l'interpretazione degli *statutes*. Sul caso, e per un confronto con il sistema statunitense, cfr. M. P. HEALY, *Legislative Intent and Statutory Interpretation in England and the United States: An Assessment of the Impact of Pepper V. Hart*, 35 *Stanford Journal of International Law*, 231, 1999.

¹²² Si tratta principalmente degli originalisti, come si può facilmente intuire, cfr. per tutti A SCALIA, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and The Law*, Princeton University Press, 1997, spec. p. 30 ss.

¹²³ Cfr. W. D. POPKIN, *Judicial Use of Presidential Legislative History: A Critique*, cit.

¹²⁴ Si ricorda *Bowsher v. Synar* 478 U.S. 714, 733 (1986), in cui la Corte Suprema afferma che "*Interpreting a law enacted by Congress to implement the legislative mandate is the very essence of 'execution' of the law*", individuando nell'interpretazione della legge l'essenza propria dell'attività di esecuzione della legge medesima. Forse, più che di essenza, si potrebbe parlare di natura e funzione propedeutica dell'interpretazione da parte dell'Esecutivo rispetto alla sua (propria e connaturata) funzione esecutiva. Resta il fatto che, sia la funzione interpretativa essenziale o propedeutica all'esercizio della funzione essenziale che è quella propriamente esecutiva, in ogni caso da essa l'Esecutivo, e dunque il Presidente, non potrebbe prescindere.

“altri strumenti” potrebbero essere potenzialmente meno trasparenti e conoscibili da parte del Congresso e della stessa opinione pubblica.

Alla fine dei conti, quindi, proprio uno degli elementi da cui si sono prese le mosse, quello della trasparenza, sembra poter risultare decisivo nella giustificazione costituzionale e politica dell'utilizzo di *signing statements*, certamente almeno quando si tratti di *interpretative signing statements*.

6. Le “altre” *presidential directives*

Gli strumenti che il Presidente ha a disposizione per controllare gli organi che del potere esecutivo sono molteplici, e in parte si è già sottolineato facendo riferimento ai tentativi di classificazione e di riordino che sono stati operati, difficilmente completi ed esaustivi. Ferma restando che i più rilevanti sono certamente gli *executive orders* e i *signing statements*, ad essi sembra potersi aggiungere altre quattro tipologie in particolare, riconducibili ad una sorta di gruppo residuale di “altre” *presidential directives*: i *memoranda*, le *proclamations*, le *agency rules*, e le *internal guidelines*. Tale gruppo residuale sarebbe definito dal fatto che gli strumenti in esso ricompresi non sarebbero del tutto assimilabili a *executive orders* e *signing statements*, proprio per il diverso valore normativo che gli uni producono rispetto agli altri.

In primo luogo, i *signing statements* si pongono sempre in relazione ad una legge e quindi (soprattutto se, come accennato, le Corti svolgono un'interpretazione legislativa che si avvale della comprensione di tutto il percorso attraversato dall'intervento normativo prima del suo ingresso all'interno dell'ordinamento giuridico) possono continuare ad avere valore e produrre effetti anche dopo che l'amministrazione che li ha emanati cessa di essere in carica, e soprattutto anche qualora i Presidenti successivi non li condividano.

Sotto questo profilo emerge bene anche la differenza rispetto agli *executive orders*: all'inizio del mandato i Presidenti normalmente rivedono quelli emanati dalle amministrazioni precedenti, eliminando e modificando quelli che non condividono. Nessuno dubita che il Presidente possa fare una cosa del genere, la differenza sta proprio nel rapporto che si instaura tra la legge e questi strumenti, così polimorfo da variare a seconda del potere con cui gli strumenti stessi entrano in relazione. Un Presidente può utilizzare un *executive order* per superare un *signing statement* precedente, o per indirizzare i suoi funzionari a non dare attuazione alle regole applicative stabilite nel *signing statement*, ma non può impedire che una Corte, in qualsiasi momento, continui ad avvalersi dell'interpretazione o dell'orientamento fornito dal presidente nel suo *signing statement*.

Un altro aspetto rilevante ai fini della distinzione tra *executive orders*, *signing statements*, e altri strumenti direttivi presidenziali, funzionale anche a mettere in evidenza il diverso valore normativo attribuibile a questi atti (v, sopra, par. 2), è quello relativo alla produzione di effetti, orizzontali e/o verticali.

