

PROCEDURA AMMINISTRATIVA, FUNZIONI DI GOVERNO E LIBERTÀ FONDAMENTALI NELLA “VICENDA DICIOTTI” (*)

di Maria Cristina Cavallaro

SOMMARIO: 1. Breve ricostruzione dei fatti – 2. Atto politico e procedura amministrativa – 3. Funzioni di governo, reati ministeriali e tutela della libertà fondamentali – 4. Considerazioni conclusive.

1. Breve ricostruzione dei fatti.

I profili di interesse connessi alla “vicenda Diciotti” sono innumerevoli e spaziano da questioni più *stricto sensu* giuridiche, legate all’interpretazione della fattispecie e alla sua riconduzione all’interno delle categorie del diritto, a riflessioni di carattere generale sul significato dell’accoglienza e dell’integrazione dei migranti, sino ad arrivare a valutazioni sicuramente più impegnative e cariche di ricadute teoriche, che riguardano la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali e i principi dello stato di diritto¹.

Non potendo affrontare tutti i temi sommariamente richiamati, può essere utile svolgere alcune considerazioni inerenti alla disciplina amministrativa della procedura di individuazione del *place of safety* (da cui origina l’acronimo *p.o.s.*)² da parte del Dipartimento delle libertà civili e dell’immigrazione, che afferisce al Ministero

(*) Relazione svolta al seminario interdisciplinare su *Tutela dei migranti e libertà fondamentali. Lo Stato di diritto e la “vicenda Diciotti”*, Dipartimento di Giurisprudenza, Palermo, 29 marzo 2019.

¹ Basti pensare che si è ipotizzata, nel caso in esame, una sorta di “rottura dell’ordine costituzionale”: L. FERRAJOLI, *Politiche contro i migranti in violazione dei diritti umani*, in questionegiustizia.it, secondo il quale «l’esibizione dell’illegalità e della disumanità equivale a deprimere la moralità corrente e ad alterare, nel senso comune, le basi del nostro Stato di diritto: non più la soggezione alla legge e alla Costituzione, ma il consenso elettorale quale fonte di legittimazione di qualunque arbitrio, persino se delittuoso».

² Con la Convenzione internazionale sulla ricerca e il salvataggio marittimo (c.d. Convenzione SAR) del 1979, gli Stati si sono impegnati a riconoscere delle zone di mare (c.d. zone SAR) all’interno delle quali sono tenuti a garantire, in caso di salvataggio di naufraghi, un “posto sicuro” per permettere l’attracco dei soccorritori e consentire tutte le operazioni di sbarco, di identificazione e soccorso: sul punto S. BERNARDI, [I \(possibili\) profili penalistici delle attività di ricerca e soccorso in mare](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2018, p. 134 ss.

dell'interno, su richiesta della Centrale operativa della Capitaneria di porto (*IMRCC*)³, al fine di considerare in che misura, nel caso che ci occupa, siano ravvisabili funzioni amministrative e/o funzioni di governo; per poi valutare la sussistenza del nesso di funzionalità tra la condotta, penalmente rilevante, imputata al Ministro e l'attività da questi concretamente svolta, nonché la compatibilità tra la natura ministeriale del reato di sequestro di persona (e l'asserita sussistenza di "un interesse pubblico preminente") con la tutela delle libertà fondamentali.

I fatti sono abbastanza noti.

Ricevuta la notizia dell'avvistamento di un barcone carico di migranti, nella notte del 14 agosto 2018, l'*IMRCC* allertava il Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione, di una possibile richiesta di *p.o.s.*, nella consapevolezza che il barcone si trovava comunque in acque *s.a.r.* maltesi. Giunto in prossimità dell'isola di Lampedusa nelle prime ore del mattino del 16 agosto, il barcone veniva avvicinato da due motovedette della Guardia costiera italiana e veniva effettuato il trasbordo dei 190 naufraghi sulla nave della Guardia costiera italiana "U. Diciotti". Non ricevendo ulteriori comunicazioni, la nave Diciotti è rimasta al largo di Lampedusa per circa due giorni, giacché tra le autorità italiane e maltesi non si raggiungeva l'accordo circa la competenza allo svolgimento delle procedure di sbarco dei naufraghi.

Solo nella tarda serata del 19 agosto l'*IMRCC* ordinava al comandante della Diciotti di dirigersi verso le coste di Pozzallo, dove la nave giungeva dopo un'intera notte di navigazione. Dal pomeriggio del 20 agosto sino al pomeriggio del 25 agosto la nave è poi rimasta attraccata al porto di Catania, dove era stata indirizzata dall'*IMRCC*, senza tuttavia ricevere l'autorizzazione a «calare la passerella e lo scalandrone». Siffatta autorizzazione è giunta infine poco dopo la mezzanotte del 26 agosto, con conseguente sbarco dei naufraghi rimasti a bordo⁴ e il loro successivo trasferimento presso l'*hotspot* di Messina.

Rispetto ai fatti così descritti, esclusa ogni responsabilità penale per tutto quanto è accaduto sino al 20 agosto, poiché la nave non si trovava in acque italiane, a partire dal 20 agosto, e sino al 25 agosto, viene contestata al Ministro dell'interno una condotta qualificabile in termini di sequestro di persona aggravato, di cui all'art. 605, commi 1 e 2, c.p., dei 177 naufraghi a bordo della Diciotti, per non avere autorizzato lo sbarco non appena la nave aveva attraccato presso il porto di Catania. Più precisamente, il Pubblico Ministero di Agrigento, giunta la nave a Lampedusa, aveva formulato il capo di imputazione e trasmesso gli atti al Tribunale di Ministri di Palermo; quest'ultimo, ritenuto che il reato eventualmente potesse essere contestato a partire dal 20 agosto, ha a sua volta trasmesso gli atti al Tribunale dei Ministri di Catania.

