



Cronaca di una condanna annunciata: Abu Omar a Strasburgo, l'ultimo atto

di Arianna Vedaschi

1. – Il 23 febbraio 2016, all'unanimità, la quarta sezione della Corte EDU ha condannato l'Italia nel caso *Nasr e Ghali*. Con la pronuncia in esame si consolida la linea giurisprudenziale già impostata dalla decisione *El-Masri* e, poi, confermata dalle sentenze *Al-Nashiri* e *Husayn* (Grande Chambre, *El-Masri c. Macedonia*, sent. 13-12-2012, ric. 39630/09; *Al-Nashiri c. Polonia*, quarta sezione, sent. 27-04-2014, ric. 28761/11; *Husayn (Abu Zubaydah) c. Polonia*, quarta sezione, sent. 24-07-2014, ric. 7511/13, v. G. Marino, *El Masri e oltre: la Polonia "colpevole per complicità" nelle extraordinary renditions*, in *DPCE on line*, 2014, n. 1). Secondo i giudici di Strasburgo, la cooperazione – offerta dagli Stati membri del Consiglio d'Europa nell'ambito dell'*Extraordinary Renditions Programme*, ideato dagli Stati Uniti d'America per combattere il terrorismo internazionale di matrice jihadista – contrasta, sotto diversi profili, con la Carta EDU e, in particolare, viola l'inderogabile divieto di ricorrere alla tortura e ad altri trattamenti crudeli, inumani e degradanti (in generale sulle ERs e sui relativi risvolti giudiziari, A. Vedaschi, *Extraordinary Renditions: esiste una giustizia transnazionale?*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2013, n. 4, 1255 ss., e dottrina ivi citata).

La decisione in commento chiarisce definitivamente che anche la *war on terror* è soggetta a regole; in altri termini, le azioni di contrasto al terrorismo internazionale devono rispettare i diritti umani inderogabili e non possono comprimere le libertà personali oltre la soglia minima garantita dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Da una prospettiva più generale, si può osservare che il delicato bilanciamento tra la libertà e la sicurezza, così spesso evocato in questi ultimi anni, trova nella sentenza in parola un chiaro assestamento a favore del primo dei due elementi del binomio.

2. – Prima di esaminare la sentenza che si commenta, è opportuno ricordare che il caso, approvato alla Corte europea dei diritti dell'uomo, è originato dalla lunga e complessa vicenda giudiziaria che ha visto protagonista Nasr Osama Mustafa Hassan (*alias* Abu Omar). Come è noto, l'*imam* di una delle più frequentate moschee di Milano, sospettato di essere affiliato a organizzazioni terroristiche, è stato *target* di una “consegna speciale” (*rectius*, sparizione forzata finalizzata al trasferimento extragiudiziale in uno Stato che consenta l'impiego della tortura quale mezzo di interrogatorio) progettata dalla CIA (Central Intelligence Agency) e realizzata sul suolo italiano con la collaborazione, non meramente logistica, del SISMI (Servizio di Informazione per la Sicurezza Militare).

L'*extraordinary rendition*, iniziata nel nostro Paese e finita nelle prigioni egiziane, ha seguito lo schema classico: il religioso, che peraltro godeva dello *status* di rifugiato politico e, al momento del rapimento, era già oggetto di interesse della Procura milanese, il 17 febbraio del 2003 veniva fermato, mentre si recava al lavoro, con il pretesto di un routinario controllo dei documenti e costretto a salire su un furgone per essere portato alla base Nato di Aviano. Qui lo attendeva un c.d. *ghost flight*, diretto, dopo un rapido scalo tecnico alla base tedesca di Ramstein, in Egitto, dove, all'ombra del diritto locale, Abu Omar veniva torturato e interrogato sulla sua (presunta) affiliazione a cellule jihadiste.

I fatti di reato (sequestro di persona finalizzato alla tortura) venivano portati all'attenzione del Tribunale di Milano, che nel 2009 si pronunciava condannando 23 agenti dell'*intelligence* statunitense, ma prosciogliendo 5 funzionari dei servizi segreti italiani per opposizione del segreto di Stato, ritualmente confermato dall'allora

Presidente del Consiglio dei Ministri (secondo quanto disposto dall'art. 40, cc. 2-5, l. 124/2007 e dall'art. 202 c.p.p.; Trib. Milano, sent. 4-11-2009 n. 12428).

