

Aldo Zanca

## Il caso Diciotti-Salvini

Dove si cerca di capire se l'azione di governo è del tutto libera nel fine e nei mezzi  
e se la decisione del Senato è esente da ogni sindacato di costituzionalità

I. Viene presentato al pubblico come un dato di fatto scontato che l'attività di governo sia del tutto libera in quanto esso deriva dall'espressione della volontà popolare. È vero, secondo la Costituzione, che la sovranità appartiene al popolo, ma è anche vero che esso la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione stessa. Ed è opportuno ricordare che il costituzionalismo moderno nasce e si sviluppa con l'esplicito e principale scopo di tenere a freno l'azione del potere esecutivo.

Dunque gli atti politico-governativi non sono affatto totalmente liberi nel fine e nemmeno a fortiori nei mezzi. Secondo la Corte costituzionale: «gli spazi della discrezionalità politica trovano i loro confini nei principi di natura giuridica posti dall'ordinamento, tanto a livello costituzionale quanto a livello legislativo; e quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto» (Corte costituzionale, sentenza 2 aprile 2012, n. 81). Il Tribunale dei Ministri aggiunge: «il dogma dell'intangibilità dell'atto politico è oggi presidiato da precisi contrappesi, caratterizzati dal “principio supremo di legalità”, dalla Carta costituzionale e dal rispetto dei diritti inviolabili in essa indicati, tra i quali spicca in primo luogo il diritto alla libertà personale. Segnatamente, a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, i cui artt. 24 e 113 sanciscono l'indefettibilità ed effettività della tutela giurisdizionale, non è giuridicamente tollerabile l'esistenza di una particolare categoria di atti dell'esecutivo in relazione ai quali il sindacato giurisdizionale a tutela dei diritti individuali possa essere limitato o addirittura escluso».

Il Tribunale dei Ministri stesso, nella richiesta di autorizzazione a procedere contro Salvini, precisa che l'atto politico, come tale discrezionale, «rimane tale fino a quando afferisce a questioni di carattere generale che non presentino un'immediata e diretta capacità lesiva nei confronti delle sfere soggettive individuali». In definitiva, detto sinteticamente, gli atti politici del governo, per i *limiti esplicitamente posti* dalla Costituzione e dalle leggi, non possono mai in nessun caso e per nessuna ragione andare ad incidere la sfera della dignità della persona.

Quindi, come dice la Relazione di minoranza De Falco «la sottrazione alla giurisdizione ordinaria costituisce una deroga che può essere considerata compatibile con i principi fondamentali dello Stato democratico di diritto, solo se il comportamento che integra la fattispecie di reato sia volto a tutelare un bene giuridico costituzionale preminente rispetto a quello compreso, *effettuando una comparazione secondo criteri di ragionevolezza, razionalità e proporzionalità*, per una durata temporale strettamente limitata all'indispensabile. [...] Sostenere che ogni interesse di natura pubblica sia di per ciò stesso preminente equivarrebbe ad ammettere l'uso di qualsiasi mezzo per conseguire qualunque finalità governativa, senza l'ancoraggio ad un parametro obiettivo di proporzionalità e quindi senza possibilità di controllo» (corsivo nostro).

Il principio della separazione dei poteri non può comportare l'irragionevole conclusione che i membri del Governo siano immuni dalla giurisdizione penale ogniqualvolta esercitino le proprie funzioni politiche, che invece devono sempre svolgersi nel quadro della legalità interna ed internazionale. Perciò desta stupore che il procuratore di Catania Zuccaro abbia chiesto al Tribunale dei ministri che l'accusa di sequestro di persona nei confronti di Salvini venga archiviata perché il trattenimento illegale sulla Diciotti è stato «giustificato dalla scelta politica, non sindacabile dal giudice penale per la separazione dei poteri, di chiedere in sede europea la distribuzione dei migranti in un caso in cui, secondo la convenzione Sar, sarebbe toccato a Malta indicare il porto sicuro», formulando una valutazione squisitamente politica (peraltro campata in aria) che spetta alla Camera di appartenenza dell'indagato.