Premesso che non esiste una definizione giuridica formalizzata e positivizzata di nessuno degli atti nei quali si declina il potere esecutivo presidenziale, va sottolineato il differenziale atteggiarsi degli stessi e la diversa capacità produttiva di effetti giuridici a seconda dei destinatari per essi individuati. Nel caso degli *executive orders*, essi sono diretti ai funzionari

dell'amministrazione, ovvero alle agenzie, e generalmente producono effetti solo indirettamente sulle posizioni giuridiche dei singoli (pur con la trasformazione verso la produzione di effetti orizzontali su cui ci si è soffermati nel par. 4, con riferimento a quelle che sono definite come *ordinances*).

Ciò non vale per tutti gli atti, si pensi ad esempio alle proclamazioni presidenziali che sono dirette espressamente agli individui, e proprio per questa caratteristica, essendo il potere presidenziale più limitato nell'ambito dei diritti e delle libertà individuali rispetto a quello delle funzioni pubbliche, esse sono generalmente esortative, persuasive, fortemente retoriche, ma difficilmente hanno una natura propriamente normativa, e comunque non risultano giuridicamente vincolanti, potendo per ciò stesso difficilmente essere fatte rientrare negli atti normativi del governo.

Quest'ultimo punto è interessante, perché mette in luce come la produzione di effetti orizzontali e/o verticali da parte delle direttive presidenziali non si ponga in diretta relazione con la natura normativa dei relativi atti, benché non possa neppure individuarsi una proporzionalità inversa tra queste caratteristiche. In alcuni casi, come quello delle *agency rules* e delle *internal guidelines*, la natura spiccatamente interna e organizzativa dei provvedimenti ne escludono il valore normativo pur, anzi proprio, in presenza di effetti esclusivamente verticali, operanti dal Presidente verso la sua amministrazione; in altri casi, come quello delle *proclamations*, proprio la capacità di produrre effetti diretti ne impedisce la normatività non potendo l'atto esecutivo (con *force of law*) incidere automaticamente e autonomamente sulle situazioni giuridiche soggettive interessate dallo stesso.

Sui generis è il *memorandum* presidenziale, altro strumento che come *executive orders* e *proclamations* entra nell'intreccio che spesso i Presidenti generano tra atti direttivi diversi (basti pensare al citato esempio del Presidente Obama sulla materia immigratoria, v. par. 4). I *memoranda*, infatti, secondo alcuni non sarebbero affatto "altre" *presidential directives*, ma semplicemente "*executive orders by another name*"¹²⁵, condividendo forma e sostanza con gli *orders*, nonché *force and effect of law*.

7. La *delegated legislation* (e le relazioni tra *legislative veto* e poteri normativi dell'esecutivo)

Per comprendere il fenomeno della *delegated legislation* negli Stati Uniti occorre partire da alcune considerazioni preliminari.

Innanzitutto va segnalato che negli Stati Uniti la natura delle regolazioni e la procedura con la quale vengono adottate sono temi che generano forti conflitti a livello politico, giudiziale e accademico¹²⁶. Ci si riferisce alla *delegated legislation* come "*legislative*" o "*substanti-*

¹²⁵ Cfr. P. J. COOPER, *By Order of the President: The Use and Abuse of Executive Direct Action*, cit., p. 115 ss.

¹²⁶ Cfr. M. ASIMOW, *Delegated legislation: United States and United Kingdom*, 3 *Oxford Journal of Legal Studies* 253 (1983).

ve” rules, dove le rules sono definite, ai sensi dell’*Administrative Procedure Act*, come provvedimenti assunti dal governo, o meglio, da un soggetto diverso dal Congresso e dalle Corti, applicabili *erga omnes* con effetti a partire dal momento della loro approvazione, finalizzati ad attuare, interpretare o stabilire regole giuridiche (e, con esse, *policies*). Si utilizza poi il termine *rulemaking* per definire il processo che si instaura all’interno delle agenzie e attraverso il quale una *rule* viene formulata, emendata o revocata. Numerose sono le decisioni delle Corti in materia di *rulemaking*, e generalmente esse non si fondano sul dettato costituzionale, bensì sull’interpretazione della legge, poiché il *due process* per come previsto all’interno del *Bill of Rights* trova applicazione, secondo quanto pacificamente ritenuto dalla giurisprudenza, esclusivamente ai processi di *adjudication* e non a quelli di *rulemaking*¹²⁷.

