

Il "caso Abu Omar" e le zone grigie dello stato costituzionale di diritto

di Tommaso F. Giupponi *
(28 settembre 2006)

Le vicende connesse al prelevamento in Italia dell'egiziano Abu Omar da parte di agenti della CIA, al centro delle indagini della procura di Milano, hanno coinvolto anche i vertici del nostro servizio segreto militare (SISMI), riaprendo il dibattito sui limiti legali delle attività di *intelligence* all'interno di un ordinamento democratico.

Come noto, il 17 febbraio 2003 l'*imam* della moschea milanese di via Quaranta spariva da Milano, per poi ricomparire nell'aprile-maggio del 2004 con alcune telefonate alla moglie provenienti dall'Egitto, affermando di essere stato rapito in Italia e condotto prima ad Aviano, poi a Ramstein (entrambe basi militari americane), e infine trasferito in un carcere del paese arabo. Successivamente alla denuncia della moglie, sono partite le indagini della procura di Milano. Il 25 giugno del 2005 il Gip di Milano ha firmato 22 provvedimenti di custodia cautelare in carcere per altrettanti presunti agenti della CIA, accusati di aver organizzato e gestito il rapimento sul territorio italiano. Dopo mesi di polemiche, il 12 aprile 2006 l'allora Ministro della giustizia Castelli si è rifiutato di inoltrare la richiesta di estradizione al governo degli Stati Uniti. Successivamente, le indagini hanno coinvolto anche i vertici operativi del servizio segreto militare italiano, accusati di aver collaborato a tale attività illegale: il 5 luglio 2006 sono stati arrestati due esponenti di spicco del SISMI, e lo stesso Direttore del servizio (insieme ad altri agenti) è risultato iscritto nel registro degli indagati. Al momento in cui si scrive, pende presso gli uffici di via Arenula una nuova richiesta di estradizione della Procura di Milano per gli agenti della CIA coinvolti; spetterà ora all'attuale Ministro della giustizia Mastella pronunciarsi in merito, mentre nel frattempo è stato spiccato nei loro confronti un mandato di arresto europeo.

Lo scandalo giudiziario, in realtà, ha posto all'attenzione dell'opinione pubblica un problema da sempre centrale in materia di servizi segreti, e di recente riproposto dopo gli attentati dell'11 settembre 2001: quali i limiti dell'attività dei servizi? Fino a che punto la salvaguardia dei supremi interessi di un paese democratico può comportare la legittimità di una violazione della legislazione ordinaria e la conseguente limitazione dei diritti dei singoli? Ciò, in particolare, può avvenire in stati di crisi internazionale o, peggio ancora, di guerra?

Le attività connesse alla sicurezza nazionale, e in particolare le attività di *intelligence*, per loro stessa natura sfuggono alla trasparenza e alla pubblicità che caratterizzano tradizionalmente le manifestazioni dei pubblici poteri in un ordinamento democratico. Su ciò, nessun dubbio. Quali, però, i limiti entro cui contenere tali attività, senza l'individuazione di vere e proprie sacche di impunità sottratte ad ogni controllo? Il nodo non è di facile soluzione, perché da sempre ci si trova, in questi casi, all'interno di una sorta di zona grigia dello stato di diritto, in cui le ragioni della politica e quelle della legalità sono di difficile contemperamento.

Il dibattito che si è sviluppato ha visto diverse prese di posizione. Da una parte si è sottolineata la necessità, di fronte all'emergenza del terrorismo internazionale, di un compromesso tra le ragioni della sicurezza nazionale e le regole dello stato di diritto, alla luce dell'esistenza "di una zona grigia a cavallo tra legalità e illegalità, dove gli operatori della sicurezza possano agire per sventare le minacce più gravi", al di fuori degli stretti limiti della legalità ordinaria, e in cui "lo stato di diritto si arresta, non entra, se non, e solo in casi eccezionali, con la massima cautela", come avverrebbe in alcuni ordinamenti contemporanei (cfr. A. Panebianco, *Il compromesso necessario*, in *Corriere della sera* del 13 agosto 2006).