Il Senato, dunque, dovrà articolare la sua valutazione rispondendo al seguente quesito: oltre a corrispondere a un interesse pubblico chiaramente individuato, la condotta del Ministro è stata anche adeguata e proporzionata alle finalità del caso o ha al contrario finito per ledere superiori interessi collegati ai principi fondamentali della Costituzione?

In caso di giudizio del Senato favorevole alla condotta di Salvini, allora il potere giudiziario potrebbe ulteriormente intervenire sulla vicenda, sollevando un conflitto di attribuzioni presso la Corte costituzionale e sostenendo che la deliberazione del Senato (che pure è definita dalla legge costituzionale come insindacabile) ha realizzato uno sviamento della legge costituzionale n.1 del 1989 dalle finalità sue proprie.

Si tratterebbe di svolgere una vera e propria interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 9 della detta legge, che escluda di ritenerla come un provvedimento che abbia instaurato una sorta di zona franca dell'ordinamento, cui il Parlamento possa ricorrere a copertura di atti ministeriali anche gravemente lesivi di diritti fondamentali della persona in nome di una poco definibile ragion di Stato. In assenza di indicazioni da parte della Costituzione, si può invocare l'art. 15 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo per definire i limiti di liceità dell'azione di governo.

Il sistema costituzionale di bilanciamento tra i poteri non potrebbe sopportare, nel caso dei reati ministeriali, che il Parlamento possa opporre al potere giudiziario un rifiuto del tutto sottratto al giudizio di legittimità della Corte costituzionale. Il potere del Parlamento si esercita sulla base di determinati presupposti, il cui rispetto non può essere sottratto al controllo della Corte costituzionale, a pena di uno sbilanciamento del sistema costituzionale di controlli e di bilanciamenti.

**II.** Non c'è dubbio che, nella discussione sul caso Diciotti, si è creata una certa confusione tra l'art. 68 e l'art. 96 della Costituzione, che si occupano ciascuno di situazioni solo apparentemente analoghe ma in effetti molto diverse. Il testo dell'art. 68, stabilito nel 1993, soppriime la richiesta di una previa autorizzazione della Camera di appartenenza per sottoporre i parlamentari a procedimento penale. L'autorizzazione resta dunque limitata alle ipotesi di perquisizione personale o domiciliare, di arresto o di altra misura privativa della libertà personale. Sono altresì soggetti ad autorizzazione le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni e il sequestro di corrispondenza. Si esclude però la necessità di richiedere l'autorizzazione qualora si tratti di dare esecuzione ad una sentenza irrevocabile di condanna o nel caso in cui il parlamentare sia colto nell'atto di commettere un delitto per il quale è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza. Chiarisce la Corte costituzionale: «L'art. 68 Cost. mira a porre a riparo il parlamentare da illegittime interferenze giudiziarie sull'esercizio del suo mandato rappresentativo; a proteggerlo, cioè, dal rischio che strumenti investigativi di particolare invasività o atti coercitivi delle sue libertà fondamentali possano essere impiegati con scopi persecutori, di condizionamento, o comunque estranei alle effettive esigenze della giurisdizione» (Corte costituzionale, sentenza 23 novembre 2007, n. 390). Dunque, l'art. 68 prevede la possibilità che il parlamentare sia *sottratto ad alcuni atti* del procedimento penale, che per il resto prosegue e si conclude senza ulteriori restrizioni, per garantire il sereno svolgimento delle funzioni di parlamentare. La Camera interessata è chiamata a discutere non tanto della fondatezza o meno dell'accusa ma dell'esistenza o meno nell'azione giudiziaria di un *fumus persecutionis*, ovvero di elementi in grado di mostrare che essa è artatamente condotta per colpire il parlamentare.

