

Alessandro Pace

Le due Corti e il caso Abu Omar*

1. Chiunque legga con animo distaccato prima la [sentenza della Corte di cassazione n. 46340 del 2012](#)¹ e poi l'annotata sentenza della [Corte costituzionale n. 24 del 2014](#) – che ha accolto il ricorso per conflitto di attribuzioni proposto dal Governo contro quella sentenza – non potrà non rilevare una diversa sensibilità costituzionalistica.

Mentre la Corte di cassazione, nel tentativo di dare una risposta ad «alcuni non secondari problemi in parte non definitivamente risolti» dalla [sentenza n. 106 del 2009](#), si era preoccupata – pur nel massimo rispetto per quella pronuncia² – di bilanciare gli interessi istituzionali sottesi all'apposizione del segreto di Stato con i principi costituzionali violati dalla *extraordinary rendition* di Abu Omar (e ciò aveva fatto soprattutto escludendo dalla sfera del segreto legittimamente apposto le operazioni extrafunzionali)³, la Consulta, nell'annotata sentenza, si è invece arroccata, in linea con la [sent. n. 40 del 2012](#), in favore dell'incondizionata «preminenza dell'interesse della sicurezza nazionale, alla cui salvaguardia il segreto di Stato è preordinato»⁴.

Da tale preminenza conseguirebbe, sempre secondo la sentenza annotata, «che la copertura del segreto – il cui effettivo ambito non può, evidentemente, essere tracciato altro che dalla stessa autorità che lo ha opposto e confermato e che è titolare del relativo *munus* – si proiett(erebbe) su tutti i fatti, notizie e documenti concernenti le eventuali direttive operative, gli *interna corporis* di carattere organizzativo e operativo, nonché i rapporti con i Servizi stranieri, anche se riguardanti le *renditions* ed il sequestro di Abu Omar. Ciò, ovviamente, a condizione che gli atti e i comportamenti degli agenti siano oggettivamente orientati alla tutela della sicurezza dello Stato»⁵.

Ebbene una siffatta indifferenza per l'*illiceità* costituzionale (*ex art. 13 commi 1 e 4 Cost.*) e penale delle *extraordinary renditions* addirittura supera quella della [sent. n. 106 del 2009](#) (*cons. in dir. n. 8.5*), nella quale la Consulta aveva quanto meno ammesso la contrarietà delle c.d. «consegne straordinarie (...) alle tradizioni costituzionali e ai principi di diritto degli Stati membri dell'Unione europea ed integranti specifici reati», anche se poi la Consulta aveva limitato la portata di tale sua ammissione, sottolineando che il segreto di Stato non era stato apposto sul reato di sequestro di

* Scritto destinato alla Rivista *Giurisprudenza Costituzionale* 2014/1

¹ [Cass., sez. V pen., sent. 19 settembre 2012, n. 46360.](#)

² ... comprovato dalla decisione di non costituirsi in giudizio.

³ [Cass., sez. V pen., sent. n. 46360 del 2012, § 24.3.](#)

⁴ Analogamente v. A. VEDASCHI, *Il segreto di Stato resta senza giudice*, in *Giur. cost.* 2014/1, § 3.

⁵ Corte cost., [sent. n. 24 del 2014](#), *cons. in dir. n. 6.*

persona bensì “soltanto” sulle fonti di prova (come se la qualificazione del fatto come “eversivo dell’ordine costituzionale” non incida anche sul trattamento giuridico delle fonti di prova)⁶.

Infine, sintomatico di questo ulteriore irrigidimento della Corte costituzionale è che, diversamente dai precedenti più immediati⁷, il *self restraint* della Consulta, rispetto al potere di segretazione del Presidente del consiglio dei ministri, «appare, in questo caso, ancora più evidente, risultando del tutto assenti gli usuali riferimenti (pur del tutto formali) alla necessità di un “bilanciamento” tra gli interessi in gioco e il connesso ruolo della stessa Corte costituzionale»⁸.

