

IL CAPO DELLO STATO ED I LIMITI ALL'ESERCIZIO DELLA GIURISDIZIONE

a cura di *Paolo Passaglia*

con contributi di *C. Bontemps di Sturco, C. Guerrero Picó, S. Pasetto, M. T. Rörig*

INTRODUZIONE

FRANCIA

1. Introduzione

2. Cenni sull'immunità del Presidente della Repubblica

2.1. Il principio generale di irresponsabilità del Presidente della Repubblica nell'esercizio delle funzioni

2.2. Le eccezioni al principio di irresponsabilità

2.2.1. *La competenza della Corte penale internazionale*

2.2.2. *La competenza di una Corte speciale*

2.2.2.1. *La disciplina anteriore al 2007*

2.2.2.2. *La disciplina dopo il 2007*

2.3. La responsabilità extrafunzionale

2.3.1. *I dubbi interpretativi prima del 2007*

2.3.2. *La riforma del 2007*

2.3.3. *Le recenti proposte della Commissione Jospin*

3. Capo dello Stato ed esercizio della giurisdizione

3.1. La giurisdizione penale

3.1.1. *L'acquisizione di mezzi di prova*

3.1.2. *Le azioni instaurate contro il Presidente della Repubblica durante il mandato*

3.1.2.1. *L'irresponsabilità del Presidente della Repubblica per atti funzionali*

3.1.2.2. *Le azioni penali contro il Presidente della Repubblica per atti anteriori al suo mandato*

3.1.2.3. *Le azioni contro un ex Presidente della Repubblica*

3.1.3. *La costituzione del Presidente della Repubblica come parte civile*

3.1.4. *Le azioni penali contro i collaboratori del Presidente della Repubblica*

3.1.5. *Le azioni contro altri soggetti per fatti anteriori all'assunzione della carica di Presidente della Repubblica*

3.2. La giurisdizione civile

3.3. La giurisdizione amministrativa

3.3.1. *L'accesso agli atti della Presidenza della Repubblica*

3.3.2. *La posizione della giurisprudenza amministrativa in materia di diritto di accesso*

GERMANIA

1. Cenni introduttivi sulla collocazione del Capo dello Stato nel sistema istituzionale

2. Le immunità del Capo dello Stato

3. Capo dello Stato e limiti all'esercizio della giurisdizione

REGNO UNITO

1. Il monarca come Capo dello Stato e la sua collocazione nel sistema istituzionale

1.1. *La royal prerogative*

1.2. *La personal prerogative*

2. Cenni sulle immunità del Capo dello Stato

2.1. L'immunità dalla responsabilità penale e civile

2.1.1. *La petition of right*

2.1.2. *L'assenza di un obbligo per il monarca a testimoniare*

2.1.2.1. La vicenda Burrell

2.1.2.2. L'invocabilità dell'immunità nell'ambito delle public inquiries

2.2. L'inapplicabilità della legislazione al monarca

3. La riservatezza delle comunicazioni del monarca

SPAGNA

1. Introduzione

2. Brevi cenni sulle funzioni del Capo dello Stato

3. Capo dello Stato ed esercizio della giurisdizione

3.1. L'art. 56 della Costituzione

3.1.1. *I precedenti storici*

3.1.2. *L'inviolabilità e l'irresponsabilità regia*

3.1.3. *La controfirma*

3.2. La compatibilità tra le norme costituzionali e lo Statuto di Roma

3.3. La proiezione dell'art. 56 Cost. sulla legislazione processuale

3.3.1. *Le norme ad hoc*

3.3.2. *A proposito dell'intercettazione delle comunicazioni del Re*

3.4. Il dibattito dottrinale sulle possibili conseguenze di un comportamento criminale del Re

3.5. La prassi giudiziaria: a) in materia penale

3.6. *Segue*: b) in materia civile

CENNI SULL'ESPERIENZA STATUNITENSE

1. Introduzione

2. Le immunità del Capo dello Stato

2.1. La frammentarietà e l'incompletezza della disciplina sulle immunità

2.2. *L'impeachment*

2.3. La posizione del Capo dello Stato di fronte alla giurisdizione civile

3. Capo dello Stato ed esercizio della giurisdizione

3.1. *L'executive privilege* e l'acquisizione dei mezzi di prova in un processo penale

3.2. L'apposizione del segreto di Stato

Introduzione

1. Da un'indagine di diritto comparato riguardante l'incidenza che ha la titolarità della carica di capo dello Stato in termini di limiti all'esercizio della giurisdizione emerge la grande variabilità delle soluzioni adottate nei singoli ordinamenti.

Una tale variabilità dipende da un buon numero di fattori, tra i quali, tuttavia, spicca, innanzi tutto, la scelta in ordine al tipo di forma di Stato: è chiaramente avvertibile, infatti, lo iato sussistente tra la monarchia e la repubblica, che si sostanzia nel tipo di protezione offerta e che discende dal tipo di mandato esercitato. Se nelle monarchie è *avant tout* la *persona* del re (o della regina) a godere di uno statuto di tendenziale impermeabilità alle iniziative giurisdizionali, nelle repubbliche lo statuto di protezione viene costruito attorno alla *carica* ricoperta, per riverberarsi poi sulla persona del titolare. Né può trascurarsi la distanza intercorrente tra una carica vitalizia ed un mandato temporaneo, giacché la prima impone scelte di politica del diritto che non possono prescindere dall'alternativa tra assoggettamento o immunità agli ordini giudiziari, mentre per il secondo si presenta l'ulteriore opzione di una dilazione della suddetta alternativa al momento in cui la persona non avrà più la suprema responsabilità dello Stato.

Nell'ambito delle repubbliche, tuttavia, le variabili che incidono sulla posizione del capo dello Stato si moltiplicano. Un fattore determinante, nella prospettiva rilevante in questa sede, è dato, in effetti, dalla forma di governo, ed in particolare dalla collocazione o meno del Presidente della Repubblica all'interno del potere esecutivo: contrariamente a ciò che avviene nei regimi parlamentari, nei sistemi presidenziali o semi-presidenziali, alle tutele proprie del Presidente come supremo reggitore dello Stato si associano quelle invocabili alla luce della separazione (e della reciproca indipendenza) tra potere esecutivo e potere giudiziario.

2. I limiti all'esercizio della giurisdizione sono, come è chiaro, riconducibili in primo luogo alla disciplina della responsabilità del capo dello Stato, e dunque alla sua inviolabilità (nelle monarchie) o (nelle repubbliche) alla sua immunità, processuale o (anche) sostanziale.

Tale questione è, da sempre, oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina costituzionalistica, sovente in parallelo con casi concreti prospettatisi nella prassi giurisprudenziale.

Meno approfondito è, invece, un aspetto dell'immunità che non si collega – almeno direttamente – alla responsabilità, ma che si traduce o che può tradursi comunque in limiti all'esercizio della giurisdizione.

Il riferimento è a quei casi nei quali si ha un coinvolgimento del capo dello Stato in vicende giudiziarie che vedono altri nella posizione di imputati o di parti processuali. Su quest'ultima tematica si concentrano i contributi del presente quaderno.

Contributi piuttosto eterogenei, sebbene strutturati alla luce di un comune approccio metodologico, teso a rintracciare le soluzioni normative presenti in taluni ordinamenti stranieri partendo da un sommario o inquadramento della collocazione istituzionale del capo dello Stato e dal (conseguente) regime della sua responsabilità, che, a sua volta, dando una certa impronta ai rapporti con la giurisdizione, finisce per condizionare in modo sovente decisivo anche la disciplina della partecipazione indiretta o incidentale o occasionale del capo dello Stato a procedimenti giudiziari.

L'eterogeneità dei contributi che si presentano si spiega – o, almeno, così si auspica – soprattutto alla luce delle inferenze sopra prospettate, giacché la grande variabilità dei presupposti ordinamentali conduce l'esame della tematica specifica qui presa in considerazione su strade talvolta anche molto distanti, e comunque quasi mai sovrapponibili.

La selezione di ordinamenti che è stata fatta, del resto, avrebbe reso sorprendente il contrario. I cinque contributi riguardano, infatti, due monarchie e tre repubbliche. Ma non solo: all'interno dei due *genera* gli esempi analizzati rappresentano elementi di diverse *species*. Così, per le monarchie, il perdurante vigore di norme (e convenzioni) derivanti da una tradizione più volte secolare distingue il Regno Unito dalla Spagna, dove il richiamo alla tradizione si è inserito nel contesto dell'affermazione *ex novo* di valori e principi veicolati dalla Costituzione del 1978, valori e principi con cui le prerogative della Corona hanno dovuto e debbono costantemente fare i conti. Sul versante repubblicano, poi, le distanze sono avvertibili anche solo ricorrendo alla classificazione delle forme di governo, trattandosi di una repubblica presidenziale come gli Stati Uniti, di una repubblica semi-presidenziale, quale la Francia, e di una repubblica parlamentare, vale a dire la Germania.

A queste già cospicue differenze si aggiungono quelle inerenti al regime del segreto di Stato, che certo non può non incidere sulla materia in questione. Le difformità a tal proposito registrabili tra i vari sistemi esaminati ed il grado più o meno elevato di ricorso al principio della riservatezza contribuiscono a ritagliare, nell'attività del capo dello Stato, zone diverse – per oggetto, per estensione e per portata – sottratte alla cognizione giudiziale. Sulla tematica, che è stata solo per sommi capi presa in considerazione nei diversi contributi, si rinvia al quaderno dal titolo *Il segreto di stato e l'attività giurisdizionale* [Comp. 152], del settembre 2011.

3. Un elemento comune a tutte le cinque esperienze è peraltro rintracciabile *in limine*: la rarefazione dei riferimenti normativi. Non si danno, infatti, casi nei quali il sistema offra una disciplina organica delle forme, dei modi e dei limiti che presiedono alla partecipazione o al coinvolgimento del capo dello Stato all'interno di procedimenti giudiziari. Al più, una rassegna del diritto positivo restituisce qualche norma, inerente alla testimonianza (Germania, Spagna) o alla perquisizione domiciliare (Spagna), il che impone di desumere le soluzioni adottate procedendo dai principi generali, con l'ausilio, talvolta (ma non sempre), di statuizioni giurisprudenziali.

Gli esiti cui si giunge sono, essi stessi, molto diversificati, andando da una accettazione pressoché completa dell'estraneità del capo dello Stato rispetto al dipanarsi dell'azione

giurisdizionale (Regno Unito) all'assoggettamento del capo dello Stato a *quasi* tutte le norme generali (Germania).

Tra i due estremi, si pongono soluzioni diversamente articolate. Per la Spagna e per la Francia, pare di potersi riscontrare una tendenza all'applicazione delle regole comuni, condizionata, però (e l'aspetto non è di dettaglio), dalla previa accettazione da parte del capo dello Stato. Ciò vale, in particolare, per la testimonianza, anche se al riguardo deve sottolineare come l'assonanza delle soluzioni elaborate nei due paesi non possa nascondere la profonda diversità dei presupposti. Se, infatti, in Spagna l'esenzione dall'obbligo è legislativamente sancita in modo inequivocabile, in Francia essa è stata affermata in via giurisprudenziale – non senza contrasti – e comunque limitatamente al periodo durante il quale il Presidente è in carica; per il periodo successivo, invece, l'affermazione dell'obbligo, apparentemente scontata, sconta ancora un margine di incertezza relativamente ai fatti di cui l'*ex* Presidente sia venuto a conoscenza in conseguenza delle sue funzioni.

Aspetti che, invece, in Francia non sono stato trattato, a differenza di quanto può dirsi, di recente, per la Spagna, sono quello relativo alla possibilità di disporre intercettazioni di comunicazioni del Re (di problematica ammissibilità, ma non *a priori* da escludersi) e, soprattutto, quello della utilizzabilità di intercettazioni che abbiano coinvolto il Re. Sul punto, sebbene non possa dirsi esistente una giurisprudenza, alcuni spunti offerti da un caso recente sembra che possano far propendere per la soluzione affermativa.

Infine, l'esperienza statunitense è difficilmente riconducibile alla linea ideale che si è sopra tracciata, in ragione, soprattutto, della posizione del capo dello Stato, resa di problematica definizione in ragione delle sue responsabilità di governo. La coincidenza dei ruoli di capo di Stato e di vertice del potere esecutivo è particolarmente significativa se si pone mente al fatto che la resistenza del Presidente nei confronti di iniziative giudiziarie non rivolte direttamente contro di lui si è manifestata soprattutto attraverso l'invocazione dell'*executive privilege*, che si riteneva – erroneamente, chiarirà la Corte suprema federale – che potesse giustificare il rifiuto di esibire documenti "interni" dell'amministrazione.

FRANCIA

di Charlotte Bontemps di Sturco

1. Introduzione

In reazione al sistema assembleare della III e della IV Repubblica, la Costituzione del 1958 ha introdotto una c.d. *rationalisation du parlementarisme* tesa a rafforzare il ruolo del potere esecutivo riguardo al potere legislativo, scegliendo una forma di governo c.d. semipresidenziale.

Il potere esecutivo comprende il Presidente della Repubblica, il Primo ministro e il Governo. È stato quindi introdotto un potere esecutivo bicefalo. Il Presidente della Repubblica, eletto con suffragio universale dal 1962, nomina il Primo ministro e, su proposta di questo, gli altri membri del Governo. Quest'ultimo deve avere la fiducia dell'Assemblea nazionale.

Il peso del Presidente della Repubblica, “chiave di volta delle istituzioni”¹, è determinato, oltre che dalla sua investitura popolare, dalla previsione di espliciti poteri propri e di poteri condivisi.

2. Cenni sull'immunità del Presidente della Repubblica

2.1. Il principio generale di irresponsabilità del Presidente della Repubblica nell'esercizio delle funzioni

L'articolo 67, come modificato nel 2007², dispone che “il Presidente della Repubblica non è responsabile degli atti compiuti in quanto tale”.

In continuità con la disciplina previgente, è stata affermata la regola generale dell'irresponsabilità del Presidente della Repubblica per gli atti posti in essere “*en cete qualité*”.

La riforma costituzionale non ha eliminato il problema della delimitazione degli atti compiuti nell'esercizio delle funzioni, in mancanza di una definizione normativa e di una casistica

¹ L'articolo 5 della Costituzione così recita: “Il Presidente della Repubblica garantisce il rispetto della Costituzione. Mediante il suo arbitrato, assicura il regolare funzionamento dei poteri pubblici e la continuità dello Stato.

“È garante della indipendenza nazionale, della integrità del territorio e del rispetto dei trattati”.

² L'attuale formulazione del Titolo IX della Costituzione (articoli 67 e 68), che disciplina l'immunità del Presidente della Repubblica, è il risultato di una revisione, del 2007, successiva ai lavori della c.d. Commissione Avril, incaricata di riflettere sullo statuto penale del capo dello Stato. La commissione era stata istituita in ragione dell'inadeguatezza della disciplina recata dal testo del 1958, da taluno avvertita di fronte ad iniziative della magistratura requirente che avevano riguardato il Presidente Chirac.

giurisprudenziale. Utile risulta – secondo la dottrina³ – il riferimento alla giurisprudenza relativa alla responsabilità ministeriale, dalla quale è possibile desumere che nella categoria degli atti funzionali rientrano esclusivamente gli atti strettamente necessari alla realizzazione dei compiti istituzionali del Presidente della Repubblica, mentre gli atti compiuti *in occasione* dell’esercizio di un potere presidenziale, ma ad esso consustanziali, non sono coperti dall’irresponsabilità.

L’articolo 67, comma 1, prevede, peraltro, due eccezioni a questa irresponsabilità.

2.2. Le eccezioni al principio di irresponsabilità

2.2.1. La competenza della Corte penale internazionale

La prima ipotesi menzionata all’articolo 67, comma 1, è rappresentata dall’articolo 53-2, che rende possibile l’esperimento di un’azione giudiziaria nei confronti del Presidente della Repubblica di fronte alla Corte penale internazionale, ai sensi del trattato sulla Corte penale internazionale.

2.2.2. La competenza di una Corte speciale

2.2.2.1. La disciplina anteriore al 2007

L’art. 68 della Costituzione francese del 1958, nella sua formulazione originaria, poneva alla generale irresponsabilità politica e giuridica del Presidente della Repubblica per gli atti compiuti nell’esercizio delle funzioni, l’eccezione dell’“alto tradimento” (*haute trahison*), per la quale era in ogni caso previsto un privilegio di giurisdizione, con devoluzione del giudizio ad un’Alta Corte di Giustizia⁴.

Per quanto riguarda la nozione di alto tradimento, né la Costituzione né la legislazione organica o ordinaria fornivano definizioni puntuali del reato *de quo*, essendo stato lasciato alla discrezionalità dell’Alta Corte di Giustizia il compito, se del caso, non solo di individuare gli elementi costitutivi della fattispecie, ma anche di precisarne gli aspetti sanzionatori. Peraltro, l’indeterminatezza della fattispecie del reato di “alto tradimento” non rappresentava una novità nella storia costituzionale francese, se è vero che, tra le Costituzioni precedenti, solo quella del 1848 conteneva indicazioni più precise, definendo l’alto tradimento come “qualunque misura con cui il Presidente della Repubblica scioglie l’Assemblea nazionale, la proroga o pone ostacoli all’esercizio del suo

³ Cfr. R. GOUTTES, *Conclusions sur l'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 10 octobre 2001*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2002, n. 49, 51 ss.

⁴ L’Alta Corte era formata, in base agli articoli 1 e 2 della legge organica n. 59-1 del 2 gennaio 1959, da ventiquattro giudici titolari e dodici giudici supplenti, eletti per metà dall’Assemblea nazionale (ad ogni rinnovo di essa) e per metà dal Senato (ad ogni rinnovo parziale di esso) tra i propri membri, mentre le funzioni di pubblico ministero erano esercitate dal Procuratore generale presso la Corte di cassazione assistito dal primo *Avocat général* e da due *Avocats généraux* da lui scelti.

mandato”. Ad ogni modo, la dottrina francese che si è occupata del tema non ha mancato di osservare come l’imprecisione dell’art. 68 della Costituzione del 1958, nella sua originaria formulazione, fosse data dall’“impossibilità di prevedere in anticipo l’atto sufficientemente grave che potrebbe commettere il Presidente della Repubblica perché sia superato il principio della sua irresponsabilità”, trattandosi, insomma, di “una garanzia contro l’impunità che risulterebbe da un tradimento deliberato dei doveri connessi alla sua carica, senza tuttavia essere stata prevista espressamente in un testo”.

Astraendo dall’alto tradimento, con riferimento all’estensione temporale della garanzia dell’irresponsabilità funzionale, unanime era la dottrina francese nel ritenere che detta irresponsabilità fosse perpetua, ed andasse cioè oltre la fine del mandato, in coerenza con l’approccio interpretativo che voleva l’irresponsabilità funzionale “volta ad assicurare un’indipendenza ed una dignità intrinseca e sostanziale, oltre che estrinseca e formale, all’azione del Capo dello Stato”.

Questa soluzione è stata accolta, in particolare, in un caso in cui è stato coinvolto l’ex Presidente Giscard d’Estaing, il quale, convocato in veste di testimone da una commissione parlamentare istituita nel 1984 per indagare sullo scandalo dei cosiddetti *avions renifleurs*, chiese al Presidente della Repubblica in carica di precisare, esercitando il suo potere di arbitro tra le istituzioni dello Stato secondo quanto previsto dall’art. 5 della Costituzione, i limiti temporali dell’irresponsabilità presidenziale. L’allora Presidente François Mitterrand rispose che l’immunità “si applica al Presidente della Repubblica per tutta la durata del suo mandato, ma anche oltre, per i fatti che si sono prodotti durante quel periodo”: tale risposta assume il “valore di un precedente di carattere generale, così che, se pure pronunciata nei confronti di un’iniziativa parlamentare, essa estende i suoi effetti anche verso le azioni dell’autorità giudiziaria”.

2.1.2.2. La disciplina dopo il 2007

Ai sensi dell’articolo 67, comma 1, della Costituzione, nel testo successivo alla revisione del 2007, “il Presidente della Repubblica può essere destituito solo in caso di mancanza ai propri doveri incompatibile con l’esercizio del proprio mandato. La destituzione viene pronunciata dal Parlamento riunito in Alta Corte.

“La proposta di riunire l’Alta Corte, approvata da una delle assemblee del Parlamento, viene immediatamente trasmessa all’altra, che si pronuncia entro quindici giorni.

“L’Alta Corte è presieduta dal Presidente dell’Assemblea nazionale. Essa delibera entro un mese, con voto a scrutinio segreto, sulla eventuale destituzione. La sua decisione ha effetto immediato.

“Le decisioni prese in applicazione del presente articolo richiedono una maggioranza dei due terzi dei rappresentanti che compongono l’assemblea interessata o l’Alta Corte. È vietato delegare il

proprio voto. Vengono scrutinati unicamente i voti favorevoli alla proposta di riunione dell'Alta Corte o alla destituzione.

“Una legge organica stabilisce le condizioni di modifica del presente articolo”.

La revisione costituzionale ha modificato la precedente disciplina, ridefinendo sia i termini della condotta rilevante che la composizione dell'organo giudicante.

Il riferimento al non meglio definito reato di “alto tradimento” è stato sostituito dall'ipotesi di “mancanza ai propri doveri incompatibile con l'esercizio del proprio mandato”, il cui accertamento è demandato al Parlamento riunito in Alta Corte. Questa Corte, presieduta dal Presidente dell'Assemblea nazionale, deve deliberare entro un mese sulla eventuale destituzione del Presidente della Repubblica, con voto segreto ed a maggioranza dei due terzi dei rappresentanti (stessa maggioranza prevista per il voto sulla proposta di convocazione del Parlamento in Alta Corte).

Non si sono verificati, dal 2007 ad oggi, casi di proposta di destituzione del Capo dello Stato. Parte della dottrina francese ha sottolineato come la responsabilità del Presidente sia, oggi, “ancor più difficile da far valere che nel contesto precedente alla riforma costituzionale, in cui né la messa in stato d'accusa, né la condanna esigevano maggioranze particolari”.

2.3. La responsabilità extrafunzionale

Più articolata, e fonte di maggiori contrasti interpretativi, appare la questione della responsabilità del Presidente della Repubblica francese per atti compiuti al di fuori dall'esercizio delle proprie funzioni. Anche con riferimento a tale ipotesi sembra, comunque, utile suddividere l'esposizione in due parti, prendendo ancora una volta come linea di confine la riforma del 2007.

2.3.1. I dubbi interpretativi prima del 2007

L'articolo 68 della Costituzione francese, nella sua formulazione originaria, non prendeva espressamente in considerazione la responsabilità del Presidente della Repubblica per atti estranei all'esercizio delle funzioni.

Il dubbio interpretativo ruotava intorno al modo in cui dovesse essere letto il rapporto tra i primi due periodi dell'art. 68 della Costituzione, i quali – lo si ricorda – prevedevano, l'uno, che “il Presidente della Repubblica non [era] responsabile degli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni se non per alto tradimento” e l'altro che “egli [poteva] essere messo in stato d'accusa soltanto dalle due Assemblee, che delibera[va]no con voto identico a scrutinio palese e a maggioranze dei loro componenti; egli [era] giudicato da un'Alta Corte di Giustizia”.

I sostenitori di un'interpretazione unitaria dell'articolo 68, che collegava inscindibilmente i due periodi⁵, ritenevano che la Costituzione aveva inteso escludere un privilegio di giurisdizione del Presidente della Repubblica per gli atti extrafunzionali o prima della sua elezione. All'uopo si fondavano, tra l'altro, sull'unanimità della posizione prima della decisione del *Conseil*, sulla posizione del *Tribunal correctionnel* di Parigi del 3 dicembre 1974, sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte di cassazione in tale senso per la competenza della Corte di giustizia della Repubblica per i ministri (Cass. Crim., 16 febbraio 2000, Boll. Crim. 72). I fautori della lettura separatista⁶ vedevano il privilegio di giurisdizione previsto dalla seconda frase come esteso, durante la durata del mandato, a tutti gli atti commessi dal Presidente della Repubblica al di fuori dell'esercizio delle sue funzioni o prima dell'inizio del suo mandato. Invocavano, al riguardo, il principio di separazione dei poteri, il principio di continuità dello Stato ed il ruolo fondamentale del Capo dello Stato nel sistema costituzionale. Nel replicare alle critiche che venivano mosse a tale orientamento, si evidenziava come esso non configurasse un'immunità totale del Presidente in quanto i suoi atti potevano rientrare (1) nella procedura davanti la Corte di giustizia della Repubblica, durante il suo mandato, (2) nella competenza delle giurisdizioni penali ordinarie, dopo la fine del mandato (fatta salva la prescrizione dell'azione) e (3) nella possibilità, in caso di crimine particolarmente grave, di fare ricorso all'articolo 7, comma 4, che permette al *Conseil constitutionnel* di accertare l'impedimento del Presidente della Repubblica.

Il *Conseil constitutionnel*, adito per verificare la compatibilità con la Costituzione del trattato istitutivo della Corte penale internazionale firmato a Roma nel luglio 1998, nella decisione n. 98-408 DC del 22 gennaio 1999, ha affermato che “il Presidente della Repubblica, per gli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni e salvo il caso di alto tradimento, beneficia di una immunità; [...] tra l'altro, durante il suo mandato, la sua responsabilità penale può essere messa in causa solo davanti all'Alta Corte di Giustizia”.

Questa decisione ha suscitato in dottrina reazioni contrastanti, dividendosi quest'ultima tra una maggioranza favorevole alla soluzione avallata dal *Conseil* ed una minoranza ad essa contraria. Il dibattito si è concentrato sul valore da attribuire alla pronuncia e, in particolare, a quella parte dell'argomentazione che iniziava con l'espressione “*au surplus*” (“tra l'altro”): alcuni leggevano, infatti, tale affermazione come un *obiter dictum* privo di efficacia vincolante; secondo altri, invece, si trattava di una parte necessaria dell'argomentazione posta a sostegno della decisione, dovendo dunque anche ad essa attribuirsi “*autorité de chose jugée*”, la quale “inerisce non soltanto al [...] dispositivo, ma anche ai motivi che ne sono il sostegno necessario e ne costituiscono lo stesso fondamento”.