Dalla conferma del segreto nasceva la dura contrapposizione tra la competente Autorità giudiziaria e l'Esecutivo, poi sfociata nel conflitto di poteri deciso dalla Corte costituzionale a favore della Presidenza del Consiglio (v., *infra*, la sent. 106/2009).

Intanto, sul piano processuale ordinario, la Corte d'appello di Milano, nell'accettare l'impianto della pronuncia del Tribunale, da un lato confermava le condanne, anzi aumentava le pene già comminate in primo grado e dall'altro, letta la decisione nel frattempo pronunciata dal giudice dei conflitti (cioè la sent. 106/2009), ribadiva la declaratoria di improcedibilità dell'azione penale nei confronti degli imputati italiani in forza al SISMI. Emblematicamente, il giudice d'appello rimarcava che, con la sua decisione la Consulta aveva calato un «sipario nero» sul materiale probatorio e, di conseguenza, le posizioni contestate erano entrate in un'orbita di "indecidibilità" (Corte di appello di Milano, sez. III, sent. 15-12-2010 n. 3688).

Sulla questione del segreto o meglio delle prove segretate, il Procuratore generale presso la Corte d'appello di Milano presentava però ricorso alla Corte di cassazione, che confermava le condanne, ma annullava con rinvio il proscioglimento degli agenti del SISMI (Corte di cassazione pen., sez. V, sent. 19-9-2012 n. 46340). Sulla linea della menzionata pronuncia, il giudice d'appello, in sede di rinvio, condannava gli agenti in forza al servizio segreto italiano, senza attendere la pronuncia del giudice dei conflitti, nuovamente chiamato ad esprimersi sulla legittimità dell'opposizione del segreto (Corte di appello di Milano, sent. 12-2-2013 n. 985).

Dunque, in questa fase processuale della vicenda giudiziaria, la Consulta tornava a pronunciarsi sul segreto di Stato, al fine di risolvere l'ulteriore conflitto di poteri sollevato dalla Presidenza del Consiglio nei confronti della Corte di cassazione (e della Corte d'appello in sede di rinvio). Orbene, con la sent. 24/2014, la Corte costituzionale confermava l'orientamento favorevole all'Esecutivo, già espresso dalla sent. 106/2009 (e, invero, nel frattempo ribadito anche dalla sent. 40/2012, concernente il c.d. caso *Pollari*, v. *infra*).

Preso atto dell'orientamento ormai consolidato della Consulta, la Cassazione proscioglieva, senza rinvio, tutti i funzionari del SISMI manifestando tuttavia un

certo disagio nei rapporti con il giudice dei conflitti (Corte di cassazione pen., sez. I, sent. 24-2-2014 n. 20447).

3. – Dalla prospettiva che interessa a questo studio, va anzi tutto sottolineato che in tutti i gradi di giudizio si è presentata, in termini problematici, la questione della segretezza. Anzi, l'opposizione e la relativa conferma del segreto di Stato, alla base della declaratoria di improcedibilità nei confronti dell'allora direttore del SISMI e di altri agenti dell'*intelligence* militare italiana, hanno rappresentato l'occasione di una dura e reiterata contrapposizione tra l'Esecutivo e il Giudiziario. Basti dire che la conferma del segreto di Stato è stata oggetto di ben sette conflitti di attribuzione, sollevati dall'Esecutivo, o meglio dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, e dalle competenti Autorità giudiziarie milanesi, chiamate ad occuparsi della vicenda. I conflitti, riuniti secondo le regole procedurali, sono stati tutti risolti dalla Corte costituzionale nel senso della legittimità del ricorso al segreto di Stato (il riferimento è alle richiamate sentenze 106/2009 e 24/2014, la prima commentata da F. Ramacci, *Segreto di Stato, salus rei publicae e «sbarramento» ai p.m.*, e da A. Anzon, *Il segreto di Stato ancora una volta tra Presidente del Consiglio, autorità giudiziaria e Corte costituzionale* e ancora da V. Fanchiotti, *Il gusto (amaro) del segreto*, tutti in *Giustizia costituzionale*, 2009, rispettivamente 1015 ss., 1020 ss., 1033 ss. Si veda inoltre A. Vidaschi, *Il segreto di Stato tra tradizione e innovazione: novità legislative e recenti evoluzioni giurisprudenziali*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2012, n. 3, 978 ss. e dottrina ivi citata. La seconda commentata da A. Pace, *Le due Corti e il caso Abu Omar* e A. Vidaschi, *Il segreto di Stato resta senza giudice*, entrambi in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, n. 1, rispettivamente 389 ss. e 394 ss.).

