DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

IL CASO ABU OMAR DAVANTI ALLA CORTE EUROPEA: QUALCHE OPPORTUNA PRECISAZIONE

di Eugenio Selvaggi

SOMMARIO: 1. Una sentenza attesa…e insieme inaspettata. – 2. La critica al Governo (quanto all'opposizione del segreto di Stato). – 3. La critica alla Corte costituzionale. – 4. La critica al Governo quanto alle (mancate) iniziative in punto di estradizione. – 4.1. La mancata proposizione della domanda di estradizione degli imputati americani. – 4.2. La mancata richiesta di estradizione degli imputati americani condannati. – 5. La critica al Presidente della Repubblica. – 6. L'istituto della grazia: polifunzionalità e pluridirezionalità.

1. Una sentenza attesa…e insieme inaspettata.

La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Nasr e Ghali c. Italia, emessa il 23 febbraio 2016 nel noto caso Abu Omar richiede qualche riflessione a margine, al fine di chiarire aspetti pretermessi dalla corte europea o sui quali la stessa corte ha sorvolato evidenziando una non sufficiente ponderazione, nonostante le cento pagine di motivazione (e l'unanimità raggiunta dai giudici).

Occorre dire che la severa condanna dell'Italia da parte della Corte europea era attesa, in qualche modo preannunciata come inevitabile dai numerosi e significativi interventi del Consiglio d'Europa in merito agli episodi di *extraordinary renditions* (*transfèrements extrajudiciaires* o *remises extraordinaires*, in francese). Basti ricordare i due Rapporti Marty (formalmente riconducibili, appunto, all'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, organismo che raccoglie, come è noto, quarantasette Stati): il primo del 2006 (12 giugno) e il secondo del 2007 (11 giugno). Va pure ricordato il Rapporto del Parlamento europeo del 30 gennaio 2007. Credo sia superfluo ricordare le reazioni che il mondo civile ha avuto a fronte del disvelamento della pratica delle *extraordinary renditions*, incentivata (anzi, riconosciuta come lecita) dall'amministrazione statunitense dell'epoca (in virtù del *Patriot Act*).

All'indomani della pubblicazione della sentenza Abu Omar da parte dei giudici di Strasburgo, Francesco Viganò, con la consueta sintetica chiarezza ha rilevato che:

"[L]e ragioni della violazione più importante, tra quelle accertate a Strasburgo (e ce n'è una lista lunghissima), risiedono dunque nella condotta del governo, della Corte costituzionale e del Presidente della Repubblica all'epoca in carica. Istituzioni alle quali si devono, rispettivamente:

quanto al governo, la decisione di opporre il segreto di Stato nei processi penali in relazione a circostanze già in parte di dominio pubblico, all'evidenza con il solo scopo di impedire la punizione di numerosi responsabili, nonché la successiva decisione di non chiedere – salvo in un unico caso – l'estradizione dei condannati di nazionalità statunitense;

(cc) BY-NC-ND 2010-2016 Diritto Penale Contemporaneo

quanto alla Corte costituzionale, le note sentenze sulla vicenda che hanno sancito la prevalenza del segreto di Stato sulle ragioni della giurisdizione penale, e in definitiva sulla tutela dei diritti fondamentali delle vittime;

quanto al Presidente della Repubblica, la decisione di graziare tre condannati, tra cui colui che era stato indicato dalle sentenze come il principale responsabile".

Mentre le autorità giudiziarie ordinarie (in particolare la procura della Repubblica di Milano) hanno visto, dalla Corte europea, riconosciuti, insieme con la giustizia della decisione interna, i meriti per l'impegno profuso, la censure dei giudici di Strasburgo si sono indirizzate ad organi statuali secondo modalità e toni che non possono non essere definiti quantomeno inusuali.

Proprio su queste censure ritengo di proporre qualche pacata riflessione…in qualche modo "asimmetrica" rispetto al generale consenso che la parte centrale e il nucleo essenziale della decisione hanno suscitato e che certamente meritano.