³ Alla Centrale operativa del comando generale della Capitaneria di porto – Guardia costiera sono attribuite dal d.P.R. 28 settembre 1994, n. 662, attuativo della Convenzione SAR, le funzioni di *IMRCC*, *Italian Maritime Rescue Coordination Centre*.

⁴ Sia in prossimità di Lampedusa, sia in prossimità di Catania, il comandante della "Diciotti" aveva attivato la procedura sanitari "MEDEVAC" per consentire lo sbarco di tredici e poi altri sei migranti che versavano in precarie condizioni di salute.

Il Tribunale dei Ministri di Catania, nella Relazione depositata il 7 dicembre 2018, ha valutato positivamente l'ipotesi del delitto di sequestro di persona, realizzato dal Ministro dell'interno nell'esercizio delle funzioni connesse allo svolgimento dell'*iter* procedurale finalizzato al rilascio del *place of safety*. Pertanto, ritenendo plausibile la natura ministeriale del reato ipotizzato, ha attivato la richiesta di autorizzazione a procedere rivolta, ai sensi dell'art. 96 Cost., nonché dell'art. 5 della l. cost. 16 gennaio 1989, n. 1, alla Camera di appartenenza del Ministro, che nella specie è il Senato della Repubblica.

Nella seduta del 20 marzo 2019, il Senato ha negato l'autorizzazione a procedere, facendo proprie le conclusioni della Relazione della Giunta delle Elezioni e delle Immunità Parlamentari, che ha proposto «il diniego della richiesta di autorizzazione a procedere, attesa la sussistenza nel caso di specie dell'esimente del perseguimento del preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di Governo di cui all'articolo 9, comma 3, della legge costituzionale n. 1 del 1989»⁵.

2. Atto politico e procedura amministrativa.

La prima delle questioni di interesse su cui appare utile soffermare l'attenzione riguarda la qualificazione giuridica dell'atto di rilascio del *p.o.s.*: se lo stesso cioè sia ascrivibile alla generale categoria degli atti amministrativi o se invece sia da ricondurre al più complesso ambito degli atti politici.

La questione così impostata origina dalla ricostruzione svolta dal Tribunale dei Ministri di Catania, secondo cui, al fine di dimostrare la piena sindacabilità del *diniego di p.o.s.*, la cui competenza, sempre nella ricostruzione del Tribunale, sarebbe spettata al Ministro, la condotta criminosa ascritta al Ministro *non* deve essere ricondotta alla categoria di "atto politico". Il Tribunale, cioè, ha escluso la natura politica dell'atto *omesso* dal Ministro, per affermarne la piena sindacabilità in sede giudiziaria.

Sul punto deve ravvisarsi una prima incongruenza nel percorso argomentativo appena riferito.

La denunciata contraddizione risiede nel fatto che, in linea di principio, il Ministro pone in essere atti politici: tant'è che lo stesso Tribunale, pur provando a negare la natura politica dell'atto (o meglio del *non atto*), ammette poi che lo stesso sia stato dettato da ragioni (o moventi) politici, ipotizzando una categoria, quella degli atti amministrativi dettati da moventi politici, che in realtà non è nota alla giurisprudenza amministrativa. La quale, invece, ha avuto un ruolo determinante nella qualificazione dell'*atto politico*, distinguendolo, semmai, dall'*atto di alta amministrazione*.

In merito alla nozione di atto politico, deve osservarsi che si tratta di una tipologia di atti che, sia pure in parte, costituisce espressione di quell'indirizzo politico, la cui salvaguardia è affidata al Presidente del Consiglio, al quale è attribuito anche il compito di mantenerne l'unità, attraverso il potere di dirigere e coordinare l'attività dei

⁵ Relazione della Giunta delle Elezioni e delle Immunità Parlamentari, rel. Gasparri.

Ministri (art. 95 Cost.). Viceversa, gli atti amministrativi in senso stretto rientrano nella competenza dei dirigenti, alla stregua di un generale principio di separazione (o di distinzione) tra politica e amministrazione, in ragione del quale l'art. 4 comma 2 del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, stabilisce che i dirigenti adottano gli atti «che impegnano l'amministrazione verso l'esterno». Ciò non toglie che in alcuni casi gli organi di vertice politico possano adottare atti di natura amministrativa, quali gli atti di amministrazione generale (pianificazione o programmazione), ovvero gli atti di nomina o revoca dei direttori generali, la cui competenza è tuttavia specificamente attribuita⁶.

Nel caso che ci occupa, non pare che l'atto di rilascio del *p.o.s.* possa ascrivere alla competenza del Ministro. Nella stessa richiesta di autorizzazione a procedere, si legge che presso il Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione *si attendeva il nullaosta del Ministro per il rilascio del p.o.s.*: come se, per espressa ammissione dei soggetti interessati, la competenza fosse spettata al Dirigente del Dipartimento, mentre il Ministro avrebbe dovuto rilasciare un ipotetico nullaosta. Circostanza, questa, che per la verità appare ancora più improbabile, dal momento che o il Ministro ha la competenza all'adozione dell'atto, ovvero non può ritenersi competente all'adozione di un atto meramente endoprocedimentale rispetto al provvedimento finale, di competenza del Dirigente: del tutto inverosimile sarebbe infatti la possibilità che il Ministro assuma il ruolo di responsabile dell'istruttoria procedimentale!

Assumendo come corretta l'impostazione suggerita, ne deriva che la responsabilità al rilascio del *p.o.s.* deve ritenersi espressione di una competenza del Dirigente di vertice del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione, al quale pertanto si sarebbe dovuta direttamente ascrivere la condotta criminosa imputata al Ministro; mentre su quest'ultimo si sarebbe potuta profilare una responsabilità a titolo concorsuale nelle fattispecie individuate dal rappresentante dell'accusa.