D’altro canto, l’intenso coinvolgimento del potere giudiziario federale nell’attività di *rulemaking* ha concentrato sulla questione un forte interesse. Se le Corti fossero risultate indifferenti alle doglianze circa l’inadeguatezza delle procedure di *rulemaking* e deferenti verso le *agencies* che sostenevano, *case by case*, la ragionevolezza delle regole prodotte, molte delle controversie politiche e giuridiche intorno alla questione non sarebbero probabilmente mai sorte o per lo meno sarebbero state confinate intorno ad iniziative legislative e del potere esecutivo. D’altra parte, la volontà spesso mostrata dalle Corti di confrontarsi, per certi aspetti anche politicamente, con l’Esecutivo, su forme, natura e procedure del *rulemaking* si colloca su un percorso che ha fondamenti costituzionali diretti.

È la tradizione del *judicial review of legislation*, del controllo diffuso sulla costituzionalità delle leggi che induce le Corti ad interessarsi delle controversie di ordine politico (o politico-costituzionale) quando le risposte legislative offerte sono percepite come insufficienti o sbagliate. Quotidianamente le Corti affrontano problemi di ordine costituzionale derivanti da decisioni politiche, e tale attitudine ha indotto e induce chi ritenga un intervento regolativo criticabile a considerarle come i soggetti più adatti alla presentazione di rilievi di natura (anche) non costituzionale. Esse, di conseguenza, tendono a rispondere ricostruendo la procedura di *rulemaking* su modelli di tipo *quasi-adversary*, e operando uno scrutinio anche sostanziale delle *rules* sottoposte al loro giudizio¹²⁸.

L’importanza del fenomeno si comprende ancor meglio se si sottolinea che negli Stati Uniti la *delegated legislation* assume una particolare importanza, in quanto le soluzioni normative sono di frequente cercate attraverso la *regulation* intesa nel senso ampio del termine come controllo governativo del settore economico privato, e realizzate attraverso la *regulation* intesa nel significato più ristretto di *subordinate legislation*, come legislazione subordinata alle leggi del Congresso.

¹²⁷ Si veda a partire da *United States v. Florida East Coast Ry* 410 US 224 (1973), e sul punto cfr. E. GELLHORN – G. O. ROBINSON, *Rulemaking “Due process”: An Inconclusive Dialogue*, 48 *University of Chicago Law Review* 201, 1981. Le regole e i vincoli derivanti dall’applicazione della *due process clause*, come gli obblighi di notifica, il contraddittorio, l’imparzialità del decisore, possono ritenersi applicabili ai procedimenti di *rulemaking* in un numero assai limitato di ipotesi, in particolare quando la regolazione riguardi un gruppo ristretto di destinatari, e in ogni caso tali regole procedurali vengono applicate su base individuale, si veda per prima *Vermont Yankee Nuclear Power Corp v. Natural Resources Defence Council* 435 US 519-543, 1978.

¹²⁸ Cfr. M. ASIMOW, *Delegated legislation: United States and United Kingdom*, cit.

Ciò accade anche perché spesso i risultati a cui il procedimento legislativo approda sono parziali. La legislazione, sovente compromissoria, conduce in molti casi ad esiti non risolutivi, nei quali elementi fondamentali e problemi rilevanti non trovano disciplina e attenzione di essere affrontati successivamente, sulla scorta di deleghe (di trattazione e, dunque, di responsabilità) attribuite ai soggetti dell'esecutivo (spesso alle agenzie) che sono poi chiamati a dare attuazione alle relative leggi e alle previsioni ad esse collegate.

Il risultato di questo tipo di processo è che a livello governativo si produce un processo politico sostanzialmente autonomo, talvolta parallelo, rispetto al procedimento legislativo realizzatosi all'interno del Congresso, e gli organi dell'esecutivo intervengono, per così dire, *praeter legem*, a completare il quadro normativo¹²⁹, il quale, a seconda del livello di specificità che presenta prima che intervenga la delega, determina *broader* o *narrower delegations* potendo lasciare margini anche molto ampi al legislatore delegato.

