

L'IMPEDIMENTO DEI TITOLARI DEL POTERE ESECUTIVO A COMPARIRE IN UDIENZA COME IMPUTATI

a cura di *Paolo Passaglia*

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

INTRODUZIONE

FRANCIA

Parte I – Un inquadramento del tema in relazione alla forma di governo

- 1. L'individuazione dei titolari del potere esecutivo*
- 2. I rapporti tra titolari del potere esecutivo e titolari del potere legislativo*

Parte II – La presenza fisica dell'imputato nel processo penale

- 1. Il tipo di processo e le conseguenze in ordine al significato che la presenza riveste*
- 2. La disciplina della presenza dell'imputato*

- 2.1. Le ipotesi di assenza nei giudizi dinanzi al Tribunal correctionnel ed al Tribunal de police
- 2.2. Le ipotesi di assenza nei giudizi dinanzi alla Cour d'assise

- 3. Le conseguenze dell'assenza dell'imputato*

- 3.1. Nei giudizi dinanzi al Tribunal correctionnel ed al Tribunal de police
- 3.2. Nei giudizi dinanzi alla Cour d'assise

Parte III – La sottoponibilità dei titolari del potere esecutivo al processo penale

- 1. La normativa rilevante*

- 2. Il Presidente della Repubblica*

- 2.1 Gli atti posti in essere nell'esercizio delle funzioni
 - 2.1.1. La responsabilità presidenziale per atti funzionali prima del 2007
 - 2.1.2. La responsabilità presidenziale per atti funzionali dopo la riforma costituzionale del 2007
- 2.2. Gli atti extrafunzionali
 - 2.2.1. La responsabilità presidenziale per atti extrafunzionali prima del 2007
 - 2.2.2. La responsabilità presidenziale per atti extrafunzionali dopo la riforma del 2007
- 2.3. La costituzione come «parte civile» del Presidente della Repubblica

- 3. I membri del Governo*

- 3.1. La responsabilità penale dei membri del Governo per atti funzionali
- 3.2. La responsabilità penale dei membri del Governo per atti extrafunzionali

GERMANIA (diritto federale)

Parte I – Un inquadramento del tema in relazione alla forma del governo

- 1. L'individuazione dei titolari del potere esecutivo*
- 2. I rapporti tra titolari del potere esecutivo e titolari del potere legislativo*

Parte II – La presenza fisica dell'imputato nel processo penale

1. Il tipo di processo e le conseguenze in ordine al significato che la presenza riveste

- 1.1. Brevi cenni sul diritto processuale penale tedesco
- 1.2. Il tipo di processo penale ed il conseguente significato della presenza dell'imputato

2. La disciplina della presenza dell'imputato

3. Le conseguenze dell'assenza dell'imputato

Parte III – La sottoponibilità dei titolari del potere esecutivo al processo penale

1. La normativa rilevante

2. Irresponsabilità ed inviolabilità dei membri del Bundestag che sono al contempo membri del Governo

- 2.1. L'insindacabilità delle opinioni espresse e dei voti dati nel Bundestag o in una delle sue commissioni
- 2.2. L'inviolabilità

3. Alcuni cenni sulla prassi relativa alla responsabilità penale dei membri del Governo

REGNO UNITO

Parte I – Un inquadramento del tema in relazione alla forma di governo

1. L'individuazione dei titolari del potere esecutivo

- 1.1. Il Primo ministro
- 1.2. Il Gabinetto e gli altri ministri
- 1.3. La Corona

2. I rapporti tra titolari del potere esecutivo e titolari del potere legislativo

Parte II – La presenza fisica dell'imputato nel processo penale

1. Il tipo di processo e le conseguenze in ordine al significato che la presenza riveste

2. I giudizi concernenti reati minori

3. I giudizi concernenti reati c.d. «di natura variabile»

4. I giudizi concernenti i reati maggiori

Parte III – La sottoponibilità dei titolari del potere esecutivo al processo penale

1. La normativa rilevante

2. Le immunità parlamentari

- 2.1. Immunità parlamentari e libertà di espressione
- 2.2. Immunità parlamentari e libertà personale
- 2.3. Immunità parlamentari e funzionamento del Parlamento

3. L'impeachment

- 3.1. Cenni storici
- 3.2. La procedura

4. La responsabilità politica dei membri del Governo

- 4.1. Il Primo ministro
- 4.2. I ministri o Segretari di Stato

SPAGNA

Parte I – Un inquadramento del tema in relazione alla forma di governo

- 1. L'individuazione dei titolari del potere esecutivo*
- 2. I rapporti tra titolari del potere esecutivo e titolari del potere legislativo*

Parte II – La presenza fisica dell'imputato nel processo penale

- 1. Cenni sul tipo di processo e sul significato che la presenza dell'imputato riveste da un punto di vista costituzionale*
- 2. La disciplina della presenza dell'imputato*
- 3. Le conseguenze dell'assenza dell'imputato*

Parte III – La sottoponibilità dei titolari del potere esecutivo al processo penale

- 1. La normativa rilevante*
 - 1.1. Le disposizioni specifiche in materia di responsabilità penale dei membri del Governo
 - 1.2. La normativa applicabile ai membri del Governo che siano anche parlamentari
- 2. Il Presidente del Governo*
 - 2.1. Le ipotesi di responsabilità penale ordinaria
 - 2.1.1. Natura, portata e problematiche legate all'aforamento
 - 2.1.2. La necessità del supplicatorio quando il Presidente è un parlamentare (e la problematica del diniego dell'autorizzazione a procedere)
 - 2.1.3. La confusione, nella prassi, tra responsabilità politica e responsabilità penale
 - 2.2. Il tradimento e l'attentato alla sicurezza dello Stato
 - 2.2.1. Il Presidente del Governo che non è un parlamentare
 - 2.2.2. Il Presidente del Governo che è un parlamentare
 - 2.3. L'inapplicabilità della prerogativa di grazia
- 3. Gli altri membri del Governo*
- 4. Appendice: la responsabilità penale del Presidente del Governo e le cause di cessazione del Governo*

STATI UNITI (diritto federale)

Parte I – Un inquadramento del tema in relazione alla forma di governo

- 1. L'individuazione dei titolari del potere esecutivo*
- 2. I rapporti tra titolari del potere esecutivo e titolari del potere legislativo*

Parte II – La presenza fisica dell'imputato nel processo penale

- 1. Il tipo di processo e le conseguenze in ordine al significato che la presenza riveste*
- 2. La disciplina della presenza dell'imputato*
- 3. Le conseguenze dell'assenza dell'imputato*

Parte III – La sottoponibilità dei titolari del potere esecutivo al processo penale

- 1. La normativa rilevante*
- 2. Il Presidente*
 - 2.1. Gli atti posti in essere nell'esercizio delle funzioni
 - 2.1.1. La disciplina dell'impeachment (cenni)
 - 2.1.2. I rapporti tra l'impeachment ed il giudizio penale

2.2. Gli atti extrafunzionali

3. *Il Vicepresidente*

4. *I Segretari di Stato*

INTRODUZIONE

Per affrontare, in una prospettiva comparatistica, il tema oggetto del presente quaderno, si è posto, innanzi tutto, un problema definitorio. I titolari delle cariche di vertice del potere esecutivo mutano, infatti, a seconda della forma di governo che sia stata adottata, con il che il Capo dello Stato, che nelle forme parlamentari deve ritenersi esterno alla tripartizione montesquieuiana dei poteri, in altri sistemi è addirittura il vertice del potere esecutivo (forma presidenziale) o uno dei due vertici (forma semi-presidenziale).

La tassonomia delle forme di governo non ha una incidenza limitata alla perimetrazione dei soggetti la cui trattazione è imposta dalla materia che forma parte della presente ricerca. Ciò in quanto l'opzione per l'una o per l'altra forma non è espressione soltanto di una certa idea che si abbia del potere esecutivo, ma anche dei rapporti tra parlamentari e membri del Governo.

Non è un caso, infatti, che i contributi che seguono relativi a sistemi nei quali sia presente una forma parlamentare, e segnatamente quelli di Germania e Regno Unito, non trattino che incidentalmente delle garanzie approntate ai titolari di cariche esecutive, soffermandosi semmai su quelle di cui godono i parlamentari, sul presupposto – affatto normale nella prassi – che i membri del Governo, prima di essere tali, sono parlamentari; anzi, sono tali, generalmente, perché sono membri del Parlamento: le garanzie costituzionalmente approntate a beneficio dei parlamentari, dunque, si rivelano in concreto sufficienti ad offrire idonea protezione anche a (quasi tutti) i titolari di responsabilità in seno all'esecutivo.

Il caso spagnolo, da questo punto di vista, si pone come peculiare, dal momento che, nel contesto di una forma di governo parlamentare e (quindi) di una coincidenza di mandati molto più che tendenziale, si è comunque apprestato un diverso sistema di protezione a seconda che si faccia riferimento a ministri o al Presidente del Governo, da un lato, oppure a parlamentari «semplici», dall'altro, con il che i titolari di cariche all'interno dell'esecutivo, qualora siano anche parlamentari, vedono sommarsi (e sovente sovrapporsi) due forme di tutela.

Sul versante (quasi) diametralmente opposto si pone la forma presidenziale degli Stati Uniti, dove – con la parziale eccezione del Vicepresidente – i componenti del potere esecutivo non possono anche appartenere ad organi del potere legislativo, donde l'ovvia necessità di pensare sistemi di tutela del tutto indipendenti da quelli previsti per i membri del Congresso.

Il caso del semi-presidenzialismo francese è anch'esso molto interessante, perché, ripudiando ab initio la regola delle forme parlamentari, e dunque ponendo una incompatibilità tra cariche (invero attenuata dalla riforma costituzionale del 2008) non troppo dissimile da quella statunitense, in esso si è conseguentemente optato per forme di protezione peculiari. Queste forme hanno sempre tenuto distinta la protezione del Presidente della Repubblica da quella degli altri componenti del Consiglio dei ministri, seguendo i modelli storicamente invalsi nelle forme parlamentari; con la riforma costituzionale del 2007, tuttavia, il modello tradizionale è stato abbandonato, limitatamente alla responsabilità del Presidente della Repubblica, in favore di una disciplina

significativamente ispirata al modello statunitense.

Operata la preliminaris actio finium regundorum, e giustificata – almeno, è quanto si auspica – la diversità di approcci che connota i diversi contributi relativamente a (la sintesi de) la disciplina e la prassi inerente alle forme di protezione dal processo penale per i titolari del potere esecutivo, resta da dar conto della parte dei contributi che è dedicata alla normativa sulla presenza fisica dell'imputato nella fase dibattimentale: quella, cioè, che potremmo definire come la protezione nel processo penale.

La varietà di impostazioni che è propria dei processi penali nei cinque ordinamenti presi in considerazione ha consigliato di non limitarsi all'analisi puntuale dei casi in cui la presenza dell'imputato è determinata, in ipotesi, da ragioni professionali o d'ufficio. Una siffatta limitazione avrebbe, peraltro, reso significativa la trattazione solo di alcune esperienze (quella spagnola, in special modo, e quella tedesca), rendendo sostanzialmente inutile l'esame delle altre.

Si è ritenuto, però, che fosse da determinare, a monte, il significato che la presenza fisica riveste nel processo. Al riguardo, è chiaro che la maggiore o minore aderenza al modello accusatorio puro comporta un peso diverso della presenza, in relazione all'assunzione dei mezzi di prova ed al pieno realizzarsi del principio del contraddittorio. In generale, può dirsi, comunque, che il paradigma comune (con la parziale eccezione francese, in cui sono più ampi i margini entro i quali è configurabile un processo in absentia) è nel senso di configurare, quanto meno per i processi penali di maggiore momento, la presenza fisica dell'imputato in termini di diritto, ma non senza evidenziarne i tratti dell'obbligatorietà.

Né a mutare in maniera rilevante sono le conseguenze dell'assenza dell'imputato, se è vero che, pur con diverse accentuazioni, tutti i sistemi lasciano cospicui margini di apprezzamento al giudice in ordine alle motivazioni che giustificano (o non giustificano) la mancata comparizione e, dunque, alla opportunità e/o alla necessità di rinviare l'udienza, sospendere il processo ovvero farlo proseguire comunque.

FRANCIA

di Tommaso Giovannetti

e Charlotte Bontemps di Sturco*

Parte I – Un inquadramento del tema in relazione alla forma di governo

1. L'individuazione dei titolari del potere esecutivo

Come noto, in Francia è stata adottata una forma di governo c.d. semipresidenziale: il Presidente della Repubblica, eletto direttamente dal popolo, nomina il Primo ministro e, su proposta di questi, gli altri membri del Governo. Quest'ultimo deve avere, a differenza del Presidente della Repubblica, la fiducia dell'Assemblea nazionale.

Il potere esecutivo presenta, dunque, una struttura duale (o «diarchica», o «bicefala»), poiché la funzione di direzione politica del Governo è esercitata «congiuntamente» dal Presidente della Repubblica e dal Primo ministro. Il peso del primo nella conduzione del Governo è determinato, oltre che dalla sua investitura popolare, tanto dalla previsione di espliciti poteri – quale, ad esempio, la presidenza delle riunioni del Consiglio dei ministri – quanto dalle caratteristiche del sistema politico francese. Tale peso, peraltro, può variare in ragione della omogeneità o meno tra maggioranza parlamentare e maggioranza presidenziale, essendo noto che, nei casi di c.d. «coabitazione», il ruolo del Presidente della Repubblica acquista connotati più simili a quelli propri dei capi dello Stato in forme di governo parlamentari¹.

I ministri sono classificabili in diverse categorie (non sempre presenti in ogni Governo): esistono, infatti, oltre ai ministri *tout court*, i cc.dd. ministri delegati presso il Primo ministro, i ministri senza portafoglio, i ministri delegati presso altri ministri, i ministri delegati non legati ad altro ministro.

2. I rapporti tra titolari del potere esecutivo e titolari del potere legislativo

L'art. 23 della Costituzione francese del 1958 prevede l'incompatibilità tra le funzioni di

* Il lavoro è frutto della collaborazione tra i due autori; Tommaso Giovannetti ha materialmente redatto le parti I e III, mentre Charlotte Bontemps di Sturco ha redatto la parte II.

¹ È appena il caso di ricordare come la riforma costituzionale che, nel 2000, ha ridotto la durata del mandato di Presidente della Repubblica da sette a cinque anni fosse volta, tra l'altro, a scongiurare l'ipotesi di coabitazione, equiparando la durata del mandato presidenziale a quella del Parlamento (anche se l'elezione contestuale di Presidente e Parlamento non può essere in ogni caso assicurata).

membro del Governo e l'esercizio del mandato parlamentare, ivi compreso quello europeo². Si tratta di una novità rispetto ai precedenti testi costituzionali, giustificata essenzialmente dalla volontà di assicurare la stabilità di governo e realizzare una più piena attuazione del principio di separazione dei poteri³.

Il parlamentare divenuto ministro deve, entro un mese dalla sua nomina, optare per una delle due funzioni. Se non rinuncia alla funzione di ministro, egli decade dalla funzione parlamentare ed è sostituito dal suo supplente, che terminerà il mandato in corso. Nel 1974, il Presidente della Repubblica Giscard d'Estaing aveva auspicato un ammorbidimento di tale ultima regola, ma la proposta di revisione costituzionale allora avanzata si era arrestata di fronte alla dura opposizione gollista. Viceversa, la revisione del 2008 ha reso meno rigida la richiamata incompatibilità, giacché l'art. 25 della Costituzione, nella sua nuova formulazione, stabilisce la regola della sostituzione temporanea dei parlamentari in caso di accettazione, da parte loro, di incarichi di governo: ciò significa che un membro di questo, il quale sia parlamentare al momento della nomina, laddove decida di abbandonare il suo incarico di Governo, ritroverà il suo seggio di deputato o di senatore.

Quanto appena detto consente di escludere *in nuce* qualsiasi commistione tra la tutela predisposta per i titolari del potere esecutivo e quella propria dei membri dell'*Assemblée nationale* e del *Sénat*⁴.

² Le incompatibilità si estendono, inoltre, alle funzioni di rappresentanza professionale a carattere nazionale ed a qualsiasi impiego pubblico o attività professionale.

³ Cfr., ad es., P. ARDANT, *Institution politiques et droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 19^a ed., 2007, 512, nonché L. FAVOREU, P. GAIA, R. GHEVONTIAN, J.-L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX, G. SCOFFONI, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 12^a ed., 2009, 690.

⁴ Per i quali valgono le garanzie stabilite dall'art. 26 della Costituzione.

Parte II – La presenza fisica dell'imputato nel processo penale

1. Il tipo di processo e le conseguenze in ordine al significato che la presenza riveste

Il processo penale francese si caratterizza, sino almeno dai primi dell'Ottocento, per una contaminazione tra il modello inquisitorio ed il modello accusatorio. La tendenza evolutiva è stata, peraltro, nel senso di enfatizzare il secondo a scapito del primo, ciò che è avvertibile *in nuce* già nel Codice d'istruzione criminale del 1808, ma soprattutto nel Codice di procedura penale – d'ora in poi anche cpp – del 1958, attualmente vigente, in cui si configurano come elementi essenziali quelli della pubblicità, del carattere orale ed il rispetto del principio del contraddittorio⁵.

L'accentuazione della natura accusatoria emerge soprattutto qualora l'imputato sia comparso in giudizio, in ottemperanza all'obbligo di presenza fisica, codificato, per i reati puniti con la reclusione, fin dall'inizio dell'Ottocento. Nel codice d'istruzione criminale, la presenza personale dell'imputato dinanzi al *tribunal correctionnel* era obbligatoria per le infrazioni che prevedevano una pena detentiva o se il tribunale lo ordinava; dinanzi al *tribunal de police*, competente, ancora oggi, essenzialmente per reati di natura contravvenzionale, non vigeva detto obbligo: in virtù dell'art. 152, l'imputato poteva essere rappresentato da un rappresentante munito di un mandato scritto o da un avvocato⁶.

L'obbligo della presenza è stato confermato, come regola generale, nel Codice del 1958.

2. La disciplina della presenza dell'imputato

Il Codice di procedura penale vigente pone il principio dell'obbligo di presenza dell'imputato nel dibattimento, dinanzi al *Tribunal de police* (art. 544), al *Tribunal correctionnel* (art. 410) ed alla *Cour d'assise* (art. 319).

Si prevedono, tuttavia, fattispecie nelle quali l'imputato può invocare una ragione (che il giudice valuta facendo impiego del proprio potere discrezionale) che giustifica la sua assenza.

2.1. Le ipotesi di assenza nei giudizi dinanzi al *Tribunal correctionnel* ed al *Tribunal de police*

L'obbligo di presenza dell'imputato al processo penale davanti al *Tribunal correctionnel* ed al *Tribunal de police*⁷ conosce diverse eccezioni, la cui disciplina è stata da ultimo modificata con la

⁵ G. STEFANI, G. LEVASSEUR e B. BOULOC, *Procédure pénale*, Paris, Dalloz, 18^a ed, 2001, 772 s.

⁶ G. STEFANI, G. LEVASSEUR e B. BOULOC, *Procédure pénale*, cit., 28.

⁷ L'art. 544 cpp stabilisce che, nel procedimento di fronte al *Tribunal de police*, si applicano le disposizioni relative alla comparizione ed alla rappresentanza previste negli artt. da 410 a 415 per il processo di fronte al *Tribunal*

legge n. 2004-204, del 9 marzo 2004, adottata a seguito delle condanne della Francia da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Il comma 1 dell'art. 410 cpp prevede che "l'imputato regolarmente citato deve comparire a meno che fornisca una giustificazione riconosciuta valida alla giurisdizione che lo ha convocato". Rientra nel potere discrezionale del giudice la valutazione circa la validità della giustificazione (Cass. Crim., 16 gennaio 1989, Bull. n. 16); quando è invocata dall'imputato, il giudice ha però l'obbligo di pronunciarsi sulla sua richiesta e deve motivare la sua posizione (Cass. Crim., 27 febbraio 1996, Bull. n. 94).

Ad esempio, sono stati riconosciuti come validi i gravi motivi di salute – cioè i motivi più frequentemente adottati – in caso di ricovero ospedaliero; quando, però, gravi motivi di salute sono stati invocati una seconda volta in occasione della seconda fissazione dell'udienza, si è ritenuto che la giustificazione non fosse valida, in quanto le circostanze facevano presumere la volontà di sottrarsi alla giustizia (Cass. Crim., 27 giugno 2000, Bull. n.247); allo stesso modo, un motivo di salute che non potesse dirsi grave è stato ritenuto insufficiente (Cass. Crim., 23 settembre 2009, n. 08-84308).

Più raramente vengono presi in considerazione altri motivi. È stata, però, ritenuta valida, ad esempio, la giustificazione consistente nello stato di detenzione per altro reato, dalla quale era derivata l'impossibilità di ritirare personalmente la notifica della richiesta di comparizione (Cass. Crim., 2 ottobre 2007, n. 07-80581).

Una diversa fattispecie di assenza riguarda, non già l'impossibilità occasionale di presenziare al dibattimento, ma una sorta di rinuncia. Secondo l'art. 411 cpp, è possibile, per l'imputato – quale che sia il reato contestatogli – di richiedere, tramite lettera indirizzata al presidente del tribunale, di essere giudicato senza che sia presente, essendo comunque rappresentato dal suo difensore, di fiducia o d'ufficio. L'accoglimento o il rigetto della richiesta è determinato da una valutazione ampiamente discrezionale del giudice procedente.

L'art. 414 cpp prevede la possibilità di applicare le disposizioni dell'art. 411 ogni volta che il dibattito non riguardi il merito. In questi casi, è probabile che la richiesta sia accettata, in quanto gli argomenti discussi rendono la presenza dell'imputato di minore importanza.

Infine, un'altra ipotesi di assenza dell'imputato è rintracciabile nel giudizio *in absentia* ("par défaut": artt. 487 e 488 cpp). L'art. 487 dispone che questa procedura si applichi davanti al *Tribunal correctionnel* quando una persona regolarmente citata non compare alla prima udienza e non sussistono motivi validi che giustificano la sua assenza.

2.2. Le ipotesi di assenza nei giudizi dinanzi alla Cour d'assise

L'art. 319 cpp impone all'imputato di comparire nel processo dinanzi alla *Cour d'assise*. Nel

correctionnel. L'art. 545 estende al *Tribunal de police* la normativa prevista per il *Tribunal correctionnel* relativa al giudizio *in absentia*.

caso in cui l'imputato si rifiuti di farlo è diffidato, ad opera di un ufficiale giudiziario assistito dalla forza pubblica, "in nome della legge", a comparire; l'ufficiale giudiziario redige il verbale in cui riporta l'intimazione e la risposta dell'imputato. Se questo oppone un secondo rifiuto o non risponde alla diffida, il presidente della Corte può ordinare l'accompagnamento coattivo da parte della forza pubblica (artt. 319 e 320-1 cpp).

Nel giudizio dinanzi alla *Cour d'assise* non sono previste tutte le ipotesi di assenza menzionate per il *Tribunal correctionnel*. Ciò si spiega con la natura stessa del processo penale davanti alla *Cour d'assise*, la cui organizzazione è più complessa, per l'intervento della giuria, e per le forme dell'interrogatorio, tanto dell'imputato quanto dei testimoni. A monte si pone, peraltro, la maggiore gravità dei fatti per i quali si procede, che rende particolarmente essenziale la presenza dell'imputato.

Fino al 2004, l'imputato, evaso o in fuga, poteva essere giudicato in contumacia, cioè in forme che offrivano minori garanzie di difesa. Il giudizio era strutturato in modo tale da configurarsi come una sorta di sanzione per l'imputato che, "avendo commesso un'infrazione grave rifiuta[va] pure di rispondere della sua condotta davanti alla società e merita[va] quindi di perdere alcuni dei diritti garantiti alle persone perseguite"⁸.

In seguito a diverse condanne da parte della Corte europea⁹, la Francia ha abrogato, con la precitata legge n. 2004-204, le norme sulla contumacia, sostituendola – come avvenuto anche per il *Tribunal correctionnel* – con il *jugement par défaut* (artt. da 379-2 a 379-6 cpp)¹⁰.

Secondo l'art. 379-2, comma 3, questa procedura non si applica quando l'imputato rifiuta di comparire (artt. 319 e 320 cpp) o quando è stato espulso dall'aula dal presidente della Corte d'assise per il turbamento che il suo comportamento ha generato (art. 322).

3. Le conseguenze dell'assenza dell'imputato

3.1. Nei giudizi dinanzi al Tribunal correctionnel ed al Tribunal de police

A seconda delle ragioni per le quali l'imputato non è presente al dibattimento, sono diverse le implicazioni a livello procedurale.

Il tribunale potrà diffidare l'imputato a comparire. In questo caso, il giudizio potrà svolgersi nel rispetto del contraddittorio o nel rispetto del contraddittorio a mezzo di notifica oppure *in absentia*. Il giudizio è considerato come reso in contraddittorio quando l'imputato è presente all'udienza o quando è assente, ma è rappresentato da un difensore. Il giudizio in contraddittorio a mezzo di notifica è quello che postula una notifica dell'esito ad opera di un ufficiale giudiziario (la possibilità

⁸ Cfr. C. MAURO, *Le défaut criminel. Réflexions à propos du droit français et du droit comparé*, in *Revue de science criminelle*, 2006, 28.

⁹ Cfr., in particolare, le sentenze 13 febbraio 2001, *Krombach c/Francia*, e 31 marzo 2005, *Mariani c/Francia*.

¹⁰ C. RENAULT-BRAHINSKY, *Procédure pénale*, Paris, Gaulino, 2006.

di fare appello decorre, in caso di condanna a pena non detentiva, dal momento della notifica della sentenza – all'imputato, presso il municipio di residenza, al domicilio dell'imputato, al pubblico ministero –, mentre in caso di condanna a pena detentiva il termine decorre a partire da dieci giorni dopo che la persona è stata rintracciata o dal momento in cui gli è stata personalmente notificata la condanna).

Il ruolo del difensore, in caso di assenza dell'imputato, appare dunque centrale. È tuttavia da precisare che, fino al 2001, l'obbligo di comparizione dell'imputato era inteso in senso stretto, in quanto la Corte di cassazione non permetteva ad un avvocato di rappresentare *in toto* il cliente. A tal riguardo, la Corte di Strasburgo ha condannato la Francia con la sentenza *Van Pelt c/ Francia*, del 23 maggio 2000. Nella specie, una Corte d'appello francese aveva escluso la validità della giustificazione del ricovero ospedaliero dell'imputato ed aveva rigettato la richiesta di rinvio dell'udienza avanzata dal difensore, non permettendogli, inoltre, di essere ascoltato sul merito della controversia. La Corte europea ha affermato che “il diritto di ogni imputato di essere effettivamente difeso da un avvocato rientra tra gli elementi essenziali del processo equo. Un imputato non ne perde il beneficio per il solo fatto della sua assenza dai dibattiti. Anche se il legislatore deve poter scoraggiare le assenze ingiustificate, non può sanzionarle derogando al diritto all'assistenza di un difensore. Le esigenze legittime della presenza degli imputati ai dibattiti possono essere assicurate con strumenti diversi rispetto alla perdita del diritto alla difesa”¹¹. “L'interesse ad essere adeguatamente difeso prevale e, di conseguenza, il fatto che l'imputato, regolarmente citato, non compaia, anche senza giustificazione, non può giustificare che egli sia privato del diritto di essere assistito da un difensore garantito all'art. 6 § 3 della Convenzione”¹².

La Corte di cassazione ha seguito la giurisprudenza della Corte europea, rivedendo il principio dell'obbligo di comparizione dell'imputato, inteso in senso stretto, con una sentenza del 2 marzo 2001 (Cass. Crim. Ass. plen., *Dentico*, n. 56, Rec. 2001, p. 1899), in cui si è censurata la sentenza di appello che aveva escluso la validità della giustificazione dell'assenza presentata dall'imputato, senza avere sentito il suo avvocato e non avendo preso in considerazione le sue conclusioni, nonostante questi avesse un esplicito mandato di rappresentanza¹³.

La legge n. 2004-204 ha recepito e codificato questo cambiamento di giurisprudenza. Così, all'art. 410 cpp, è previsto che, nel caso in cui l'imputato che non compaia e la sua assenza non sia giustificata, venga giudicato con giudizio reso in contraddittorio a mezzo di notifica (salvo quanto previsto all'art. 411).

L'art. 410-1 cpp stabilisce poi che, quando l'imputato rischia una pena superiore a due anni di reclusione e non compare, il giudice può rinviare l'udienza, e, con decisione *ad hoc* motivata,

¹¹ Paragrafo 66.

¹² D.N. COMMARET, *La défense du prévenu absent*, in *Revue de science criminelle*, 2003, 809.

¹³ Successivamente, si è avuta un'evoluzione ulteriore della giurisprudenza della Corte di cassazione – di nuovo sotto l'influenza della Corte europea –, che ha ammesso anche la rappresentanza dell'imputato da parte di un avvocato senza mandato esplicito. Cfr., sul punto, D.N. COMMARET, *La défense du prévenu absent*, cit.

ordinare l'arresto dell'imputato, al fine di farlo comparire nel più breve tempo possibile.

Quando si è invece fatta applicazione dell'art. 411 cpp ed il tribunale ha accettato la richiesta di assenza dell'imputato, è previsto che il suo avvocato possa intervenire nel corso dei dibattiti e pronunciare la sua arringa. L'imputato è allora giudicato in contraddittorio, in quanto il tribunale deve rispondere alle sue conclusioni.

Viceversa, se il tribunale non ha accettato la richiesta di assenza, si può rinviare il processo, ordinando la comparizione dell'imputato, che il pubblico ministero deve procedere a convocare nuovamente. Se l'imputato non dovesse rispondere a questa nuova convocazione, è previsto che venga giudicato secondo il principio del contraddittorio; nel caso in cui sia rappresentato da un difensore, questi, se lo richiede, deve essere sentito. Il tribunale, se lo ritiene necessario, dopo avere sentito le osservazioni del difensore, può anche rinviare l'udienza ad un'altra data, applicando l'art. 410-1.

Nell'ipotesi in cui l'avvocato dell'imputato che ha chiesto l'applicazione delle disposizioni dell'art. 411 non dovesse essere presente all'udienza, si procederà con la forma del contraddittorio a mezzo di notifica, salvo che non si ritenga di rinviare l'udienza.

L'art. 416 cpp ha previsto che, quando l'imputato non può comparire per motivi di salute e se non esistono gravi ragioni per differire il giudizio, il tribunale può ordinare, con decisione *ad hoc* motivata, che l'imputato, eventualmente assistito dal suo avvocato, sia sentito presso il suo domicilio o nel luogo in cui è detenuto, da un magistrato assistito da un cancelliere che ne redige un verbale. Il dibattimento riprende dopo una nuova citazione dell'imputato e si applicano le disposizioni dell'art. 411 cpp; l'imputato è allora giudicato secondo il principio del contraddittorio (art. 416 cpp).

Infine, per quanto riguarda il giudizio *par défaut*, in base al comma 2 dell'art. 412 cpp, se un avvocato dovesse presentarsi per assicurare la difesa dell'imputato, deve essere sentito, se ne faccia richiesta. Il giudizio è reso nella forma del contraddittorio a mezzo di notificare (salva l'applicazione dell'art. 411).

Il tribunale può anche decidere di rinviare l'udienza ed applicare, se possibile, l'art. 410-1.

3.2. Nei giudizi dinanzi alla Cour d'assise

Nei giudizi dinanzi alla *Cour d'assise*, quando l'imputato rifiuta di comparire, il presidente può, previa lettura in udienza del verbale che attesta l'atteggiamento dell'imputato, decidere che, malgrado la sua assenza, si prosegua il dibattimento (art. 320, comma 1, cpp).

Dopo ogni udienza, il cancelliere dà lettura, all'imputato che non compare, del verbale del dibattimento e gli viene consegnata copia delle richieste del pubblico ministero nonché delle decisioni della Corte, che sono considerate rese nel rispetto del contraddittorio (art. 320, comma 2).

Nel giudizio in contumacia, in vigore fino al 2004, il Presidente della Corte d'assise doveva intimare all'imputato assente, con ordinanza, di presentarsi all'udienza entro un termine di 10 giorni

(a decorrere dalla notificazione fatta al suo domicilio).

Se l'imputato non si presentava, l'imputato vedeva sospesi i suoi diritti civili ed i suoi beni erano sequestrati. Se la Corte riteneva che l'assenza potesse avere una giustificazione "legittima", il giudizio poteva essere sospeso per un periodo fissato dalla Corte medesima sulla base di una valutazione di congruità. Decorso il termine senza che l'imputato si fosse presentato, la corte poteva procedere con il giudizio, ciò che comportava, in termini procedurali, l'assenza di giuria popolare, la mancata audizione dei testimoni, l'assenza di un difensore e il mancato riconoscimento delle attenuanti. La condanna si fondava solo su documenti scritti e l'imputato decadeva dal diritto di ricorrere in cassazione. La condanna penale, in assenza dell'imputato, non veniva eseguita ed era inficiata dalla successiva sua comparizione, volontaria o forzata.

Nella nuova procedura *par défaut*, la Corte può decidere, in caso di assenza dell'imputato, di sospendere il dibattimento fino al suo ritorno (art. 379-2, comma 1, cpp) o di rinviare comunque ad una seduta ulteriore contestualmente alla emanazione di un mandato d'arresto (art. 379-2, comma 2).

Se non è possibile addivenire alla presenza dell'imputato, si procede *par défaut*; la corte si pronuncia allora senza giuria popolare (a meno che non ci siano coimputati o che l'assenza dell'imputato sia sopraggiunta rispetto all'inizio del dibattimento). Se il difensore ha il mandato di rappresentanza dell'imputato, il processo si svolge in attuazione delle norme di diritto comune, ad eccezione delle disposizioni concernenti l'interrogatorio o la presenza dell'imputato. In assenza di un difensore che abbia il mandato di rappresentanza, la Corte si pronuncia dopo aver sentito la parte civile ed il pubblico ministero (art. 379-3, comma 4).

Se l'imputato è condannato ad una pena detentiva, la Corte emette un mandato di arresto, se non è già stato emesso. Qualora l'imputato si costituisca o sia arrestato prima che la condanna sia caduta in prescrizione, la sentenza è considerata nulla. Allora, un nuovo esame del caso dovrà essere effettuato dalla Corte d'assise in applicazione degli articoli da 269 a 379-1 (art. 379-4, comma 1).

Parte III – La sottoponibilità dei titolari del potere esecutivo al processo penale

1. La normativa rilevante

La disciplina della responsabilità penale dei titolari del potere esecutivo è contenuta, in primo luogo, nei Titoli IX e X della Costituzione francese, dedicati, rispettivamente, al Presidente della Repubblica, da un lato, ed ai membri del Governo, d'altro lato. Le disposizioni costituzionali fanno, poi, variamente rinvio alla legislazione organica ed ordinaria, nei termini di cui si dirà nei paragrafi seguenti.

2. Il Presidente della Repubblica

Per quanto riguarda la responsabilità del Presidente della Repubblica, la nuova formulazione dell'art. 67 della Costituzione accoglie la tradizionale distinzione tra atti compiuti nell'esercizio delle funzioni ed atti ad esse estranei. Esso stabilisce, infatti, che

«Il Presidente della Repubblica non è responsabile degli atti compiuti in quanto tale, su riserva dei provvedimenti esplicitati negli articoli 53-2 e 68.

Non può essergli 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».

Verranno, quindi, nel prosieguo partitamente analizzate le due ipotesi di responsabilità, dando conto tanto della disciplina attualmente vigente quanto di quella in vigore sino alla riforma costituzionale del 2007.

2.1 Gli atti posti in essere nell'esercizio delle funzioni

Secondo quanto previsto dall'odierno art. 67 della Costituzione francese, la regola generale dell'irresponsabilità del Presidente della Repubblica per gli atti posti in essere «*en cette qualité*» conosce due eccezioni: la prima 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 internazionale¹⁴.

La seconda eccezione è costituita dall'art. 68, ai cui sensi

«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

¹⁴ Ai sensi di questa disposizione, infatti, «la Repubblica può riconoscere la giurisdizione della Corte penale internazionale alle condizioni di cui al trattato firmato in data 18 luglio 1998».

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».

Come anticipato, la disposizione citata è frutto della revisione costituzionale del febbraio 2007, che ha modificato la precedente disciplina, ridefinendo tanto i termini della condotta rilevante quanto la composizione dell'organo giudicante.

2.1.1. La responsabilità presidenziale per atti funzionali prima del 2007

L'art. 68 della Costituzione francese del 1958, nella sua formulazione originaria, fissava il principio della generale irresponsabilità politica e giuridica del Presidente della Repubblica per gli atti compiuti nell'esercizio delle funzioni, fatta salva l'ipotesi eccezionale di «alto tradimento» («*haute trahison*»), per la quale era in ogni caso previsto un privilegio di giurisdizione, con devoluzione del relativo giudizio ad un'Alta Corte di Giustizia, che risultava però diversamente – come si vedrà meglio subito *infra* – composta rispetto all'attuale Alta Corte (la quale, tra l'altro, non è più denominata «di Giustizia»)¹⁵.