Diversa opzione argomentativa si avrebbe nel caso in cui si accertasse la competenza specifica del Ministro al rilascio del *p.o.s.*: ma in tal caso non rileva la qualificazione dell'atto medesimo in termini di atto politico o di atto amministrativo, giacché si tratterebbe comunque di un atto pienamente sindacabile, in quanto idoneo a incidere significativamente sulle posizioni giuridiche dei destinatari.

Va qui precisato che, nel solco di una lunga tradizione giuridica, che risale all'art. 31 del regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054 (testo unico sul Consiglio di Stato) e che oggi ha trovato conferma all'art. 7 del codice del processo amministrativo, gli atti emanati nell'esercizio del potere politico sarebbero istituzionalmente e per natura sottratti ad ogni sindacato giurisdizionale⁷. L'origine di tale insindacabilità si ritiene

⁶ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione: tra «atti politici» e «atti di alta amministrazione»*, in A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito, (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010, p. 330.

⁷ L'art. 7 comma 1 c.p.a. prevede espressamente: «non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico».

legata al principio della separazione dei poteri, che avrebbe dovuto limitare ogni ingerenza del potere giudiziario nei confronti degli atti di governo⁸.

Nel tempo, tuttavia, la giurisprudenza amministrativa ha contribuito a delimitare la categoria in esame, chiarendo che l'atto politico si qualifica come atto *libero nei fini* ed è «connotato da due elementi, uno soggettivo (dovendo provenire da organo preposto all'indirizzo e alla direzione al massimo livello della cosa pubblica) e l'altro oggettivo (dovendo riguardare la costituzione, la salvaguardia e il funzionamento dei pubblici poteri nella loro organica struttura e nella loro coordinata applicazione)»⁹.

L'intento, più o meno esplicito, della giurisprudenza amministrativa è quello di ammettere l'insindacabilità dell'atto politico solo nel caso in cui lo stesso, per la genericità dei suoi contenuti e per la finalità di cura e selezione di un interesse pubblico astrattamente considerato, sia inidoneo a ledere le situazioni soggettive degli interessati: ammettendo, per questa via, il sindacato giurisdizionale sull'atto politico tutte le volte in cui si riscontri la lesione specifica di una situazione giuridica soggettiva¹⁰. Con l'evidente considerazione che in tal caso la sindacabilità dell'atto è intrinsecamente legata alla riconosciuta sussistenza di una legittimazione processuale all'impugnazione dello stesso¹¹. L'effetto così assicurato è quello di salvaguardare la legittimità costituzionale dell'antico art. 31 T.U. Cons. Stato e dell'odierno art. 7 c.p.a., consentendo l'impugnazione e il sindacato dell'atto politico tutte le volte in cui, nel pieno rispetto dell'art. 113 Cost., sia necessario assicurare la tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi contro gli atti del pubblico potere.

Nel dibattito si collocano anche due significative pronunce della Corte costituzionale, che confermano i termini della questione appena posti: da un lato,

⁸ Anche se, si è osservato, che la stessa insindacabilità appariva più coerente con l'assetto dei poteri dello Stato liberale, nel quale anche la legge, in quanto espressione della sovranità popolare, era sottratta a ogni forma di sindacato. Le distorsioni dell'asserita insindacabilità degli atti di governo avute nel vigore del regime fascista hanno indotto parte della dottrina a ritenere incostituzionale, per violazione dell'art. 113 Cost., la previsione dell'art. 31 t.u. Cons. Stato e oggi confluite nell'art. 7 nel codice del processo amministrativo: su tali vicende cfr. G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Dir. Amm.*, 2012, 329, anche per la bibliografia riportata.

⁹ Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1397.

¹⁰ Osserva G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, cit., che, proprio per le ragioni riferite, «la giurisprudenza ha già da tempo escluso la "politicalità" di un atto nei seguenti casi: la nomina ad avvocato generale dello Stato di persona estranea all'amministrazione; le deliberazioni della Cassa per il Mezzogiorno di diniego di concessione di contributi sugli interessi per finanziamenti industriali; lo scioglimento di associazioni politiche e la confisca dei loro beni; gli atti della Commissione statale di controllo sulle Regioni; la nomina dei membri del CNEL; il provvedimento col quale un ufficiale dei carabinieri in servizio presso il Sismi è stato restituito all'amministrazione di appartenenza; lo scioglimento dei consigli comunali e la rimozione del sindaco».

¹¹ Cfr. A. ROMANO TASSONE, «Atto politico» e interesse pubblico, in A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito, (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, cit., che svolge la considerazione simmetrica, secondo cui «sembra possibile che questa tendenza alla rivalutazione delle ragioni politiche che possono essere poste a base della decisione del governo si estrinsechi, sotto il profilo della non impugnabilità della decisione stessa, nella contrazione dell'area della legittimazione attiva al ricorso, anziché nell'espansione degli atti non sindacabili», p. 318.

infatti, il giudice delle leggi ha affermato la natura politica (e conseguente insindacabilità) della decisione con la quale il Governo ha rifiutato l'avvio delle trattative per la stipula di un'intesa, ai sensi dell'art. 8 Cost., con l'Unione degli atei e agnostici razionalisti (UAAR), precisando tuttavia che la «valutazione riservata al Governo è strettamente riferita e confinata (...) alla decisione se avviare le trattative in parola», sicché «l'atto di diniego di cui si ragiona non può produrre, nell'ordinamento giuridico, effetti ulteriori rispetto a quelli cui è preordinato», nel senso che «non determina ulteriori conseguenze negative, diverse dal mancato avvio del negoziato, sulla sfera giuridica dell'associazione richiedente, in virtù dei principi espressi agli artt. 3, 8, 19 e 20 Cost.»¹². Mentre, in altra pronuncia la Corte si è occupata della vicenda relativa alla nomina degli assessori della Giunta regionale della Campania, in violazione dei vincoli statutari scaturenti dalla disciplina sulla parità di genere¹³, affermando in tal caso la piena sindacabilità dell'atto di nomina: «quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto. Nella misura in cui l'ambito di estensione del potere discrezionale, anche quello amplissimo che connota un'azione di governo, è circoscritto da vincoli posti da norme giuridiche che ne segnano i confini o ne indirizzano l'esercizio, il rispetto di tali vincoli costituisce un requisito di legittimità e di validità dell'atto, sindacabile nelle sedi appropriate»¹⁴.