Dall'altro, si è ribadita l'assoluta illegittimità di zone sottratte al dominio delle regole dello stato di diritto, anche di fronte a situazioni di emergenza come quelle attuali (cfr. F. Cordero, *Il diritto nell'era del terrorismo*, in *la Repubblica* del 28 agosto 2006). Infine, c'è chi ha sottolineato la necessità di una riforma che chiarisca esattamente i limiti di azione dei nostri servizi (ad esempio prevedendo un'apposita causa di esclusione della pena, proporzionata alle finalità precipe dell'attività di *intelligence*), per fronteggiare le situazioni di emergenza ma sempre in coerenza con i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale (cf. V. Grevi, *007 e reati "necessari. Meglio fare chiarezza*, *Corriere della sera* del 12 luglio 2006). Dal canto suo, il Presidente del Comitato parlamentare di controllo sui servizi ha proposto, in un'intervista che ha suscitato molto scalpore (cfr. C. Scajola, *Dare agli 007 licenza di rapire*, in *La Stampa* del 7 agosto 2006), una sorta di autorizzazione del Presidente del Consiglio per il compimento di attività illegali da parte degli appartenenti ai servizi, con l'esclusione di alcune delle fattispecie di reato più gravi (ad es. l'omicidio, ma non il sequestro di persona), e nell'ottica dei limiti della necessaria salvaguardia della sicurezza nazionale. Il tutto con un

contemporaneo rafforzamento degli strumenti di controllo del Parlamento.

Il nocciolo del problema, dunque, è quello delle c.d. garanzie funzionali per gli appartenenti agli organismi di *intelligence*, per un efficace perseguimento delle loro peculiari finalità di raccolta ed analisi di informazioni indispensabili a garantire la sicurezza nazionale, anche se col necessario bilanciamento con i principi dello stato costituzionale di diritto. Tutto ciò anche attraverso azioni formalmente illegali (ad es. una violazione di domicilio, un'intercettazione telefonica o una falsificazione documentale sottratte al vaglio dell'autorità giudiziaria), ma finalizzate alla raccolta di informazioni per la sicurezza nazionale e legittime alla luce del bilanciamento dei valori costituzionali in gioco (tutela dei diritti-sicurezza nazionale). Che questo sia il vero punto cruciale, è dimostrato non solo dal dibattito che ha portato alla riforma degli apparati dei servizi di sicurezza contenuto nella legge n. 801 del 1977, ma anche dalle successive proposte di legge, da diverse relazioni del Comitato parlamentare di controllo e dalle molteplici vicende giudiziarie che hanno coinvolto, soprattutto a partire dagli inizi degli anni '90, i vertici di SISDE e SISMI.

Si veda, in proposito, l'attuale art. 9 della legge n. 801 del 1977, in base al quale gli appartenenti ai servizi "non rivestono la qualità di ufficiali o di agenti di polizia giudiziaria", con conseguente assenza di tutti gli ordinari obblighi di collaborazione con l'autorità giudiziaria. E' inoltre previsto che essi abbiano l'obbligo di fare rapporto solo ai vertici dei rispettivi servizi, tramite i loro superiori (i quali ne riferiscono poi ai Ministri della difesa e dell'interno, al Presidente del Consiglio e al Comitato parlamentare di controllo). Certo, è stabilito l'obbligo, per i direttori, di fornire all'autorità giudiziaria tutti gli elementi a loro conoscenza che possano configurare ipotesi di reato; tuttavia tale obbligo può essere ritardato", con l'autorizzazione del Ministro e del Presidente del Consiglio, "quando ciò sia strettamente necessario per il perseguimento delle finalità istituzionali dei Servizi". Al di fuori di tali ipotesi legislative, nessuna ulteriore attività dei servizi può essere compiuta legittimamente.