Invero, al fine di sottolineare l'approccio della Corte sul tema, insieme alle richiamate pronunce del 2009 e del 2014 andrebbe anche menzionata la sent. 40/2012, che, benché non riguardi il caso in esame, conferma però la linea interpretativa tracciata nel 2009; anzi, la pronuncia c.d. Pollari radicalizza l'orientamento della Consulta sulla questione del ricorso al segreto di Stato (v. A. Pace, *Sull'asserita applicabilità dell'imputato dell'obbligo di astenersi dal deporre sui fatti coperti dal segreto di Stato e sull'inesistenza dei fatti eversivi come autonoma fattispecie di reato* e A. Anzon, *La Corte abbandona definitivamente all'esclusivo dominio dell'autorità politica la gestione del segreto di Stato nel processo penale* e ancora R. Orlandi, *Una pervicace difesa del segreto di Stato*, tutti in *Giustizia costituzionale*, 2012, rispettivamente 526 ss., 534 ss., 2327 ss.; v.

anche T.F. Giupponi, «*A ciascuno il suo*»: il segreto di Stato di nuovo davanti alla Corte costituzionale, in *Quad. cost.* 2012, 404 ss.).

Si può, dunque, osservare che, nelle sue più recenti decisioni, il giudice dei conflitti ha ritenuto il segreto di Stato legittimamente opposto, apposto e confermato, malgrado i casi di specie presentassero più di un'anomalia. Con specifico riferimento al caso *Abu Omar*, ad esempio, il segreto di Stato non solo veniva tardivamente invocato su elementi già acquisiti nel processo penale, ma anche opposto dagli indagati, poi imputati e non da semplici persone informate dei fatti (testimoni). Vieppiù, le prove segretate riguardavano reati gravissimi (come il sequestro di persona, la sparizione forzata, i trattamenti inumani e persino la tortura) perpetrati nel contesto della c.d. *war on terror* e ritenuti da parte della dottrina "eversivi dell'ordine costituzionale" (A. Pace, *I «fatti eversivi dell'ordine costituzionale» nella legge n. 801 del 1977 e nella legge n. 124 del 2007*, in *Costituzionalismo.it*, 2009, n. 2, in www.costituzionalismo.it).

Senza indugiare sulle pur non marginali anomalie, pare utile riproporre, in estrema sintesi, il ragionamento sviluppato dalla Consulta nelle richiamate decisioni, come si è anticipato, tutte tese a giudicare legittimo il ricorso al segreto di Stato e a risolvere i conflitti di attribuzione a favore del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Nel ripercorrerne il *reasoning* va, in primo luogo, rimarcato che la Corte costituzionale ritiene il vincolo di segretezza nell'esclusiva disponibilità del vertice dell'Esecutivo. Anzi, la Corte puntualizza l'ampio margine di discrezionalità decisionale che, in tale ambito, deve essere riconosciuto al Presidente del Consiglio dei Ministri, data la natura «squisitamente politica» del «giudizio sui mezzi idonei e necessari per garantire la sicurezza dello Stato» (*cons. dir.*, n. 3, sent. 106/2009).

In questo passaggio, la Corte ricollega correttamente l'istituto del segreto all'interesse fondamentale della sicurezza nazionale. Invero, a far tempo della giurisprudenza di fine anni settanta (sent. n. 82 del 1976 e sent. n. 86 del 1977) la Corte ha sempre ribadito la stretta connessione tra l'istituto del segreto di Stato e la sicurezza pubblica, intesa come primario interesse dello Stato-comunità. Nello specifico, la Consulta ha affermato che la disciplina del segreto «involge il supremo interesse della sicurezza dello Stato nella sua personalità internazionale, e cioè l'interesse dello Stato-comunità alla propria integrità territoriale, alla propria