⁵ Ad esempio, B. GENEVOIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit pénal international*, in *Revue française de droit administratif*, 1999, 285.

⁶ Ad esempio: P. AVRIL, *À propos de l'interprétation littérale de l'article 68 de la Constitution*, in *Revue française de droit administratif*, 1999, 715 ; F. ROBBE, *L'incompétence du juge pénal pour statuer sur la responsabilité du Président de la République*, in *Gazette du Palais*, 12-14 novembre 1999, 4.

La decisione del *Conseil* si inseriva in un contesto reso particolarmente critico dal fatto che il nome del Presidente Chirac era emerso nell'ambito di un'inchiesta giudiziaria sull'utilizzo illecito di fondi pubblici al Comune di Parigi nel periodo in cui egli rivestiva la carica di Sindaco.

Il giudice istruttore incaricato dell'inchiesta in cui era coinvolto il Presidente Chirac si era dichiarato incompetente a perseguirlo con ordinanza del 15 aprile 1999. Questa ordinanza era stata poi confermata, in sede di appello, dalla Corte d'appello di Versailles. Nello stesso senso si erano pronunciati successivamente altri giudici che conducevano inchieste che vedevano coinvolto lo stesso Chirac, ma una delle ordinanze così emesse, dopo essere stata confermata in appello, era stata impugnata dinanzi alla Corte di cassazione, che è quindi stata chiamata a pronunciarsi, in *Assemblée plénière*, il 10 ottobre 2001.

La Corte non ha ripreso, in tutto e per tutto, il contenuto della sopra menzionata decisione del *Conseil constitutionnel* del 1999.

La Suprema Corte ha affermato, in primo luogo, che “se l'autorità delle decisioni del *Conseil constitutionnel* inerisce non soltanto al dispositivo, ma anche ai motivi che ne sono il sostegno necessario, queste decisioni si impongono ai pubblici poteri ed alle autorità amministrative e giurisdizionali solo per ciò che concerne il testo sottoposto all'esame del *Conseil*; [...] nella specie, la decisione del 22 gennaio 1999 si è pronunciata solo sulla possibilità di deferire il Presidente della Repubblica alla Corte penale internazionale per rispondervi di crimini di competenza di questa Corte; [...] spetta, dunque, alle giurisdizioni ordinarie determinare se il Presidente della Repubblica può essere ascoltato in qualità di testimone o essere perseguito davanti a loro per rispondere di ogni altro reato commesso al di fuori dell'esercizio delle sue funzioni”. Dopo aver, quindi, negato che dalla sentenza del *Conseil* potesse derivare un vincolo interpretativo sul punto specifico della determinazione del difetto di competenza delle giurisdizioni ordinarie a decidere se il Presidente della Repubblica potesse essere o meno ascoltato come testimone o perseguito di fronte ad esse, rimanendo al contrario detta competenza a totale appannaggio delle giurisdizioni ordinarie, la Corte di cassazione ha ciò nondimeno affermato che “il Presidente della Repubblica non può, durante il suo mandato, essere ascoltato come testimone assistito, né essere indagato, convocato o rinviato a giudizio per un qualunque reato davanti ad una giurisdizione penale di diritto comune; [...] egli non è neppure soggetto all'obbligo di comparire come testimone di cui all'articolo 101 del Codice di procedura penale, giacché questo obbligo è rafforzato dall'articolo 109 dello stesso codice con un provvedimento coercitivo per il tramite della forza pubblica ed è sanzionato penalmente”. Poiché la *Haute Cour de justice* era competente soltanto a conoscere degli atti di alto tradimento commessi dal Presidente nell'esercizio delle sue funzioni, “le azioni per tutti gli altri atti davanti alle giurisdizioni penali di diritto comune non possono essere esercitate durante il mandato presidenziale, e la prescrizione dell'azione è dunque sospesa”.

La Corte di cassazione ha negato quindi la tesi del privilegio assoluto di giurisdizione, limitato al caso di alto tradimento, ma ha riconosciuto l'improcedibilità assoluta durante il mandato (una improcedibilità, dunque, meramente temporanea), con sospensione dei termini di prescrizione.

Dopo la pronuncia del *Conseil constitutionnel* è stata depositata una proposta di legge di revisione costituzionale volta alla modifica dell'art. 68 della Costituzione. Il testo prevedeva l'aggiunta di un secondo comma, ai termini del quale, "per gli atti suscettibili di essere qualificati come crimini o delitti, che siano stati commessi anteriormente o nel corso del proprio mandato, e che siano privi di nesso con l'esercizio delle sue funzioni, il Presidente della Repubblica è penalmente responsabile. Le azioni possono essere intentate contro di lui solo con la decisione di una commissione *ad hoc*, adita dalla magistratura requirente o dalla parte che si ritenga lesa. La commissione ordina l'archiviazione degli atti ovvero la loro trasmissione alla magistratura requirente. Il Presidente della Repubblica può essere oggetto di un arresto o di qualunque altro provvedimento privativo o restrittivo della libertà soltanto con l'autorizzazione della commissione. Questa autorizzazione non è richiesta in caso di crimine o delitto flagranti o di condanna definitiva". L'intenzione era, evidentemente, quella di sottoporre la responsabilità extrafunzionale del Presidente al giudizio della magistratura comune, prevedendo, tuttavia, un filtro analogo a quello previsto dall'art. 68-1 per le azioni relative alla responsabilità funzionale dei membri del Governo.

L'articolo 68 della Costituzione è stato poi modificato nel 2007.

2.3.2. La riforma del 2007

Ai sensi dell'articolo 67, commi 2 e 3, nel testo ora vigente:

"Non può essergli [al Presidente della Repubblica] richiesto, durante il suo mandato e di fronte ad alcuna giurisdizione o autorità amministrativa francese di testimoniare. Egli non può essere oggetto di un'azione giudiziaria, di un'indagine, di un atto di istruzione giudiziaria o di citazione. Sono sospesi nei suoi riguardi tutti i termini di prescrizione o di decadenza.

"Le istanze e procedure cui viene fatto ostacolo possono essere riprese o avviate contro di lui al termine del mese che segue la cessazione del suo incarico".

Il dettato costituzionale ha ripreso in parte la soluzione evidenziata dalla Corte di cassazione del 2001, estendendo però la disciplina dell'immunità, oltre i giudizi penali, a tutti i tipi di giudizio, e scegliendo quindi una protezione supplementare a quella che era emersa nell'interpretazione della decisione del 2001.

La riforma non ha raggiunto l'obiettivo di dissipare tutti i dubbi interpretativi, che infatti sono emersi più volte nella prassi più recente.

2.3.3. Le recenti proposte della Commissione Jospin

La Commissione per il rinnovo e la deontologia della vita pubblica, c.d. Commissione Jospin, ha trasmesso il suo *rapport* al Presidente della Repubblica il 9 novembre 2012. Tra le proposte fatte, alcune riguardano lo statuto del Presidente della Repubblica.

Per quanto riguarda la responsabilità funzionale, la Commissione ha proposto di modificare la procedura di destituzione, attribuendo il potere decisorio (non più alla Alta Corte, ma) al Parlamento in seduta comune.

In ordine alla responsabilità extrafunzionale, la Commissione ha proposto di eliminare l'immunità presidenziale, rendendo così il Capo dello Stato soggetto ad azioni penali e civili, sia pure con talune particolarità concernenti la competenza ed il procedimento.

La proposta prevede l'istituzione di una "Commissione superiore di esame preliminare", composta da sei membri (i presidenti della Corte di cassazione, del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, che nominerebbero ognuno un ulteriore membro, scelto tra i componenti dei rispettivi organi). La Commissione avrebbe come compito quello di operare un filtro, onde impedire azioni temerarie o strumentali. L'istruzione sarebbe affidata a più magistrati.

La competenza sarebbe radicata negli organi giudiziari di Parigi. La composizione del Tribunale, tuttavia, sarebbe diversa rispetto all'ordinario, constando di 5 magistrati (anziché 3). Analogamente, per la Corte d'assise, il numero di giurati salirebbe a 9 (anziché 6) ed in appello a 12 (anziché 9).

Non sarebbe possibile disporre il fermo o la detenzione preventiva del Presidente della Repubblica. Egli sarebbe, inoltre, sottratto all'obbligo di comparire e potrebbe essere rappresentato dal suo avvocato in udienza.

3. Capo dello Stato ed esercizio della giurisdizione

3.1. La giurisdizione penale

In relazione alla giurisdizione penale, è necessario distinguere le azioni instaurate direttamente contro il Presidente della Repubblica da quelle promosse indirettamente contro di lui o nelle quali venga comunque coinvolto. Preliminarmente, conviene, tuttavia, dar conto di una problematica trasversale rispetto a queste fattispecie, relativa alla possibilità di acquisire mezzi di prova presso il Presidente della Repubblica o attraverso di lui.

3.1.1. L'acquisizione di mezzi di prova

Nel procedimento penale francese, tra i mezzi di prova rientrano le informazioni tratte da testimonianza, intercettazioni, perquisizioni, con l'acquisizione di documenti su vari supporti. A differenza di ciò che avviene, ad esempio, per le intercettazioni dei parlamentari o per la testimonianza dei ministri, nessuna norma legislativa riguarda esplicitamente o si applica specificamente al Presidente della Repubblica.

Si è posta dunque la questione se possa configurarsi un regime di protezione specifico per il Capo dello Stato. Le indicazioni giurisprudenziali vanno chiaramente in senso affermativo. Sulla scorta di quanto si è potuto constatare, specie in relazione alla decisione resa nel 2001 dalla Corte di

cassazione, un obbligo a testimoniare non è infatti configurabile in capo al Presidente della Repubblica. Si sostiene peraltro, che nell'ambito di alcune indagini, il Presidente potrebbe, di sua iniziativa, chiedere di essere sentito come testimone.

Con riferimento al Presidente della Repubblica che sia cessato dal suo incarico, in un comunicato stampa del 22 giugno 2007, un mese ed una settimana dopo la fine del suo mandato, J. Chirac, convocato per essere sentito come testimone, ha chiarito la sua posizione in materia.

Citando la lettera dell'articolo 67, comma 1, e l'articolo 16 della Dichiarazione dei diritti e del cittadino del 1789, ha evidenziato che queste disposizioni escludono che un *ex* Capo dello Stato possa essere costretto a testimoniare per "fatti avvenuti o compiuti durante il suo mandato e nell'esercizio delle sue funzioni"; questa posizione di principio, "conforme alla tradizione repubblicana e che era quella del suo predecessore", non autorizzava il Presidente Chirac a rispondere favorevolmente alle richieste dei giudici d'Huy e Pons (caso *Clearstream*).

Nel medesimo comunicato, "per quanto riguarda i casi nei quali è stato indagato per fatti anteriori all'assunzione delle sue funzioni nel 1995, il Presidente Chirac [si è dichiarato] a disposizione dei giudici per rispondere alle questioni che gli sarebbero [state] poste". L'*ex* Presidente verrà, in seguito, condannato (cfr. *infra*, par. 3.1.2.3.).

Il privilegio del mancato obbligo a deporre è stato invocato anche in altri contesti e da soggetti diversi dal Presidente della Repubblica, ma allo stesso legati. Viene in rilievo, in particolare, il caso della liberazione delle infermiere bulgare condannate a morte in Libia, per la cui liberazione la stampa aveva ventilato un accordo sulla vendita di missili e di *know-how* sul nucleare da parte della Francia. Nel 2007, era stato chiesto alla moglie dell'allora Presidente della Repubblica di testimoniare al riguardo davanti ad una commissione parlamentare. Il rifiuto opposto è stato motivato invocando la sua qualità di inviata speciale personale del Presidente. Di contro, C. Guéant, segretario generale dell'Eliseo, anch'egli coinvolto, aveva accettato di testimoniare di fronte alla Commissione parlamentare.

3.1.2. Le azioni instaurate contro il Presidente della Repubblica durante il mandato

3.1.2.1. L'irresponsabilità del Presidente della Repubblica per atti funzionali

Come si è visto, quando i fatti rientrano pacificamente nelle funzioni presidenziali, la protezione del Presidente della Repubblica non può essere contestata in alcun modo, né durante né dopo il mandato.

Tra i casi che si sono prospettati concretamente, ad esempio, nel 2007, è stata negata la possibilità ad alcuni giudici istruttori di fare perquisizioni nella residenza presidenziale dell'Eliseo. Nel caso *Borel*, dal nome del giudice istruttore morto a Djibouti, due magistrati avevano tentato di

procedere ad una perquisizione nei locali della c.d. cellula africana dell'Eliseo, ma è stato loro opposto l'articolo 67 della Costituzione⁷.

Altro caso da citare è quello nel quale il Presidente della Repubblica era intervenuto per risolvere una presa di ostaggio – di cittadini francesi e non solo – nelle acque internazionali di fronte alla Somalia. I sequestratori, catturati dai servizi militari e speciali francesi, erano stati portati in Francia, su accordo delle autorità somale. Durante il loro processo, in Francia, alcuni di essi avevano invocato la responsabilità del Presidente della Repubblica, ciò che però è stato escluso dalle giurisdizioni penali, ai termini dell'articolo 67 (Cass. crim., 16 settembre 2009, n. 09-82777).

Altri casi sono risultati assai più problematici: verranno esaminati in seguito il caso *Clearstream*, per il Presidente Chirac, ed il caso dei sondaggi dell'Eliseo, per il Presidente Sarkozy.

3.1.2.2. Le azioni penali contro il Presidente della Repubblica per atti anteriori al suo mandato

Una parte della dottrina sembrava generalmente propensa ad escludere gli atti compiuti prima dell'inizio del mandato dal regime di irresponsabilità, riconoscendo dunque la competenza del giudice ordinario.

Due casi, verificatisi nel 1974 e nel 1995, sembravano suffragare la tesi della piena responsabilità extrafunzionale. Nel primo, il Presidente Giscard d'Estaing, subito dopo l'elezione, era stato denunciato per violazione delle leggi sulle pubbliche affissioni in campagna elettorale ed il *Tribunal correctionnel* di Parigi aveva giudicato nel merito la questione, assolvendo il Presidente, senza però eccepire alcunché sul difetto di giurisdizione.

Nel secondo caso, sono stati prima il Tribunale amministrativo e poi la Procura della Repubblica di Parigi a respingere, per l'indeterminatezza dei fatti contestati, le istanze di un cittadino che chiamava in causa il Presidente Chirac per un illecito relativo alla locazione di un appartamento ad un canone irrisorio: anche in questo caso, nulla era stato eccepito in ordine alla competenza della magistratura ordinaria.

3.1.2.3. Le azioni contro un ex Presidente della Repubblica

L'attuale redazione dell'articolo 67 sancisce un'immunità assoluta ma temporanea a beneficio del Presidente della Repubblica. Solo dopo il mese che segue la fine del mandato del Presidente della Repubblica, egli potrà essere sentito come testimone o essere oggetto di azioni giudiziarie, di un'indagine, di un atto di istruzione giudiziaria o di citazione, etc.

La lettera lascia ancora qualche dubbio interpretativo sugli atti di difficile qualificazione, in quanto il testo costituzionale è generico sul punto.

⁷ *Tentative de perquisition à l'Élysée dans l'affaire Borrel*, Le Monde, 2 maggio 2007.

Così, a distanza di poche settimane dal termine del rispettivo mandato, sono stati avviati procedimenti sia nei confronti di J. Chirac (per la testimonianza e le azioni giudiziarie che hanno condotto ad un processo e ad una condanna) sia nei confronti di N. Sarkozy.

Al termine del suo mandato, il Presidente Chirac si è trovato coinvolto in diverse vicende giudiziarie, anche piuttosto delicate. Il nome di J. Chirac figurava, infatti, in diversi casi istruiti da giudici di Parigi e Nanterre.

Nel caso *Clearstream*, gli atti deposti e gli elementi materiali lasciavano supporre che J. Chirac avesse chiesto, nel 2004, a Dominique de Villepin di fare condurre al Generale P. Rondot un'inchiesta parallela sulle liste Clearstream, che sembravano compromettere centinaia di personalità, tra cui N. Sarkozy. J. Chirac poteva essere chiamato a rispondere di "denuncia con calunnia", anche se non è stato poi coinvolto nel processo (a differenza di N. Sarkozy, che come vittima si era costituito parte civile: v. *infra*). Sulla possibilità di far valere la responsabilità del Presidente, peraltro, la dottrina è rimasta molto divisa, non essendo stato chiarito se gli atti, compiuti durante il mandato, rientravano o meno nella protezione dell'immunità funzionale.

Nel caso delle assunzioni fittizie al municipio di Parigi, J. Chirac è stato condannato, il 15 dicembre 2011 dal *tribunal correctionnel* di Parigi, a due anni di reclusione, con il beneficio della sospensione condizionale, per appropriazione indebita di fondi pubblici, abuso di fiducia, illegittima percezione di interessi (per un ammontare valutato in 1,4 milioni di euro). Il tribunale ha ritenuto che "la responsabilità di Jacques Chirac è stata accertata e deriva dalla sua qualità di sindaco e dall'autorità gerarchica che ha esercitato sul personale del municipio e, in particolare, sui suoi collaboratori immediati (...). Il fascicolo ed il dibattimento hanno accertato che Jacques Chirac era l'iniziatore e l'autore principale dei delitti di abuso di fiducia, appropriazione indebita di fondi pubblici, ingerenza, ed illegittima percezione di interessi; la sua colpevolezza risulta, inoltre, dalle pratiche continuate e reiterate che gli sono personalmente imputabili ed il cui sviluppo è stato in grande parte favorito da una perfetta conoscenza del funzionamento del municipio".

Il tribunale ha altresì rilevato che, "moltiplicando le connessioni tra il suo partito ed il municipio parigino, J. Chirac ha saputo creare ed intrattenere tra l'ente locale e l'organizzazione politica una confusione tale che ha potuto coinvolgere i suoi amici politici (...); il beneficio acquisito ha assunto le forme o di un aumento degli effettivi del partito politico di cui era il Presidente o di un sostegno alla contribuzione intellettuale per l'elaborazione del programma politico del partito".

Si è fatto riferimento a "la lontananza nel tempo dei fatti, l'assenza di arricchimento personale, l'indennizzo della città di Parigi, l'età e lo stato di salute attuale di Jacques Chirac, nonché [al]le eminenti responsabilità come Capo dello Stato [che erano] da prendere in considerazione"; tali rilievi, tuttavia, "non po[tevano] celare il fatto che Jacques Chirac fosse venuto meno al dovere di probità che grava sulle persone pubbliche incaricate della gestione dei fondi o beni che gli sono affidati, nel disprezzo dell'interesse generale dei parigini". Alla luce di tali rilievi, "il ricorso ad una pena di 2 anni con sospensione condizionale appare, al contempo, commisurato alla personalità dell'imputato ed alla gravità dei fatti che ha commesso".

Nel mese di luglio 2012, a distanza di circa due mesi dal termine del mandato presidenziale, sono state fatte perquisizioni nel domicilio e nello studio privati di Nicolas Sarkozy, nell'ambito delle indagini sul caso *Bettencourt*.

3.1.3. La costituzione del Presidente della Repubblica come parte civile

Di recente, si è posta la questione relativa alla possibilità, per il Presidente della Repubblica, di costituirsi parte civile nell'ambito di un procedimento penale⁸. Il codice di rito, infatti, nulla prevede in proposito (art. 2 del Codice di procedura penale).

La dottrina⁹ ha evidenziato le difficoltà che una tale situazione porrebbe, in ragione di uno squilibrio manifesto derivante dalla collocazione processuale del Presidente della Repubblica, che non può essere imputato, ma che può partecipare, per così dire, all'accusa. Si è fatta valere, in particolare, l'anomalia di un imputato che fosse assolto e che non potrebbe chiedere i danni al Presidente della Repubblica, qualora questi fosse stato all'origine dell'azione penale in qualità di parte civile. Analoghe considerazioni sono state espresse in riferimento alla limitazione esistente sull'impossibilità di obbligare il Presidente a testimoniare, ciò che renderebbe impossibile, ad esempio, organizzare un confronto con l'imputato.

Nel silenzio della legge, è comunque accaduto che il Presidente della Repubblica si sia costituito parte civile.

Particolare risonanza ha avuto il caso *Clearstream*, in cui la decisione del Presidente di costituirsi parte civile nel processo di primo grado ha suscitato critiche, in dottrina e nell'opinione pubblica, quanto alla sua opportunità.

Il Tribunale di Parigi (28 gennaio 2010, n. 0418396040, caso *Clearstream*) ha ritenuto che la presenza del Presidente come parte civile non fosse d'ostacolo al rispetto del principio della parità delle armi e che il rispetto di questo dovesse essere valutato caso concreto per caso.

Sulla scorta di tali rilievi, è stata respinta l'istanza presentata dall'ex Primo ministro, D. de Villepin, relativa alla disparità derivante dal fatto che le funzioni del giudice istruttorio fossero state prorogate ad opera di un decreto del Presidente della Repubblica, parte civile nel procedimento (CE, Sez. 1 e 6 riunite, 5 giugno 2009, n. 322283).

La Corte d'appello di Versailles (8 gennaio 2010, Barry ed altri, n. 09/02791) ha poi ritenuto che lo statuto particolare del Capo dello Stato non implicava che alcuna delle parti non potesse, nel corso del procedimento, presentare le proprie deduzioni e discuterne con gli altri soggetti

⁸ Numerose procedure sono state promosse dal Presidente della Repubblica Sarkozy: contro la Ryanair, nel 2008, per l'utilizzo di una sua foto in una pubblicità; per falso, in seguito alla pubblicazione di un suo sms; con una denuncia per calunnia dopo la pubblicazione di documenti di un ex direttore dei servizi di informazione; con una denuncia per truffa bancaria.

⁹ V., ad es., O. BEAUD, *Président et partie civile: une compatibilité problématique?*, in *Recueil Dalloz*, 2012, 1916.

processuali. Alla luce di tale decisione, il tribunale ha potuto rimarcare che le esigenze dell'equo processo e del contraddittorio erano state concretamente garantite.

Nell'ambito della procedura era stata anche formulata la seguente questione prioritaria di costituzionalità: "è l'articolo 2 del codice di procedura penale contrario alla Costituzione in riferimento agli articoli 9 e 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, 5 e 64 della Costituzione, nonché ai principi di separazione dei poteri e del diritto ad un procedimento giusto ed equo, in quanto non prevede l'impossibilità per il Presidente della Repubblica in carica, durante il suo mandato, di costituirsi parte civile dinanzi ad una giurisdizione penale?". La Corte di cassazione (Cass. crim., 10 novembre 2010, n. 10-85678), nel suo ruolo di filtro delle questioni prioritarie di costituzionalità, ha rifiutato di trasmettere la questione al *Conseil constitutionnel*, ritenendo che tale questione mancava del carattere di serietà richiesto e mirava, in realtà, a precisare il campo di applicazione dell'articolo 2 del codice di procedura penale rispetto all'articolo 67 della Costituzione, questione che, dunque, rientrava – secondo la suprema Corte – pienamente nella competenza interpretativa del giudice ordinario.

La stessa Corte di cassazione (Cass., ass. plén., 15 giugno 2012, n. 10-85.678) ha ritenuto che la presenza del Presidente della Repubblica al processo penale, in qualità di parte civile, non fosse lesiva del principio di indipendenza delle giurisdizioni. In particolare, ha rilevato che la mera nomina dei giudici da parte del Presidente della Repubblica non creasse, dopo la nomina, una loro dipendenza nei suoi confronti, giacché i giudici sono inamovibili e non ricevono né pressioni né istruzioni nell'esercizio delle loro funzioni giurisdizionali.

3.1.4. Le azioni penali contro i collaboratori del Presidente della Repubblica

Se è ormai pacifico che contro la persona del Presidente della Repubblica, durante il suo mandato, non si possono avviare procedimenti penali, non è escluso che procedimenti siano avviati contro suoi collaboratori.

Nel 2009, in seguito alla trasmissione dei conti dell'Eliseo alla Corte dei conti, avvenuta su iniziativa dell'allora Presidente Sarkozy, sono emerse, nel rapporto della Corte, spese cospicue per sondaggi e studi di opinione. Si è contestato che dette indagini non erano relative a fatti che rientrassero nelle funzioni del Presidente della Repubblica, in quanto questi studi erano stati condotti nell'interesse personale e politico del Presidente e non nell'interesse generale. Non potendo comunque agire contro il Presidente della Repubblica, in seguito a denunce presentate da privati ed associazioni, la magistratura penale ha agito nei confronti dei collaboratori della Presidenza, accusati di favoreggiamento nell'ambito della conclusione di contratti tra l'Eliseo ed una società demoscopica.

Il pubblico ministero ha chiesto di archiviare l'azione penale nei confronti dei collaboratori del Presidente della Repubblica (e, in particolare, del capo di Gabinetto dell'Eliseo), estendendo così il beneficio dell'irresponsabilità penale sancito dall'articolo 67 della Costituzione. Al riguardo, ha ritenuto che "un capo di gabinetto non ha giuridicamente alcun potere autonomo, nemmeno in caso

di delega alla firma”. Poiché, nel caso di specie, ad aver concluso il contratto era stata la Presidenza della Repubblica, il rappresentante di questa beneficiava – secondo il procuratore – di una irresponsabilità “permanente, assoluta e reale”, volta “a proteggere la funzione presidenziale e non il suo titolare” e, pertanto, destinata ad estendersi “agli atti posti in essere a nome della Presidenza della Repubblica dai suoi collaboratori”.

Questa decisione non ha mancato di suscitare critiche in dottrina, se è vero che G. CARCASSONNE ha definito la posizione sostenuta dal pubblico ministero contraria alla giurisprudenza della Corte di cassazione che, nella sentenza del 10 ottobre 2001, pur escludendo – come detto – la possibilità di perseguire penalmente il Capo di Stato durante il suo mandato, ha comunque precisato che “i giudici istruttori sono comunque competenti nell’istruzione dei fatti nei confronti di ogni altro individuo, autore o complice”.