L'art. 96 riguarda esclusivamente i reati commessi dai membri del governo, Presidente del consiglio e Ministri. In questo caso la Camera interessata dovrà formulare un vero e proprio giudizio di merito, squisitamente politico, sull'operato del Ministro, soffermandosi non tanto sulla qualificazione della condotta del Ministro in quanto reato (cosa già fatta dal Tribunale dei Ministri nell'atto di richiesta di autorizzazione a procedere), ma dovrà invece indagare i presupposti che l'hanno ispirata, secondo un procedimento logico simile a quello che si sviluppa per la valutazione delle cause di giustificazione, quando si tratta di applicare l'art. 51 c.p., che recita al primo comma: «L'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica autorità, esclude la punibilità». Si tratta di una norma speciale permissiva che, ordinando l'esercizio di un

diritto o l'adempimento di un dovere, comporta il sacrificio di un diverso interesse penalmente tutelato, autorizza quindi il compimento di fatti specifici e implica la disapplicazione della norma penale incriminante.

Alla luce di quel che precede, appare chiaro che quando, secondo l'art. 9 della legge costituzionale n. 1 del 1989 («L'assemblea [...] può, a maggioranza assoluta dei suoi componenti, negare l'autorizzazione a procedere ove reputi, con valutazione insindacabile, che l'inquisito abbia agito per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di Governo»), una Camera intende negare l'autorizzazione a procedere, il diniego deve essere sostenuto da un ragionamento articolato con fondate argomentazioni. L'insindacabilità è legittima e giustificata solo se sia adeguatamente motivata e si sia giunti alla decisione finale solo tramite un itinerario logico retto da argomentazioni coerenti nel loro insieme.

Nel caso dell'art. 96 non sembra trattarsi di immunità, ma di applicazione di una vera e propria "garanzia funzionale", di un caso in cui è riconosciuto al Parlamento di anteporre una sua valutazione di "interesse superiore" a quella dell'autorità giudiziaria, come ha osservato Valerio Onida sul *Corriere della sera* dell'8 febbraio 2019: «Qui è affidata in esclusiva alla assemblea parlamentare una valutazione per cui, anche se il fatto in sé costituisca reato, essa ritenga l'agire del ministro giustificato dalla prevalenza dell'interesse pubblico, e quindi lo sottragga alle normali conseguenze processuali e sanzionatorie». Non si tratta di sottrarre il Ministro alla giustizia ma che il procedimento si interrompa per effetto di una preminente valutazione politica del Parlamento. Il Parlamento è chiamato ad effettuare un'operazione di bilanciamento tra due interessi confliggenti.

Come suggerisce Onida, si può fare agevole riferimento per analogia all'art. 17 della legge n. 124 del 2007, dove si legge: «1. Fermo quanto disposto dall'articolo 51 del codice penale, non è punibile il personale dei servizi di informazione per la sicurezza che ponga in essere condotte previste dalla legge come reato, legittimamente autorizzate di volta in volta in quanto indispensabili alle finalità istituzionali di tali servizi. 2. La speciale causa di giustificazione di cui al comma 1 non si applica se la condotta prevista dalla legge come reato configura delitti diretti a mettere in pericolo o a ledere la vita, l'integrità fisica, la personalità individuale, la libertà personale, la libertà morale, la salute o l'incolumità di una o più persone». Così, per esempio, si esclude che possa giustificarsi l'omicidio o la tortura. Ancora: «6. La speciale causa di giustificazione si applica quando le condotte:

[...]

b) sono indispensabili e proporzionate al conseguimento degli obiettivi dell'operazione non altrimenti perseguibili;

c) sono frutto di una obiettiva e compiuta comparazione degli interessi pubblici e privati coinvolti;

d) sono effettuate in modo tale da comportare il minor danno possibile per gli interessi lesi».