2. La critica al Governo (quanto all'opposizione del segreto di Stato).

Nessun dubbio può essere avanzato quanto alla severa valutazione che ha avuto ad oggetto le decisioni del governo di opporre il segreto di Stato. Innanzitutto perché, come la stessa Corte europea rileva, i fatti erano comunque noti (essendo stato il segreto apposto successivamente agli accertamenti dell'autorità giudiziaria, quindi fatto valere solo nella fase dell'accertamento giurisdizionale delle responsabilità). In secondo luogo perché, se pure l'opposizione di un segreto può ben rispondere ad esigenze di superiore interesse pubblico, la gravità dei fatti contestati imponeva quantomeno una bilanciata valutazione degli interessi in gioco; tanto più che la decisione quanto all'opposizione del segreto seguiva la oramai acclarata evidenza della finalità del sequestro di Abu Omar e della sua compiuta realizzazione.

3. La critica alla Corte costituzionale.

Tralascio anche di valutare quanto asserito dai giudici europei con riferimento alle decisioni della nostra Corte costituzionale in punto di opposizione del segreto. Se non, forse, per non escludere (quantomeno la tentazione di) una risposta della nostra corte "alla prima occasione": è noto che il contesto sovranazionale ci consegna possibilità di "cortocircuiti" tra corti costituzionali, dovendo la CoEDU essere ritenuta, *ratione materiae*, una corte costituzionale; del resto ho sempre pensato che, *mutatis mutandis*, alla base del parere dato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea contro l'adesione dell'Unione alla Cedu vi fosse anche un inconscio atteggiamento psicologico (che non può certo escludersi *a priori* per la natura impersonale di un organo) che si può tradurre con la domanda: "quale corte sta sopra l'altra". E, d'altra parte, si rilevano come non del tutto sporadiche o eccezionali decisioni di supreme corti nazionali che richiamano la teoria dei limiti e contro-limiti a fronte di decisioni delle due corti

sovranazionale (Corte di giustizia dell'Unione europea e Corte europea dei diritti dell'uomo); il tutto in un contesto di grande fatica e sempre maggiore incertezza nella direzione della costruzione di una realtà europea ormai indilazionabile nel mondo globalizzato; le discussioni sollecitate dai recenti attentati terroristici a Parigi prima e a Bruxelles poi, testimoniano del cruciale crocevia che è davanti a noi.

4. La critica al Governo quanto alle (mancate) iniziative in punto di estradizione.

Credo, invece, che meritino qualche riflessione gli appunti rivolti da Strasburgo al Governo quanto alle omesse iniziative in punto di (mancata) richiesta di estradizione degli imputati prima, e dei condannati poi, americani. Così come pure suscitano consistenti perplessità le censure rivolte alla nostra massima carica, la Presidenza della Repubblica.

Tenendo separati i due profili, in punto di estradizione credo si debba distinguere la fase processuale da quella conseguente alla condanna definitiva con riferimento al momento in cui è maturata la decisione governativa di non attivare le procedure di consegna dei ricercati.

4.1. La mancata proposizione della domanda di estradizione degli imputati americani.

Nel primo caso (la fase processuale), il rifiuto del ministro della giustizia dell'epoca di avanzare la domanda di estradizione agli Stati Uniti può essere ritenuto opinabile.

La giurisdizione italiana non è stata messa in grado di operare compiutamente, atteso che la presenza degli imputati al processo avrebbe probabilmente giovato ai fini del pieno accertamento dei fatti. Il rilievo non è svalutato dalla considerazione che si sia proceduto nella contumacia (secondo le previsioni del nostro ordinamento) degli imputati. I quali, peraltro, avrebbero potuto in ipotesi fare valere anche argomenti e circostanze a proprio favore, ad esempio indicando l'esistenza di ordini specifici ai quali non potevano sottrarsi secondo la loro legge o nel precisare puntualmente la catena di comando che ha portato all'ordine di eseguire l'apprensione di Abu Omar disponendone il successivo trasferimento in Egitto, così contribuendo al pieno accertamento dei fatti. Tuttavia al riguardo non può ritenersi inverosimile che le autorità americane si sarebbero opposte a una loro volontaria partecipazione al processo (nel caso del colonnello Romano addirittura potendo porre in essere misure cogenti nei suoi confronti, secondo le leggi militari, essendo egli un sottoposto gerarchicamente; va pure ricordato che al Romano venne ordinato di rientrare immediatamente in patria), così rendendo non pronosticabile in termini favorevoli una risposta positiva degli Stati Uniti a una domanda di estradizione.