La Corte d’appello di Parigi ha tuttavia accolto la prospettazione della magistratura requirente, evidenziando che il Presidente non potrebbe svolgere le sue funzioni se i suoi collaboratori più prossimi potessero essere oggetto di indagine per atti direttamente legati alla sua azione. Secondo la Corte, l’apertura di un’inchiesta potrebbe portare a realizzare una perquisizione nel Gabinetto del Presidente della Repubblica per acquisire documenti ed a convocare audizioni che avrebbero come finalità esclusiva di accertare se il contratto sia stato stipulato ed eseguito su iniziativa del Presidente della Repubblica o su sua richiesta personale, ciò che finirebbe per tradursi in una azione giudiziaria nei confronti del Capo dello Stato, in contrasto con il principio costituzionale di inviolabilità del Presidente della Repubblica (CA, Paris, Ch. Instruction, 7 novembre 2011, n. 2011-02333).

L’impiego del termine “inviolabilità”, in luogo di “irresponsabilità” è stato interpretato, in dottrina, come una estensione delle guarentigie a favore del Presidente della Repubblica, derivante dall’estensione dell’area di immunità dalla persona del titolare della carica fino ai suoi collaboratori¹⁰.

Di tutt’altro segno, ma non estraneo alla tematica in questione, è un altro caso che ha avuto una notevole risonanza mediatica, vale a dire quello relativo allo scandalo delle intercettazioni della *cellula dell’Eliseo*, durante il mandato di F. Mitterrand. Il caso era nato dalla perquisizione regolare, in un *garage* privato, di alcuni documenti dai quali era emersa l’organizzazione di intercettazioni di decine di persone, tra cui giornalisti, gente dello spettacolo, etc. Le indagini, a livello penale, si erano arrestate per molti anni, essendo stato opposto il segreto di Stato. Una volta rimosso il segreto di Stato, anni dopo la morte del Presidente Mitterrand, i funzionari responsabili sono stati condannati, anche perché non hanno potuto invocare, vista la natura degli illeciti, la protezione derivante dall’ordine gerarchico che avevano ricevuto (Cass. crim. 30 sett. 2008, n. 07-82.249).

¹⁰ *Commentaire de l’article 67 de la Constitution*, in *Code constitutionnel*, 2012, Dalloz.

3.1.5. Le azioni contro altri soggetti per fatti anteriori all'assunzione della carica di Presidente della Repubblica

B. BOULOC¹¹, a proposito della sentenza della Corte di cassazione del 2001, ha ritenuto che, pur essendosi affermata l'inviolabilità del Presidente della Repubblica, i giudici ordinari non per questo sono divenuti incompetenti per tutti gli atti estranei o anteriori all'esercizio delle funzioni. Al riguardo, ha evidenziato che le giurisdizioni possono svolgere indagini ed istruire il caso nei confronti dei coautori o complici.

Ha poi aggiunto che, in caso di pluralità di partecipanti, gli atti del procedimento potrebbero interrompere la prescrizione nei confronti di tutti, con il che si potrebbe evitare, per loro, il possibile pregiudizio o il possibile beneficio derivante dall'impossibilità temporanea di far comparire il Capo dello Stato.

Tale ultima prospettazione è stata in concreto nelle varie inchieste relative ai finanziamenti illeciti del Presidente della Repubblica, che sono state sospese nei confronti del Presidente della Repubblica per tutta la durata del suo mandato, ma che hanno seguito il loro normale corso contro altre persone, alcune delle quali sono state condannate.

Nel 1994, in seguito ad alcune denunce per frode elettorale, è stata aperta un'indagine per corruzione in merito all'assegnazione di case popolari a Parigi. Il giudice istruttoria, Halpen, ha effettuato alcune perquisizioni presso la sede del Partito RPR ed i documenti acquisiti hanno permesso di avviare altre inchieste. L'anno seguente, J. Chirac diventava Presidente della Repubblica.

Nel 1998, sono state avviati vari procedimenti penali contro Alain Juppé, *ex* assessore comunali alle finanze nel periodo in cui J. Chirac era sindaco di Parigi. Nell'ambito di queste inchieste, nel 2000, la figlia di Chirac è stata sentita per viaggi che sono stati finanziati in contanti.

Il nome di J. Chirac appariva, dunque, a vario titolo, ma ciò non ha impedito la condanna di Alain Juppé come capo di Gabinetto del municipio ai tempi in cui J. Chirac era sindaco (14 mesi di reclusione con sospensione condizionale), di M. Roussin (4 anni di reclusione con sospensione condizionale e 5 anni di privazione dei diritti civili per corruzione negli appalti pubblici della Regione Île de France), nonché di decine di altri imputati, tra cui F. Poulain, direttore generale dell'OPAC e amico personale di J. Chirac (2 anni di reclusione con sospensione condizionale e 20.000 euro di multa).

Durante le inchieste era stato realizzato un video in cui Jean-Claude Mery aveva fatto una confessione dove, tra l'altro, si affermava che J. Chirac aveva assistito a scambi di denaro in contanti. La morte di Méry, nel 1999, ed il rifiuto di J. Chirac di rendere testimonianza, nonché l'impossibilità di rintracciare il denaro trasferito presso "paradisi fiscali" hanno impedito che venisse condannato J. Tiberi, *ex* sindaco di Parigi (assolto per insufficienza di prove).

¹¹ Cfr. B. BOULOC, *Le point de vue du pénaliste*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2002, n. 49, 49.

3.2. La giurisdizione civile

In sede civile, la dottrina si è interrogata sulla questione se l'immunità assoluta e temporanea del Presidente della Repubblica non sia foriera di gravi disequaglianze rispetto alle controparti: se non è possibile instaurare procedimenti giudiziari contro il Presidente della Repubblica durante il suo mandato, lo stesso Presidente può, in effetti, convenire in giudizio.

Ad esempio, sarebbe possibile per il Presidente della Repubblica chiedere al suo coniuge il divorzio per colpa, ma sarebbe possibile l'inverso. Analogamente, il disconoscimento di paternità sarebbe possibile il Presidente, ma non lo sarebbe per eventuali figli, e via dicendo.

Ancora, è stata riconosciuta la possibilità al Presidente di chiedere i danni, anche per danno morale (lesione della sua immagine), ma, in giudizio, non sarebbe possibile per la parte convenuta proporre una domanda riconvenzionale, per dimostrare di aver patito un danno ingiusto in seguito all'azione giudiziaria del Presidente¹².

3.3. La giurisdizione amministrativa

3.3.1. L'accesso agli atti della Presidenza della Repubblica

Nel 2009, è stato richiesto, nell'esercizio del diritto di accesso, al Presidente della Repubblica di fornire le sue buste paga. Di fronte al rifiuto opposto, il privato ha adito la Commissione sull'accesso ai documenti amministrativi, che, nel suo parere n. 20090869 del 19 marzo 2009, ha evidenziato che, in virtù della legge n. 78-753 del 17 luglio 1978, sono considerati come documenti amministrativi, quali che siano la loro data, il loro luogo di conservazione, la loro forma ed il loro supporto, i documenti elaborati o detenuti dallo Stato, dagli enti territoriali, nonché da ogni altra persona di diritto pubblico, nell'ambito dell'esercizio di un servizio pubblico (articolo 1). Tali autorità sono tenute a comunicare i documenti amministrativi che sono in loro possesso alle persone che ne facciano la richiesta.

Ciò posto sul piano generale, la Commissione ha però ritenuto che le disposizioni della suddetta legge del 1978 dovevano essere interpretate alla luce dell'articolo 67 della Costituzione, come modificato nel 2007, con il che "il Presidente della Repubblica non può essere ritenuto come una delle autorità menzionate all'articolo 1 della legge del 17 luglio 1978, tenute, in applicazione dell'articolo 2 della medesima legge, a comunicare i documenti amministrativi detenuti a qualsiasi persona che ne faccia richiesta".

In un parere dello stesso anno, invece, la posizione della Commissione è parsa più articolata.

¹² In concreto, il Presidente Sarkozy, durante il suo mandato, si è rivolto alla giurisdizione civile, per richiedere il divieto di vendita di una bambola *vaudou* che lo rappresentava (*Tribunal de Grande instance* di Parigi, 29 ottobre 2008).

Il parere n. 20093741 del 5 novembre 2009 è collegato alle vicende penali originate dal costo dei sondaggi commissionati dall'Eliseo (cfr. *supra*, par. 3.1.4.), essendo stato originato dal rifiuto del capo di Gabinetto della Presidenza della Repubblica di trasmettere al Sig. X. la copia di documenti quali: (1) i sondaggi di opinione ordinati e finanziati dalla Presidenza della Repubblica per gli anni 2007-2009; (2) le fatture collegate a questi documenti; (3) gli ordini degli organismi convenzionati con la Presidenza e fatturati direttamente o indirettamente; (4) l'indicazione degli organismi consultati prima della scelta della Presidenza e l'attestazione circa l'esistenza di procedure di appalto al riguardo; (5) il contratto firmato, in data 1° giugno 2007, tra la Presidenza della Repubblica ed uno studio incaricato di ordinare i sondaggi; (6) i contratti conclusi con uno studio privato per gli anni 2005-2009, con l'indicazione della loro durata e del loro costo per le strategie fondate sullo studio delle opinioni; e (7) gli studi realizzati da questi organismi.

Il capo di Gabinetto della Presidenza, in seguito alla successiva richiesta di documenti da parte della Commissione, ha invocato la lettera dell'articolo 67 della Costituzione come base del suo rifiuto.

Nel suo parere, la Commissione ha dedotto, dagli articoli 1 e 2 della legge del 17 luglio 1978, che "l'insieme dei documenti che sono in possesso della Presidenza della Repubblica nell'ambito dei compiti che le sono devoluti costituiscono dei documenti amministrativi che rientrano nell'ambito di applicazione di questa legge".

A tale conclusione non osta l'articolo 67 della Costituzione, che è invocabile soltanto per "le richieste concernenti documenti relativi alla situazione personale del Presidente della Repubblica".

Nella specie, la Commissione ha ritenuto che tutti i documenti richiesti, di cui non aveva peraltro potuto prendere conoscenza, erano ricollegabili ai compiti della Presidenza della Repubblica e costituivano dei documenti amministrativi. Tutti questi documenti erano comunicabili a qualunque persona che ne facesse richiesta, con due sole riserve volte ad occultare in tutto o in parte il contenuto del documento.

Per i documenti da (1) a (6), ha precisato che si dovesse occultare il dettaglio delle offerte delle imprese che erano state sollecitate a presentare un'offerta che però non era stata accettata, in applicazione delle norme che proteggono il segreto in materia commerciale ed industriale.

Per i documenti *sub* (7), si dovevano parimenti occultare le menzioni strettamente collegate all'assunzione della decisione politica, la cui divulgazione sarebbe stata suscettibile di ledere il segreto delle delibere delle autorità che appartengono al potere esecutivo, cui il Presidente della Repubblica appartiene.

Nel caso in cui tali occultamenti avessero fatto perdere il senso di un documento o avessero fatto perdere interesse alla sua visione, l'amministrazione avrebbe potuto legittimamente rifiutarne l'esibizione.

3.3.2. La posizione della giurisprudenza amministrativa in materia di diritto di accesso

Il Tribunale amministrativo (TA Parigi, 17 febbraio 2012, Avrillier, n. 0920763/7-1) ha considerato, in linea con la Commissione sull'accesso ai documenti amministrativi, che una richiesta di comunicazione di documenti amministrativi non può essere considerata come avente la natura di un'azione giudiziaria, di un'indagine, di un atto di istruzione giudiziaria o di citazione ai sensi dell'articolo 67 della Costituzione.

Come già stabilito dal Consiglio di Stato per i documenti contabili (CE, 27 novembre 2000, *Association Comité tous frères*, Rec. 559), si è quindi considerato che anche le fatture e gli ordini relativi ai sondaggi ed agli studi di opinione rientrano nella categoria dei documenti amministrativi comunicabili.

Da questa vicenda emerge, dunque, la diversità delle posizioni assunte dalle giurisdizioni penali e da quelle amministrative, con le prime orientate a precludere la possibilità di far valere ipotesi di responsabilità e le seconde, viceversa, più propense a rendere pubblico l'operato della Presidenza della Repubblica.

GERMANIA

di Maria Theresia Rörig

1. Cenni introduttivi sulla collocazione del Capo dello Stato nel sistema istituzionale

La figura del *Bundespräsident* (Presidente federale) è disciplinata nel capitolo 5 (artt. 54-61) della Legge fondamentale (LF)¹ della Repubblica federale di Germania. Alcune disposizioni relative a tale carica si trovano inoltre nelle leggi federali, come ad es. nel codice di procedura penale e civile.

Alla luce delle esperienze negative legate all'istituzione imperiale ed alla figura del presidente del *Reich*, la Repubblica federale di Germania ha optato per una configurazione “*debole*” della presidenza federale. In virtù di questa opzione, il *Bundespräsident*, quale capo di Stato, ha un ruolo essenzialmente onorifico e di rappresentanza ed è chiamato a svolgere solo limitate funzioni di garanzia e controllo costituzionale. Non partecipa alla formazione dell'indirizzo politico, che rimane dunque nelle mani del Governo federale, con a capo il cancelliere, e del Parlamento.

Circa la collocazione del *Bundespräsident* nella tripartizione dei poteri classica, la dottrina non è unanime. Secondo alcuni, il *Bundespräsident* è un organo *sui generis*, o un “*pouvoir neutre*”, quindi come tale non collocabile in alcuno dei tre poteri². Taluno gli attribuisce la funzione di organo che sorveglia e difende la Costituzione (“*Hüter der Verfassung*”) contro gli altri poteri statali. Altri invece lo considerano un organo che appartiene funzionalmente all'esecutivo, anche se non fa parte del Governo federale³. Ciò si spiegherebbe alla luce del fatto storico secondo cui il Capo di Stato (monarchico), per le competenze che gli residuavano dopo la separazione dei poteri, faceva tradizionalmente parte del potere esecutivo, mentre il potere legislativo veniva esercitato dal Parlamento. Inoltre, i sostenitori di tale tesi evidenziano la mancanza di competenze giurisdizionali in capo al *Bundespräsident* ed il limitato controllo che può esercitare sul potere legislativo: poiché le funzioni dello Stato vengono indicate in maniera esaustiva dal combinato disposto degli artt. 1, comma 3, e 20, comma 3, LF, si ritiene inevitabile la collocazione del Presidente nell'ambito del potere esecutivo.

¹ V., per la versione italiana della LF, aggiornata al 2009, <http://www.comites-monaco.de/documentazione/60Costituzioni.pdf>.

² V., per ulteriori dettagli riferimenti, U. FINK in MANGOLDT/KLEIN, *Das Bonner Grundgesetz*, 5° edizione, Beck - Monaco di Baviera 2005, art. 54 LF n° 5 ss.

³ Cfr. R. HERZOG, in MAUNZ/DÜRIG, *Grundgesetz, Kommentar*, Monaco di Baviera, 65° edizione 2012 (beck-online), Art. 54 LF, n° 17 ss.

2. Le immunità del Capo dello Stato

Sebbene non costituisca oggetto precipuo del presente contributo, appare opportuno illustrare brevemente la disciplina dell'immunità di cui beneficia il Presidente federale, onde rendere più chiaro il regime e l'ambito di tutela di cui quest'ultimo gode in generale.

In linea di principio, il Presidente federale è giuridicamente irresponsabile. La Legge fondamentale estende a questo organo (art. 60, comma 4, LF) le guarentigie che l'art. 46 commi 2-4 LF pone a favore dei membri del *Bundestag*, accordandogli quindi un'immunità, che può peraltro essere "rimossa". Ai sensi dell'art. 60, comma 4, LF⁴, le regole poste per l'immunità dei deputati (art. 46, commi 2,3 e 4, LF) si applicano infatti in via analogica al Presidente federale, ma quest'ultimo non gode della tutela della insindacabilità (*Indemnität*): il rinvio operato dall'art. 60, comma 4, LF non include infatti il comma 1 dell'art. 46 LF⁵.

L'art. 46, commi 2-4, LF, che disciplina gli elementi fondamentali della immunità dei membri del *Bundestag*⁶, così recita:

"(2) A causa di un'azione, per la quale è prevista una sanzione, un deputato può essere chiamato a risponderne o essere arrestato solo dopo l'autorizzazione del Bundestag, salvo che sia colto nell'atto di commettere il fatto o durante il giorno successivo.

"(3) L'autorizzazione del Bundestag è inoltre necessaria per qualsiasi altra limitazione della libertà personale di un deputato o per iniziare un procedimento contro un deputato ai sensi dell'articolo 18⁷.

"(4) Ogni procedimento penale ed ogni procedimento ai sensi dell'articolo 18 intentato contro un deputato, ogni arresto ed ogni ulteriore limitazione della sua libertà personale devono essere sospesi su richiesta del Bundestag".

Da tali disposizioni, applicabili per analogia, discende che il Presidente federale è, in linea di principio, immune da tutte le misure di persecuzione statale, da ogni forma di indagine di un

⁴ L'art. 60, comma 4, LF stabilisce: *"I commi secondo, terzo e quarto dell'art. 46 si applicano per analogia al Presidente federale"*.

⁵ *"Un deputato non può essere perseguito, in sede sia giudiziaria o disciplinare, né essere in genere chiamato a rendere conto fuori del Bundestag per le opinioni espresse ed i voti dati nel Bundestag o in una delle sue commissioni. Tale disposizione non si applica in caso di ingiurie diffamanti"*.

⁶ La norma non riguarda i membri dell'altra componente del Parlamento federale, il *Bundesrat*, i quali sono designati direttamente dai governi dei *Länder* (dove la possibilità che, se membri del Parlamento di un *Land*, godano comunque di un regime di immunità). Cfr. H. KLEIN, in MAUNZ/DÜRIG, op. cit., Art. 46 LF, n° 2-3.

⁷ Art. 18 LF: *"Chi abusa della libertà di espressione del pensiero, in particolare della libertà di stampa, della libertà di insegnamento, della libertà di riunione, della libertà di associazione, del segreto epistolare, postale e delle telecomunicazioni, della proprietà o del diritto di asilo per combattere l'ordinamento fondamentale democratico e liberale, perde tali diritti fondamentali. La perdita e la misura della medesima sono pronunziate dal Tribunale costituzionale federale"*.

tribunale penale o di altra autorità finalizzata ad un'azione penale o alla decisione su una sanzione nei suoi confronti. Egli gode quindi dell'immunità di ordine processuale, cioè della c.d. inviolabilità. L'inviolabilità quale diritto irrinunciabile ha, con riferimento al Capo di Stato, come scopo primario quello di garantire l'esercizio e la funzionalità della carica del Presidente federale nell'interesse pubblico, proteggendolo dalle ingerenze degli altri poteri statali.

L'immunità processuale vale (a differenza dell'insindacabilità, che però è prevista solo per i deputati) solo per la durata del mandato. Come la tutela dell'inviolabilità parlamentare inizia con l'acquisizione dello *status* di parlamentare e termina con la sua perdita, la tutela della inviolabilità del Presidente federale sussiste solo durante la sua carica di Capo di Stato e termina quindi, ad esempio, con le sue dimissioni (come nel caso Wulff). L'immunità tutela dunque la *carica*, ma non la persona del Presidente federale: non pregiudica la potestà punitiva, ma crea solamente un impedimento alla persecuzione o all'esecuzione di una condanna durante il mandato del Presidente. È una sorta di impedimento processuale all'azione giudiziaria, un c.d. *Verfahrenshindernis*, al sussistere del quale viene tra l'altro sospesa la prescrizione (art. 78b, comma 2, StGB).

L'inviolabilità riguarda procedimenti che prevedono "sanzioni", e cioè, oltre ai procedimenti penali (ivi inclusi perquisizioni e sequestri nel corso di processi in cui il deputato ovvero il Presidente federale è imputato o accusato), anche il procedimento di cui all'art. 18 LF (che riguarda la perdita di diritti fondamentali) e tutti quelli che sfociano in misure coercitive, quindi in qualsiasi limitazione della libertà personale (come la pena detentiva e l'arresto, anche provvisorio). Secondo l'opinione prevalente, sono da ritenersi inclusi anche i procedimenti che prevedono sanzioni "quasi penali", come quelle di natura disciplinare⁸. Le azioni civili non rientrano, invece, nel concetto di "sanzione" di cui all'art. 46, comma 2, LF: soltanto le misure esecutive o coercitive che limitano la libertà personale (anche se inflitte nell'ambito di una controversia civile) vengono coperte dall'immunità.

In base all'art. 46, commi 2-4, LF, un deputato può essere chiamato a rispondere o arrestato *solo con il consenso preventivo* del *Bundestag*, salvo che sia colto nell'atto di commettere il fatto o nel giorno successivo.

Taluno ha sollevato qualche dubbio circa la competenza proprio del *Bundestag* a decidere sull'immunità o sulla sua revoca anche in riferimento al Presidente della Repubblica⁹. Tuttavia, in mancanza di indicazione di un altro organo competente a tal riguardo ed alla luce di un'interpretazione letterale dell'art. 60, comma 4, LF, si ritiene che il *Bundestag* sia effettivamente l'autorità che debba esercitare tale funzione.

⁸ La dottrina considera anche le violazioni dei doveri d'ufficio dei funzionari pubblici, dei giudici e dei militari nonché i procedimenti disciplinari contro queste persone come "azioni per le quali è prevista una sanzione"; la Corte federale amministrativa è andata, tuttavia, di diverso avviso (BVerwG, NJW 1986, 2520 ss).

⁹ Critico al riguardo è D. HÖMIG, *Angemessener Immunitätsschutz für den Bundespräsidenten?*, in ZRP 2012, 110 ss., che prospetta l'intervento o anche l'affermazione della competenza del *Bundesverfassungsgericht* in merito alla decisione sull'immunità del Presidente federale.

L'autorizzazione a procedere nei confronti di un deputato (e pertanto anche del Presidente federale) viene decisa discrezionalmente dal *Bundestag*¹⁰. Quest'ultimo è quindi competente a pronunciarsi in merito a qualunque procedimento penale a carico di un parlamentare¹¹ o del Presidente. Non rileva, in sostanza, che la condotta sia di tipo funzionale o extrafunzionale.

Con riferimento ai *deputati* (con considerazioni che potrebbero estendersi, *mutatis mutandis*, al Presidente federale), si evidenzia come il carattere potenzialmente molto limitativo delle prerogative del potere giudiziario in sede penale sia bilanciato dalla prassi, risalente alla fine degli anni sessanta, in virtù della quale il *Bundestag*, all'inizio di ogni legislatura, approva una risoluzione ove fissa i criteri ed i requisiti relativi alla corretta applicazione dell'inviolabilità e stabilisce che alcune richieste di autorizzazione, provenienti dall'autorità giudiziaria, saranno *automaticamente* concesse se conformi a quanto indicato nella risoluzione stessa¹². Sul piano sostanziale, a rilevare è, soprattutto, la decisione che attualmente stabilisce che “*il Bundestag autorizza per la durata della presente legislatura lo svolgimento di indagini nei confronti di membri del Bundestag per fatti penalmente perseguibili, salvo che si tratti di ingiurie (artt. 185, 186, 187a, comma 1, 188, comma 1, c.p.) a carattere politico*”¹³.

¹⁰ Si tratta di una decisione discrezionale in cui bisogna ponderare gli interessi coinvolti (garanzia della funzionalità del Parlamento o della carica) ed altri interessi pubblici, come, in particolare, quello ad una persecuzione penale efficace, tenendo conto anche (sebbene non principalmente) delle esigenze e degli interessi del soggetto contro cui si indaga. Il *Bundestag* non è obbligato a procedere ad una valutazione nel merito delle accuse mosse, in termini di coerenza e di elementi di prova o di proporzionalità delle misure richieste per le indagini; la decisione non contiene, del resto, l'accertamento della ragione o del torto, della colpevolezza o dell'innocenza. L'eventuale incidenza sul merito delle accuse è diretta essenzialmente ad escludere una motivazione di natura politica.

¹¹ In presenza di procedimenti già pendenti prima che l'imputato goda dell'immunità parlamentare di ordine processuale, è necessario, secondo l'opinione dominante, alla luce della *ratio* della norma costituzionale, che il *Bundestag* approvi la prosecuzione del procedimento (in ogni caso, il Parlamento ha il potere di far sospendere il procedimento, ai termini dell'art. 46, comma 4, LF: cfr. H. KLEIN, op. cit., Art. 46, n° 71).

¹² “*Decisione del Bundestag riguardante la rimozione dell'immunità dei membri del Bundestag*”, riportata nell'Allegato 6 del suo Regolamento (GOBT): http://www.bundestag.de/bundestag/aufgaben/rechtsgrundlagen/go_btg/anlage6.html (v., per la versione italiana, http://www.camera.it/cartellecomuni/leg16/documenti/biblioteca/norme%20di%20procedura%20parlamentare/pagine/germania/02_allegati/06.html). La procedura per l'autorizzazione a procedere è disciplinata dall'articolo 107 del Regolamento del *Bundestag*: cfr. http://www.bundestag.de/bundestag/aufgaben/rechtsgrundlagen/go_btg/index.html e, per la versione italiana, http://www.camera.it/cartellecomuni/leg16/documenti/biblioteca/norme%20di%20procedura%20parlamentare/pagine/germania/01_regolamento_procedura/107.html.

Il procedimento viene istruito dalla Commissione per la verifica delle elezioni, l'immunità ed il Regolamento (*Ausschuß für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung*). L'articolo 107 rinvia alla menzionata decisione del *Bundestag* diretta all'individuazione di alcune linee guida nelle decisioni sulle immunità, nonché ad alcune direttive procedurali della Commissione.

¹³ È da segnalare che l'autorizzazione da parte del *Bundestag* riguarda solo le indagini contro un deputato che, almeno, venga considerato (già) un “indagato” a tutti gli effetti, e quindi non semplici atti d'ufficio, come la registrazione di una querela, e quelli che sono indispensabili per valutare se richiedere un'autorizzazione del *Bundestag*.