In un orizzonte più ampio, il monito della Corte costituzionale deve essere interpretato nel senso che, pur dovendosi riconoscere che l'attività di governo, in quanto essenzialmente politica, sia libera nel fine, nondimeno la stessa deve svolgersi all'interno del quadro costituzionale e di diritto positivo, rimanendo soggetta al principio di legalità soprattutto nell'ipotesi in cui incrocia i diritti e le libertà fondamentali.

Sulla questione si avrà modo di ritornare. Qui preme sottolineare che, anche ad ammettere che nella specie il Ministro fosse competente all'adozione dell'atto di rilascio del *p.o.s.* e che lo stesso dovesse considerarsi espressione delle funzioni di governo e dunque espressione di una attività *lato sensu* politica, non necessariamente, da tale considerazione, sarebbe discesa l'insindacabilità dell'atto medesimo. Ma, soprattutto, la qualificazione di un atto come politico (ovvero di un atto amministrativo dettato da moventi politici, secondo la ricostruzione offerta dal Tribunale), non necessariamente è idonea a ritenere sussistente il nesso di funzionalità necessario ai fini della qualificazione di una data condotta come reato ministeriale¹⁵.

¹² Corte cost., 10 marzo 2016, n. 52.

¹³ In particolare, l'art. 46, comma 3, dello Statuto della Regione Campania, prevede che «Il Presidente della Giunta regionale (...) nomina, nel pieno rispetto del principio di una equilibrata presenza di donne ed uomini, i componenti la Giunta».

¹⁴ Corte cost. 5 aprile 2012, n. 81, su cui si veda F. BLANDO, *Fine dell'atto politico?*, in *Nuove aut.*, 2015, 81, che coglie, nell'arretramento (o avanzamento) dell'insindacabilità dell'atto politico, un elemento per valutare nel complesso i rapporti tra potere politico e potere giudiziario.

¹⁵ In generale, sui requisiti per la qualificazione di un reato ministeriale e, dunque, sul relativo nesso di funzionalità, v. A. CIANCIO, *Art. 96*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, vol. II, Torino 2006, p. 1869.

3. Funzioni di governo, reati ministeriali e tutela della libertà fondamentali.

Nondimeno, il Tribunale dei Ministri ha ritenuto sussistente il predetto nesso di funzionalità. E, così impostata, la questione assume una rilevanza ancora più significativa con riguardo alla circostanza che, nel caso di specie, la condotta criminosa imputata al Ministro, nell'esercizio delle sue funzioni di governo, è quella del *sequestro di persona*: sembra cioè necessario soffermare l'attenzione sull'ammissibilità teorica (ma non solo) della natura ministeriale del reato di sequestro di persona.

Più in generale, sembra preliminarmente doveroso svolgere un cenno sulla modifica dell'art. 96 Cost. e sulla conseguente procedura disciplinata dalla legge cost. n. 1 del 1989, per cogliere la *ratio* della riforma, sfruttandone la visione prospettica al fine di verificare gli eventuali limiti alla qualificazione della 'ministerialità' di un reato, nonché gli eventuali limiti, o la possibile sindacabilità, del diniego di autorizzazione a procedere, opposto, nel caso in esame, dalla Camera di appartenenza di un Ministro.

Anzitutto, volendo risalire alla *ratio* della originaria previsione di una c.d. giustizia politica nei riguardi dei Ministri, va detto che l'iniziale formulazione dell'art. 96 Cost. rappresenta, con tutta probabilità, un retaggio del sistema prerепublicano¹⁶, nel quale l'*impeachment* nei confronti dei Ministri, di nomina regia, doveva essere deliberato dal Parlamento, in quanto strumento di democrazia rappresentativa¹⁷. Il fallimento dell'istituto nel sistema repubblicano è dovuto, secondo questa lettura, al rapporto di fiducia che, al contrario, lega l'Esecutivo al Parlamento e che quindi induce il Parlamento a non negare tale fiducia ai propri Ministri.

Se poi si compie una ricognizione veloce dei lavori parlamentari relativi all'approvazione della l. cost. n. 1 del 1989, emerge con una certa evidenza la volontà, se non la avvertita necessità, di un radicale superamento del precedente sistema, in base al quale il procedimento penale nei riguardi del Presidente del Consiglio o di un Ministro, la cui competenza spettava alla Corte costituzionale, doveva essere preceduto dalla messa in stato di accusa da parte del Parlamento, in seduta comune, che si pronunciava a maggioranza. Il sostanziale fallimento, per non dire il sistematico insabbiamento, dei procedimenti penali a carico dei Ministri ad opera della c.d. Commissione inquirente¹⁸, che avrebbe dovuto fornire gli elementi su cui il Parlamento era poi chiamato a deliberare, ma, nelle previsioni della l. n. 20 del 1962, ha assunto

¹⁶ Su cui si veda V. E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Ed. Barbèra, Firenze, 1889, p. 196 ss.

¹⁷ In generale, osserva L. CARLASSARE, *op. cit.*, «è innegabile l'esistenza di un nesso fra la forma di governo l'operatività degli istituti diretti a far valere la responsabilità penale dei soggetti appartenenti al potere esecutivo», tant'è che, secondo l'A., negli Stati Uniti, dove la forma di governo è presidenziale, l'istituto dell'*impeachment* conserva un «insostituibile valore», p. 429.