2. Il punto nodale della sentenza annotata sta nell’affermazione (*cons. in dir.* n. 5) secondo la quale «risulta inibito agli organi della azione e della giurisdizione l’espletamento di atti che incidano – rimuovendolo – sul perimetro tracciato dal Presidente del Consiglio dei ministri, nell’atto o negli atti con i quali ha indicato l’ “oggetto” del segreto; un oggetto che, come è evidente, soltanto a quell’organo spetta individuare, senza che altri organi o poteri possano ridefinirne la portata, adottando comunque comportamenti nella sostanza elusivi dei vincoli che dal segreto devono – in relazione a quello specifico “oggetto” – scaturire, anche nell’ambito della pur doverosa persecuzione dei fatti penalmente rilevanti».

L’affermazione, esatta in via teorica – in quanto il “perimetro” del segreto dovrebbe essere precisamente delineato, ai sensi di legge, dall’atto apposito del segreto –, non lo è con riferimento ai fatti di causa.

Esattamente la Corte di cassazione, nella [sentenza n. 46340 del 2012](#), aveva infatti rilevato «che nel caso di specie si sono sviluppate anomale dinamiche non irrilevanti per il lineare evolversi della vicenda processuale; gli ufficiali ed agenti del servizio di sicurezza non hanno opposto immediatamente il segreto di Stato all’Autorità giudiziaria nella fase delle indagini preliminari, ma soltanto in un momento successivo, ovvero nella fase della istruttoria dibattimentale; anche alla perquisizione in una sede del SISMI, ed al successivo sequestro di documenti, gli ufficiali presenti non opposero alcun segreto, salvo ad inviare successivamente all’Autorità giudiziaria copia degli stessi documenti sequestrati con parti *omissate* perché coperte da segreto ed a richiedere la restituzione di quelli in precedenza sequestrati.

Ugualmente è a dirsi per gli interrogatori di alcuni indagati, i quali nella fase delle indagini preliminari rilasciarono dichiarazioni, in alcuni casi sostanzialmente ammettendo le loro

⁶ Sul punto v. la mia osservazione *La Corte di cassazione e i fatti eversivi dell’ordine costituzionale*, alla sent. Cass., sez. V pen., n. 46360 del 2012, in questa *Giur. cost.*, 2014/1.

⁷ V. ad es. Corte cost., [sent. n. 106 del 2009](#), *cons. in dir.*, n. 3 e n. 12.4; [sent. n. 40 del 2012](#), *cons. in dir.*, n. 5.

⁸ Così criticamente T.F. GIUPPONI, [Il segreto di Stato ancora davanti alla Corte \(ovvero del bilanciamento impossibile](#), in [Dir. pen. contemp.](#) aprile 2014, 9. In senso analogo A. VEDASCHI, *Il segreto di Stato resta senza giudice*, cit., § 1.

responsabilità, come è lecito desumere dalle motivazioni delle due sentenze di merito, mentre opposero il segreto di Stato nella fase della istruttoria dibattimentale. Comportamento non facilmente spiegabile, dal momento che gli agenti del servizio segreto erano perfettamente consapevoli della natura e qualità dei documenti sequestrati e delle notizie acquisite dall'Autorità giudiziaria.

Anche la Presidenza del Consiglio dei ministri nel corso del processo ha elaborato varie note di apposizione o di conferma del segreto che in parte hanno mostrato di volere ampliare l'estensione dell'area coperta da segreto, come se non fossero chiari sin dalla fase iniziale l'oggetto del processo, la natura delle indagini disposte e le fonti di prova da acquisire ed in altra parte hanno continuato a ribadire gli originari limiti dello sbarramento opposto. Tali contraddizioni e la tardiva opposizione ed apposizione del segreto hanno creato non pochi problemi, alcuni di non semplice soluzione. Infine bisogna dire che anche la Corte costituzionale, nel complesso e delicato lavoro di definizione, nel caso concreto, dei limiti imposti alla attività giudiziaria dalla apposizione del segreto e, quindi, della estensione dello stesso, ha, con la [sentenza n. 106 del 2009](#), che ha risolto i conflitti di attribuzione, lasciato alcuni non secondari problemi in parte non definitivamente risolti»⁹.