I vincoli e i limiti posti dal legislatore nella *delegated legislation*, in ogni caso, non possono essere considerati come un efficace strumento di controllo (e limitazione) dell'azione presidenziale unilaterale¹³⁰. In primo luogo, i legislatori possono in molte occasioni preferire una delega ampia, garantendo ai Presidenti una sostanziale discrezionalità nell'esercizio della loro *unilateral action*. Questo può accadere in vari contesti e contingenze politico-istituzionali: quando gli obiettivi politici del Congresso e del Presidente sono essenzialmente comuni; quando sia il Congresso sia il Presidente sono fortemente dipendenti dall'*expertise* e dall'esperienza degli apparati amministrativi, e dunque su questi fanno convergere i principali compiti di regolazione, lasciando ad essi notevoli spazi di autonomia; quando il Congresso intende sottrarsi all'ingrato compito di assumere decisioni su questioni conflittuali, preferendo quindi, per ragioni di carattere meramente politico, trasferire la relativa responsabilità sull'Esecutivo; quando il Congresso non ha effettivamente preferenze specifiche nella regolazione di una materia e decide perciò di tracciare soltanto le linee generali dell'intervento da assumere; quando, in aree complesse con orizzonti in continua trasformazione, risulta impossibile delineare una politica che sia in grado di raggiungere i suoi obiettivi senza un coinvolgimento, o meglio una delega, anche sostanziale, nei confronti dell'Esecutivo; e, infine, quando determinate politiche richiedono particolare rapidità, flessibilità, nonché riservatezza, affinché possano produrre i risultati sperati¹³¹.

È significativo notare come molte di queste condizioni tendano a verificarsi con maggior facilità nell'ambito della politica estera piuttosto che di quella interna, e non è un caso che molto frequenti, proprio nel primo campo, sia l'utilizzo di deleghe particolarmente ampie.

In ogni caso, sia che i Presidenti restino, con la loro azione, all'interno dei confini posti dal Congresso, sia che non rispettino i limiti assegnati, le delegazioni di per sé stessa

¹²⁹ Cfr. L. JAFFE, *The Illusion of the Ideal Administration*, 86 *Harvard Law Review* 1183, 1973.

¹³⁰ Cfr. T. M. MOE – W. G. HOWELL, *Unilateral Action and Presidential Power: A Theory*, cit., *passim*.

¹³¹ Questo ordine di valutazioni è rintracciabile nelle ricostruzioni operate da T. MOE, *The politics of structural choice. Toward a Theory of public bureaucracy*, in *Organization theory: From Chester Barnard to the present and beyond*, (a cura di O. Williamson), New York, New York University Press, 1990, spec. p. 116 ss.; si veda anche D. EPSTEIN-S. O'HALLORAN, *Delegating powers*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1999.

mette a loro disposizione poteri significativi, tali finanche da far prevalere quest'organo rispetto a quello costituzionalmente titolare del potere legislativo.

In questo contesto bene si inserisce il problema specifico del *legislative veto*, strumento interno alla delega legislativa (per lo meno fino a quando non è stata rilevata la sua incostituzionalità da parte della Corte Suprema) e significativo per comprenderne l'evoluzione.

Se l'esercizio del potere di veto costituisce certamente una delle forme attraverso le quali il Presidente può esplicitare i propri poteri normativi, d'altra parte il *legislative veto* mostra indirettamente la natura legislativa del veto sia quando esso promani fisiologicamente dall'organo esecutivo, sia quando promani dall'organo legislativo, potendo anzi individuarsi nel primo caso un'attribuzione costituzionale di potere normativo al capo dell'esecutivo (come sottolineato nel par. 3), nel secondo un'(incostituzionale) appropriazione del potere normativo dell'esecutivo da parte dell'organo titolare del potere legislativo. Sempre che tale usurpazione sia ipotizzabile da un punto di vista teorico, ciò che non tutti ritengono possibile (v. *infra*).

Com'è noto, si ha veto legislativo quando all'interno di una legge (di delegazione) è inserita una clausola che afferma che una particolare attività attuativa delegata (ivi compresa quella delle agenzie) potrà produrre effetti soltanto se il Congresso non la annullerà attraverso una sua risoluzione, da adottarsi entro un determinato momento. La risoluzione "legislativa" può essere adottata da una o da entrambe le Camere, o anche semplicemente da un comitato istituito all'interno del Congresso. In alcuni casi, per la verità particolari, si prevede (meglio, si prevedeva) addirittura non una condizione risolutiva, ma la sottoposizione degli atti governativi ad una vera e propria clausola sospensiva, in base alla quale solo il sostegno espresso da parte di una risoluzione congressuale all'azione dell'esecutivo ne avrebbe consentito la realizzazione¹³².