¹⁸ L'unico procedimento penale a carico di Ministri, svoltosi dinanzi alla Corte costituzionale, ebbe a oggetto la vicenda meglio nota come *scandalo Lockheed*, che vide anche il coinvolgimento dell'allora Presidente della Repubblica, Giovanni Leone, costretto poi alle dimissioni: il giudizio, nel quale i Ministri Gui e Tanassi furono accusati di gravi fatti di corruzione, si concluse con la condanna di Tanassi a due anni e quattro mesi e con l'assoluzione di Gui.

«poteri decisori definitivi tali da contrapporla allo stesso Parlamento»¹⁹, aveva generato un tale livello di rabbia e insoddisfazione nell'elettorato, da indurre i partiti di maggioranza dell'epoca a intervenire sull'art. 96 Cost. sottraendo definitivamente i Ministri alla c.d. giustizia politica, per assoggettarli, sia pure con sensibili deroghe, alla giurisdizione ordinaria.

In realtà, nonostante il giudizio positivo formulato dalla dottrina del tempo²⁰, la modifica apportata al testo dell'art. 96 Cost., ma soprattutto il meccanismo procedurale contenuto nella legge cost. n. 1 del 1989, non consente di affermare che il cambiamento sia stato radicale.

Per varie ragioni.

Se da un lato si afferma il principio secondo cui «i Ministri, anche se cessati dalla carica, per i reati commessi nell'esercizio delle proprie funzioni, sono soggetti alla giurisdizione ordinaria», nondimeno, la previa autorizzazione di una delle due Camere, ripropone, sia pure in un ribaltamento di prospettiva, il preventivo esperimento di una forma di giustizia politica, che rischia di vanificare la funzione della giurisdizione ordinaria. Nel precedente sistema, la messa in stato d'accusa da parte del Parlamento aveva evidenti finalità accusatorie, mentre nell'attuale modello la delibera sull'autorizzazione a procedere ha finalità difensive: serve cioè a escludere l'instaurazione del giudizio a carico del Ministro, nel caso in cui la Camera ritenga, «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» (art. 9 comma 3, l. cost. 1/1989). Ciò non toglie che la Camera abbia ugualmente il potere di sottrarre il Ministro alla giurisdizione ordinaria, con il rischio che, pur se in un modello radicalmente diverso, poiché non c'è più il potere in ordine alla qualificazione del fatto di reato, il voto parlamentare assicuri ugualmente una forma di immunità dei membri dell'Esecutivo, che finisce col tradire l'originario intento riformatore, animato dall'esigenza di assicurare un eguale trattamento, in caso di responsabilità penale, tra Ministri e comuni cittadini²¹.

Il punto cardine della complessa materia risiede, pertanto, nella qualificazione della *ministerialità* del reato, che, come visto, apre la strada a una valutazione politica circa la sussistenza dell'esimente di avere agito per la cura di un *preminente interesse pubblico*, che spetta alla Camera di appartenenza del Ministro inquisito; mentre la

¹⁹ Così L. CARLASSARE, *Art. 96*, in G. Pitruzzella, M. Villone, P. Ciarlo, L. Carlassare, *Il Consiglio dei Ministri*, Art. 92-96 Commentario della Costituzione fondato da G. Branca, Bologna-Roma, 1994, p. 436.

²⁰ Il riferimento è ancora a L. CARLASSARE, *Art. 96*, cit., p. 499, la quale tuttavia non manca di esprimere qualche perplessità sull'intervento autorizzatorio di una delle due Camere.

²¹ Intento più volte sottolineato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale: cfr. Corte cost., 24 luglio 2009, n. 241, secondo cui nel sistema disegnato dal legislatore costituzionale «si trovano contemperate la garanzia della funzione di governo e l'uguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge»; ma anche Corte cost., 12 aprile 2012, n. 87, dove più in generale si afferma che «questa Corte è sempre stata costante nell'escludere che le immunità costituzionali possano trasmodare in privilegi, come accadrebbe se una deroga al principio di uguaglianza innanzi alla legge potesse venire indotta direttamente dalla carica ricoperta, anziché dalle funzioni inerenti alla stessa».

prova di un effettivo superamento del precedente sistema è legata anche ai margini di *sindacabilità* o meno della delibera parlamentare che nega l'autorizzazione a procedere. In altri termini, se la *ratio* della riforma costituzionale del 1989 è fondata sulla necessità di superare i privilegi della precedente 'giustizia politica' cui erano soggetti i Ministri, per affermare la regola di una 'giustizia comune' (salvo i casi eccezionali della ministerialità del reato), la garanzia della regola passa, in primo luogo, attraverso la limitazione della natura ministeriale del reato ed, eventualmente, attraverso il sindacato sul diniego di autorizzazione, affidato alla Corte costituzionale in sede di conflitto di attribuzioni.

Si tratta di profili tra loro inevitabilmente connessi e quasi inscindibilmente intrecciati, sui quali può essere utile svolgere qualche considerazione ulteriore.

Sulla prima questione, proprio la "vicenda Diciotti" solleva non poche perplessità.

Anche ammettendo che siano astrattamente soddisfatte entrambe le condizioni richieste ai fini della sussistenza della natura ministeriale del reato, sicché, oltre alla qualifica soggettiva dell'autore, ricorre altresì quel nesso funzionale tra la condotta e le funzioni esercitate dal Ministro, «che sussiste tutte le volte in cui l'atto o la condotta siano comunque riferibili alla competenza funzionale del soggetto»²², il nodo da sciogliere rimane quello dell'ammissibilità che, nell'esercizio delle *funzioni di governo*, un Ministro possa realizzare una condotta che integra gli estremi del *sequestro di persona*²³.

Va qui ricordato che anche la legge costituzionale, secondo un noto orientamento della Consulta, deve ugualmente essere letta e armonizzata alla stregua dei principi costituzionali dell'ordinamento che *appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana*²⁴.

Nel caso specifico, i limiti alla configurazione del sequestro di persona come reato ministeriale potrebbero essere ricondotti alla impossibilità di ammettere, al di fuori del principio di legalità, il collegamento funzionale tra l'attività di governo e la compressione di beni costituzionalmente protetti, come la vita o la libertà personale²⁵.