Dunque, l'eventuale conoscenza da parte del Direttore del SISMI del piano della CIA per la cattura di Abu Omar poteva anche formalmente non far scattare l'obbligo di una immediata comunicazione all'autorità giudiziaria; ciò, però, solo di fronte ad attività indispensabili per l'acquisizione di informazioni utili per la sicurezza nazionale e sulla base di una espressa autorizzazione del Ministro della difesa e col consenso del Presidente del Consiglio dell'epoca (il che è tutto da dimostrare). Tali circostanze, quindi, dovranno essere accertate in concreto, anche se al momento risulta che il Gen. Pollari abbia eccepito ai magistrati milanesi (15 luglio) e al Comitato parlamentare (6 agosto e 27 settembre) il segreto di stato su alcuni documenti che dimostrerebbero la correttezza della sua condotta e la sua contrarietà ad ogni attività illegale. Segreto che, a detta del Presidente Scajola, sarebbe stato apposto dal precedente governo e confermato il 4 agosto dall'attuale Presidente del Consiglio, relativamente agli accordi di *intelligence* tra Italia e USA successivi all'11 settembre 2006 (cfr. i giornali del 7 agosto 2006). Dal canto suo la procura di Milano, con una scelta che suscita qualche dubbio, non ha chiesto la prescritta conferma del segreto eccepito, ritenendolo irrituale non solo perché proveniente da un indagato, e non da un testimone, ma anche perché generico e relativo a documenti considerati estranei rispetto ai fatti di indagine, evidenti attraverso prove documentali già acquisite agli atti (cfr. *Il Sole 24 Ore* del 20 luglio 2006).

Questa scelta sembra aver tolto in parte dall'imbarazzo l'attuale esecutivo, in un momento assai delicato e in vista della presentazione di un organico disegno di riforma degli apparati di *intelligence*.

In ogni caso, la comparsa in scena dello spettro del segreto di stato non fa che confondere lo scenario, e rappresenta l'ennesima dimostrazione della necessità di una riforma della legislazione in merito all'attività dei servizi. Una cosa, infatti, è il problema della disciplina delle notizie che devono rimanere segrete per fini di sicurezza nazionale, a prescindere dall'attività dei servizi; altra il problema dei limiti funzionali delle attività degli appartenenti ai servizi stessi, il cui fine è svolgere attività di informazione e di *intelligence*, non automaticamente coperte da alcuna forma di segreto di stato. Che tali attività debbano rimanere riservate, appare ovvio; ma non certo con le modalità e le forme dell'opposizione del segreto di stato, strumento straordinario di tutela pensato a ben altri fini.

In ogni caso, non si tratta tanto di limitare le attività segrete, depotenziando l'efficacia dei nostri servizi; quanto di chiarire, fin dove possibile, i limiti operativi dei servizi, la catena di comando, le responsabilità politiche (anche attraverso un rafforzamento dei poteri ispettivi del Comitato di controllo). Il giusto equilibrio tra tutela giurisdizionale dei diritti ed esigenze di difesa della sicurezza nazionale, entrambi valori costituzionalmente fondati, nel rispetto del vincolo dell'obbligatorietà dell'azione penale, ex art. 112 Cost.

La consapevolezza della necessità di un aggiornamento della normativa sui servizi segreti, e in particolare in materia di garanzie funzionali, ha ripreso vigore negli ultimi quindici anni; la vicenda Gladio, prima, e lo scandalo sui fondi neri del

SISDE, dopo, hanno reso evidenti le lacune di una riforma, come quella del 1977, espressamente pensata come provvisoria. Non a caso tutti i progetti di riforma presentati in Parlamento, e in particolare quelli del Governo (cfr. XI legislatura, AS 1628; XIII legislatura, AS 4162; XIV legislatura, AS 1513 e AC 3951), i lavori della commissione Jucci del 1997 e diversi rapporti e relazioni del Comitato parlamentare di controllo (cfr. il primo rapporto del 1995, Doc. XXXIV, n. 1; nonché la relazione sulle ipotesi di riforma del 2001, Doc. XXXIV, n. 1) risultano ispirati a una triplice finalità: a) la semplificazione e la riorganizzazione degli apparati, con un chiarimento delle responsabilità e delle catene di comando; b) la predisposizione di un efficace sistema di garanzie funzionali per gli appartenenti ai servizi; c) il potenziamento degli strumenti di controllo del Comitato parlamentare.

In particolare, per quanto riguarda il punto sub lettera b), si è più volte ipotizzata la necessità di individuare una speciale causa di giustificazione, o di non punibilità, per le attività illecite compiute ai fini di servizio, sempre se proporzionate agli obiettivi informativi da perseguire (e comunque non incidenti sulla libertà personale, e sull'integrità psicofisica di soggetti terzi), le quali dovrebbero quindi essere autorizzate direttamente dai vertici dell'esecutivo, anche se sotto il controllo di un particolare organo di garanzia. Il magistrato ordinario procedente, di fronte ad eventuali illeciti, dovrebbe dunque limitarsi a valutare se la condotta rientri o meno nell'autorizzazione, prosciogliendo gli indagati in caso affermativo.