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 della *Haute Cour de Justice* il compito, eventualmente, non solo di individuare gli elementi costitutivi della fattispecie, ma anche di precisarne gli aspetti sanzionatori. Al di là delle problematiche legate al presunto mancato rispetto del principio di stretta legalità dei reati e delle pene, giova ricordare sin d'ora che la formulazione originaria dell'art. 68 prevedeva, tra l'altro, che la responsabilità dei membri del Governo dovesse, invece, essere determinata, tanto sotto il profilo dell'individuazione delle condotte penalmente rilevanti quanto sotto il profilo sanzionatorio, in base alla disciplina del diritto penale, sostanziale e processuale, ordinario. Ciò nondimeno, occorre altresì segnalare che 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 «ogni misura con cui il Presidente della Repubblica scioglie l'Assemblea nazionale, la proroga o pone ostacoli all'esercizio del suo 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

¹⁵ «Il Presidente della Repubblica è responsabile degli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni solo in caso di alto tradimento. Può essere messo in stato di accusa solo dalle due Assemblee che decidono con identico voto a scrutinio palese ed a maggioranza dei componenti; è giudicato dalla Alta Corte di Giustizia».

stata prevista espressamente in un testo»¹⁶.

Quanto alla composizione dell'Alta Corte di Giustizia, essa era formata, secondo gli artt. 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.

Per quanto concerne la procedura, disciplinata nel dettaglio dalla citata legge organica e dai regolamenti parlamentari, si ricorda come essa fosse avviata con una mozione recante lo stesso testo e votata separatamente dai due rami del Parlamento, mozione che veniva poi trasmessa al Procuratore generale, il quale, a sua volta, ne dava comunicazione al presidente dell'Alta Corte di Giustizia e al presidente della *Commission d'instruction*. Tale ultima Commissione, composta da cinque membri titolari (più due supplenti) designati ogni anno tra i magistrati giudicanti della *Cour de Cassation*, aveva il compito di accertare la verità dei fatti contestati con la mozione di messa in stato d'accusa, seguendo le regole ordinarie sull'istruzione penale stabilite dal codice di rito ma senza possibilità di intervenire sulla qualificazione giuridica della fattispecie, potendo tutt'al più comunicare al Procuratore generale l'eventuale, riscontrata differenza tra fatti commessi e fatti contestati. Spettava, poi, a quest'ultimo adire il Presidente dell'Assemblea nazionale o del Senato affinché si procedesse, eventualmente, all'approvazione di una nuova e diversa mozione. Ad ogni modo, qualora la Commissione avesse raggiunto una prova sufficiente delle contestazioni, avrebbe dovuto disporre il rinvio a giudizio dinanzi all'Alta Corte di Giustizia, di fronte alla quale il processo si sarebbe svolto secondo le regole del processo penale ordinario, fatta salva l'inappellabilità della sentenza¹⁷.

Per quanto concerne, d'altro canto, il problema della delimitazione degli atti compiuti nell'esercizio delle funzioni, in mancanza di una definizione normativa e di una casistica giurisprudenziale, utile risultava – secondo la stessa dottrina francese¹⁸ – il riferimento alla giurisprudenza relativa alla responsabilità ministeriale. Da tale giurisprudenza – come si vedrà meglio *infra* – è possibile, infatti, desumere che nella categoria degli atti funzionali rientrano

¹⁶ P. AUVRET, *La responsabilité du Chef de l'Etat sous la Vème République*, in *Revue de droit public*, 1988, 86.

¹⁷ Per maggiori dettagli sulla procedura di messa in stato d'accusa del Presidente della Repubblica prima della revisione costituzionale del 2007 si rinvia, oltre che alla citata legge organica n. 59-1 del 2 gennaio 1959, a M. CAVINO, *L'irresponsabilità del Capo dello Stato Nelle esperienze italiana (1848-2008) e francese (1958-2008)*, Milano, Giuffrè, 2008, 208 ss. Parte della dottrina non ha peraltro mancato di sottolineare come a tale procedura non si sia fatto ricorso, pur essendovene – probabilmente – tutti i presupposti, in occasione dell'introduzione dell'elezione diretta del Presidente della Repubblica proposta nel 1962 dall'allora Capo dello Stato de Gaulle, il quale, in violazione della Costituzione, utilizzò la procedura referendaria dell'art. 11 anziché seguire il procedimento di revisione di cui all'art. 89. Sul tema si rinvia, *ex plurimis*, a Y. GUCHET, *La Vème République*, Paris, Économica, 1994, 97.

¹⁸ Cfr., ad esempio, T. ABLARD, *Le statut pénal du Chef de l'Etat*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2002, 653.

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 rispetto ad esso non necessari, non sono riconducibili entro il relativo regime di irresponsabilità.

Quanto, infine, all'estensione temporale della garanzia dell'irresponsabilità funzionale – fatta salva, si ripete, l'ipotesi di alto tradimento –, 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». A conferma di ciò, si era soliti richiamare due casi concreti, il primo verificatosi sotto la III Repubblica e legato al noto *affaire Dreyfuss* ed all'altrettanto noto *J'accuse* di Emile Zola: questi, accusato di oltraggio contro l'Armata di Francia, aveva, nel 1898, citato come testimone della difesa l'ex Presidente della Repubblica Casimir-Perrier, il quale, presentatosi dinanzi alla Corte d'assise, si rifiutò di rispondere, eccependo la sua irresponsabilità. Il secondo caso, assai più recente, ha visto 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»¹⁹.

2.1.2. La responsabilità presidenziale per atti funzionali dopo la riforma costituzionale del 2007

Come anticipato, e come risulta evidente dal tenore letterale delle disposizioni costituzionali nella formulazione precedente e successiva alla riforma del 2007, il mutamento di disciplina riguarda essenzialmente la definizione della fattispecie di reato e la composizione dell'organo giudicante, nonché la procedura dinanzi ad esso seguita.

Il riferimento al non meglio definito reato di «alto tradimento» è 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).

¹⁹ M. CAVINO, *L'irresponsabilità del Capo dello Stato*, cit., 204.

Il testo oggi vigente ricalca, in larga misura, la proposta di revisione formulata dalla *Commission Avril*²⁰: le principali modifiche rispetto a tale proposta consistono nella soppressione della supplenza del Capo dello Stato in caso di decisione delle assemblee di procedere alla riunione in Alta Corte, nella riduzione del termine per l'adozione della decisione dell'Alta Corte da due mesi ad un mese e nell'aumento della maggioranza richiesta per la destituzione dalla maggioranza assoluta a quella dei due terzi²¹.

Dalla (invero recente) entrata in vigore della riforma, non si sono verificati casi di proposta di destituzione del Capo dello Stato. A tal proposito, si segnala che parte della dottrina francese ha, più in generale, 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»²².

Un cenno a parte merita la recente decisione di un pubblico ministero di Parigi di archiviare un'azione penale attivata nei confronti di una collaboratrice del Presidente della Repubblica, direttrice di gabinetto di Nicolas Sarkozy, accusata di favoreggiamento nell'ambito della conclusione di contratti tra l'Eliseo ed una società demoscopica. Alla direttrice di gabinetto del Presidente è stato, infatti, esteso il beneficio dell'irresponsabilità penale riconosciuto dall'art. 67 della Costituzione: ad avviso del pubblico ministero, «un direttore 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 è stata la Presidenza della Repubblica, il rappresentante di essa

²⁰ La *Commission Avril* fu istituita, con decreto n. 2202-961 del 4 luglio 2001, dall'allora Presidente della Repubblica Chirac: essa aveva il compito di condurre un'approfondita riflessione sullo statuto penale del Capo dello Stato e di formulare, conseguentemente, una proposta di riforma costituzionale. Il rapporto finale della *Commissione Avril* – così denominata dal nome del suo presidente, professore emerito di diritto costituzionale – è consultabile sul sito <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/024000635/0000.pdf>.

²¹ Si riporta, di seguito, il testo integrale dell'art. 68, così come risultante dalla proposta della *Commission Avril*: «Il Presidente della Repubblica può essere destituito solo in caso di mancato adempimento ai propri doveri manifestamente incompatibile con l'esercizio del suo mandato. La destituzione è pronunciata dal Parlamento costituito in Alta Corte.

La proposta di riunione dell'Alta Corte, adottata da una delle assemblee del Parlamento, è immediatamente trasmessa all'altra, che si pronuncia entro quindici giorni.

La decisione di riunire l'Alta Corte comporta l'impedimento del Presidente della Repubblica, le cui funzioni sono esercitate alle condizioni previste dal quarto comma dell'articolo 7. Questo impedimento ha fine, al più tardi, allo scadere del termine previsto al comma precedente.

L'Alta Corte è presieduta dal presidente dell'Assemblea nazionale. Statuisce entro due mesi, a scrutinio segreto, sulla destituzione. La sua decisione ha effetti immediati.

Le decisioni assunte in applicazione del presente articolo lo sono a maggioranza dei membri che compongono l'assemblea interessata o l'Alta Corte. Vengono scrutinati unicamente i voti favorevoli alla proposta di riunione dell'Alta Corte o alla destituzione.

Una legge organica determina le condizioni di applicazione del presente articolo».

²² Cfr. F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 30^a ed., 2007, 626.

beneficia – secondo il procuratore – di una irresponsabilità «permanente, assoluta e reale», che è volta «a proteggere la funzione presidenziale e non il suo titolare» e che deve, pertanto, 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 Guy Carcassonne ha definito la posizione sostenuta dal pubblico ministero come «*extravagante et opportunément extensive*», nonché contraria alla giurisprudenza della *Cour de cassation* che, nella citata sentenza del 10 ottobre 2001, pur escludendo – come visto – la possibilità di perseguire penalmente il Capo di Stato durante il suo mandato, precisava che «i giudici istruttori sono comunque competenti nell'istruzione dei fatti nei confronti di ogni altro individuo, autore o complice».

2.2. Gli atti extrafunzionali

Più articolata, e fonte di maggiori contrasti interpretativi, legati, tra l'altro, alla soluzione di casi concreti, appare la questione della responsabilità del Presidente della Repubblica francese per atti compiuti 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.

2.2.1. La responsabilità presidenziale per atti extrafunzionali prima del 2007

L'art. 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. La dottrina, dal canto suo, sembrava generalmente propensa ad escludere tali atti 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, fu denunciato per violazione delle leggi sulle pubbliche affissioni in campagna elettorale ed il *Tribunal correctionnel* di Parigi giudicò nel merito la questione, respingendo la domanda, ma nulla eccependo in ordine alla sua competenza²³. Nel secondo caso, furono prima il Tribunale amministrativo e poi la Procura della Repubblica di Parigi a respingere, per l'indeterminatezza dei fatti contestati, le domande di un cittadino francese che chiamava in causa il Presidente Chirac per un illecito relativo alla conduzione del suo domicilio privato: anche in questo caso, nulla fu eccepito in ordine alla competenza della magistratura ordinaria²⁴.

La questione si ripropose con rinnovato vigore nel maggio 1998, quando il nome del Presidente

²³ Sulla vicenda, cfr. L. FAVOREU, *La Cour de Cassation, le Conseil Constitutionnel et la responsabilité pénale du Président de la République*, in *Dalloz*, 2001, n. 42, 3365.

²⁴ Sul punto, cfr. R. BADINTER, *La responsabilité pénale du Président de la République sous la Vème République*, in *Mélanges Patrice Gélard. Droit Constitutionnel*, Paris, 1999, 157.

Chirac emerge 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 della capitale²⁵. Il dubbio interpretativo ruotava intorno al modo in cui dovesse essere letto il rapporto tra i primi due periodi dell'art. 68 della Costituzione, il quale – lo ricordiamo – prevedeva che «il Presidente della Repubblica non è responsabile degli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni se non per alto tradimento. Egli può essere messo in stato d'accusa soltanto dalle due Assemblee, che deliberano con voto identico a scrutinio palese e a maggioranze dei loro componenti; egli è giudicato da un'Alta Corte di Giustizia». Da un lato, v'era chi propendeva per un'interpretazione congiunta di essi, per cui la previsione di un foro speciale doveva essere riferita soltanto all'ipotesi prefigurata nella prima parte della disposizione, vale a dire l'alto tradimento quale eccezione all'irresponsabilità funzionale. D'altro lato, v'erano coloro che sostenevano la necessità di procedere ad una lettura separata dei due periodi, attribuendo alla previsione della competenza dell'Alta Corte il valore di un più generale privilegio di giurisdizione, con la conseguenza che anche l'eventuale responsabilità per atti estranei all'esercizio delle funzioni avrebbe dovuto essere accertata da questo organo speciale²⁶.

A risolvere – almeno apparentemente – il richiamato contrasto interpretativo fu il *Conseil constitutionnel*, che, adito ai sensi dell'art. 54 della Costituzione per verificare la compatibilità con quest'ultima del trattato istitutivo della Corte penale internazionale firmato a Roma nel luglio 1998, affermò, con specifico riferimento all'art. 68, 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»²⁷. Il *Conseil* ha, in questo modo, accolto l'interpretazione della disposizione costituzionale favorevole alla previsione di un privilegio di giurisdizione per il Presidente durante il suo mandato in tutti i casi in cui fosse emersa una sua responsabilità penale. Tale lettura fu successivamente confermata in un comunicato stampa dello stesso *Conseil*²⁸.

²⁵ Ricorda A. SPERTI, *La responsabilità del Presidente della Repubblica. Evoluzione e recenti interpretazioni*, Torino, Giappichelli, 2010, 213, come l'allora ministro della giustizia Elizabeth Guigou avesse dichiarato che «come tutti i francesi, il Presidente della Repubblica può essere tradotto davanti ai tribunali se ha commesso reati. Non vedo perché prevederemmo un sistema speciale per il Presidente della Repubblica, poiché è chiaramente stabilito che, per i reati di diritto comune, non vi è alcuna differenza» (in *Le Monde*, 19 maggio 1998, 1).

²⁶ Cfr. B. GENEVOIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit pénal international*, in *Revue française de droit administratif*, 1999, 285, che ricostruisce le varie posizioni dottrinali sul punto. Si vedano anche A. SPERTI, *La responsabilità del Presidente della Repubblica*, cit., 211 ss., nonché M. CAVINO, *L'irresponsabilità del Capo dello Stato*, cit., 216 ss.

²⁷ *Décision* n. 98-408 DC del 22 gennaio 1999, *considérant* 16.

²⁸ Questo il testo integrale del comunicato stampa del 10 ottobre 2000: «Il *Conseil constitutionnel*, le cui decisioni si impongono, in virtù dell'articolo 62 della Costituzione, a tutte le autorità amministrative e giurisdizionali, reagisce solo eccezionalmente ai commenti pubblici che lo riguardano. Tale è il caso odierno, in ragione di dichiarazioni che mettono in causa l'onore dell'istituzione e di ognuno dei suoi membri, presentando come il risultato di un "mercato" tra il

Questa decisione suscitò 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 concentrò 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»²⁹.

Il giudice istruttore incaricato dell'inchiesta in cui era coinvolto il Presidente Chirac accolse questa seconda interpretazione e si dichiarò pertanto incompetente con ordinanza del 15 aprile 1999. Questa ordinanza fu poi confermata, in sede di appello, dalla *Cour d'appel* di Versailles³⁰. Nello stesso senso si pronunciarono successivamente altri giudici che conducevano inchieste che vedevano coinvolto lo stesso Chirac³¹, ma una delle ordinanze così emesse, dopo essere stata confermata in appello, fu impugnata dinanzi alla Corte di cassazione, che giunse così a pronunciarsi, in *Assemblée plénière*, il 10 ottobre 2001.

La Suprema Corte affermò, in primo luogo, che «se l'autorità delle decisioni del *Conseil*

Presidente del *Conseil constitutionnel* allora in funzione ed il Presidente della Repubblica la parte della decisione del 22 gennaio 1999 relativa alla responsabilità penale del Capo dello Stato.

Così, il *Conseil* ritiene necessario ricordare che:

1) Le deliberazioni del *Conseil constitutionnel* sono collegiali. È inammissibile presentare i suoi membri come suscettibili di cedere a pretesi calcoli di uno di loro.

2) Il *Conseil constitutionnel* ha dovuto rispondere, nel 1999, ad una richiesta congiunta del Presidente della Repubblica e del Primo ministro relativa alla compatibilità con la Costituzione del trattato sulla Corte penale internazionale. Ha dunque proceduto, come ha il dovere di fare, ad una analisi esaustiva di questo testo, per affermare precisamente in che cosa contraddicesse la Costituzione, in particolare il suo articolo 68.

3) Conforme al testo dell'articolo 68 della Costituzione, la decisione del 22 gennaio 1999 precisa che lo statuto penale del Presidente della Repubblica, trattandosi di atti anteriori al suo mandato o distaccabili dalle sue funzioni, riserva, durante il mandato, la possibilità di intraprendere azioni penali dinanzi alla sola Alta Corte di Giustizia.

Lo statuto penale del Presidente della Repubblica non conferisce, dunque, una "immunità penale", ma un privilegio di giurisdizione durante il corso del mandato.

Così è assicurato, secondo la tradizione costituzionale della Francia, il rispetto dei principi repubblicani».

²⁹ Cfr. *Décision* n. 62-18 L del 16 gennaio 1962, ma la giurisprudenza sul punto è costante.

³⁰ Le pronunce citate sono consultabili in *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 2002, 88 ss.

³¹ Si tratta delle ordinanze rese nel novembre 1999, nel dicembre 2000 e nel luglio 2001 dai magistrati incaricati, rispettivamente, delle indagini su denunce di frode depositate da Pierre-Alain Brossault, sull'*affaire* della *SEMPAP* (*Société d'économie mixte parisienne de prestation*) e sull'*affaire* dei *lycées de l'Île de France*. Inoltre, nel marzo 2001, il Presidente Chirac fu convocato come testimone nell'ambito delle indagini sull'*affaire des HML de la Ville de Paris*, ma si rifiutò di presentarsi. Il magistrato si dichiarò poi incompetente.

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 *Cour de cassation* 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* è competente soltanto a conoscere degli atti di «*haute trahison*» 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». In una parola, la Corte di cassazione negava la tesi del privilegio assoluto di giurisdizione, limitandolo al caso di alto tradimento, ma riconosceva l'improcedibilità assoluta durante il mandato, con sospensione dei termini di prescrizione.

Giova, peraltro, ricordare che nell'intervallo di tempo intercorso tra la pronuncia del *Conseil constitutionnel* e quella della *Cour de Cassation* era stata depositata una proposta di legge di revisione costituzionale volta alla modifica dell'art. 68 della Costituzione. Tale proposta prevedeva l'aggiunta, al testo allora vigente, 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»³². L'intenzione era, all'evidenza, 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 (su cui vedi *infra*).

2.2.2. *La responsabilità presidenziale per atti extrafunzionali dopo la riforma del 2007*

Come anticipato, la disciplina attuale della responsabilità del Presidente della Repubblica per atti estranei all'esercizio delle sue funzioni è contenuta nel secondo e terzo comma dell'art. 67 della Costituzione, il quale prevede che al Presidente non possa essere richiesto, durante il suo mandato e di fronte ad alcuna giurisdizione o autorità amministrativa francese, di testimoniare, e che egli non possa essere oggetto di un'azione giudiziaria, di un'indagine, di un atto di istruzione giudiziaria o di citazione. È altresì prevista la sospensione nei suoi riguardi di tutti i termini di prescrizione o di decadenza, mentre tutte le istanze e le procedure sospese o non avviate potranno essere riprese o avviate contro di lui al termine del mese che segue la cessazione del suo mandato.

A questo proposito, può notarsi come, rispetto alla proposta formulata dalla *Commission Avril*, l'unica differenza riscontrabile riguarda l'eliminazione del rinvio ad una successiva legge organica per determinare le condizioni per la riassunzione o l'avvio dei procedimenti nei confronti del Presidente e la sua sostituzione con la previsione del termine di un mese³³.

2.3. *La costituzione come «parte civile» del Presidente della Repubblica*

Recentemente si è posta la questione relativa alla possibilità, per il Presidente della Repubblica, di costituirsi parte civile nell'ambito di un procedimento penale. Il codice di rito, infatti, nulla prevede in proposito (art. 2, codice di procedura penale). Nel silenzio della legge, è dunque accaduto che il Presidente della Repubblica si sia costituito parte civile, come testimoniato dal caso *Clearstream*, che ha condotto al proscioglimento in primo grado, ad opera del *Tribunal correctionnel* di Parigi, dell'ex primo ministro Dominique de Villepin.

³² Testo adottato il 19 giugno 2001. Cfr. <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/024000635/0000.pdf>, p. 78.

³³ Nel testo formulato dalla Commissione, infatti, era previsto che «le condizioni nelle quali queste procedure potrebbero essere avviate o riprese dopo la cessazione del mandato sono fissate da una legge organica». Nel rapporto finale della Commissione si legge quanto segue: «Con riguardo [...] alla durata della protezione, questa non può che essere legata al mandato. È quest'ultimo, e solo quest'ultimo, che giustifica la protezione. È dunque a questa durata, e solo a questa durata, che [la protezione] deve essere limitata. Se il Presidente della Repubblica non è soggetto al giudizio come gli altri, l'ex-Presidente della Repubblica torna ad esserlo, altrimenti le immunità destinate alla funzione diverrebbero privilegi attribuiti alla persona. È anche la ragione per cui la legge organica deve organizzare la sospensione di tutti i termini di prescrizione o di decadenza – quali sono previsti dal diritto attualmente in vigore, quali che siano le critiche che, peraltro, questo suscita – affinché, se del caso, azioni rese impossibili durante il mandato possano prendere o riprendere un corso normale al termine di questo. Tutt'al più, parrebbe auspicabile fare in modo che i termini ricomincino a decorrere solo un mese dopo la cessazione del mandato, sia per premunirsi contro gli inconvenienti che potrebbero derivare dalla precipitazione, sia per salvaguardare i diritti dei terzi».

La decisione del Presidente di costituirsi parte civile nel processo di primo grado – seppure, si ripete, del tutto legittima dal punto di vista formale – ha suscitato critiche, in dottrina e nell’opinione pubblica, quanto alla sua opportunità: anche per questo è stata accolta con favore la recente rinuncia a rinnovare detta costituzione nel giudizio di appello³⁴.

A questo proposito merita, inoltre, ricordare come, il 10 novembre 2010, la *Chambre criminelle* della *Cour de cassation* abbia rigettato la richiesta di sollevamento di una questione prioritaria di costituzionalità dinanzi al *Conseil constitutionnel*, vertente sulla compatibilità dello statuto giurisdizionale del Presidente della Repubblica con il principio della separazione dei poteri, il rispetto dei diritti della difesa ed il diritto ad un giusto processo.

Tale questione prendeva origine da un processo per truffa nell’ambito del quale Nicolas Sarkozy si era costituito parte civile, avendo egli subito due prelievi illegali di 60 euro ciascuno dalla sua carta di credito.

Nel luglio 2009, il tribunale investito della causa aveva dichiarato ammissibile la richiesta di costituzione di parte civile avanzata dal Presidente della Repubblica, ma aveva allo stesso tempo sospeso il giudizio sulle relative istanze sino alla scadenza del termine di un mese successivo alla cessazione del Presidente medesimo dalle sue funzioni (alla luce di quanto disposto – lo ricordiamo – dall’art. 67, comma 3, della Costituzione). Confermata in appello, la decisione è stata impugnata in Cassazione, di fronte alla quale è stata formulata la seguente questione prioritaria di costituzionalità: «è l’articolo 2 del codice di procedura penale contrario alla Costituzione in riferimento agli artt. 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?».

Secondo la *Cour de cassation*, tale questione mancava del carattere di serietà richiesto e mirava, in realtà, a precisare il campo di applicazione dell’art. 2 del codice di procedura penale rispetto all’art. 67 della Costituzione, questione che, dunque, rientra – secondo la suprema Corte – pienamente nella competenza interpretativa del giudice ordinario.

Si attende, quindi, la pronuncia sul punto.

³⁴ Cfr. intervista a Robert Badinter, comparsa su *Le Monde* il 30 gennaio 2010.

3. I membri del Governo

La responsabilità civile dei membri del Governo risponde alle comuni regole di diritto valevoli per tutti i cittadini.

Il regime della responsabilità penale dei membri del Governo riposa, invece, sulla distinzione tra atti commessi nell'esercizio delle funzioni ed atti estranei a detto esercizio.

3.1. La responsabilità penale dei membri del Governo per atti funzionali

La responsabilità penale per gli atti compiuti nell'esercizio delle funzioni è regolata dal Titolo X della Costituzione. L'attuale disciplina costituisce il frutto della revisione costituzionale del 27 luglio 1993. Sino a quella data, infatti, la procedura di messa in stato d'accusa dei membri del Governo prevedeva esclusivamente il privilegio di giurisdizione: il giudizio era, cioè, demandato alla stessa *Haute Cour de Justice* che era chiamata a giudicare il Presidente della Repubblica, e seguiva il medesimo procedimento (allora) previsto per quest'ultimo, mentre per la definizione dei crimini e dei delitti, così come per la determinazione delle pene, si faceva rinvio alle leggi penali in vigore nel momento in cui i fatti risultavano commessi.

L'esperienza concreta di utilizzo di questa procedura mostrò come il privilegio di giurisdizione potesse, in realtà, trasformarsi in una vera e propria impunità per i membri del Governo, i quali, in varie occasioni, riuscirono effettivamente a sottrarsi al procedimento di messa in stato d'accusa grazie all'appoggio della maggioranza parlamentare e ad un'interpretazione ampia della nozione di atto rientrante nell'esercizio delle funzioni³⁵.

La nuova disciplina della responsabilità ministeriale c.d. funzionale ha cercato, quindi, di ridimensionare la componente politica sia sul piano della composizione dell'organo giudicante, sia sul piano della procedura, ed in particolare del potere di iniziativa, prevedendo, da un lato, l'istituzione di un nuovo giudice, denominato *Cour de Justice de la République* e composto da dodici parlamentari e tre giudici della Corte di cassazione, e riconoscendo, dall'altro lato, il diritto di agire a chiunque sia stato vittima di un crimine commesso da un ministro nell'esercizio delle funzioni³⁶.

Gli articoli 68-1, 68-2 e 68-3 della Costituzione francese prevedono, infatti, quanto segue:

Articolo 68-1

I membri del Governo sono penalmente responsabili degli atti compiuti

³⁵ Un'analisi delle mozioni di messa in stato d'accusa di membri del Governo prima della riforma del 1993 è condotta da D. MAUS, *La pratique institutionnelle française. 1er janvier – 31 mars 1992*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 1992. Sul tema, v. anche E. DEZEUZE, *Un éclairage nouveau sur le statut pénal du Président de la République*, in *Revue des sciences criminelles*, 1999/3, 500 ss.

³⁶ Cfr. M. CAVINO, *L'irresponsabilità del Capo dello Stato*, cit., 213.

nell'esercizio delle proprie funzioni e qualificati come reati nel momento in cui sono commessi.

Essi sono giudicati dalla Corte di giustizia della Repubblica.

La Corte di giustizia della Repubblica è vincolata dalla descrizione dei reati nonché dalla determinazione delle pene previste dalla legge.

Articolo 68-2

La Corte di giustizia della Repubblica comprende quindici giudici: dodici parlamentari, eletti nel proprio seno e in numero uguale, dall'Assemblea nazionale e dal Senato dopo ogni rinnovo generale o parziale delle assemblee stesse e tre magistrati giudicanti della Corte di cassazione, di cui uno presiede la Corte di giustizia della Repubblica.

Chiunque si ritenga lesa da un reato commesso da un membro del Governo nell'esercizio delle proprie funzioni può sporgere denuncia presso un'apposita commissione delle istanze.

Detta commissione ordina l'archiviazione della procedura, oppure la trasmissione della stessa al Procuratore generale presso la Corte di cassazione ai fini del ricorso alla Corte di giustizia della Repubblica.

Il Procuratore generale presso la Corte di cassazione può altresì presentare ricorso d'ufficio alla Corte di giustizia della Repubblica su parere favorevole della commissione delle istanze.

Le condizioni di applicazione del presente articolo sono stabilite con legge organica.

Articolo 68-3

Le disposizioni del presente titolo sono applicabili ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore dello stesso.

La Commissione delle istanze è composta da tre magistrati della Corte di cassazione, due membri del Consiglio di Stato e due membri della Corte dei conti. Una volta adita la Corte di Giustizia, il caso è sottoposto ad una commissione istruttoria, composta da tre consiglieri della Corte di cassazione, che ascolta i membri del Governo e decide se proseguire il giudizio. Le decisioni della Corte di Giustizia della Repubblica sono ricorribili per cassazione.

Il meccanismo descritto è stato per la prima volta utilizzato nel 1999 nell'ambito della nota inchiesta sul sangue infetto: la commissione istruttoria ha, infatti, in quell'occasione rinviato a giudizio con l'accusa di omicidio colposo due ex ministri del Governo di Laurent Fabius (1984-

1986), Georgina Dufoix ed Edmond Hervé, nonché lo stesso Primo ministro. Il processo, che si è concluso con il proscioglimento di Fabius e Dufoix e con la condanna (con dispensa dalla pena) di Hervé, ha tuttavia suscitato nuove polemiche sulla efficacia della procedura. Le maggiori critiche si sono appuntate sull'impossibilità per le vittime di costituirsi parte civile – con la conseguenza che esse non possono avere accesso agli atti, che i loro avvocati non possono intervenire e che, per ottenere un indennizzo, esse dovrebbero iniziare un diverso processo civile – e sul fatto che, laddove siano coinvolti, come nel caso di specie, altri soggetti non appartenenti al Governo, questi ultimi devono essere giudicati con separati processi dai tribunali ordinari.

3.2. La responsabilità penale dei membri del Governo per atti extrafunzionali

La responsabilità penale dei membri del Governo per gli atti estranei all'esercizio delle funzioni segue le comuni regole di diritto. La competenza a giudicare i ministri (ivi compreso il Primo ministro) appartiene ai giudici ordinari. Si danno, pertanto, casi di condanna di ministri, ad esempio, per diffamazione, come avvenuto, nel 1997, ad Elizabeth Guigou o, nel 1999, a Catherine Trautmann³⁷.

La richiamata riforma del 1993 ha, d'altro canto, secondo alcuni avuto significative ricadute sull'interpretazione data dalla *Cour de cassation* alla nozione di atto rientrante nell'esercizio delle funzioni: si è, così, registrata una riduzione dell'ambito degli atti funzionali a quelli che hanno un rapporto diretto con la gestione degli affari di Stato ad esclusione degli atti relativi alla vita privata o ai mandati elettivi locali (sentenza *Carignon* del 26 giugno 1995)³⁸, ed è stata altresì operata una più netta distinzione tra gli atti compiuti nell'esercizio delle funzioni e quelli compiuti *in occasione* dell'esercizio delle funzioni, ritenendo che soltanto i primi potessero essere sottratti al regime comune di responsabilità (sentenza *Noir* del 6 febbraio 1997)³⁹.

³⁷ Cfr. P. ARDANT, *Institution politiques et droit constitutionnel*, cit., 514.

³⁸ Cfr. E. DEZEUZE, *Un éclairage nouveau sur le statut pénal du Président de la République*, cit., 501.

³⁹ Nel caso di specie si trattava di una colazione di lavoro tra il Ministro ed i suoi collaboratori. Sul tema, v. D. CHAGNOLLAUD, *Le Président et la doctrine: à propos de la responsabilité pénale du Chef de l'État*, in *Revue du droit public*, 1999, 1676.

GERMANIA (diritto federale)

di Maria Theresia Rörig

Parte I – Un inquadramento del tema in relazione alla forma del governo

1. L'individuazione dei titolari del potere esecutivo

Nella Repubblica federale tedesca, il *potere esecutivo* spetta al Governo federale, costituito dal Cancelliere e dai ministri federali (art. 62 Legge fondamentale, LF) ossia dal Consiglio dei Ministri, presieduto dal Cancelliere stesso⁴⁰. Il vertice dell'esecutivo – dal quale è escluso il Capo dello Stato federale ovvero il Presidente della Repubblica (*Bundespräsident*) – connota a tal punto la forma di governo che essa viene definita anche Cancellierato – *Kanzlerdemokratie*⁴¹.

La figura di Cancelliere federale, disciplinata agli articoli 62 al 69 LF, riveste un ruolo cruciale nella forma di governo tedesca: è il Cancelliere che, una volta ricevuta la fiducia del *Bundestag*, propone la nomina (e la revoca) dei ministri (che sono responsabili solo di fronte al Cancelliere e cessano dalle loro funzioni – *ex art. 69, comma 2, LF* – quando cessano quelle del Cancelliere), designa un ministro federale come suo sostituto e determina le direttive politiche generali dell'azione governativa (e dei singoli rami dell'amministrazione), assumendosene la responsabilità davanti al *Bundestag*.

Il cancelliere viene eletto dal *Bundestag* (art. 63 LF), su indicazione del *Bundespräsident*. I margini di manovra del Presidente sono, peraltro, assai ristretti, in quanto da sempre subordinati all'accordo tra i partiti per la composizione delle coalizioni, sulla base di scelte avvenute, con poche eccezioni, prima delle elezioni.

I ministri vengono nominati e revocati dal *Bundespräsident*, e, una volta nominati, assumono la carica senza alcun passaggio parlamentare. Il cancelliere ha la competenza esclusiva di proporre al Capo dello Stato la nomina e la revoca dei ministri, i quali, in quest'ultimo caso, non possono che subire la decisione assunta dal cancelliere. Questa è una delle componenti di quello che viene

⁴⁰ Cfr., per ulteriori ragguagli, M. CACIAGLI, *Germania una "democrazia del cancelliere"?*, in *Capi di Governo*, a cura di G. Pasquino, Bologna, Il Mulino 2005, 73 ss.

⁴¹ Uno dei cardini della *Kanzlerdemokratie* è rappresentato dalla cancelleria federale, il *Bundeskanzleramt*, che rappresenta l'apparato amministrativo servente del capo del governo tedesco. Sebbene svolga compiti propri di una segreteria, quali quelli di convocare le riunioni del governo e di preparare l'ordine del giorno dei suoi lavori, e sebbene non venga neppure menzionata nella Legge fondamentale, il suo compito principale non è scevro di rilievo politico, riguardando la preparazione e l'attuazione della politica del cancelliere. Il *Bundeskanzleramt* coordina, altresì, il lavoro dei ministri e presiede all'esecuzione dell'indirizzo politico del governo. Raccoglie le relazioni periodiche dei ministri; le sue divisioni riflettono, spesso anche nel nome, i vari ministeri di riferimento.

chiamato il *Kanzlerprinzip* (principio monocratico a beneficio del cancelliere)⁴².

Un'altra componente di tale principio è la c.d. *Richtlinienkompetenz*, cioè la definizione e la responsabilità delle linee generali della politica governativa. I ministri devono seguire le linee generali indicate, pur essendo dotati di autonomia ed assumendosi la responsabilità nella loro realizzazione negli ambiti di loro specifica competenza.

Il cancelliere decide inoltre la struttura del governo, stabilendo quali dicasteri devono essere istituiti e con quali competenze. È quello che viene chiamato il "potere organizzativo" del cancelliere, sul quale non può interferire il *Bundestag*. Tale potere non si estende tuttavia alla struttura interna dei singoli dicasteri, la cui organizzazione rientra nell'autonomia dei singoli ministri. Questo potere, come quello di attuazione delle linee guida dettate dal cancelliere, costituisce l'altro principio che regola la vita dei governi tedeschi, il "*Ressortprinzip*" (principio ministeriale), dove "*Ressort*" è appunto l'insieme delle deleghe attribuite a ciascun ministro.

Il terzo principio che regola la vita del governo è il *Kabinetprinzip* (principio di gabinetto), relativo alla collegialità del gabinetto, per il quale, in caso di dissensi tra i ministri, la decisione spetta al Governo nel suo insieme. La coesistenza dei principi appena indicati è desumibile dall'art. 62 LF, sebbene non sia ivi espressamente affermata.

2. I rapporti tra titolari del potere esecutivo e titolari del potere legislativo

L'art. 66 LF, che regola le disposizioni in materia di inconciliabilità (*Unvereinbarkeit*) tra la carica di Cancelliere e di ministro federale e l'esercizio di attività diverse, stabilisce che "*il Cancelliere federale ed i ministri federali non possono rivestire alcuna altra carica retribuita, né svolgere attività economica o professionale né far parte degli organi direttivi o, senza autorizzazione del Bundestag, del consiglio di vigilanza di imprese commerciali.*"⁴³

L'art. 66 LF ha più di una *ratio*. Con il riferimento ad "altre cariche retribuite" la norma

⁴² Nella nomina dei ministri, il *Kanzlerprinzip* non è privo di ostacoli. Oltre alle molte regole non scritte, ma di fatto cogenti, per il cancelliere che deve formare il governo, pesano le condizioni poste dai *partners* minori della coalizione. La scelta dei ministri e l'assegnazione dei dicasteri ha naturalmente conseguenze sui rapporti interni al governo. Meno libere sono le scelte del cancelliere, più il *Kanzlerprinzip* cede il passo al *Kabinetprinzip* ed al *Ressortprinzip* (v. *infra*, nel testo). Tanto che si è incominciato a parlare finanche della trasformazione della *Kanzlerdemokratie* in una *Konkordanzdemokratie*.