A proposito delle “anomale dinamiche” sottolineate dalla Corte di cassazione, merita del resto aggiungersi che mentre nella nota iniziale del Presidente Berlusconi dell'11 novembre 2005 ci si limitava ad affermare l'estraneità del Governo e del SISMI rispetto a qualsiasi risvolto riconducibile al sequestro di Abu Omar, e pertanto non era evidenziata alcuna formale apposizione di segreto su specifici atti o documenti, nella successiva nota del Presidente Prodi del 26 luglio 2006 veniva invece affermato, inopinatamente, che sulla documentazione concernente il sequestro di Abu Omar risultava apposto il segreto di Stato dal precedente Presidente del consiglio (appunto con la nota dell'11 novembre 2005!) e che il segreto era stato successivamente da lui confermato. Ne segue, a tutto concedere, che l'apposizione del segreto non solo era stata tardivamente effettuata, ma era stata addirittura effettuata *per relationem* ad atti e documenti imprecisati¹⁰.

3. Il *modus operandi* della Corte di cassazione, al fine di evitare ogni incidenza sul contenuto delle apposizioni e conferme del segreto di Stato e per evitare ogni netta contrapposizione con la [sentenza n. 106 del 2009](#), è bene evidenziato in due passaggi della [sentenza n. 46340](#).

Il primo è nel § 24.4, laddove viene riportato come la Corte costituzionale avesse

⁹ [Cass., sez. V pen., sent. n. 46360 del 2012](#), § 24.3.

¹⁰ Di qui l'obiettiva impossibilità di dedurre un preciso “perimetro” sia dall'una che dall'altra nota. *Contra* v. T.F. GIUPPONI, *Il segreto di Stato ancora davanti alla Corte (ovvero del bilanciamento impossibile*, cit., 5. V. sul punto [Cass., sez. V pen., sent. n. 46360 del 2012](#), § 24.6.

«sostanzialmente stabilito che nel caso di specie il segreto di Stato non ha mai avuto ad oggetto il reato di sequestro in sé, pienamente accertabile dall’Autorità giudiziaria competente nei modi ordinari, bensì, da un lato, i rapporti tra il servizio segreto italiano e quelli stranieri e, dall’altro, gli assetti organizzativi ed operativi del SISMI, con particolare riferimento alle direttive e agli ordini che sarebbero stati impartiti dal suo Direttore, agli appartenenti al medesimo organismo, pur se tali rapporti, direttive ed ordini fossero in qualche modo collegati al fatto di reato stesso, ovvero al rapimento di Abu Omar»¹¹.

Il secondo è nel § 24.5, nel quale la Suprema Corte, relativamente al problema dell’oggetto del segreto, sottolinea che «da una lettura attenta della direttiva 30 luglio 1985, delle note della Presidenza del Consiglio in data 11 novembre 2005, 26 luglio 2006, 15 novembre 2008, nonché della direttiva 6 ottobre 2008, si evince che il segreto è stato sostanzialmente apposto, come del resto ha confermato la Corte costituzionale, su documenti e notizie che riguardino i rapporti tra i servizi italiani e quelli stranieri – fonti di prova *che hanno “tratto” ai rapporti fra servizi italiani e stranieri*, [come]¹² hanno chiarito le due note del 15 novembre 2008 – e sugli *interna corporis* del servizio, ovvero sulla organizzazione dello stesso e sulle direttive impartite dal direttore dei servizi, anche se relative alla vicenda delle *renditions* e del sequestro di Abu Omar»¹³.

4. Muovendo dalla tesi dell’insuperabilità del perimetro tracciato dal Presidente del consiglio dei ministri, la Corte costituzionale, nella sentenza qui annotata, critica il tentativo della Corte di cassazione di escludere dal segreto le condotte “extrafunzionali” degli agenti del SISMI, e lo fa con tre obiezioni tutte assai deboli e facilmente superabili.