Prima di avviare le indagini, il pubblico ministero competente ha, comunque, l'obbligo di comunicare al Presidente del *Bundestag* l'intenzione di aprire un'istruttoria nei confronti di un membro del *Bundestag* (o del Presidente federale). Contemporaneamente, qualora non ostino motivi investigativi, deve essere informato anche il soggetto interessato. Le indagini possono iniziare non prima delle 48 ore successive all'arrivo della comunicazione al Presidente del *Bundestag*. Il Presidente del *Bundestag*, in accordo con il presidente della Commissione per la verifica delle elezioni, l'immunità ed il Regolamento, può prolungare tale termine o richiedere la sospensione del procedimento. Una volta avviate le indagini, qualora il pubblico ministero concluda l'istruttoria con una richiesta di incriminazione o reputi necessaria una perquisizione (o qualunque altro provvedimento che non rientri nell'autorizzazione di carattere generale), deve richiedere al *Bundestag* un'autorizzazione specifica per via gerarchica, cioè tramite il procuratore generale, il Ministero della giustizia del *Land* ed il Ministero federale della giustizia. In altri termini, l'autorizzazione di carattere generale non comprende il rinvio a giudizio per reati penalmente perseguibili e le richieste di emanazione di un'ordinanza di condanna, né le misure di limitazione o privazione della libertà nel corso delle indagini. In tal caso, è richiesta un'autorizzazione specifica, che si tende a rilasciare, nella prassi, salvo nei casi di ingiurie di natura politica.

La richiesta di un'autorizzazione specifica, indirizzata di nuovo al Presidente del *Bundestag*, viene direttamente assegnata alla Commissione per la verifica delle elezioni, l'immunità ed il Regolamento, la quale, dopo aver esaminato e discusso la questione, formula la propria raccomandazione al *Bundestag* e raccomanda all'Assemblea una proposta di decisione (*Beschlussempfehlung*). La discussione su una raccomandazione non è legata ad un termine, ma deve avere inizio non prima del terzo giorno successivo alla sua presentazione.

Nell'interesse del deputato e dell'intero organo parlamentare, l'Assemblea, per prassi, decide senza discussione. In questo modo, il *Bundestag* evita di essere coinvolto in una valutazione delle prove che, in ragione del principio della divisione dei poteri, non gli compete. Va inoltre sottolineato che, concedendo l'autorizzazione, il *Bundestag* non intende accertare la legittimità o la fondatezza del capo d'imputazione, né, per contro, la decisione opposta può essere assimilata ad una dichiarazione di innocenza o di non colpevolezza¹⁴.

L'autorizzazione a procedere concessa dal *Bundestag* consiste nella "rimozione dell'immunità di ordine processuale" (*Aufhebung der Immunität*). Il deputato conserva lo *status* di membro del *Bundestag* e continua ad esercitare il proprio mandato.

Per quanto specificamente concerne la regolamentazione della rimozione dell'immunità del *Presidente federale*, non si riscontrano disposizioni procedurali. Anche la dottrina sembra aver trascurato la questione. Solo taluno sottolinea espressamente che le disposizioni generali, previste

¹⁴ Nelle questioni di minore rilevanza, come ad esempio i reati riguardanti la circolazione stradale (per i quali deve essere concessa, in linea di principio, l'autorizzazione), la Commissione per la verifica delle elezioni, l'immunità ed il Regolamento può assumere una decisione preliminare (*Vorentscheidung*) al fine di semplificare la procedura. La decisione preliminare si considera accolta dal *Bundestag* se non viene contestata entro sette giorni.

nel sopra illustrato Regolamento del *Bundestag*, dovrebbero trovare applicazione anche al Presidente¹⁵. Tale tesi viene criticata e contestata da recente dottrina¹⁶, che evidenzia tra l'altro come nel caso Wulff la stessa Procura della Repubblica abbia espresso dubbi sul fatto se il richiamo dell'art. 60, comma 4, LF comprenda il riferimento al Regolamento del *Bundestag* in materia di immunità. Tanto è vero che la Procura ha optato di chiedere espressamente al Presidente del *Bundestag* di rimuovere l'immunità del Presidente Wulff, all'epoca ancora in carica, senza avvalersi della procedura prevista dal Regolamento citato.

Con riferimento alla carica del Presidente si segnala, infine, che l'immunità non preclude la possibilità di accusare il Presidente federale durante il mandato dinanzi al Tribunale costituzionale per violazione intenzionale della Legge fondamentale o un'altra legge federale. L'art. 61 LF, che ad oggi non ha trovato ancora applicazione, disciplina infatti una forma di responsabilità penale funzionale per il caso di *premeditata violazione della Legge fondamentale ovvero di un'altra legge federale (art. 61 LF)*. L'art. 61 LF prevede che il Capo dello Stato venga accusato da parte di una delle due camere del Parlamento (*Bundestag* o *Bundesrat*): l'iniziativa deve partire da almeno un quarto dei membri del *Bundestag* ovvero da un quarto dei voti del *Bundesrat* e la messa in stato d'accusa deve essere votata dalla maggioranza qualificata (2/3) dei membri del *Bundestag* ovvero dei voti del *Bundesrat*.

Il giudice competente è il Tribunale costituzionale federale, il quale può, con ordinanza provvisoria, sospendere il Presidente dall'esercizio delle sue funzioni e, al termine dell'istruttoria, in caso di verdetto di colpevolezza, dichiarare la decadenza dalla carica; in questi casi le funzioni presidenziali sono assunte dal presidente del *Bundesrat*.

3. Capo dello Stato e limiti all'esercizio della giurisdizione

La Legge fondamentale disciplina, come si è visto, il caso dell'immunità del Presidente federale nei casi in cui questi sia soggetto ad indagini e procedimenti penali; nulla si dice, invece, per il caso in cui il Presidente sia coinvolto come terzo nelle indagini o nei giudizi.

Certo è che il Presidente federale può, in linea di principio, essere chiamato come testimone in un processo penale, sebbene goda al riguardo di certi privilegi, come emerge chiaramente dall'art. 49 del Codice di Procedura Penale (StPO)¹⁷, il quale, riferendosi alle testimonianze del Presidente federale, stabilisce che “*il Presidente federale deve essere sentito nella sua abitazione*”¹⁸; “*non viene citato all'udienza dibattimentale*”, e “*il verbale sulla sua interrogazione giudiziale deve essere letto nell'udienza dibattimentale*”.

¹⁵ V. D. HÖMIG, op. cit.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ V., per la versione inglese della StPO, http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/index.html.

¹⁸ V. anche l'art. 375 ZPO (Codice di Procedura civile).

Tuttavia, a livello costituzionale, non si riscontra una disposizione equivalente all'art. 47 LF, che stabilisce per i deputati del *Bundestag* quanto segue:

“I deputati hanno diritto di rifiutarsi di testimoniare in riferimento a persone che abbiano confidato loro dei fatti nella loro qualità di deputati, oppure cui essi stessi abbiano confidato dei fatti in tale loro qualità, così come possono rifiutarsi di testimoniare sui fatti medesimi. Entro i limiti di tale diritto di rifiuto di testimonianza, non è ammesso il sequestro di documenti”.

L'art. 47 LF mira evidentemente a rafforzare il “libero mandato” del deputato di cui all'art. 38, comma 1, per. 2, LF, ed in particolare l'indipendenza del Parlamento nonché la libertà decisionale, ma anche il rapporto di fiducia tra il deputato ed i suoi elettori, che è irrinunciabile in uno Stato democratico. Alla luce del fatto che il richiamo della disciplina dei deputati nell'art. 60, comma 4, LF si limita ai soli commi 2-4 dell'art. 46 LF e non include invece alcun riferimento all'art. 47 LF, la dottrina ha dedotto che quest'ultimo articolo non possa trovare applicazione per analogia nel caso del Presidente federale¹⁹.

Tuttavia, in mancanza di una specifica regolamentazione dei rapporti tra lo *status* del Presidente federale e “lo Stato” (la Repubblica federale tedesca), la dottrina ha prospettato la possibilità di applicare per analogia alcune disposizioni della Legge sui Ministri federali (*Bundesministergesetz - BMinG*). Si è ritenuto infatti che gli artt. 6 e 7 BminG, relativi a questioni legate all'obbligo di segretezza ed alle testimonianze davanti al giudice abbiano un carattere talemente generale che la loro applicazione per analogia al Presidente federale sia piuttosto pacifica. Tali norme prevedono quanto segue:

“Art. 6

(1) I membri del Governo federale sono tenuti, anche dopo la scadenza del loro mandato, alla segretezza in merito alle vicende di cui siano venuti ufficialmente a conoscenza durante il loro servizio. Ciò non vale per le comunicazioni di servizio (Mitteilungen im dienstlichen Verkehr) o fatti che siano notori o che, secondo la loro importanza, non richiedano alcuna riservatezza.

(2) I membri del Governo federale non devono, nemmeno se non sono più in carica, testimoniare o rendere dichiarazioni su dette vicende, né davanti ai giudici né nell'ambito stragiudiziale, senza il consenso del Governo federale.

(3) Viene fatto salvo l'obbligo legale di denunciare reati e difendere l'ordinamento liberal-democratico nel caso di pericolo.

Art. 7

(1) Il consenso circa la testimonianza deve essere negato solo se la stessa pregiudichi il bene del Bund o di un Land tedesco o metta in pericolo o aggravi seriamente l'adempimento di funzioni pubbliche.

(2) Il consenso a fare una perizia può essere negato se ciò pregiudichi interessi di servizio.

¹⁹ V. anche N. ACHTERBERG/M. SCHULTE, in MANGOLDT/KLEIN, op. cit., Art. 47 LF, n. 2.

(3) È fatto salvo il § 28 della Legge sul Bundesverfassungsgericht nel testo emanato il 3 febbraio 1971 (Bundesgesetzbl. I, 105)”.

È stato rilevato²⁰ che sarebbe assurdo assumere che proprio il Capo di Stato, diversamente da altri organi federali supremi, potesse liberamente rivelare al pubblico ciò che gli viene ufficialmente confidato in ragione della sua carica. Inoltre, apparirebbe inconcepibile affermare un obbligo di deporre più ampio in capo al Presidente federale in merito alle vicende confidategli in ragione della sua carica rispetto a quello che sussiste in capo ai ministri federali. Viene tuttavia parimenti evidenziata la necessità di una lettura correttiva del secondo comma dell’art. 6 BMinG in relazione al Presidente federale, nella misura in cui tale articolo prevede un consenso del *Governo federale* circa le testimonianze o dichiarazioni. Si sostiene, infatti, che, anziché fare intervenire il Governo, il Presidente federale stesso debba decidere se rendere la propria testimonianza, ovviamente sempre nel rispetto del dettato dell’art. 7 BMinG. Analogamente, la testimonianza di un ex-Presidente federale deve essere consentita dal Presidente federale in carica (e non invece dal Governo).

Tale lettura del combinato disposto degli artt. 6, comma 2, e 7 BMinG trova, fra l’altro, un’ulteriore conferma, con riferimento all’esercizio giurisdizionale nell’ambito penale, nell’art. 54, commi 3 e 4, StPO, che dispone quanto segue:

“(3) Il Presidente federale può rifiutare la testimonianza se la stessa comporti pregiudizi per il bene del Bund o di un Land tedesco.²¹

(4) Queste disposizioni si applicano anche se le persone sopra indicate non sono più nel servizio pubblico o dipendenti di un gruppo parlamentare o se i loro mandati sono terminati, nella misura in cui si tratti di fatti che si sono realizzati durante il periodo del loro servizio, impiego o mandato oppure di cui sono venuti a conoscenza durante il periodo del loro servizio, impiego o mandato”.

Il potere del Presidente federale di rifiutare la propria testimonianza sembra pertanto limitarsi al solo caso in cui la stessa pregiudichi il “bene del *Bund* o di un *Land* tedesco”, pericolo la cui valutazione spetta al Presidente stesso, valutazione che non è peraltro oggetto di alcun controllo da parte del potere giudiziario²².

La dottrina non sembra aver chiarito o specificato la nozione di pregiudizio per il bene del *Bund* o di un *Land* tedesco. La formulazione della norma ricorda però un’altra disposizione del Codice di Procedura penale tedesco, ossia l’art. 96 StPO, ai sensi del quale i giudici devono astenersi dal richiedere la consegna di atti o documenti ufficiali da parte delle autorità e dei funzionari pubblici quando la suprema autorità competente gerarchicamente superiore (solitamente il Ministro competente) ritenga e dichiari che “*dalla conoscenza del contenuto di questi atti o documenti possa*

²⁰ Da H. HERZOG in MAUNZ/DÜRIG, op. cit., Art. 54 LF, n° 63. V. anche U. FINK in MANGOLDT/KLEIN, op. cit., Art. 54, n° 30.

²¹ Cfr. anche l’analoga previsione dell’art. 376 ZPO.

²² Cfr. M. HUBER, in *Becksch’er Online-Kommentar, Strafprozessordnung*, a cura di J.P. GRAF, 15° ed., Beck - Monaco di Baviera 1.10.2012, Art. 54 StPO, n. 29.

derivare un pregiudizio per il Bund o per il Land” (c.d. *Sperrerklärung*). Un tale pericolo di pregiudizio viene tra l’altro affermato dalla dottrina e dalla giurisprudenza in presenza di un segreto di Stato²³ o con riferimento all’esercizio delle funzioni delle alte cariche dello Stato.

Da ciò sembra potersi dedurre, da un lato, che il Presidente può senz’altro rifiutare la propria testimonianza in presenza di un segreto di Stato la cui rivelazione mettesse in pericolo il bene del *Bund* o di un *Land*, ma, dall’altro, che non tutte le vicende su cui il Presidente federale viene chiamato a deporre rientrano di per sé nella sfera di un segreto di Stato. Altrimenti detto, il solo fatto che il Presidente federale sia coinvolto nelle vicende oggetto di interrogazione o nelle indagini non è sufficiente a configurare l’esistenza di un segreto di Stato.

Per quanto concerne, invece, il tema delle investigazioni in relazione ad un reato ascrivibile ad altre persone ed alle intercettazioni di conversazioni in cui sia (casualmente) coinvolto, quale terzo, il Presidente federale, la normativa non reca disposizioni specifiche che si riferiscano al Capo di Stato. Si sottolinea, peraltro, che in genere il mero diritto di non deporre non conduce automaticamente ad un divieto di misure investigative, quali le intercettazioni, nei confronti di tutti i titolari del diritto e non preclude neppure il loro utilizzo in un eventuale giudizio. Sebbene l’art. 97 StPO preveda un divieto di sequestro di comunicazioni scritte e di registrazioni che sono oggetto di un eventuale, ipotetico diritto di non deporre, la norma, da un lato, non include nell’elenco dei testimoni privilegiati il Capo dello Stato federale e, dall’altro, presuppone che le comunicazioni in questione siano *custodite* dal potenziale testimone, ciò che non si può certamente affermare nel caso di comunicazioni orali intercettate.

A fronte al descritto vuoto normativo in merito al rapporto tra la carica del Presidente federale e le misure investigative e di giurisdizione in generale, si riscontrano invece particolari tutele, tra l’altro, in favore dei deputati, in quanto soggetti tenuti al segreto professionale. Ciò vale sia per il codice di procedura penale (che disciplina agli artt. 100a ss. le intercettazioni nell’ambito di inchieste giudiziarie), che per la legge sulla limitazione del segreto epistolare, postale e delle telecomunicazioni (*Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses*), c.d. legge sull’articolo 10 della Costituzione (*G-10 Gesetz*) del 26 giugno 2001, riguardante le intercettazioni ai fini di sicurezza che possono essere effettuate su richiesta dei vari servizi segreti federali. Le intercettazioni e registrazioni telefoniche presuppongono, in base ad entrambe le leggi, il sospetto fondato della commissione di reati particolarmente gravi, che vengono elencati nelle rispettive leggi.

Premesso che la disciplina delle intercettazioni in Germania è abbastanza restrittiva²⁴ merita un cenno l’art. 160a StPO, richiamato anche dall’art. 100c, comma 6, StPO, relativo ai casi di

²³ Cfr. S. RITZERT, in *Becksch’er Online-Kommentar*, op. cit., Art. 96 StPO, n. 4. Circa il segreto di Stato e la sua disciplina nell’ordinamento tedesco, si deve qui far rinvio alla ricerca realizzata dall’Area di diritto comparato nel settembre 2011, dal titolo *Il Segreto di Stato e l’attività giurisdizionale*, disponibile *on line* all pagina http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_SegretoStato_28032012.pdf.

²⁴ V., al riguardo, anche la segnalazione in merito all'ordinanza del *Bundesverfassungsgericht* del 12 ottobre 2011, BVerfG, 2 BvR 2333/11, in *Bollettino di informazioni sull'attualità giurisprudenziale straniera*, novembre 2011.

Le intercettazioni sono disciplinate dagli articoli 100a ss. StPO e da un regolamento ministeriale in vigore dal 3 novembre 2005. Questi atti sono stati modificati con due interventi legislativi: la legge di riforma della disciplina sulle intercettazioni telefoniche e su altre misure investigative nascoste e la legge di attuazione della Direttiva 2006/24/CE del 21 dicembre 2007.

I presupposti delle intercettazioni nell'ambito di inchieste giudiziarie sono disciplinati, in particolare, dall'articolo 100a StPO. Possono essere effettuate intercettazioni e registrazioni di conversazioni telefoniche nei confronti di una o più persone sospettate di aver commesso, quali autori ovvero quali complici, uno dei gravi reati elencati nello stesso articolo 100a e sanzionati con una pena detentiva di almeno cinque anni. L'elenco dei reati comprende: attentato alla pace, alto tradimento e minaccia dell'ordinamento democratico dello Stato e della sicurezza esterna; reati contro l'ordine pubblico; istigazione e concorso alla diserzione; attentato alla sicurezza delle truppe stanziate in Germania ed appartenenti ad altri Stati membri dell'Alleanza atlantica; falsificazione di denaro e titoli; abuso sessuale di minori e diffusione della pornografia; omicidio e genocidio; rapina ed estorsione; traffico di armi da guerra e spaccio di stupefacenti. Con la modifica del 2007, sono state inserite nuove fattispecie tipiche della criminalità economica, come la corruzione, la frode commerciale, il falso in bilancio, l'evasione fiscale, nonché i crimini di guerra e contro l'umanità sanzionati nel Codice penale internazionale, la tratta di esseri umani ed ogni forma di diffusione di pornografia infantile.

L'intercettazione è consentita quando sussiste il sospetto della commissione di uno dei reati sopra elencati. Il provvedimento è sussidiario, nel senso che è ammissibile soltanto qualora la conduzione delle indagini con altri strumenti e la perquisizione dell'abitazione della persona indagata risultino particolarmente complesse e non offrano, comunque, utili prospettive ai fini dell'esito delle indagini stesse.

Ai sensi dell'articolo 100b StPO, come modificato nel 2007, le intercettazioni e le registrazioni di conversazioni telefoniche possono essere disposte soltanto dal tribunale su richiesta della procura o, in caso di pericolo imminente, dalla procura stessa. L'ordinanza può essere adottata solo contro l'imputato e contro persone delle quali possa supporre, in base a determinati elementi di fatto, che ricevano o trasmettano comunicazioni indirizzate a o provenienti dall'imputato, ovvero nel caso in cui lo stesso imputato utilizzi la linea telefonica di tali persone.

L'ordinanza sottoscritta dal procuratore cessa di avere effetto se non viene convalidata dal tribunale entro tre giorni lavorativi. L'ordinanza, emanata in forma scritta, deve contenere nome, indirizzo e numero telefonico della persona cui è diretta e deve stabilire con precisione le modalità, l'entità e la durata delle intercettazioni. L'ordinanza ha una validità massima di tre mesi. Il termine può essere prorogato solo per altri tre mesi, purché sussistano i presupposti indicati nell'art. 100a StPO. Chiunque fornisca a scopo commerciale servizi di telecomunicazione è obbligato, sulla base del contenuto dell'ordinanza, a consentire al giudice, al procuratore ed agli investigatori della polizia l'intercettazione e la registrazione delle telefonate. Nel caso in cui vengano meno i presupposti che sono alla base dell'emanazione dell'ordinanza, le intercettazioni devono cessare immediatamente e di ciò deve essere data comunicazione al giudice ed ai fornitori dei servizi di telecomunicazione interessati. I dati sensibili e le informazioni raccolte possono essere utilizzati in altri procedimenti penali a fini di prova soltanto nella misura in cui emergano fatti ed informazioni necessari a far luce su uno dei reati elencati nell'art. 100a. Se la documentazione ottenuta non è più necessaria all'azione penale, deve essere immediatamente distrutta sotto il controllo della procura.

Ingerenze nella vita privata non sono ammesse neppure nel caso di inchieste giudiziarie relative a gravi reati. A tal riguardo, l'articolo 100a, comma 4, contiene un esplicito divieto di rilevare ed utilizzare i contenuti di comunicazioni afferenti alla sfera intima di una persona. Se durante una conversazione telefonica si parla di sentimenti particolarmente intimi e di riflessioni molto personali, non è consentita l'intercettazione della telefonata. La registrazione deve essere immediatamente cancellata e le informazioni eventualmente ottenute non potranno essere utilizzate nel corso di un procedimento penale.

inammissibilità e inutilizzabilità della sorveglianza dell'abitazione ai fini probatori. Tale norma, che non è peraltro limitata al caso delle intercettazioni, prevede una particolare protezione per alcuni soggetti obbligati al segreto professionale, e segnatamente per i chierici, i difensori penalisti, i membri del Parlamento (cfr. all'art. 53, comma 1, per. 1, nn. 1, 2 e 4, StPO), e gli avvocati in generale, che vengano coinvolti in misure di investigazione che siano inerenti ad un reato della cui commissione loro stessi non siano sospettati e che comportino la probabile conoscenza di fatti in relazione ai quali spetterebbe loro il diritto di non deporre (*Zeugnisverweigerungsrecht*) nel corso di un interrogatorio ai sensi dell'art. 53 StPO. In base a tale disposizione, dette misure investigative sono considerate inammissibili e sussiste, quindi, un divieto assoluto di produzione ed utilizzo a fini probatori di tutte le informazioni che sarebbero coperte dal diritto di non deporre. Eventuali intercettazioni devono essere immediatamente cancellate (e la cancellazione deve essere documentata). Per quanto concerne gli altri soggetti obbligati al segreto professionale (di cui agli artt. 53 comma 1, nn. 3- 3b e n. 5, 53a StPO: ad esempio, medici, giornalisti, notai), vige il diritto di non deporre (*Zeugnisverweigerungsrecht*) nel corso di un interrogatorio ai sensi dell'art. 53 StPO, ma la sussistenza o meno di un divieto di produzione ed utilizzo probatorio deve essere valutata nel caso concreto alla luce del principio di proporzionalità (considerando, quindi, anche gli altri interessi coinvolti).

Un'analogia disposizione si riscontra, inoltre, nell'art. 3b della *Legge sulla limitazione del segreto epistolare, postale e delle telecomunicazioni*. La legge permette, come accennato, intercettazioni telefoniche da parte dei servizi segreti tedeschi (ovvero da parte delle *Verfassungsschutzbehörden* del *Bund* e dei *Länder*, del *Militärische Abschirmdienst* e del *Bundesnachrichtendienst*) al fine di difendere e tutelare da pericoli l'ordinamento liberal-democratico o l'esistenza e la sicurezza del *Bund* e dei *Länder*.

L'art. 3b di tale legge prevede l'inammissibilità delle misure di intercettazioni rivolte contro o coinvolgenti una persona di cui all'art. 53, comma 1, per. 1, nn. 1, 2 e 4, StPO, cioè chierici, il difensore dell'imputato e/o i membri del *Bundestag*, della *Bundesversammlung* (assemblea federale), i membri tedeschi del Parlamento europeo o di qualche *Landtag* (il parlamento del *Land*) tedesco, che potrebbero rivelare informazioni in ordine alle quali spetterebbe loro – in via astratta – il diritto di non deporre come testimoni nel corso di un interrogatorio ai sensi dell'art. 53 StPO.

In base a tale disposizione, sussiste di conseguenza anche l'obbligo di eliminare immediatamente l'eventuale registrazione di questo tipo di informazioni, nonché un divieto assoluto di produzione ed utilizzo a fini probatori, mentre devono essere documentate la loro ricezione e la loro cancellazione. Per quanto concerne gli altri soggetti obbligati al segreto professionale (artt. 53 comma 1, n. 3-3b e n. 5, 53a StPO), l'ammissibilità o meno della registrazione deve essere valutata *alla luce dei*

L'articolo 101, commi 4-6, StPO disciplina l'obbligo di comunicazione o di notifica delle misure di investigazione segrete alle persone coinvolte nell'intercettazione e stabilisce i casi in cui, eccezionalmente, tale comunicazione non deve avvenire e/o può essere rimandata. Il comma 6 prevede la possibilità di una deroga all'obbligo di comunicazione qualora i presupposti che implicano tale obbligo non sussistano e sia prevedibile che non sussisteranno con certezza neanche nel futuro.

principio di proporzionalità, considerando sia l'interesse pubblico all'esercizio delle funzioni della persona coinvolta sia l'interesse alla segretezza delle informazioni che le sono affidate o rese note²⁵.

Le disposizioni illustrate, che annoverano i parlamentari nel novero della particolare tutela, anche alla luce del disposto dell'art. 47 LF, non fanno riferimento al Capo di Stato nemmeno per il caso in cui gli vengano confidate informazioni ufficiali e riservate in relazione alla sua carica. La dottrina non sembra peraltro aver affrontato tale argomento. Non è pertanto chiaro se si tratta di una dimenticanza legislativa o se tale "lacuna" sia intenzionale (forse proprio alla luce del fatto che l'art. 47 LF, che tutela lo scambio di informazioni con un deputato, non viene richiamato dall'art. 60, comma 4, LF e pertanto non viene applicato per analogia al Presidente federale). Va inoltre rilevata la difficoltà di prevedere in anticipo se una misura di investigazione riguardante una persona che comunica con il Presidente federale avrà ad oggetto conversazioni in cui si confidino a quest'ultima informazioni che potrebbero rilevare ai fini di un segreto di Stato o un pericolo per il bene del *Bund* o un *Land*. Ciò dipende, evidentemente, anche dai soggetti che comunicano con il Presidente: la probabilità che i contenuti delle conversazioni siano "sensibili" può infatti crescere in misura significativa se ad essere intercettati sono taluni soggetti istituzionalmente depositari di informazioni riservate.