⁴³ L'art. 5 della legge 7 giugno 1953 (*Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Mitglieder der Bundesregierung - Bundesministergesetz*), emanata in applicazione del principio espresso all'art. 66 del *Grundgesetz*, da ultimo modificata con la legge del 23 ottobre 2008, specifica quanto segue: *a*) i componenti del Governo federale non possono esercitare alcun altro incarico retribuito, alcun mestiere o attività professionale parallelamente al loro ufficio; *b*) i componenti del Governo non devono appartenere ad alcun comitato di direzione o di sorveglianza di un'impresa con scopo di lucro (possono però essere previste deroghe) o di agire come arbitro o perito stragiudiziale dietro retribuzione; *c*) i componenti del Governo federale non possono rivestire cariche onorifiche pubbliche durante il loro mandato (possono però essere previste deroghe); *d*) i componenti del Governo federale, nonché coloro che ne hanno fatto parte, devono rendere conto dei doni ricevuti in qualità di membri del Governo. Il Governo si riserva l'utilizzo di detti doni.

costituzionale richiama le altre cariche pubbliche, sia a livello del *Bund* che dei *Länder*. In questo senso, il principio costituzionale della separazione dei poteri trova una sua realizzazione in concreto, non solo nella declinazione montesquieuiana, ma anche in senso verticale e quindi in relazione al principio dello Stato federale ed all'idea dell'amministrazione autonoma.

Come si evince però dal riferimento alla "attività economica e professionale", la norma va oltre, mirando, non solo alla realizzazione della separazione dei poteri (che è comunque sottoposta a limiti, come si vedrà *infra*), ma anche alla separazione degli interessi sociali, e soprattutto degli interessi economico-commerciali, da quelli inerenti l'esercizio delle alte cariche. Si cerca infatti di evitare una commistione tra interessi economici e quelli pubblici ed in un senso più ampio i conflitti di interesse⁴⁴.

Il perseguimento di tali scopi incontra limiti. La Legge fondamentale tedesca non vieta, per quanto qui rileva, la possibilità che i titolari del potere esecutivo (capo del Governo e ministri) siano parlamentari. I membri del Governo possono, quindi, mantenere il loro *status* di parlamentare: ed è ciò che solitamente fanno.

La compatibilità della funzione governativa con lo *status* di parlamentare non è del tutto pacifica, tanto da essere contestata da una dottrina minoritaria. L'opinione prevalente riconosce, però, la compatibilità delle due funzioni, che si evince, del resto, anche dall'interpretazione letterale dell'art. 66 LF, in cui si stabilisce soltanto l'inconciliabilità con un'altra "carica" retribuita ("*Amt*") e non invece con un "mandato" ("*Mandat*") parlamentare⁴⁵. Inoltre, tale interpretazione è in conformità con la tradizione politica europea e viene confermata, indirettamente, dall'art. 53, comma 1, per. 2, LF, ai cui termini "*la Commissione mista è formata per due terzi da deputati del Bundestag e per un terzo da membri del Bundesrat. I deputati vengono eletti dal Bundestag proporzionalmente alla consistenza dei gruppi parlamentari; essi non possono far parte del Governo federale [...]*".

Del resto, nella prassi, i membri del Governo tedesco sono generalmente tratti dal Parlamento e mantengono il loro mandato parlamentare. Pertanto, il Cancelliere ed i ministri possono, in qualità di parlamentari, fruire della tutela per questi approntata (v. *infra*).

Parte II – La presenza fisica dell'imputato nel processo penale

1. Il tipo di processo e le conseguenze in ordine al significato che la presenza

⁴⁴ Cfr. R. HERZOG, in Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 58. edizione *online* 2010, Art. 66, n. 2-5.

⁴⁵ Cfr. R. HERZOG, *op. cit.*, Art. 66, n. 33. Si noti che la disciplina in materia di conflitto di interessi è stata definita da taluno una '*lex imperfecta*', perché essa non prevede alcuna sanzione. Una parte minoritaria della dottrina ha però interpretato la norma in base agli artt. 63 e 64 del *Grundgesetz*, ricavandone la competenza del Presidente federale ad accertare, durante il procedimento di formazione del Governo, la sussistenza di un conflitto: poiché in base al contenuto dell'art. 66 della *Grundgesetz* i divieti decorrono dal momento dell'entrata in carica, il Presidente federale non potrebbe procedere alla nomina di un componente del Governo se quest'ultimo risultasse in una situazione di conflitto di interessi accertato.

riveste

1.1. Brevi cenni sul diritto processuale penale tedesco

Il diritto processuale penale tedesco⁴⁶ è imperniato soprattutto sulla legge sull'ordinamento giudiziario, il *Gerichtsverfassungsgesetz* (GVG), e sul codice di procedura penale, la *Strafprozessordnung* (StPO). Mentre il primo regola i presupposti sui quali si basa il diritto processuale, come gli ambiti di competenza dei tribunali etc., il *processo penale*, dalle indagini preliminari alla fase dibattimentale, fino all'esecuzione, costituisce l'oggetto della StPO. Inoltre, la Legge fondamentale svolge una funzione direttiva e di orientamento per l'intero sistema processuale penale. Al suo interno trova, infatti, tutela la difesa del singolo cittadino di fronte al potere statale e quindi anche a quello giudiziario. L'ordinamento processuale penale e la sua applicazione nel caso concreto devono pertanto rispecchiare la gerarchia di valori delineata nel testo costituzionale.

Per quanto concerne, in particolare, le funzioni di accusa il pubblico ministero (PM – *die Staatsanwaltschaft*) deve agire d'ufficio non appena sia constatato il c.d. “sospetto iniziale” dell'avvenuta commissione di un reato. Si tratta dell'*Offizialprinzip*, stabilito dall'art. 152, comma 1, StPO. In altri termini, lo Stato gode, in via di principio, del monopolio dell'accusa (va però aggiunto che tale principio non è assoluto, ammettendo alcuni correttivi).

Strettamente legato al monopolio statale, il principio di legalità – *das Legalitätsprinzip* – o di obbligatorietà dell'azione penale (*der Verfolgungs und Anklagezwang*) si fonda sull'uguaglianza assoluta dei cittadini dinanzi alla legge penale: ai sensi dell'art. 152, comma 2, StPO, il pubblico ministero deve perseguire tutti i reati⁴⁷. Lo Stato deve procedere contro ogni persona sospetta allo stesso modo, senza operare discriminazioni di alcun genere. Il principio di obbligatorietà deriva direttamente dal divieto di arbitrarietà ed assume nello Stato di diritto una funzione fondamentale.

Un'altra caratteristica della procedura penale tedesca è rappresentata dal principio dell'istruzione (*das Instruktionprinzip, der Ermittlungsgrundsatz*) o principio della “verità materiale”, il quale impone al pubblico ministero ed ai giudici di accertare nel modo più compiuto possibile la verità materiale, consentendo al giudice di istruire un caso e di formarsi un intimo convincimento. Il principio rileva, inoltre, come principio fondamentale in ambito probatorio. Per scoprire la verità, il giudice è tenuto a porre d'ufficio ogni questione o ad assumere d'ufficio ogni mezzo di prova che possa contribuire alla decisione. Più specificamente, il giudice, *ex art. 250 StPO*, ascolta le parti e raccoglie gli elementi probatori suscettibili d'influire sulla decisione, onde fondare il giudizio sulle

⁴⁶ Per un approfondimento, v. M. CHIAVARIO, *Procedure penali d'Europa*, Padova, Cedam, 2001, 175 ss., nonché K. JARVERS, *Profili generali del diritto processuale penale tedesco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 930 ss.

⁴⁷ La regola concerne, tuttavia, solo i crimini ed i delitti di una certa importanza. Questo comporta – anche in ragione dell'incremento della micro-criminalità – che il c.d. “principio dell'opportunità dell'azione” (*das Opportunitätsprinzip*) ha progressivamente sostituito, per una cospicua serie di reati, il principio di legalità. Per i reati minori, infatti, il pubblico ministero può decidere per un'archiviazione discrezionale o condizionata.

prove raccolte in udienza; l'audizione di un testimone, di un complice dell'imputato o di un perito può, però, talvolta essere sostituita dalla lettura di un verbale delle precedenti dichiarazioni di costoro. D'altronde, ai sensi dell'art. 261 StPO, il giudice, per risolversi nel senso della condanna, *deve* raggiungere un'intima convinzione, esente da dubbi (*der Grundsatz der freien Beweiswürdigung*), giacché il dubbio va a vantaggio dell'imputato.

Il procedimento ordinario di primo grado, sostanzialmente identico dinanzi a qualsiasi giurisdizione e per qualsiasi reato, si sviluppa attraverso tre snodi processuali: a) la fase preparatoria (*das Vorverfahren*) ossia delle indagini preliminari – dominata dal PM e dalla polizia –, che ha lo scopo di accertare se nei confronti dell'imputato possa essere ipotizzato un reato, sì da legittimare l'esercizio dell'azione penale; l'intervento del giudice è circoscritto al controllo di legalità delle misure coercitive che PM o polizia possono ordinare nei confronti dell'imputato; b) la fase intermedia (*das Zwischenverfahren*), nel corso della quale si effettua una sorta di “controllo” giudiziario sulla risoluzione del pubblico ministero di esercitare l'azione penale; ove condivide le conclusioni del PM, il tribunale convalida l'atto di accusa ed apre nello stesso momento la fase del giudizio, se risulta verosimile che l'imputato verrà condannato; se invece il tribunale è contrario all'azione penale, questa viene “interrotta”, spettando in tal caso al pubblico ministero l'impugnazione; c) la fase del giudizio (*das Hauptverfahren*), che è imperniata sull'udienza dibattimentale, al termine della quale intervengono la decisione sulla colpevolezza dell'imputato e l'eventuale inflizione della sanzione. A caratterizzare questa fase non è la contrapposizione tra le parti⁴⁸, bensì piuttosto la ricerca giudiziaria della verità. L'organo giudicante vigila, comunque, a che sia assicurata la “parità delle armi” (*die Waffengleichheit*) tra l'imputato (che ha l'obbligo di comparire in udienza: v. *infra*) ed il pubblico ministero. Una possibile variante dell'*iter* ordinario è rappresentata dal procedimento per decreto penale, che può essere scelto dal pubblico ministero qualora il delitto sia passibile di sanzioni pecuniarie o al massimo dell'applicazione di un anno di reclusione condizionale.

⁴⁸ Si noti che, a stretto di rigore, il termine “parti” non è appropriato, in quanto il procedimento penale tedesco non si configura come processo di “parti”.

1.2. Il tipo di processo penale ed il conseguente significato della presenza dell'imputato

Il processo penale tedesco può essere descritto come un “procedimento di tipo accusatorio vincolato al [...] principio della ricerca della verità materiale (un principio inquisitorio)”⁴⁹.

Nel procedimento penale tedesco sono dunque rintracciabili elementi sia del processo di stampo inquisitorio che di quello accusatorio “puro”.

Corrisponde al *modello accusatorio* la caratteristica secondo la quale l'attività inquisitoria e quella decisoria sono demandate a due diverse autorità tra loro indipendenti. Il pubblico ministero persegue il reato, il giudice pronuncia la condanna⁵⁰. La verifica giurisdizionale è subordinata all'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero.

Il diritto processuale penale tedesco contiene, però, anche rilevanti *tratti del processo di stampo inquisitorio*. Dopo la formulazione dell'imputazione, il procedimento è affidato, sostanzialmente, al giudice. Nell'udienza preliminare e nel dibattimento, il giudice conduce gli interrogatori ed assume tutte le prove che ritiene necessarie; il principio della ricerca della verità materiale vincola tale attività. L'interrogatorio in contraddittorio, teoricamente ammesso dal codice di procedura, si spoglia perciò nella prassi di ogni significato. Pubblico ministero e difesa non possono disporre del materiale processuale. Sotto questo aspetto, sarebbe quindi scorretto parlare di procedimento basato sul contraddittorio o di processo di parti. Infatti, non sono le “parti” a poter controllare il processo nelle sue fasi decisive. La posizione del pubblico ministero nel dibattimento, del resto, si discosta dal modello accusatorio: a tale figura è attribuito dalla legge, non solo il ruolo dell'accusa, ma anche l'obbligo di mantenere l'imparzialità e di indagare anche sulle circostanze a discarico dell'imputato.

In definitiva, il processo penale tedesco ha una natura ibrida, frutto come è di un complesso equilibrio tra sistema accusatorio e sistema inquisitorio, tra oralità e scrittura, tra contraddittorio e accesso diretto alla prova da parte del giudice. Già da questi caratteri si ricava l'importanza che riveste la presenza anche fisica dell'imputato in quasi tutte le fasi processuali.

2. La disciplina della presenza dell'imputato

Nel diritto processuale tedesco, si constata in determinate circostanze un vero proprio dovere per l'imputato di comparire (*Erscheinungspflicht*) ossia di presenza.

Nel corso della *fase preparatoria*, il giudice ed il PM possono costringere l'imputato a comparire, eventualmente anche ricorrendo alla forza pubblica⁵¹. Sussiste in generale un *dovere* di

⁴⁹ Cfr. K. JARVERS, *op. cit.*

⁵⁰ Già nel 1975 è stata abolita in Germania la figura del giudice istruttore. Inoltre, il giudice di cognizione resta escluso da ogni attività istruttoria svolta nell'ambito delle indagini preliminari.

⁵¹ Artt. 133, 134, 163a, comma 3, StPO; Se l'imputato non è già stato posto in stato di fermo, il giudice o il PM

corrispondere alla regolare citazione da parte di un giudice o di un pubblico ministero.

Nella *fase del giudizio*, l'imputato ha, non solo *il diritto*, ma anche il *dovere* di presentarsi al dibattimento⁵²: l'art. 230, comma 1, StPO stabilisce: “*Contro un imputato assente il dibattimento non può aver luogo*”⁵³.

Il principio del contraddittorio impone, infatti, la comparizione e la costante presenza personale dell'imputato in udienza, imputato che ha il diritto di essere ascoltato e di partecipare, “ad armi pari” con il PM, al dibattimento, sollecitando l'assunzione delle prove che reputi necessarie. Attraverso l'art. 230, comma 1, StPO trovano realizzazione tanto il principio che sancisce il diritto di essere ascoltato dal giudice (art. 103 LF: *das rechtliche Gehör*) quanto il principio che ha come scopo la ricerca della verità materiale⁵⁴.

Il diritto tedesco, fondato come è sul contraddittorio e sull'immediatezza delle prove, valorizza il dibattimento, e, conseguentemente, non consente, in linea di principio, i procedimenti in contumacia ed in assenza dell'imputato (*das Abwesenheitsverfahren*). Non è neppure consentito all'imputato di allontanarsi durante l'udienza, poiché deve partecipare al dibattimento ininterrottamente⁵⁵.

In effetti, nel codice di procedura, con la riforma del 1974 è stata rafforzata la regola (ribadita dall'art. 285 StPO) secondo cui “*un dibattimento in assenza dell'imputato non può aver luogo*”: all'uopo è stata abrogata gran parte della c.d. “disciplina del processo contro l'assente (*gegen Abwesende*)” (artt. 277-284 StPO). Fino ad allora, era consentito aprire il dibattimento contro un “assente” ai sensi dell'art. 276 StPO, e quindi contro persona di cui non si conoscesse il domicilio o la dimora, o la cui dimora fosse all'estero, o la cui comparizione non apparisse possibile e non risultasse determinante alla luce dell'importanza del processo. Le condizioni erano che il pubblico ministero ne facesse richiesta e che ricorressero alcuni presupposti concernenti il reato contestato e l'irreperibilità dell'imputato. Attualmente, invece, è espressamente esclusa la fase dibattimentale: in caso di *assenza* ai sensi dell'art. 276 StPO, si procede soltanto alla raccolta delle prove che potrebbero disperdersi, per l'eventualità che l'imputato possa in futuro comparire in giudizio. In

possono disporre l'accompagnamento coattivo.

⁵² Cfr. BGH, 26, 89, BGH, NJW 1991, 1365.

⁵³ In Germania, il dibattimento si apre con l'interrogatorio dell'imputato limitatamente ai suoi dati personali. Il Presidente appura se l'imputato ed il suo difensore sono presenti. Successivamente alla lettura dell'imputazione da parte del PM, l'imputato è interrogato anche nel merito. Anche se non è in alcun modo tenuto a collaborare alla dimostrazione della propria colpevolezza e pur godendo di una serie di tutele e diritti (come ad esempio del diritto di tacere ossia della libertà di deporre), l'imputato deve essere presente al dibattimento. All'imputato deve infine, prima della deliberazione, essere concessa la possibilità di esprimersi per ultimo, un diritto fortemente personale e non cedibile.

⁵⁴ BGH, NJW 1976, 501; 1991, 1365.

⁵⁵ ... sebbene l'assenza durante alcune parti meno rilevanti del dibattimento non rappresenti di per sé un c.d. motivo “assoluto” di invalidità processuale.

altri termini, contro l'assente può essere condotto solo un particolare "procedimento di assicurazione della prova" (*Beweissicherungsverfahren*).

Si considera "assente (*abwesend*) al dibattimento", ai sensi dell'art. 230 StPO, chi non compare al richiamo in udienza, nonostante che sia stato regolarmente citato ed avvisato, chi si allontana senza autorizzazione prima che la causa venga chiamata o durante il dibattimento, chi non si fa riconoscere sebbene presente, chi non compare in un'udienza successiva, nonché chi si trova in uno stato di incapacità che ne pregiudichi lo stare in giudizio⁵⁶. Infatti, la presenza fisica dell'imputato si deve necessariamente associare alla capacità mentale e comunicativa: se il giudice ha dubbi in ordine a tale capacità cognitiva dell'imputato, non può procedere con il dibattimento.

Peraltro, in alcuni casi eccezionali, il dibattimento può (o deve) continuare pur in assenza dell'imputato. È quanto accade nelle seguenti ipotesi:

(i) l'imputato ha causato deliberatamente⁵⁷ la propria incapacità a partecipare all'udienza (art. 231a StPO), a condizione che il giudice non ritenga indispensabile la presenza dell'imputato e che lo stesso non sia ancora stato interrogato circa (tutte) le accuse mossegli, ma abbia comunque avuto la possibilità di esprimersi dopo l'apertura del dibattimento; in questo caso, il giudice *deve* far proseguire il dibattimento;

(ii) l'imputato lascia in modo arbitrario⁵⁸ il processo o non ritorna in udienza, senza l'autorizzazione che può aversi qualora il giudice, dopo averlo interrogato, non ritenga – con valutazione discrezionale rimessa interamente al giudice – più necessaria la sua presenza (art. 231 StPO);

(iii) l'imputato tiene un comportamento molesto, che disturba o paralizza lo svolgimento del dibattimento, a meno che il giudice non ritenga la presenza dell'imputato indispensabile e purché l'imputato si sia comunque potuto esprimere circa le accuse mossegli; sussistendo tali condizioni, l'imputato viene temporaneamente escluso dal dibattimento;

(iv) il giudice autorizza, su richiesta dell'imputato o del difensore, l'assenza di un singolo imputato da alcuni segmenti del dibattimento, quando al processo vi sono più imputati, e (solo) nella misura in cui l'oggetto della specifica udienza non riguardi l'assente;

(v) l'imputato non compare nonostante le ordinarie convocazioni, compresa la notifica, e si tratta di reati che saranno presumibilmente sanzionati nel caso concreto con pene lievi (cioè non con pene detentive e con pene pecuniarie fino di relativamente modesta entità: art. 232 StPO – processi per c.d. *Bagatellendelikte*), anche nelle fasi di appello e di revisione (ricorso in cassazione); anche in questo caso, si tratta di una decisione discrezionale del giudice;

⁵⁶ Cfr. BGHSt 23, 331, 334.

⁵⁷ È sufficiente il dolo eventuale.

⁵⁸ L'arbitrarietà non sussiste, ad esempio, nei casi di malattia o in presenza di un importante impegno lavorativo, sebbene, in linea di principio, prevalga l'obbligo di presenza: cfr. BVerfG 4.5.1981, MDR 1981, 976.

(vi) il procedimento è stato instaurato a seguito dell'iniziativa di un privato, purché il difensore dell'imputato sia presente (l'imputato può, in tal caso, farsi rappresentare da un difensore: *Privatklageverfahren*, art. 387 StPO);

(vii) l'imputato, su sua richiesta, viene dispensato dal comparire (art. 233 StPO) con riferimento a reati di media gravità, che possono comportare la carcerazione fino a sei mesi, ma solo qualora l'imputato sia comunque interrogato da un giudice circa le accuse mossegli; è, di nuovo, il giudice dibattimentale a decidere al riguardo in maniera discrezionale;

(viii) l'imputato viene temporaneamente escluso dal dibattimento per casi particolari consistenti nel rifiuto di un testimone di deporre in sua presenza, nella testimonianza di un minore di sedici anni che depone contro di lui, nella possibilità che la presenza dell'imputato implichi gravi conseguenze per il suo stato di salute (art. 247 StPO) o, se minorenni, per la sua educazione (art. 51 JGG);

(ix) in sede di opposizione contro un decreto penale di condanna emesso nell'apposito procedimento (*Strafbefehlsverfahren*, art. 411 StPO), purché il difensore sia presente;

(x) nel procedimento in cui si decide circa l'applicazione di una misura di sicurezza detentiva (*Sicherungsverfahren*, art. 415 StPO), qualora la comparizione dell'imputato sia impossibile o costituisca un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblici e purché l'imputato viene interrogato prima del dibattimento da un giudice in presenza di un consulente tecnico;

(xi) il giudizio di appello è stato promosso dal PM (art. 329 StPO)

(xii) nel giudizio di ultima istanza (*Revisionsverfahren*), se l'imputato si fa rappresentare da un difensore con procura scritta (art. 350, comma 2, StPO).

Salvo nei casi appena descritti, il giudice non può, nemmeno con il consenso di tutti i soggetti coinvolti⁵⁹, dispensare l'imputato dall'obbligo di presenza. Correlativamente, l'imputato non ha il diritto di rinunciare alla presenza⁶⁰, se non nei casi eccezionali in cui il relativo obbligo non sussiste.

Il giudice può sempre, anche nei casi in cui si può procedere in assenza dell'imputato, ordinare la comparizione coattiva dell'imputato (art. 236 StPO)⁶¹: all'uopo, è comunque necessario che il giudice adotti una decisione che, pur se discrezionale, tenga adeguatamente conto del principio di proporzionalità.

⁵⁹ BGH, NStZ 1991, 296.

⁶⁰ BGH, NStZ 1991, 296, BGHSt 25, 217, 318; NStZ 1993, 198; NJW 1973, 522.

⁶¹ Alle misure coercitive non si fa luogo nel caso in cui si voglia respingere un appello (art. 329 StPO) o un'opposizione contro un decreto penale (art. 412 StPO); inoltre, un mandato di arresto non è ammesso nel procedimento instaurato su iniziativa di un privato e nei procedimenti amministrativi circa le ammende pecuniarie, *Bussgeldverfahren*.

3. Le conseguenze dell'assenza dell'imputato

Nella misura in cui la presenza dell'imputato durante il dibattimento è, in linea di principio, necessaria, l'assenza implica che il dibattimento venga rinviato: Si possono soltanto assumere elementi di prova da far valere in futuro (*Beweissicherungsverfahren*).

Una peculiarità è riscontrabile, ma soltanto in merito ad una fattispecie di assenza del *testimone*, quando quest'ultimo sia membro del parlamento o del governo federale o di un *Land*: in linea di massima, la deposizione avviene, infatti, presso l'ufficio dove il testimone esercita le sue funzioni (art. 50 StPO), ciò che esime dalla successiva presenza al dibattimento.

Il c.d. principio di concentrazione temporale del dibattimento (*die Konzentrationsmaxime*) vieta una sospensione (*Unterbrechung*) del processo per un tempo superiore a dieci giorni, e rende obbligatoria la pronuncia della decisione entro l'undicesimo giorno dalla chiusura del dibattimento (art. 268, comma 2, StPO). Tuttavia, il termine si dilata fino a trenta giorni per i processi le cui udienze siano durate almeno dieci giorni (art. 229 StPO); tale termine può essere sospeso fino a sei settimane in caso di malattia dell'imputato.

Alla luce di termini così rigidi, l'imputato che non compare senza addurre un giustificato motivo deve essere costretto dal giudice a comparire a mezzo della forza pubblica, altrimenti la procedura sarebbe paralizzata, non essendo prevista – come si è detto – alcuna procedura contumaciale. L'art. 230, comma 2, StPO prevede espressamente che «*se l'assenza dell'imputato non è sufficientemente giustificata, un mandato d'accompagnamento oppure un mandato d'arresto deve essere emesso*».

Nell'ipotesi in cui l'imputato sia a piede libero, l'intimazione a comparire in udienza deve essere fatta per iscritto ed essergli comunicata, anche senza particolari formalità. Le misure coercitive, vale a dire l'accompagnamento coattivo ed il mandato di arresto, sono limitate alla durata del dibattimento e, in ogni caso, non possono eccedere i sei mesi.

Le misure coercitive presuppongono una regolare citazione a comparire dell'imputato (art. 216 StPO) nonché il rispetto del *principio di proporzionalità*. Essi non possono, infatti, essere utilizzati se la comparizione dell'imputato può essere ottenuta con metodi meno incisivi oppure se la presenza dello stesso non appare necessaria. In ogni caso, il primo strumento da utilizzare è solitamente il c.d. accompagnamento cui, se del caso, seguirà l'emissione di un mandato di arresto.

Come si evince dalla chiara formulazione del precitato art. 230, comma 2, è decisivo, ai fini dell'impiego di misure coercitive, se effettivamente *esista* o meno una giustificazione sufficiente per l'assenza dell'imputato⁶², e non la motivazione che lo stesso abbia fornito.

Sufficientemente motivata è l'assenza quando, in considerazione di tutte le circostanze del caso, non si può ragionevolmente censurare l'imputato per non essersi presentato (cfr. BVerfG, NJW 2007, p. 2318 f.). Se sussistono indizi nel senso della giustificazione dell'assenza⁶³, la valutazione

⁶² BGHSt 17, 391, 396; BGH StV 1982, 153.

⁶³ In mancanza di indizi e informazioni contenute nel fascicolo, il giudice non è tenuto a indagare ulteriormente sui

spetta d'ufficio al giudice, che si fonda sulla c.d. "prova libera" (*im Freibeweis*)⁶⁴. Altrimenti detto, se dalle spiegazioni dell'assenza fornite dall'imputato emergono elementi che possano giustificarla, il giudice deve, in caso di dubbio, accertare e chiarire i motivi dell'assenza attraverso un procedimento probatorio non formalizzato.

La legge non definisce le cause giustificative dell'assenza, perché risultano sempre decisive le circostanze del caso di specie. La giurisprudenza ha riconosciuto la sussistenza di un "giustificato motivo" dell'assenza nei seguenti casi⁶⁵: una malattia dell'imputato, ma anche una grave malattia, un incidente o il decesso, nonché il funerale di uno stretto familiare; un serio tentativo di suicidio; imminenti doveri religiosi non rinviabili; la detenzione dell'imputato per altra vicenda, specie se la detenzione è all'estero; la non corretta ovvero incompleta comunicazione di un rinvio del dibattimento da parte del giudice (BVerfG NJW 2007, 2318); la mancata decisione o il rifiuto illegittimo di una richiesta di rinvio; il ritardo dovuto ad eventi naturali sopravvenuti (risultando, comunque, necessario il calcolo prudente dei tempi di arrivo in udienza); la prenotazione di un viaggio avvenuta molto tempo addietro e la cui cancellazione causerebbe dei costi irragionevoli; la incompatibilità con altri obblighi di natura pubblica altrettanto rilevanti, come l'esecuzione dell'extradizione dell'imputato straniero; la elevata probabilità per l'imputato che rientrasse in Germania di essere arrestato; l'errore circa la data ed il luogo dell'udienza o circa l'ammissibilità alla rappresentanza; un importante impegno professionale (quali un'importante viaggio d'affari, il rifiuto da parte del datore di lavoro, per motivi inerenti all'organizzazione del lavoro, di acconsentire all'assenza dell'imputato dal posto di lavoro) ovvero un impegno personale non rinviabile.

In definitiva, può dirsi che il dibattimento senza imputato, fatte salve le ipotesi sin qui passate in rassegna, è divenuto sinonimo di una profonda anomalia del processo penale. L'orientamento del legislatore è, al riguardo, assai garantista, in linea con la prospettiva del processo accusatorio, che eleva il dibattimento a luogo privilegiato per l'accertamento dei fatti: è la sospensione del dibattimento il rimedio che si utilizza per reagire all'assenza; d'altro canto, la sussistenza, in capo all'imputato, di un *dovere* di partecipare al giudizio, giustifica il ricorso a misure coercitive⁶⁶.

motivi di assenza (cfr. *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, a cura di R. Hannich, Monaco di Baviera, 6° edizione 2008, art. 329 StPO, n. 8).

⁶⁴ Per l'accertamento delle circostanze relative alla sussistenza del fatto-reato e della colpevolezza dell'imputato, nonché di quelle relative alla misura della pena, il sistema tedesco prevede una disciplina rigorosa dei mezzi di prova. A questa rigida ed inderogabile disciplina (il c.d. *Strengbeweis*), si contrappone un procedimento probatorio "libero" (*Freibeweisverfahren*), enunciato in sede giurisprudenziale e dottrinale, che può essere seguito per l'accertamento di tutte le altre circostanze.

⁶⁵ Cfr. C. GORF, in J.P. GRAF: *Beck'scher Online-Kommentar*, 7° edizione, 1° agosto 2010, art. 230 StPO, n. 12.1, e R. ESCHELBACH, in J.P. GRAF, *op. cit.*, art. 329, n. 18; *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, *op. cit.*, art. 230, n° 11 e art. 329, n° 7 ss.

⁶⁶ E. AMODIO, *Processo penale, diritto europeo e common law*, Milano, Giuffrè, 2003, 71 s.

Parte III – La sottoponibilità dei titolari del potere esecutivo al processo penale

1. La normativa rilevante

La Legge fondamentale non ha previsto un regime specifico per la responsabilità penale dei membri del Governo.

In base all'art. 1 della legge 17 giugno 1953, relativa allo *status* giuridico dei membri del Governo (*Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Mitglieder der Bundesregierung – Bundesministergesetz*)⁶⁷, questi sono considerati titolari di una funzione pubblica. Si applica loro, dunque, la normativa generale sui funzionari del pubblico impiego. I ministri ed il Cancelliere federale sono così sottoposti, sia per i reati funzionali che per quelli extrafunzionali, alle norme di diritto comune sulla responsabilità penale ed incorrono nelle stesse sanzioni in cui incorrono gli altri funzionari.

La responsabilità penale dei funzionari corrisponde, in linea di massima, a quella di qualunque cittadino, salva la previsione di taluni reati propri o di alcune aggravanti. Come è chiaro, i reati commessi da funzionari hanno solitamente un riflesso di natura amministrativa e/o disciplinare, di talché l'autorità giudiziaria deve trasmettere all'autorità pubblica presso cui il funzionario presta servizio determinati documenti relativi ai procedimenti penali in corso, onde rendere possibile l'applicazione di eventuali sanzioni di natura disciplinare⁶⁸; a tale regime sfuggono, però, i membri del Governo, che non sono soggetti a procedimenti disciplinari (art. 8 della legge 17 giugno 1953)⁶⁹.

Sul piano prettamente penale, non è previsto alcun tipo di immunità per i reati commessi dai membri del Governo *ut sic*. Ciò nondimeno, il Cancelliere federale ed i ministri, se sono membri del *Bundestag* (ciò che corrisponde all'*id quod plerumque accidit*), godono dell'immunità parlamentare prevista dall'art. 46 LF. Alla luce di ciò, di seguito verrà sommariamente descritta la disciplina relativa all'immunità dei deputati del *Bundestag*, con particolare riguardo a quelli che siano al contempo membri del Governo federale.

2. Irresponsabilità ed inviolabilità dei membri del *Bundestag* che sono al contempo membri del Governo

⁶⁷ Cfr. <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bming/gesamt.pdf>.

⁶⁸ Cfr. art. 49 *Beamtenstatusgesetz* – legge sullo status (giuridico) degli funzionari pubblici: <http://www.gesetze-im-internet.de/beamstg/BJNR101000008.html>

⁶⁹ Tale procedimento non si deve confondere con le misure disciplinari di cui agli artt. 36 ss., 54, comma 2, del Regolamento del *Bundestag* (*GOBT, Geschäftsordnung des Bundestages*) del 2 luglio 1980, BGBl. I p.1237, da ultimo modificato il 16 luglio 2010, BGBl. I p. 1041 s.: http://www.camera.it/cartellecomuni/leg16/documenti/biblioteca/norme%20di%20procedura%20parlamentare/pagine/germania/01_regolamento_procedura.html

Gli elementi fondamentali della disciplina dell'immunità parlamentare nell'ordinamento federale tedesco sono enunciati all'art. 46 LF, che così recita:

“(1) *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.*

(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 18⁷⁰.*

(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.”*

In sostanza, l'art. 46, riferito ai soli membri del *Bundestag*⁷¹, concede agli stessi due tipi di prerogative: la irresponsabilità parlamentare, cioè la insindacabilità (*Indemnität*), e l'immunità processuale penale ossia inviolabilità (*Immunität*). Tali prerogative rafforzano e completano uno *status* già protetto dall'art. 38, comma 1, per. 2 LF (libertà del mandato), cui si affiancano gli artt. 47 (diritto di rifiutarsi di testimoniare) e 48 LF (divieto di impedire l'assunzione e l'esercizio della carica di deputato e diritto all'indennità). Per altro verso, l'art. 46 LF mira a garantire l'operatività, la funzionalità e l'autorità dell'organo parlamentare, proteggendolo dalle ingerenze dell'esecutivo e del potere giudiziario⁷².

2.1. L'insindacabilità delle opinioni espresse e dei voti dati nel Bundestag o in una delle sue commissioni

In ragione dell'insindacabilità (“*Indemnität*”) di cui all'art. 46, comma 1, LF, nessun deputato può essere *perseguito*, in sede giudiziaria o disciplinare, per le *opinioni o asserzioni* espresse ed i

⁷⁰ 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*”.

⁷¹ 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).

⁷² Cfr. H. KLEIN, in MAUNZ/DÜRIG, Grundgesetz, Kommentar, Monaco di Baviera, 58° edizione 2010, Art. 46 LF, n° 2-3.

voti dati nel *Bundestag* o in una delle sue commissioni o sotto-commissioni o in seno ai gruppi parlamentari⁷³, né essere in genere chiamato a renderne conto fuori dal *Bundestag*. La norma viene ribadita dall'art. 36 StGB (codice penale tedesco).

L'art. 46 protegge tutte le *espressioni*, quindi sia la comunicazione di fatti che di opinioni, dichiarazioni di volontà, pareri scritti e verbali e pure atti conclusivi. Le dichiarazioni devono però essere fatte in relazione all'esercizio del mandato del deputato. Restano pertanto non protette dal comma 1 le conversazioni private tra deputati nell'assemblea (che non hanno appunto alcun legame con l'esercizio del mandato di deputato) o le deduzioni che il deputato non esprime nella sua funzione da parlamentare (ma, ad esempio, come testimone in una commissione d'inchiesta – *Untersuchungsausschuss* – o durante un'intervista⁷⁴, in manifestazioni del partito o elettorali) e, comunque, quelle fatte al di fuori del *Bundestag* e delle sue commissioni, quindi del “luogo” di riferimento (viaggi ufficiali, alla radio e alla televisione e così via). Anche gli atti violenti non sono compresi in detto concetto.

Il concetto di *votazione* comprende le decisioni su qualunque questione (anche di carattere puramente amministrativo) che sia deferita al *Bundestag* o a suoi gruppi (*Fraktionen*) ai fini di una delibera.

Si evidenzia, con particolare riguardo ai parlamentari che sono al contempo membri del Governo, come essi godano della tutela di cui al comma 1 soltanto nella misura in cui esprimono le loro opinioni o i loro voti in qualità di parlamentare e non, invece, nella loro funzione di Cancelliere, ministro o rappresentante del Governo federale⁷⁵ (ad esempio, quando rispondono ad una richiesta parlamentare nel nome del Governo e quando fanno dichiarazioni in base all'art. 43, comma 2, LF⁷⁶).

L'*Indemnität* si considera un c.d. *Strafausschliessungsgrund*, una causa di esclusione della pena⁷⁷, che non esclude quindi la sussistenza del fatto reato, né la sua antiggiuridicità, né la colpevolezza, ma solo la perseguibilità della condotta.

La norma non si limita alla perseguibilità in sede penale, ma protegge da qualsiasi tipo di persecuzione in sede giudiziaria – anche civile⁷⁸ –, e disciplinare, purché sia effettuata al di fuori del *Bundestag*. Misure disciplinari del *Bundestag* stesso conseguenti a comportamenti posti in essere al

⁷³ Cfr. artt. 41, 44, 45, 45a, 45c LF nonché gli artt. 5, 6, 54 e 55 del Regolamento del *Bundestag* (*GOBT*).

⁷⁴ Cfr., però, anche l'art. 42, comma 3, LF, secondo cui i resoconti integrali delle sedute pubbliche del *Bundestag* e delle sue commissioni non determinano alcuna responsabilità.

⁷⁵ Tale opinione è talvolta stata criticata: cfr. H. KLEIN, *op. cit.*, art. 46 LF, n° 35 s.

⁷⁶ “I membri del *Bundesrat* e del Governo federale, così come i loro delegati, possono accedere a tutte le sedute del *Bundestag* e delle sue commissioni. Essi devono essere ascoltati in qualunque momento”.