È chiaro che la valutazione del Parlamento della condotta del Ministro che abbia compiuto reati deve essere informata agli stessi criteri di comparazione di interessi e di proporzionalità qui indicati. Che il potere legislativo sia esentato dal motivare i propri provvedimenti non vale in questa circostanza, in cui esso svolge di fatto un'attività giudiziaria, nella misura in cui è come se pronunziasse una sentenza di non luogo a procedere, motivata con argomentazioni politiche piuttosto che giuridiche. «La valutazione del Parlamento potrà certamente essere "politica" ma non per questo potrà essere irragionevole e immotivata. È una discrezionalità che non è così ristretta come quella del giudice che deve applicare la pena, ma non è neppure senza limiti, come invece è quando il Parlamento opera scelte puramente politiche e perciò assolutamente libere» (Relazione a firma Grasso).

**III.** La relazione di maggioranza, predisposta dalla Giunta del Senato per le autorizzazioni a procedere, si dilunga per buoni due terzi su aspetti che non hanno attinenza diretta con la questione specifica posta all'attenzione, nel senso che non servono ad escludere o mitigare la responsabilità di Sal-

vini. Gli argomenti pertinenti riguardano, da un lato, il tentativo di “alleggerimento” della gravità del reato commesso da Salvini, da un altro lato, l'esclusione di applicabilità al caso dell'art. 51 c.p. (la Relazione, in realtà, viene smontata pezzo per pezzo con dovizia di stringenti argomentazioni dalle due Relazioni di minoranza a firma De Falco e Grasso, quindi noi qui ci limitiamo ad alcune considerazioni).

Sul primo argomento la Relazione così si esprime: «La configurazione di ministerialità di un reato si arresta quindi alle soglie della lesione irreversibile di diritti fondamentali, essendo talmente grave l'ipotetica lesione – palesemente *contra constitutionem* – di tali diritti, da alterare la natura precipua del reato e da sottrarlo conseguentemente dall'area della connessione funzionale e della ministerialità». Ciò equivale ad affermare che al di sotto di questa soglia esiste una sorta di liceità da parte di un Ministro di compiere reati. Infatti, continua la Relazione, «nel caso di specie nessuna lesione irreversibile può configurarsi rispetto a diritti fondamentali. È indubbio che gli immigrati in questione siano dovuti rimanere, a causa della mancata autorizzazione allo sbarco, per cinque giorni in più a bordo della nave “Diciotti”. Tuttavia, tale nave poteva considerarsi luogo sicuro essendo ancorata in porto ed essendo costantemente assistita da medici e rifornita dei generi di prima necessità occorrenti. Va inoltre menzionato il fatto che gli immigrati in precarie situazioni fisiche e i minori non accompagnati erano già stati fatti sbarcare. In altri termini, non sono noti specifici danni subiti dagli immigrati a causa di tale attesa a bordo della nave, considerata la predetta costante assistenza loro riservata a bordo».

Dunque il divieto di sbarco imposto da Salvini avrebbe arrecato ai migranti forse qualche disagio ma non certamente danni propriamente detti, tali comunque da configurare reati gravi. (È ovvio che per la Relazione il reato di sequestro di persona aggravato non è un reato grave.) Così sul punto la Relazione può concludere che è «escluso dunque che i diritti compressi nel caso di specie possano annoverarsi tra i diritti fondamentali per così dire “incomprimibili” – quali la vita o la salute». Qui la Relazione si arroga la facoltà di stabilire quali diritti siano fondamentali e quali no, fra i quali ultimi annovera la libertà personale.

Al contrario si esprimevano i giudici del Tribunale dei ministri: «Non vi è dubbio, invero, che la protratta permanenza dei migranti per cinque giorni a bordo di una nave ormeggiata sotto il sole in piena estate dopo aver già affrontato un estenuante viaggio durato numerosi giorni, la necessità di dormire sul ponte della nave, le condizioni di salute precarie di numerosi migranti, la presenza a bordo di donne e bambini, costituiscono circostanze che manifestano le condizioni di assoluto disagio psico-fisico sofferte dai migranti a causa di una situazione di “costrizione” a bordo non voluta e subita, sì da potersi qualificare come “apprezzabile” e, dunque, penalmente rilevante, l'arco temporale di privazione della libertà personale sofferto». Come a dire che forse potrebbero rilevarsi anche altri reati connessi a quello contestato.