A tale proposito, da ultimo, il già citato disegno di legge presentato dal Governo Berlusconi nel 2002 e approvato dal Senato nel maggio del 2003 (AS 1513 e AC 3951), teneva conto delle diverse problematiche emerse, prevedendo una generale causa di giustificazione (analogamente a quanto previsto dall'art. 51 c.p.) collegata alla prescritta autorizzazione del Presidente del Consiglio (anche se e con l'espressa esclusione di tutta una serie di gravi condotte di reato). Contemporaneamente, tale proposta istituiva un apposito Comitato dei garanti, composto da magistrati a riposo e nominato dal vertice dell'esecutivo, che coadiuvava lo stesso nell'attività di autorizzazione. Quanto ai rapporti con il potere giudiziario, veniva riproposto il modello procedurale previsto in materia di segreto di Stato: eccezione in giudizio, interpello al Presidente del consiglio, conferma o meno dell'autorizzazione, eventuale conflitto davanti alla Corte costituzionale. In ogni caso, a tutela dei terzi danneggiati, era fatto salvo il diritto all'indennizzo integrale dei danni subiti.

Tali soluzioni, a distanza di qualche anno, sembrano ancora oggi rappresentare un tentativo di mediazione efficace tra le diverse esigenze in campo, anche se con alcune indispensabili correzioni. Da un lato, infatti, sarebbe più coerente con le finalità dell'intervento, e con la necessaria tutela dei diritti dei terzi coinvolti, la previsione di una più limitata causa di non punibilità, che lascerebbe intatta l'antigiuridicità della condotta e consentirebbe forme indirette di responsabilità civile dello Stato. Dall'altro, andrebbero forse ripensati il ruolo e la natura del Comitato di garanti individuando, se non un organismo giurisdizionale *ad hoc*, una sorta di Autorità indipendente dall'esecutivo composta da tecnici, e nominata in modo imparziale al solo fine di valutare preventivamente la legittimità dell'autorizzazione ipotizzata.

In questo senso, tra l'altro, sembra andare anche l'esperienza comparata. A prescindere da quanto, forse un po' frettolosamente, sostenuto da alcuni, nessun ordinamento contemporaneo prevede infatti una sorta di potenziale autorizzazione a delinquere per gli appartenenti ai servizi. La legislazione tedesca del 1978 (*Gesetz über die parlamentarische Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeit des Bundes*, art. 1, comma terzo) e quella britannica del 1994 (*Intelligence Services Act*, artt. 5-9), infatti, prevedono la possibilità, per gli appartenenti ai servizi di informazione e di sicurezza di compiere intercettazioni (nel caso inglese anche perquisizioni domiciliari) senza la previa autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria, ma i presupposti delle speciali autorizzazioni sono posti sotto il controllo di appositi organi indipendenti (nel primo caso di estrazione parlamentare, nel secondo anche di estrazione giudiziaria).

Anche l'ordinamento statunitense, spesso molto citato, stabilisce chiaramente l'impossibilità di una violazione della Costituzione o delle leggi federali nell'ambito delle attività dei servizi di informazione (cfr. l'art. 2.8 dell'*Executive Order* n. 12333 del 1981, *United States intelligence activities*, che poi proibisce anche alcune condotte specifiche). Tale divieto è poi corredato da un penetrante controllo politico da parte degli appositi *Committee on intelligence*, insediati nel 1976-1977 sull'onda delle vicende connesse allo scandalo *Watergate*, non solo dal punto di vista più generale dell'assegnazione e dell'utilizzo dei fondi necessari, ma anche in merito alle singole attività sotto copertura (*covert actions*). Successivamente all'adozione del c.d. *Intelligence Oversight Act* del 1991 (U.S.C., Title, 50, Chapter 15, Sect. 413-415), attualmente esse devono essere espressamente autorizzate per iscritto da parte del Presidente, non essendo possibili autorizzazioni successive all'avvio delle attività o connesse ad attività illegali. L'autorizzazione, inoltre, deve essere immediatamente comunicata ai Comitati parlamentari (anche al fine del relativo finanziamento); è però previsto che, in casi di straordinaria necessità, tale comunicazione possa essere ritardata, anche se deve essere inoltrata comunque in modo tempestivo (*in a timely fashion*).