⁷⁷ Opinione prevalente: cfr. H. KLEIN, *op. cit.*, art. 46 LF, n. 32.

⁷⁸ Il deputato è anche protetto contro eventuali richieste di risarcimento o azioni dovute ad omissioni, compresi i relativi provvedimenti esecutivi.

suo interno (ad esempio, il ritiro della parola, l'esclusione dalla seduta, etc.) non sono quindi escluse (art. 44c LF – già art. 44b LF – e artt. 40 ss. del Regolamento del *Bundestag – GOBT*), così come sono configurabili sanzioni politiche e di partito, quali l'esclusione dal partito o dal gruppo parlamentare, decisioni di sfiducia, intimazioni a presentare le dimissioni, oppure provvedimenti posti in essere da privati, senza alcun intervento pubblico, come ad esempio il licenziamento.

La norma pone una garanzia assoluta, ovvero a carattere permanente e non circoscritta alla durata del mandato. Essa non si applica per le “ingiurie diffamanti” (*verleumderische Beleidigungen*)⁷⁹, cioè le offese personali e gratuite, prive di contenuto politico, per le quali il parlamentare resta pienamente responsabile. In caso di ingiurie diffamanti, il parlamentare è comunque protetto in sede penale grazie alla inviolabilità (v. *infra*), mentre in sede civile è responsabile come ogni comune cittadino.

Nella prassi, tuttavia, è spesso difficile distinguere le pure offese personali dalle c.d. “ingiurie a carattere politico”, per le quali si applica invece l'irresponsabilità. Il confine, talvolta piuttosto labile, tra le due ha spinto ad un'interpretazione restrittiva della disciplina costituzionale della insindacabilità, con la conseguenza che le ingiurie diffamanti si sono *de facto* trasformate in un grimaldello per estendere l'operatività della prerogativa parlamentare anche alle dichiarazioni *extra moenia*, di contenuto latamente politico⁸⁰. D'altronde, è l'assemblea stessa a decidere sul tenore di una dichiarazione. Resta comunque il fatto che la libertà di opinione del deputato non può spingersi fino al punto di rivolgere epiteti ingiuriosi e diffamatori nei confronti di terzi.

2.2. L'inviolabilità

L'immunità di ordine processuale, la c.d. inviolabilità, è un diritto irrinunciabile, disciplinato dall'art. 46, comma 2 seg., LF. L'inviolabilità ha, ancor più dell'insindacabilità, come scopo primario quello della garanzia dell'operatività e della funzionalità dell'organo parlamentare, proteggendolo dalle ingerenze dell'esecutivo e del potere giudiziario. In base a tale disposizione, a causa di un'azione per la quale è prevista una sanzione, un deputato può essere chiamato a rispondere od essere arrestato solo con il consenso preventivo del *Bundestag*, salvo che sia colto nell'atto di commettere il fatto o durante il giorno successivo. L'inviolabilità costituisce pertanto una sorta di impedimento processuale all'azione giudiziaria, un c.d. *Verfahrenshindernis*.

A differenza dell'insindacabilità, l'immunità processuale vale solo per la durata del mandato. La tutela dell'inviolabilità parlamentare inizia con l'acquisizione dello *status* di parlamentare e finisce con la sua perdita. Durante il periodo in cui sussiste l'immunità, viene sospesa la prescrizione (art. 78b, comma 2, StGB).

L'inviolabilità riguarda procedimenti che prevedono “sanzioni” nei confronti di singoli membri del *Bundestag*, e cioè, oltre ai procedimenti penali, anche il procedimento di cui all'art. 18 LF (che

⁷⁹ Artt. 103, 187 e 187a StGB.

⁸⁰ In tal senso, cfr. C. MARTINELLI, *Le immunità costituzionali nell'ordinamento italiano e nel diritto comparato. Recenti sviluppi e nuove prospettive*, Milano, Giuffrè, 2008, 68.

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 disciplinare⁸¹. Le convenzionali civili e l'esecuzione di processi civili non rientrano, invece, nel concetto di "sanzione" di cui all'art. 46, comma 2, LF.

L'autorizzazione a procedere nei confronti di un deputato viene decisa discrezionalmente dal *Bundestag*. Quest'ultimo è quindi competente a pronunciarsi in merito a qualunque procedimento penale a carico di un parlamentare, a prescindere dal fatto che si tratti di una questione connessa all'insindacabilità (per esempio, un reato legato ad una manifestazione di pensiero) o legata ad altro tipo di reato. Non rileva che la condotta sia di tipo funzionale o extrafunzionale. La garanzia si estende a perquisizioni ed a sequestri nel corso di processi in cui il deputato è imputato o accusato, nonché agli arresti e al rilascio di dichiarazioni giurate in caso di esecuzione forzata. In presenza di procedimenti già pendenti prima che l'imputato godesse 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)⁸².

Si tratta di una decisione discrezionale in cui bisogna ponderare gli interessi del Parlamento (garanzia della sua funzionalità) 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 deputato. Il *Bundestag* non è obbligato a procedere ad una valutazione nel merito delle accuse mosse contro il deputato, in termini di coerenza e delle prove o della proporzionalità delle misure delle indagini; la decisione non contiene, comunque, l'accertamento della ragione o del torto, della colpevolezza o dell'innocenza. L'eventuale incidenza sul merito delle accuse è diretta essenzialmente ad escludere un movente di natura politica.

Il carattere potenzialmente molto limitativo delle prerogative del potere giudiziario in sede penale è 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 stessa⁸³.

⁸¹ Mentre 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 non ha accolto questo punto di vista (BVerwG, NJW 1986, 2520 ss). Con particolare riferimento ai membri del Governo, si ricorda (v. *supra*, par. 1.) che essi non sono soggetti a procedimenti disciplinari.

⁸² Cfr. H. KLEIN, *op. cit.*, Art. 46, n° 71.

⁸³ "Decisione del Bundestag riguardante la rimozione dell'immunità dei membri del Bundestag", riportata nell'Allegato 6 del suo Regolamento (GOBT): 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*⁸⁴. 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 alla individuazione di alcune linee guida nella trattazione delle immunità, nonché ad alcune direttive procedurali della Commissione⁸⁵. La decisione e le direttive ridiscusse, ed eventualmente modificate, all'inizio di ogni legislatura, stabiliscono, tra l'altro: (i) i soggetti autorizzati a presentare una richiesta di rimozione dell'immunità di ordine processuale (ad esempio, il Pubblico ministero, la magistratura, la Commissione per la verifica delle elezioni, l'immunità ed il Regolamento); (ii) la posizione del membro del *Bundestag* in questione; (iii) l'esclusione della valutazione delle prove da parte del *Bundestag* (perché la decisione sul mantenimento o sulla perdita dell'inviolabilità è di natura eminentemente politica); (iv) il principio secondo cui le ingiurie di carattere politico, di regola, non implicano la perdita dell'immunità processuale (quindi, anche per le ingiurie c.d. semplici, ad esempio espresse fuori dal *Bundestag*, l'immunità non deve di regola essere revocata, in quanto riconducibile nell'alveo del carattere politico); (v) la necessità dell'autorizzazione del *Bundestag* al fine di reiterare una richiesta di arresto, quando vi sia stato già un provvedimento di remissione in libertà, ovvero al fine di chiedere l'arresto quando sia trascorso, rispetto al giorno in cui è stato commesso il fatto, un intero giorno successivo senza che sia intervenuto l'arresto.

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 reati penalmente perseguibili, salvo che si tratti di ingiurie (artt. 185, 186, 187a, comma 1, 188, comma 1, c.p.) a carattere politico*”.

È da segnalare che l'autorizzazione da parte del *Bundestag* riguarda solo le indagini contro un deputato che, almeno, viene 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

⁸⁴ Art. 107 Reg.BT: “(1) Le richieste su questioni relative all'immunità processuale devono essere direttamente assegnate dal Presidente del *Bundestag* alla Commissione per la verifica delle elezioni, l'immunità ed il Regolamento.

(2) Questa deve stabilire i principi per la trattazione delle richieste di rimozione dell'immunità processuale dei membri del *Bundestag* ed in base ad essi formulare la propria raccomandazione al *Bundestag* nei singoli casi.

(3) La discussione su una raccomandazione non è legata ad un termine. Essa deve aver inizio non prima del terzo giorno dall'avanzamento della proposta. Qualora la raccomandazione non sia stata distribuita, se ne dà lettura.

(4) Prima della costituzione della Commissione per la verifica delle elezioni, l'immunità ed il Regolamento, il Presidente del *Bundestag* può presentare direttamente all'Assemblea una raccomandazione su questioni relative all'immunità processuale”.

⁸⁵ Cfr. i principi in materia di inviolabilità: http://www.camera.it/cartellecomuni/leg16/documenti/biblioteca/norme%20di%20procedura%20parlamentare/pagine/germania/02_allegati/06_bis.html.

comunicare al Presidente del *Bundestag* l'intenzione di aprire un'istruttoria nei confronti di un membro del *Bundestag*. Contemporaneamente, qualora non ostino motivi investigativi, deve essere informato anche il deputato interessato. Le indagini possono iniziare non prima delle 48 ore successive all'arrivo della comunicazione al Presidente del *Bundestag*. Il Presidente, 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 dalla 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 consiste in una dichiarazione di innocenza o di non colpevolezza.

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.

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.

Dovendo egli partecipare come sempre ai lavori parlamentari, il pubblico ministero e il tribunale, nel momento in cui fissano i termini procedurali, devono tener conto del programma stabilito per lo

svolgimento delle sedute del *Bundestag*.

Il Tribunale costituzionale federale (BVerfGE 2 BvE 2/00 del 17 dicembre 2001) si è pronunciato circa la questione se dall'art. 46 comma 2 LF siano deducibili diritti del singolo deputato nei confronti del *Bundestag*. Il Tribunale ha chiarito che dalla disposizione, che tutela in primo luogo il Parlamento nel suo insieme, non risultano automaticamente diritti del singolo deputato nei confronti del *Bundestag*. Tuttavia, i giudici costituzionali hanno riconosciuto al singolo parlamentare il diritto di difendersi dinanzi ad un esercizio arbitrario del potere del Parlamento di revocare l'immunità processuale. Il singolo deputato può quindi richiedere, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 46, comma 2, e 38, comma 1, per. 2, LF, che il Parlamento non si lasci influenzare nella sua decisione circa la rimozione dell'immunità da motivi arbitrari, non opportuni ed irrilevanti che disconoscano in modo grave lo *status* del deputato.

3. Alcuni cenni sulla prassi relativa alla responsabilità penale dei membri del Governo

Procedimenti penali contro i membri del Governo tedesco si sono raramente protratti oltre la fase delle indagini preliminari⁸⁶. Solo in rari casi membri o ex-membri del Governo sono stati pubblicamente accusati e condannati. In particolare, ha suscitato un notevole interesse nell'opinione pubblica la condanna penale, negli anni ottanta, del deputato e Ministro federale dell'economia Otto Graf Lambsdorff (e del suo predecessore Hans Friderich) in relazione al c.d. "scandalo Flick" per evasione fiscale. Nel caso di specie, il *Bundestag* aveva accolto la richiesta di rimozione dell'immunità processuale di Lambsdorff presentata dalla Procura della Repubblica di Bonn. Anche l'ex Ministro federale degli affari interni, Manfred Kanther, è stato accusato e poi condannato penalmente per infedeltà patrimoniale nell'ambito di uno scandalo relativo alle donazioni illegittime a beneficio del partito CDU. La vicenda ha, tuttavia, scarso rilievo ai presenti fini, giacché, al momento in cui si è avuta notizia delle indagini, nel 2000, Kanther non era più ministro ed ha immediatamente rassegnato le dimissioni da parlamentare.

Con riferimento allo stesso scandalo, l'ex-cancelliere Helmut Kohl, che era all'epoca ancora deputato del *Bundestag*, è stato oggetto di indagini preliminari che sono però state archiviate, a seguito del pagamento di 300.000 marchi, sulla base di quanto previsto dall'art. 153 a StPO⁸⁷.

⁸⁶ Cfr. K. STEIN, *Die Verantwortlichkeit politischer Akteure*, Tübingen, 2009, 434 ss.

⁸⁷ La norma si applica a fattispecie di reati "bagatellari" e condiziona l'archiviazione del procedimento all'adempimento, da parte dell'imputato, di una serie di direttive impartite dal pubblico ministero, con il consenso dell'imputato e quello del giudice): ad esempio il pagamento degli assegni alimentari o qualche attività di pubblica utilità. Si tratta, dunque, di una sorta di patteggiamento che si perfeziona nella fase delle indagini.

REGNO UNITO

di Sarah Pasetto

Parte I – Un inquadramento del tema in relazione alla forma di governo

1. L'individuazione dei titolari del potere esecutivo

La natura non codificata della costituzione britannica comporta una serie di peculiarità concernenti l'identificazione dei vertici del potere esecutivo. Innanzi tutto, è da richiamare il fatto che la natura materialmente costituzionale sia potenzialmente propria di un'ampia serie di fonti normative, principalmente leggi emanate dal Parlamento e giurisprudenza, ma anche consuetudini (*conventions*) e, seppure in misura minore, scritti dottrinali. Ai fini della presente indagine, sono comunque rilevanti soprattutto le *conventions*. *Conventions* che non sono a stretto rigore fonti del diritto, tanto che non possono essere invocate dinanzi alle corti, ma svolgono nondimeno un ruolo fondamentale, a livello politico, nell'odierno assetto dell'esecutivo britannico, giacché si ritiene che eventuali violazioni delle *conventions* possano avere pesanti effetti in termini di sanzioni politiche.

1.1. Il Primo ministro

Il Primo ministro riveste un ruolo centrale nel potere esecutivo del sistema britannico. Per quanto riguarda le sue funzioni “come capo del Governo di Sua Maestà, come principale consigliere di quest'ultima e come Capo del Gabinetto[, esse] non sono [...] stabilite dalla legge. Tali funzioni, comprendenti quella dell'esercizio di poteri derivanti dalla prerogativa regia, si sono sviluppate nell'arco di molti anni, ispirati da *conventions* e dalla pratica, e non è possibile definirle conclusivamente”. Da queste parole dell'ex-premier britannico Tony Blair⁸⁸ è possibile cogliere, per un verso, la natura peculiare del fondamento normativo della carica e, per l'altro, la portata di alcuni dei poteri che ad essa accedono. Oltre alle funzioni elencate, il Primo ministro ha anche il potere esclusivo di effettuare direttamente le nomine ad alcuni incarichi pubblici, nonché quello di dare pareri, di fatto vincolanti, alla Regina per la nomina ad altre posizioni di rilevanza pubblica. Il Primo ministro è poi titolare del potere generale di intervenire in qualsiasi ambito governativo, ed assume spesso una posizione centrale nei rapporti internazionali del Paese.

L'assenza di codificazione, ed addirittura di norme legislative che prestabiliscano ruolo, poteri e funzioni del Primo ministro, hanno fatto sì che l'effettiva portata di questi dipendesse molto dal carattere, dall'ideologia e dallo stile di governo dei singoli individui assunti al ruolo. Margaret Thatcher (che ha ricoperto la carica dal 1979 al 1990) è forse il personaggio ad aver sfruttato maggiormente, ed in maniera in larga misura irreversibile, una tale indeterminatezza, a favore

⁸⁸ Il brano citato è la traduzione di un testo tratto dalle risposte fornite in occasione dell'interrogazione parlamentare, del 15 ottobre 2001, sulla portata dei suoi poteri.

dell'accentramento del potere verso la figura del Primo ministro; una tendenza comunque consolidatasi nei decenni successivi, soprattutto ad opera di Tony Blair, il quale ha operato un notevole rafforzamento dell'apparato amministrativo e funzionale di assistenza esclusiva al Primo ministro (il c.d. *Prime Minister's Office*). Appare dunque innegabile che la posizione, in sé e per sé, sia oggi di fondamentale importanza nella vita politica del Regno Unito.

1.2. Il Gabinetto e gli altri ministri

Accanto alla figura del Primo ministro, è di notevole rilievo l'istituzione del Gabinetto (*Cabinet of the Prime Minister*), comitato posto al centro del sistema politico britannico ed organo decisivo supremo del Regno Unito. Ne fanno parte i ministri di rango più elevato (i quali possono essere denominati sia *Minister* che "*Secretary of State*" oppure mantenere nominativi di derivazione storica, quale ad esempio *Lord Chancellor*), chiamati a guidare i *Departments* di governo, o comunque a ricoprire un ruolo fondamentale nel sistema governativo (come ad esempio il *Chancellor of the Exchequer*, l'equivalente del Ministro del Tesoro). Il Gabinetto è solitamente composto da 20-24 ministri circa⁸⁹.

Esistono poi numerosi ministri di Stato, di rango inferiore (*ministers of State*). In tutto, i ministri del governo britannico sono all'incirca un centinaio, la maggior parte dei quali non partecipa al Gabinetto, ma svolge comunque funzioni di rilievo all'interno di uno dei *Departments* di governo. Tutti i ministri vengono investiti della carica da parte della Regina, ma ciò avviene su indicazione del Primo ministro. Essi sono tenuti a seguire un codice di condotta, dal 2005 intitolato *Ministerial Code*, il quale non ha tuttavia valore di legge. Il *Code* viene emanato previa approvazione del Primo ministro in carica, il quale può apportare a quello anteriore tutte le modifiche che ritenga necessarie.

1.3. La Corona

Il Regno Unito è una monarchia parlamentare. Tale definizione, nella sistematica delle forme di governo, è indice della sostanziale esclusione della Corona da ogni funzione di politica attiva, con la sua marginalizzazione in una veste puramente simbolica. In effetti, sebbene i principali poteri politici siano formalmente affidati alla Corona, essi vengono di fatto esercitati dai ministri, che della Corona sono i "servitori" (*servants*). Inoltre, anche quelle prerogative di potere esclusivo del sovrano sono al giorno d'oggi esercitate entro i limiti delle relative *conventions*. Ad esempio, la Regina gode di discrezionalità assoluta nella scelta del Primo ministro, potendo in astratto designare chiunque o, addirittura, omettere una siffatta designazione; per *convention*, tuttavia, un Primo ministro viene nominato, ed è, sempre per *convention*, il capo del partito di maggioranza nella

⁸⁹ La dottrina dell'ultimo secolo è stata caratterizzata in gran parte da un dibattito circa la vera natura del sistema governativo britannico, ovvero se a detenere il potere ultimo fosse il Primo ministro *tout court*, oppure se si dovesse ascrivere, invece, un ruolo maggiormente di spicco al Gabinetto. In anni recenti, si è andata consolidando anche la tesi secondo la quale sono singoli uffici particolari, che godono di poteri attribuiti dal Parlamento, a disporre della capacità di plasmare direttamente le politiche del governo. A causa del carattere flessibile della costituzione britannica, un tale dibattito non avrà probabilmente modo di esaurirsi.

House of Commons. Un simile annichilimento della discrezionalità della Regina si riscontra anche nella individuazione dei ministri, nonché nella facoltà di dichiarare lo scioglimento della *House of Commons*; nell'esercizio di entrambe queste prerogative, le *conventions* le impongono di agire soltanto su indicazione del Primo ministro.

2. I rapporti tra titolari del potere esecutivo e titolari del potere legislativo

I ministri, compresi il Primo ministro, vengono generalmente scelti all'interno del Parlamento (le eccezioni sono, storicamente, pochissime). In particolare, per *convention*, il Primo ministro è un deputato della *House of Commons* (l'ultimo caso di un Primo ministro scelto tra i *peers* della *House of Lords* risale al 1963). Nella generalità dei casi, sia il Primo ministro sia i ministri possono, dunque, usufruire della protezione che la costituzione garantisce ai membri del Parlamento.

Parte II – La presenza fisica dell'imputato nel processo penale

1. Il tipo di processo e le conseguenze in ordine al significato che la presenza riveste

In ossequio alla tradizione di *common law*, nel Regno Unito il processo penale si qualifica come accusatorio. La presenza dell'imputato assume quindi i connotati di un diritto pressoché assoluto, finalizzato a poter eventualmente controbattere alle accuse mosse.

I processi penali possono assumere due diverse forme, a seconda della gravità del reato contestato. I reati minori (*summary offences*)⁹⁰ sono affidati al giudizio di primo grado da parte delle *Magistrates' Courts*⁹¹. I reati maggiori, invece, denominati *indictable offences*, sono affidati al giudizio delle *Crown Courts*⁹², competenti per reati quali frode, rapina, *conspiracy* (associazione per delinquere), stupro e omicidio.

È proprio con riguardo alla presenza in aula dell'imputato che si delinea una delle principali differenze concrete tra i processi giudicati dalle *Magistrates' Courts* e quelli sottoposti al giudizio delle *Crown Courts*. Per i primi (ed anche per l'eventuale appello) è prevista la possibilità di svolgimento del processo in assenza dell'imputato, ciò che, nei fatti, si verifica assai frequentemente; nei giudizi dinanzi alle *Crown Courts*, invece, è consentito procedere in assenza

⁹⁰ Tra tali reati si annoverano principalmente violazioni del codice della strada ed altre infrazioni per cui non è prevista una pena detentiva; in taluni casi, tuttavia, rientrano in questi reati condotte anche piuttosto gravi, quali, ad esempio, la guida in stato di ebbrezza o le lesioni inflitte ad un pubblico ufficiale.

⁹¹ In queste corti, i casi sono decisi da *magistrates* (conosciuti anche con l'appellativo di *justices of the peace* – giudici di pace), i quali non sono necessariamente giudici professionisti, e che si avvalgono della consulenza legale dei *clerks*.

⁹² Le funzioni giurisdizionali sono, in tal caso, esercitate da un giudice di professione con la qualifica di *barrister* o *solicitor*; i processi nelle *Crown Courts* si svolgono al cospetto di una giuria composta da membri laici.

dell'imputato esclusivamente per questioni rispetto alle quali lo stesso accusato già abbia reso le sue dichiarazioni.

2. I giudizi concernenti reati minori

Per le *summary offences*, la normativa rilevante è costituita dal *Criminal Justice and Immigration Act 2008* e dal *Magistrates' Court Act 1980*.

La *section 12* di quest'ultimo permette all'imputato di dichiararsi colpevole tramite una comunicazione postale per iscritto; le *sections 11* e *13*, invece, stabiliscono le possibilità di cui fruiscono i giudici nel caso in cui un imputato, il quale non abbia comunicato di volersi dichiarare colpevole ai termini della *section 12*, non si presenti alla Corte nell'orario ed alla data fissati per il dibattimento.

Se l'imputato maggiorenne non compare, la corte deve procedere comunque con il processo, a meno che ciò non sia contrario agli interessi della giustizia: *section 11(1)*.

Al fine di garantire la regolare ed effettiva comunicazione del processo all'imputato, la *section 11(2)* prevede che i *magistrates* non possano celebrare il processo senza aver constatato che l'ordine di comparizione è stato effettivamente comunicato con un preavviso sufficiente rispetto alla data dell'udienza, oppure che l'imputato si è presentato in aula in seguito alla convocazione in una precedente occasione, ad esempio per ottenere un rinvio del giudizio⁹³. In base alla *section 14*, se il processo è stato celebrato in assenza dell'imputato, questi può inviare al *magistrate* una dichiarazione giurata⁹⁴ nel quale afferma di non essere stato a conoscenza dell'atto di citazione o dello svolgimento del processo fino ad una data successiva all'inizio del processo stesso. La dichiarazione deve essere recapitata al *magistrate* entro ventuno giorni dalla data in cui si è avuta conoscenza della pendenza del procedimento penale, ed ha l'effetto di annullare l'atto di convocazione ed ogni atto successivamente intrapreso; l'atto di accusa rimane, tuttavia, valido, di talché la dichiarazione giurata dell'imputato non osta alla ripresa *ab initio* del processo.

I procedimenti penali per reati minori possono essere instaurati, oltre che attraverso la notifica all'imputato di un atto di convocazione, anche con l'arresto dell'imputato. In questi casi, il fatto stesso dell'arresto è sufficiente a costituire una notifica delle accuse mosse nei suoi confronti. Così, se l'imputato viene rilasciato su cauzione e non si presenta all'orario ed alla data fissati per il processo, i *magistrates* possono celebrare il processo in sua assenza senza dover ottemperare alle condizioni sopra indicate relativamente alla dimostrazione della effettiva conoscenza del processo

⁹³ È sufficiente dimostrare che l'atto di citazione è stato inviato all'ultimo indirizzo conosciuto dell'imputato tramite posta raccomandata: *Magistrates' Courts Rules 1981*, r 99. È innegabile che un tale provvedimento possa costituire, in concreto, una notevole lacuna nel sistema delle garanzie, in quanto insorge la possibilità che l'ordine di comparizione non sia mai stato effettivamente portato a conoscenza dell'imputato.

⁹⁴ Paragonabile ad una dichiarazione certificata da atto notorio; essa deve essere conforme alle condizioni stabilite dallo *Statutory Declarations Act 1835*.

da parte dell'imputato. Tuttavia, se il reato in questione è tale da poter comportare una pena detentiva, è assai improbabile che i *magistrates* procedano in assenza dell'imputato.

Nel decidere se concedere un rinvio del processo, i giudici dovranno esercitare la propria discrezionalità ispirandosi ai principi generali di etica professionale: così, se un imputato avanza ripetute richieste di rinvio, e corrobora l'ultima di tali richieste con un certificato medico valido, la richiesta non può essere respinta automaticamente, ma deve comunque essere vagliata con attenzione⁹⁵. Il processo rinviato, comunque, non può procedere, se non è stato dimostrato che tutte le parti al processo abbiano ricevuto debito avviso della nuova data del processo. Nella sentenza *M v Burnley, Pendle & Rossendale Magistrates' Court*⁹⁶, del 2009, la *Administrative Court* ha affermato che la decisione di proseguire oppure di rinviare il processo deve essere presa alla luce degli interessi della giustizia e dell'equità, non senza criterio, e comunque alla luce dei precedenti giurisprudenziali. A tale riguardo, debbono avere applicazione anche quelle sentenze relative ai reati maggiori, sottoposti dunque al giudizio delle *Crown Courts*⁹⁷: la sentenza ha fatto esplicito rinvio alla sentenza della *House of Lords* del 2002 sul caso *R v Jones (v. infra)*.

I giudici non possono proseguire se ritengono che sussista un motivo sufficientemente fondato per l'assenza dell'imputato⁹⁸. In presenza di tali motivi, ad esempio, un ricovero in ospedale, la corte generalmente rinvia il processo, valutando che, alla data rinviata, l'imputato potrà essere presente. Se tali motivi non sussistono, la corte può emanare un mandato d'arresto nei confronti dell'imputato al fine di garantirne la presenza.

A seguito delle modifiche apportate dal *Criminal Justice and Immigration Act 2008*, i *magistrates* possono ora disporre la custodia cautelare per un imputato assente. Tuttavia, se ciò avviene, il reo deve essere portato dinanzi alla corte prima del suo trasferimento in un istituto di detenzione⁹⁹. In seguito ad un verdetto di colpevolezza emanato in assenza dell'imputato, i *magistrates* possono emanare un mandato d'arresto se il reato è punibile con la detenzione e se essi ritengono che non sia auspicabile proseguire il processo alla luce della gravità del reato in questione¹⁰⁰. Nei casi in cui l'imputato si sia avvalso della facoltà di dichiararsi colpevole tramite comunicazione postale, i *magistrates* debbono operare un primo rinvio del processo, per concedere all'imputato la possibilità di presenziare: *section 13(4)* del *Magistrates' Court Act 1980*.

La *section 54(6)* del *Criminal Justice and Immigration Act 2008* chiarisce che la corte non ha l'obbligo, prima di decidere se procedere o meno *in absentia*, di indagare sulle motivazioni addotte

⁹⁵ Sentenza della *Divisional Court* sul caso *Bolton Justices ex parte Merna*, (1991) 155 JP 612.

⁹⁶ [2009] EWHC 2874 (Admin).

⁹⁷ Come è stato chiarito nella sentenza della *Administrative Court* sul caso *Morsby v Tower Bridge Magistrates' Court*, [2007] EWHC 2766 (Admin).

⁹⁸ *Section 54(3)* del *Criminal Justice and Immigration Act 2008*.

⁹⁹ *Section 54(5)* del *Criminal Justice and Immigration Act 2008*.

¹⁰⁰ *Sections 13(3) e (4)* del *Magistrates' Court Act 1980*.

dall'imputato a giustificazione della propria assenza; è tuttavia richiesto che la corte tenga in considerazione tutte le relative circostanze ad essa note nella valutazione dei motivi addotti. La corte deve affermare pubblicamente le ragioni della mancata prosecuzione nei casi di assenza che riguardino un imputato maggiorenne¹⁰¹.

Se un imputato non è fisicamente presente durante il processo dinanzi alla *Magistrates' Court* ma è presente un suo difensore, egli viene considerato come presente: *section 122(2)* del *Magistrates' Court Act 1980*. In presenza di un avvocato difensore, non può dunque essere emanato un mandato d'arresto ai sensi della *section 13* dello stesso *Act*. Tuttavia, la presenza del difensore non può sostituire la presenza dell'imputato se questa è richiesta per legge, ad esempio nelle udienze per determinare la natura del reato contestato nell'ambito dei c.d. reati "variabili" (v. *infra*, s. 3).

3. I giudizi concernenti reati c.d. «di natura variabile»

Esiste una particolare categoria di reati che possono rientrare sia nella categoria dei reati minori, che in quella dei reati maggiori, a seconda delle circostanze peculiari del caso (in particolare, la sussistenza di un reato maggiore connesso al reato minore permetterà a quest'ultimo di rientrare nella giurisdizione "maggiore" della *Crown Court*). Per questi reati, l'imputato deve essere presente almeno durante l'udienza che determina la classificazione del reato contestato.

4. I giudizi concernenti i reati maggiori

Se per i reati minori la disciplina è assai dettagliata e già tende a salvaguardare il diritto ad essere presente, ancora più minuziosa e rigorosa è la legislazione in materia di processi dinanzi alle *Crown Courts*.

Tali processi hanno inizio con la lettura dei capi d'imputazione, in relazione ai quali l'imputato può dichiararsi colpevole o non colpevole. La presenza dell'imputato durante questa fase del processo è dunque assolutamente necessaria. Nei casi di assenza, il giudice deve, conseguentemente, rinviare il processo e, salvo motivi sufficientemente fondati, emanare un mandato d'arresto¹⁰² nei confronti dell'imputato.

Successivamente alla lettura dei capi d'imputazione, la regola generale vuole che l'imputato sia presente per tutta la durata del processo, al fine di garantire il suo diritto ad udire le accuse mosse nei suoi confronti e poterle eventualmente confutare. Se l'imputato non può presenziare in una

¹⁰¹ *Section 54(7)* del *Criminal Justice and Immigration Act 2008*.

¹⁰² Il provvedimento in questione assume l'appellativo di *bench warrant*. Esso si distingue dai mandati d'arresto veri e propri in quanto si tratta di un provvedimento emesso da un giudice (e non anche da un pubblico ministero) successivamente alla mancata comparizione dell'imputato, affinché la persona in questione venga arrestata. Il mandato in questione non può essere utilizzato qualora l'imputato non sia comparso durante la prima udienza in cui gli viene contestata una determinata accusa, nel qual caso è invece necessario utilizzare il "*Fail To Appear warrant*".

qualunque fase del processo, il giudice deve, per regola generale, rinviare il processo e, se le circostanze lo richiedano, procedere all'emanazione di un mandato d'arresto. Se l'assenza è di natura prolungata, ad esempio a causa di malattia, il giudice può anche sciogliere la giuria: il processo, così, riprenderà dinanzi ad una giuria diversa, una volta che l'imputato sarà in grado di presenziare.

Esistono due circostanze nelle quali al giudice si riconosce il potere di stabilire discrezionalmente se proseguire il processo in assenza dell'imputato. La prima riguarda il caso in cui l'imputato assuma comportamenti talmente aggressivi ed inopportuni da costituire un intralcio alla prosecuzione del processo¹⁰³. La seconda concerne, invece, la situazione dell'imputato che si è assentato volontariamente. La *Court of Appeal* si è occupata della questione in una sentenza del 2001, *R v Hayward & Ors*¹⁰⁴, enumerando una serie di principi che dovrebbero essere seguiti dal giudice in questa evenienza.

Secondo quanto rimarcato dalla *Court of Appeal*, l'imputato ha, in senso lato, il diritto a presenziare al suo processo ed il diritto alla difesa tecnica. Questi, tuttavia, sono diritti ai quali l'imputato stesso può rinunciare, in misura totale ovvero parziale. Deve ritenersi che l'imputato abbia rinunciato completamente a questi diritti qualora egli, essendo a conoscenza o disponendo dei mezzi per venire a conoscenza del luogo e dell'orario in cui il processo si svolga, si sia assentato deliberatamente e abbia volontariamente ommesso di dare istruzioni ai suoi difensori. Deve, invece, ritenersi la sussistenza di una rinuncia parziale qualora l'imputato, presente nelle fasi iniziali del processo e rappresentato legalmente, si comporti in modo tale da ostacolare lo svolgimento del processo e/o abbia ommesso di fornire indicazioni ai suoi rappresentanti.

Sempre secondo quanto stabilito dalla *Court of Appeal*, rientra nella discrezionalità del giudice la decisione se un processo possa tenersi o possa proseguire in assenza dell'imputato e/o di una compiuta (*id est*, informata) difesa tecnica. Si è precisato, tuttavia, che solamente in casi eccezionali ci si dovrà orientare nel senso dello svolgimento del procedimento *in absentia*, specie là dove la legale difesa tecnica risulti in concreto dimidiata dal mancato contatto con l'imputato. In ogni caso, il giudice dovrà operare un bilanciamento al fine di assicurare il rispetto delle esigenze connesse ad un giusto ed equo processo, a beneficio tanto della difesa che dell'accusa.

In quest'ottica, la *Court of Appeal* ha precisato che il giudice dovrebbe prendere in considerazione le circostanze peculiari della fattispecie, e segnatamente: la natura e le circostanze dell'assenza oppure della condotta che crei ostacoli al processo, nonché la (eventuale) volontarietà dell'assenza o della condotta; la probabilità che un eventuale rinvio possa consentire che all'udienza successiva l'imputato sia presente (magari anche perché colpito da un mandato di arresto che sia stato nelle more eseguito); la probabile durata del rinvio; la circostanza che l'imputato, anche se assente, abbia oppure intenda procurarsi un difensore; la circostanza che il difensore o i difensori di un imputato assente siano in grado di ottenere istruzioni dallo stesso nel corso del processo, e la

¹⁰³ Sentenza *Lee Kung* [1916] 1 KB 337, Lord Reading CJ.

¹⁰⁴ [2001] EWCA Crim 168.

connessa efficacia con la quale possano presentare, per suo conto, le argomentazioni a sua difesa; la misura del danno subito dall'imputato in conseguenza della sua assenza, con riguardo alla natura delle prove addotte nei suoi confronti; il rischio che la giuria giunga ad una conclusione impropria circa l'assenza dell'imputato; la gravità del reato per cui si procede; il pubblico interesse in senso lato e l'interesse specifico delle vittime del reato e dei testimoni a che il processo si celebri entro un periodo di tempo ragionevolmente breve a decorrere dalla commissione del reato; nei casi in cui vi sia più di un imputato, la non auspicabilità che si celebrino molteplici processi separati e le prospettive di garanzia di un giusto ed equo processo per i coimputati che siano presenti.

Se il giudice decide che un processo debba comunque aver luogo in assenza dell'imputato che non ha un difensore¹⁰⁵, deve assicurarsi che il processo si svolga nel modo più equo possibile, provvedendo – sia durante l'esame delle prove sia nel corso della ricostruzione dei fatti e delle problematiche che viene fornita alla giuria a conclusione della fase dibattimentale – ad evidenziare tutte le potenziali lacune nell'argomentazione dell'accusa nonché tutte le possibili argomentazioni a favore dell'imputato che emergano dalle prove. Il giudice deve anche evidenziare, nei confronti della giuria, che l'assenza non comporta una ammissione di colpevolezza, e che dunque nulla aggiunge, l'assenza, alle tesi dell'accusa.