indipendenza e – al limite – alla stessa sua sopravvivenza» (*cons. dir.*, n. 3, sent. 106/2009). Secondo la Corte, tale preminente interesse trova espressione nell'art. 52 della Costituzione, che afferma il «sacro» dovere della difesa della Patria e che va letto in combinato disposto sia con l'art. 5, teso a fissare i principi dell'unità e dell'indivisibilità dello Stato, sia con l'art. 1, volto a ribadire «i caratteri essenziali dello Stato ... nella formula di “Repubblica democratica” (a tal riguardo, si noti che in dottrina non vi è pieno accordo sul fondamento costituzionale del segreto, cfr. P. Caretti, *Limiti costituzionali alla tutela del segreto di Stato*, in *Dem. e dir.*, 1980, 815 ss. e M. Raveraira, *Segreto nel diritto costituzionale*, in *Dig. it. disc. pubbl.*, XIV, Torino, 1999, 27 ss. In particolare, A. Anzon, *Segreto di Stato e Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1976, 1784 e Id., *Interrogativi sui riflessi sostanziali della nozione di segreto di Stato individuate dalla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1977, 866 ss. S. Labriola, *Segreto di Stato*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, 1031. P. Barile, *Democrazia e segreto*, in *Quad. cost.*, 1987, 37; e v. anche G. Pitruzzella, *Segreto. Profili costituzionali*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1992, 5. A. Pace, *L'apposizione del segreto di Stato nei principi costituzionali e nella legge n. 124 del 2007*, in *Giur. cost.*, 2008, 4041).

Dunque, proprio in ragione della strumentalità del segreto alla tutela della *salus rei publicae*, la Corte riconosce all'asserzione del segreto il «rango costituzionale» e, su tale presupposto, esclude qualsiasi sindacato dei giudici comuni sulla scelta del suo impiego.

In parallelo, ed è questo il passaggio del *reasoning* che non convince chi scrive, la Consulta, anziché rivendicare pienamente il suo ruolo di giudice naturale del segreto di Stato, peraltro espressamente riconosciutole dalla legge, circoscrive il suo sindacato alle mere verifiche procedurali. Nello specifico, il giudice dei conflitti si limita a constatare che l'organo che ha confermato il segreto sia il Presidente del Consiglio e che questi abbia dichiarato di ricorrere al segreto per ragioni di sicurezza nazionale, accontentandosi anche di motivazioni generiche, se non addirittura meramente formalistiche.

Ebbene, in altre sedi si è già avuto modo di dire che questo tipo di verifica svincola il controllo esplicitamente affidato alla Corte dal Legislatore e, invero, richiesto dallo Stato di diritto (art. 40, c. 8, l. 124/2007). Anzi, si è anche avuta l'occasione di avanzare riserve su un ulteriore passo del ragionamento proposto dalla

giurisprudenza in esame, che, nel fare leva sulle ragioni di sicurezza nazionale ritenendole sempre e comunque prevalenti su ogni altro valore o interesse in gioco, pare sottendere l'esistenza di una rigida scala gerarchica verticalizzata sul bene-sicurezza, che peraltro esiste allorché lo decide il Presidente del Consiglio. Davanti a questa prospettiva, si è invece sostenuta la necessità di cercare, volta a volta, il corretto bilanciamento tra l'interesse collettivo della sicurezza pubblica e le libertà personali, soprattutto nel cruciale momento dell'emergenza, come quella terroristica, che rende significativo il test in parola (A. Anzon, *La Corte abbandona definitivamente all'esclusivo dominio dell'autorità politica la gestione del segreto di Stato nel processo penale*, cit. e A. Vidaschi, *Has the balancing of rights given way to a hierarchy of values?*, in *Comparative Law Review*, 2010, 1 ss.).

4. – Venendo all'esame della sentenza in commento, va subito evidenziato che il caso giudicato dalla Corte di Strasburgo presenta alcune non trascurabili differenze rispetto agli altri casi di ERs, che pure avevano coinvolto Stati membri del Consiglio d'Europa (ad es. la Macedonia) ed erano arrivati all'attenzione della Corte EDU. Diversamente dai casi precedentemente affrontati, che rivelavano gravi lacune, se non evidenti omissioni, nell'attività investigativa dei Paesi membri interessati (basti ricordare che, nella vicenda El-Masri, la competente autorità macedone non aveva ravvisato gli elementi minimi per iniziare l'azione penale), nella pronuncia in esame i giudici di Strasburgo riconoscono e, anzi, lodano il lavoro della magistratura italiana, che, grazie a «une enquête approfondie» e «une fermeté exemplaire», è riuscita a ricostruire dettagliatamente i fatti di reato e, soprattutto, è stata capace di individuare i responsabili materiali dell'*extraordinary rendition* di Abu Omar (punto 265 e punto 267).