²² Cass. Sez. Un., 1 agosto 1994, n. 14.

²³ Cfr. al riguardo L. MASERA, *Il parere della Giunta per le immunità del Senato sul caso Diciotti. Alcune riflessioni in attesa della decisione dell'assemblea del Senato*, in *Diritto, Immigrazione e cittadinanza*, 1/2019; nonché A. CIANCIO, *Art. 96*, cit., p. 1870.

²⁴ Corte Cost. sent. 15 dicembre 1988, n. 1146, secondo cui «la Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana».

²⁵ Secondo, V. ONIDA, *I criteri per valutare la condotta del Ministro*, in *Corriere della sera*, 9 febbraio 2019, «non sarebbe pensabile che la «preminenza» dell'interesse dello Stato o dell'interesse pubblico valga anche quando siano compromessi interessi di «valore costituzionale» superiore, come la vita o l'incolumità delle persone. Così, nessuno potrebbe pensare di giustificare la condotta di un Ministro il quale, per perseguire

In termini più espliciti, sarebbe intollerabile ammettere che un'ipotetica 'ragion di Stato' possa giustificare la compressione di diritti fondamentali: è questa, in fondo, la *ratio* dell'art. 15 Cedu, laddove esclude che lo Stato possa derogare alla tutela dei diritti fondamentali (tra cui il diritto alla vita, il divieto di tortura e il divieto di riduzione in schiavitù), anche nei casi estremi di urgenza, come «in caso di guerra o in caso di pericolo pubblico che minacci la vita della nazione»²⁶. In senso analogo si potrebbe ritenere che non possono ammettersi ipotesi in cui il perseguimento di un *interesse pubblico preminente* possa giustificare la limitazione della libertà personale. D'altra parte, la funzione di governo è per definizione preordinata alla cura di interessi pubblici e risulta estremamente difficile considerare alcuni di questi interessi preminenti rispetto alla necessità di garantire le libertà dei singoli, al di fuori del principio di legalità.

Per questo, stupisce la possibilità, sostenuta e argomentata dal Tribunale dei Ministri, che la condotta della quale il Ministro è ritenuto responsabile, e cioè impedire lo sbarco di 177 naufraghi, più i membri dell'equipaggio della nave Diciotti, possa essere ricondotta all'esercizio delle funzioni di governo: se la condotta contestata effettivamente integra gli estremi del reato di sequestro di persona, questo avrebbe dovuto essere considerato come reato comune e dunque fuori dalla procedura prevista dalla legge costituzionale del 1989²⁷. Sotto questo profilo, ancora più efficace si rivela l'osservazione fatta da quella dottrina che ammonendo sui rischi di un'autorizzazione a procedere negata «per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico» e, proprio al fine di limitare i margini di interpretazione per la qualificazione della ministerialità del reato, ha utilizzato il vincolo del *preminente interesse pubblico* come argomentazione di segno contrario: cioè, «solo i reati che si prestino ad un siffatto apprezzamento dovrebbero sottrarsi alla qualificazione del reato comune»²⁸.

Osservazione, questa, che sposta il baricentro della riflessione sull'altro profilo di attenzione in precedenza evidenziato: quello, appunto, dell'autorizzazione a procedere, che apre la fase parlamentare del procedimento in esame. Qui, come detto, il compito delle Camere è solo quello di verificare se l'inquisito abbia agito o meno per

l'interesse pubblico alla protezione dei confini dello Stato da ingressi non autorizzati, ordinasse di uccidere o di ferire»; sul punto v. altresì L. MASERA, *op. ult. cit.*

²⁶ cfr. L. MASERA, *La richiesta di autorizzazione a procedere nel caso Diciotti*, in *questionegiustizia.it*, secondo il quale «l'indicazione convenzionale ci pare senz'altro da tenere in considerazione anche in prospettiva costituzionale, considerato il rilievo para-costituzionale che le disposizioni convenzionali assumono a livello interno per il tramite dell'art. 117 Cost.».

²⁷ E, forse, ancor di più, stupisce che della questione si sia fatta carico la Giunta per le immunità: si legge infatti nella Relazione della Giunta che non è configurabile la categoria del reato ministeriale «in relazione a fattispecie criminose che ledano in modo irreversibile determinati diritti fondamentali. Si osserva a tal proposito che, in via meramente esemplificativa, un "omicidio di Stato" (ovviamente in assenza delle scriminanti ordinarie previste dal codice penale) non sarebbe mai configurabile nel nostro ordinamento costituzionale, non superando il vaglio preliminare circa la ministerialità del reato e venendo quindi a ricadere nell'area dei cosiddetti reati comuni, sottratti in quanto tali alla competenza del Tribunale dei Ministri e sottratti anche al "filtro" dell'autorizzazione a procedere del Senato». p. 5.

²⁸ L. CARLASSARE, *op. ult. cit.*, p. 501.

il *perseguimento di un interesse pubblico preminente*. Rimane estraneo alle prerogative parlamentari ogni apprezzamento in ordine alla qualificazione del fatto di reato, alla fondatezza dell'accusa, alla consistenza probatoria: nel rispetto della *ratio* che ha ispirato la modifica dell'art. 96 Cost., tutto quello che riguarda la definizione dell'impianto accusatorio appartiene alla competenza del Tribunale dei Ministri, mentre al ramo del Parlamento spetta solo la valutazione in ordine alla sussistenza delle esimenti. Perché è indubbio che l'avere agito per il perseguimento di *un interesse pubblico preminente* implica la sussistenza di un'esimente, che paralizza l'azione penale e impedisce la prosecuzione del giudizio, escludendo l'antigiuridicità di una condotta che altrimenti sarebbe qualificata come reato²⁹.