Il Tribunale dei ministri esclude che, nell'ambito delle circostanze date, il reato contestato possa in qualche modo essere mitigato nella sua gravità e opportunamente richiama la sentenza n. 105 del 2001 della Corte Costituzionale, dove ha rilevato che «per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia dell'immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi problemi di sicurezza e ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati, non può risultare minimamente scalfito il carattere universale della *libertà personale che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili*, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani» (corsivo nostro). Principio, questo, che vale anche nei confronti degli immigrati irregolari, ai quali la Costituzione riconosce i diritti inviolabili su cui si fonda la dignità umana e la tutela della persona.

L'argomento dell'applicabilità dell'art. 51 c.p. è sviluppato nella Relazione in maniera sottile e costituisce il pezzo forte per tentare di dimostrare l'incompetenza della magistratura sul caso. Dice la Relazione: «L'accertamento della presenza o meno di una scriminante è [...] demandato all'esclusiva competenza dell'autorità giudiziaria [...]. L'ambito della scriminante di cui all'articolo 51 del codice penale è quindi palesemente diverso rispetto a quello dell'esimente di cui al comma 3 dell'articolo 9 della legge costituzionale n. 1 del 1989, su cui si fonda la procedura che il Senato è chiamato ad applicare nel



caso di specie». Qui il discorso diventa tortuoso e contraddittorio. Prosegue infatti la Relazione: «Essendo diversa la *ratio* delle due fattispecie prima richiamate, risulta del tutto differente il criterio valutativo adottabile in ordine alle stesse. [...] In particolare, nel caso di esimente di cui all'articolo 9 della legge costituzionale n. 1 del 1989, *la valutazione può prescindere dalla stretta necessità tra l'atto e la funzione governativa*, nel senso che il Ministro è scriminato anche se l'interesse pubblico governativo poteva essere parimenti realizzato con un comportamento diverso» (corsivo nostro).

Tralasciando altre obiezioni, come quella, già segnalata, che l'atto incriminato non è politico bensì amministrativo, la Relazione azzarda l'affermazione del principio che l'azione governativa è non solo totalmente libera nel fine ma anche nei mezzi, per cui non necessita di alcun bilanciamento di interessi e di proporzionalità ed è comunque autorizzata a commettere reati, purché non troppo gravi. Ammesso che «l'interesse pubblico perseguito consisteva anche nel tentativo di dare una regolamentazione più rigorosa e corretta alla gestione dei flussi migratori, al duplice scopo di disincentivare il traffico degli immigrati e i conseguenti naufragi, oltre che delimitare il numero di accessi irregolari clandestini sul territorio nazionale», è incomprensibile e irrazionale il nesso funzionale tra tale scopo e il trattamento a bordo dei migranti, che, bisogna ricordare, si trovavano già su territorio italiano in quanto su una nave militare italiana.

Ecco il punto debole su cui si fonda la Relazione di maggioranza: in essa è del tutto assente proprio la comparazione tra beni pubblici e, quindi, l'individuazione di dell'interesse pubblico prevalente cui sacrificare il diritto della persona. Secondo la Relazione a firma Grasso, «affinché il Senato possa *legittimamente rigettare la richiesta di autorizzazione a procedere*, si deve ritenere che l'interesse pubblico che il Ministro intende difendere sussista effettivamente in concreto e sia preminente rispetto al bene protetto dalla norma» (corsivo nostro). Approvare la Relazione di maggioranza instaura il rischio di fornire in futuro una giustificazione a qualunque crimine in nome di un fine politico (e forse è ciò che si augurava il senatore Gasparri quando ha affermato che la Relazione avrebbe fatto giurisprudenza).