Parallelamente, la medesima Corte prende atto che l'Italia non è però stata in grado di adempiere all'obbligo di condannare e sanzionare adeguatamente tutti i colpevoli, a causa del sistematico e reiterato ricorso al segreto di Stato, che ha portato, nei primi due gradi di giudizio, al non luogo a procedere a vantaggio dei funzionari SISMI e, dopo la sentenza di condanna del giudice di appello in sede di rinvio, all'annullamento delle condanne in Cassazione, dovuto alla pronuncia della Consulta, che ribadiva la legittimità dell'impiego del segreto di Stato. Del resto, anche gli imputati condannati, cioè gli agenti della CIA, sono di fatto riusciti ad

evitare la pena loro inflitta, grazie all'inerzia del Governo italiano, che non ha solertemente proceduto all'inoltro delle richieste di estradizione, nonostante la presenza di un trattato in materia firmato dall'Italia e dagli Stati Uniti (v. art. 4 del trattato del 13-10-1983, modificato dall'accordo bilaterale del 03-05-2006 e ratificato dalla l. 16-03-2009, n. 25).

Più nello specifico, con riferimento agli imputati in forza al servizio di *intelligence* italiano, nel censurare l'uso del segreto, i giudici di Strasburgo rimarcano il fatto che gli elementi di prova e le informazioni segretate erano ampiamente conosciute per essere state divulgate dai *media* di tutto il mondo, tanto da potere essere considerate di «*domaine public*» (punto 268). Pertanto, la Corte EDU conclude che il ricorso al segreto non è valso a celare fatti già noti (nell'interesse della pubblica sicurezza), ma semmai a garantire l'impunità di alcuni degli imputati, che grazie all'(ab)uso del segreto si sono visti annullare le condanne. In altre parole, nel confermare il segreto di Stato, il Governo italiano, secondo i giudici di Strasburgo, ha impedito la condanna degli imputati e, di conseguenza, non ha permesso di infliggere la giusta (*rectius*, proporzionata al tipo di reato) sanzione ai responsabili di gravissimi crimini.

Con riguardo, poi, agli agenti statunitensi, la Corte osserva che, da un lato, la competente autorità nazionale non ha, come si è anticipato, intrapreso nessun procedimento finalizzato a chiedere l'estradizione e, dall'altro, i mandati di arresto tanto internazionali (invero uno solo, spiccato nei confronti di Mr. Lady) quanto europei non hanno avuto alcun esito. Vieppiù, tre degli agenti CIA condannati hanno potuto beneficiare del provvedimento di grazia concesso dal Presidente della Repubblica (il riferimento è ai provvedimenti adottati il 05-04-2013 e il 23-12-2015 dal Capo dello Stato, in considerazione del *revirement* dell'amministrazione Obama sulle tecniche di interrogatorio c.d. avanzate e sulla pratica dell'ERs, v. i comunicati in www.quirinale.it).

In questo quadro, i giudici europei, benché non manchino di valorizzare l'attività investigativa e processuale condotta dalle Corti nazionali di merito, definita «*effective et profonde*», registrano tuttavia l'impunità *de facto* dei colpevoli. Davanti a tale sconcertante esito, declinato sia sul fronte della mancata (*rectius*, annullata) condanna dei funzionari SISMI sia dell'omessa esecuzione della pena comminata

agli agenti CIA, la Corte europea ravvisa la violazione degli obblighi fissati dall'art. 3 della Convenzione, letto nella sua dimensione processuale (v., *infra*, par. 5).

D'altra parte, la Corte di Strasburgo rileva la violazione del divieto di tortura anche sotto il profilo sostanziale, sia nella sua componente fisica sia in quella psicologica. Non ci sono dubbi che l'operazione di ER ponga la vittima in una situazione di «totale vulnérabilité» e, nelle sue diverse fasi, oltre alle violenze fisiche, comporti un «état d'angoisse permanent», dovuto all'incertezza in merito «à son sort futur» (punto 286).