La prima obiezione consiste in ciò (*cons. in dir.*, n. 6), che la tesi «secondo la quale il segreto non opererebbe, in quanto gli imputati avrebbero agito “a titolo personale”, e non nell’ambito di un collegamento funzionale con il Servizio» sarebbe contraddetta dal capo di imputazione, dal quale emerge che l’aggravante sarebbe stata «configurata in ragione proprio del fatto che il delitto era stato commesso con l’abuso dei poteri inerenti alle funzioni di appartenenti al SISMI». E’ tuttavia pacifico in giurisprudenza – e stupisce che la Consulta abbia potuto sostenere il contrario – che «la circostanza aggravante di aver commesso il fatto con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti ad una pubblica funzione o ad un pubblico servizio è *configurabile anche quando il*

¹¹ [Cass., sez. V pen., sent. n. 46360 del 2012](#), § 24.4.

¹² Parentesi mia.

¹³ [Cass., sez. V pen., sent. n. 46360 del 2012](#), § 24.5.

pubblico ufficiale abbia agito fuori dell'ambito delle sue funzioni, purché la sua qualità abbia comunque facilitato la commissione del reato»¹⁴ (corsivi miei).

La seconda obiezione della Consulta è che la tesi della Cassazione sarebbe contraddetta dal combinato disposto dell'art. 204 comma 1-*bis* c.p.p. – inserito dall'[art. 40 della l. 3 agosto 2007, n. 124](#) («successivo al fatto reato ma di gran lunga antecedente alla sentenza di primo grado») – con l'art. 18 comma 6 della stessa l. n. 124 del 2007 (che consente al Presidente del consiglio di adottare «le necessarie misure» nel caso la condotta sia stata posta in essere «in assenza ovvero oltre i limiti delle autorizzazioni previste»).

Anche questa obiezione non convince. In primo luogo, la procedura di autorizzazione prevista dall'art. 204 comma 1-*bis* c.p.p., concerne “condotte” (inclusa quella del Presidente del consiglio!); pertanto non può essere applicata a fatti pregressi. In secondo luogo, il citato art. 18 comma 6 l. n. 124 del 2007 (che consente al Presidente del consiglio di adottare «le necessarie misure») sarebbe stato comunque inapplicabile al caso di specie trattandosi di «condotta prevista dalla legge come reato» (art. 17 comma 2 l. n. 124 del 2007). L'adozione delle necessarie misure è infatti vietata se tale condotta configuri un delitto diretto «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».

Ma c'è di più. Qualora si acceda al più esteso concetto dei “fatti eversivi dell'ordine costituzionale” condiviso, sia pure in via teorica, anche dalla Corte di cassazione, è evidente che le condotte previste dall'art. 17 comma 2 c.p.p. non solo non avrebbero potuto costituire causa di giustificazione, ma addirittura non avrebbero nemmeno potuto essere autorizzate in quanto «fatti eversivi dell'ordine costituzionale»¹⁵.

L'ultima delle tre obiezioni della Corte – suggestiva, ma anch'essa superabile – è che la ribadita sussistenza del segreto da parte dei Presidenti del consiglio in carica ed il correlativo promovimento dei vari conflitti di attribuzione escluderebbero che si sia trattato di iniziative adottate “a titolo personale” dai vari imputati.

Ma chi ci dice, realisticamente, che *non siano stati proprio gli autori delle operazioni extrafunzionali*, se e in quanto componenti autorevoli dei Servizi, ad aver indotto il Presidente del consiglio *pro tempore* ad apporre retroattivamente il segreto e a sollevare i vari conflitti di

¹⁴ In questo senso v. Cass., sez VI pen., 7 gennaio 1999, n. 4062 (CED Cass. 2000); Cass., sez. VI pen., 22 gennaio 2009, n. 19803 (CED Cass. 2009); Cass., sez. I pen., 28 maggio 2009, n. 24894 (CED Cass. 2009). In dottrina, nello stesso senso, v. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IX, Milano, 1982, 387; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IV ed., Milano, 2012, 514; R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, Roma, 2011, 1062 ed vi ulteriori citazioni di dottrina e giurisprudenza; A. VEDASCHI, *Il segreto di Stato resta senza giudice*, cit., in *Giur. cost.* 2014/1, § 7, ed ivi ulteriori citazioni di dottrina,