In definitiva, non può non constatarsi che il legislatore tedesco ha ommesso di estendere la tutela delle disposizioni illustrate anche alle intercettazioni che coinvolgono il Presidente federale né ha previsto altre disposizioni specifiche che disciplinino il rapporto tra il Capo di Stato e l'esercizio della giurisdizione, salvo il caso sopra menzionato della testimonianza. Come rilevato, dal fatto che il Presidente federale ha il diritto di non deporre qualora ritenga la testimonianza pregiudizievole per il bene del paese, emerge indirettamente che il Capo di Stato, in linea di principio, non arreca aggravii significativi all'esercizio della giurisdizione (che, come detto, può anche toccare la sua stessa persona, se l'immunità viene rimossa oppure se viene accusato presso il *Bundesverfassungsgericht*). Presumibilmente, il legislatore ha ritenuto che la disciplina generale inerente alla tutela del segreto di Stato ed ai divieti e limiti dell'assunzione e/o utilizzazione delle prove fosse sufficiente a garantire un'adeguata tutela degli interessi in gioco anche qualora il Capo di Stato venga coinvolto indirettamente in investigazioni, ciò che, peraltro, non consta che sia accaduto nel passato.

Forse, le vicende dalle quali sono scaturite le recenti dimissioni del Presidente Wulff²⁶ saranno l'occasione per un approfondimento, nell'immediato futuro, delle problematiche che sono state qui brevemente delineate.

²⁵ Un'ulteriore disposizione con analogo contenuto si ravvisa nell'art. 23a, comma 5, del *Zollfahndungsdienstgesetz* (legge sulle investigazioni da parte della dogana).

²⁶ Il Presidente Wulff, nei cui confronti era stata richiesta la rimozione dell'immunità, ha prontamente rassegnato le proprie dimissioni e ha peraltro liberamente acconsentito ad indagini investigative presso la propria abitazione. Le indagini si riferivano a vicende anteriori all'assunzione della carica. Da notare è altresì che l'oramai *ex* Presidente federale è stato anche chiamato a testimoniare nel processo del suo *ex*-portavoce Glaeseker.

REGNO UNITO

di Sarah Pasetto

1. Il monarca come Capo dello Stato e la sua collocazione nel sistema istituzionale

Il monarca del Regno Unito è attualmente la Regina Elisabetta II, la quale è anche a capo del *Commonwealth* delle Nazioni, che ricomprende le ex-colonie britanniche¹, oltre ad essere Governatrice suprema della Chiesa anglicana e Capo delle forze armate. La monarchia è un'istituzione a successione ereditaria, ma il Parlamento può comunque intervenire in merito: infatti, l'*Act of Settlement* del 1701 stabilisce che il Parlamento può regolare l'ascesa al trono e deporre un monarca per cattiva condotta. Lo stesso *Act* stabilisce che il monarca può essere solo un discendente della Principessa Sofia di Hannover e di religione cristiana protestante; gli individui di religione romano-cattolica, o coloro che sposano un appartenente a questa fede, non possono salire al trono.

Il monarca inglese è il “centro dell'identità, unità ed orgoglio nazionali; dà un senso di stabilità e continuità” al Paese, essendo una figura ereditaria e neutra, che trascende così le politiche e le rivalità di parte nelle diverse fasi storiche. Svolge numerose funzioni cerimoniali: la rappresentanza del Regno Unito nel mondo, il ricevimento di Capi di Stato, ambasciatori ed alti commissari stranieri e le visite all'estero in veste di Capo di Stato, a sostegno dei rapporti diplomatici ed economici del paese. Il monarca effettua anche numerose visite di cortesia entro i quattro “territori” del Regno Unito al fine di promuovere un senso di coesione nazionale e di vicinanza con i cittadini.

Non si può tuttavia dire che il suo sia un ruolo meramente simbolico: il monarca possiede, infatti, ancora poteri e funzioni politicamente rilevanti, anche se oggi devono essere esercitati in conformità a consuetudini e convenzioni costituzionali ben consolidate. Inoltre, come si vedrà, le istituzioni pubbliche britanniche mostrano ancora le loro antiche radici “reali”, a tal punto da rendere il coinvolgimento del monarca tuttora non irrilevante.

1.1. La *royal prerogative*

La *royal* (o *Crown*) *prerogative* può essere descritta come il residuo del potere (tendenzialmente) assoluto in origine detenuto dal monarca, eroso nel corso dei secoli dai diversi cambiamenti storici e

¹ I Paesi del *Commonwealth* sono attualmente cinquantaquattro, mentre quelli che riconoscono la Regina come Capo di Stato, i c.d. Reami del *Commonwealth*, sono sedici: Antigua e Barbuda, Australia, le isole Bahamas, Barbados, Belize, Canada, Giamaica, Grenada, Nuova Zelanda, Papua Nuova Guinea, St. Kitts e Nevis, Santa Lucia, Saint Vincent e le Grenadine, le isole Solomon, Tuvalu ed il Regno Unito.

sociali².

La *prerogative* non ha forma scritta, ma, alla luce del principio costituzionale fondamentale della *rule of law*, deve avere un fondamento nel diritto e non può provenire da fonti esterne o superiori all'ordinamento britannico. Oggi è comunemente ammesso che la *prerogative* sia un istituto di *common law*; sono pertanto le corti ad avere il compito di confermare la permanenza nell'ordinamento di un dato aspetto della *prerogative* e/o la sua applicazione a circostanze specifiche. La *prerogative* non può tuttavia creare poteri nuovi³, né può determinare la validità del modo in cui la Corona ha esercitato i propri poteri discrezionali.

Dunque, finché un determinato potere non viene sottoposto al vaglio della corte, e la corte non si esprime al riguardo, non si può essere del tutto certi della sua permanenza nell'ordinamento né della sua portata effettiva. BRADLEY e EWING sollevano interrogativi circa la capacità delle corti di determinare l'obsolescenza o meno di una prerogativa antica ed ormai inattuale⁴; ricordando che le regole del *common law* non possono essere superate per desuetudine, essi sottolineano che rimane comunque difficile giustificare la permanenza di un potere obsoleto, incompatibile con i principi costituzionali moderni, in base al solo fatto del suo riconoscimento avvenuto secoli prima.

Per quanto riguarda il Parlamento, esso non è in grado di creare una nuova prerogativa, ma può naturalmente legiferare in modo tale da conferire alla Corona diritti o poteri di natura simile. Sin dal *Bill of Rights* del 1689 e dall'*Act of Settlement* del 1701, esso può invece ridurre la *prerogative* con la semplice approvazione di norme legislative. Ciò è stato confermato a livello giurisprudenziale anche più di recente, con il caso *Attorney General v De Keyser's Royal Hotel Ltd*⁵, in cui la *House of Lords* ha stabilito che la prerogativa regia viene "sospesa" (*placed in abeyance*) se esistono leggi che possono costituire il fondamento giuridico per un ricorso.

1.2. La *personal prerogative*

Secondo BLACKSTONE, la *personal prerogative* è "quella speciale preminenza di cui gode il Re,

² Si pensi ad esempio alla *Magna Carta*, che stabiliva che il Re non poteva esercitare il suo potere in maniera arbitraria e che nessun suddito potesse essere perseguito se non in conformità ad una legge; oppure al *Bill of Rights*.

Oggi, la maggior parte dei poteri della *royal prerogative* è di fatto, anche se non espressamente, esercitato dal potere esecutivo, che in ambito giuridico e politico può anche essere denominato "*Crown*", senza per questo indicare alcun coinvolgimento personale del monarca; piuttosto, nel Regno Unito si tratta del termine sovente utilizzato per indicare il potere pubblico, alla stregua di "Stato" in molti altri ordinamenti. Contrariamente a quanto potrebbe far pensare il *nomen*, l'esercizio di fatto da parte del potere esecutivo si applica anche alla maggior parte delle *personal prerogatives* del monarca (v. *infra*, par. 1.2.).

³ "*It is 350 years and a civil war too late, for the Queen's courts to broaden the prerogative*": *opinion* di Lord Diplock, nel caso *BBC v Johns* [1965] Ch 2.

⁴ Cfr. A. BRADLEY e K. EWING, *Constitutional and Administrative Law*, 15° edizione, Essex, Pearson Education Limited, 2011, 255.

⁵ [1920] AC 75.

oltre ogni altra persona, ed oltre il semplice *common law*, in virtù della sua dignità reale”⁶. Già nel 1611, però, si era riconosciuto il loro carattere non onnipotente: nel *Case of Proclamations*, COKE dichiarava che “il Re non ha prerogative se non quelle che gli concede il diritto del territorio”⁷.

I poteri, le facoltà e le immunità della *prerogative* sono assai vari e possono riguardare argomenti banali oppure, in relazione al governo, potenzialmente piuttosto incisivi. Non è possibile però enunciarli in maniera esaustiva, poiché non ne esiste un unico elenco ufficiale scritto, sebbene di recente siano stati fatti alcuni tentativi in tal senso onde propugnare la trasparenza del governo⁸.

Sebbene si tendeva a descrivere la *personal prerogative* come applicabile esclusivamente al monarca, e come non condivisibile con alcun altro organo di potere o cittadino, in realtà nel corso degli anni si sono sviluppate numerose *constitutional conventions* dirette a disciplinare almeno l’esercizio dei poteri conferiti al monarca in base a tale *prerogative*. Così, è vero che il monarca è l’unico a detenere la facoltà di dare la sanzione regia (*royal assent*) alle leggi, necessaria per la loro entrata in vigore, di sciogliere il Parlamento e di nominare il Primo ministro; ma è altrettanto necessario far riferimento a quelle convenzioni ormai ben consolidate per cui in pratica tali facoltà sono esercitate su consiglio del potere legislativo o di quello esecutivo⁹. Inoltre, può essere interessante notare che la Regina può visionare i resoconti degli incontri del Gabinetto ministeriale e convocare regolarmente il Primo ministro per discussioni sulle questioni politiche, economiche e sociali del giorno (tale facoltà, a quanto consta, è esercitata spesso dall’attuale Regina).

2. Cenni sulle immunità del Capo dello Stato

2.1. L’immunità dalla responsabilità penale e civile

⁶ Cfr. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Libro I, Capitolo 7, reperibile al seguente indirizzo Internet: http://oll.libertyfund.org/?option=com_staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=2140&chapter=198665&layout=html&Itemid=27 [in lingua inglese].

⁷ *Case of Proclamations*, [1611] EWHC KB J22.

⁸ Nel corso della sessione parlamentare 2002-2003, il *Public Administration Select Committee* del Parlamento ha pubblicato un elenco delle prerogative reali compilato dal Governo. Così, tra gli atti rientranti nella *prerogative* figurano, ad esempio, l’emissione di passaporti e la conclusione di trattati, ma anche l’immunità del monarca da azioni penali (<http://www.parliament.uk/business/committees/committees-archive/public-administration-select-committee/pasc-19/>).

⁹ In genere, le funzioni della prerogativa reale vengono svolte in seguito a consultazioni con i ministri della Corona, ed in particolare con il Primo ministro. Dunque, la concessione della sanzione regia è prassi ben consolidata, essendosi verificato nel 1707 l’ultimo caso di rifiuto (il rifiuto potrebbe infatti essere opposto solamente in casi del tutto eccezionali, ad esempio per prevenire una catastrofe nazionale); il monarca scioglie il Parlamento solo su espressa richiesta del Primo ministro; ed il Primo ministro nominato è chi sia capace di guidare la maggioranza di deputati nella camera bassa del Parlamento, in pratica, dunque, il *leader* del partito di maggioranza.

Per quanto riguarda le immunità del monarca in base alla *prerogative*, la prima tra queste è l'immunità personale dalla responsabilità civile e penale, senza distinzione fra atti ufficiali e non ufficiali. “*The King [o Queen] can do no wrong*”: il monarca non può fare alcun male, recita un'antica e tuttora valida massima costituzionale. Ciò non sorprende, se si ricorda che il sistema giudiziale moderno affonda le proprie radici nella *curia regis*, il collegio itinerante introdotto con la conquista normanna del 1066, che riuniva il Re ed i suoi consiglieri¹⁰ e che svolgeva molteplici funzioni, tra cui anche quelle giurisdizionali. Tale retaggio è sopravvissuto sino ai giorni nostri, e in misura non insignificante, poiché tuttora “la Regina è la Fonte della Giustizia”¹¹: le giurisdizioni di primo e secondo grado inglesi sono ospitate in una struttura denominata *Royal Courts of Justice*; ancora, le azioni penali vengono intentate dal *Crown Prosecution Service* nel nome del monarca.

L'esistenza dell'immunità è stata confermata da ultimo dal Ministero della giustizia nell'ottobre 2009¹².

2.1.1. La petition of right

Il *Crown Proceedings Act 1947* ha eliminato l'immunità dalla responsabilità civile per atti commessi dal governo (Corona) o in suo nome. Si ritiene tuttavia che in teoria sia ancora possibile far ricorso contro il monarca personalmente per atti che diano luogo a responsabilità civile attraverso una *petition of right*. In questi casi, il ricorrente deve formulare la *petition of right*, la quale, però, per poter essere esaminata dalle corti, necessita dell'approvazione della stessa Corona, che agisce su indicazione dell'*Attorney General*.

Nel caso di accoglimento del ricorso, la corte emette una dichiarazione che dichiara i diritti del richiedente. I *declaratory judgments* non sono accompagnati da sanzioni o altre formalità tese ad assicurarne l'efficacia, ma vengono comunque osservati dal Governo, in quanto hanno un significativo valore “politico”; in pratica, dunque, tali *judgments* possono avere efficacia pari alle pronunce giudiziali e finiscono per comportare una forma di obbligo implicito.

¹⁰ Tutti denominati *justices*. È dalla *curia* che sono nati, nel XII secolo, organi giurisdizionali quali la *Court of King's Bench* (giurisdizione penale, di appello e speciale), la *Court of Common Pleas* (competente per le controversie di natura civile), la *Court of Chancery* e, più di recente, il *Privy Council* (le funzioni governative sono state rilevate poi dal Gabinetto dei ministri). Per un sintetico inquadramento storico, v. la pagina internet <http://www.judiciary.gov.uk/about-the-judiciary/introduction-to-justice-system/history-of-the-judiciary>.

¹¹ Si veda l'affermazione “*The Queen is the Fount of Justice*” al seguente indirizzo: <http://www.royal.gov.uk/MonarchUK/TheMonarchyToday.aspx>.

¹² In una relazione intitolata *The Governance of Britain. Review of the Executive Royal Prerogative Powers: Final Report*, 34, reperibile *on line* al seguente indirizzo: <http://www.parliament.uk/deposits/depositedpapers/2009/DEP2009-2493.pdf>.

2.1.2. L'assenza di un obbligo per il monarca a testimoniare

Che il monarca non possa essere chiamato a testimoniare presso una corte è un principio costituzionale antico¹³, principio anche questo ascrivibile all'origine delle corti, mai effettivamente messa in discussione: se le corti sono subordinate al Re, esse non possono dunque emettere alcun tipo di ordine nei suoi confronti.

2.1.2.1. La vicenda Burrell

In anni recenti, si è avuto un episodio in cui la Regina Elisabetta è intervenuta volontariamente in un processo penale. Nel 2002, Paul Burrell, che era stato il maggiordomo della Principessa Diana dal 1987 fino all'anno della sua scomparsa, avvenuta nel 1997, era stato accusato del furto di un gran numero di oggetti personali della Principessa e della sua famiglia. A sua difesa, aveva asserito che il suo rapporto con la Principessa era stato di stretta confidenza, a tal punto che essa gli avrebbe affidato quegli oggetti affinché li conservasse al sicuro. A dimostrazione del suo rapporto di confidenza, Burrell aveva dichiarato alla stampa britannica che nella sua deposizione all'udienza sarebbe stato in grado di rivelare dei particolari intimi della famiglia reale. Pochi giorni dopo questa dichiarazione, la Regina si era rammentata di una conversazione avvenuta poco dopo la scomparsa della Principessa, nella quale Burrell la informava della consegna degli oggetti asseritamente rubati; la Regina ha informato di tale conversazione il Principe Carlo, il quale ha poi dato mandato ad un avvocato della famiglia reale di far conoscere la circostanza anche al *Crown Prosecution Service*. La corte presso cui il processo si stava svolgendo ha ammesso le informazioni dedotte dalla procura, che hanno comportato il decadimento delle accuse contro Burrell. Nella stampa si sono sollevati numerosi interrogativi circa l'opportunità dell'intervento della Regina, avvenuto solamente in seguito alla consapevolezza che si sarebbero potuti divulgare particolari intimi della vita reale, nonostante il processo fosse stato intentato circa un anno prima ed avesse ricevuto una notevole risonanza mediatica; inoltre, si sono avanzati dubbi circa l'opportunità di convocare la Regina a testimoniare direttamente e circa la permanenza della effettiva immunità contro la convocazione.

2.1.2.2. L'invocabilità dell'immunità nell'ambito delle public inquiries

Non si è ancora definitivamente chiarito se una tale immunità possa essere invocata anche in sede "para-giurisdizionale", ovvero nell'ambito delle inchieste pubbliche (*public inquiries*) commissionate dal Governo per eventi straordinari. Un'occasione per definire la questione si è presentata nel corso dell'inchiesta sulla morte prematura della Principessa del Galles, Diana; l'occasione non è stata tuttavia colta.

Il padre del suo presunto amante Dodi Al Fayed aveva chiesto al *coroner* incaricato delle

¹³ Si v., in tal senso, il parere del Professor G. SLAPPER, <http://abcnews.go.com/International/story?id=79797&page=2#.UJ0eNORlXA>; e le osservazioni della *British Monarchist League*, <http://www.monarchist.org.uk/constitutional-monarchy.html>.

indagini di convocare a testimoniare la Regina Elisabetta II ed il suo consorte. All'inizio delle indagini, il *coroner* non lo aveva ritenuto necessario, riservandosi la facoltà di convocarli, se del caso, successivamente; quando l'inchiesta era quasi terminata, aveva però confermato il parere dato in origine, in base al fatto che le testimonianze non avrebbero fatto luce sulle modalità della morte della Principessa e del sig. Al Fayed. Il *coroner* ha affermato che "Sua Maestà [la Regina] non è, a [suo] parere, una testimone che si possa obbligare a comparire"; lo stesso *coroner*, tuttavia, ha sottolineato che questa problematica non era stata esaminata *funditus* nel corso delle udienze¹⁴.

2.2. L'inapplicabilità della legislazione al monarca

Corollario dell'immunità giurisdizionale è il principio costituzionale (che ha come corollario una presunzione interpretativa che guida le corti nell'applicazione della legislazione) secondo cui la persona del monarca non è vincolata dalle leggi emanate dal Parlamento in assenza di un riferimento, nella legge, che lo stabilisca esplicitamente o che renda tale vincolo "necessariamente implicito" (*binding by necessary implication*). Così è stato affermato, a livello giurisprudenziale, nella sentenza *Lord Advocate v Dumbarton Council*¹⁵.

Bisogna ricordare che, nel procedimento legislativo, il monarca dà l'ultimo assenso necessario affinché il testo di legge entri in vigore, tramite il *royal assent*. Infatti, il testo introduttivo degli *Acts of Parliament* invoca che "sia legiferato dalla Sua Eccellentissima Maestà" quanto stabilito nel testo legislativo¹⁶; si ritiene pertanto che la Regina non possa essere vincolata da regole che ha emesso essa stessa, a meno che non lo abbia voluto espressamente o comunque in maniera inequivocabile.

3. La riservatezza delle comunicazioni del monarca

L'ordinamento inglese non disciplina espressamente il caso in cui, nel corso dell'intercettazione di un sospettato, vengano alla luce comunicazioni con il Capo dello Stato. È peraltro necessario sottolineare che il diritto processuale penale inglese impedisce l'uso delle intercettazioni ai fini probatori nell'ambito del processo, potendo queste essere utilizzate solamente per meglio chiarire l'opportunità di proseguire o meno una indagine o di intentare un'azione¹⁷.

In ogni caso, le comunicazioni con il monarca godono, in generale, di notevole riservatezza.

¹⁴ *Coroner's Inquest into the Deaths of Diana, Princess of Wales and Mr Dodi Al Fayed*, del 12 marzo 2008.

¹⁵ [1990] 2 AC 580. In quella sentenza, si è stabilito che "[l]a Corona non è vincolata da alcuna norma legislativa a meno che non sia possibile in qualche modo discernere dalla formulazione dell'*Act* in questione una intenzione in tal senso. La Corona può esserne vincolata solo per mezzo di parole esplicite in tal senso, o che [rendano una tale conclusione] necessariamente implicita". In precedenza, si v. anche la sentenza sul caso *Tamplin v Hannaford* [1950] 1 KB 18.

¹⁶ In lingua inglese, la formulazione è la seguente: "[b]e it enacted, by the Queen's Most Excellent Majesty".

¹⁷ *Regulation of Investigatory Powers Act*, section 17.

Questa necessità si può ricondurre alla percezione del ruolo di figura *super partes* rivestito dal Capo dello Stato nell'ordinamento britannico; per preservare queste qualità, si ritiene che sia opportuno anche conservare il più possibile la riservatezza dell'operato dell'individuo che sale al trono¹⁸.

Ne è una conferma il fatto che, tra i principi costituzionali fondamentali, figura proprio quello della riservatezza delle comunicazioni tra il monarca ed i suoi ministri ed altri soggetti pubblici. Del pari, ai sensi del *Freedom of Information Act 2000*, si ha un impedimento assoluto della divulgazione delle comunicazioni col monarca. Tale impedimento è stato propugnato dal Governo, e poi concretizzato con apposito intervento legislativo¹⁹, sull'assunto che sussiste un interesse pubblico fondamentale nel mantenimento della riservatezza di informazioni relative a tali tipi di comunicazione.

¹⁸ *Chapter Ten: The Royal Prerogative*, reperibile al seguente indirizzo Internet: <http://www.nadr.co.uk/articles/published/ConstitutionalLaw/Chapter010RoyalPrerogative.pdf>.

¹⁹ L'impedimento alla divulgazione, in precedenza, non era assoluto bensì qualificato, di talché che le corti potevano bilanciare l'interesse pubblico al mantenimento della riservatezza dell'informazione con quello alla sua divulgazione. Tuttavia, in seguito alla vicenda che ha visto una richiesta giornalistica di divulgazione di alcune missive indirizzate dal Principe Carlo, erede al trono, a ministri del Governo, richiesta accolta dall'*Information Tribunal*, il Governo ha fatto valere il potere, sancito dall'articolo 53 del *Freedom of Information Act 2000*, di emettere un attestato che, di fatto, costituiva un veto alla divulgazione. In seguito, per evitare ricorsi contro il "veto", la legge è stata modificata per conferire alle comunicazioni con il monarca, ma anche a comunicazioni coinvolgenti il principe ereditario o il secondo reale nella linea dinastica, l'immunità assoluta dalla divulgazione. Sul tema, v. l'articolo di stampa intitolato *Seven-year battle to win disclosure of Prince of Wales letters to Government ministers*, reperibile *on line* al seguente indirizzo: <http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/prince-charles/9612471/Seven-year-battle-to-win-disclosure-of-Prince-of-Wales-letters-to-Government-ministers.html>; ed il comunicato diffuso dall'*Attorney General*, Dominic Grieve, con le motivazioni per l'emissione del veto, reperibile *on line* al seguente indirizzo: <http://www.attorneygeneral.gov.uk/NewsCentre/Documents/Statement%20of%20Reasons%20Prince%20of%20Wales16.10.12.pdf>.

SPAGNA

di *Carmen Guerrero Picó*

1. Introduzione

La legittimità democratica del Re spagnolo è stata affermata nella Costituzione del 1978, che ha sancito come forma politica dello Stato la monarchia parlamentare (art. 1, comma 3, Cost.), dedicando alla Corona il suo titolo II (artt. 56-65). Il costituente ha prefigurato un Capo dello Stato che difetta di *potestas*, perché la sovranità risiede nel popolo (art. 1, comma 2, Cost.) e, di conseguenza, i poteri spettano agli organi rappresentativi della sovranità nazionale. Per contro, il Re conserva la sua *auctoritas*, in virtù della quale esercita il ruolo di moderatore ed arbitro del funzionamento regolare delle istituzioni democratiche.

La Costituzione riconosce in via eccezionale alla monarchia talune specificità discendenti dalla tradizione, che provocano tuttavia tensioni con il principio democratico, come la carica vitalizia ed ereditaria, l'eccezione al principio generale di responsabilità dei pubblici poteri e la preferenza dell'uomo rispetto alla donna nella successione al trono.

Per cogliere il vasto consenso sociale e politico che ha riscontrato la monarchia in un momento in cui si sarebbe potuto optare per la forma repubblicana dello Stato è imprescindibile prendere in considerazione l'importante ruolo svolto personalmente dal Re durante la transizione. Il suo prestigio si è poi ulteriormente accresciuto per la sua difesa della Costituzione in occasione del fallito colpo di Stato del 23 febbraio 1981; alla luce di questi rilievi, si spiega perché, ancor oggi, la monarchia è l'istituzione che raccoglie i maggiori consensi nell'opinione pubblica.

Ciò posto, devesi comunque ricordare che, negli ultimi mesi, è stata messa in evidenza la fragilità dell'istituzione, che dipende dalla condotta irreprensibile del Re e della Famiglia reale. Diversi episodi di corruzione e decisioni personali controverse hanno collocato la monarchia al centro di un'attenzione mediatica dalla quale è scaturito un dibattito sulla portata dell'irresponsabilità penale del Re e dei privilegi della Famiglia reale e, in ultima analisi, sulla stessa continuità dell'istituzione monarchica.