Sotto questo profilo deve concludersi che la mancata richiesta di estradizione (da parte di ben cinque ministri: Castelli, Mastella, Scotti, Alfano e Palma, e sotto due governi diversi: Berlusconi, Prodi) non ha impedito che il processo si facesse e si

concludesse; però con un accertamento non completo. Che, d'altra parte, nella decisione di non avanzare la domanda di estradizione potrebbero avere giocato considerazioni dettate da realismo (nella consapevolezza che, appunto, gli Stati Uniti avrebbero reagito negativamente).

4.2. La mancata richiesta di estradizione degli imputati americani condannati.

La diversa situazione della mancata attivazione delle procedure di consegna una volta che la condanna era passata in giudicato richiede, a mio parere, una più articolata riflessione. Non senza ricordare però che la conseguenza che ne è derivata è stata quella di non consentire che alla pena inflitta venisse data esecuzione; che alla giurisdizione penale italiana, insomma, non sia stato consentito di realizzarsi compiutamente.

Va innanzitutto ricordato che, nei confronti dei condannati, venne emesso mandato di arresto europeo. Come è noto si tratta di atto dell'autorità giudiziaria, non sottoposto a valutazioni politiche; l'emissione del MAE aveva come conseguenza che, ove mai alcuno dei condannati fosse venuto in uno dei Paesi dell'Unione europea, sarebbe stato fatalmente arrestato in vista della consegna all'Italia. Qui non entra in gioco l'estradizione.

L'azione di ricerca e consegna di fuggitivi (da una condanna definitiva) si articola, fuori dell'Unione europea, secondo due schemi procedurali che possono essere così riassunti: 1. diffusione di ricerche in campo internazionale (sia nei paesi dove si presume o non si esclude che possano essersi rifugiati i ricercati, sia in tutti i paesi che aderiscono alla convenzione Interpol: si tratta di circa centonovanta Stati, Stato Città del Vaticano incluso) quando non si conosce dove la persona si sia rifugiata o comunque si trovi; 2. attivazione della procedura attraverso la domanda di estradizione avanzata allo Stato di rifugio quando questo sia conosciuto. Quando la persona viene rintracciata, viene avanzata immediatamente (dietro la relativa segnalazione Interpol) richiesta di arresto provvisorio a fini estradizionali; molti Stati, peraltro, accettano che la segnalazione Interpol (cosiddetta *red-notice*–avviso rosso) contenga di per sé tale richiesta.

Ora, nel nostro caso, mentre nei confronti di tutti gli imputati vennero a suo tempo disposte, per decisione ministeriale, le ricerche in campo internazionale (venne cioè emesso il c.d. mandato di cattura internazionale, appunto, tramite Interpol, verso tutti i Paesi aderenti a tale Organismo), nei confronti dei condannati, quindi dopo che la sentenza divenne definitiva, venne mantenuto tale provvedimento solo nei riguardi del condannato la cui sentenza recava la pena più alta, cioè Robert Seldon Lady, il quale fu arrestato a Panama a metà luglio del 2013. Interpol Panama nell'occasione avvisò immediatamente – come d'uso – le autorità italiane e il ministero della giustizia provvide ad avanzare la richiesta di arresto provvisorio anticipando che a breve avrebbe inviato la domanda di estradizione (che richiede del tempo, atteso che si deve inviare copia della sentenza tradotta nella lingua del paese; nel nostro caso lo spagnolo: per questo motivo non è possibile predisporre con anticipo la documentazione da

inviare). E' accaduto poi che, già dal giorno dopo, le autorità panamensi abbiano negato addirittura che il Lady fosse stato arrestato nel Paese (nonostante la prova dell'invio della comunicazione Interpol panamense). Si è poi appresso che gli fu assicurato un pronto rientro negli Stati Uniti.