Nella sentenza *R v Jones*¹⁰⁶, del 2002, la *House of Lords* ha confermato la decisione della *Court of Appeal*, ribadendo che la *Crown Court* poteva effettivamente celebrare un processo in assenza dell'imputato, sebbene questi non si fosse presentato neppure all'inizio del processo. La *House of Lords* ha ricordato che la discrezionalità che è propria della decisione di celebrare un processo in assenza dell'imputato dovrebbe essere esercitata con la massima cura e cautela. Se l'assenza dell'imputato fosse attribuibile ad una malattia o causa di incapacità involontaria, solo in rarissimi casi sarebbe – forse – possibile decidere nel senso della prosecuzione del processo; più agevole sarebbe, comunque, tale evenienza qualora l'imputato godesse di una difesa tecnica e qualora chiedesse egli stesso di dar corso al processo. I principi enunciati nella sentenza *Hayward* erano stati, da parte del *Lord Bingham of Cornhill*, confermati in maniera pressoché integrale, con due precisazioni: “la gravità del reato non dovrebbe essere un fattore da valutare nella decisione da parte del giudice, in quanto la preoccupazione principale del giudice deve essere quella di assicurare che il processo, se celebrato *in absentia*, sia il più giusto possibile e porti ad un risultato equo. Tali obiettivi sono importanti a prescindere dalla gravità del reato. Inoltre, è generalmente auspicabile

¹⁰⁵ In Inghilterra, l'imputato dinanzi alle *Crown Courts* è incoraggiato a nominare un difensore, ma non esiste un obbligo in tal senso; l'imputato può infatti difendersi personalmente per tutta la durata del processo, oppure iniziare il processo in presenza di un difensore e successivamente revocargli il mandato. L'imputato può procedere alla *cross examination* dei testimoni chiamati a sostegno dell'accusa, presentare le proprie prove ed interrogare i testimoni in proprio favore. Tuttavia, il diritto alla *cross examination* dei testimoni viene a mancare in alcuni casi stabiliti dallo *Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999*, ovvero in casi di reati di natura sessuale o di sequestro di minori, nonché in altri casi, sulla base delle circostanze specifiche. L'imputato, in tale evenienza, può nominare un rappresentante; se ciò non avviene, la corte procede alla nomina *ex officio*, se ritiene che la deposizione del testimone sia necessaria e nell'interesse della giustizia.

¹⁰⁶ [2002] UKHL 5.

che un imputato goda di una difesa tecnica anche se egli si è assentato deliberatamente [...]. La presenza, per tutta la durata del processo, di difensori che abbiano almeno precedentemente recepito istruzioni da parte del loro cliente, e che non abbiano altro obiettivo se non quello di proteggere gli interessi del cliente, fornisce in sé una salvaguardia notevole contro la possibilità di errori e omissioni”. Una tale circostanza è naturalmente da valutare alla luce dell’eventuale rinuncia, da parte dell’imputato, all’esercizio del proprio diritto di difesa, desumibile secondo i criteri sopra menzionati.

Parte III – La sottoponibilità dei titolari del potere esecutivo al processo penale

1. La normativa rilevante

Per quel che riguarda la responsabilità penale dei membri del Governo, l’ordinamento britannico non prevede alcun trattamento speciale per i reati commessi dai ministri. Ne discende che le uniche prerogative di cui il ministro può avvalersi sono, eventualmente, quelle stabilite per i parlamentari (se, come accade nella stragrande maggioranza dei casi, il ministro è anche membro di una delle *Houses of Parliament*). Ciò vale anche per il Primo ministro, nonostante questi ricopra una posizione di primazia in rapporto agli altri componenti del Governo.

Alla luce di questo quadro, di seguito verrà brevemente tratteggiato il regime delle immunità parlamentari, che rappresenta, dunque, l’unica sostanziale forma di protezione della funzione anche per chi ha responsabilità di governo. Si accennerà altresì alla disciplina relativa all’istituto dell’*impeachment*, procedura storicamente nata proprio nel Regno Unito, ma oggi di scarso significato pratico.

Verrà, infine, segnalato che il *Criminal Justice Act 1948* ha eliminato la possibilità di istituire un tribunale speciale, presso la *House of Lords*, per i *peers*, con il che essi sono necessariamente sottoposti al processo penale dinanzi alle corti ordinarie.

2. Le immunità parlamentari

Denominata in inglese *Parliamentary privilege*, l’immunità è configurata alla stregua di una garanzia posta a tutela del libero operato dei singoli parlamentari, e conseguentemente del funzionamento del Parlamento.

Il sistema delle immunità parlamentari non prevede particolari garanzie. Si articola principalmente sulla tutela della libertà di espressione dei parlamentari; con riferimento agli atti che non rientrino tra quelli protetti alla luce di questa libertà e che integrino fattispecie di responsabilità giuridica, lo *status* di parlamentare non si caratterizza per un regime di specialità. L’unica eccezione, al riguardo, è quella dell’immunità dall’arresto; trattasi, però, di una prerogativa che, come si vedrà, ha oggi un rilievo assolutamente marginale. Un sistema di questo tipo trae la sua

ispirazione dall'idea che, alla luce della tutela dei diritti consolidatasi a partire dal Medioevo, la protezione dell'individuo, che sia o meno parlamentare, assume il valore di un diritto naturale dell'individuo. In altri termini, il *common law* è ritenuto sufficiente al fine di prevenire e bloccare procedimenti arbitrari; tanto che i parlamentari britannici non hanno avvertito la necessità di ottenere una protezione particolare per le loro funzioni.

Il fulcro delle immunità, d'altra parte, si ispira ad uno dei diritti che la legislazione ed il *common law* stesso proteggono con maggiore efficacia. Nel contesto dell'attività parlamentare, il principio della libertà di espressione (*freedom of speech*) è volto a proteggere deputati e *peers* da eventuali accuse di diffamazione mosse nei loro confronti da soggetti esterni al Parlamento. È da notare che, tra questi soggetti, tradizionalmente, si annoverano in primo luogo proprio gli organi del potere esecutivo.

I privilegi conseguenti all'immunità parlamentare costituiscono parte della *lex et consuetudo parlamenti*; così, è il Parlamento a detenere il potere di decidere sulle questioni relative alla immunità, sottraendola alle corti.

I privilegi sono previsti e disciplinati nelle *rules of the Houses of Parliament*, i regolamenti parlamentari. Ciò non significa che il Parlamento ha la facoltà di estendere a proprio piacimento i privilegi già esistenti, attraverso una semplice deliberazione assembleare: poiché i privilegi derivano dalla pratica e dalla tradizione, nuovi privilegi possono essere istituiti soltanto attraverso l'adozione di leggi vere e proprie. In proposito, è chiaro che il Parlamento possa conferire la forma di legge alle norme di matrice consuetudinaria su cui si fondano i privilegi esistenti (come è avvenuto, ad esempio, con il *Parliamentary Privilege Act* del 1770, il quale ha eliminato il privilegio della libertà dall'arresto per gli assistenti dei membri del Parlamento).

Il ruolo delle corti in materia di immunità parlamentare è circoscritto all'accertamento dell'esistenza e della portata del privilegio. Se una corte riconosce che l'oggetto del contendere rientra entro la sfera delle immunità parlamentari, la stessa corte deve rinunciare ad esercitare la funzione giurisdizionale.

La casistica giurisprudenziale è, in proposito, quanto mai ricca. Limitandosi al caso più recente, può menzionarsi la decisione del mese di novembre 2010 con cui la Corte suprema del Regno Unito ha affermato che (le irregolarità ne) la contabilità delle spese dei membri del Parlamento (si trattava, nella specie, di tre deputati della *House of Commons*, coinvolti nel c.d. scandalo delle spese parlamentari) non rientra nell'ambito dell'immunità, e deve essere dunque sottoposta al normale *iter* giudiziario¹⁰⁷.

2.1. Immunità parlamentari e libertà di espressione

Il fondamento della libertà di espressione, l'ambito nel quale l'immunità parlamentare è

¹⁰⁷ *R v Chaytor & Others (MPs case)*. Sebbene la decisione sia stata resa il 10 novembre, al momento della redazione del presente scritto, la Corte suprema del Regno Unito non ha ancora depositato la relativa motivazione.

maggiormente rilevante, è rintracciabile nell'articolo IX del *Bill of Rights* del 1689, secondo il quale "I *Lords* Spirituali e Temporal e i Comuni dichiarano [...] [c]he la libertà di parola o di discussione o i dibattiti in Parlamento non deve essere impedita o contestata in alcuna corte o luogo fuori del Parlamento".

La nozione di *proceedings in Parliament* cui fa riferimento l'articolo IX è stato oggetto di interpretazione da parte delle corti. Alcuni principi sono pacifici nella giurisprudenza inglese in materia: la libertà di espressione nel corso dei dibattiti parlamentari e delle riunioni di comitati legislativi è pienamente protetta, nel senso che non è assoggettata a procedimenti giurisdizionali né è soggetta all'applicazione delle leggi sulla diffamazione¹⁰⁸.

Sul punto, le prassi parlamentare e giudiziaria sono assolutamente ferme; in altri casi, invece, sussistono ancora incertezze circa la reale estensione della prerogativa.

Tra gli sviluppi più significativi in materia, pare opportuno operare un richiamo alla sentenza sul caso *Pepper v Hart* del 1993¹⁰⁹, nella quale la *House of Lords* ha stabilito che i giudici possono in alcuni casi fare riferimento alla raccolta di atti pubblici *Hansard*, recante i resoconti dei lavori parlamentari, come strumento per l'interpretazione delle leggi. Contestando le argomentazioni secondo le quali il riferimento ai lavori parlamentari da parte delle corti costituiva un'intrusione nei discorsi e nei dibattiti del Parlamento, *Lord Templeman* ha precisato che, ammettendo l'utilizzo dei resoconti da parte dei giudici, non si intendeva in alcun modo incidere sulla libertà di espressione dei parlamentari, dal momento che lo scopo dell'utilizzo era unicamente quello di ricercare, peraltro solo in determinate circostanze, un chiarimento relativo al vero intento del legislatore. Questa precisazione dimostra che il caso *Pepper* ha avuto, sia pure indirettamente, una valenza anche relativamente alla definizione della portata dell'articolo IX del *Bill of Rights*.

Per quanto riguarda la normativa rilevante, la *section 13* del *Defamation Act 1996* prevede che un individuo possa rinunciare, nel contesto di una causa intentata per diffamazione nella quale la sua condotta in Parlamento viene messa in discussione, a qualsiasi protezione legislativa o norma che escluda i procedimenti parlamentari dallo scrutinio al di fuori della sede del Parlamento stesso. Il risultato di tale previsione è così anche quello di permettere ad un parlamentare di intentare una causa per diffamazione, per difendere le proprie azioni, a condizione che egli rinunci alla protezione dell'Articolo IX e permetta dunque alla difesa di addurre prove che verrebbero altrimenti escluse a causa del privilegio parlamentare.

2.2. Immunità parlamentari e libertà personale

Per i membri della *House of Commons*, l'immunità dall'arresto (*freedom from arrest*) inizia quaranta giorni prima dell'inizio della legislatura e si estende per quaranta giorni oltre la sua conclusione. Per i *peers*, il privilegio fornisce protezione dall'arresto in procedimenti civili in ogni

¹⁰⁸ Si noti che tali leggi configurano illeciti che non rientrano nel diritto penale, ma che costituiscono invece *torts*, come tali rientranti nell'ambito civile.

¹⁰⁹ [1992] UKHL 3.

caso. Tuttavia, l'immunità dall'arresto non si estende, né per i membri della *House of Commons* né per quelli della *House of Lords*, ad accuse o condanne penali.

In ambito penale, infatti, non vi è alcuna immunità. Lo dimostra, ad esempio (e soprattutto), l'arresto in aula di un membro della *House of Commons* che era evaso dal carcere, un arresto che non è stato considerato contrario al privilegio¹¹⁰.

Quando un parlamentare è arrestato nel corso di un procedimento penale, il relativo provvedimento viene notificato al Presidente della Camera di appartenenza, ed egli ne dà conto alla Camera oralmente o per iscritto. Se, invece, un parlamentare viene privato della libertà personale per motivi di salute mentale in base al *Mental Health Act 1983*, dopo un rapporto preparato da uno specialista e consegnato al Presidente della Camera che conferma la condizione di incapacità del parlamentare, quest'ultimo viene dichiarato decaduto dalla carica.

La circostanza che l'immunità dall'arresto si estenda ai soli procedimenti civili rende la stessa di scarsa importanza, dato che la detenzione per illeciti civili è stata abolita in via generale, con una sola eccezione relativa alla detenzione per debiti. L'eccezione riguarda la possibilità di procedere alla detenzione nei casi di mancato pagamento degli obblighi alimentari al coniuge, dopo il divorzio o per figli nati fuori dal matrimonio. Peraltro anche questa eccezione è tutt'altro che pacifica, se è vero che, nel 1963, nel caso *Stourton v Stourton*¹¹¹, un membro della *House of Lords* è riuscito a far valere comunque la sua prerogativa parlamentare, impedendo l'esecuzione della sentenza di condanna nei suoi confronti per mancato pagamento di alimenti.

2.3. Immunità parlamentari e funzionamento del Parlamento

Entrambe le *Houses of Parliament* hanno autonomia normativa in materia di organizzazione e funzionamento¹¹². Accessori rispetto a questa autonomia sono i poteri sanzionatori e disciplinari che le camere hanno nei confronti dei propri membri. La *House of Commons*, ad esempio, può individuare qualsiasi atto od omissione che si traduca nell'oltraggio al Parlamento, ovvero "qualsiasi atto od omissione che ostruisca o impedisca ad una delle *Houses of Parliament* di esercitare le sue funzioni, o che ostruisca o impedisca a qualsiasi membro o funzionario delle *Houses* l'adempimento dei propri doveri o che tenda, direttamente o indirettamente, a produrre tali risultati".

Con riguardo a tali condotte, le *Houses of Parliament* hanno il potere di votare affinché il soggetto agente sia perseguito a norma di legge nelle forme ordinarie; in alternativa, possono giungere ad ordinare la sospensione o l'espulsione del membro del Parlamento. Soltanto la *House of*

¹¹⁰ Lord Cochrane, 1815: CJ (1814-1816) 186.

¹¹¹ [1963] 1 AER 606.

¹¹² Sul tema, nella giurisprudenza più recente, può citarsi il caso *British Railways Board v Pickin*, del 1974, nel quale la *House of Lords* ha affermato che la corte non avrebbe potuto "guardare al di là del Registro parlamentare" (nella fattispecie, si trattava di una controversia la cui soluzione avrebbe richiesto un esame delle modalità di approvazione di un disegno di legge).

Lords ha il potere di sanzionare essa stessa il soggetto agente; è, tuttavia, ormai caduta in desuetudine la sanzione privativa della libertà, sanzione che è stata esercitata per l'ultima volta nel 1884.

Quando viene contestata la violazione del privilegio o l'oltraggio al Parlamento, l'atto che reca la contestazione viene comunicato al Presidente della camera interessata, ed il deputato o *peer* coinvolto riceve una notifica per iscritto della contestazione che gli viene mossa. Il Presidente deve accertare che la questione sia attinente alla sfera delle immunità parlamentari, e che la contestazione non sia velleitaria; fatta questa verifica, avvisa il ricorrente affinché registri una mozione da sottoporre al dibattito parlamentare il giorno seguente. A seguito della registrazione, la questione giunge, solitamente, al *Committee on Standards and Privileges*, il quale svolge l'attività istruttoria, nel corso della quale non è vincolato dalle norme generali che disciplinano l'attività probatoria. Sulla scorta delle risultanze ottenute, il Comitato emana una raccomandazione non vincolante sulla sanzione da irrogare; perché la sanzione venga effettivamente irrogata è, però, indispensabile una votazione in tal senso dell'assemblea.

3. L'impeachment

3.1. Cenni storici

L'*impeachment* è una istituzione antica, sviluppatasi in Inghilterra nel tardo Quattrocento come procedimento speciale per giudicare le alte cariche dello Stato e nel corso delle lotte politiche dell'epoca. Il suo uso ha cominciato a subire un declino durante la dinastia Tudor (1485-1603), ma è stato ripreso a partire dal Seicento come metodo per portare a giudizio i ministri del re Carlo I. Da allora, l'*impeachment* è stato invocato saltuariamente fino al 1806, anno in cui è stato intentato l'ultimo procedimento. L'istituto è ormai caduto in disuso – oggi le corti ordinarie hanno giurisdizione penale con riguardo ai reati, anche gravi, commessi dalle alte cariche dello Stato; si è inoltre diffusa la tendenza per ministri rei di aver affermato falsità dinanzi al Parlamento di rassegnare le proprie dimissioni, nonché quella di indurre un voto di sfiducia al governo per tentare di destabilizzare il governo ed indire così nuove elezioni – ma non è mai stato formalmente abolito. Ciò è stato confermato dagli studi commissionati dalla *House of Commons* nel 2004, quando il deputato Adam Price e dieci suoi colleghi hanno dichiarato di voler intentare un processo di *impeachment* contro il *premier*, Tony Blair, a causa del preteso inganno perpetrato da quest'ultimo nei confronti del popolo britannico, con riguardo alle prove poste a fondamento della decisione di entrare in guerra con l'Iraq nel 2003. La proposta non è però mai arrivata alla fase del dibattito dinanzi alla *House of Commons*, e nel 2007 Blair si è dimesso, rendendo così irrilevante ulteriori sviluppi procedurali.

3.2 La procedura

Con l'*impeachment*, qualunque membro delle due camere del Parlamento inglese può essere perseguito e processato dalle due *Houses* per qualunque reato.

Una volta che la *House of Commons* abbia stabilito in via preliminare l'opportunità di intentare un processo di *impeachment*, qualsiasi membro del Parlamento può formalmente accusare l'imputato del reato o dei reati in questione (in genere alto tradimento, o di certi altri reati o *misdeemeanours*). Dopo aver addotto le prove a carico dell'imputato, l'accusatore propone una mozione per l'*impeachment*. Se l'accusa è ritenuta fondata dalla *House of Commons*, la mozione è sottoposta al dibattito della *House* intera. Se a seguito del dibattito si decide a favore dell'accusa, la *House* ordina ad uno o più deputati di recarsi dinanzi alla *House of Lords* per proporre l'*impeachment* dell'imputato. Un documento contenente i capi d'accusa e le relative prove, preparato da un Comitato della *House of Commons*, viene sottoposto al vaglio della *House of Lords*. Di seguito, la *House of Lords* presiede il dibattimento sui capi d'accusa tra i *Commons* e l'imputato.

Tradizionalmente, era il *Lord Chancellor* a presiedere il processo, nei casi in cui l'imputato fosse un deputato della *House of Commons*. Tuttavia, l'entrata in vigore del *Constitutional Reform Act 2005* ha rimosso gran parte dei compiti di natura giudiziaria del *Lord Chancellor*, e quindi non è chiaro chi dovrebbe presiedere oggi un processo di *impeachment*. I processi contro un *peer* vengono, invece, presieduti dal *Lord High Stewart*, ufficio in gran parte cerimoniale e che solitamente viene nominato solo nel momento in cui le sue funzioni sono richieste.

Se l'imputato è un *peer*, la *House of Lords* (anche mediante il *Gentleman Usher of the Black Rod*, cui sono affidati i massimi poteri amministrativi e di sicurezza nella *House*) può disporre il fermo; l'imputato rimane in stato di fermo a meno che i *Lords* non decidano di rilasciarlo su cauzione.

Il processo si svolge secondo modalità simili a quelle previste per un regolare processo accusatorio, ed entrambe le parti possono convocare testimoni e presentare le proprie prove. L'imputato può richiedere l'emanazione di atti di comparizione per i testimoni a suo favore, e può avvalersi di un difensore.

Al termine dell'udienza, i *Lords* votano su ogni singolo capo d'accusa. Se i *Lords* dichiarano l'imputato colpevole, anche a maggioranza semplice, non verrà comunque pronunciata alcuna sentenza, a meno che questa non sia richiesta attraverso una mozione della *House of Commons*, la quale può, in questo momento, concedere la grazia all'imputato. Il processo di *impeachment* può essere aggiornato da una sessione parlamentare ad un'altra, anche se nel frattempo è avvenuto lo scioglimento delle camere. In seguito all'*Act of Settlement 1701*, il sovrano non ha alcun diritto di concedere la grazia all'imputato coinvolto in un processo di *impeachment*.

I *Lords* possono imporre qualsiasi pena ritengano necessaria, nei limiti imposti dal principio di legalità.

4. La responsabilità politica dei membri del Governo

Quanto sin qui esposto in merito alle immunità parlamentari appare solo indirettamente incidente sulla posizione costituzionale dei membri del Governo, ai quali si estendono le tutele previste per i

parlamentari, senza che, però, queste tutele possano dirsi particolarmente pregnanti. Analoghe considerazioni valgono anche per il processo di *impeachment*, la cui applicazione ha subito però, come accennato, una sostanziale desuetudine, a favore di metodi di natura più eminentemente “politica” per contestare l’operato dei membri dell’esecutivo (e del Parlamento).

Da ciò discende che, per i membri del Governo, le peculiarità principali riguardano le modalità attraverso le quali può essere fatta valere la responsabilità politica.

4.1. Il Primo ministro

In quanto forma di governo con un funzionamento di tipo maggioritario, nel Regno Unito si delinea una responsabilità politica del Governo, e soprattutto del Primo Ministro, nei confronti del partito o della coalizione di maggioranza, come dimostra il fatto che possono aversi dimissioni nel corso della legislatura del Primo ministro che non goda più della piena fiducia della sua maggioranza; circostanza che si è materializzata, più notevolmente, nel caso di Margaret Thatcher.

4.2. I ministri o Segretari di Stato

Nel Regno Unito è previsto l’istituto della sfiducia (o censura) al singolo ministro per atti riguardanti la gestione del proprio dicastero, anche se esso ha scarse possibilità di utilizzazione, in quanto di regola vi è un vincolo di solidarietà politica nel Governo che spinge la maggioranza a difendere il ministro (*Cabinet collective responsibility*) o è lo stesso Primo ministro a imporne le dimissioni o la revoca dalla carica.

Un caso tra i più noti della storia recente in cui la responsabilità politica ha condotto alle dimissioni di un ministro è quello, risalente al 1963, del Segretario di Stato per la Guerra, John Profumo; la sua relazione con la presunta amante di una spia sovietica, seguita dalla falsa testimonianza resa dinanzi alla *House of Commons* quando fu interrogato al riguardo, costrinse il Segretario di Stato alle dimissioni.

Più di recente, uno dei casi che più hanno attirato l’attenzione dei *mass-media* è invece quello del Ministro del Tesoro David Laws, il quale ha rassegnato le proprie dimissioni nel maggio 2010, essendo stato coinvolto nello scandalo sulle spese parlamentari, ed in particolare per aver chiesto il rimborso di alcune spese finalizzate a pagare la locazione della residenza del suo compagno.

SPAGNA

di Carmen Guerrero Picó

Parte I – Un inquadramento del tema in relazione alla forma di governo

1. L'individuazione dei titolari del potere esecutivo

La Costituzione spagnola del 1978 stabilisce che la forma politica dello Stato è la monarchia parlamentare (art. 1, comma 3). Il Re è il Capo dello Stato, simbolo della sua unità e continuità. Arbitro del funzionamento regolare delle istituzioni, egli esercita le funzioni espressamente conferitegli dalla Costituzione e dalle leggi (art. 56, comma 1, Cost.). Il Sovrano è “inviolabile” e non soggetto a responsabilità (art. 56, comma 3, Cost.). I suoi atti devono essere controfirmati, ad eccezione di quelli di nomina e revoca dei suoi più stretti collaboratori. In quanto Capo dello Stato di un sistema parlamentare, il Re non può dirsi parte del potere esecutivo.

Il titolare del potere esecutivo è, infatti, il Governo, che “dirige la politica nazionale ed estera, l'amministrazione civile e militare e la difesa dello Stato”, “esercita la funzione esecutiva e la potestà regolamentare conformemente alla Costituzione ed alle leggi” (art. 97 Cost.). Il Governo è formato dal Presidente ed eventualmente dai Vicepresidenti, nonché dai ministri e dagli ulteriori membri che siano stabiliti dalla legge (art. 98, comma 1, Cost.).

Il Presidente del Governo spagnolo è inquadrato tra i capi degli esecutivi europei con poteri più forti, ed è considerato, se non *un primo sopra ineguali, un primo tra ineguali*¹¹³. È costituzionalmente posto al centro del Consiglio di ministri, in quanto: *a*) il Congresso dei deputati vota la fiducia unicamente al *premier* (art. 99 Cost.); *b*) spetta a lui, una volta insediato, proporre gli altri membri del Governo al Re; e *c*) è l'unico membro del Governo che ha il potere di proporre lo scioglimento del Congresso dei deputati, del Senato o di entrambi i rami del Parlamento (*Cortes Generales*), previa delibera del Consiglio di ministri (art. 115 Cost.).

2. I rapporti tra titolari del potere esecutivo e titolari del potere legislativo

La Costituzione spagnola non vieta che il Presidente del Governo ed i ministri siano membri del Congresso dei deputati o del Senato, né tantomeno lo impone. Semplicemente, si apre a questa possibilità all'art. 98, comma 3, ove si stabilisce che “i membri del Governo non potranno esercitare altre funzioni rappresentative che quelle connesse al mandato parlamentare, né qualsiasi altra funzione pubblica che non derivi dal loro incarico né qualsiasi attività professionale o

¹¹³ Cfr. O. LANZA, “Spagna: un capo di governo autorevole”, in G. PASQUINO (a cura di), *Capi di Governo*, Bologna, il Mulino, 2005, 249-250. Si veda, anche, O. I. MATEOS Y DE CABO, *El Presidente del Gobierno en España: status y funciones*, Madrid, La Ley e Universidad Rey Juan Carlos, 2006.

commerciale”. Ed in effetti, dalla prassi si evince che tutti i Presidenti del Governo sono stati deputati e che anche la maggior parte dei ministri lo è stato.

Al verificarsi di questa ipotesi, i membri del Governo possono fruire della tutela approntata per i parlamentari dall’art. 71 Cost. (le c. d. “inviolabilità” ed immunità parlamentare), e questa sovrapposizione si riflette sulla disciplina della responsabilità penale del Governo, come si avrà modo di esporre nel prosieguo.

Parte II – La presenza fisica dell’imputato nel processo penale

1. Cenni sul tipo di processo e sul significato che la presenza dell’imputato riveste da un punto di vista costituzionale

Il processo penale spagnolo rispecchia il sistema accusatorio formale o misto, si basa sui principi di *oralidad*, *publicidad* e *contradicción*¹¹⁴, ed è condizionato dai diritti fondamentali che sono affermati all’art. 24 Cost., che così recita:

1. Tutte le persone hanno il diritto di ottenere tutela effettiva dai giudici e dai tribunali nell’esercizio dei loro diritti ed interessi legittimi, senza che, in alcun caso, possa verificarsi mancanza di difesa [indefensión].

2. Parimenti, tutti hanno diritto al giudice naturale predeterminato dalla legge, al patrocinio legale, ad essere informati dell’accusa formulata contro di loro, ad un processo pubblico senza indebite dilazioni e con tutte le garanzie, ad utilizzare i mezzi di prova pertinenti alla loro difesa, a non fare ammissioni contro sé medesimi, a non confessare la propria colpevolezza ed alla presunzione di innocenza. La legge regolerà casi in cui, a causa di parentela o di segreto professionale, non sussisterà l’obbligo di rendere dichiarazioni circa presunti reati.

La presenza dell’imputato-accusato¹¹⁵ è, per lo Stato, titolare dello *ius puniendi*, una condizione ineludibile, di talché non si potrà giungere ad alcuna condanna *in absentia*, se non in casi eccezionali.

Dal punto di vista dell’imputato, è indubbio che la sua presenza al processo fin dall’inizio giovi alla sua difesa. Presentandosi dinanzi al giudice istruttore può ottenere che sia dichiarata la sua estraneità ai fatti o l’archiviazione del procedimento, o, in caso contrario, può richiedere l’acquisizione delle prove che ritiene opportune per fondare o articolare la sua difesa al momento della fase dibattimentale (per tutte, SSTC 87/1984, del 27 luglio, e 149/1986, del 26 novembre).

¹¹⁴ Si veda AAVV, *Derecho jurisdiccional I*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004, 314-330 e 352-375, e A. GUARINO JR, *Il procedimento in contumacia nel confronto con gli ordinamenti di Gran Bretagna, Scozia, Spagna, Svizzera, Stati Uniti, Sud Africa ed Australia*, 2007, 10-12, in http://www.sioi.org/comitato_du_ricercatori.htm.

¹¹⁵ Sul significato dei variegati termini che utilizza la legge processuale per riferirsi alla parte accusata a seconda della fase in cui si trova il procedimento (*inculpado*, *presunto culpable*, *procesado*, *reo*, *presunto reo*, *persona a quien se imputa un acto punible*, *querrellado*, *acusado*, *imputado*, ecc.), v. AA.VV, *Derecho jurisdiccional III*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004, 77-78.

La giurisprudenza costituzionale (tra le altre, SSTC 37/1988, del 3 marzo; 181/1994, del 20 giugno; 29/1995, del 6 febbraio, 162/1999, del 27 settembre, 91/2000, del 30 marzo, ecc.) ha ribadito l'essenzialità del diritto a partecipare al dibattimento, puntualizzando che il diritto dell'imputato ad essere presente non è solo un'esigenza imposta dal principio del contraddittorio¹¹⁶, ma è anche lo strumento che rende possibile l'esercizio del diritto di autodifesa per rispondere alle imputazioni dei fatti che, riferite alla propria condotta, conformano la pretesa accusatoria¹¹⁷. Unicamente mediante la presenza fisica nel corso del giudizio si può contestare l'accusa, si può trasformare la dichiarazione dell'imputato in un atto di difesa, si possono interrogare i testimoni, si può coordinare la difesa che si esercita attraverso l'assistenza tecnica dell'avvocato e si può esercitare il diritto all'ultima parola (nella misura in cui lo prevedano le leggi processuali), che è un'altra manifestazione del diritto di autodifesa. Il dibattimento, del resto, non è una semplice sequenza del processo penale, bensì il momento decisivo in cui, con la pubblicità ed il contraddittorio pieno, si dibatte circa la fondatezza delle pretese di condanna e l'attendibilità delle prove presentate dall'accusa e dalla difesa.

In ogni caso, la presenza dell'imputato mira anche alla realizzazione degli interessi inerenti alla giustizia penale, permettendo un regolare svolgimento dell'equo processo, che non può culminare nella celebrazione del giudizio orale e nella sentenza se l'accusato non è a disposizione dell'organo giurisdizionale. In questa prospettiva, la presenza dell'imputato si trasforma in un diritto non rinunciabile, o – meglio – in un diritto-dovere processuale: “la presenza personale dell'accusato nel processo penale è un dovere. La finalità, d'altra parte, è chiara. Da un lato, l'accusato deve essere a disposizione della giustizia per sottoporsi, se del caso, all'esecuzione coattiva della pena. Dall'altro lato, la propria presenza può essere utile e perfino necessaria per il chiarimento dei fatti. Infine, se la situazione persiste, conclusa la fase istruttoria non può celebrarsi la fase dibattimentale né esserci condanna nei confronti del contumace, per cui si paralizza il processo, almeno parzialmente, con danno evidente, non solo ai privati eventualmente coinvolti, ma anche agli interessi pubblici, la cui importanza nel processo penale non è necessario ribadire. Chi non adempie al suddetto dovere, si sottrae volontariamente all'azione della giustizia e se pretende, inoltre, di sostituire l'obbligatoria comparizione personale con una comparizione per mezzo di rappresentante [...] si colloca in una situazione anomala rispetto al processo, esigendo [il rispetto de] i suoi diritti mentre non adempie ai suoi doveri, e perturba gravemente lo sviluppo del processo. Non risulta, quindi, che il requisito della comparizione personale per esercitare il diritto di difesa sia irragionevole o sproporzionato” (STC 87/1984, del 27 luglio, FJ 5).

¹¹⁶ Il diritto alla difesa è in intima connessione con il diritto alla tutela giurisdizionale senza *indefensión*, che impone agli organi giudiziari di vigilare affinché nelle varie fasi del processo si garantisca il necessario contraddittorio tra le parti e la parità delle armi relativamente alle possibilità di allegazione e di prova (per tutte, STC 93/2005, del 18 aprile, FJ 3).

¹¹⁷ Come è chiaro, peraltro, l'imputato non è costretto a rendere dichiarazioni, potendo rimanere in silenzio (art. 24, comma 2, Cost.).

Ad ulteriore dimostrazione della rilevanza che la presenza dell'imputato ha nel processo penale spagnolo, deve segnalarsi che il Tribunale costituzionale si è pronunciato in favore dell'illegittimità di richieste di estradizione passiva e di esecuzione di mandati di arresto europeo avanzate da Stati che, in casi di reato molto grave, non prevedono la revisione delle condanne pronunciate *in absentia*: "costituisce [infatti] una violazione 'indiretta' delle esigenze derivanti dalla Costituzione, danneggiando il contenuto essenziale dell'equo processo in una forma che incide sulla dignità umana, l'accordare l'extradizione [...] senza sottoporre la consegna alla condizione che il condannato possa impugnare [le condanne suddette] per salvaguardare i suoi diritti di difesa" (per tutte, SSTC 91/2000, del 30 marzo, e 199/2009, del 28 settembre).

2. La disciplina della presenza dell'imputato

L'art. 786, comma 1, della legge processuale penale (d'ora in avanti, LECrim)¹¹⁸ stabilisce che la celebrazione del dibattimento richiede obbligatoriamente la presenza dell'accusato e dell'avvocato difensore. L'assenza ingiustificata dell'accusato che ha ricevuto rituale notifica non è, però, causa di sospensione del dibattimento se il giudice, su richiesta del pubblico ministero o dell'accusa, e sentita la difesa, ritiene che esistano elementi sufficienti per giudicare, purché la pena richiesta non sia superiore a due anni, se si tratta di una pena detentiva, o, trattandosi di una pena di altra natura, quando la sua durata non ecceda i sei anni.

Il dibattimento, una volta iniziato, si sviluppa con tutte le udienze in successione che siano necessarie fino alla sua conclusione (art. 744 LECrim), ma può accadere che debba essere sospeso. Tra le cause di sospensione previste, due sono legate all'accusato ed al suo rappresentante legale nell'art. 746 LECrim: la *causa n. 4*), relativa al caso in cui il difensore si ammali improvvisamente fino al punto che non possa continuare a prendere parte al processo né possa essere sostituito senza gravi inconvenienti per la difesa dell'interessato; la *causa n. 5*), concernente il caso in cui uno o più imputati si trovino nelle condizioni indicate nella *causa n. 4*), di talché non possano essere presenti al processo. La sospensione per questa causa viene accordata solo dopo aver sentito i medici nominati di ufficio per il riconoscimento della sussistenza dello stato di malattia. Tuttavia, lo stesso art. 744 chiarisce che il processo non può essere sospeso per malattia o assenza di alcuno degli imputati cui la citazione in giudizio sia stata notificata personalmente, allorché il tribunale ritenga, udite le parti e facendo risultare agli atti del processo le motivazioni della sua decisione, che esistono comunque, indipendentemente dalla presenza, elementi sufficienti per giudicare.

In caso di malattia dell'imputato, il giudice dibattimentale può decretare di ufficio (e non su richiesta di parte) la sospensione. Nell'ordinanza di sospensione, si fissa la durata della sospensione, se ciò è possibile, e si determina quanto necessario per la continuazione del giudizio. Contro questa ordinanza non è ammessa impugnazione (art. 746 LECrim).

¹¹⁸ *Ley de Enjuiciamiento criminal*, approvata con regio decreto del 14 settembre 1882.

Ai sensi dell'art. 749 LECrim, quando per i casi di cui ai nn. 4 e 5 dell'art. 746 si debba prolungare indefinitamente la sospensione del giudizio, o comunque la sospensione si estenda per un lasso di tempo troppo ampio, si dichiara priva di effetto la parte del dibattimento sino a quel momento celebrata. Il cancelliere (*secretario judicial*) fissa un giorno per il nuovo giudizio quando venga meno la causa di sospensione.

Nell'ordinamento spagnolo, non si hanno norme processuali in materia di impedimento a presenziare derivante da motivi professionali o d'ufficio. Si concedono, tuttavia, taluni "privilegi processuali"¹¹⁹ a beneficio di alte cariche e funzionari in virtù della funzione che svolgono; i privilegi possono riguardare la limitazione dell'arresto alle sole ipotesi di flagranza di reato (è quanto si prevede, ad esempio, per deputati, senatori, giudici, magistrati o per il difensore civico), ma attengono principalmente alla partecipazione dei titolari di determinate cariche o agli esercenti determinate funzioni in qualità di testimoni (artt. 411 e 412 LECrim)¹²⁰.

¹¹⁹ L'espressione è di J. L. GÓMEZ COLOMER e I. ESPARZA LEIBAR, *Tratado Jurisprudencial de Aforamientos Procesales (Estudio particularizado teórico-práctico sobre los privilegios procesales de los altos cargos, autoridades y funcionarios públicos en el proceso penal español y en el Derecho comparado)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

¹²⁰ Sono esenti dal dovere di prestare dichiarazione in qualità di testimoni (art. 411 LECrim): il Re, la Regina, i loro rispettivi consorti, il Principe erede ed i Reggenti del Regno; gli Agenti diplomatici accreditati in Spagna; il personale amministrativo, tecnico o di servizio delle missioni diplomatiche, nonché i loro parenti, purché ricorrano le condizioni stabilite nei trattati.

L'art. 412 LECrim così recita:

"1. Saranno anche esenti dal dovere di presentarsi su convocazione del giudice, ma non di rendere dichiarazioni, potendo farlo per iscritto, le altre persone della Famiglia reale.

"2. Sono esenti dal dovere di presentarsi su convocazione del giudice, ma non di rendere dichiarazioni, potendo informare per iscritto sui fatti di cui siano a conoscenza in ragione del loro incarico: 1.º Il Presidente e gli altri membri del Governo. - 2.º I Presidenti del Congresso dei deputati e del Senato. - 3.º Il Presidente del Tribunale costituzionale. - 4.º Il Presidente del Consiglio generale del Potere giudiziario. - 5.º Il Procuratore generale dello Stato. - 6.º I Presidenti delle Comunità autonome.