Elementi essenziali del veto legislativo sono dunque: l'esistenza di una delegazione legislativa dal Congresso nei confronti dell'esecutivo; l'esercizio da parte dell'esecutivo di tale potere; la riserva in capo al Congresso del potere di neutralizzare il potere dell'esecutivo nell'ambito della delegazione legislativa, assegnato generalmente non al Congresso nella sua interezza, ma ad una sola camera o a articolazione costituite al suo interno.

L'istituto della delegazione legislativa, dunque, ed il suo concreto operare nel definire i contorni dei poteri normativi dell'Esecutivo, non può essere compreso appieno senza far riferimento a quello che il veto legislativo ha rappresentato fino alla nota sentenza della Corte Suprema che ne ha ravvisato l'incostituzionalità, nonché successivamente.

In primo luogo perché il veto legislativo si relaziona con l'ampiezza della delegazione legislativa. Se è vero che dalla lettera dell'art. I può desumersi che "*Congress cannot delegate any part of its legislative power except under the limitation of a prescribed standard*"¹³³, in realtà la giurisprudenza della Corte Suprema ha nel tempo consentito ampie deleghe

¹³² Cfr. S. BREYER, *The Legislative Veto after Chadha*, 72 *Georgetown Law Journal*, 785, 1984, p. 785 ss.

¹³³ Cfr. *United States v. Chicago*, M. St. P. & Pac. R. R., 282 U.S. 311, 324 (1931)

all'esecutivo, anzi ha censurato la tendenza opposta, ovvero quella a tracciare percorsi legislativi definiti con l'intento di incanalare l'azione normativa dell'esecutivo.

Già a partire dagli anni del *New Deal* i giudici hanno favorito la scelta del Congresso di delegare, anche alle agenzie, ampi poteri attraverso interventi legislativi dalle maglie molto larghe¹³⁴, sostenuti d'altra parte da necessità di ordine regolativo, in presenza di materie e di questioni il cui grado di tecnicismo e di complessità diveniva progressivamente sempre meno controllabile in via esclusiva da parte del Congresso.

Paradossalmente, ma non troppo, proprio l'indiscriminata apertura, voluta e promossa dal Congresso, si è accompagnata all'utilizzo di uno strumento come il veto legislativo che, in un modo o nell'altro, incide sull'equilibrio tra i poteri, anche se alterandoli entrambi, al punto forse da non distorcerne effettivamente nessuno. Basti pensare che tutti i Presidenti moderni hanno criticato in linea di principio il *legislative veto* mettendone in discussione la costituzionalità¹³⁵, ma contemporaneamente non hanno mancato di firmare progetti di legge contenenti veti legislativi, propugnandone la legittimità costituzionale ed anzi essendo loro stessi proponenti (seppure informali poiché, com'è noto, il Presidente degli Stati Uniti non è titolare di un formale potere di iniziativa legislativa).

La sentenza *Chadha*¹³⁶, che giunge negli anni Ottanta ad affermare l'incompatibilità costituzionale dell'istituto, modifica profondamente lo scenario; ma l'aspetto principale della decisione sta nel fatto che l'affermazione della Corte circa l'incostituzionalità dello strumento del *legislative veto* non guarda in alcun modo e non fa riferimento alle origini del fenomeno, alle sue finalità, o agli effetti che è in grado di determinare sull'equilibrio tra i poteri. La decisione, in qualche modo, appare formale¹³⁷, si fonda sul linguaggio della Costituzione, sul suo dettato, sulle previsioni in essa presenti ed assenti, ma non certo sulla funzione del veto, presidenziale e legislativo.

Utilizzando un'argomentazione strettamente logica, la Corte muove dalla premessa che l'esercizio di un veto da parte dell'organo titolare del potere legislativo non può che costituire l'esercizio di un potere legislativo, esecutivo, o giudiziario, vale a dire i poteri che la Costituzione espressamente attribuisce alla federazione. Se il potere in questione è di tipo esecutivo o giudiziario, il Congresso semplicemente non può in nessun caso esercitarlo, poiché, salvo minute eccezioni, comunque irrilevanti ai fini di questa trattazione, la Costituzione attribuisce al Congresso esclusivamente un potere legislativo. Tuttavia, anche qualora il veto legislativo si traduca nell'esercizio di potere legislativo, in ogni caso il Congresso può esercitarlo secondo le forme prescritte dalla Costituzione, e quindi coerentemente con il principio del bicameralismo, in base al quale Camera dei Rappresentanti e Senato concorrono nell'esercizio della potestà normativa, con il principio desumibile dalla *Presentment clause* in base alla quale ogni *Order, Resolution, or Vote to which the Concurrence of the two Houses*

¹³⁴ Cfr. *Schechter Poultry Corp. v. United States* 295 U.S. 495 (1935).