Con una schiacciante maggioranza il 20 marzo scorso il Senato ha respinto la richiesta di autorizzazione e procedere a carico di Salvini. Il fatto, ha scritto Luigi Ferrajoli sul *Manifesto* dello stesso giorno, «è l'affermazione dell'insindacabilità della politica e del potere di governo come potere assoluto, e perciò l'archiviazione del sistema di limiti, di vincoli e di controlli di legalità nel quale risiedono la Costituzione e il costituzionalismo».

**IV.** Può una situazione considerata eccezionale, a torto o a ragione, giustificare, fino all'immunità, una lesione anche grave dei diritti umani da parte di un membro del governo? Spesso i casi estremi contribuiscono a gettare una luce di chiarezza, sia pure per analogia, sui casi ordinari. La comunità internazionale degli Stati democratici dovrebbe definire e rispettare certi standard minimi di rispetto dei diritti umani, oltre i quali non dovrebbe essere ammesso andare per nessuna ragione e in nessuna circostanza. C'è l'esempio positivo della Legge fondamentale tedesca che prevede in modo esplicito, dedicandovi undici articoli (dal 115a al 115j), una situazione d'eccezione qualificata come "stato di difesa", durante il quale vengono meno alcuni diritti e libertà, ma del quale viene specificata con grande chiarezza la legalità, definendo quali sono i livelli delle garanzie che sono state ridotte. Anche la Costituzione francese (art. 16) e la Costituzione spagnola (art. 116) cercano di prevedere dettagliatamente quali sono le situazioni che possono generare "patologie politiche" e regolamentarle, in modo da stabilire un livello inferiore di garanzie ma certo e da non lasciare agli interpreti, come potrebbe avvenire in Italia, il compito di decidere fin dove si possono spingere i poteri dell'esecutivo e possono essere comprese le libertà dei cittadini.

Si può citare la posizione di Aharon Barak, presidente della Corte Suprema dello Stato di Israele, di un giudice cui tocca svolgere la sua delicatissima funzione in una situazione emblematica per il ragionamento che si sta facendo, una situazione in cui uno Stato che, per reagire agli attentati terroristici, rende precarie le garanzie costituzionali:

Noi, quali giudici delle moderne democrazie, siamo responsabili di tutelare la democrazia sia dal terrorismo *sia dai mezzi che lo Stato vuole usare per combatterlo* [corsivo nostro]. Naturalmente, la vita di tutti i giorni mette costantemente alla prova la capacità dei giudici di tutelare la democrazia, ma i giudici affrontano la loro massima prova in situazioni di guerra e terrorismo. È certamente vero che la tutela dei diritti umani è un dovere, naturalmente più arduo in periodi di guerra e di terrorismo, che in periodi di pace e di sicurezza; ma se non riusciamo – se non siamo all'altezza del nostro ruolo – in tempi di guerra e di terrorismo, non saremmo all'altezza neppure in tempi di pace e di sicurezza. È un'utopia pensare che si possa mantenere una netta distinzione tra la protezione dei diritti umani in periodi di guerra e in periodi di pace. È un *autoinganno* ritenere che una sentenza sia valida soltanto durante il periodo di guerra e che le cose cambieranno in tempo di pace. [...] Devo prendere sul serio i diritti umani sia in tempo di guerra che di pace. Non devo cadere nell'errore di credere che, alla fine del conflitto, si potrà riportare indietro l'orologio.

Si può, infine, ricordare quello che successe nel 2004 al vice-capo della polizia di Francoforte Daschner. Il figlioletto di un banchiere era stato rapito a scopo di estorsione. Una volta catturato, il rapitore si rifiutava di rivelare il nascondiglio del bambino. Daschner autorizzò allora un commissario a minacciare il pestaggio. Il sequestratore parlò, ma il bambino era già stato ucciso immediatamente dopo il sequestro. Anche se la tortura fu soltanto minacciata, Daschner e il commissario andarono sotto processo e furono condannati anche se solo ad un'ammenda grazie alle “massicce circostanze attenuanti”.