"3. Se fosse utile ricevere dichiarazione da una delle persone citate nel comma 2 su questioni di cui essa non abbia avuto conoscenza in ragione della sua carica, si assumerà la dichiarazione al suo domicilio o al suo studio ufficiale.

"4. Chi avesse svolto le cariche cui si riferisce il comma 2 del presente articolo sarà parimenti esente dal dovere di presentarsi su convocazione del giudice, ma non di rendere dichiarazioni, potendo informare per iscritto sui fatti di cui è a conoscenza in ragione della sua carica.

"5. Saranno altresì esenti dal dovere di presentarsi su convocazione del giudice, ma non di rendere dichiarazioni, potendo farlo nel loro studio ufficiale o nella sede dell'organo di cui siano membri: 1.º I deputati ed i senatori. - 2.º I giudici del Tribunale costituzionale ed i membri del Consiglio generale del Potere giudiziario. - 3.º I pubblici ministeri di sezione del Tribunale supremo. - 4.º Il difensore civico. - 5.º Le autorità giudiziarie di qualsiasi ordine giurisdizionale di categoria superiore a quella del giudice che assuma la dichiarazione. - 6.º I presidenti delle assemblee legislative delle Comunità autonome. - 7.º Il Presidente ed i consiglieri permanenti del Consiglio di Stato. - 8.º Il Presidente ed i consiglieri della Corte dei conti. - 9.º I membri del Consiglio di Governo delle Comunità autonome. - 10.º I segretari di Stato, i sottosegretari o assimilati, i delegati del Governo nelle Comunità autonome ed in Ceuta e Mellilla, i Governatori civili ed i capi delle Intendenze di Finanza.

3. Le conseguenze dell'assenza dell'imputato

Nell'ordinamento spagnolo, la regola generale impone la necessaria sospensione del procedimento in assenza dell'imputato, ma esistono ipotesi di giudizio *in absentia* per i reati puniti con la sola pena pecuniaria o con pena detentiva inferiore ad un anno.

Se, una volta aperto il dibattimento, l'imputato non fa atto di presenza e/o non può essere reperito, il giudice o tribunale deve cercare di ottenere la sua comparizione: a questo scopo, deve inviare una *requisitoria*, ordinando che venga localizzato e che sia posto a disposizione dell'autorità giudiziaria (art. 784, comma 4, LECrim). La *requisitoria*, cui deve essere data pubblicità (art. 838 LECrim), fissa il termine entro il quale l'accusato assente o che non è reperibile deve mettersi a disposizione (art. 837 LECrim). Trascorso tale termine senza che compaia davanti al giudice, dovrà essere dichiarato contumace – *rebelde* – (artt. 834 e 839 LECrim).

La dichiarazione di contumacia (*declaración de rebeldía*) ha diversi effetti, a seconda della fase in cui si trova il processo: se la fase istruttoria non è terminata, questa deve essere completata e, successivamente, si disporrà la sospensione del processo (art. 840 LECrim); se, invece, la dichiarazione interviene durante il dibattimento, questo viene sospeso e gli atti sono archiviati (art. 840 LECrim)¹²¹.

Quando l'imputato dovesse presentarsi o fosse comunque reperito, il giudice riassumerà la causa ed il processo continuerà (art. 846 LECrim).

Da notare è che la *declaración de rebeldía* dell'imputato non interrompe la prescrizione dei reati (sentenza del Tribunale supremo, sezione penale, del 27 giugno 1986). Il Tribunale supremo considera, infatti, che la pubblicazione della *requisitoria* non è sufficiente per ritenere che si stiano ponendo in essere le attività giudiziarie che permettono di interrompere il termine di prescrizione (per tutte, SSTS del 10 marzo 1993 e del 5 gennaio 1988).

Parte III – La sottoponibilità dei titolari del potere esecutivo al processo penale

“6. Se si tratta di incarichi la cui competenza è limitata territorialmente, la rispettiva esenzione sarà applicabile solo in riferimento alle dichiarazioni che si debbano assumere nel loro territorio, eccezione fatta dei Presidenti delle Comunità autonome e delle loro assemblee legislative.

“7. Quanto ai membri degli Uffici consolari, ci si atterrà a quanto disposto nelle convenzioni internazionali in vigore”.

Anche i giudici, i magistrati ed i pubblici ministeri non sono esenti dal rendere dichiarazioni, ma godono del privilegio consistente nella assunzione della testimonianza presso il loro ufficio (art. 400 della legge *orgánica* n. 6/1985, del 1° luglio, sul Potere giudiziario, ed art. 60 della legge n. 50/1981, del 30 dicembre, che disciplina lo statuto organico del pubblico ministero).

¹²¹ Nel caso ci siano due o più imputati e non tutti siano stati dichiarati contumaci, si sospende la causa limitatamente ai contumaci, mentre per gli altri essa procede regolarmente (art. 842 LECrim).

1. La normativa rilevante

1.1. Le disposizioni specifiche in materia di responsabilità penale dei membri del Governo

Nella scelta dei meccanismi attraverso cui far valere la responsabilità penale dei membri del Governo, il costituente spagnolo si è discostato dai testi costituzionali precedenti¹²², dove si era optato per affidare i reati ministeriali al controllo politico del Parlamento, ispirandosi all'*impeachment* anglosassone, o per la creazione una giurisdizione speciale.

La Costituzione del 1978 prevede la prerogativa di un foro speciale (*aforamiento*) che non è circoscritta ai reati commessi nell'esercizio delle funzioni governative e ministeriali, e prevede altresì talune peculiarità relativamente a reati funzionali di particolare gravità.

L'art. 102 Cost.¹²³ così dispone:

1. *La responsabilità penale del Presidente e degli altri membri del Governo sarà fatta valere, se del caso, davanti alla sezione penale del Tribunale supremo.*

2. *L'accusa per alto tradimento o per qualsiasi reato contro la sicurezza dello Stato commesso nell'esercizio delle funzioni, potrà essere promossa solamente per iniziativa di un quarto dei membri del Congresso e con voto favorevole della maggioranza assoluta dello stesso.*

3. *La prerogativa regia di grazia non sarà applicabile ad alcuna delle ipotesi di cui al presente articolo.*

La normativa di attuazione di questo articolo è molto esigua. L'art. 57, comma 1, paragrafo 2°, della legge *orgánica* n. 6/1985, del 1° luglio, sul Potere giudiziario (d'ora in avanti, LOPJ), stabilisce che la sezione penale del Tribunale supremo conoscerà, tra le altre, dell'istruzione e del giudizio delle cause contro il Presidente del Governo e contro i membri del Governo¹²⁴. E l'art. 169

¹²² Si veda L. M. DíEZ-PICAZO, *La criminalidad de los gobernantes*, Barcellona, Editorial Crítica, Biblioteca de bolsillo, 2000, 136-148.

¹²³ Sui problemi interpretativi dell'art. 102 Cost., si veda L. M. DíEZ-PICAZO, *La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno en España*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, e R. GARCÍA MAHAMUT, *La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno en la Constitución*, Madrid, Tecnos, 2000. Si noti che, a differenza di quanto constatabile per le prerogative parlamentari, molto studiate da parte della dottrina, sono pochi gli studi monografici in materia di responsabilità penale dei membri del Governo.

¹²⁴ Il termine "cause" comprende delitti e reati minori – *faltas* – (in tal senso, v. A. OCAÑA RODRÍGUEZ, "Aforamiento. Aspectos orgánicos y procesales", in *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n. 15, 2008, versione elettronica).

D'altra parte, benché sia un tema che ha suscitato discussioni dottrinali, sembra logico concludere che la sezione penale del Tribunale supremo è competente per giudicare in maniera integrale sulla responsabilità penale dei membri del Governo, ivi includendo la responsabilità civile derivante da reato nel caso in cui sia stata fatta valere congiuntamente alla responsabilità penale (cfr. E. GARCÍA TREVIJANO, "Sinopsis artículo 102", 2003, in *Portal de la Constitución*, <http://www.congreso.es/consti/index.htm>).

del regolamento del Congresso dei deputati¹²⁵ determina la procedura da seguire in caso di accusa nei confronti di membri del Governo per i reati di tradimento o contro la sicurezza dello Stato.

Per molto tempo si è dibattuto circa la portata dell'espressione "la responsabilità penale [...] degli altri membri del Governo" (art. 102, comma 1, Cost.). Anche la giurisprudenza del Tribunale supremo è stata sul punto oscillante. Se nessun dubbio poteva nutrirsi in merito al fatto che fossero membri del governo il Presidente, il Vicepresidente o i Vicepresidenti (se presenti) ed i ministri, restava controversa la qualifica dei segretari di Stato e dei sottosegretari¹²⁶. La questione è divenuta particolarmente delicata alla luce del coinvolgimento di alcuni di essi in talune vicende aventi rilevanza penale, ed in particolare in una delle cause più drammatiche nella storia democratica del paese: il caso Gal¹²⁷.

Negli anni novanta si sono avute diverse iniziative governative volte all'approvazione di una legge di disciplina dell'organizzazione del Governo, che miravano, tra l'altro, ad estendere l'applicabilità dell'art. 102 Cost. a segretari e sottosegretari, ma le dure critiche ricevute hanno determinato il loro insuccesso. La legge n. 50/1997, del 27 novembre, sul Governo, ha messo fine alle incertezze. In base all'art. 1, comma 2, i segretari di Stato ed i sottosegretari non sono membri del Governo e la legge ha chiarito anche la posizione dei ministri senza portafoglio (art. 4, comma 2), che sono membri del Consiglio di ministri e, quindi, membri del Governo agli effetti dell'applicazione del regime della responsabilità penale.

1.2. La normativa applicabile ai membri del Governo che siano anche parlamentari

I membri del Governo che sono membri del Parlamento godono delle prerogative previste nell'art. 71 Cost., secondo cui:

¹²⁵ *Resolución* del 24 febbraio 1982 con cui si ordina la pubblicazione nel *Boletín Oficial del Estado* del nuovo Regolamento del Congresso dei deputati, del 10 febbraio 1982.

¹²⁶ Negli AATS (ordinanze del Tribunale supremo) del 21 marzo 1984 e di 25 ottobre 1984, questi soggetti erano stati ritenuti membri del Governo e, quindi, *aforados*. Successivamente, nell'ATS 25 gennaio 1995 (riferita al caso Gal), si era optato per la negativa. Si veda Z. PIMENTEL CAVALCANTE COSTA, "La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno en el Ordenamiento jurídico español", in AAVV, *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz (Responsabilidad, contratos y servicios públicos)*, Messico, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, 356-357.

¹²⁷ I Gal (Gruppi antiterroristi di liberazione) erano vere e proprie squadre della morte operanti dallo scopo di contrastare l'azione dei separatisti baschi dell'Eta. Creati con il consenso dell'ex ministro degli Interni José Barrionuevo (parlamentare al momento del processo) e dell'ex segretario di Stato per la sicurezza Rafael Vera, fra il 1983 e il 1987 sono stati all'origine di 28 omicidi, concentrati soprattutto nel sud-ovest della Francia, nonché del rapimento e della tortura di Segundo Marey, agente di commercio basco erroneamente collegato agli ambienti dell'Eta.

Barrionuevo e Vera furono giudicati colpevoli di detenzione illegale per il sequestro di Marey e di abuso di fondi pubblici e vennero condannati a dieci anni di reclusione (il Tribunale costituzionale confermò, nel 2001, la legittimità delle sentenze di condanna), ma furono assolti dall'accusa di appartenenza a banda armata. Con loro, il Tribunale supremo condannò altri dieci imputati, tutti alti funzionari dei servizi di sicurezza e della polizia. Prima di questo caso, nessun ministro o ex ministro era mai stato condannato ad una pena detentiva.

1. I deputati ed i senatori godranno dell'inviolabilità per le opinioni manifestate nell'esercizio delle loro funzioni.

2. Durante il periodo del loro mandato i deputati ed i senatori godranno altresì dell'immunità e potranno essere arrestati soltanto in caso di flagranza di reato. Non potranno essere incriminati né processati se non previa autorizzazione delle rispettive Camere.

3. Nei processi contro deputati e senatori sarà competente la sezione penale del Tribunale supremo [...].

L'art. 71 Cost. viene integrato da alcune norme contenute nel regolamento del Congresso dei deputati, nel regolamento del Senato¹²⁸, nella LECrim¹²⁹, e nella legge del 9 febbraio 1912 *de jurisdicción y procedimientos especiales en las causas contra Senadores y Diputados*, formalmente in vigore, sebbene parte della dottrina la ritenga implicitamente abrogata¹³⁰.

La scarsa chiarezza della disciplina in materia è stata all'origine delle critiche mosse dallo stesso Tribunale costituzionale¹³¹ ed ha suscitato una intensa discussione a livello dottrinale, che ha portato alla luce i numerosi nodi irrisolti che si pongono per la sovrapposizione delle prerogative dei membri del Governo che sono anche parlamentari di fronte ad una eventuale contestazione di responsabilità penale. La inerzia del legislatore è stata giudicata irresponsabile e perfino pericolosa¹³², perché l'inesistenza finora di casi in cui siano stati imputati i membri del Governo non può giustificare la mancanza di una disciplina specifica in materia.

¹²⁸ Regolamento del Senato, testo *refundido* approvato dalla Mesa del Senato, sentita la Giunta dei portavoce, in riunione del 3 maggio 1994.

¹²⁹ Libro IV (Dei procedimenti speciali), Titolo primo (Del modo di procedere quando sia processato un senatore o deputato a Cortes), artt. da 750 a 756.

¹³⁰ V., in questo senso, M. I. MARTÍN DE LLANO, *Aspectos constitucionales y procesales de la inmunidad parlamentaria en el ordenamiento español*, Madrid, Dykinson, 2010.

¹³¹ Nella STC 22/1997, dell'11 febbraio, il Tribunale fa notare che: "la disciplina legislativa della prerogativa di *aforamiento* [foro speciale] di deputati e senatori si trova in un confuso quadro normativo (legge del 9 febbraio 1912; artt. 303, comma 5, 309 e da 750 a 756 LECrim; artt. 20, comma 2, e 21 del regolamento del Congresso dei deputati ed art. 22 del Regolamento del Senato), integrato parzialmente da norme pre-costituzionali e la cui persistenza al giorno di oggi si spiega solo per la inerzia del legislatore, malgrado i nostri appelli precedenti – che dobbiamo adesso reiterare – circa l'incertezza giuridica che tale situazione comporta (STC 206/1992, FJ 3). L'incertezza giuridica che genera oggi l'inadeguatezza della vecchia normativa esistente sulla disciplina processuale dell'*aforamiento* di deputati e senatori esige, per un'interpretazione coerente e sistematica di questo istituto, una pronta azione del legislatore" (FJ 4). Tuttavia, lo stesso Tribunale costituzionale è stato oggetto delle critiche della dottrina per non essersi pronunciato in merito alla vigenza della legge del 1912 quando ha avuto l'opportunità di farlo (si veda in proposito il paragrafo 2.1.2.).

¹³² Cfr. S. GÓMEZ ASPE, "La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno y la exigencia del suplicatorio", in *Revista de Estudios Políticos*, n. 105, luglio-settembre 1999, 352.

2. Il Presidente del Governo

2.1. Le ipotesi di responsabilità penale ordinaria

2.1.1. Natura, portata e problematiche legate all'aforamiento

La responsabilità penale generale o ordinaria del Presidente del Governo è presa in considerazione al comma 1 dell'art. 102 Cost., in virtù del quale “la responsabilità penale del Presidente e degli altri membri del Governo sarà fatta valere, se del caso, davanti alla sezione penale del Tribunale supremo”.

Dalla norma costituzionale deriva, dunque, una prerogativa di *aforamiento*, cioè la previsione di un foro speciale a beneficio del Capo del Governo: il Presidente deve essere giudicato dalla sezione penale del Tribunale supremo¹³³, massimo organo giurisdizionale, escludendo, ovviamente, le garanzie costituzionali (art. 117 Cost.). Il costituente ha cercato, in tal modo, di creare uno schermo contro accuse intimidatorie che possano condizionare le sue decisioni governative, sul presupposto che, quanto più alto e qualificato è l'organo giudiziario chiamato ad istruire e decidere la causa che coinvolge il Presidente del Governo, tanto maggiori sono le garanzie di correttezza del processo penale. La scelta del foro speciale è stata giustificata anche in ragione del fatto che essa è in grado di assicurare la celerità nell'istruzione e nella risoluzione di cause speciali che hanno una grande risonanza e che, quindi, possono avere pesanti ripercussioni di ordine politico e sociale.

Ciò nondimeno, la soluzione dell'*aforamiento* è criticata perché non pone al riparo il sistema da disarmonie¹³⁴, e soprattutto perché revoca implicitamente in dubbio la capacità di tutti i giudici comuni di filtrare denunce scarsamente fondate e l'esistenza di un adeguato apparato di garanzie nei processi che si celebrano di fronte a loro¹³⁵. In sostanza, l'*aforamiento* – che riguarda un gran numero di alte cariche e di funzionari dello Stato –, viene ritenuto un'eccezione irragionevole alle

¹³³ A differenza di quanto avviene con deputati e senatori, non si prevede un procedimento speciale nella LECrim per giudicare sulle cause che riguardano il Presidente (e gli altri membri del Governo). In applicazione delle norme generali e di quelle specificamente riguardanti l'*aforamiento*, l'*iter* procedurale è sintetizzabile nel modo seguente. Quando, nel corso di un'indagine (iniziata per denuncia o querela o di ufficio), l'autorità giudiziaria ravvisa indizi di responsabilità penale nei confronti del Presidente del Governo che non sia un parlamentare, essa è tenuta a trasmettere i suoi atti alla sezione penale del Tribunale supremo, unica competente (in questo senso, l'ATS del 16 febbraio 2001). In conformità all'art. 57, comma 1, paragrafo 2°, LOPJ, si nominerà un giudice istruttore tra i giudici della sezione penale, che si occuperà in esclusiva dell'istruzione e non formerà parte dei giudici incaricati del dibattimento e della decisione. Per approfondimenti sullo sviluppo del procedimento penale, si veda R. GARCÍA MAHAMUT, *La responsabilidad penal...*, cit., 174-185.

¹³⁴ V. R. GARCÍA MAHAMUT, *La responsabilidad penal...*, cit., 159.

¹³⁵ Cfr. J. SOLÉ TURA e M. A. APARICIO PÉREZ, *Las Cortes Generales en el sistema constitucional*, Madrid, Tecnos, 1988, 71.

regole processuali sull'organizzazione e competenza dei tribunali¹³⁶, che ridonda in una violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 14 Cost.¹³⁷.

Il Tribunale costituzionale è restio a configurare l'*aforamiento* alla stregua di un privilegio. Nella STC 22/1997, dell'11 febbraio, in un caso che riguardava l'*aforamiento* dei parlamentari, ma le cui affermazioni possono estendersi all'*aforamiento* dei membri del Governo, ha stabilito che “le prerogative parlamentari non si confondono con il privilegio, né possono essere considerate espressione di un preteso *ius singulare*, perché in esse non ricorrono i tratti della disuguaglianza e della eccezionalità. Al contrario: offrono un trattamento giuridico differenziato a situazioni soggettive qualitativamente e funzionalmente differenziate dalla stessa Costituzione, e sono obbligatorie al ricorrere dei presupposti” (FJ 5). E, ancor prima, in un caso che riguardava specificamente alcuni membri del Governo, aveva chiarito che l'*aforamiento* risponde “alla valutazione ed alla considerazione della specificità delle funzioni che [essi] esercitano, le quali riguardano, in modo rilevante, l'interesse pubblico, che giustifica le norme singolari che determinano la competenza per la cognizione delle cause penali che li riguardano” (ATC 353/1988, del 16 marzo, FJ 4).

In ogni caso, per rendere l'istituto il più in linea possibile con i principi dello stato democratico di diritto, il Tribunale costituzionale ed il Tribunale supremo hanno interpretato restrittivamente il foro speciale.

Altra questione che si è posta consiste nella determinazione della portata dell'art. 102, comma 1, Cost. relativamente all'espressione “responsabilità penale”. La dottrina è unanime nel ritenere che si tratti di una responsabilità penale generale¹³⁸, che include la responsabilità conseguente tanto a reati commessi nell'esercizio delle funzioni quanto a reati commessi come privati cittadini. Questa conclusione è fondata sul rilievo che il comma 2 dello stesso articolo accenna ai reati di tradimento o contro la sicurezza dello Stato commessi “nell'esercizio delle funzioni”. Questa previsione porta a sostenere, *a contrario*, che l'*aforamiento* del comma 1 non esige che il reato ascritto sia stato commesso nell'esercizio delle funzioni governative o ministeriali. Di contro, se una tale previsione avesse fatto difetto, si sarebbe potuto interpretare il comma 2 – pur senza poter contare su una

¹³⁶ Per tutti, si vedano, AAVV, “*Encuesta sobre determinados status privilegiados por la Constitución*”, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 5, 2000, 11-41, e J. L. GÓMEZ COLOMER e I. ESPARZA LEIBAR, *Tratado Jurisprudencial de Aforamientos...*, cit.

Si stima che in Spagna ci siano più di 200.000 casi di *aforamiento*, ma a questo proposito bisogna chiarire che, nonostante i numerosi soggetti cui le norme infracostituzionali concedono il foro speciale, la Costituzione lo prevede solo per i deputati, i senatori, il Presidente e gli altri membri del Governo.

¹³⁷ In questo senso, v. M. I. MARTÍN DE LLANO, “*Inmunidad parlamentaria versus igualdad ciudadana*”, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 18, 2006, 321-334.

¹³⁸ In O. I. MATEOS Y DE CABO, *El Presidente del Gobierno...*, cit., 243, nota 80, si dà conto degli autori che sostengono questa tesi (tra i quali figurano AGUIAR DE LUQUE, BAR CENDÓN, DE ESTEBAN, GONZÁLEZ TREVIJANO, GARCÍA MAHAMUT, OBREGÓN GARCÍA, DíEZ-PICAZO, RODRÍGUEZ MOURULLO e GONZÁLEZ HERNÁNDEZ).

conferma esplicita da parte del costituente – come una *lex specialis* del comma 1, e quindi ritenere che tutto l'art. 102 riguardasse la responsabilità dei membri del Governo solo per reati funzionali¹³⁹.

In definitiva, il principio del foro speciale ha una portata ampia, nell'ottica di incrementare la possibilità di far effettivamente valere in sede giudiziaria la responsabilità dei membri del Governo: onde evitare qualunque eventuale distorsione, il Presidente del Governo – in ipotesi – sarà giudicato dalla sezione penale del Tribunale supremo sia per l'inadempimento dell'obbligo di corrispondere gli alimenti ai figli sia per i reati che postulano un abuso dei poteri derivanti dalla sua carica¹⁴⁰.

La portata temporale dell'*aforamiento* è, invece, limitata: opera solo a partire dall'accesso alla carica e si conclude con il suo venir meno; questa interpretazione è coerente con il fatto che non si tratta di un privilegio personale bensì di una prerogativa strettamente connessa alla carica ricoperta.

Orbene, si pone l'interrogativo concernente la sorte del processo nel corso del quale cessi il mandato del Presidente del Governo¹⁴¹. L'art. 102, comma 1, Cost. non garantisce la continuità della sezione penale del Tribunale supremo nella cognizione di un processo penale contro un membro del Governo quando questi sia cessato. Nella precitata STC 22/1997, dell'11 febbraio si è rilevato che la Costituzione garantisce l'*aforamiento* per il periodo in cui il soggetto è titolare della carica. Oltre a questo contenuto indisponibile, spetta alle leggi processuali (ed al Tribunale supremo, massimo interprete della legalità) di dare risposta alla questione della *perpetuatio iurisdictionis* (FJ 8)¹⁴².

D'altra parte, il foro speciale ha presentato problemi rispetto a un eventuale diritto ad un secondo grado di giudizio. La problematica è stata affrontata dal Tribunale costituzionale nella STC 33/1989, del 13 febbraio. Con un ricorso di *amparo*, si denunciava la violazione del principio di uguaglianza e del c.d. diritto al riesame della causa ad opera di un giudice superiore, poiché il ricorrente aveva querelato una persona *aforada* e la sezione penale del Tribunale supremo si era pronunciata per l'inammissibilità del ricorso. Il Tribunale costituzionale ha respinto tutte le doglianze: “L'*aforamiento* dei membri del Governo è espressamente sancito dalla Costituzione (art. 102, comma 1), ed è stato attuato dall'art. 57 della LOPJ, senza che il ricorrente in *amparo* abbia obiettato nulla direttamente contro l'istituto in sé e per sé considerato. Quanto alla perdita della possibilità di appello [...], questo Tribunale ha già fatto notare che questa conseguenza è inevitabile in casi di *aforamiento* davanti al Tribunale supremo, data la natura dell'organo competente, e che la

¹³⁹ Cfr. L. M. DÍEZ-PICAZO, *La criminalidad...*, cit., 135.

¹⁴⁰ Si veda R. GARCÍA MAHAMUT, *La responsabilidad penal...*, cit., 106.

¹⁴¹ Come è chiaro, l'interrogativo riguarda essenzialmente il Presidente del Governo che non sia un parlamentare; se anche dopo la fine del mandato, il Presidente mantiene la carica di deputato o senatore, permane il foro speciale, ex art. 71, comma 3, Cost.

¹⁴² PIMENTEL CAVALCANTE COSTA ritiene accettabile che, se fosse iniziato un procedimento penale per un presunto reato in intima connessione con la carica, anche una volta che quest'ultima fosse cessata, l'ambito temporale della prerogativa del foro speciale persistesse (cfr. “*La responsabilidad penal...*”, cit., 361-362).

speciale protezione e le particolari garanzie che ciò comporta compensano la mancanza del secondo grado giurisdizionale.

“Tali affermazioni sono contenute in sentenze che giudicano ricorsi di *amparo* [promossi da] *aforados* giudicati e condannati dal Tribunale supremo (STC 51/1985 e STC 30/1986) [...] Se [in quei casi] l'*aforamiento* e la conseguente soppressione del riesame della sentenza penale di condanna sono stati considerati una ragionevole e compensata limitazione del diritto di coloro che sono stati dichiarati colpevoli ad un'istanza superiore, a maggior ragione questo Tribunale deve considerare conforme alla Costituzione l'inesistenza dell'appello di cui all'art. 213, comma 2, LECrim. quando l'inammissibilità *in limine* si produce per la pronuncia della sezione penale in un caso di querela contro una persona *aforada*, dato che il querelante non è titolare del diritto di cui all'art. 14.5 del Patto [sui diritti civili e politici] né ha pertanto un diritto fondamentale ad una seconda istanza come contenuto del suo diritto alla tutela giurisdizionale” (FJ 4).

2.1.2. La necessità del suplicatorio quando il Presidente è un parlamentare (e la problematica del diniego dell'autorizzazione a procedere)

Nell'ipotesi – normale – che il Presidente del Governo sia anche un parlamentare, non sussistono problemi in ordine all'individuazione dell'organo che deve conoscere di una ipotetica causa nei suoi confronti, poiché gli artt. 102, comma 1, e 71, comma 3, Cost. coincidono nell'affidarla alla sezione penale del Tribunale supremo.

I membri del Governo che sono parlamentari hanno, però, una tutela ulteriore rispetto agli altri membri del Governo, giacché godono delle prerogative che la Costituzione riconosce a qualunque parlamentare: la “inviolabilità per le opinioni manifestate nell'esercizio delle loro funzioni” (art. 71, comma 1, Cost.) e l'immunità “durante il periodo del loro mandato”, per cui possono essere arrestati solo “in caso di flagranza di reato” e non possono essere “incriminati né processati senza una previa autorizzazione delle rispettive Camere” (art. 71, comma 2, Cost.).

Il concetto di “immunità”, come evidenziato dalla giurisprudenza costituzionale (tra le tante altre, SSTC 90/1985, 243/1988, 9/1990 e 206/1992), costituisce una prerogativa di carattere formale, volta a tutelare le Camere ed il loro funzionamento, evitando attacchi politici e strumentali ai rappresentanti del popolo che le compongono; non ha natura di privilegio personale del singolo parlamentare e va limitata al “periodo del mandato”, al termine del quale il parlamentare torna ad essere sottoposto alla giustizia ordinaria.

Al di fuori dei casi di flagranza di reato, per i quali è possibile anche l'arresto, onde incriminare e sottoporre a processo penale un membro del Congresso dei deputati o del Senato¹⁴³ è necessario

¹⁴³ La legge *orgánica* n. 7/2002, del 5 luglio, di riforma parziale della LECrim, ha posto l'obbligo, che prima non esisteva, di inviare al parlamentare oggetto di indagine un avviso di garanzia, come avviene per tutti i cittadini; si evita perciò che il parlamentare venga a conoscenza dei procedimenti che lo riguardano soltanto al momento della richiesta di autorizzazione da parte del Tribunale supremo o, addirittura, ne abbia notizia attraverso i mezzi di informazione. Sul punto, v. la parte dedicata a “*La inmunidad de los diputados y senadores y las garantías de la imputación-inculpación.*”

ottenere l'autorizzazione a procedere (*supplicatorio*) da parte della camera di appartenenza¹⁴⁴. La decisione della camera ha il valore di un giudizio sostanzialmente politico, volto all'individuazione di un possibile *fumus persecutionis* nei confronti del rappresentante del popolo; non si pone, quindi, come un esame para-giudiziario del merito delle accuse.

La concessione del *supplicatorio* consente la continuazione del procedimento e perciò anche l'avvio di un processo penale¹⁴⁵. Ha, inoltre, conseguenze sullo *status* del parlamentare¹⁴⁶. A stretto rigore, l'autorizzazione non produce alcun effetto sulla condizione di membro del Governo del parlamentare coinvolto, anche se di fatto la sua situazione risulta politicamente delicata, tanto che, con ogni probabilità, si avranno le sue dimissioni o la sua destituzione con una mozione di sfiducia.

Il diniego del *supplicatorio* determina, invece, il proscioglimento dell'accusato e la chiusura del procedimento. La sezione penale del Tribunale supremo deve emettere un'ordinanza di *sobreseimiento libre* (artt. 754 LECrim e 7 della *ley sobre jurisdicción y procedimientos especiales en las causas contra Senadores y Diputados* de 1912), con effetto di cosa giudicata in senso

Comentario a la ley orgánica 7/2002", in J. HERNÁNDEZ GARCÍA e J. GRINDA GONZÁLEZ, *La reforma del proceso penal. Comentarios al procedimiento abreviado, juicios rápidos y juicios de faltas*, Barcellona, Bosch, 2004.

¹⁴⁴ La procedura è disciplinata, rispettivamente, dagli artt. 11-14 del regolamento del Congresso dei deputati e dall'articolo 22 del regolamento del Senato (SERVIZIO BIBLIOTECA - UFFICIO LEGISLAZIONE STRANIERA, *Le immunità delle alte cariche dello Stato*, Materiali di legislazione comparata, n. 3, 07/07/2008): la richiesta di autorizzazione è trasmessa alla camere di appartenenza dalla sezione penale del Tribunale Supremo, alla quale qualsiasi autorità giudiziaria che, in sede di indagini, ravvisi ipotesi di reato a carico di un parlamentare, è tenuta a trasmettere i suoi atti. Il Tribunale supremo non è obbligato ad inoltrare automaticamente richiesta di autorizzazione per ogni segnalazione ricevuta, ma può svolgere ulteriori indagini e, soprattutto, convocare l'interessato per il rilascio di dichiarazioni spontanee, a seguito delle quali valutare se inoltrare o meno la richiesta alla camera.

I presidenti del Congresso o del Senato, ricevuta una richiesta di autorizzazione, la trasmettono alle commissioni competenti (*Comisión de Estatuto de los Diputados* al Congresso o *Comisión de Supplicatorios* al Senato), che, entro 30 giorni, durante i quali viene ascoltato anche l'interessato, concludono l'esame della questione e presentano una relazione all'assemblea, la quale deve deliberare nella prima seduta immediatamente successiva. La decisione adottata, in forma di risoluzione motivata, va comunicata, entro 8 giorni, al Tribunale supremo. Entrambi i regolamenti prevedono la possibilità del "silenzio-rifiuto" entro 60 giorni dal ricevimento della richiesta di autorizzazione a procedere, ma la dottrina la ritiene incostituzionale.

¹⁴⁵ Ovviamente, anche le sentenze della sezione penale Tribunale Supremo pronunciate ai sensi dell'art. 71, comma 3, della Costituzione, sono da considerarsi definitive e non ricorribili, senza che ciò implichi la violazione del diritto al secondo secondo grado di giudizio in materia penale (per tutte, STC 51/1985, del 10 aprile).

¹⁴⁶ Secondo l'art. 21, comma 1, punto 2, del regolamento del Congresso, il deputato è sospeso dai suoi diritti e doveri parlamentari quando, dopo la concessione da parte della camera dell'autorizzazione a procedere ed emanata l'ordinanza di rinvio a giudizio, si trovi in stato di custodia cautelare e per la durata di questa.

Secondo l'art. 22, comma 6, del Senato, concessa l'autorizzazione e divenuto definitivo l'*auto de procesamiento*, la camera può dichiarare, a maggioranza assoluta dei suoi componenti, ed in base alla natura dei fatti oggetto dell'imputazione, la sospensione temporanea dallo *status* di senatore. La seduta in cui si pronuncia sulla sospensione è segreta; in essa sono ammessi due interventi a favore e due contro, tra loro alternati, mentre non si concede il diritto di parola al senatore interessato. Nell'ipotesi di sospensione temporanea cui si riferisce questo articolo, la camera, nella sua decisione, può privare il senatore implicato della retribuzione fino al termine della sospensione.

materiale, che impedisce anche *pro futuro*, ed anche quando il parlamentare non sarà più tale, la riapertura della causa. In ipotesi, quindi, un diniego del *supplicatorio* chiesto nei confronti del Presidente del Governo che fosse membro di una camera equivarrebbe al suo proscioglimento, di talché la prerogativa processuale andrebbe a risolversi in una immunità sostanziale.

Questo “blindaggio processuale” ad opera di una legge pre-costituzionale – e che si richiama ad una disciplina che allora riconosceva alla camera un vero e proprio potere giurisdizionale di giudicare sugli illeciti dei parlamentari¹⁴⁷ –, viene aspramente criticato in dottrina¹⁴⁸, non solo perché si pone in contraddizione con il principio di uguaglianza e con il diritto alla tutela giurisdizionale, ma anche perché snatura la finalità che l’art. 71 Cost. assegna all’immunità, e cioè la protezione dell’esercizio delle funzioni parlamentari (come è chiaro, questa finalità non trova alcun riscontro una volta cessato il mandato parlamentare). Non a caso, è stato più volte invocato un intervento legislativo volto a superare, sul punto specifico, l’attuale disciplina.

Anche il Tribunale costituzionale è stato chiamato a pronunciarsi, mediante una auto rimessione della questione di costituzionalità, sulla legittimità dell’art. 7 della legge del 1912 (SSTC 92/1985, del 24 luglio, e 125/1985, dell’11 ottobre); la decisione, tuttavia, non ha affrontato la tematica qui in esame, omettendo qualunque considerazione in merito all’art. 754 LECrim.

Ad ogni modo, nel valutare la possibilità di giungere effettivamente ad una immunità sostanziale, devono prendersi in considerazione altri due elementi: la decisione di diniego delle camere è soggetta al controllo del Tribunale costituzionale e la prassi delle camere dimostra che il *supplicatorio* viene concesso in maniera quasi automatica.

Con riguardo al primo aspetto, il terzo interessato può impugnare l’atto di diniego del *supplicatorio* della camera dinanzi al Tribunale costituzionale, attraverso un ricorso di *amparo* per presunta violazione del suo diritto alla tutela giurisdizionale effettiva (art. 24, comma 2, Cost.). Il Tribunale costituzionale non entra nel merito del caso, ma verifica che l’atto sia motivato. La decisione adottata dalla camera non può dipendere da una questione numerica (connessa, cioè, alla consistenza dei gruppi parlamentari, e dunque al coagularsi di una maggioranza per motivi puramente politici), né può essere arbitraria. In proposito, il Tribunale controlla la corrispondenza tra la motivazione della decisione adottata dalla camera e la tutela del corretto funzionamento delle assemblee rappresentative. L’immunità può proteggere il parlamentare soltanto contro una minaccia di tipo politico e di fronte all’eventualità che la via penale sia utilizzata con l’intenzione di perturbare il funzionamento delle Camere o di alterare la composizione ad esse data dalla volontà

¹⁴⁷ Cfr. R. ROMBOLI, “L’immunità parlamentare in Spagna (ossia il «modello spagnolo» effettivamente vigente ed operante)”, in L. CARLASSARE (a cura di), *Diritti e responsabilità dei soggetti investiti di potere*, Padova, Cedam, 2003, 72-73.

¹⁴⁸ Per tutti, si veda M. I. MARTÍN DE LLANO, *Aspectos constitucionales...*, cit., e C. MARTÍN BRAÑAS, “El *supplicatorio*: naturaleza, ámbito y control judicial”, in *Revista General de Derecho Procesal*, n. 20, 2010 (versione elettronica).

popolare (per tutte, le SSTC 90/1985, del 22 luglio, e 206/1992, del 27 novembre¹⁴⁹, che reca tre opinioni dissenzienti). Se non ricorrono queste condizioni, il Tribunale costituzionale annulla l'atto parlamentare e la camera deve pronunciarsi di nuovo.