2. Brevi cenni sulle funzioni del Capo dello Stato

Il titolare del potere esecutivo è il Governo (art. 97 Cost.), mentre, ai sensi dell'art. 56, comma 1, Cost., il Re è il Capo dello Stato¹, simbolo della sua unità e continuità. Arbitro del funzionamento

¹ La bibliografia sulla monarchia è molto vasta. Il *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales* ha preparato una selezione in *La Monarquía parlamentaria en España y otros estados europeos*, *Boletín de documentación*, n. 21,

regolare delle istituzioni, egli assume la più alta rappresentanza dello Stato spagnolo nelle relazioni internazionali ed esercita le funzioni espressamente conferitegli dalla Costituzione² e dalle leggi. Ai sensi dell'art. 62 Cost., al Sovrano spetta:

- a) sanzionare e promulgare le leggi;
- b) convocare e sciogliere le *Cortes Generales* ed indire le elezioni secondo le modalità previste dalla Costituzione;
- c) indire il *referendum* nei casi previsti dalla Costituzione;
- d) proporre il candidato a Presidente del Governo e, se del caso, nominarlo, nonché porre fine alle sue funzioni secondo le modalità previste dalla Costituzione;
- e) nominare e revocare i membri del Governo su proposta del Presidente;
- f) emanare i decreti deliberati dal Consiglio dei Ministri, nominare agli impieghi civili e militari e concedere onorificenze e titoli conformemente alle leggi;
- g) essere informato degli affari dello Stato e presiedere, a questi effetti, le sessioni del Consiglio dei Ministri quando lo ritenga opportuno, su richiesta del Presidente del Governo;
- h) il comando supremo delle Forze armate;
- i) esercitare il diritto di grazia conformemente alla legge, che non potrà autorizzare indulti generali;
- j) l'alto patronato delle Reali accademie.

Alle suddette funzioni, si deve aggiungere quanto stabilito dall'art. 63 Cost., secondo cui il Re: a) accredita gli ambasciatori e gli altri rappresentanti diplomatici, mentre i rappresentanti stranieri in Spagna sono accreditati di fronte a lui; 2) manifesta il consenso dello Stato nell'assumere obblighi internazionali attraverso trattati in conformità alla Costituzione e alle leggi; 3) dichiara, previa autorizzazione delle *Cortes Generales*, la guerra e fa la pace.

Gli atti del Re devono essere controfirmati (*refrendados*) dal Presidente del Governo³ e, se del caso, dai ministri competenti *ratione materiae*⁴; per la proposta e la nomina del Presidente del

settembre-dicembre 2004, 139 ss., reperibile alla pagina internet <http://www.cepc.gob.es/centro-de-recursos/documentacion/boletinesydossieres dedocumentacion/boletinesdocumentacion/boletindocumentacion21>.

² La Regina consorte o il consorte della Regina non potranno assumere funzioni costituzionali, salvo quanto disposto per la Reggenza (art. 58, in relazione agli artt. 59 e 60 Cost.).

³ V. anche l'art. 2, comma 2, lettera *h*) della legge n. 50/1997, del 27 novembre, sul Governo. Il Presidente controfirma atti di particolare rilevanza, come le leggi, i regi decreti e le nomine delle alte cariche dello Stato.

⁴ Non è possibile delegare la competenza per controfirmare, sia perché l'art. 20, comma 3, della legge sul Governo non permette la delega di competenze direttamente attribuite dalla Costituzione, sia per la natura dell'istituto, che trasferisce la responsabilità degli atti al soggetto che controfirma. I ministri controfirmano i regi decreti che approvano norme regolamentari relative alle materie di loro competenza ed i regi decreti delle nomine che riguardano i loro ministeri. Per quanto concerne gli atti normativi che coinvolgono più di un ministero, si è sostenuto che la controfirma

Governo e per lo scioglimento delle Camere previsto dall'art. 99 Cost.⁵ la controfirma spetta al Presidente della Camera dei deputati (art. 64, comma 1, Cost). La responsabilità per gli atti del Re ricade sui soggetti che li hanno controfirmati (art. 64, comma 2, Cost.).

Le uniche decisioni che la Costituzione attribuisce liberamente al Sovrano sono la distribuzione degli stanziamenti che il bilancio dello Stato prevede per il sostentamento della Famiglia reale e della Casa del Re, e la nomina e la revoca dei membri civili e militari della Casa del Re⁶ (art. 65 Cost.). Per evitare eventuali controversie riguardo all'opportunità politica di questi atti, i cambiamenti del personale della Casa del Re si attuano di fatto mediante regio decreto, controfirmato dal Presidente del Governo.

In definitiva, la Costituzione delinea una Corona senza potere, com'è naturale in un regime parlamentare. L'irresponsabilità regia, la controfirma e le funzioni tassative del Re, privo dei poteri residuali di cui godeva un tempo, sono i suoi tratti definatori più significativi⁷.

3. Capo dello Stato ed esercizio della giurisdizione

3.1. L'art. 56 della Costituzione

3.1.1. I precedenti storici

L'irresponsabilità del Sovrano è stata sempre presente nei testi costituzionali spagnoli⁸. La Costituzione del 1812 stabiliva, all'art. 168, che “la persona del Re è sacra e inviolabile e non è

spetti al titolare del ministero con un interesse prevalente, ma nella prassi la controfirma è del Ministro della Presidenza. Cfr. T. GONZÁLEZ CUETO, *Artículo 2. Del Presidente del Gobierno*, in C.J. FERNÁNDEZ CARNICERO (coord.), *Comentarios a la Ley del Gobierno*, Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid, 2002, 91.

⁵ Secondo l'art. 99 Cost.: “1. Dopo ogni rinnovo della Camera dei deputati e nelle altre circostanze costituzionali in cui ciò si riveli necessario, il Re, previa consultazione dei rappresentanti designati dai gruppi politici presenti in parlamento e attraverso il Presidente della Camera, proporrà un candidato alla Presidenza del Governo. [...] 3. Ove la Camera dei Deputati, con il voto della maggioranza assoluta dei membri, conceda la sua fiducia a detto candidato, il Re lo nominerà Presidente. [...] 5. Se trascorso il termine di due mesi, a partire dalla prima votazione sulla fiducia, nessun candidato avesse ottenuto la fiducia del Congresso, il Re scioglierà entrambe le Camere e indirà nuove elezioni con la controfirma del Presidente della Camera”.

⁶ Il regio decreto n. 999/2010, del 5 agosto, ha novellato il regio decreto n. 434/1988, del 6 maggio, sulla ristrutturazione della Casa di Sua Maestà il Re.

Il Tribunale costituzionale ha ammesso, con STC 112/1984, del 28 novembre, che lo statuto giuridico del personale della Casa del Re ed i suoi atti di applicazione possono essere oggetto di controllo da parte della giurisdizione amministrativa (FJ 2). La decisione giudicava sul rifiuto di una promozione a tenente della Casa reale.

⁷ ENTRENA CUESTA citato da I. M. ABELLÁN MATESANZ e L. MOLINA, *Sinopsis artículo 56*, in <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=56&tipo=2>.

soggetta a responsabilità”. La Costituzione del 1837 aggiungeva nell’art. 44 che la responsabilità ricadeva sui ministri, formula che si manterrà nell’art. 42 della Costituzione del 1845 e negli artt. 48 e 49 della Costituzione del 1876. L’art. 67 della Costituzione del 1869 ometteva invece il riferimento alla sacralità del monarca.

Durante il periodo repubblicano, tra il 1931 e il 1933, il costituente decise di allontanarsi dal modello precedente⁹, prevedendo un regime di responsabilità, in casi gravi, per il Presidente della Repubblica. In effetti, il Capo dello Stato era “responsabile penalmente della violazione delittuosa dei suoi obblighi costituzionali” (art. 85 della Costituzione del 1931). L’accusa doveva essere formulata da una maggioranza di tre quinti della Camera ed il giudizio spettava al Tribunale delle garanzie costituzionali. La sanzione prevista era la destituzione, pena più lieve rispetto a quelle che il codice penale prevedeva per i reati contro la Costituzione. La legge costituzionale del 1° aprile 1933 disciplinava il procedimento per far valere la responsabilità penale del Presidente della Repubblica.

3.1.2. L’invulnerabilità e l’irresponsabilità regia

L’art. 56, comma 3, della Costituzione del 1978 stabilisce che il Sovrano è inviolabile e che non è soggetto a responsabilità. La Carta non ha previsto che il Capo dello Stato sia penalmente responsabile di gravi violazioni costituzionali (ad es., in caso di alto tradimento, per invasione delle competenze riservate dalla Costituzione ad altri organi, per l’ostacolo al loro normale funzionamento, o per violazione dei diritti fondamentali dei cittadini), mentre ha disciplinato, all’art. 102, la procedura da seguire in caso di accusa per alto tradimento o per qualsiasi reato contro la sicurezza dello Stato commesso dal Presidente del Governo nell’esercizio delle funzioni (tali reati non possono essere oggetto di indulto). L’unica norma che avverte per via indiretta il Capo dello Stato del suo dovere di non infrangere la Costituzione è l’art. 61 Cost., secondo cui, al momento di essere proclamato Re, egli deve giurare alle *Cortes Generales* di “rispettare e far rispettare la Costituzione e le leggi”.

La maggior parte della dottrina utilizza i termini “invulnerabilità” ed “irresponsabilità” come sinonimi. Tuttavia, BIGLINO CAMPOS¹⁰ evidenzia che l’invulnerabilità ha un significato più ampio di quello dell’irresponsabilità, con cui si intende sottolineare l’alta dignità che spetta alla persona del

⁸ I testi costituzionali ed i passi più rilevanti del dibattito delle ultime *Cortes* costituenti relativo alla restaurazione della Monarchia possono essere consultati nel documento citato *supra*, alla nota 1.

⁹ Le *Cortes* costituenti repubblicane dichiararono il Re esiliato, Alfonso XIII, colpevole di alto tradimento. Si veda M. CONTRERAS CASADO, *Responsabilidad regia, memoria histórica y transiciones a la democracia en España*, in *Revista de Estudios Políticos*, n. 121, luglio-settembre 2003, 163 ss.

¹⁰ Citata da I. M. ABELLÁN MATESANZ e L. MOLINA, *Sinopsis artículo 56*, cit.

monarca in quanto Capo dello Stato¹¹. Per HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN¹², l'inviolabilità si identifica con l'irresponsabilità nella misura in cui entrambi i termini esprimono il fatto che il Monarca non può essere perseguito penalmente e che non può essere convenuto di fronte ad una giurisdizione civile. Se l'inviolabilità protegge la condotta dal Re come persona, la sua irresponsabilità protegge i suoi atti come istituzione dello Stato. Ma la concreta portata dell'irresponsabilità penale del Re e l'irresponsabilità in ambito civile sono lungi dall'essere pacifici in dottrina, come si vedrà *infra*, par. 3.4.

La Costituzione non stabilisce, invece, in alcun modo l'impossibilità di sottoporre a giudizio i membri della Famiglia reale¹³.

3.1.3. La controfirma

L'irresponsabilità è la conseguenza diretta dell'assenza di poteri del Sovrano e dell'istituto della controfirma, che implica il trasferimento della responsabilità politica. Se l'atto del Re non è controfirmato, infatti, non è valido (art. 65, comma 2, Cost.). La controfirma non deve essere necessariamente scritta, tanto che si danno casi di controfirme tacite e presunte.

GONZÁLEZ-TREVIJANO¹⁴ definisce la controfirma come "l'atto giuridico di natura pubblica attraverso il quale un soggetto, denominato *refrendante*, autentica e/o accetta, dopo l'interposizione della sua firma, con la sua presenza o con la sua continuità nell'esercizio delle funzioni pubbliche affidategli, in tempo e forma, un atto sottoscritto dal Capo dello Stato, attribuendogli in tal modo la sua necessaria validità".

Secondo DE ESTEBAN, la controfirma è un atto dovuto¹⁵, tanto per il *refrendante* quanto per il *refrendado*. Il motivo per cui si mantiene la firma del Re è il suo ruolo di simbolo dell'unità e

¹¹ L'inviolabilità si proietta, ad esempio, sul codice penale del 1995, che disciplina i reati contro la Corona dall'art. 485 all'art. 491, nel titolo dedicato ai reati contro la Costituzione. Da notare è come sia oggetto di critiche la fattispecie delle ingiurie nei confronti della Famiglia reale.

¹² Cfr. M. HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, *Artículo 56: El Rey*, in O. ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, vol. V, Edersa, Madrid, 1997 (consultato in versione elettronica).

¹³ La Famiglia reale è composta dalle persone iscritte al Registro civile della Famiglia reale, disciplinato dal regio decreto n. 2917/1981, del 27 novembre. Nel suddetto registro si iscrivono le nascite, i matrimoni, i decessi e qualsiasi altro fatto o atto di cui la legislazione in materia di Registro civile preveda l'iscrizione, che coinvolga il Re, la sua consorte, gli ascendenti di primo grado, i discendenti ed il Principe erede.

¹⁴ Cfr. P. GONZÁLEZ-TREVIJANO, *El refrendo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales e BOE, Madrid, 1998, 35.

¹⁵ Nella stessa linea, ÁLVAREZ CONDE o ARAGÓN REYES. Cfr. M. VENTERO VELASCO, *Los mensajes de Navidad del Rey*, La Ley, Madrid, 2010 (consultato in versione elettronica). Contro la qualifica come "atti dovuti" di tutti gli atti del Re si veda L. LÓPEZ GUERRA, *Las funciones del Rey y la institución del refrendo*, in A. TORRES DEL MORAL (dir.), *Monarquía y Constitución*, COLEX, Madrid, 2001, 389-402.

permanenza dello Stato, oltre che per la necessità che il “Potere moderatore” partecipi simbolicamente agli atti rilevanti dello Stato assieme agli altri poteri.

L’istituto della controfirma è stato analizzato dal Tribunale costituzionale nelle SSTC 16/1984, del 6 febbraio, 5/1987, del 27 gennaio, e 8/1987, del 29 gennaio, dove si è stabilito che: gli atti del Re, fatta salva l’eccezione dell’art. 56, comma 3, Cost., devono essere sempre controfirmati; l’assenza di controfirma implica l’invalidità dell’atto; la controfirma deve seguire la forma stabilita all’art. 64 Cost.; l’autorità che controfirma assume la responsabilità dell’atto del Re. Si tratta, dunque, di un istituto autonomo nel processo di formazione degli atti giuridici, nel quale non è essenziale la partecipazione attiva di chi controfirma alla determinazione del loro contenuto. Qualsiasi altra forma di controfirma diversa da quella stabilita all’art. 64 Cost. o che non si basi sull’art. 64 Cost. è contraria all’art. 56, comma 3, Cost. e, di conseguenza, illegittima. Difatti, il Tribunale costituzionale ha dichiarato con STC 5/1987 l’incostituzionalità dell’art. 4, comma 2, della legge del Parlamento basco n. 7/1981, del 30 giugno, sul governo, che attribuiva al Presidente del Parlamento autonomico la controfirma del regio decreto di nomina del *Lehendakari*, che doveva spettare, invece, al Presidente del Governo.

3.2. La compatibilità tra le norme costituzionali e lo Statuto di Roma

Lo Statuto della Corte penale internazionale, approvato a Roma il 17 luglio (d’ora in avanti, Statuto di Roma), prevedeva la responsabilità, non soggetta a prescrizione, dei Capi di Stato per reati di estrema gravità (art. 27), tra cui i crimini contro l’umanità o il genocidio (art. 5, comma 1). Prima di ratificare il trattato, la cui rilevanza politica era indiscutibile per il Governo e Parlamento spagnoli, il Ministero degli affari esteri ha consultato il Consiglio di Stato a proposito della compatibilità di siffatte norme con l’art. 56, comma 3, Cost. In casi di una risposta negativa, l’alternativa prospettata era tra il non ratificare il trattato o riformare la Costituzione seguendo il procedimento aggravato di revisione¹⁶.

Il Consiglio di Stato, nel suo *dictamen* n. 1.374/1999, del 29 luglio, ha dichiarato che nulla ostava alla ratifica perché lo Statuto di Roma non era in contraddizione con l’art. 56, comma 3, Cost.¹⁷.

Secondo il Consiglio di Stato, “l’art. 56, comma 3, della Costituzione sancisce l’inviolabilità della persona del Re e dichiara che non è soggetta a responsabilità. [...] [L’immunità] del Capo

¹⁶ L’art. 168 Cost. così recita: “1. Ove venga proposta la revisione totale della Costituzione o quella parziale riferita al Titolo Preliminare, al Capo secondo, Sezione prima, del Titolo I o al Titolo II, dovrà procedersi all’approvazione in via di principio con maggioranza dei due terzi di ogni Camera e quindi all’immediato scioglimento delle *Cortes*. – 2. Le Camere elette dovranno approvare quanto deciso e procedere allo studio del nuovo testo costituzionale, che dovrà essere approvato con una maggioranza dei due terzi in ogni Camera. – 3. La riforma approvata dalle *Cortes Generales* sarà sottoposta a referendum per la sua ratifica”.

¹⁷ La medesima posizione era stata espressa nella *Nota sull’immunità del Re* del Ministero della giustizia del 23 febbraio 1999 e nel parere del 17 febbraio 1999 del Gabinetto giuridico generale del Ministero della difesa.

dello Stato si basa sulla sua posizione, estranea ad ogni controversia, data la natura dovuta dei suoi atti nel modello costituzionale del 1978. Inoltre, [...] non si può parlare di assenza assoluta di responsabilità [...] ma di imputazione de [gli atti compiuti] all'organo che controfirma (artt. 56, comma 3, e 64, comma 2, Cost.). In definitiva, l'irresponsabilità personale del Monarca non si concepisce senza il suo corollario essenziale, e cioè la responsabilità di chi controfirma e che, per questo, incorrerebbe nell'eventuale 'responsabilità individuale' penale cui si riferisce l'art. 25 dello Statuto di Roma.

“L'interpretazione delineata [...] non deve rappresentare un allontanamento dai propositi e dalle finalità dello Statuto di Roma né dai termini in cui definisce la competenza della Corte penale internazionale bensì un'applicazione piena del rispetto delle diverse concezioni politiche vigenti in quelli che saranno i suoi Stati Parte, pure [dovendosi ammettere] che su questo punto si potrebbero sostenere [anche] orientamenti interpretativi diversi. In ogni caso, naturalmente, non si tratterebbe di operare una limitazione della competenza della Corte penale internazionale, bensì una delimitazione del suo ambito proprio e pieno nella sua proiezione verso la Spagna. Attribuire allo Statuto, invece, un effetto modificativo di principi essenziali nella forma politica degli Stati sembra oltrepassare il suo oggetto e finalità. In tal senso, si constata che nel testo [dello Statuto] esistono già passi che permettono di mantenere la posizione [qui] sostenuta, sia in norme di portata generale (art. 21, comma 1, lettera *c*, che include tra le fonti del diritto applicabili da parte della Corte penale internazionale il diritto interno degli Stati che normalmente eserciterebbero la giurisdizione, purché quei principi non siano incompatibili con lo Statuto; a tale previsione rinvia l'art. 31, comma 3), sia in norme specifiche (come l'art. 28, comma 1, che insiste ripetutamente, rispetto alla responsabilità dei capi militari e superiori, sull'effettività del loro comando e controllo)”.

L'interpretazione del Consiglio di Stato ha permesso l'approvazione della legge *orgánica* n. 6/2000, del 4 ottobre, che autorizza la ratifica da parte della Spagna dello Statuto della Corte penale internazionale, ma ha destato numerose perplessità in dottrina, da parte di chi sosteneva la necessità di riformare la norma costituzionale prima di ratificare il trattato¹⁸. Il trattato ha introdotto un'eccezione ad una norma di rango costituzionale, in ragione della quale il Re potrebbe non essere irresponsabile per reati di genocidio o contro l'umanità. E, difatti, l'art. 95 Cost. è molto chiaro quando sancisce che “la stipulazione di un trattato internazionale che contenga clausole contrarie alla Costituzione comporterà la previa revisione costituzionale”.

Secondo GIMBERNAT, il Consiglio di Stato ha optato per un'interpretazione che frustra gli obiettivi dello Statuto di Roma, escludendo la responsabilità di un ipotetico Re genocida ed imputandola ad altri¹⁹.

¹⁸ Per tutti, P.J. TENORIO, *Estatuto de la Corte Penal Internacional y Constitución*, in *Revista de Derecho Político de la UNED*, n. 51, 2001, 70-72.

¹⁹ Diversamente da quanto sembra credere il Consiglio di Stato, se il Capo dello Stato partecipasse – come autore, istigatore, cooperatore necessario o complice – ad un genocidio o ad un crimine contro l'umanità, molto probabilmente ciò non si rifletterebbe in una norma, controfirmata dal Presidente del Governo o da un ministro (azioni di questo tipo si inquadrano piuttosto nelle attività della c.d. “guerra sporca dello Stato”), per cui alla fine non risponderebbe nessuno: né

3.3. La proiezione dell'art. 56 Cost. sulla legislazione processuale

3.3.1. *Le norme ad hoc*

La legge *orgánica* n. 12/1991, del 10 luglio, ha novellato diversi articoli della legge processuale penale (d'ora in avanti, LECrim)²⁰ e della legge processuale militare²¹ che riguardano essenzialmente le dichiarazioni dei testimoni. La finalità della riforma, secondo quanto dichiarato dal legislatore nell'esposizione dei motivi della legge, era quella di “adeguare alla nuova configurazione costituzionale dello Stato gli articoli [...] che disciplinano la partecipazione di determinate persone ai procedimenti giudiziari in ragione dello *status* che occupano nella struttura dello Stato”.

In relazione all'obbligo di testimoniare dinanzi al giudice se convocati ufficialmente (art. 410 LECrim), l'art. 411 stabilisce al primo paragrafo che sono esenti dal dovere di rendere testimonianza “il Re, la Regina, i loro rispettivi consorti, il Principe erede e i Reggenti del Regno”. Sono invece esenti dal dovere di presentarsi su convocazione del giudice, ma non anche di rendere la testimonianza, potendolo fare per iscritto, “le altre persone della Famiglia reale”²². Analoghe previsioni sono stabilite agli artt. 170 e 171 della legge processuale militare, che prevede inoltre alcune norme riguardanti la perquisizione di un palazzo in cui risiede il Re, per la quale il giudice militare deve inviare la relativa richiesta al Capo della Casa del Re. Se nel palazzo il Re non risiede, il giudice militare deve rivolgersi alla persona al servizio del Re incaricato della custodia del palazzo. Per entrare e perquisire una residenza della Casa Reale è necessaria la previa autorizzazione del Monarca (art. 186).

Non constano altre norme *ad hoc* che abbiano riguardo all'incidenza della titolarità della carica sull'acquisizione dei mezzi di prova.

il Re né un inesistente *refrendante*. A suo avviso, lo Statuto di Roma non è in contraddizione con la Costituzione – ovvero, è compatibile con l'esigenza di responsabilità penale internazionale del Capo dello Stato – perché l'art. 56, comma 3, Cost. non concede al Re un'inviolabilità assoluta, bensì una responsabilità relativa che può far valere solo di fronte agli organi giurisdizionali spagnoli, ma non di fronte ai tribunali penali internazionali, che non esistevano nel 1978. Cfr. E. GIMBERNAT, *La inviolabilidad del Rey*, articolo pubblicato nel quotidiano *El Mundo* il 13 novembre 2012 (nello stesso senso, il suo *Prólogo* al libro di M. OLLÉ SESÉ, *Justicia penal para crímenes internacionales*, La Ley, Madrid, 2008, 29).

²⁰ Decreto del 14 settembre 1882 con cui si approva la *Ley de Enjuiciamiento Criminal*.

²¹ Legge *orgánica* n. 2/1989, del 13 aprile, *Procesal Militar*.

²² Alla Famiglia reale non si applicano le immunità proprie dei parlamentari né vige l'*aforamento*, cioè il privilegio di giurisdizione che radica la stessa in capo alla *sala* penale del Tribunale supremo. Si veda J.L. MANZANARES SAMANIEGO, *Sobre el Rey y la Familia Real*, in *Diario La Ley*, n. 7771, 9 gennaio 2012 (consultato in versione elettronica).

3.3.2. *A proposito dell'intercettazione delle comunicazioni del Re*

Come sopra esposto, non esistono norme specifiche riguardanti le intercettazioni delle comunicazioni telefoniche o di altra natura del Re.

La Costituzione dispone che qualunque restrizione del diritto fondamentale al segreto delle comunicazioni deve essere autorizzata dall'autorità giudiziaria (art. 18, comma 3, Cost.). La misura può essere utilizzata solo nelle indagini riguardanti reati gravi, nel rispetto di una serie di garanzie che sono state definite dal Tribunale costituzionale e dal Tribunale supremo²³. Sono vietate le intercettazioni preventive o a campione²⁴.

Considerando che il Re è inviolabile ed irresponsabile, è difficile pensare che un giudice autorizzi una misura di questo tipo, ma potrebbe in teoria farlo per chiarire eventuali responsabilità dell'autorità che abbia controfirmato un atto del Re che possa avere rilevanza penale.

Diverso è il caso in cui il giudice d'istruzione debba valutare un'intercettazione indiretta di una comunicazione del Re. Alla fine del 2011, Iñaki Urdangarín, genero del Re, era stato sentito da un giudice di Maiorca (e successivamente imputato), insieme con un *ex* socio, per reati di frode, prevaricazione, falso in documenti e malversazione di fondi pubblici, per aver drenato attraverso la Fondazione Noos almeno sei milioni di euro di danaro pubblico²⁵. Si ventilava l'esistenza di *e-mails* del Re rilevanti per l'imputazione, ma la circostanza è stata successivamente smentita. Secondo BASTIDA FREIJEDO²⁶, di fronte ad un coinvolgimento indiretto del Re, il giudice non potrebbe ordinare la distruzione immediata di quanto intercettato, perché ciò potrebbe violare i diritti fondamentali alla tutela giurisdizionale effettiva (art. 24, comma 1, Cost.) ed alla prova (art. 24, comma 2, Cost.) dell'indagato o imputato che comunica con il Re. Per tutelare il Re, il giudice dovrebbe, tuttavia, includere solo il contenuto assolutamente necessario per il processo e, in sede decisoria, decretare il segreto dell'istruzione.