Ritorna pertanto l'interrogativo prima prospettato, che nel caso di specie emerge con tutta la sua forza prorompente: e cioè quanto è ammissibile la possibilità di un *interesse pubblico preminente* rispetto alla necessità di garantire le libertà fondamentali degli individui³⁰? Mantenendo fede alla *ratio* della riforma del 1989, il rilascio dell'autorizzazione a procedere dovrebbe rappresentare la regola, mentre il diniego, argomentato e motivato alla stregua della sussistenza di un *interesse pubblico preminente*, costituirebbe l'eccezione. E d'altra parte, il rilascio dell'autorizzazione non necessita di espressa motivazione, mentre il diniego deve essere ancorato all'individuazione concreta del preminente interesse pubblico: più precisamente, secondo la Corte costituzionale, il diniego di autorizzazione a procedere deve essere *congruamente motivato*³¹.

Tale considerazione apre all'ultima delle questioni da trattare, ossia quella della *insindacabilità* della valutazione espressa dalla Camera circa la sussistenza di un interesse pubblico preminente che giustifica il diniego di autorizzazione a procedere: in effetti, proprio l'esigenza di motivare il diniego di autorizzazione dovrebbe consentire l'ammissibilità di un sindacato, da affidare alla Corte costituzionale, attraverso il rimedio del conflitto di attribuzioni.

²⁹ Così, A. CIANCIO, *op. cit.*, p. 1877.

³⁰ Anche in tal caso è utile riprendere quanto osservato da V. ONIDA, *I criteri per valutare la condotta del Ministro*, cit., che suggerisce un richiamo alla disciplina sulla responsabilità penale degli appartenenti ai servizi segreti, contenuta nella l. 124/2017. In termini assai generali, ricorda Onida, tali soggetti possono essere autorizzati dal Presidente del Consiglio a compiere fatti costituenti reato quando questi siano «indispensabili alle finalità istituzionali di tali servizi», ma l'autorizzazione non può essere concessa «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» (art. 17, l. 124/2017). Considerazioni analoghe, secondo Onida, dovrebbero svolgersi anche in relazione ai reati ministeriali: V. ONIDA, *I criteri per valutare la condotta del Ministro*, cit.

³¹ In tal senso, Corte cost., n. 87 del 2012, cit., che a proposito dell'apprezzamento espresso dalla Camera di appartenenza di un Ministro, finalizzato a negare l'autorizzazione a procedere, espressamente afferma che «la revisione costituzionale si è mossa da un presupposto di adeguatezza del giudice ordinario all'esercizio della giurisdizione per reato ministeriale», sicché, l'intervento della Camera «in seno a un procedimento destinato ad evolversi secondo le forme ordinarie», «deve essere limitato all'apprezzamento, in termini insindacabili se congruamente motivati, della sussistenza dell'interesse qualificato a fronte del quale l'ordinamento stima recessive le esigenze di giustizia del caso concreto».

Nella “vicenda Diciotti”, il conflitto avrebbe potuto essere sollevato dal Tribunale dei Ministri, laddove avesse ritenuto non adeguatamente motivato il diniego di autorizzazione, in quanto sommariamente giustificato da una asserita «valenza governativa» delle scelte adottate dal Ministro³². Si tratta, in effetti, di una circostanza che con difficoltà può essere qualificata come *interesse pubblico preminente*, idoneo a scriminare una condotta altrimenti qualificabile come reato. Ma, soprattutto, l’asserita valenza governativa, riconducibile alla volontà di condividere in sede europea la gestione dei flussi migratori e la responsabilità dell’accoglienza dei migranti, difficilmente può essere qualificata come *interesse preminente* rispetto alla necessità di garantire le *libertà fondamentali* dei soggetti coinvolti nella vicenda in esame e tale da giustificare/scriminare il reato di sequestro di persona. Ritorna, in questa sede, il principio già richiamato e formulato dalla Corte costituzionale, secondo cui anche l’attività di governo, nella quale si esprime la più ampia espressione della discrezionalità, deve attenersi ai vincoli predeterminati dalla legge, «che ne segnano i confini o ne indirizzano l’esercizio», la cui osservanza «costituisce un requisito di legittimità e di validità dell’atto, sindacabile nelle sedi appropriate».

La vicenda in esame potrebbe configurare l’ipotesi, messa a fuoco dalla dottrina, della c.d. valutazione arbitraria, che si avrebbe in caso di «assoluta mancanza di qualsiasi motivazione a sostegno del diniego di autorizzazione», ovvero della «totale e riconoscibile inesistenza dei presupposti stessi di una simile decisione»³³, per tale ragione opportunamente sindacabile dalla Corte costituzionale in sede, come detto, di conflitto di attribuzioni: nella consapevolezza che la Corte non potrebbe entrare nel merito della sussistenza o meno dell’*interesse pubblico preminente*, dovendosi limitare a compiere una valutazione circa la coerenza argomentativa del diniego opposto³⁴, con la ovvia conseguenza che l’ultima parola spetta comunque alla Camera di appartenenza del Ministro³⁵.

³² In particolare, nella Relazione si afferma che, nel corso di un’informativa resa dal Presidente del Consiglio dinanzi all’Assemblea del Senato, il 12 settembre 2018, il Governo italiano ha espresso, dall’avvio del caso Diciotti, la convinzione che esso necessariamente deve essere affrontato «in linea con i principi di solidarietà e di condivisione tra i Paesi dell’Unione europea in materia di gestione dei flussi migratori», mentre, sempre nella Relazione si legge che «nella seduta dell’Assemblea del Senato del 16 ottobre 2018 il Presidente del Consiglio dei Ministri Conte, in sede di comunicazioni in vista del Consiglio europeo del 18 ottobre 2018, ha - in particolare - riferito come la “prima sfida” in materia di immigrazione sia quella di lavorare per una «gestione condivisa multilivello dei flussi migratori, che consenta di affrontare un problema ormai di carattere globale con un cambio di paradigma».