In ordine al secondo aspetto, deve rilevarsi che la prassi applicativa dell'istituto dell'autorizzazione a procedere suggerisce un sostanziale rispetto ed equilibrio tra i poteri legislativo e giudiziario: a fronte di un limitato numero di richieste provenienti dalla magistratura¹⁵⁰, va evidenziata la tendenza, soprattutto nelle ultime legislature, salvo casi rarissimi, alla sistematica concessione dell'autorizzazione da parte delle Camere¹⁵¹. Per questo motivo, sarebbe difficile immaginare un caso in cui fosse denegato il *supplicatorio* riguardante il Presidente del Governo che fosse un parlamentare.

2.1.3. *La confusione, nella prassi, tra responsabilità politica e responsabilità penale*

Come si è ricordato, finora non si è avuta alcuna sentenza di condanna nei confronti di un Presidente del Governo spagnolo. In diverse occasioni si è cercato di arrivare alla sua incriminazione, ma si è trattato di casi in cui, spesso, chi denunciava o querelava lo faceva infondatamente (i fatti denunciati non costituivano alcun illecito penale o mancavano palesemente le prove)¹⁵², oppure confondeva responsabilità politica con responsabilità penale (a volte volutamente, aspirando ad una maggiore visibilità delle proprie rivendicazioni), per cui la causa si è conclusa con una ordinanza di inammissibilità della sezione penale del Tribunale supremo.

A titolo esemplificativo, può menzionarsi la recente ordinanza (ATS) del 4 ottobre 2010 (causa speciale, ricorso n. 20420/2010), che ha dichiarato inammissibile un ricorso presentato contro l'attuale Presidente del Governo, José Luis Rodríguez Zapatero, per un presunto reato commesso

¹⁴⁹ V. FERNANDO SANTAOLALLA LÓPEZ, “*La inmunidad parlamentaria y su control constitucional (Comentario de la Sentencia 206/1992, de 27 de noviembre, del Tribunal Constitucional)*”, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 38, maggio-agosto 1993, 243-262.

¹⁵⁰ Sono stati concessi *supplicatorios* per casi di natura assai variegata: imputazioni per terrorismo di Stato, apologia di banda armata, finanziamento illegale dei partiti politici, omicidio colposo; del pari, la concessione si è avuta in un caso di furto di una bandiera basca nel museo dell'esercito o in un caso nel quale un parlamentare aveva rifiutato di sottoporsi al *test* alcolemico.

Recentemente, il 15 e 22 settembre 2010, sono stati concessi i *supplicatorios* richiesti nei confronti di un deputato e di un senatore del partito popolare, accusati di corruzione (caso Gürtel). Gli esiti delle votazioni sono eloquenti: nel Congresso si sono avuti 329 voti a favore, 3 contro e 5 astensioni; in Senato, 239 voti a favore, 5 contro e 4 astensioni.

¹⁵¹ Tutto ciò, in unione alla possibilità di presentare un ricorso di *amparo* contro la sua decisione, non può portare a sostenere che la disciplina spagnola in tema di immunità parlamentare (applicabile, come abbiamo visto, alla maggior parte dei membri del Governo), implichi un'automatica sospensione dei procedimenti riguardanti i parlamentari. Cfr. R. ROMBOLI, “*L'immunità parlamentare in Spagna...*”, cit., 72 e 80-81, 86-87.

¹⁵² L'ATS del 15 novembre 2002 ha dichiarato inammissibile il ricorso di un cittadino contro il Presidente José María Aznar, che veniva accusato di aver violentato la volontà del denunciante quanto alla scelta del domicilio, della moglie e del lavoro, nonché di avergli sottratto il figlio e di intercettare le sue conversazioni private.

contro i lavoratori derivante dall'approvazione del regio decreto-legge n. 8/2010, recante misure straordinarie per la riduzione del *deficit* pubblico. Il Tribunale supremo, citando anche altre pronunce, ha stabilito che “l'esercizio del controllo giudiziale sull'attività degli altri poteri dello Stato – ed in concreto sull'attività dell'esecutivo – non potrà mai realizzarsi astraendo dal primato che ha il principio democratico nel sistema costituzionale, primato che si manifesta nel già citato art. 66, comma 2, Cost., in virtù del quale sono le *Cortes Generales*, che rappresentano il popolo spagnolo, quelle che «controllano l'azione del Governo», di talché verrebbe ad essere una frode costituzionale se qualcuno pretendesse, mediante l'esercizio dell'azione penale e l'instaurazione di un processo della stessa natura, correggere la direzione della politica interna o estera che l'art. 97 Cost. affida al Governo democraticamente legittimato (si vedano, tra le altre, AATS del 19 maggio 1999, causa speciale 1680/99; del 21 gennaio 2004, causa speciale 142/03 e cause riunite, 716/01, causa speciale 540/01)” (*razonamiento jurídico tercero*).

Nel caso Gal, già citato, sei imputati lasciarono intendere un coinvolgimento nella creazione di questi gruppi da parte del Presidente del Governo Felipe González (chiamato dai giornalisti *mister X* e considerato al vertice dell'organizzazione). Tuttavia, i giudici del Tribunale supremo si rifiutarono di procedere ad un atto di imputazione perché non sussistevano sufficienti prove; egli fu dunque sentito nel processo solo in qualità di testimone¹⁵³.

2.2. Il tradimento e l'attentato alla sicurezza dello Stato

2.2.1. Il Presidente del Governo che non è un parlamentare

Il comma 2 dell'art. 102 Cost. circoscrive i reati propri dei membri del Governo a due ipotesi: tradimento ed attentato alla sicurezza dello Stato¹⁵⁴, reati che, nel panorama comparatistico, sono generalmente associati alla carica di Presidente della Repubblica.

¹⁵³ Il caso Gal fu uno degli scandali che costarono la sconfitta socialista alle elezioni del 1996. In questi giorni si è tornati a parlarne in relazione alle dichiarazioni di Felipe González rilasciate al quotidiano *El País* del 7 novembre 2010, in cui ha confermato che c'è stato in momento in cui avrebbe potuto ordinare l'assassinio dei dirigenti della banda armata Eta riuniti in Francia.

¹⁵⁴ Secondo il Tribunale supremo, costituiscono reato contro la sicurezza dello Stato “quei fatti che, anche senza contenuto bellico e senza la dimensione esterna di quelli qualificabili come reato di tradimento, suppongano un pericolo grave contro lo Stato per mezzo di un reato grave di contenuto politico, che sono gli unici che possono giustificare l'intervento del Congresso dei deputati come requisito di procedibilità, quali possono essere quelli che attentano alle alte istituzioni ed organi del sistema politico spagnolo o contro coloro che le personificano, tra gli altri, quelli che compromettono la pace o indipendenza dello Stato, taluni relativi alla difesa nazionale o quelli che attentano alla Comunità internazionale, quelli di ribellione, sedizione o contro la Corona ed altre istituzioni dello Stato, perfino quelli di appartenenza o direzione di banda armata [...]; ma sempre avendo presente la gravità ed il carattere politico del fatto per le sue specifiche circostanze” (ATS del 9 aprile 1998). A proposito degli interrogativi della dottrina in merito alla sussumibilità in questa nozione dei reati contemplati nel Codice penale del 1995, v. Z. PIMENTEL CAVALCANTE COSTA, “*La responsabilidad penal...*”, cit., 386-397.

In questi casi, si deve seguire una procedura speciale¹⁵⁵, disciplinata dall'art. 169 del regolamento del Congresso dei deputati:

1. *Formulata per iscritto e firmata da un numero di deputati non inferiore ad un quarto dei membri del Congresso l'iniziativa cui si riferisce l'articolo 102, comma 2, della Costituzione, il Presidente convocherà una seduta segreta dell'assemblea della Camera per la sua discussione e votazione.*

2. *La discussione si conformerà alle norme previste per quelle sulle linee generali¹⁵⁶. L'interessato dall'iniziativa di accusa potrà far uso della parola in qualunque momento della discussione. Si procederà alla votazione con il procedimento previsto al numero 2 del comma 1 dell'articolo 87 del presente regolamento¹⁵⁷ e verrà annunciata in anticipo dalla Presidenza l'ora in cui verrà effettuata.*

3. *Qualora l'iniziativa di accusa fosse approvata dalla maggioranza assoluta dei membri della camera, il Presidente del Congresso lo comunicherà a quello del Tribunale supremo, ai fini di quanto disposto all'articolo 102, comma 1, della Costituzione. In caso contrario, l'iniziativa si intenderà respinta.*

La dottrina non esclude che, se l'iniziativa venga respinta, l'atto della camera possa essere oggetto di ricorso dinanzi al Tribunale costituzionale¹⁵⁸.

2.2.2. *Il Presidente del Governo che è un parlamentare*

La specialità della procedura dell'art. 102, comma 2, Cost., che si attiva senza la necessità di uno stimolo esterno (al contrario del *supplicatorio*), trova la sua motivazione nella natura marcatamente politica (oltre che giuridico-penale) delle responsabilità imputate, la quale esige che sia il Congresso dei deputati, sulla base di criteri eminentemente politici, a valutare l'opportunità di accusare i più alti responsabili dello Stato per reati di estrema gravità commessi nell'esercizio delle loro responsabilità pubbliche. Il fondamento è, qui, completamente diverso a quello delle immunità parlamentari, il cui scopo è quello di proteggere la libertà e indipendenza dei parlamentari e dell'organo legislativo nei confronti di processi penali abusivi e manipolati, che pretendano di alterare indebitamente la composizione ed il funzionamento della Camera¹⁵⁹.

¹⁵⁵ È per il mancato rispetto di questo onere procedurale che la sezione penale del Tribunale supremo si è dichiarata incompetente *ratione materiae* nell'ATS del 21 gennaio 2004, di fronte alle denunce e querele congiunte che facevano valere la responsabilità penale del Presidente del Governo José María Aznar per la partecipazione della Spagna nella guerra di Iraq senza la previa autorizzazione del Parlamento, in conformità all'art. 63, comma 3, Cost.

¹⁵⁶ Un oratore a favore ed uno contrario, per quindici minuti ciascuno, più un rappresentante per ogni gruppo parlamentare, per dieci minuti ciascuno.

¹⁵⁷ Art. 87: 1. La votazione segreta potrà effettuarsi: [...] 2. mediante schede, quando si tratti di elezione di persone, quando lo decida la Presidenza e quando si fosse specificata tale modalità nella richiesta di voto segreto. – 2. Ai fini delle votazioni cui si riferisce il punto 2 del comma precedente, i deputati saranno chiamati nominalmente al banco della Presidenza per depositare la scheda nell'apposita urna.

¹⁵⁸ Cfr. S. GÓMEZ ASPE, “*La responsabilidad penal ...*”, cit., 348.

¹⁵⁹ *Ibidem*, 345 ss.

Ma né la Costituzione né i regolamenti delle Camere precisano i rapporti tra l'iniziativa di cui all'art. 102, comma 2, Cost. e l'autorizzazione a procedere necessaria nel caso in cui il Presidente del Governo sia anche un parlamentare. All'uopo, deve, comunque, distinguersi a seconda che il Presidente sia un deputato ovvero un senatore.

Se il Presidente del Governo è un deputato, l'iniziativa richiesta *ex art.* 102 Cost. assorbe l'autorizzazione di cui all'art. 71, comma 2, Cost., non solo perché a decidere è la stessa camera, ma anche perché, ai termini dell'art. 102, la camera deve agire di propria iniziativa e con una maggioranza superiore a quella necessaria per pronunciarsi sull'autorizzazione a procedere¹⁶⁰.

Se il Presidente del Governo è, invece, un senatore, si può presentare una situazione molto complessa. L'iniziativa di accusa dell'art. 102 Cost. non prevede l'intervento del Senato, nemmeno nel caso in cui sia coinvolto un senatore, forse per il ruolo di minore importanza che la Costituzione ha dato alla camera alta (bicameralismo imperfetto) e per la circostanza che il Governo è legato dal rapporto fiduciario con il solo Congresso dei deputati. Tuttavia, la sottoposizione di un senatore ad un processo è condizionata dalla Costituzione, e senza alcuna eccezione, al *supplicatorio* del Senato. Sulla base di ciò, nel caso qui in esame, in primo luogo si deve pronunciare il Congresso, ammettendo l'iniziativa di accusa; una volta integrato il requisito di cui all'art. 102, comma 2, Cost., in una seconda fase spetta al Tribunale supremo richiedere al Senato la concessione del *supplicatorio*. Questa dinamica comporta il rischio che si crei un conflitto tra i due rami del Parlamento, allorché il Senato non conceda l'autorizzazione a procedere.

Il conflitto sarebbe risolto a favore del Senato, giacché il Tribunale supremo non potrebbe che prendere atto del rigetto del *supplicatorio*. Contro questa ricostruzione, si è sostenuto che l'art. 102, comma 2, dovrebbe essere concepito come *lex specialis* rispetto all'art. 71, comma 2, giacché il primo non stabilisce una autorizzazione a procedere ma una genuina riserva di iniziativa specifica per determinati reati: si verrebbe, in tal modo, a privilegiare l'orientamento del Congresso dei deputati, derogando, sì, al principio del bicameralismo, ma ciò in applicazione di quanto disposto dalla stessa Costituzione¹⁶¹.

2.3. L'inapplicabilità della prerogativa di grazia

Il comma 3 dell'art. 102 della Costituzione dispone che la prerogativa regia della grazia non può essere applicata in alcun caso di responsabilità penale del Presidente o degli altri membri di Governo.

La maggior parte della dottrina sostiene che il divieto di grazia sussiste solo nella misura in cui il componente del Governo permanga in carica: sarebbe, dunque, sufficiente presentare le dimissioni antecedentemente al deposito della sentenza per escludere il ricorrere del divieto¹⁶². Si dubita,

¹⁶⁰ V., per tutti, L. M. DíEZ-PICAZO, *La responsabilidad penal...*, op. cit., 23-24, e S. GÓMEZ ASPE, "La responsabilidad penal...", cit., 349.

¹⁶¹ Così L. M. DíEZ-PICAZO, *La responsabilidad penal...*, cit., 24.

¹⁶² V. L. M. DíEZ-PICAZO, *La responsabilidad penal...*, cit., 25 ss.

tuttavia, che tale interpretazione possa porsi in contrasto con la *ratio* dell'art. 102, comma 3, Cost., principalmente in relazione alla eventuale concessione della grazia in caso di condanna per tradimento o attentato contro lo Stato di cui al comma 2 dell'art. 102¹⁶³.

3. Gli altri membri del Governo

Nel diritto spagnolo, non è prevista alcuna differenziazione tra il Presidente del Governo e gli altri membri dello stesso in relazione alle ipotesi di responsabilità penale. Ne discende che quanto sin qui detto per il Presidente deve intendersi riferito anche al Vicepresidente o ai Vicepresidenti, nonché ai ministri. Sulla impossibilità di estendere il regime sopra descritto ai segretari di Stato ed ai sottosegretari, si rinvia, invece, a quanto esposto *supra*, par. 1.1.

4. *Appendice*: la responsabilità penale del Presidente del Governo e le cause di cessazione del Governo

Alcuni autori sostengono che l'accertamento della responsabilità penale del Presidente del Governo *ex art. 102 Cost.*¹⁶⁴ potrebbe essere assimilato alle cause di cessazione del Governo di cui all'art. 101, comma 1, Cost. (che prevede la cessazione in conseguenza delle elezioni generali, nei casi di perdita della fiducia parlamentare o per dimissioni o decesso del suo Presidente). L'elenco previsto da quest'ultima disposizione è, tuttavia, chiuso, mentre le fattispecie di responsabilità penale del Presidente del Governo *ex art. 102* sono assai variegate, andando a coprire non solo reati funzionali, ma anche reati extrafunzionali (ed anche reati minori). Per questo motivo, pare che possano escludersi conseguenze sul Governo derivanti da condanne penali del Presidente.

Nel progetto di legge di disciplina del Governo presentato nel 1995¹⁶⁵, l'art. 20, comma 2, prevedeva che il Presidente dovesse cessare della carica per una delle cause di cui all'art. 101, comma 1, Cost., nonché in caso di condanna definitiva per reato doloso pronunciata conformemente all'art. 102 Cost. Ma il progetto di legge è decaduto per fine legislatura. La legge n. 50/1997, del 27 novembre, sul Governo, attualmente in vigore, opera un generico riferimento, nell'art. 12, comma 1, alle cause di cessazione "nei termini previsti dalla Costituzione".

Come è chiaro, è difficile pensare ad un Presidente del Governo che, essendo stato condannato per reato doloso, resti in carica e, da un punto di vista pratico, se fosse condannato ad una pena detentiva, si produrrebbe un'impossibilità di fatto di continuare ad esercitare le funzioni governative. Questi rilievi pongono in particolare risalto l'esigenza di predisporre una normativa che possa far fronte ad evenienze di questo tipo.

¹⁶³ Cfr. E. GARCIA TREVIJANO, "Sinopsis artículo...", cit.

¹⁶⁴ Si veda O. I. MATEOS Y DE CABO, *El Presidente del Gobierno...*, cit., 229.

¹⁶⁵ Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, V legislatura, serie A*, n. 141-1, 1-16.

STATI UNITI (diritto federale)

di Paolo Passaglia

Parte I – Un inquadramento del tema in relazione alla forma di governo

1. L'individuazione dei titolari del potere esecutivo

È noto che, negli Stati Uniti, è stata adottata una forma di governo presidenziale, alla luce della quale la titolarità delle funzioni esecutive è del Presidente, che viene affiancato da un Vicepresidente, ambedue eletti a suffragio universale indiretto, e dai Segretari, cui il Presidente delega la responsabilità dei vari Dipartimenti (attualmente, quindici), sulla base di quanto disposto dall'articolo II, *sec. 2, cl. 1*, della Costituzione federale (ai termini del quale il Presidente «può chiedere l'opinione scritta del principale funzionario in ciascuno dei Dipartimenti dell'esecutivo su qualsiasi oggetto che attenga ai doveri dei rispettivi uffici»¹⁶⁶).

La titolarità del potere esecutivo è dunque interamente nelle mani del Presidente, mentre l'esercizio è ripartito, in larga misura, tra i Dipartimenti. Un ruolo importante è svolto altresì dalle *independent agencies*, molte delle quali incardinate all'interno del potere esecutivo, ma collocate in una posizione di autonomia rispetto alle determinazioni politiche: è proprio per l'assenza di una – quanto meno esplicita – colorazione politica dei titolari di tali autorità che le problematiche connesse ad una loro tutela in sede processuale non appaiono assimilabili a quelle dei vertici «politici» dell'*executive branch*, donde l'opportunità, anche per evitare eccessivi appesantimenti, di escluderle dalla disamina che seguirà.

2. I rapporti tra titolari del potere esecutivo e titolari del potere legislativo

La dottrina della separazione dei poteri, che nella declinazione montesquieuiana trova negli Usa la massima realizzazione in concreto, impone una tendenzialmente piena separazione tra i detentori del potere legislativo e quelli del potere esecutivo, dal momento che, «quando nella stessa persona o nello stesso corpo di magistratura il potere legislativo è unito al potere esecutivo, non vi è libertà, poiché si può temere che lo stesso monarca, o lo stesso senato, facciano leggi tiranniche per eseguirle tirannicamente»¹⁶⁷.

¹⁶⁶ I brani della Costituzione federale citati nel presente scritto sono tratti dalla traduzione contenuta nel sito dell'Associazione italiana dei costituzionalisti.

¹⁶⁷ C.-L. DE SECONDAT DE MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Loix* (1748), libro XI, cap. VI [trad. it. di B. Boffito Serra,

La traduzione sul piano normativo di questo ammonimento è rintracciabile nell'articolo I, *sec.* 6, *cl.* 2, della Costituzione federale, là dove si stabilisce una incompatibilità (*recte*, ineleggibilità) a doppio senso, rivolta cioè ai membri del Congresso, in relazione alla titolarità di uffici del potere esecutivo, ed ai titolari di tali uffici, in relazione alla qualifica di senatore o di rappresentante: «Nessun senatore o rappresentante potrà, durante il periodo per il quale è eletto, essere nominato a qualsiasi carica pubblica sotto l'autorità degli Stati Uniti, che sia stata istituita o la cui retribuzione sia stata aumentata durante tale periodo; e nessuno che abbia un qualsiasi ufficio alle dipendenze degli Stati Uniti potrà essere membro di una delle camere finché resta in carica nell'ufficio» (c.d. *Emoluments Clause*, detta anche *Ineligibility Clause*).

Questo principio subisce, peraltro, una deroga con riferimento al Vicepresidente, che è *ope Constitutionis* presidente del Senato (articolo I, *sec.* 3, *cl.* 4, della Costituzione).

Tenuto conto di tale ultima eccezione, l'individuazione dei soggetti rilevanti ai presenti fini deve dunque partire da questa chiara demarcazione di funzioni, potendosi in radice escludere ogni commistione (*id est*, ogni confusione e/o sommatoria) tra le tutele offerte ai titolari del potere esecutivo e quelle spettanti ai membri del Congresso.

Parte II – La presenza fisica dell'imputato nel processo penale

1. Il tipo di processo e le conseguenze in ordine al significato che la presenza riveste

Il processo penale statunitense si ispira in maniera marcata al sistema accusatorio (c.d. *adversarial system*). Questo carattere, come è chiaro, si riverbera in misura significativa sul ruolo che le parti hanno nel corso del processo, segnatamente per ciò che concerne la fase probatoria, la quale si sostanzia per larga parte in una formazione nel corso del dibattimento, alla luce di un confronto paritario tra le contrapposte tesi di accusa e difesa.

Il richiamo (con la estrema banalizzazione qui proposta) di queste nozioni è funzionale a rimarcare l'estrema importanza che riveste la presenza *anche fisica* dell'imputato in tutti (o quasi) i segmenti processuali. La presenza dalla quale possa dedursi una partecipazione piena ed informata al processo è, infatti, alla base, per un verso, della garanzia dei diritti processuali dell'imputato e, per l'altro, del più efficace esercizio della funzione giurisdizionale. In sostanza, se la prova si forma in dibattimento, l'imputato fornisce un apporto determinante sotto molteplici profili: può contribuire

a determinare nel modo più compiuto le circostanze di fatto, può consentire al giudice (ed alla giuria) di cogliere i tratti della sua personalità che possano rilevare in sede decisoria, può stimolare, interloquendo con il proprio difensore, l'approfondimento di determinate tematiche, può ridurre il rischio che testimoni omettano particolari o mentano.

Per coniugare la tutela degli interessi particolari con quelli generali della giustizia, è però necessario che la presenza fisica si associ ad una presenza «mentale» e «comunicativa»: l'imputato deve essere nelle condizioni di comprendere ciò che sta accadendo intorno a lui, ciò che, tra l'altro, rende problematica la celebrazione di un processo qualora non si abbia certezza in ordine alle capacità cognitive dell'imputato¹⁶⁸.

Prescindendo da quest'ultimo aspetto, la cui trattazione costituirebbe, in questa sede, probabilmente un fuor d'opera, è da sottolineare come la presenza dell'imputato abbia una valenza tale che la sua assenza non possa, di per sé, essere ovviata dalla presenza di un difensore.

Con queste premesse, è chiaro che il sistema sia orientato nel senso di evitare, per quanto possibile, i c.d. «*trials in absentia*»; ciò nondimeno, si danno, tanto nel *case law* quanto nel diritto di matrice politica, casi nei quali l'esercizio della giurisdizione prescinde, negli Stati Uniti, dalla presenza fisica dell'imputato.

2. La disciplina della presenza dell'imputato

Nonostante la sua bivalenza in termini di interessi (particolari e generali) protetti, la presenza dell'imputato è disciplinata, nel diritto positivo, essenzialmente in chiave di diritto individuale.

Ciò è vero, in special modo, per il VI Emendamento alla Costituzione, e segnatamente per la *Confrontation Clause*, ai termini della quale, «[in ogni processo penale, l'accusato avrà il diritto] di esser posto a confronto con i testi a suo carico». Da questa previsione sono stati dedotti il *right to be present at trial*, il *right to «face-to-face» confrontation*, cioè il diritto per l'imputato di confrontarsi direttamente con un testimone a carico, ed il *right to cross-examination*, vale a dire il diritto di controinterrogare i testimoni.

Non mancano, in Costituzione, anche altre disposizioni che possono essere invocate per fondare garanzie per l'imputato¹⁶⁹, ma – almeno per quanto attiene alla partecipazione alle udienze – è

¹⁶⁸ Sul tema, molto indagato in dottrina ed in giurisprudenza, v., per un quadro di sintesi, S.A. SALTZBURG – D.J. CAPRA, *American Criminal Procedure. Cases and Commentary*, 6th ed., St. Paul (MN), West Group, 2000, 1209 ss.

¹⁶⁹ Il riferimento va, principalmente, alla *Due Process Clause* del V Emendamento, che infatti viene sovente invocata per fondare un diritto ad essere presente alle udienze; la previsione secondo cui «[nessuno] sarà provato della vita, della libertà o delle proprietà senza un regolare procedimento legale» viene, tuttavia, avvertita come insufficiente, se è vero che l'invocazione del V Emendamento è per solito corroborata da quella del VI. I rapporti tra le due previsioni possono essere così riassunti: «il diritto di un imputato di essere presente nel corso del procedimento penale affonda le proprie radici sia nella *Confrontation Clause* che nella *Due Process Clause*»; «la *Confrontation Clause* garantisce all'imputato il diritto di essere presente a qualunque fase nella quale la sua presenza possa contribuire alla sua possibilità di controinterrogare efficacemente», mentre «la *Due Process Clause* attribuisce all'imputato l'ulteriore

comunque a partire dalla *Confrontation Clause* che la giurisprudenza ha sviluppato un *case law* sulla tematica qui di interesse, *case law* che è stato successivamente in buona misura recepito e consolidato dalle *Federal Rules of Criminal Procedure*¹⁷⁰, ed in particolare dalla *rule* 43, rubricata «Presenza dell'imputato»¹⁷¹:

(a) Quando è richiesta.

Salvo che questa *rule*, la *rule* 5 o la *rule* 10 dispongano altrimenti, l'imputato deve essere presente a:

- (1) la prima comparizione, l'arringa iniziale, e la dichiarazione in ordine alla colpevolezza;
- (2) ogni stadio del processo, ivi inclusi la costituzione della giuria e l'emissione del verdetto; e
- (3) la condanna.

(b) Quando non è richiesta. Un imputato può non essere presente in una delle circostanze seguenti:

(1) Imputato persona giuridica.

L'imputato è una persona giuridica rappresentata dal legale che è presente.

(2) Reato minore.

Il reato è punibile con una multa o con la reclusione non superiore ad un anno o con entrambi, e con il consenso scritto dell'imputato la corte permette che l'arringa iniziale, la dichiarazione sulla colpevolezza, il dibattimento e la condanna intervengano in assenza dell'imputato.

(3) Riunione o audizione su una questione di diritto.

Il procedimento riguarda soltanto una riunione o una audizione su una questione di diritto.

(4) Correzione della condanna.

diritto ad essere presente ad ogni fase del procedimento che sia cruciale per il suo esito se la [sua] presenza possa contribuire alla correttezza della procedura»; «l'effetto cumulativo delle due garanzie dà all'imputato il diritto ad essere presente a tutte le "fasi importanti" del procedimento che si svolge nei suoi confronti» (cfr. D.P. SHANAHAN – D.J. MARSHALL, *Sixth Amendment at trial*, in *Georgetown Law Journal*, June 1998, 2030 ss.).

Quanto rilevato per il V Emendamento può essere riproposto per il XIV (che vincola al rispetto della *Due Process Clause* anche gli Stati membri degli Usa), almeno a far tempo dalla sentenza sul caso *Pointer v Texas*, 380 U.S. 400 (1965), con la quale si è chiarito che la *Confrontation Clause* si impone anche agli Stati membri.

¹⁷⁰ Trattasi di un testo normativo adottato dalla Corte suprema federale sulla base del *Rules Enabling Act* del 1934. Le *rules* attualmente in vigore sono state, da ultimo, modificate a decorrere dal 1° dicembre 2009.

¹⁷¹ Cfr., in lingua italiana, R. GAMBINI MUSSO (a cura di), *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*, Torino, Giappichelli, 1994, 248.

Il procedimento riguarda la correzione o la riduzione di una condanna in base alla *rule* 35 o al 18 U.S.C. § 3582(c).

(c) Rinuncia alla presenza costante.

(1) In generale.

Un imputato che è stato inizialmente presente al dibattimento, o che si è dichiarato colpevole o che non ha contestato alcuna delle accuse, rinuncia al diritto ad essere presente nelle seguenti circostanze:

(A) quando l'imputato è volontariamente assente dopo che il processo è iniziato, a prescindere dal fatto che la corte abbia informato l'imputato dell'esistenza di un obbligo a restare durante il processo;

(B) in un caso in cui non è prevista la condanna a morte, quando l'imputato è volontariamente assente durante la pronuncia della condanna; oppure

(C) quando la corte avverte l'imputato che lo allontanerà dall'aula per comportamento molesto, ma l'imputato persiste nella condotta che giustifica l'allontanamento dall'aula.

(2) Effetto della rinuncia.

Se l'imputato rinuncia al diritto ad essere presente, il dibattimento può procedere sino alla conclusione, con ciò includendo l'emissione del verdetto e la pronuncia della condanna, in assenza dell'imputato.

Sulla scorta della *rule* 43 è possibile tratteggiare una schematizzazione in base alla quale la presenza dell'imputato è, in certi casi, (i) un diritto e, al contempo, un obbligo, oppure (ii) un diritto rinunciabile oppure ancora (iii) non figura *a rigori* tra i suoi diritti.

(i) Le fattispecie in cui la presenza dell'imputato è un diritto ed un obbligo (*scil.*, nell'interesse generale alla correttezza del procedimento) sono enucleate dalla lettera (a) della *rule*, letta in combinato disposto con la lettera (b) e con la lettera (c). La lettera (a) pone un principio generale che è quello della presenza in (quasi) tutte le fasi processuali. A questo principio, tuttavia, può derogarsi, entro certi limiti, allorché sia ammissibile – nelle fattispecie che si diranno a breve – una rinuncia.

L'unico caso in cui può farsi luogo ad un processo in assenza dell'imputato senza che quest'ultimo abbia rinunciato, espressamente o *per facta concludentia*, alla presenza è quello del c.d. *disruptive behavior*, il quale, ai termini della lettera (c), n. (1)(C), consente alla corte di ordinare l'allontanamento dell'imputato. Il *leading case* in materia è rappresentato da una sentenza della Corte suprema federale del 1970¹⁷²: «per quanto consci che le corti debbono soddisfare ogni ragionevole presunzione contro la perdita di diritti costituzionali [...], stabiliamo esplicitamente,

¹⁷² *Allen v Illinois*, 397 U.S. 337 (1970).

oggi, che un imputato può perdere il suo diritto ad essere presente al processo se, dopo che sia stato avvisato dal giudice che sarà allontanato se continuerà il suo comportamento molesto, egli insiste comunque a comportarsi in modo tanto disordinato, molesto ed irrispettoso nei confronti della corte da non consentire che il suo processo possa essere portato avanti con la sua presenza in aula. Una volta perduto, il diritto ad essere presente può, ovviamente, essere rivendicato non appena l'imputato intenda comportarsi in coerenza con il decoro ed il rispetto insiti nel concetto di corti e di procedimenti giurisdizionali»; «è essenziale alla corretta amministrazione della giustizia penale che la dignità, l'ordine ed il decoro siano caratteri indefettibili di tutti i procedimenti giudiziari in questo paese. L'evidente disprezzo nell'aula per le regole elementari di una condotta adeguata non dovrebbero e non possono essere tollerate»¹⁷³.

Il brano citato suggerisce che la *ratio* dello svolgimento del processo in assenza dell'imputato sia da rintracciarsi nella esigenza di garantire un corretto svolgimento del processo medesimo. La *rule* 43, pur riprendendo quasi alla lettera le indicazioni della Corte suprema, ha invece configurato il comportamento molesto come una implicita rinuncia alla presenza¹⁷⁴. Quale che sia la lettura da dare a questa difformità, le conseguenze non appaiono di particolare momento, essendo comunque ben individuabile il contesto nel quale il procedimento *in absentia* si innesca¹⁷⁵.

(ii) L'imputato può rinunciare al diritto ad essere presente. Le modalità attraverso cui la rinuncia viene formalizzata sono decisive al fine di chiarirne il significato.

Innanzitutto, è prevista una rinuncia necessariamente espressa per iscritto, che è limitata ai procedimenti vertenti su reati minori (*misdemeanor offenses*).

La peculiarità di questo tipo di rinuncia è che essa può intervenire, ai termini della lettera (b), n. (2), già nelle prime fasi del procedimento, ciò che invece è tendenzialmente escluso – ai termini della lettera (c), n. (1) – negli altri casi¹⁷⁶.

Con l'eccezione appena menzionata, la *rule* 43 utilizza una aggettivazione della rinuncia che fa riferimento esclusivo alla mera *volontarietà*. Ne discende che essa deve essere «cosciente e

¹⁷³ *Allen v Illinois*, cit., 343.

¹⁷⁴ Per questa interpretazione, v. D.P. SHANAHAN – D.J. MARSHALL, *Sixth Amendment at trial*, cit., 2033 s.

¹⁷⁵ Assai più complesso è stabilire, semmai, quando il comportamento possa dirsi effettivamente *disruptive*. Una casistica è stata abbozzata nella stessa decisione sul caso *Allen v Illinois*, cit., 343 s.; la giurisprudenza successiva ha però affrontato fattispecie nuove, giungendo a ritenere passibile di allontanamento l'imputato per comportamento ribelle (*obstreperous behavior*) e per le continue interruzioni, anche se provocate da atti non configurabili *ex se* né come abusivi né come violenti: cfr., rispettivamente, *Saccomanno v Scully*, 758 F.2d 62 (2^d Cir. 1985), e *Foster v Wainwright*, 686 F.2d 1382 (11th Cir. 1982).

¹⁷⁶ Una chiara distinzione a seconda che l'assenza sia anteriore ovvero successiva all'inizio del processo è stata enunciata dalla Corte suprema nella sentenza sul caso *Crosby v United States*, 506 U.S. 255 (1993), là dove si è precisato che la *rule* 43, facendo riferimento soltanto alla seconda ipotesi, implicitamente esclude la configurabilità di un *trial in absentia* derivante dalla fuga dell'imputato che si sia verificata antecedentemente all'apertura del dibattimento. In proposito, v. S.A. SALTZBURG – D.J. CAPRA, *American Criminal Procedure*, cit., 1214.

volontaria»¹⁷⁷, dal che si ricava la necessità che l'imputato sia posto nelle condizioni di partecipare, essendo stato previamente avvertito dello svolgimento del processo o di un suo segmento. Sul piano formale, non rileva se la rinuncia è «espressa o tacita mediante comportamento concludente»: lungi dal potersi avvalere di un sistema di presunzioni, ogni corte ha «la responsabilità di accertare con sicurezza e chiarezza il comportamento rinunciatario dell'imputato, specialmente se così facendo egli venga meno alla possibilità difensiva di sottoporsi all'esame testimoniale nel proprio interesse»¹⁷⁸.

In ordine alle applicazioni concrete del concetto di volontarietà, che legittima il dar corso al processo anche in assenza dell'imputato, la casistica è assai ricca, andando a coprire semplici manifestazioni di volontà (*ergo*, rinunce non motivate)¹⁷⁹, ma anche assenze cagionate dallo stato di salute¹⁸⁰. È stata invece esclusa la possibilità di riscontrare una rinuncia in caso di mero ritardo nella comparizione¹⁸¹ ovvero quando il rifiuto a partecipare all'udienza sia stato funzionale alla contestazione di determinate forme di presenza imposte¹⁸². Dal *case law* non è dato individuare fattispecie concretamente prospettatesi che fossero connesse alla professione e/o all'ufficio dell'imputato.

(iii) Ai termini della lettera (b) della *rule* 43, la presenza dell'imputato non è definibile alla stregua di un diritto in senso proprio in ipotesi specifiche, e segnatamente quando il segmento processuale concerne unicamente questioni di stretto diritto – n. (3) –, per le quali la tutela dell'imputato è affidata per l'essenziale al diritto alla difesa tecnica, ovvero allorché il segmento processuale sia volto alla riduzione della condanna – n. (4) –, giacché in tal caso non si riscontrano le condizioni perché possa verificarsi un pregiudizio a carico del condannato.

Fattispecie diversa è quella contemplata dal n. (1), che, riguardando le persone giuridiche, evoca l'esistenza di una rappresentanza organica affidata al difensore.

3. Le conseguenze dell'assenza dell'imputato

¹⁷⁷ Così R. GAMBINI MUSSO (a cura di), *Il processo penale statunitense*, cit., 250.

¹⁷⁸ V. R. GAMBINI MUSSO (a cura di), *Il processo penale statunitense*, cit., 250 s.

¹⁷⁹ Cfr., ad es., la sentenza sul caso *United States v Newman*, 733 F.2d 1395 (10th Cir. 1984); un caso per certi versi estremo è quello della fuga dell'imputato, a proposito della quale può configurarsi, come si è visto, una rinuncia implicita allorché l'assenza sopravvenga rispetto all'inizio del procedimento (v. *supra*, nota 11).