Resta da valutare il caso in cui l'intercettazione delle comunicazioni provenga dai servizi segreti. Durante gli anni ottanta, diversi membri del Cesid (Centro superiore di informazione della difesa)

²³ Cfr. A. ELVIRA PERALES e A. GONZÁLEZ ESCUDERO, *Sinopsis artículo 18*, reperibile alla pagina <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=18&tipo=2>.

²⁴ Si veda R. MARTÍN MORALES, *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Civitas, Madrid, 1995, 117-119.

²⁵ In seguito allo scandalo, Urdangarín è stato allontanato dalla Casa Reale, che ha escluso anche l'*infanta* Cristina dall'agenda degli eventi pubblici, ed è stato reso pubblico il bilancio della Corona.

²⁶ Cfr. F.J. BASTIDA FREIJEDO, *La inviolabilidad del Rey y las interceptaciones ocasionales*, novembre 2012, contributo al Seminario preventivo di *Amicus Curiae* "Il Presidente intercettato", pubblicato sul sito *internet* del Forum di Quaderni costituzionali: http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/amici_curiae/freijedo.pdf, 10 ss. L'autore ha contattato il giudice istruttore del caso *Noos*, secondo cui, se fossero esistiti conversazioni o messaggi del Re intercettati per caso e rilevanti per il processo, non avrebbe potuto ordinare la sua distruzione perché la verità materiale non si può occultare in un processo, ma solo proteggerla temporaneamente dichiarando segreta l'istruzione.

intercettarono le comunicazioni telefoniche di molte persone con responsabilità pubbliche, tra le quali il Re. Le persone coinvolte sono state condannate perché le intercettazioni difettavano di autorizzazione giurisdizionale ma le decisioni non hanno preso in considerazione lo statuto di eventuali intercettazioni che avessero riguardato direttamente il Re. A seguito di questo caso, è stata approvata una nuova disciplina regolatrice dei servizi di informazione. Né la legge n. 11/2002, del 6 maggio, regolatrice del Centro nazionale di *intelligence* (CNI), né la legge *orgánica* n. 2/2002, del 6 maggio, che disciplina il controllo giurisdizionale preventivo delle intercettazioni del CNI (che spetta ad un giudice del Tribunale supremo), escludono da eventuali intercettazioni il Re, giacché queste potrebbero in astratto essere funzionali a fronteggiare un pericolo per la sicurezza dello Stato o dello stesso Re. Ma in nessun caso le intercettazioni dirette o indirette potrebbero essere utilizzate per incriminare il Re o addebitargli responsabilità *ex art.* 56, comma 3, Cost.²⁷.

Un ulteriore profilo da prendere in considerazione potrebbe essere quello relativo all'incidenza della normativa sul segreto di Stato sulla possibilità di disporre intercettazioni di comunicazioni del Re.

3.4. Il dibattito dottrinale sulle possibili conseguenze di un comportamento criminale del Re

Sono molti i problemi interpretativi che suscita in dottrina un articolo come l'art. 56, comma 3, Cost. Per un verso, la Costituzione parla di "responsabilità", senza precisare se penale, civile o riguardante le altre giurisdizioni. Per altro verso, non si opera alcuna specificazione relativamente ai c.d. atti privati del Re.

L'interpretazione prevalente è che, per ragioni di stabilità politica e di sicurezza nazionale, il Re non è soggetto a responsabilità penale in assoluto²⁸. Ciò evita le conseguenze paradossali che potrebbero darsi se si esigesse tale responsabilità dal Capo dello Stato, quando la stessa Costituzione sancisce che "giustizia è amministrata in nome del Re dai giudici e magistrati" (art. 117, comma 1) ed è lo stesso Re ad esercitare il diritto di grazia (art. 62): il Re si vedrebbe condannato nel proprio nome e potrebbe auto-graziarsi. Non sarebbe responsabile nemmeno per atti privati, perché "il Re è Re 24 ore su 24 365 giorni l'anno"²⁹. I suoi atti saranno tipicamente antiggiuridici e colpevoli, ma non punibili perché lo vieta la Costituzione, che ha creato una causa personale di esclusione della pena in ragione della dignità e del rispetto che merita il Capo dello

²⁷ Cfr. F.J. BASTIDA FREIJEDO, *La inviolabilidad del Rey y las interceptaciones ocasionales*, cit., 7.

²⁸ Cfr. J. L. GÓMEZ COLOMER e I. ESPARZA LEIBAR, *Tratado Jurisprudencial de Aforamientos Procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, 101.

²⁹ Cfr. A. TORRES DEL MORAL, *Veinticinco años de Monarquía parlamentaria*, in M.I. ÁLVAREZ VÉLEZ (coord.), *Escritos en conmemoración del XXV aniversario de la Constitución*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2004, 139.

Stato: una *excusa absolutoria* di creazione costituzionale³⁰, che si irradia e penetra in tutti i cataloghi punitivi.

Altri autori segnalano che si può accettare che la Costituzione stabilisca che la persona del Re è inviolabile come una formula storica, ma che tale prerogativa è anacronistica. Il fatto che un'ipotetica azione criminale da parte del Re non possa essere perseguita è in contraddizione con l'essenza stessa dello Stato di diritto³¹. Alcuni relativizzano questa distonia, segnalando che, per l'ipotesi di un Re che agisse delittuosamente, la Costituzione prevede indirettamente altre misure che potrebbero ovviare, sul piano politico, al comportamento personale del Re.

In primo luogo, l'abdicazione che potrebbe derivare (o anche rendersi di fatto necessaria) per la critica o la censura politica³². In questo senso, si noti che l'art. 57, comma 5, Cost. dispone che "le abdicazioni e rinunce e qualsiasi dubbio di fatto o di diritto che intervenga nell'ordine della successione alla Corona saranno risolte da una legge *orgánica*". Tuttavia, una tale legge non è mai stata approvata.

In secondo luogo, in ipotesi gravi, si può inabilitare il Re per indegnità, aprendo così la strada della Reggenza³³. Ai termini dell'art. 59, comma 2, Cost., se il Re è inabile all'esercizio della sua autorità e tale impossibilità è constatata dalle *Cortes* Generali, il Principe ereditario esercita immediatamente la Reggenza. Se il Principe non è maggiorenne, si procede secondo le forme previste dal comma precedente per individuare un soggetto maggiorenne che possa assicurare la Reggenza.

In terzo luogo, la revisione aggravata della Costituzione potrebbe portare all'abolizione della Monarchia³⁴.

Queste soluzioni risolvono il problema della responsabilità politica che potrebbe derivare da un'azione personale criminale del Re, conseguenze che vanno ben oltre la responsabilità per la commissione di un reato. Per dirla con ALZAGA, se il Re ponesse in essere atti delittuosi, "ci

³⁰ L'espressione è di L. PORTERO in *La responsabilidad del Jefe de Estado*, cit., 112.

³¹ Cfr. R. SERRA CRISTÓBAL, *Las responsabilidades de un Jefe de Estado*, in *Revista de Estudios Políticos*, n. 115, gennaio-marzo 2002, 171.

³² Si veda J.J. SOLOZÁBAL, Voce "Inviolabilidad e irresponsabilidad del Rey", in AAVV, *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1995.

³³ Cfr. L. RODRÍGUEZ RAMOS, *La Inviolabilidad del Rey en la Constitución*, in *Diario La Ley*, 1982, vol I, 864 ss. Secondo questo autore, gli atti propri del Capo dello Stato esigono la controfirma, per cui l'invioabilità ha un doppio carattere, formale e materiale, processuale e sostantivo, non potendo il Re in alcun momento essere sottoposto a processo né condannato per il reato commesso, di cui sarà responsabile il *refrendante*. Negli atti privati o estranei alle competenze proprie del Capo dello Stato, l'invioabilità avrebbe solamente il carattere di immunità processuale, potendo la persona del Re essere giudicata una volta inabilitata per indegnità.

³⁴ Cfr. C. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, *La irresponsabilidad del Rey. El Refrendo*, in *Revista de Estudios Políticos*, n. 44, 1998, 232. A favore (comunque) dell'abolizione, v. J. OLIVER ARAÚJO, *La reforma constitucional de la Corona (una propuesta radical y diez moderadas)*, in *Revista de Derecho Político de la UNED*, n. 77, 2010, 15 ss.

troveremmo di fronte al discredito e, inoltre, di fronte al tramonto dell'istituzione monarchica"³⁵. Riguardo alla responsabilità personale, una volta destituito, inabilitato ecc., il Re potrebbe essere sottoposto a giudizio.

Per altri autori, tra cui GIMBERNAT³⁶, l'irresponsabilità del Sovrano non è illimitata. Se il Re potesse stuprare o rubare senza che si potesse agire contro di lui, si violerebbe non solo il principio di eguaglianza di cui all'art. 14 Cost., ma anche il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva di cui all'art. 24, comma 1, Cost., perché gli offesi per gli eventuali reati non potrebbero esigere davanti ai tribunali che quelle condotte punibili fossero compensate con l'imposizione di una pena all'autore, né potrebbero almeno ottenere un risarcimento economico per i danni subiti e che darebbero luogo ad una responsabilità civile da reato.

Infine, è da segnalare che un settore minoritario della dottrina esclude l'irresponsabilità del Re riguardo al rapporto di filiazione fuori dal matrimonio e in contenziosi in materia testamentaria³⁷.

3.5. La prassi giudiziaria: a) in materia penale

A prescindere dall'intenso dibattito dottrinale sulla possibilità che i tribunali giudichino in merito ad un reato derivante da atti del Re, le denunce che sono state presentate evidenziano la chiusura dei giudici nei confronti di qualunque imputazione a carico del Re. Di seguito si riportano alcuni esempi.

L'ordinanza della *sala* penale del Tribunale supremo del 17 febbraio 1992 (ric. n. 1970/1991) ha dichiarato irricevibile la denuncia presentata da alcuni cittadini, che volevano esporre al Re presunti reati commessi dai tribunali medici militari, per non essere stati ricevuti. Ai sensi dell'art. 56, comma 3, Cost. la persona del Re è inviolabile e non soggetta a responsabilità.

Con l'ordinanza del 28 novembre 2005, la *sala* penale del Tribunale supremo (ric. n. 109/2005) ha deciso di non pronunciarsi su una denuncia presentata nei confronti del Re e di altre autorità per un presunto reato contro l'umanità (art. 607 *bis* del c.p.). La motivazione addotta è stata nel senso che, ai termini dell'art. 56, comma 3, Cost., "la persona del Re non può essere sottoposta ad un processo penale – inviolabilità formale – per alcun atto qualificato come reato e, inoltre, se questo atto rientrasse nelle sue competenze di Capo dello Stato, ed in quanto tale controfirmato, non

³⁵ Citato da I. M. ABELLÁN MATE SANZ e L. MOLINA, *Sinopsis artículo 56*, op. cit.

³⁶ Si veda E. GIMBERNAT ORDEIG, *Los delitos de y contra la Corona*, in *Estado de Derecho y Ley Penal*, La Ley, Madrid, 2009 (consultato in versione elettronica).

³⁷ Cfr. J.F. MERINO MERCHÁN, *Fuero judicial aplicable a la filiación extramatrimonial y a los actos testamentarios del Rey*, in *Revista de Derecho Político de la UNED*, n. 71-72, 2008, 349-394. Ad avviso di questo autore, la vigenza degli articoli 20 della legge del 12 maggio 1865 e 5 della legge del 26 giugno 1876, che determinano la competenza della *sala* civile del Tribunale supremo per conoscere delle controversie in materia testamentaria del Re, comporta l'esistenza per queste materie di una giurisdizione specifica per tali questioni e per i reclami inerenti al riconoscimento di filiazione extramatrimoniale che si esercitino o possano esercitarsi contro il persona del Re.

sarebbe costitutivo di reato per la persona del Re – inviolabilità materiale –, per cui non è superflua l'espressione 'è non è soggetta a responsabilità' [dell'art. 56, comma 3, Cost.], in relazione all'esigenza della controfirma. Per tutto ciò non rileva pronunciarsi sulla competenza [di codesto tribunale] riguardo ai fatti attribuiti alla Sua persona" (*razonamiento jurídico* secondo).

Di recente, a proposito della partecipazione del Re ad una battuta di caccia agli elefanti in Botswana, offerta da un imprenditore saudita, il *Movimiento de Ciudadanos hacia la República Constitucional* ha chiesto alla cittadinanza di denunciare il Re per un presunto reato di corruzione passiva impropria. La *Fiscalia especial contra la corrupción y la criminalidad organizada* ha archiviato le denunce ricevute. Non poteva, infatti, procedere perché si trattava di un reato previsto per gli organi della pubblica amministrazione, il cui bene giuridico è l'integrità della gestione amministrativa ed il rispetto del normale funzionamento degli organi dello Stato; ad ulteriormente suffragare la decisione assunta "si aggiunge[va] la condizione di inviolabilità del Re di Spagna, sancita dalla Costituzione"³⁸. Il viaggio privato del Re, reso pubblico dai giornali che indagavano su dove si fosse fratturato l'anca, ha suscitato malessere nell'opinione pubblica per il particolare momento di crisi economica, che rende insopportabili i privilegi istituzionali, ed ha gettato un'ombra sulla monarchia³⁹. La campagna mediatica ha, in effetti, provocato un gesto senza precedenti: l'ammissione del Re di aver sbagliato, con l'impegno a far sì che situazioni del genere non accadano più.

3.6. Segue: b) in materia civile

La dottrina che propendeva per la delimitazione dell'irresponsabilità del Sovrano ai sensi dell'art. 56, comma 3, Cost. al solo ambito penale è stata smentita in tre occasioni, e segnatamente dalla *sala* civile del Tribunale supremo con ordinanza del 28 febbraio 2006, riguardo all'esercizio del diritto di rettifica, e da due giudici di primo grado di Madrid nell'ottobre 2012, riguardo a due domande volte al riconoscimento della paternità.

Secondo il *Juzgado de Primera Instancia* n. 19 di Madrid, l'art. 56, comma 3, Cost., "riprendendo la tradizione storica ed internazionale, attribuisce al Re uno *status* o protezione speciale, conferendogli inviolabilità ed irresponsabilità, ciò che implica, non solo l'impossibilità di far valere la sua responsabilità penale, ma anche l'impossibilità di presentare contro il Monarca azioni davanti alla giurisdizione civile, ritenendosi in dottrina, pur se non senza contrasti, che l'inviolabilità sia riferita alla condotta personale del Re, e l'irresponsabilità agli atti realizzati

³⁸ Il documento da cui proviene la citazione, datato 23 maggio 2012, può essere scaricato dalla pagina *internet* <http://www.publico.es/espana/436309/el-fiscal-archiva-la-denuncia-contral-el-rey-por-el-safari-de-botsuana>.

³⁹ Nel discorso alla Nazione del 24 dicembre 2011, il Re aveva dichiarato che "tutti, soprattutto le persone con responsabilità pubbliche, abbiamo il dovere di osservare un comportamento adeguato, un comportamento esemplare". Il viaggio in Africa è stato interpretato come una mancanza di coerenza e di sensibilità nei confronti degli spagnoli, ciò che ha colpito in maniera significativa l'immagine pubblica del Re. Le critiche sono state alimentate anche dal caso *Noos* (*supra* par. 3.3.2.).

nell'esercizio delle funzioni costituzionalmente affidate, che devono essere controfirmate, eccezion fatta per quanto previsto dall'art. 65, comma 2.

In senso conforme si è pronunciata anche la *sala* prima del Tribunale supremo, che, nell'ordinanza del 28 febbraio 2006 (relatore José Almagro Nosete), in un caso di esercizio di un'azione di rettifica⁴⁰, ha dichiarato che “la domanda [...] che si formula[va], per il suo contenuto, risulta[va] manifestamente improponibile, dato il tenore letterale dell'art. 56, comma 3, della Costituzione spagnola [...], e, pertanto, [doveva] essere rigettata”.

Inoltre, non esiste nella legge *orgánica* sul Potere giudiziario alcuna norma che attribuisca al tribunale stesso o a qualsiasi altro tribunale la cognizione delle azioni che possano dirigersi contro il Re, sia per atti di carattere personale, sia per atti compiuti nell'esercizio della sua carica di Capo dello Stato. Il Re non è infatti contemplato nell'elenco di cui all'art. 56, comma 2, della legge *orgánica* sul Potere giudiziario, che attribuisce alla *sala* civile del Tribunale supremo la cognizione delle azioni di responsabilità civile per fatti compiuti nell'esercizio delle funzioni da parte del Presidente del Governo, del Presidente della Camera o del Senato, del Presidente del Tribunale supremo e del Consiglio generale del Potere giudiziario, etc.: non esistendo una norma giuridica che attribuisca ai tribunali la cognizione delle azioni civili che possano dirigersi contro il Monarca, deve ritenersi che sia stato il legislatore a trasporre l'inviolabilità del Re nelle norme organiche e processuali” (ordinanza del 9 ottobre 2012).

Anche il *Juzgado de Primera Instancia*, sezione 90, di Madrid ha dichiarato inammissibile una domanda di paternità con ordinanza del 9 ottobre 2012: “nella fattispecie analizzata, ed indipendentemente dal tipo di azione promossa, essa non può essere ammissibile, in ragione della tutela assoluta costituzionalmente sancita”.

I primi commenti non si sono fatti attendere. Per DE ESTEBAN, affinché la monarchia possa sussistere ancora in un regime democratico è imprescindibile che trovi un punto di equilibrio, rifiutando le prerogative non necessarie del passato e adottando atteggiamenti più democratici nel presente. Qualsiasi domanda contro il Re deve essere accuratamente valutata, perché è il Capo dello Stato, simbolo della sua unità e permanenza, e, pertanto, la sua dignità non può essere incarnata da persone non degne. Orbene, in presenza di forti indizi di certezza degli atti che al Re sono imputati e che interessano diritti fondamentali di cittadini (si ricordi che nel giuramento cui si riferisce l'art. 61, comma 1, Cost., si allude al rispetto di questi diritti), si deve proseguire il processo, perché altrimenti si starebbe violando il diritto alla tutela giudiziale effettiva del cittadino interessato. Del resto, l'eventuale riconoscimento delle domande dei richiedenti non colpirebbe in assoluto l'ordine successorio, che è compiutamente regolato nella Costituzione⁴¹.

⁴⁰ Un cittadino voleva esercitare il diritto di rettifica riguardo al discorso alla Nazione del 24 dicembre 2005. A suo parere, dal discorso del Re si desumeva erroneamente che tutti gli spagnoli sono monarchici e la sua famiglia non lo era.

⁴¹ Cfr. J. DE ESTEBAN, *Ya no hay reyes con derechos absolutos*, articolo pubblicato sul quotidiano *El Mundo* del 30 ottobre 2012. L'autore cita il precedente di Leandro Ruiz Moragas, presunto figlio di Alfonso XIII e, pertanto, zio dell'attuale Re, che ha visto accolte le sue pretese di riconoscimento di paternità e di uso del cognome paterno dal

Per GIMBERNAT⁴², la giurisprudenza costituzionale in materia di inviolabilità o immunità parlamentare esige un'interpretazione restrittiva dei privilegi, donde il divieto, ad avviso dell'autore, di estendere l'inviolabilità del Re oltre il suo significato circoscritto all'inviolabilità penale. Ritenerlo inviolabile nei procedimenti civili, come fanno le due ultime pronunce, si appalesa illegittimo, perché, oltre ad interpretare in senso lato l'inviolabilità del Sovrano, produce una violazione dei diritti dei richiedenti alla ricerca della paternità, sancito all'art. 39, comma 2, Cost. ed alla tutela giurisdizionale (art. 24, comma 1, Cost.), sotto il profilo dell'accesso alla giurisdizione, diritto che non ammette un'interpretazione restrittiva ma *pro actione*. Inoltre, il concetto giusprivatistico di responsabilità fa riferimento esclusivamente alla responsabilità contrattuale o extracontrattuale: con riguardo alle azioni di riconoscimento della paternità, quindi, non può ritenersi che si faccia valere alcuna responsabilità civile del Re, giacché si tratta di rendere effettivo un obbligo appartenente esclusivamente al diritto di famiglia, privo di contenuto economico, volto ad ottenere l'iscrizione nel registro di una determinata paternità.

Sul versante opposto si pone TORRES DEL MORAL⁴³, favorevole all'estensione dell'inviolabilità del Re a tutti i settori dell'ordinamento e, in modo particolare, al diritto di famiglia. La monarchia è una forma politica che consiste nell'attribuzione della *Jefatura* dello Stato ad una famiglia, con un'eccezione al principio democratico che, proprio in ragione della sua singolarità, richiede un trattamento giuridico specifico che interessa tanto il diritto pubblico quanto il diritto privato. L'inviolabilità riguarda, dunque, tutto l'operato del Re, non tanto perché richiesto dal decoro della *Jefatura* dello Stato, ma anche perché il suo titolare non deve essere sottoposto a domande delle più diverse specie e dagli obiettivi non trasparenti. La singolarità della monarchia si fa più incisiva nel caso del diritto di famiglia, perché può interessare la successione: non si può istituire una forma politica eccezionale senza introdurre eccezioni nell'ordinamento. Se un Sovrano abusa della sua posizione, la questione che si pone non è di tipo giuridico, ma politico.

Tribunale supremo il 21 maggio 2003. Sulla vicenda, si veda J.F. MERINO MERCHÁN, *Fuero judicial aplicable a la filiación extramatrimonial y a los actos testamentarios del Rey*, cit.

⁴² Cfr. E. GIMBERNAT, *La inviolabilidad del Rey*, articolo pubblicato sul quotidiano *El Mundo* del 13 novembre 2012.

⁴³ Cfr. A. TORRES DEL MORAL, *La singularidad requiere trato específico*, articolo pubblicato sul quotidiano *El Mundo* del 30 ottobre 2012.

CENNI SULL'ESPERIENZA STATUNITENSE

di Sarah Pasetto

1. Introduzione

Negli Stati Uniti, il ruolo del Capo dello Stato è svolto dal Presidente federale, il quale è anche al vertice del potere esecutivo ed è il comandante supremo delle forze armate.

La forma di governo presidenziale, tipica degli Stati Uniti, si caratterizza, dunque, per la commistione tra la figura del Capo dello Stato e quella del Capo del Governo. Una tale commistione ha inevitabili riflessi anche in termini di responsabilità del Presidente.

2. Le immunità del Capo dello Stato

Le tematiche connesse ai limiti che si impongono all'esercizio della giurisdizione allorché questo coinvolga il Presidente degli Stati Uniti sono in larga misura riconducibili alla questione dell'immunità. È, infatti, nell'affrontare le problematiche emerse a questo riguardo che la giurisprudenza federale ha potuto offrire alcuni spunti di carattere più generale, riguardanti i rapporti tra Capo dello Stato e giurisdizione. Questa constatazione non osta all'individuazione di questioni specifiche che prescindono dalla responsabilità penale o civile del Presidente, la più importante delle quali – connessa all'*executive privilege* – è stata affrontata nel caso *Watergate* (v. *infra*, par. 3).

2.1. La frammentarietà e l'incompletezza della disciplina sulle immunità

La Costituzione statunitense non contiene alcuna disposizione che sancisca in maniera esplicita un regime di immunità per il Presidente. Nella giurisprudenza, soprattutto quella della Corte suprema, si è provveduto a colmare, seppure in maniera frammentaria, il silenzio legislativo. Gli esempi che seguono ne sono una (parziale) dimostrazione.

La giurisprudenza più risalente delineava una tendenziale immunità a beneficio del Presidente. La prima sentenza rilevante risale al 1867, pronunciata nel caso *Mississippi v. Johnson*¹. In essa la Corte suprema ha stabilito l'immunità del Presidente dall'obbligo di seguire le *judicial directions*

¹ 71 U.S. 475 (1867).

nell'esercizio dei suoi poteri, ad eccezione, probabilmente, di una categoria ristretta di poteri di natura puramente ministeriale².

Tre casi relativamente recenti hanno, tuttavia, evidenziato limiti significativi a tale privilegio. Se il Presidente gode di immunità assoluta dalla citazione in giudizio civile per atti funzionali (*Nixon v. Fitzgerald*, del 1982³), così non è per gli atti extrafunzionali, ed in particolare per quelli posti in essere prima dell'inizio del mandato (*Clinton v. Jones*, del 1997⁴). In ambito penale, il Presidente è soggetto all'obbligo di rispettare le ordinanze giudiziali volte ad imporgli la consegna di elementi probatori nell'ambito di un procedimento penale in cui non sia imputato (*United States v. Nixon*, del 1974⁵).

L'immunità del Presidente da procedimenti penali nel corso del mandato, relativamente ad atti funzionali o extrafunzionali, resta, ad oggi, una questione ancora aperta. Sviluppi notevoli in materia si sono comunque avuti solamente con il 1973. Nella vicenda c.d. *Watergate*, l'*Office of Legal Counsel* del Presidente statunitense aveva redatto un *memorandum* nel quale ci si esprimeva contro la possibilità di assoggettare il Presidente alla giurisdizione penale. Il *memorandum* proponeva che le corti adottassero un approccio di "bilanciamento" dei diversi interessi coinvolti: da una parte, quelli del Presidente, costituiti ad esempio dalla riservatezza delle sue comunicazioni con i propri consiglieri o dalla capacità di svolgere in modo continuativo le sue funzioni; dall'altra, quello del buon andamento del potere giudiziario, e, in particolare, del corretto svolgimento dei processi penali. Nella prassi, come si vedrà⁶, le raccomandazioni dell'*Office* hanno avuto ampi riscontri.