Certo, in base al *Foreign Intelligence Surveillance Act* del 1978 (U.S.C., Title, 50, Chapter 36, Sect. 1801 s.) il

Presidente, tramite il Procuratore generale, può autorizzare i servizi di informazione ad attuare intercettazioni e perquisizioni, al di fuori delle ordinarie garanzie giudiziarie; in ogni caso, però, tali attività di *intelligence* devono essere autorizzate da un'apposita istanza giurisdizionale (*FISA Court*), mentre la violazione delle norme in questione comporta sanzioni penali, nonché limitate forme di responsabilità civile nei confronti dei terzi. Delle iniziative deve essere data periodica comunicazione ai citati Comitati parlamentari di controllo.

In tutti questi casi però l'assenza del principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale può portare alla non persecuzione giudiziaria di eventuali condotte illegittime (ferma restando invece la questione dell'eventuale responsabilità civile degli appartenenti ai servizi e dell'amministrazione).

La legislazione antiterrorismo varata successivamente all'11 settembre 2001, come noto, ha portato ad un ampliamento dei poteri investigativi e di *intelligence*, spesso con una compressione dei diritti dei singoli individui. In particolare, negli Stati Uniti, l'attivazione dei poteri di guerra del Presidente, autorizzata dal Congresso, ha portato alla costruzione di uno stato giuridico d'eccezione sotto diversi profili incompatibile con il dettato della Costituzione USA (si pensi al concetto di nemici combattenti, alla vicenda di Guantanamo e alla garanzia dell'*habeas corpus*, ai procedimenti giudiziari speciali, fino alle recenti ammissioni di un massiccio programma di intercettazioni segrete e dell'esistenza di carceri della CIA al di fuori del territorio federale). All'interno di tale contesto vanno lette anche le *extraordinary renditions* attuate dalla CIA, compresa quella di Abu Omar. Ebbene, al di là delle reazioni dell'opinione pubblica e del Congresso, spesso tenuto all'oscuro o informato parzialmente e in ritardo, la Corte Suprema degli Stati Uniti, con alcune sue recenti decisioni, ha dichiarato l'incostituzionalità sotto diversi profili di tale regime d'eccezione (cfr. i casi *Rasul*, *Hamdi* e *Padilla* del 2004; nonché il recente caso *Hamdan* del 2006, su cui si vedano le osservazioni di C. Bologna, *Hamdan vs. Rumsfeld. Quando la tutela dei diritti è effetto della separazione dei poteri*, in corso di pubblicazione in *Quaderni costituzionali*), a dimostrazione che anche le più pressanti ragioni di sicurezza nazionale non possono comportare la totale compressione dei diritti costituzionalmente previsti e l'eliminazione dei poteri di controllo del Congresso.

Dunque, *covert actions* come quella relativa al rapimento di Abu Omar appaiono in contrasto non solo con i principi fondamentali dell'ordinamento italiano, ma anche con i fondamenti costituzionali dell'ordinamento statunitense, oltre che di tutti gli altri ordinamenti liberaldemocratici. Tale circostanza, quindi, ci deve fare riflettere sulle modalità di un aggiornamento, proporzionato e coerente con il nostro ordinamento costituzionale, dell'organizzazione dei servizi di informazione e sicurezza, in particolare in relazione alle garanzie funzionali degli appartenenti ai servizi; in questo campo, infatti, un po' di luce eviterebbe da un lato possibili abusi (evidenziando limiti di azione, catena di comando e responsabilità), allo stesso tempo garantendo l'efficienza e l'operatività dei nostri apparati di *intelligence*.

Questo perché, come è stato autorevolmente ricordato, "vi è un'area in cui la legalità può farsi crepuscolare", ma "le ragioni utilitaristiche devono [...] arrestarsi davanti ad una soglia insormontabile: il rispetto di alcuni valori essenziali" quali il diritto alla vita, alla libertà personale, alla dignità; e "niente può giustificare la violazione di uno di questi diritti" (cfr. A. Cassese, *L'esigenza di sicurezza e i limiti invalicabili*, *la Repubblica* del 3 luglio 2005).

* Ricercatore di Diritto costituzionale, Università di Bologna - giupponi@giuri.unibo.it