



EDITORIALE – 20 FEBBRAIO 2019

Il caso Diciotti: tra responsabilità giuridica e responsabilità politica

di Giovanni Guzzetta

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Roma Tor Vergata

Il caso Diciotti: tra responsabilità giuridica e responsabilità politica

di Giovanni Guzzetta

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Roma Tor Vergata

Come spesso accade, quando questioni ad alta infiammabilità politica incrociano procedure costituzionali vi è il rischio concreto che anche l'interpretazione delle norme da applicare diventi oggetto di scontro politico.

Il caso dell'autorizzazione per il Ministro Salvini ne è un esempio da manuale, per più di una ragione.

La prima ovviamente riguarda l'oggetto del procedimento. L'ipotesi di reato di sequestro di persona per la vicenda Diciotti è già di per sé sufficiente a riscaldare gli animi, tanto più se ciò accade dopo mesi di confronto molto aspro sulla politica dell'immigrazione e a fronte di una palese divergenza tra gli stessi organi della magistratura, attesa la nota (anche se non divulgata) richiesta di archiviazione del Procuratore della Repubblica di Catania, disattesa del Tribunale dei Ministri che ha richiesto, invece, l'autorizzazione a procedere.

La seconda ragione di incandescenza della questione risiede nelle possibili conseguenze politiche discendenti dall'uno o dall'altro esito del voto. Conseguenze destinate, in entrambi i casi, a ripercuotersi sulle preoccupazioni per la tenuta della maggioranza che sostiene il governo, e che il "sondaggio" tra gli iscritti di una delle forze politiche che la compongono non sembra aver del tutto scongiurato.

La terza ragione deriva dalla una certa approssimazione con la quale, nel dibattito pubblico, l'autorizzazione a procedere nei confronti dei membri del governo per i reati funzionali, viene sovrapposta e talvolta assimilata al modello di autorizzazione a procedere del vecchio art. 68 cost. e allo stesso modello di giustizia "speciale" previsto dal vecchio art. 96 Cost.

Non c'è, allora, da sorprendersi che in un clima di imbarbarimento crescente dello scontro, quest'ultimo profilo faccia scattare riflessi condizionati, evocando, a sproposito, la contrapposizione - già alquanto discutibile - tra "giustizialisti" e "garantisti", declinata per giunta in salsa *antiestablishment*, che ha garantito a tanti, negli anni, una rassicurante *comfort zone* ideologica.

Un po' di chiarezza allora non guasta. Anche perché i temi sono cruciali, ben oltre il caso di specie.

E vale la pena ricordare, soprattutto di fronte alle frequenti operazioni di esaltazione (o denigrazione) "selettiva" della Costituzione, che il modello originario dell'autorizzazione a procedere e della giustizia

“speciale” costituì una scelta consapevole e qualificante dell’Assemblea Costituente, il cui dibattito in materia vide impegnate personalità di altissimo calibro della cultura giuridica e politica (Togliatti, Leone, Ambrosini, Calamandrei, Ruini, La Pira, Bozzi, Einaudi, Perassi, Moro, Targetti, Scalfaro, Dossetti Grassi, Bettiol, Condorelli, Tosato, Dominedò, ecc.).

La ricaduta istituzionale di quei dibattiti sui rapporti tra politica e magistratura fu la costruzione di un equilibrio costituzionale fondato sulla previsione di particolari garanzie e immunità per gli esponenti del potere politico, secondo un equilibrio strutturato all’insegna della separazione netta delle sfere di azione (solo per esigenze di economicità, rinvio per la ricostruzione completa di quella fase al mio *La Repubblica transitoria*, Rubettino, 2018). Con la conseguenza che la responsabilità penale degli organi dell’esecutivo fu riservata alla giustizia amministrata dallo stesso organo che avrebbe dovuto giudicare il Presidente della Repubblica (la Corte costituzionale integrata con i 16 componenti “laici”), mentre l’azione penale verso i parlamentari in carica avrebbe dovuto superare il filtro politico della Camera di appartenenza onde evitare un’azione mossa dal *fumus persecutionis* della magistratura. Il modello, che, in parte, residua tutt’ora nella versione vigente dell’art. 68 (per l’arresto o le intercettazioni) era dunque costruito all’insegna di una “diffidenza” verso i rischi di interferenza della magistratura nella vita politica. Ricordando quanto affamato dalla Corte costituzionale con riferimento alla riforma dell’art. 96 (ma il discorso per certi versi sarebbe applicabile all’art. 68) “si poteva allora concludere che la Costituzione avesse inteso dar luogo ad un’ipotesi di garanzia nell’ambito dell’ordinamento giuridico, il cui fulcro riposava sulla integrale sottrazione del reato ministeriale alla giurisdizione comune” (sent. 87/2012). Integrale sottrazione dunque, per presunzione di una *legitima suspicio* nei confronti del giudicante.