¹³⁵ Cfr. H. L. WATSON, *Congress Steps Out: A Look at Congressional Control of the Executive*, 63 *California Law Review* 983, 1002-29, 1975.

¹³⁶ Cfr. *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983).

¹³⁷ Cfr. S. BREYER, *The Legislative Veto after Chadha*, cit.

may be necessary deve essere “*presented to the President*” per la sua firma o per consentirgli l’esercizio del potere di veto.

A fronte di un ragionamento sillogistico e formale, il dissenso all’interno della Corte si esprime in chi¹³⁸ si chiede quale sia la *ratio* di consentire per un verso la delegazione di potere legislativo all’esecutivo, ed invece di impedire radicalmente, per altro verso, la delegazione di una qualche forma di potere legislativo ad alcuni dei membri dell’organo al quale il potere legislativo è costituzionalmente attribuito. Ancora più difficile sembrerebbe poi poter giustificare, a fronte dell’incostituzionalità dell’intromissione del Congresso, o di parte di esso, la delega da parte del Congresso di poteri normativi (nei termini affrontati di *force and effect of law*) a soggetti e gruppi privati, cosa effettivamente accaduta, e non contestata dalla stessa Corte Suprema¹³⁹.

Il *dissent* in *Chadha* mette in evidenza come la previsione di veti monocamerale sia in realtà portatrice dello spirito proprio della Costituzione, in quanto sta a significare che l’azione esecutiva può produrre effetti soltanto se l’Esecutivo e entrambe le Camere del Congresso ne condividono i contenuti. Anzi, il giudice White si spinge addirittura oltre ritenendo che solo il veto monocamerale sia perfettamente legittimo costituzionalmente, in quanto il veto (necessariamente) bicamerale comporterebbe che il dissenso totale di una camera nei confronti di un’azione dell’esecutivo potrebbe essere neutralizzato qualora l’altra camera si schierasse con il governo e rifiutasse di unirsi alla prima nell’elaborazione di una risoluzione contenente il veto.

Tale visione, tuttavia, sembra scontare un’aprioristica sfiducia nei confronti dell’azione normativa, pur delegata, dell’esecutivo, e, specularmente, riconoscere in capo al Congresso una sorta di preferenza costituzionale assoluta nei confronti dell’Esecutivo, ciò che non sembra potersi desumere *de plano* dal dettato costituzionale.

Tale posizione, oltre ad essere poco ragionevole se si considera il contesto nel quale è resa, che è quello della *delegated legislation* e, quindi, di procedimenti che si originano nella scelta del Congresso di trasferire ad un altro soggetto costituzionalmente titolare del potere di indirizzo politico, l’Esecutivo, un compito normativo “primario”, pur nei limiti (più o meno ampi) stabiliti con legge, risulta in generale discutibile da un punto di vista costituzionale, sia in quanto la separazione dei poteri “all’americana” non comporta, com’è noto, una rigida distinzione tra gli organi costituzionalmente deputati all’assolvimento delle varie funzioni pubbliche, sia perché, anche a volersi ritenere l’impossibilità per il Congresso (*rectius*, di una camera del Congresso) di bloccare l’azione dell’esecutivo un elemento di rottura del sistema costituzionale dei *checks and balances*, l’incostituzionalità del *legislative veto* non comporterebbe in ogni caso tale effetto.

Infatti, gli strumenti di controllo da parte del Congresso erano prima di *Chadha*, e lo sono rimasti dopo tale pronuncia, molteplici e variamente collocabili *ex ante* ed *ex post* rispetto all’esercizio del potere normativo da parte dell’Esecutivo. Si pensi, *ex ante*, alla possi-

¹³⁸ Cfr. White, 2801-2803, *dissenting*.

¹³⁹ Si veda la prima giurisprudenza sul punto, non *overruled*, Cfr. *Currin v. Wallace*, 306 U.S. 1, 16-17 (1939), e *United States v. Rock Royal Co-operative, Inc.*, 307 U.S. 533, 577-78 (1939).

bilità (spesso volutamente non sfruttata dall'organo parlamentare) di limitare l'Esecutivo attraverso l'approvazione di una delega circoscritta.