Orbene, nel ribadire un'ormai consolidata giurisprudenza, i giudici europei, dopo avere esaminato i fatti e abbracciato la ricostruzione proposta dalle corti nazionali di merito, affermano che le autorità italiane sapevano o comunque erano nelle condizioni di conoscere la sorte di Abu Omar e, in particolare, erano consapevoli dell'elevato rischio di trattamento crudele e degradante, se non addirittura di tortura, a cui vengono esposte le vittime delle ER, come quella condotta ai danni del ricorrente (punti 242-243 e punto 288). Da questa prospettiva e in ottica prognostica, secondo la Corte EDU, emergono in tutta evidenza le responsabilità dirette, anche omissive, delle autorità italiane e dei loro servizi di *intelligence*, aggravate dallo *status* di rifugiato politico della vittima. Per agire in senso conforme alla Convenzione, le competenti autorità nazionali avrebbero, invece, dovuto prendere tutte le misure necessarie per impedire che un individuo soggetto alla giurisdizione italiana venisse esposto a «risque réel» di tortura o di altri trattamenti degradanti e crudeli (punti 289-290).

La medesima Corte riscontra inoltre la palese violazione dell'art. 5 CEDU, che vieta l'arresto arbitrario, oltreché la detenzione illegale. In effetti, nel richiamarsi alla precedente giurisprudenza in tema di ERs, già orientata a ritenere infrante le garanzie fissate dall'art. 5, i giudici di Strasburgo addebitano all'Italia non solo le operazioni di fermo, prelevamento e trasporto forzato di Abu Omar alla base Nato di Aviano, realizzate in concorso con il servizio di *intelligence* statunitense sul territorio nazionale, ma estendono la responsabilità italiana al successivo trasferimento gestito dalla CIA e alla conseguente detenzione «non reconnue» avvenuta, tra il maggio 2004 e febbraio il 2007, in Egitto, senza la formulazione di nessun preciso capo di imputazione (c.d. *incommunicado detention*).

Sotto il profilo strettamente probatorio, come già in altre occasioni ed in particolare negli altri casi di ERs, la Corte osserva che il tipo di scrutinio a cui è chiamata può richiedere deroghe alla regola generale che vede l'onere della prova gravare su chi denuncia la violazione di un diritto (*affirmanti incumbit probatio*). Infatti, sul presupposto che lo Stato si trovi nella condizione migliore per contestare le denunce delle lamentate violazioni alla Convenzione, la Corte inverte l'onere della prova a favore del ricorrente e, laddove vi siano indizi gravi, precisi e concordanti sulla veridicità del racconto del ricorrente (suffragato anche da rapporti di organizzazioni internazionali), in mancanza di una «*explication satisfaisante et convaincante*» delle autorità nazionali convenute, accoglie la versione della vittima sui fatti controversi (punto 220).

Tornando al piano sostanziale, viene altresì accolta dalla Corte di Strasburgo la denuncia in merito alla violazione dell'art. 8 della CEDU, disposizione tesa a tutelare il pieno sviluppo della personalità, oltreché a proteggere la vita privata e le relazioni familiari. Ebbene, secondo i giudici di Strasburgo, la sparizione forzata finalizzata alla detenzione arbitraria, aggravata dall'isolamento e dalla mancata comunicazione del luogo di detenzione, è chiaramente una prassi in contrasto con richiamata norma della Convenzione.

Infine, fermo restando che non esiste alcun principio generale comportante l'automatico stato di vittima per i familiari dei ricorrenti sottoposti a tortura, in ragione della particolare condizione di angoscia vissuta per un tempo prolungato nella vicenda oggetto della pronuncia la Corte riconosce la violazione degli articoli 3 e 8 della CEDU, letti in combinato disposto con l'art. 13, pure nei confronti di Nabila Ghali, moglie di Abu Omar e anch'essa ricorrente nella causa in esame.

In questo quadro, la Corte EDU condanna l'Italia a pagare 70 mila euro ad Abu Omar e 15 mila euro alla signora Ghali, oltre a liquidare in 30 mila euro le spese di causa, anche queste a carico dello Stato membro.

5. – Dopo avere ripercorso i passi fondamentali della decisione che si commenta, va rimarcato che la Corte di Strasburgo ribadisce la ferma condanna del programma di ERs, che, benché gestito dall'amministrazione statunitense, ha visto complici, a

vario titolo, diversi Paesi membri del Consiglio d'Europa e, nel caso di specie, l'Italia.