Il modello introdotto per i reati ministeriali con la riforma del 1989 è del tutto diverso e si ricava dalla formulazione di cui all’art. 9, comma 3 l.c. 1/1989, la quale prevede che la Camera competente “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”.

Si è introdotta così un’ipotesi di esimente, da cui discende l’improcedibilità dell’azione.

In questa prospettiva il presupposto, allora, non è la diffidenza verso la presunta volontà persecutoria della magistratura, ma l’assunzione che la natura dell’interesse tutelato non consenta logicamente che il suo accertamento sia rimesso a un giudice, spettando invece ad una valutazione dell’organo politico. Il presupposto è insomma che la vecchia “ragion di stato”, seppur filtrata dalla stato costituzionale *sub specie di interesse pubblico o costituzionalmente rilevante* (e che peraltro riecheggia in altri settori dell’ordinamento, basti pensare alla disciplina del “segreto di stato”), non possa essere (sempre) codificata a priori, non possa

cioè trasformarsi in un parametro legislativo e che pertanto, in tali casi, non trattandosi di applicare una fattispecie astratta predefinita, l'intervento giurisdizionale sia per ragioni tecnico-costituzionali improprio. Come ricorda ancora la Corte costituzionale nella menzionata decisione: “La revisione costituzionale si è mossa, perciò, da un presupposto di adeguatezza del giudice ordinario all'esercizio della giurisdizione per reato ministeriale, fugando ogni dubbio che la deroga rispetto al rito comune trovi giustificazione, quand'anche parziale, nello scopo di prevenire l'intento persecutorio del magistrato nei confronti del membro del Governo”; conseguentemente “non è a tale scopo infatti che viene costruito, in seno a un procedimento destinato ad evolversi secondo le forme ordinarie, l'intervento della Camera competente, il cui sindacato può e 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”.

La questione dovrebbe pertanto ormai essere incanalata sul binario di una relazione fisiologica tra politica e magistratura oltre la logica del reciproco “sospetto”.

Perché allora la polemica sul punto rimane ancora così accesa?

La risposta è verosimilmente nella difficoltà, innanzitutto culturale, dopo decenni di scontri tra politica e giustizia, di accettare che la definizione dell'interesse prevalente in gioco (l'interesse protetto dalla norma penale o quello generale che giustifica l'esimente) non sia interamente rimesso alla valutazione di un giudice.

È un terreno sul quale è difficile giocare (tanto da spingere molti a insistere sulla rassicurante grammatica dello scontro politica/magistratura).

La difficoltà nasce, come si diceva, dalla necessità di postulare, proprio per la formulazione della disposizione costituzionale, che la nozione di “interesse dello Stato costituzionalmente rilevante” ovvero di “preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di Governo” non esprime una nozione giuridica predefinita, riconducibile alla prospettiva deontologica e non può pertanto essere oggetto di “cognizione” interpretativa, ma solo di stipulazione politica.

L'insindacabilità dell'apprezzamento, benché mitigata dall'accento della giurisprudenza costituzionale alla “congruità della motivazione”, non può valere a revocarne la qualità sostanziale di scelta non giuridicamente preordinata.

La circostanza che, da un lato, l'interesse penalmente tutelato sia per definizione codificato (la tipicità del reato) e, dall'altro, che l'interesse pubblico esimente (richiamato dall'art. 96 cost.) sia, sempre per definizione, non (pre-)codificato genera un'asimmetria che il dibattito pubblico accetta con difficoltà. Ma *hic Rhodus hic salta*.