¹⁸⁰ Ad es., la mancata presenza dovuta allo stato di depressione, connesso al desiderio dell'imputato di non essere presente allorché la condanna sarebbe stata pronunciata, è stata interpretata alla stregua di una rinuncia nel caso *United States v Davis*, 61 F.3d 291 (5th Cir. 1995).

¹⁸¹ V. *United States v Alikpo*, 944 F.2d 206 (5th Cir. 1991).

¹⁸² Cfr. *Estelle v Williams*, 425 U.S. 501 (1976), che ha stabilito l'impossibilità di obbligare l'imputato detenuto a presenziare indossando la tenuta del carcere, e che ha conseguentemente imposto che l'udienza venga, se del caso, ritardata sino a quando l'imputato non sia entrato in possesso dei suoi abiti personali.

La disciplina contenuta nelle *Federal Rules of Criminal Procedure* e, ancor prima, la struttura del processo statunitense rendono l'assenza di un imputato ad un segmento processuale una circostanza particolarmente delicata, sulla quale il giudice è chiamato a pronunciarsi al fine di far derivare dalla constatazione (dell'assenza) congrue conseguenze (sul prosieguo del processo).

La decisione fondamentale è, ovviamente, quella circa l'opportunità di proseguire il processo pur in assenza dell'imputato. Una siffatta determinazione è incontestabilmente di spettanza del giudice, che è l'unico soggetto istituzionalmente chiamato a valutare se si diano le condizioni per concedere un rinvio (*stay of proceedings*)¹⁸³.

Sul piano sostanziale, è stato rilevato che «la decisione del giudice di continuare comunque il *trial* senza [l'imputato] – e senza favorire in alcun modo la sua presenza – implica un attento bilanciamento del diritto dell'imputato a confrontarsi con i propri accusatori rispetto al pubblico interesse ad evitare spreco di risorse e di tempo»; altrimenti detto, «anche quando si potrebbe decidere per la sussistenza di un comportamento rinunciatario dell'imputato, il giudice dovrebbe in ogni modo agevolare la partecipazione, ove – dedotta qualche valida ragione di assenza – sia probabile che il *trial* possa tempestivamente proseguire con la presenza del *defendant* ed ove le difficoltà tecniche (ad esempio, *trials* con più imputati) siano contenute in limiti accettabili»¹⁸⁴.

Più specificamente, in giurisprudenza sono rinvenibili affermazioni in base alle quali la decisione circa la prosecuzione del processo in assenza dell'imputato implica la ponderazione dei seguenti fattori: la difficoltà di programmare nuovamente il processo, il rischio di arrecare pregiudizio alla parte pubblica ed ai coimputati, la probabilità che l'imputato sia presente entro breve termine, la preservazione delle prove testimoniali¹⁸⁵. Non pare dunque casuale che, nello stabilire se si sia avuta una violazione del diritto dell'imputato ad essere presente, e se questa violazione abbia prodotto un pregiudizio effettivo alla sua posizione processuale¹⁸⁶, uno degli indici ritenuti più significativi è quello del comportamento del difensore, che non può non essere letto come un argomento contrario alle tesi della rinuncia volontaria a presenziare ogni qual volta si sia proposta opposizione alla prosecuzione del processo.

Questi *tests* risultano di particolare pregnanza alla luce della circostanza che, se è vero che le regole che presiedono alla celebrazione del processo *in absentia* mirano a tutelare l'interesse

¹⁸³ Con riguardo alla titolarità esclusiva in capo al giudice del potere di concedere uno *stay*, può essere citata la *rule* 23 delle *Supreme Court Rules*, la quale, al n. 1, chiarisce inequivocabilmente che «uno *stay* può essere concesso da un giudice quando consentito dalla legge». Sull'esercizio di tale potere nella tradizione di *common law*, v. A. L.-T. CHOO, *Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceedings*, Oxford, Clarendon Press, 1993.

¹⁸⁴ Così, testualmente, R. GAMBINI MUSSO (a cura di), *Il processo penale statunitense*, cit., 251.

¹⁸⁵ Cfr. *United States v Muzevsky*, 760 F.2d 83 (2^d Cir. 1985).

¹⁸⁶ Quest'ultima valutazione si inquadra ne (e connota) il c.d. *harmless error test*, cui il giudice è chiamato nello scrutinio relativo a certe fattispecie di invalidità processuali: ai termini della *rule* 52, lettera (a) delle *Federal Rules of Criminal Procedure*, l'*harmless error* consiste in «qualunque errore, difetto, irregolarità o discrepanza che non incide su diritti rilevanti» e, conseguentemente, «deve essere trascurato».

generale contro condotte dirette a sottrarsi alla giustizia, non è meno vero che il diritto positivo, allorché disciplina i casi di assenza, detta norme che mirano principalmente a proteggere «i diritti dell'imputato, non gli interessi dell'Amministrazione»¹⁸⁷.

Come dire che, in linea di massima (e salvo il caso di comportamento molesto in aula), il diritto dell'imputato ad essere presente deve prevalere rispetto ad altri interessi, pure costituzionalmente rilevanti. In quest'ottica, può tratteggiarsi quindi una preminenza rispetto ad altro principio, pure contemplato nel VI Emendamento, vale a dire quello ad un processo rapido (anch'esso, peraltro, da leggersi, non solo alla luce di un interesse soggettivo dell'imputato¹⁸⁸, ma anche in chiave di tutela dell'interesse pubblico¹⁸⁹).

Parte III – La sottoponibilità dei titolari del potere esecutivo al processo penale

1. La normativa rilevante

La disciplina della responsabilità penale dei titolari del potere esecutivo non trova, nella Costituzione federale, una compiuta estrinsecazione, sebbene non manchino disposizioni che, quanto meno *pro parte*, trattino una siffatta tematica. L'angolo di visuale è, tuttavia, unidirezionale, in quanto viene al riguardo in rilievo essenzialmente il combinato disposto di quattro *clauses* della Costituzione, che sono tutte riconducibili all'istituto dell'*impeachment*:

a) 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»¹⁹⁰;

b) il potere di iniziativa nel procedimento di *impeachment* è previsto dall'articolo I, *sec.* 2, *cl.* 5, *in fine* («La Camera dei rappresentanti [...] avrà in via esclusiva il potere di *impeachment*»), mentre

¹⁸⁷ V., nuovamente, R. GAMBINI MUSSO (a cura di), *Il processo penale statunitense*, cit., 251.

¹⁸⁸ Tale diritto è «una importante tutela diretta a prevenire incarcerazioni anteriori al processo che siano indebite ed oppressive, a minimizzare l'ansietà e la preoccupazione che accompagna l'accusa pubblica ed a limitare la possibilità che un lungo ritardo danneggi la capacità di un accusato di difendersi»: v. *United States v Ewell*, 383 U.S. 116 (1966).

¹⁸⁹ «Sussiste un interesse della società a predisporre un processo rapido, che esiste a prescindere e, talvolta, in contrapposizione agli interessi dell'accusato», in quanto le persone in stato di custodia cautelare impongono spese pubbliche considerevoli, mentre persone a piede libero possono commettere altri fatti-reato: cfr. *Barker v Wingo*, 407 U.S. 514 (1972).

¹⁹⁰ Si noti che 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. Per un quadro dei soggetti passibili di *impeachment*, v., nella dottrina italiana, M. OLIVIERO, *L'impeachment. Dalle origini inglesi all'esperienza degli Stati Uniti d'America*, Torino, Giappichelli, 2001, 81 ss.

c) l'articolo I, *sec. 3, cl. 6*, prevede che sia il Senato ad avere «in via esclusiva il potere di giudicare su tutti i casi di *impeachment*», precisando 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 coagulare il voto «dei due terzi dei presenti»;

d) per quel che attiene agli effetti dell'*impeachment*, l'articolo I, *sec. 3, cl. 7*, stabilisce, infine, 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»¹⁹¹.

La Costituzione disegna, dunque, un sistema nel quale alla titolarità di una carica accede la tutela derivante dalla necessità di due voti congressuali, il secondo dei quali con una maggioranza qualificata.

La vicenda processuale, concludendosi con la mera rimozione dall'ufficio, non è alternativa al processo penale, ma rappresenta, semmai (almeno secondo la maggior parte della dottrina), una precondizione dello stesso.

Da notare è, altresì, che 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».

Questo schema, dai tratti piuttosto sfocati sotto molteplici punti di vista, è stato oggetto di precisazione e di raffinamento da parte della giurisprudenza, principalmente della Corte suprema federale.

2. Il Presidente

Il diritto positivo statunitense non distingue, per il Presidente, tra reati funzionali e reati extrafunzionali, per quanto la normativa costituzionale e, soprattutto, il riferimento ai lavori preparatori consentano di enucleare una distinzione. Ne è una testimonianza il brano dei *Federalist Papers* con il quale, in riferimento ai poteri di *impeachment* del Senato, Alexander Hamilton ha rilevato che «gli oggetti della giurisdizione di questo sono quei reati che derivano dai misfatti di uomini pubblici o, in altri termini, dall'abuso o dalla violazione dei doveri connessi ad incarichi

¹⁹¹ Da notare è che il Presidente degli Stati Uniti non può esercitare, nei confronti di condannati in sede di *impeachment*, il suo potere di grazia: l'articolo II, *sec. 2, cl. 1, in fine*, riserva al Presidente «il potere di concedere commutazioni di pena e grazie per offese contro gli Stati Uniti, salvi i casi di *impeachment*».

Le peculiarità delle vicende connesse all'*impeachment* trovano un'ulteriore conferma nell'articolo III, *sec. 2, cl. 3*, della Costituzione, ai termini del quale «il processo per tutti i reati, tranne i casi di *impeachment*, sarà mediante giuria».

pubblici. Essi sono di una natura che può essere, con particolare proprietà, denominata *politica*, poiché si collegano direttamente ad ingiurie poste in essere nei confronti della società come tale»¹⁹².

Un tale riferimento consente di affermare che le radici stesse della previsione dell'*impeachment* offrono la possibilità di distinguere tra due categorie di atti presidenziali, gli uni connessi all'esercizio dei suoi doveri e gli altri più intrinsecamente attinenti alla sua sfera privata, con i primi che sono potenzialmente oggetto di contestazione attraverso l'*impeachment*, mentre i secondi seguono – salvo quanto si dirà – le comuni regole processuali.

Ciò posto, non può non ammettersi che la differenziazione tra le due categorie di reati è lungi dal vedersi connotata da una rigorosa linea di demarcazione. Deve anzi constatarsi che, specie nella prassi più recente, il *discrimen* è andato opacizzandosi, sino al punto di rendere problematica la conferma di una effettiva differenziazione. È significativo, in particolare, quanto, nell'ambito del c.d. *Sexgate*, i legali del Presidente Clinton sottolinearono, per far valere, anche in tale vicenda, la sussistenza di una immunità, e cioè che «qualunque condotta posta in essere dall'individuo che ricopre l'ufficio di Presidente, sia essa caratterizzata come privata o come ufficiale, può avere un impatto sostanziale sui doveri ufficiali del Presidente»¹⁹³.

Ponendosi su questa china, può giungersi sino al punto di teorizzare la configurabilità di un *impeachment* fondato su atti commessi antecedentemente all'assunzione dell'incarico, allorché la condotta sia stata tale da revocare in dubbio l'«affidabilità» del Presidente¹⁹⁴.

Per tal via, dunque, la distinzione tra i reati non dovrebbe essere legata al collegamento con l'esercizio delle funzioni, ma dovrebbe, piuttosto, declinarsi in relazione alle ripercussioni che le condotte hanno sull'integrità – per così dire – politico-morale del titolare di una carica pubblica (e del Presidente, in special modo).

Ai fini della presente trattazione, peraltro, pare che possa omettersi l'approfondimento di siffatte problematiche (approfondimento i cui esiti sarebbero, oltretutto, lungi dal potersi dire inconfutabili, stanti le incertezze che emergono dalla stessa trattatistica statunitense), potendosi – anche per la comodità del lettore – adottare la terminologia corrente nel nostro ordinamento, la quale, d'altra parte, trova riscontri non secondari in relazione alle fattispecie nelle quali si faccia valere una responsabilità *civile* del Presidente¹⁹⁵.

¹⁹² *The Federalist Papers* (1787-1788), n. 65 (l'enfasi è testuale).

¹⁹³ Lo ha ricordato, nella seduta della Camera dei rappresentanti del 18 dicembre 1998, il deputato Canady, al fine di suffragare l'opportunità del promovimento dell'*impeachment* (cfr. *Congressional Record*, vol. 144, n. 154, p. H11827).

¹⁹⁴ Lo evidenziano, tra gli altri, R.D. ROTUNDA – J.E. NOWAK, *Treatise on Constitutional Law. Substance and Procedure*, 3rd ed., St. Paul (MN), West Group, 1999, 744, i quali propongono, come esempio, il caso di un giudice federale (soggetto, per Costituzione, anch'egli alla procedura dell'*impeachment*) che riesca a farsi designare ponendo in essere atti di corruzione.

¹⁹⁵ Nel medesimo senso, v. A. SPERTI, *La responsabilità del Presidente della Repubblica. Evoluzione e recenti interpretazioni*, Torino, Giappichelli, 2010, 173 ss.

2.1. Gli atti posti in essere nell'esercizio delle funzioni

In base a quanto disposto dall'articolo II, *sec.* 4, della Costituzione federale, la commissione di atti che pregiudicano la legittimazione a ricoprire un determinato incarico pubblico può essere sanzionata attraverso il processo di rimozione dall'incarico, denominato «*impeachment*» in continuità con l'esperienza inglese (continuità che è peraltro più lessicale che sostanziale, tali e tante essendo le differenze riscontrabili¹⁹⁶).

2.1.1. La disciplina dell'*impeachment* (cenni)

La genericità della normativa costituzionale sull'*impeachment* lascia aperti interrogativi affatto fondamentali circa la configurazione dell'istituto, dai quali discendono incertezze in ordine ai presupposti ed agli effetti del procedimento. In particolare, non è dato stabilire in modo univoco se l'*impeachment* abbia natura *politica* ovvero *giurisdizionale*. Il brano dei *Federalist Papers* sopra riportato sembra deporre a favore del primo corno dell'alternativa ed in tale prospettiva pare inquadarsi anche l'*impeachment* nei confronti del Presidente Clinton.

Una siffatta configurazione ha ripercussioni, innanzi tutto, sulla definizione delle *impeachable offenses*. L'articolo II, *sec.* 4, della Costituzione parla di «tradimento, corruzione o altri gravi crimini e misfatti»: se la prima fattispecie (*treason*) è definita direttamente dal testo costituzionale¹⁹⁷ e la seconda (*bribery*) è agevolmente concretizzabile facendo riferimento al *common law*¹⁹⁸, la locuzione residuale (*other high crimes and misdemeanors*) pone problemi notevoli in ordine alla circoscrizione delle condotte che possono integrare i presupposti dell'*impeachment*. Non a caso, le interpretazioni che sono state offerte sono quanto mai mutevoli, oscillando tra tesi tendenzialmente restrittive (fatte proprie dalla dottrina maggioritaria), sulla scorta delle quali l'*impeachment* può giustificarsi soltanto per reati particolarmente gravi¹⁹⁹, e quelle che enfatizzano con maggior vigore la componente politica del procedimento di *impeachment*, sino ad affrancarlo, sia pure parzialmente, dai postulati del diritto penale (*ergo*, del principio di stretta legalità dei reati, aprendo alla possibilità di riempire di contenuti *a priori* non determinabili le

¹⁹⁶ Cfr. R.D. ROTUNDA – J.E. NOWAK, *Treatise on Constitutional Law*, cit., 721 ss., i quali – non certo casualmente – rilevano, proprio in tema di *impeachment*, che, «talvolta, il guardare alla storia dimostra che i costituenti hanno cercato di allontanarsi da, piuttosto che adottare, la prassi storica britannica» (p. 722).

¹⁹⁷ V. l'articolo III, *sec.* 3, *cl.* 1: «Il tradimento nei confronti degli Stati Uniti consisterà esclusivamente nell'aver mosso guerra contro di essi o essersi congiunti ai loro nemici dando loro aiuto e sostegno. Nessuno potrà essere condannato per tradimento se non con la testimonianza di due testimoni del medesimo atto manifesto, o per confessione in un pubblico processo». Per la definizione legislativa di *treason*, v. 18 U.S.C. § 2381.

¹⁹⁸ Ad es., nel *Black's Law Dictionary*, il reato di *bribery* è definito come l'offrire, il dare, il ricevere o il sollecitare qualunque oggetto di valore al fine di influenzare le azioni di un pubblico ufficiale o di un'altra persona a scapito di un dovere pubblico o di un obbligo giuridico. Per la definizione legislativa di *bribery*, v. 18 U.S.C. § 201.

¹⁹⁹ In tal senso, ad esempio, si pronunciarono i legali del Presidente Nixon, che trassero dalla locuzione costituzionale la necessità della avvenuta commissione di «*serious indictable crimes*» (cfr. G. GUNTHER – K. SULLIVAN, *Constitutional Law*, New York, Foundation Press, 1997, 411 s.).

nozioni corrispondenti alle *impeachable offenses*): «atti criminali non sono né necessari né sufficienti per l'*impeachment*, il cui scopo centrale non è punire, ma proteggere il funzionamento del nostro sistema costituzionale dalle offese poste in essere dagli ufficiali federali che vanno contro la Nazione o che corrompono i suoi procedimenti»²⁰⁰. Estremizzando quest'ultima lettura, in buona sostanza, l'*impeachment* potrebbe prescindere dalla commissione di reati: così, ad esempio, se un Presidente operasse nel senso di indebolire intenzionalmente la difesa nazionale, potrebbe forse non commettere alcun reato, ma, ciò nondimeno, dovrebbe essere passibile di *impeachment*, avendo abusato gravemente del suo potere venendo meno alla fiducia in lui riposta. Resta il fatto, tuttavia, che ogni qual volta un procedimento di *impeachment* è stato intrapreso, si è avuto cura di individuare fattispecie di reato da contestare, sul presupposto, evidentemente, della opportunità – se non anche della necessità – di ancorare una eventuale condanna alla violazione di norme giuridiche²⁰¹.

Quest'ultimo rilievo non pare di per sé ostativo al riconoscimento di una natura comunque latamente politica dell'*impeachment*, che trova ulteriori – e tutt'altro che secondari – riscontri negli effetti che sono propri della decisione del Senato, avendo riguardo, in particolare, alla possibilità di una sua impugnazione in sede giurisdizionale.

La tesi negativa, da sempre prevalente, si fonda sulla circostanza che la decisione sull'*impeachment* non può non costituire una «*non-justiciable political question*».

Contro l'interpretazione consolidata, in tempi relativamente recenti, due giudici che avevano subito la condanna del Senato hanno adito la giurisdizione federale. Le corti inferiori hanno tuttavia confermato la *non-justiciability* della decisione senatoriale, evidenziando come la Costituzione, utilizzando il termine «*try*» in riferimento al procedimento di fronte al Senato, ha inteso porre questo come una alternativa a tutti gli effetti rispetto al procedimento di fronte ad una corte (*trial*)²⁰². La Corte suprema, successivamente investita della questione, ha confermato, negli esiti, le sentenze delle corti inferiori²⁰³.

²⁰⁰ Cfr. l'audizione di L.H. TRIBE presso il Congresso nel procedimento che portò alla accusa formale nei confronti del Presidente Clinton (consultabile in *The Background and History of Impeachment. Hearing of the Subcommittee on the Constitution*, November 9, 1998, Ser. No. 63, 106th Cong., 1st Sess., 1999). Lo stesso Autore ha così enunciato i criteri cardine che dovrebbero guidare la decisione sull'*impeachment*: «il Congresso può correttamente pronunciare l'*impeachment* e rimuovere un Presidente solo per una condotta che integri una grossolana violazione dell'incarico o un grave abuso di potere, e solo se fosse preparato ad assumere la stessa decisione contro qualunque Presidente che avesse tenuto condotte comparabili in simili circostanze» (L. TRIBE, *American Constitutional Law*, 2nd ed., New York, Foundation Press, 1988, 294).

²⁰¹ Per una compiuta ricostruzione sulle condotte rilevanti ai fini dell'*impeachment*, v. M. OLIVIERO, *L'impeachment*, cit., 93 ss.\

²⁰² Cfr. *Nixon v United States*, 744 F.Supp. 9 (D.D.C. 1990), e *Hastings v United States*, 802 F. Supp. 490 (D.D.C. 1992).

²⁰³ Cfr. *Nixon v United States*, 506 U.S. 224 (1993).

2.1.2. I rapporti tra l'impeachment ed il giudizio penale

Si è avuto modo di accennare, in precedenza, alla circostanza che l'interpretazione prevalente ritenga l'*impeachment* una preconditione del processo penale.

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 federale.

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 neanche la formulazione dell'accusa (*indictment*)²⁰⁴. Più cauta è la posizione di chi, dalle esigenze di funzionalità del sistema, tende a ricavare soltanto la necessità di congelare la fase *stricto sensu* processuale, rendendo così possibile lo sviluppo del procedimento sino al momento della formulazione dell'accusa²⁰⁵.

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 Vicepresidente²⁰⁶.

La storia costituzionale non consente di chiarire quale delle prospettazioni possa ricevere il favore della giurisprudenza. Prescindendo, per il momento, dai casi di *impeachment* che hanno riguardato titolari di cariche diverse da quella presidenziale, la cui peculiarità rende difficilmente sostenibile una qualunque traslazione automatica delle soluzioni ad altri propositi elaborate, conviene accennare agli spunti offerti, al riguardo, soprattutto dal caso *Watergate*.

In esso, i legali del Presidente Nixon tentarono di bloccare le indagini con l'argomento più radicale tra quelli sopra ricordati. In concreto, però, lo *Special Prosecutor* decise di attendere – non tanto per motivi di ordine giuridico, quanto per le particolari circostanze del caso di specie – l'*impeachment* prima di formulare l'accusa nei confronti di Nixon, e quindi la questione dei rapporti

²⁰⁴ Così argomentarono i legali del Presidente Nixon in occasione del c.d. *Watergate*: v. *Brief for the Respondent, United States v Nixon*, 418 U.S. 683 (1974), 95 ss.

²⁰⁵ V. L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 3rd ed., New York, Foundation Press, 2000, 755.

²⁰⁶ Per una sintesi di questi argomenti, v. R.D. ROTUNDA – J.E. NOWAK, *Treatise on Constitutional Law*, cit., 724.

tra giudizio penale ed *impeachment* rimase irrisolta.

Peraltro, è da rilevare che la Corte distrettuale adita ebbe modo, in un *obiter dictum*, di contestare i fondamenti dell'argomentazione della difesa, affermando che il Presidente «non incarna la sovranità della nazione» e, dunque, non è «*above the law's commands*»; ciò in quanto il popolo «non rinuncia, con le elezioni, al diritto di avere le disposizioni interpretate ed applicate contro qualunque cittadino», né, d'altro canto, «l'*Impeachment Clause* implica una immunità dall'ordinario processo di fronte alla corte»²⁰⁷.

Il peso di questo *obiter dictum* è di ardua quantificazione. Una decisione quasi contestuale della Corte suprema in merito alla illegittimità del rifiuto presidenziale di consegnare all'autorità giudiziaria alcuni mezzi di prova, comunque, non può non aver corroborato la tesi della assenza di una immunità totale dalla giurisdizione. La Corte ha infatti rilevato che «né la dottrina della separazione dei poteri, né il bisogno di riservatezza per le comunicazioni ad alto livello, possono fondare un'immunità [*privilege of immunity*] del Presidente assoluta e generalizzata, con riferimento a controversie giudiziarie in qualsivoglia circostanza»²⁰⁸.

Non pare dunque casuale che, dopo la vicenda *Watergate*, la dottrina abbia avuto la tendenza ad ammettere, in linea di principio, la formulazione di un'accusa nei confronti del Presidente, tenendo fermo soltanto il divieto di celebrare il processo in pendenza del mandato presidenziale.

Una siffatta impostazione si ritiene che possa essere suffragata, in particolare, dal principio di separazione dei poteri, la cui portata verrebbe minata allorché si condizionasse la formulazione dell'atto di accusa al previo *impeachment*, giacché la condizione si tradurrebbe, in sostanza, nella possibilità per il Congresso di decidere *quando* far iniziare un processo penale²⁰⁹.

Pare opportuno rilevare ulteriormente come la distinzione tra *indictment* e *conviction*, garantendo lo svolgimento delle indagini, ma bloccando la celebrazione del processo, consenta di non creare una disarmonia sistematica tra l'imputazione della responsabilità penale e la posizione del Presidente nel sistema. Posizione che la Corte suprema federale ha ricostruito (anche) in relazione ad una fattispecie di responsabilità civile, relativamente alla quale si è sancita l'immunità assoluta per tutti gli atti che ricadano nell'ambito del più ampio perimetro (*outer perimeter*) dei suoi doveri ufficiali²¹⁰.

A suffragio di questa statuizione, si è posta la «posizione unica [del Presidente] nello schema costituzionale», che la rendono assolutamente incomparabile con quella di qualunque altro

²⁰⁷ *Nixon v Sirica*, 487 F.2d 700, 711 (D.C.Cir. 1973).

²⁰⁸ Cfr. *United States v Nixon*, cit. Sull'importanza di tale decisione al fine di radicare una responsabilità del Presidente azionabile anche nel corso del proprio mandato, v. T.F. GIUPPONI, *Le immunità della politica. Contributo allo studio delle prerogative costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2005, 158.

²⁰⁹ V. R.D. ROTUNDA – J.E. NOWAK, *Treatise on Constitutional Law*, cit., 729, i quali traggono un tale argomento dalla sentenza della Corte suprema sul caso *Morrison v Olson*, 487 U.S. 654 (1988).

²¹⁰ *Nixon v Fitzgerald*, 457 U.S. 731 (1982).

funzionario: il Presidente è, infatti, incaricato di un lungo elenco di «responsabilità di supervisione e di attuazione delle politiche della massima discrezione e sensibilità»²¹¹, di talché «il dirottamento delle sue energie per occuparsi di processi privati potrebbe creare eccezionali pericoli per l'effettivo funzionamento del governo»²¹². D'altro canto, «alla luce della visibilità del suo ufficio e degli effetti che le sue azioni hanno su un numero indefinibile di persone, il Presidente sarebbe un bersaglio agevolmente identificabile per azioni di risarcimento dei danni», e «la percezione della sua vulnerabilità personale potrebbe frequentemente distrarre un Presidente dai suoi pubblici doveri, a detrimento, non solo del Presidente e del suo ufficio, ma anche della Nazione, che la Presidenza è stata chiamata a servire»²¹³.

2.2. *Gli atti extrafunzionali*

La responsabilità penale del Presidente per reati che non rientrino nella (assai estesa) nozione di *impeachable offenses* dovrebbe seguire, in linea di principio, le regole comuni. L'uso del condizionale è motivato dall'assenza di riscontri nella prassi. Sta di fatto, però, che le tesi sostenute in tema di rapporti tra *impeachment* e procedibilità del giudizio penale, con l'aver condizionato (nei modi e nei limiti che si sono visti *supra*, par. precedente) la seconda all'avvenuto espletamento del primo (e, dunque, al venir meno della titolarità della carica da parte del Presidente), hanno condotto ad una estensione della tutela presidenziale nel senso di impedire lo svolgersi di *qualunque* processo penale antecedentemente al termine del mandato²¹⁴.

Sul regime degli atti extrafunzionali, peraltro, la Corte suprema federale ha avuto occasione di intervenire, anche se soltanto in relazione ad una fattispecie di invocata responsabilità civile, per atti commessi anteriormente all'assunzione dell'ufficio.

Il riferimento va alla vicenda nella quale Paula Jones convenne in giudizio il Presidente Clinton per vedersi riconosciuti i danni patiti in conseguenza delle molestie sessuali commesse dal Presidente quando era ancora Governatore dell'Arkansas.

Il tentativo della difesa di Clinton di estendere anche alla *unofficial conduct* una tutela atta a sospendere ogni procedimento in pendenza del mandato è stato respinto, dapprima dalla Corte d'appello²¹⁵ e, poi, dalla Corte suprema²¹⁶, sul presupposto che «la sfera di azione protetta deve essere strettamente collegata con gli obiettivi che giustificano l'immunità», per il semplice fatto che «le immunità sono basate sulla natura della funzione espletata, e non sull'identità dell'attore che la

²¹¹ *Nixon v Fitzgerald*, cit., 750.

²¹² *Nixon v Fitzgerald*, cit., 751.

²¹³ *Nixon v Fitzgerald*, cit., 753.

²¹⁴ Cfr. L. TRIBE, *American Constitutional Law*, cit., 755.

²¹⁵ *Jones v Clinton*, 72 F.3d 135 (8th Cir. 1996).

²¹⁶ *Clinton v Jones*, 520 U.S. 681 (1997), trad. it. in *Giur. costit.*, 1998, 2590 ss. Su tale decisione, v., ora, A. SPERTI, *La responsabilità del Presidente della Repubblica*, cit., 177 ss.; ivi anche ulteriori riferimenti bibliografici.

svolge»²¹⁷.

Negato che l'esclusione dell'immunità, rendendo possibile un giudizio (civile) durante il mandato presidenziale, potesse tradursi in una violazione del principio di separazione dei poteri²¹⁸, la Corte ha avvertito come una soluzione di segno diverso avrebbe leso in maniera irrimediabile la controparte, giacché «il ritardare il processo avrebbe aumentato il rischio di pregiudizio risultante dal venir meno di prove, ivi inclusa l'incapacità di testimoni di ricordare specifici fatti o il possibile decesso di una parte»²¹⁹.

Restava, certo, l'effetto di distogliere, almeno potenzialmente, il Presidente dall'esercizio delle sue funzioni, argomento che tanto aveva pesato al fine di sancire l'improcedibilità temporanea relativamente agli atti funzionali²²⁰. La Corte suprema ha tuttavia operato un giudizio prognostico alla luce del quale, «se il passato ha una valenza di indicatore, sembra improbabile che un diluvio di tali controversie possano mai ingolfare la Presidenza»²²¹. E, comunque, «anche se qualche problema di agenda può insorgere, non c'è ragione per assumere che le corti distrettuali siano incapaci di venire incontro alle esigenze del Presidente o che non rispettino la tradizione [...] di tributare “il massimo rispetto alle responsabilità del Presidente”»: del resto, «vari Presidenti [...] hanno reso testimonianze senza per questo mettere a repentaglio la sicurezza nazionale»²²².

De jure condito, la Corte suprema ha, dunque, consentito di far valere la responsabilità civile del Presidente per atti extrafunzionali, con ciò riconoscendo una eccezione rispetto ai principi generali, affermati in relazione alla responsabilità civile per *official conduct* e suggeriti (o, quanto meno, da buona parte della dottrina inferiti) con riferimento alla responsabilità penale (per reati funzionali e, in via subordinata, per reati extrafunzionali).

La stessa Corte ha peraltro aperto prospettive *de jure condendo*, quando ha concluso che «se il Congresso in futuro riterrà opportuno concedere al Presidente una più forte protezione [*scil.*, in materia di responsabilità civile per atti extrafunzionali], potrà farlo con un appropriato provvedimento legislativo»: del resto, «il Congresso ha già adottato più di una legge che preveda il rinvio di giudizi in materia civile per conciliare rilevanti interessi pubblici», e la Costituzione non prevede «ostacoli ad una risposta legislativa a questi problemi»²²³.

²¹⁷ *Clinton v Jones*, cit., 694 s.

²¹⁸ Giacché la separazione dei poteri è preservata semplicemente prevenendo l'interferenza o l'estensione di uno dei poteri a spese di un altro: v. *Clinton v Jones*, cit., 697 ss.

²¹⁹ *Clinton v Jones*, cit., 707 s.

²²⁰ V. *supra*, par. precedente, in riferimento alla sentenza sul caso *Nixon v Fitzgerald*, cit.

²²¹ *Clinton v Jones*, cit., 702.

²²² *Clinton v Jones*, cit., 708.

²²³ *Clinton v Jones*, cit., 709.

3. Il Vicepresidente

Le considerazioni svolte con riferimento al Presidente possono essere estese, sebbene solo parzialmente, al Vicepresidente. Se è vero, infatti, che l'istituto dell'*impeachment*, proprio per la sua portata generale²²⁴, si applica ben al di là della suprema carica della Federazione, è altresì vero che quanto la dottrina ha ricavato, essenzialmente sulla base dell'articolo II, *sec.* 4, della Costituzione, non può essere automaticamente traslato dal Presidente al suo vice.

Ciò vale, principalmente, per quelle deduzioni che traggono il proprio fondamento sulla posizione costituzionale del Presidente. In quest'ottica, le problematiche connesse ai rapporti tra il procedimento penale ed il procedimento di *impeachment* sembrano acquistare sfumature diverse a seconda che il potenziale imputato sia il Presidente o il Vicepresidente: in effetti, la dottrina è orientata nel senso della procedibilità del giudizio penale a carico del Vicepresidente che eserciti ancora il suo mandato²²⁵. Due precedenti storici appaiono asseverare questa conclusione.

Il primo è quello del Vicepresidente Aaron Burr (1801-1805), imputato di omicidio per aver ucciso in duello (nel luglio 1804) Alexander Hamilton: nonostante la carica ricoperta, per Burr neppure venne evocata una qualche immunità dalla giurisdizione; si spiccò, anzi, in un primo momento addirittura un ordine di arresto, che non poté però essere eseguito per la sua temporanea fuga.

Il secondo caso riguarda il Vicepresidente Spiro T. Agnew (1968-1973), che venne accusato di corruzione ed evasione fiscale per atti commessi anteriormente all'assunzione dell'incarico. Il rifiuto, da parte del *Department of Justice*, di riconoscergli una forma di immunità derivante dall'esercizio del suo mandato portò Agnew ad accettare un patteggiamento ai termini del quale, tra l'altro, egli si impegnava a dimettersi dalla carica, ciò che avvenne il 10 ottobre 1973.

I due casi sembrano, in effetti, piuttosto indicativi nel senso di una netta distinzione tra Presidente e Vicepresidente.

Peraltro, è da ricordare che il Vicepresidente, in quanto tale, presiede il Senato. Ne discende che, allorché eserciti una siffatta funzione, deve vedersi riconosciuta la tutela che l'articolo I, *sec.* 6, *cl.* 1, della Costituzione sancisce là dove stabilisce che, «in ogni caso tranne che per tradimento, fellonia o violazione dell'ordine pubblico, [Senatori e Rappresentanti] saranno esenti da arresti durante la loro partecipazione alle sessioni delle rispettive camere e mentre vi si recano o ne fanno ritorno; e per qualsiasi discorso e dibattito in ciascuna camera, essi non potranno ricevere contestazioni in qualsiasi altro luogo».

Una siffatta tutela, peraltro, è, di fatto, limitata alle sole opinioni espresse (*Privilege of Speech or Debate*), giacché la protezione contro l'arresto è ritenuta ormai obsoleta, essendo stata interpretata nel senso di non coprire gli arresti disposti in relazione a procedimenti penali (al riguardo valendo

²²⁴ Sui soggetti nei confronti dei quali può essere intrapresa una procedura di *impeachment*, v. *supra*, nota 25.

²²⁵ Cfr., ad es., R.D. ROTUNDA – J.E. NOWAK, *Treatise on Constitutional Law*, cit., 724.

l'eccezione prevista nell'*incipit* della disposizione²²⁶), applicandosi solo a quelli – ancora configurabili quando la Costituzione federale venne redatta – conseguenti a procedimenti civili²²⁷.

Per quel che concerne, infine, la responsabilità civile, è evidente, stante quanto rilevato a proposito del Presidente, che essa sia pienamente configurabile per gli atti extrafunzionali. Difformemente a quanto stabilito dalla Corte suprema per il Presidente, è da ritenersi che il Vicepresidente sia astrattamente soggetto ad un giudizio di responsabilità civile per atti funzionali: la *ratio decidendi* della sentenza che ha escluso la responsabilità presidenziale²²⁸ non pare, infatti, estensibile al Vicepresidente, cui, di conseguenza, si applica il regime generale dei funzionari dell'esecutivo, secondo il quale gli assistenti del Presidente si vedono riconoscere una immunità dalla giurisdizione civile per gli atti posti in essere nell'esercizio delle loro funzioni, a meno che essi non abbiano cagionato la violazione di «diritti, posti da leggi o dalla Costituzione, chiaramente stabiliti [*clearly established right*], che una persona ragionevole avrebbe dovuto conoscere»²²⁹.

4. I Segretari di Stato

Quanto rilevato, da un lato, in ordine alla generalità della portata della previsione concernente il procedimento di *impeachment* e, dall'altro, relativamente alla assenza di particolari garanzie ulteriori per il Vicepresidente possono essere ribadite (con l'ovvia eccezione di quanto stabilito dall'articolo I, *sec.* 6, *cl.* 1, della Costituzione) per i Segretari di Stato. Da ciò l'opportunità di un rinvio, relativamente ai limiti della loro immunità, a quanto esposto in precedenza.

²²⁶ In tal senso, v. la decisione sul caso *Williamson v United States*, 207 U.S. 425 (1908).

²²⁷ Cfr. la sentenza sul caso *Long v Ansell*, 293 U.S. 76 (1934).

²²⁸ V. *supra*, par. 2.1.2. di questa parte.

²²⁹ *Harlow v Fitzgerald*, 457 U.S. 800 (1982), p. 818.