Da questa prospettiva, si può dunque ritenere consolidata la giurisprudenza inaugurata dalla pronuncia *El-Masri* (Grande Chambre, *El-Masri c. Macedonia*, cit.), in cui alcuni giudici del Collegio si erano persino spinti ad affermare l'esistenza di un diritto alla verità storica, cioè sganciato da quello della verità processuale (A. Vedaschi, *Globalization of Human Rights and Mutual Influence Between Courts: the Innovative Reverse Path of the Right to the Truth*, in S. Shetreet (cur.), *The Culture of Judicial Independence: Rule of Law and World Peace*, Boston-Leiden, Nijhoff - Brill, 2014, 107 ss.).

Al di là del menzionato inedito diritto, risulta ormai chiaro che i giudici di Strasburgo ritengono la controversa *counter-terrorism measure* delle sparizioni forzate in aperto contrasto almeno con gli articoli 3, 5 e 8, che nel caso in esame vengono letti in combinato disposto con l'art. 13 della Convenzione.

In quest'ottica deve essere altresì sottolineato il costante richiamo della Corte allo spirito della comunità democratica, che deve essere preservato anche, anzi soprattutto, nel difficile tempo dell'emergenza, come quella di matrice terroristica. In effetti, il divieto di tortura è esplicitamente ritenuto «une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques» e come tale non ammette deroghe, neppure nella lotta al terrore (punto 280). Analogamente, nel censurare la violazione dei divieti di arresto arbitrario e di detenzione illegale, la medesima Corte evidenzia il legame indissolubile tra i basici diritti violati dalle ERs e l'assetto democratico (punto 296), al fine di ribadire convintamente che, malgrado l'importanza e la peculiarità del contrasto alla minaccia terroristica, le autorità nazionali non possono avere «carte blanche ... pour arrêter et placer en garde à vue des suspects, à l'abri de tout contrôle effectif par les tribunaux internes...» (punto 298).

In definitiva, la c.d. *war on terror* va combattuta secondo le regole minime che vietano la tortura e impongono l'arresto e la detenzione secondo quanto stabilito dalla legge; in aggiunta, alle vittime di abusi da parte del pubblico potere va assicurato il c.d. giusto rimedio, teso a compensare, per quanto possibile, le violazioni dei diritti garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Su questi presupposti, la Corte EDU riesce a marcare il limite dell'azione di contrasto al terrorismo internazionale e a riportare in primo piano i diritti e le libertà personali, così da definire con linee nitide il perimetro dello Stato di diritto.

Nell'inchiudere gli Stati membri (nel caso di specie l'Italia) alle loro responsabilità, la medesima Corte ripercorre la linea argomentativa già tracciata dalle precedenti pronunce: i governi parte del Consiglio d'Europa devono essere chiamati a rispondere non solo per le azioni (direttamente) commesse, ma anche per le condotte altrui rese possibili dalle loro colpevoli omissioni. In altre parole, la Corte fa valere la responsabilità dello Stato membro (l'Italia) per non avere (attivamente) impedito la sparizione forzata finalizzata alla *incommunicado detention* e alla tortura, rispettivamente gestite e compiute da Paesi terzi, nel caso di specie gli Stati Uniti e l'Egitto (punto 288). Infatti, nel riscontrare la violazione degli articoli 3 e 5 della CEDU la Corte ritiene l'Italia responsabile anche per i trattamenti crudeli ed inumani commessi dalla polizia egiziana e, più in generale, la ritiene responsabile per tutte le fasi operative del trasferimento extragiudiziale e della successiva detenzione coatta realizzate dal commando della CIA. In parallelo, a prescindere dalla rapidità e dalla correttezza dell'attività della magistratura italiana, inquirente e giudicante, la medesima Corte considera l'omessa condanna di alcuni imputati e la mancata esecuzione di una pena proporzionata ai crimini commessi quali fattori integranti la violazione dell'art. 3 della Convenzione. Dalla lettura proposta dalla Corte si evince quindi che il menzionato art. 3, sotto il profilo procedurale, non deve ritenersi rispettato laddove vi siano state tempestive e puntuali indagini, se mancano le conseguenti e doverose condanne. Anzi, la norma in oggetto va considerata violata anche nel caso in cui alle condanne non segua l'effettiva esecuzione della pena. In altri termini, dalla motivazione della Corte di Strasburgo emerge chiaramente che l'esecuzione della pena è un elemento necessario per il pieno rispetto della Convenzione.