Nè per attenuare l'asimmetria vale evocare la circostanza, certamente corretta, che il riferimento all'interesse dello Stato "costituzionalmente rilevante" allude quantomeno ad uno "spunto" di codificazione preventiva (a livello costituzionale) del medesimo e che lo stesso "interesse pubblico" può essere astrattamente oggetto di una qualificazione prestabilita dal legislatore, tanto da orientare, ad esempio, la discrezionalità dell'azione amministrativa. Tutto ciò non vale, infatti, a superare la circostanza che, proprio nel caso dell'art. 96, il legislatore costituzionale ha espressamente postulato che tali interessi "esimenti" non sono pre-stabiliti (o almeno non interamente), ma semplicemente si manifestano come espressione di un indirizzo politico maggioritario che li identifica, seppur con congrua motivazione, nel momento stesso in cui li afferma.

Si tratta peraltro, sia detto incidentalmente, di una circostanza non estranea al nostro ordinamento costituzionale: si pensi alla mozione di fiducia al governo, alla vecchia "questione di merito per contrasto di interessi davanti alle Camere" promossa avverso una legge regionale; alla nomina di un ministro, o, appunto, al diniego di autorizzazione a procedere per un reato ministeriale. Tutti casi in cui l'interesse pubblico si definisce nel momento stesso in cui lo si proclama.

La verità, insomma, è che i nostri riflessi idealistici rendono difficile accettare che l'interesse pubblico sia qualcosa che non esiste in natura, un dato bell'è pronto che bisogna solo "accertare".

Ma la realtà non è questa. L'interesse pubblico non è confezionato. L'interesse pubblico è ciò che "la politica", come espressione delle scelte democratiche (almeno nelle liberal-democrazie), definisce come tale, nei limiti di quanto consentito dalle norme superiori ovviamente, a loro volta frutto di scelte "politiche".

Ciò non vuol dire, però, che si apra la strada a vecchie concezioni dell'atto politico radicalmente insindacabile, con un conseguente regresso ad epoche antecedenti l'affermazione dello stato costituzionale.

Perché, sebbene la dilagante tendenza "creativa" cui la giurisprudenza ci ha abituati sotto la nobilitante etichetta del "diritto giurisprudenziale" rende mal sopportabile a qualcuno che il legislatore, benché costituzionale, possa stabilire come "insindacabili" alcune scelte, non si possono, comunque, affatto sottovalutare le conquiste che, anche con riferimento al c.d. "atto politico", l'affermarsi dello stato costituzionale ha prodotto.

Ai retaggi antichi (rafforzati da una interpretazione talvolta distorta della disciplina processual-amministrativistica che vuole sottratti alla giurisdizione del giudice amministrativo gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico), si contrappone ormai una giurisprudenza costituzionale che ha definitivamente sgombrato il campo dall'idea che la categoria dell'atto politico sia irrimediabilmente connaturata all'insindacabilità, cioè ad un regime di extralegalità garantita.

Sul punto il giudice delle leggi ha messo in chiaro che l'atto politico non è insindacabile perché politico, in quanto emani dal potere politico o in quanto abbia un contenuto politico, è insindacabile - nella misura in cui lo sia - perché ad esso non corrispondono "confini" pre-stabiliti dall'ordinamento, non sussistono canoni di legalità e, di riflesso non sussistono situazioni soggettive, che possano vanterà una pretesa di tutela. Infatti, "l'affermazione (...) quanto all'esistenza di spazi riservati alla scelta politica, è condivisibile e suffragata da elementi di diritto positivo. Ciò nondimeno, 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. 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" (C. cost. 81/2012).

Se tale premessa è corretta, si potrebbe allora dire che l'atto politico è quell'atto per il quale vale bensì il principio di legalità in senso formale (perché anch'esso richiede un'investitura di potere per poter essere esercitato) ma non è sottoposto ad un principio di legalità sostanziale, nel senso che il suo contenuto non deve trovare nella "previa norma" un principio di disciplina, ma tutt'al più puntuali limiti e "confini". La legge del Parlamento, ad esempio, nella misura in cui non si configuri come svolgimento di una disciplina (programmatica) sovraordinata alla stessa ne è classicamente l'esempio. Così, sempre a titolo di esempio, *"la circostanza che il Presidente della Giunta sia un organo politico ed eserciti un potere politico, che si concretizza anche nella nomina degli assessori, non comporta che i suoi atti siano tutti e sotto ogni profilo insindacabili. Né, d'altra parte, la presenza di alcuni vincoli altera, di per sé, la natura politica del potere esercitato dal Presidente con l'atto di nomina degli assessori, ma piuttosto ne delimita lo spazio di azione"* (C. cost. 81/2012).