E' certo vero che agli Stati Uniti non fu indirizzata alcuna domanda di estradizione per nessuno dei condannati americani. Non può però sottacersi che, anche ove ciò fosse stato fatto, a tale richiesta gli Stati Uniti avrebbero dato risposta negativa: fosse essa giustificata (ad esempio attraverso il riconoscimento da parte delle autorità americane competenti dell'avere, i cittadini americani, obbedito ad ordini impartiti) o meno (quindi con conseguente violazione del trattato bilaterale), la sostanza non cambia, al di là delle questioni di principio. Sicché concludere che la mancata richiesta di estradizione abbia avuto come conseguenza quella di assicurare l'impunità dei condannati, costituisce esatta conclusione sotto il profilo della conseguenza obiettiva ma non tiene conto del contesto dei rapporti internazionali che presiedono al settore dell'estradizione, dove tanto il potere di chiedere l'estradizione quanto il potere di concederla costituiscono, secondo un'impostazione universalmente accettata, frutto di valutazione politica (o, secondo la nostra pratica giudiziaria) di alta amministrazione. Basti ricordare i casi famosi di Pinochet, richiesto in estradizione al Regno Unito dalla Spagna (arrestato in territorio britannico e poi fatto partire verso il Cile) o, per una vicenda che ci riguarda da vicino, il caso Battisti (dove la Francia formalmente rispose in senso positivo alla richiesta di consegna italiana ma, nei fatti, quantomeno non impedì che lo stesso si rifugiasse in Brasile). La vicenda di Battisti, anzi, è emblematica di come giochino i rapporti internazionali e le motivazioni politiche interne, se solo si pensi alla decisione delle corti brasiliani di estradarlo e alla decisione opposta maturata a livello politico…e peraltro possibilmente soggetta a ulteriori modifiche in conseguenza delle vicende politiche recenti in Brasile.

Basterebbe questo per fare concludere che una critica che non tenga conto di questi fattori, cioè dei possibili risvolti internazionali in una procedura che si basa, appunto, sulla cooperazione tra Stati (e quindi dei governi che li rappresentano), mi sembra quanto meno ingenerosa e comunque semplicistica e in qualche misura anche miope.

Potrebbe anche aggiungersi, per completezza, che i decreti ministeriali (con i quali si enunciano le linee cui avrebbero orientato l'azione amministrativa) di tutti i ministri della giustizia a partire dal 1997, hanno fissato la regola di non avanzare richiesta di estradizione di condannati per i quali la pena – intera o restante – da espiare fosse pari a tre (fino al 2000) o quattro (successivamente) anni di reclusione. La ragione risiede nella inutilità di attivare una procedura così dispendiosa in termini di risorse umane e materiali (la durata media di una procedura estradizionale supera i diciotto mesi) quando la pena in questione potrebbe essere nella sostanza annullata con la concessione si misure premiali una volta giunti nello Stato del processo (eventualmente detratta, se del caso, la custodia patita all'estero). Una circolare del 1997 del direttore generale degli affari penali indicava anche l'opportunità di tenere conto della possibilità che avrebbe avuto la persona eventualmente estradata, di (chiedere di) espiare la pena nel proprio paese (dove avrebbe potuto godere, tra l'altro,

di eventuale grazia presidenziale). Insomma, è stato ritenuto che l'estradizione si giustificasse solo quando la pena da espiare fosse rilevante e concretamente esperibile. E' pur vero che questi decreti ministeriali prevedono la possibilità di derogare a tale regola, in ragione della particolare gravità o natura del reato, delle condizioni della persona ricercata ecc.: ad esempio il DM del 10 gennaio 2000, al punto 21, stabilisce di "osservare il principio secondo cui nei casi di estradizione attiva la richiesta non deve essere predisposta se la sanzione che si ritiene possa essere irrogata non superi la pena detentiva di quattro anni tranne che, in relazione alla natura del reato o alla personalità del suo autore, la richiesta stessa risulti comunque opportuna". In questo senso, peraltro, deve riconoscersi che il caso di specie non avrebbe fatto ritenere irragionevole l'attivazione della procedura di estradizione, pure se il dato esperienziale e statistico, con riferimento ad altri casi relativi a reati gravi, non evidenzia discostamenti dalla regola detta.