¹⁵ Cass., sez. V pen., n. 46360 del 2012, § 24.7., in *Giur. cost.*, 2014/1, con la mia osservazione, *La Corte di cassazione e i fatti eversivi dell'ordine costituzionale*, cit.

attribuzione tra poteri? Ciò non di meno è indiscutibile che ben quattro Presidenti del consiglio (Prodi, Berlusconi, Monti e Letta) abbiano, col loro comportamento, impedito la punizione dei colpevoli del rapimento di Abu Omar. E quindi, una volta esclusa la natura extrafunzionale delle condotte poste in essere dagli agenti del SISMI, è giocoforza sostenere che la responsabilità morale e giuridica del rapimento e delle conseguenti torture subite da Abu Omar ricada anche sugli indicati Presidenti del consiglio *pro tempore*. Con il che, così argomentando, la Corte costituzionale, volente o nolente, ha comunque ulteriormente facilitato l'accoglimento del ricorso di Abu Omar contro la Repubblica italiana, pendente dinanzi alla Corte Edu¹⁶.

5. *Postilla*. Questa osservazione era stata già redatta, quando la Corte di cassazione, I sez. penale, ha depositato, il 16 maggio 2014, la [sentenza n. 20447](#) con la quale, preso atto della [sent. n. 24 del 2014](#), ha annullato senza rinvio la sentenza della Corte d'appello di Milano che aveva condannato Pollari e gli altri appartenenti al Sismi, sulla premessa che essi avevano operato «al di fuori delle proprie funzioni istituzionali e quindi a titolo personale», come appunto statuito dalla precedente [sentenza n. 46340 del 2012](#) della Corte di cassazione.

Di tale recentissima sentenza mi limito a richiamare un passaggio assai significativo, sul quale non si può non concordare, dopo quanto argomentato nei precedenti paragrafi.

La Corte di cassazione, premesso che l'emananda decisione «non può non essere profondamente incisa e radicalmente contrassegnata» dalla [sent. n. 24 del 2014](#) della Corte costituzionale, di cui «istituzionalmente» prende atto, ne rileva l'effetto «dilacerante ogni diverso tessuto decisorio finora assunto». Dopo di che, dopo aver puntualmente ricostruito il quadro processuale e prima di sottoporre a critica, altrettanto puntuale, i sette rilevanti passaggi del *considerato in diritto* della [sent. n. 24](#), così si esprime in proposito della sentenza qui annotata.

«Non si possono avere esitazioni nel definire tale pronuncia decisamente innovativa, sia nel panorama generale della giurisprudenza della Consulta, in relazione ai precedenti in materia, in quanto – come è saltato con evidenza agli occhi di ogni lettore – sembra abbattere alla radice la possibilità stessa di una verifica di legittimità, continenza e ragionevolezza dell'esercizio del potere di segretazione in capo alla competente autorità amministrativa, con compressione del dovere di accertamento dei reati da parte dell'Autorità giudiziaria che inevitabilmente finisce per essere rimessa alla discrezionalità dell'Autorità politica – il che non può non indurre ampie e profonde riflessioni che vanno al di là del caso singolo –, sia nella concreta incidenza del presente

¹⁶ Ricorso n. 44883/09 presentato il 6 agosto 2009 da M. Osama Mustafà Hassn Nasr, *alias* Abu Omar, e dal Nabila Ghali alla Corte Edu, sez. II, contro l'Italia. L'accoglimento del ricorso di Abu Omar dovrebbe essere agevolato anche dalla sentenza relativa all'illiceità delle *extraordinary renditions* pronunciata dalla stessa Corte EDU, Grande Camera, sent. 13 dicembre 2012, ric. m. 39630/09, nel caso *el Masri v. Macedonia*.

procedimento, posto che esso si era posto finora proprio e fedelmente sulla strada tracciata dalle precedenti pronunce, di diverso segno, emesse nello specifico dalla stessa Corte costituzionale».