Alla "secolarizzazione" dell'atto politico, non più associato al dogma dell'insindacabilità si associa poi, nell'evoluzione di questi decenni, anche il progressivo ridursi dell'ambito della "giustizia politica" come giustizia speciale, orizzonte che si fa lentamente strada, non senza oscillazioni, oltre che con riferimento alle responsabilità ministeriali anche rispetto all'autodichia parlamentare (cfr. 262/2017) e al vecchio dogma dell'impenetrabilità degli *interna corporis* (cfr. adesso ord. 17/2019 in tema di conflitti intraorganici promossi dal singolo parlamentare).

Si tratta di un'evoluzione che dovrebbe aiutare a un inquadramento del nuovo art. 96, *sine ira et studio*. L'insindacabilità della valutazione parlamentare sull'autorizzazione, non esprime una prerogativa *legibus soluta* ma si giustifica in quanto il proprio oggetto attiene all'accertamento di un interesse qualificato che

non si fonda su una predeterminazione normativa, ma incontra il solo limite “esterno” della congruità della motivazione.

Certo rimane un percorso culturale da compiere, quello volto a riconoscere che non tutta la responsabilità si riduce a quella giuridica (lasciando impregiudicato in questa sede il tema della giurisdizione costituzionale) e che dunque la scelta del legislatore costituzionale di definire “insindacabile” il voto parlamentare sull’autorizzazione, coerente con il presupposto “politico” della nozione di interesse pubblico, non equivale ad un esonero *tout court* dalla responsabilità, ma ad uno slittamento della stessa dal piano giuridico a quello politico.

È del tutto evidente che questo slittamento non è privo di problemi.

Innanzitutto perché va in controtendenza rispetto all’orientamento diligente ormai da decenni fondato sul presupposto secondo cui la politica, in fin dei conti, può essere addomesticata solo per via giudiziaria. In secondo luogo perché le riserve sui meccanismi attualmente operanti di imputazione della responsabilità politica sono tutt’altro che campati per aria di fronte alle fragilità sistemiche del nostro sistema di governo.

Però, forse, anziché ricorrere ai vecchi riflessi condizionati del frontismo giudiziario, questa vicenda potrebbe essere una buona occasione per non dimenticare i nodi problematici del circuito politico-istituzionale e per riconoscere che molti passi avanti in tema di “giustizia politica” sono, comunque, stati compiuti.

Postilla

La decisione di sondare la “base” da parte di un partito di maggioranza in ordine all’autorizzazione a procedere non può essere di per sé criticabile. Tener presente l’opinione degli iscritti o dei simpatizzanti rientra certamente nel paniere di valutazioni che i titolari del potere di conferire o meno l’autorizzazione a procedere posseggono. Ciò che andrebbe, invece, laicamente riconosciuto è che tali procedure mettono in evidenza palmare le ambiguità di certa c.d. democrazia diretta. Innanzitutto perché, come ormai la letteratura ha ampiamente mostrato, anche la democrazia diretta ha qualcosa di “indiretto”: il potere di definire la domanda su cui i votanti si pronunziano. Un potere cruciale, decisivo, tale forse da revocare in dubbio che - tranne che in ridottissimi contesti in cui anche la definizione del quesito “referendario” possa essere anch’essa procedimentalizzata - la democrazia diretta (e non etero-diretta) esista davvero.

In secondo luogo, non può non preoccupare la sottovalutazione degli imperativi garantistici che dovrebbero presiedere alla dimensione procedurale di tali deliberazioni. L’oscurità assoluta di aspetti cruciali quali legittimazione, controlli, trasparenza, verificabilità degli esiti, rende simili operazioni

fortemente sospette e certamente suscettibili di contestazione da parte degli interessati (in termini di sindacato interno ai gruppi associativi che promuovono simili procedure).

Infine vi è il tema degli effetti giuridici di tali “esercitazioni”, che certamente impingono sul tema del libero mandato, ma più in generale sull’esigenza che le decisioni democratiche siano assunte dai rappresentanti sulla base di informazioni certe anche relativamente agli orientamenti dell’opinione pubblica e non sotto la tonitruante pressione retorica di evocazioni simboliche della purezza democratica.