Da questa prospettiva, la medesima Corte sembra implicitamente ricordare che solo facendo seguire una giusta (*rectius*, proporzionata) punizione alla violazione dei diritti umani e delle libertà personali si consacra la loro effettiva esistenza e, soprattutto, si agisce in via dissuasiva, oltretutto prospetticamente preventiva nei confronti di possibili analoghe condotte criminali. Dunque, benché le sanzioni

penali spettino all'esclusiva competenza degli Stati membri, la Corte si attribuisce una non irrilevante funzione di controllo sulla loro adeguatezza in relazione al fatto e sulla loro effettiva esecuzione.

Un altro profilo della sentenza che merita di essere messo in risalto è la ferma condanna dell'uso del segreto di Stato, allorquando venga posto dalle autorità nazionali su fatti noti, cioè già di pubblico dominio. Invero, nell'esaminare la vicenda El-Masri, la Corte aveva già avuto modo di biasimare apertamente gli Stati Uniti d'America, ancorché non soggetti alla sua giurisdizione, per il sistematico ricorso allo *state secrets privilege*, ma con il caso *Abu Omar* la critica all'ingiustificato ricorso alla segretezza, oltre ad essere rivolta ad uno Stato membro, viene rafforzata e precisata.

Anzi tutto, va notato che l'opposizione del segreto di Stato, pure confermata dalla Consulta, non vale nei confronti della Corte di Strasburgo, che anzi non si astiene dal definirne il perimetro del legittimo impiego. Come si è anticipato, secondo la lettura dei giudici europei, è un nonsenso logico prima ancora che giuridico l'uso dell'istituto in parola per coprire fatti e informazioni già divulgate e quindi ormai conosciute dall'opinione pubblica (sul punto, si noti l'opinione contraria delle corti di merito statunitensi: *El-Masri v. United States* 479 F. 3d 296 4th circuit court of appeals).

Non pare, inoltre, irrilevante sulla valutazione di legittimità del ricorso alla segretezza l'esito concreto dell'impunità; in effetti, la Corte EDU si dimostra particolarmente attenta e sensibile in merito all'epilogo della vicenda in esame e condanna esplicitamente il fatto che a causa del ricorso al segreto di Stato gli agenti SISMI siano stati sottratti alle loro responsabilità e alla conseguente sanzione (sul punto vi sono interessanti analogie con il *reasoning* della Cassazione, sent. 19-9-2012 n. 46340, cit., v. A. Vidaschi, *La Cassazione solleva il "sipario nero" calato dalla Consulta: il caso Abu Omar si riapre*, in *Percorsi costituzionali*, 2013, n. 1, 163 ss. e dottrina ivi citata).

Nel seguire la medesima linea logica, tesa a censurare la mancata esecuzione delle pena, la Corte critica, da un lato, l'inerzia del Governo italiano e, dall'altro, ed invero neppure velatamente, l'uso del potere di grazia da parte del Presidente della

Repubblica a beneficio di alcuni agenti CIA (tra i quali Mr. Lady, che aveva avuto una delle pene detentive più alte).

Il Capo dello Stato italiano, nel concedere la grazia a favore di tre condannati, (peraltro, almeno nel primo caso, piuttosto a ridosso delle pronunce di colpevolezza), ha impedito la possibilità di esecuzione della pena. D'altra parte, il Governo italiano non solo si è servito dello schermo del segreto, considerato legittimo dal giudice costituzionale, (il che ha evitato ad alcuni imputati le condanne in primo e secondo grado e contribuito, in maniera decisiva, all'annullamento in sede di rinvio), ma ha anche omesso di inoltrare le richieste di estradizione nei confronti degli agenti CIA condannati, malgrado la presenza di un trattato *ad hoc* con gli Stati Uniti.

In questo quadro, la Corte di Strasburgo ha aspramente criticato, anzi censurato per aver concorso alla violazione della Convenzione, l'operato di almeno tre organi/poteri dello Stato italiano, due dei quali, la Corte costituzionale e il Presidente della Repubblica, si connotano all'interno del sistema italiano per essere garanti della legalità e dell'ordine costituzionale (che comprende la garanzie dei diritti fondamentali e delle libertà personali) e, fino alla triste vicenda dell'ER ai danni di Abu Omar, erano invero apparsi all'altezza del compito loro assegnato.