Inoltre, il Congresso può in ogni caso richiedere che il Presidente, prima di assumere le sue iniziative, consulti i rappresentanti delle due camere in grado di offrire un contributo importante e significativo nell'elaborazione delle decisioni da adottare; ancora, il Congresso può ritardare l'attuazione di un'azione esecutiva finché il Congresso non abbia avuto il tempo di prenderla in considerazione e, eventualmente, di approvare un'apposita legge avente quale contenuto essenziale quello di impedire a quell'azione di produrre i propri effetti. Infine, va considerato che se un numero significativo di rappresentanti o di senatori si oppone fortemente ad un *rulemaking*, esso è in grado di riuscire a far inserire una previsione all'interno dell'*appropriation bill* con la quale di fatto neutralizzare l'azione governativa, sottraendo ai soggetti chiamati a realizzarla le risorse necessarie alla sua attuazione¹⁴⁰.

8. Considerazioni di sintesi

Lo sforzo di ricostruire in maniera organica il variegato scenario delle funzioni *lato sensu* normative dell'Esecutivo nel sistema costituzionale degli Stati Uniti non è per la verità ripagato dalla possibilità di sintetizzare i risultati in conclusioni univoche e definitive.

Le modalità con le quali l'intersezione tra potere esecutivo e potere legislativo si sviluppa e produce risultati concretizzanti in atti avente valore indiscutibilmente normativo sono molteplici e variegati, difficilmente definibili una volta per tutte, e fortemente sovrapponibili e, nei fatti, sovente sovrapposte tra loro. Basti pensare all'utilizzo congiunto e complementare di *executive orders* e *memoranda*, alla poliedrica natura dei *signing statements*, alle intersezioni stesse tra atti *with force and effects of law* e potere legislativo presidenziale in senso proprio (pur negativo) rappresentato dal veto.

D'altra parte, l'impossibilità di descrivere un quadro unitario, derivante anche dal ruolo che nel sistema considerato rivestono le prassi, o meglio, le interpretazioni costituzionali offerte da tutte le istituzioni federali, Congresso, Presidente, e Corte Suprema in particolare, non impedisce l'enucleazione di linee di tendenza nel configurarsi dei poteri normativi dell'Esecutivo.

In particolare, sembra potersi condividere la riflessione proposta da Ackerman pochi anni fa (e comunque prima della Presidenza Trump) circa le potenzialità, in parte incontrollabili, dei poteri presidenziali; un ragionamento che non riguardava soltanto quelli normativi, ma che ad essi può certamente riferirsi con particolare intensità. Da questo punto di vista l'utilizzo che l'attuale Presidente fa, tra l'altro, degli *executive orders*, conferma un'interpretazione dello strumento che, come si è sottolineato, non è nuova né sorprendente, ma viene da più parti stigmatizzata per i contenuti che è in grado di veicolare a prescindere dal controllo del Congresso. Il problema, quindi, starebbe, come spesso accade, in una questione di "eterogenesi dei fini". Il rafforzamento dei poteri normativi presidenziali, pur non

¹⁴⁰ Cfr. S. BREYER, *The Legislative Veto after Chadha*, cit., spec. p. 792.

immediatamente lesivo di una separazione dei poteri che la Costituzione statunitense descrive come interdipendenza, rischia di portare, per così dire, ad effetti incostituzionali, quando si coniuga con l'utilizzo di tali poteri per finalità che risultano sostanzialmente incostituzionali e contrarie alla tutela dei diritti fondamentali.

Non è chiaro tuttavia quali possano essere le alternative all'evoluzione descritta, poiché il *leave it to Congress* sembra trascurare da un lato il rilevante ruolo di condizionamento del Presidente sul Congresso, dall'altro l'interpretazione costituzionale del ruolo presidenziale offerta dalla stessa Corte Suprema, chiamata in ultima istanza a garantire che l'attività legislativa dell'esecutivo sia, più nel merito che nella struttura, compatibile con la Costituzione. Inoltre, la preminente carica simbolica di alcuni atti presidenziali, assumano questi la forma (in particolare) di *proclamations* o di *executive orders*, evidente anche in molti dei provvedimenti dell'attuale Presidente, confonde ulteriormente il quadro, rendendoli potenti strumenti comunicativi il cui valore normativo sembra concretizzarsi soprattutto nella loro dimensione e capacità performativa.