³³ Così L. CARLASSARE, *op. cit.*, p. 472.

³⁴ Si potrebbe qui richiamare l’esperienza della giurisprudenza amministrativa, sulla discrezionalità tecnica dell’amministrazione, e in particolare la nota pronuncia del Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, che, al fine di garantire il sindacato sul provvedimento, ma nel rispetto della «riserva di amministrazione in ordine al merito amministrativo», ha distinto tra ‘sindacato forte’ o ‘intrinseco’ e ‘sindacato debole’ o ‘estrinseco’, precisando che in quest’ultimo caso il giudice si limita a operare un «mero controllo formale ed estrinseco dell’iter logico seguito dall’autorità amministrativa».

³⁵ Nondimeno l’opportunità di una pronuncia si ravvisa in una prospettiva futura, che consentirebbe alla Consulta di pronunciarsi sugli eventuali criteri interpretativi della legge cost. n. 1 del 1989, le cui disposizioni, pur trattandosi di una legge costituzionale, secondo il richiamato orientamento della stessa

4. Considerazioni conclusive.

Qualche breve considerazione conclusiva.

A commento dell'art. 96 Cost., la dottrina ha quasi subito espresso il proprio compiacimento per il superamento di una giustizia puramente politica nei riguardi dei membri dell'Esecutivo, che in un sistema come quello italiano, la cui forma di governo è parlamentare, non aveva dato buona prova di sé, probabilmente a causa del vincolo di fiducia che lega Parlamento e Governo: e, va detto, oggi, con l'attuale sistema elettorale, la maggioranza assoluta all'interno delle due Camere è più facilmente configurabile. Il favore per la nuova formulazione dell'art. 96 Cost. era tuttavia bilanciato da qualche perplessità in ordine a una residua fase parlamentare del procedimento penale, che, pur se ancorata alla sussistenza di un *interesse pubblico preminente*, avrebbe rischiato di vanificare l'intento riformatore, sottraendo i Ministri alla giurisdizione ordinaria³⁶.

Alla prova dei fatti, quelle preoccupazioni erano probabilmente fondate.

A parte qualche caso isolato, senza esitazione i due rami del Parlamento hanno ritenuto possibile qualificare determinate condotte nell'esercizio di funzioni di governo, giungendo a negare, a volte anche con valutazione preventiva, l'autorizzazione a procedere per la ricorrenza del preminente interesse pubblico³⁷. Tuttavia, quasi sempre la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi in sede di conflitto di attribuzione, sollevato a volte dalla Camera di appartenenza, altre volte dai Tribunali, in ordine alla qualificazione o meno del fatto come reato ministeriale, ha

Corte costituzionale, devono essere interpretate alla stregua dei principi e dei valori fondamentali che sono alla base della Carta costituzionale, Corte Cost. sent. n. 1146 del 1988, cit.

³⁶ L. CARLASSARE, *op. cit.*, p. 498.

³⁷ Si veda ad esempio, Corte cost., 25 febbraio 2014, n. 29, riguardante «il carattere ministeriale dei reati di ingiuria e diffamazione contestati al senatore Castelli ai danni dell'onorevole Di Liberto - in riferimento a talune espressioni profferite dal primo nei confronti del secondo nel corso della trasmissione televisiva "Telecamere", andata in onda il 21 marzo 2004»: nella vicenda riferita, il Tribunale dei Ministri, si dichiarava incompetente (con conseguente prosecuzione del giudizio dinanzi alla giurisdizione ordinaria), perché riteneva che il reato di diffamazione non integrasse gli estremi del reato ministeriale, senza tuttavia darne comunicazione al Senato. A seguito dell'espressa richiesta formulata, nell'ottobre 2008, dal Ministro Castelli, nella quale lo stesso sollecitava la Presidenza del Senato a richiedere al Tribunale la trasmissione della proposta di archiviazione, per riesaminarne i contenuti, il Tribunale dei Ministri inviava tale proposta nel gennaio 2009. Nel luglio del 2009, prima la Giunta per le immunità e poi il Senato dichiaravano il carattere ministeriale dei reati contestati al Sen. Castelli, affermando, contestualmente (!), che egli avesse agito per il perseguimento di un preminente interesse pubblico. Investita della questione, in seno al conflitto di attribuzione sollevato dalla Corte di Cassazione, la Consulta conclude la complessa vicenda, affermando che «non spettava al Senato della Repubblica deliberare, ai fini dell'esercizio della prerogativa di cui all'art. 96 Cost., il carattere ministeriale delle ipotesi di reato contestate al senatore Castelli».

ritenuto che la determinazione sulla ministerialità del reato spettasse alla giurisdizione ordinaria³⁸, risolvendo, per così dire, a monte la questione.

La richiamata casistica giurisprudenziale testimonia, con buona probabilità, la fondatezza delle preoccupazioni di quella dottrina, che, proprio sul rischio di una eccessiva dilatazione della nozione di *reato ministeriale*, che inevitabilmente apre alla fase parlamentare, concentrava le proprie preoccupazioni circa il fallimento o la tenuta del sistema. E, pertanto, affidava al «coraggio dei giudici» il compito di imporre, «quando sia il caso», «la più corretta e ristretta interpretazione, ricorrendo, se necessario, al giudizio della Corte costituzionale»³⁹.

Il timore è che, nel caso di specie, sia mancato un po' di quel «coraggio».

³⁸ Così, Corte cost. n. 87 del 2012, cit., che afferma il principio secondo cui «a fronte di un reato ministeriale, infatti, oggi spetta pur sempre ad un organo della giurisdizione ordinaria, ovvero al Tribunale dei ministri, cumulare funzioni inquirenti e giudicanti, al fine di radicare successivamente, se del caso e previa autorizzazione parlamentare, il giudizio davanti ad un giudice comune, e secondo l'ordinario rito processuale».

³⁹ L. CARLASSARE, *op. cit.*, p. 505.