Nel 2000, in un altro *memorandum*⁷, scritto dallo stesso *Office* per l'*Attorney General*, ci si è ricollegati espressamente al precedente del 1973. Si constatava che un esame della giurisprudenza faceva emergere che le corti, nei più significativi casi in materia, avevano adottato proprio l'approccio del bilanciamento degli interessi contrapposti tra Presidente e potere giudiziario. Inoltre, nel *memorandum* si ribadiva l'adesione alla tesi dell'immunità del Presidente dalla giurisdizione penale, posizione fondata, ancor prima che sul mero testo costituzionale, sulla struttura costituzionale e sul principio della separazione dei poteri in generale: in quanto capo di Stato e vertice dell'esecutivo, il Presidente statunitense detiene un gran numero di poteri e facoltà di vitale importanza, nonché assai onerosi, per il buon andamento del governo e del Paese; la sua

² Nella specie, si erano adite le vie giudiziarie per ottenere una ingiunzione contro il Presidente Johnson al fine di impedirgli di far entrare in vigore i c.d. *Reconstruction Acts*, diretti a governare gli effetti immediati della Guerra civile. La Corte suprema ha definito che un tale tentativo costituiva una "stravaganza assurda ed eccessiva".

³ 457 U.S. 731 (1982).

⁴ 520 U.S. 681 (1997).

⁵ 418 U.S. 683 (1974).

⁶ Parr. 2.3. e 3.1., *infra*.

⁷ *Memorandum for the Attorney General* intitolato *A Sitting President's Amenability to Indictment and Criminal Prosecution*, del 16 ottobre 2000, redatto dall'*Office of Legal Counsel*.

assoggettabilità al procedimento giudiziario inciderebbe senz'altro pesantemente sulla sua capacità di adempiere ai propri doveri, comportando un notevole dispendio di tempo ed energie, con la conseguenza ultima di ostacolare lo svolgimento, da parte dell'esecutivo, delle sue funzioni costituzionali; se ciò è vero in generale, lo è *a fortiori* per il procedimento penale, in quanto l'impostazione accusatoria del processo ed il dovere delle parti di comparire in giudizio per difendere le proprie posizioni comporterebbe un onere assai gravoso per il Presidente.

Tali constatazioni non sono state elaborate in contrasto con la giurisprudenza, in quanto le decisioni sfavorevoli al Presidente pronunciate nei casi *United States v. Nixon* e *Clinton v. Jones* (v. *infra*, par. 3.3) riguardavano, rispettivamente, non l'incriminazione del Presidente ma la sua consegna di registrazioni nell'ambito di un processo penale avente terzi come imputati, e l'immunità dalla citazione in un giudizio civile per atti extrafunzionali.

2.2. L'*impeachment*

Alla questione dell'assoggettabilità del Presidente alla giurisdizione si collega, evidentemente, l'istituto dell'*impeachment*, non fosse altro perché alcune interpretazioni lo prefigurano come una condizione alla azione penale di un Presidente, il che renderebbe il Presidente immune dalla giurisdizione per la durata della sua carica.

L'articolo II, *sec.* 4, dispone che “il Presidente, il Vicepresidente e tutti i funzionari civili degli Stati Uniti potranno essere rimossi dai loro uffici su accusa e verdetto di colpevolezza di tradimento, corruzione o altri gravi crimini e misfatti”⁸. Competente a pronunciarsi è il Congresso⁹.

L'articolo I, *sec.* 3, *cl.* 7 stabilisce che “le condanne per i casi di *impeachment* non andranno oltre la rimozione dalla carica e l'interdizione dal tenere e godere qualsiasi carica onorifica, fiduciaria o retribuita alle dipendenze degli Stati Uniti: ma il condannato sarà non di meno responsabile e soggetto ad imputazione, processo, giudizio e condanna penale, secondo il diritto comune”.

I *Founding Fathers* non hanno avvertito la necessità di specificare chiaramente i presupposti dell'*impeachment*, limitandosi ad inserire una formula tutto sommato piuttosto generica quale quella riportata nell'articolo II, *sec.* 4: “tradimento, corruzione o altri gravi crimini e misfatti”¹⁰.

⁸ L'*impeachment* è previsto per qualunque soggetto che detenga una carica pubblica, e, quindi, non solo per coloro che svolgono un incarico in seno al potere esecutivo. Dei diciannove procedimenti posti in essere fino a oggi, ben quindici hanno riguardato giudici federali; negli altri quattro, gli imputati sono stati due Presidenti degli Stati Uniti, un Segretario di Stato ed un Senatore.

⁹ Si v. l'articolo I, *sec.* 2, *cl.* 5: La Costituzione prevede che sia la Camera dei rappresentanti ad avere in via esclusiva il potere di *impeachment*, mentre è il Senato ad avere “in via esclusiva il potere di giudicare su tutti i casi di *impeachment*”, con la precisazione che “se è sotto accusa il Presidente degli Stati Uniti, presiederà il *Chief Justice* della Corte suprema” e che la decisione del Senato nel senso della colpevolezza deve necessariamente ricevere il voto “dei due terzi dei presenti” (articolo I, *sec.* 3, *cl.* 6).

¹⁰ La dottrina è fortemente divisa sulla questione dell'eshaustività o meno dell'articolo, e più in particolare del contenuto esatto da dare al termine “altri gravi crimini e misfatti”. Si v. ad esempio J. ISENBERGH, *Impeachment and*

Come accennato, parte della dottrina propende per la configurazione dell'*impeachment* alla stregua di una precondizione del processo penale. ISENBERGH sottolinea che ciò fosse vero anche in origine¹¹, ed all'uopo fa riferimento ai *Commentaries* del Justice STORY: il Presidente deve poter esercitare "i poteri connessi a quelli costituzionalmente assegnati [...] all'esecutivo [...] senza alcuna ostruzione o impedimento", e il "Presidente non può, pertanto, essere suscettibile di arresto, incarcerazione o detenzione, mentre è impegnato nell'adempimento dei doveri del suo ufficio; per questo motivo la sua persona è da ritenersi, almeno nelle controversie civili, in possesso di una ufficiale inviolabilità"¹². La stessa Corte suprema, nel precitato caso *Mississippi v. Johnson* e nel caso *Kendall v. United States*, del 1838¹³, si è posta sulla medesima linea, sottolineando che "[i]l potere esecutivo è conferito ad un Presidente; nella misura in cui i suoi poteri sono derivati dalla Costituzione, egli è al di fuori della portata di qualsiasi altro dipartimento, ad eccezione della forma prescritta dalla Costituzione, consistente nel potere di *impeachment*".

Così impostando i rapporti tra i due procedimenti, il Presidente risulta di fatto immune dalla giurisdizione penale sino al momento in cui la destituzione fa venir meno ogni fondamento dell'immunità. La giustificazione che si adduce risiede essenzialmente nella collocazione istituzionale del Presidente e nella necessità che sia assicurato il normale funzionamento dell'amministrazione federale¹⁴. A corroborare una tale posizione è di nuovo ISENBERGH¹⁵, il quale ribadisce che una lettura della Costituzione che tenga conto della sua formulazione e del suo significato così come originalmente inteso dai *Framing Fathers* porta a ritenere che l'*impeachment* sia nell'ordinamento statunitense l'unico modo per punire gli illeciti compiuti dal Presidente.

Da questo principio si sono fatte derivare due diverse ricostruzioni. La tesi più radicale tende a precludere ogni azione penale antecedentemente all'*impeachment*, rendendo quindi impossibile non solo la condanna (*conviction*), ma finanche la formulazione dell'accusa (*indictment*)¹⁶. Più cauta è la posizione di chi dalle esigenze di funzionalità del sistema tende a ricavare soltanto la necessità di

Presidential Immunity from Judicial Process, Public Law and Legal Theory Working Paper No. 02, The Law School, University of Chicago, consultabile *on line* al seguente indirizzo: http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=193849.

¹¹ Cfr. ISENBERGH, cit., nota 10, 8-12.

¹² Cfr. J. STORY, *Commentaries on the Constitution of the United States*, par. 1563, 418-419 (1833), cit. in ISENBERGH, cit., nota 10.

¹³ 37 U.S. 524 (1838).

¹⁴ Posizione riconciliabile con quella sostenuta dal Dipartimento di giustizia nel *memorandum* del 2000, *supra*, par. 2.1.

¹⁵ Cfr. J. ISENBERGH, cit., nota 10; in tal senso si v. anche A.R. AMAR, *On Prosecuting Presidents*, *Hofstra Law Review*, Vol. 27, 1999, 671 ss.

¹⁶ Così argomentarono i legali del Presidente Nixon in occasione del c.d. *Watergate*: v. *Brief for the Respondent, United States v. Nixon*, cit., nota 5, 95 ss.

congelare la fase *stricto sensu* processuale, rendendo così possibile lo sviluppo del procedimento sino al momento della formulazione dell'accusa¹⁷.

Le due tesi sono peraltro contestate da chi rifiuta in radice l'idea dell'immunità temporanea del Presidente. In particolare, le preoccupazioni inerenti alla funzionalità dell'amministrazione vengono fugate, vuoi teorizzando – sulla scorta del monopolio senatoriale circa la decisione sulla rimozione dall'incarico – l'impossibilità di privare il Presidente della libertà personale (giacché la reclusione non potrebbe non configurarsi, almeno di fatto, come una sorta di destituzione), vuoi facendo rientrare la reclusione del Presidente in uno di quei casi in cui, ai termini del XXV Emendamento, il Presidente “è impossibilitato ad esercitare i poteri ed i doveri del suo ufficio”, e dunque la responsabilità del potere esecutivo transita in capo al Vicepresidente¹⁸.

La storia costituzionale non consente di chiarire quale delle prospettazioni possa ricevere il favore della giurisprudenza. ISENBERGH sottolinea che “[a]d un certo punto [della storia costituzionale], evidentemente, tra [la posizione originale circa l'imprescindibilità dell'*impeachment*] ed il caso *Clinton v. Jones* l'interpretazione originaria dell'immunità presidenziale ha perso la propria àncora, avendo ceduto all'idea che un Presidente assoggettabile solamente all'*impeachment* sarebbe in qualche modo al di sopra della legge”¹⁹.

2.3. La posizione del Capo dello Stato di fronte alla giurisdizione civile

A proposito dell'assoggettabilità del Presidente alla giurisdizione civile, si prospetta una netta distinzione a seconda della funzionalità o extrafunzionalità dell'atto al centro del giudizio. Se la giurisdizione non si può esercitare per atti funzionali (*Nixon v. Fitzgerald*), così non è invece per atti extrafunzionali, tanto più se commessi anteriormente all'assunzione della carica (*Clinton v. Jones*).

In *Nixon v. Fitzgerald*, la Corte suprema si è pronunciata a favore della non assoggettabilità del Presidente dalla giurisdizione, in base alla posizione del Presidente nell'assetto costituzionale e nell'importanza fondamentale delle sue mansioni, che nessun altro può svolgere e dalle quali pertanto non può essere distolto.

La Corte ha rilevato come, tradizionalmente, le corti abbiano riconosciuto che i doveri e la posizione del Presidente siano fattori che inducono le corti ad una certa deferenza, nel rispetto, in particolare, del principio della separazione dei poteri. Peraltro, questo stesso principio non osta a qualunque sindacato giurisdizionale sugli atti del Presidente. Nella decisione sull'*an* della procedibilità dell'azione, le corti debbono bilanciare l'importanza costituzionale dell'interesse in questione con i rischi derivanti dall'incidenza sull'autorità e sulle funzioni del potere esecutivo. Là

¹⁷ V. L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 3rd ed., New York, Foundation Press, 2000, 755.

¹⁸ Per una sintesi di questi argomenti, v. R.D. ROTUNDA – J.E. NOWAK, *Treatise on Constitutional Law. Substance and Procedure*, 3^a ed., St. Paul (MN), West Group, 1999, 724.

¹⁹ Cfr. ISENBERGH, cit., nota 10, 10.

dove l'azione giudiziale è necessaria al fine di tutelare interessi pubblici generali, quali ad esempio la conservazione del giusto equilibrio della separazione dei poteri, o la rivendicazione dell'interesse pubblico in un processo penale in corso, l'esercizio della giurisdizione è ritenuta accettabile. Nel caso di specie, però, che riguardava semplicemente un processo civile per risarcimento in seguito ad atti funzionali del Presidente, l'esercizio della giurisdizione non è stato ritenuto ammissibile.

Nel caso *Clinton v. Jones*, si è stabilito che la giurisdizione civile è esercitabile nei confronti del Presidente per atti extrafunzionali; nella specie, trattavasi di atti commessi prima dell'assunzione dell'incarico. Facendo riferimento alla storia costituzionale statunitense, la Corte ha riconosciuto la natura speciale ed unica dell'incarico di Presidente, per l'impegno intenso richiesto e la centralità delle sue funzioni per il buon governo del Paese. Tuttavia, per la Corte, da ciò non doveva conseguire che si sarebbe avuta una violazione del principio di separazione dei poteri se si fosse consentito l'esercizio della giurisdizione civile nel caso di specie. La separazione dei poteri, infatti, postula una forma di controllo automatica contro l'assunzione, da parte di un'autorità, di poteri eccessivi; di talché, il potere delle corti di pronunciarsi sui casi non può essere limitato alla sola facoltà di emettere pareri consultivi là dove sia coinvolto il Presidente.

Il Presidente avanzava la tesi che, qualora dovesse essere ritenuto assoggettabile a giudizio nella specie, si sarebbe aperta la possibilità di innumerevoli ricorsi nei suoi confronti, che sarebbero divenuti ingestibili ed avrebbero costituito dunque una seria minaccia per lo svolgimento efficace delle sue funzioni. La Corte ha respinto questa prognosi, sull'assunto che né la storia né i fatti specifici del caso di specie potevano fondare una tale prospettiva. Del resto, nel caso *United States v. Nixon*, si è posto un principio che non preclude in assoluto l'assoggettabilità del Presidente al giudizio per atti funzionali, donde, *a fortiori*, la sua assoggettabilità al giudizio per atti extrafunzionali.

3. Capo dello Stato ed esercizio della giurisdizione

Il rapporto tra Capo dello Stato ed esercizio della giurisdizione non è espressamente disciplinato dalla Costituzione. I poteri dello Stato che fanno capo alla classica tripartizione montesquieuiana sono comunque posti su un piano di parità. Ciò posto in linea generale, è, però, sin dal 1803, con il caso *Marbury v. Madison*²⁰, che si è affermata la tendenziale preminenza, quanto all'interpretazione della Costituzione, del potere giudiziario, cui, del resto, spetta il compito di *jus dicere*. È dunque la Corte suprema a detenere il potere ultimo di interpretare la Costituzione²¹.

²⁰ 1 Cranch 137 (1803).

²¹ *The Federalist*, No. 47, 313.

3.1. L'*executive privilege* e l'acquisizione dei mezzi di prova in un processo penale

L'*executive privilege* si sostanzia nel potere del Presidente degli Stati Uniti e di altri componenti dell'Esecutivo di opporsi ad ordini formulati da organi del potere legislativo o del potere giudiziario. Il suo fondamento è rintracciabile nel principio di separazione dei poteri, ma anche (e, forse, soprattutto) nella primazia dell'Esecutivo rispetto agli altri poteri nell'esercizio delle competenze che gli sono costituzionalmente attribuite.

Sebbene la storia dell'*executive privilege* venga fatta risalire agli inizi dell'Ottocento, la Corte suprema federale ne ha riconosciuto formalmente l'esistenza soltanto in occasione della vicenda *Watergate*.

Per quanto riguarda l'acquisizione dei mezzi di prova in un processo penale, nel caso *United States v. Nixon*²², la Corte suprema ha avuto modo di pronunciarsi sulla validità di ordinanze (*subpoenas*) volte ad ottenere dal Presidente la consegna di registrazioni e documentazioni contenenti dettagli di colloqui con i suoi collaboratori, nell'ambito di un procedimento penale in cui il Presidente degli Stati Uniti non figurava tra gli imputati²³, pur essendo emerso informalmente un suo coinvolgimento nei fatti. Al fine di accertare la veridicità delle insinuazioni inerenti ad un tale coinvolgimento, lo *Special Prosecutor* aveva richiesto l'emissione di un *subpoena* al fine di ottenere i documenti precitati perché fossero sottoposti al vaglio della *District Court*, in camera di consiglio, e se del caso dedotti come prova in giudizio.

Il Presidente aveva sostenuto che la divulgazione del contenuto delle registrazioni sarebbe stata contraria all'interesse pubblico alla riservatezza delle sue comunicazioni, fondamentale, in ultima analisi, per il buon funzionamento del governo e del Paese.

Il caso è giunto dinanzi alla Corte suprema, la quale ha respinto la richiesta di garantire la riservatezza della documentazione avanzata dal Presidente.

In merito alla questione della validità dell'emissione dell'ordinanza, la Corte suprema ha esaminato la richiesta dello *Special Prosecutor* alla luce della normativa che disciplinava le condizioni per l'emissione²⁴. Solamente a conclusione di una tale analisi, constatata la fondatezza della tesi sul punto sostenuta dal *Prosecutor*, la Corte ha accennato alla "specialità" del caso, rappresentata dal coinvolgimento del Presidente, che imponeva una valutazione dei fatti di causa svolta in maniera "particolarmente meticolosa"²⁵.

²² Cit., nota 5.

²³ La *District Court* del *District of Columbia* aveva stabilito la colpevolezza di sette individui per reati quali cospirazione contro gli Stati Uniti ed ostacolo alla giustizia.

²⁴ La *Federal Rule of Criminal Procedure* 17(c).

²⁵ *United States v. Nixon*, cit., nota 5, 702.

La Corte suprema ha affermato di avere, in base alla Costituzione, il potere di valutare la pretesa di far valere il diritto alla riservatezza avanzata dal Presidente (pur chiarendo di non avere l'obbligo di accoglierla); il fatto che la disputa fosse essenzialmente interna al potere "esecutivo" non significava che la Corte dovesse astenersi dal pronunciarsi in merito.

E, nel merito, la Corte ha valutato l'*intentio* ricavabile dai testi dei Padri costituenti, stabilendo che da essi si poteva dedurre il loro sostegno alla tesi dell'esistenza di un interesse costituzionale nella riservatezza. D'altro canto, l'assenza nella Costituzione di una previsione relativa al privilegio presidenziale non screditava automaticamente la pretesa del Presidente. In ogni caso, tale pretesa era da considerarsi alla luce dell'intero impianto costituzionale. Di conseguenza, il privilegio si sarebbe potuto fare derivare dalla "supremazia di ciascun potere entro la propria sfera di doveri costituzionalmente assegnati": "alcuni poteri e privilegi derivano dalla natura dei poteri espressamente enumerati dalla Costituzione; così è per la tutela della riservatezza delle comunicazioni presidenziali". Era, dunque, necessario riconoscere tale privilegio, alla luce dell'importanza della "riservatezza delle comunicazioni del Presidente nello svolgimento delle sue responsabilità".

Ciò posto in linea generale, a parere della Corte era assai improbabile che, nella specie, il mancato riconoscimento di un privilegio assoluto per le comunicazioni presidenziali specificamente richieste dal giudice procedente potesse, in concreto, ledere l'interesse costituzionale nella riservatezza di tali comunicazioni.

La necessità della assoluta riservatezza delle comunicazioni tra il Presidente ed i suoi collaboratori, importante perché assicura la libertà delle discussioni su questioni relative al governo del Paese, non può, in assenza di questioni quali segreti militari, diplomatici o questioni particolarmente delicate²⁶, fondare una richiesta di riservatezza generica quale era quella avanzata dal Presidente.

L'interesse della riservatezza, infatti, non può essere *ad libitum*. La Corte ha ritenuto che le poche istanze in cui si sarebbe potuto richiedere la divulgazione di documenti non sarebbero state talmente onerose da impedire il dialogo libero e non autocensurato tra Presidente e collaboratori; e comunque, bilanciando l'interesse della riservatezza delle conversazioni contro i requisiti del *due process*, non si poteva accogliere il ricorso del Presidente.

Il fatto che il richiedente fosse il Presidente degli Stati Uniti, posto al vertice del potere esecutivo, non era sufficiente a giustificare l'impedimento che la concessione del privilegio di riservatezza avrebbe costituito per i diritti relativi al giusto ed equo processo, pure fondamentali e costituzionalmente sanciti.

La Corte ha bilanciato, con l'interesse del Presidente, "l'impedimento che un privilegio assoluto e non qualificato produrrebbe a scapito del dovere costituzionale principale del potere giudiziario di far giustizia nelle azioni penali".

²⁶ Presumibilmente disciplinate dalla normativa sul segreto di Stato, *infra*, par. 3.2.

Essa ha rilevato che “la necessità di far emergere tutti i fatti rilevanti nel processo accusatorio è tanto fondamentale quanto diffuso. Le finalità della giustizia penale verrebbero sopraffatte, se le sentenze si dovessero fondare su una rappresentazione parziale o speculativa dei fatti”: “l’integrità del sistema giudiziario e la fiducia del pubblico in esso” dipendevano, nel caso concreto, “dalla piena divulgazione di tutti i fatti”.

La valutazione di questi interessi ha portato alla conclusione che “le legittime necessità del procedimento giudiziario possono avere maggior peso del privilegio presidenziale”. La Corte ha ribadito che era necessario bilanciare gli interessi concorrenti in modo tale da conservare le funzioni essenziali di ciascun potere. Nella specie, la Corte ha bilanciato l’interesse costituzionale del Presidente nella riservatezza con “lo storico impegno ad assicurare la *rule of law*” nel Paese e con l’“equa amministrazione della giustizia penale”.

La Corte ha così stabilito che l’interesse generale nella riservatezza non era sufficiente a giustificare un privilegio che tutelasse il Presidente da ogni tipo di *subpoena* giudiziale. Il rigetto della pretesa di Nixon è stato, in definitiva, argomentato essenzialmente in ragione della genericità degli interessi fatti valere in concreto, di talché, in altri casi (riguardanti, ad esempio, la sicurezza nazionale), ben si sarebbe potuti giungere ad esiti diversi.

D’altra parte, e conclusivamente, il materiale era destinato *in primis* alla visione da parte della sola *District Court* adita, in camera di consiglio. La Corte suprema era fiduciosa che la stessa *District Court* sarebbe stata in grado di applicare le dovute cautele in modo “scrupoloso”, per documenti così delicati, soprattutto alla luce del rispetto dovuto al coinvolgimento del Presidente degli Stati Uniti. La Corte suprema ha ricordato che il materiale che la *District Court* avesse deciso di escludere dal processo avrebbe dovuto essere restituito, sigillato, al legittimo proprietario.

3.2 L’apposizione del segreto di Stato

Ai fini dell’individuazione di limiti all’esercizio della giurisdizione derivanti dalla titolarità della carica di Capo dello Stato, una qualche influenza è da riconoscere alla disciplina relativa al segreto di Stato, se gli atti per i quali si procede o che vengono comunque in rilievo in un’azione rientrano tra quelli che possono essere secretati.

Al riguardo, deve, in particolare, ricordarsi come, nell’ambito del *common law* statunitense si sia imposta una regola in virtù della quale i contratti “di spionaggio” non possono essere assoggettati a controllo da parte delle corti, in ragione dei danni (anche solo in termini di immagine) che un eventuale giudizio non potrebbe non arrecare all’attività del Governo.

La regola è stata posta dalla Corte suprema federale nella decisione sul caso *Totten v. United States*, del 1875²⁷. Nella specie, trattavasi di una controversia civile in cui si faceva valere un contratto concluso oralmente con il Presidente Lincoln, nel 1861, sulla base del quale un agente

²⁷ 92 U.S. 105 (1875).

segreto dell'Unione si era impegnato a viaggiare oltre le linee dell'esercito confederale, per ottenere e trasmettere informazioni circa la situazione di questo; il corrispettivo era stato fissato in \$ 200 al mese. Al termine della missione, però, l'agente segreto si era visto corrispondere soltanto il rimborso delle spese sostenute.

La Corte suprema così rigettò le pretese avanzate: “Può essere affermato come un principio generale che la *public policy* vieta di intraprendere qualunque azione in una corte il cui processo condurrebbe inevitabilmente alla divulgazione di questioni che il diritto stesso considera confidenziali e rispetto alle quali non sarà consentita la violazione della confidenzialità. Sulla base di questo principio, non possono essere intentate azioni che richiederebbero la divulgazione delle confidenze del confessionale e quelle tra marito e moglie o la divulgazione di comunicazioni di un cliente con il suo avvocato per fini professionali o di un paziente con il suo medico per una finalità analoga. Ragioni ancor maggiori esistono per l'applicazione del principio a casi di contratti per servizi segreti con il Governo, poiché l'esistenza di un contratto di questo tipo è, di per sé, un fatto da non divulgare”.

La *Totten rule*, a lungo rimasta per così dire quiescente, è stata nuovamente invocata di recente, nel caso *Tenet v. Doe*²⁸. Durante la Guerra fredda, Doe, un diplomatico russo, era stato reclutato dalla CIA, con la promessa di una nuova sistemazione per lui e per sua moglie negli Stati Uniti, e con la garanzia della sicurezza economica per la vita. Giunto negli Stati Uniti, Doe aveva ottenuto un'occupazione il cui salario era divenuto, ad un certo momento, tale da consentirgli di rinunciare ai finanziamenti diretti della CIA. Una volta licenziato, nel 1997, Doe aveva constatato di essere impossibilitato di fatto a trovare un nuovo impiego consono alle sue aspettative, in ragione dei vincoli nella scelta delle attività lavorative che la CIA stessa aveva posto; si era quindi rivolto – evidentemente senza successo – alla CIA per vedersi di nuovo corrispondere il finanziamento cui aveva in precedenza rinunciato.

La Corte suprema ha fatto espressamente applicazione della *Totten rule*, ulteriormente precisando che “imporre al Governo di far fronte a queste azioni lo renderebbe vulnerabile nei confronti di ‘graymail’, cioè di cause individuali intentate per indurre la CIA a chiudere il caso (o a prevenirne la messa a ruolo) per timore che ogni sforzo per contrastare l'azione rivelasse informazioni “classificate” suscettibili di mettere a repentaglio operazioni segrete in corso”; d'altro canto, anche “il richiedere al Governo di invocare il *privilege* caso per caso rischi[erebbe] di ingenerare la percezione che si stia confermando o negando la sussistenza di rapporti con gli individui ricorrenti”.

²⁸ 544 U.S. 1 (2005).