Nel comunicato del ministero del 21 dicembre 2012, è precisato che "il Ministro si è adeguata a quanto stabilito dal decreto ministeriale del gennaio 2000 e da altre circolari in materia….le medesime disposizioni sono state alla base di tutte le analoghe decisioni assunte da precedenti ministri e confermate dalla stessa Guardasigilli Severino…".

Va aggiunto, per ulteriore completezza, che la pena che gli americani avrebbero dovuto espiare si era ridotta alla misura prevista dai decreti ministeriali detti per effetto dell'applicazione, da parte dell'autorità giudiziaria milanese, dell'indulto (con la sola esclusione del Lady, per il quale, appunto, fu invece emesso un "mandato di cattura internazionale").

Insomma, le valutazioni generali sul piano internazionale cui si è fatto cenno prima hanno giocato un ruolo prevalente. In parole povere e per concludere sul punto: una richiesta di estradizione rivolta agli Stati Uniti non avrebbe ricevuto risposta positiva, anche se l'azione illecita posta in essere in Italia e conforme alle direttive ricevute dall'Amministrazione dell'epoca, non risultava lecita quando la sentenza era divenuta definitiva non essendo state quelle direttive confermate dall'Amministrazione Obama.

5. La critica al Presidente della Repubblica.

Ma quella che non credo possa essere accettata, nei termini in cui è stata fatta, è la critica rivolta al Presidente della Repubblica.

Mi riferisco, in particolare, alla prima grazia, concessa dal Presidente Napolitano.

La grazia venne concessa al colonnello Joseph Romano, che era il capo della sicurezza della base americana di Aviano e che era l'unico ad avere una pena che, pure a indulto applicato, restava superiore al limite dei quattro anni previsto dal decreto ministeriale in vigore. Era insomma l'unico che non avrebbe potuto sottrarsi a una richiesta di estradizione (quale che sarebbe stata la reazione americana nel ricevere tale richiesta) ed era l'unico militare NATO, che poteva accampare di avere eseguito gli

ordini (in una situazione che al momento dei fatti non escludeva una privazione verosimilmente illecita della libertà personale ma che poteva non fare prefigurare necessariamente la finale destinazione in Egitto e l'inflizione della tortura). Va ricordato che i giudici, da ultimo anche la cassazione, hanno escluso che nel caso di specie potesse ricorrere l'ipotesi dell'atto compiuto nell'esercizio delle funzioni (come previsto appunto dal trattato NATO e come era avvenuto anni prima nella vicenda triste del Cermis), che avrebbe comportato la prevalenza e priorità della giurisdizione americana, peraltro invocata dalle autorità americane, ritenendo ragionevolmente che l'illiceità del fatto (rapimento di Abu Omar) avesse interrotto il nesso di causalità con l'invocato compimento dell'atto nell'esercizio di funzioni. Tale conclusione è stata raggiunta dopo un'altalenante valutazione da parte dei giudici di merito (e della stessa procura generale di Milano che, aveva condiviso il parere, espresso dall'allora ministro Alfano, che nel caso di specie ricorresse la supremazia della giurisdizione americana) e venne infine respinta dalla cassazione, sulla base della considerazione che l'atto illecito – sequestro di persona – non può essere ricondotto all'esercizio delle funzioni, neppure quando nello Stato di origine esso è considerato lecito o addirittura è imposto. Del resto, era stato nell'occasione rilevato, gli Stati Uniti non avevano allegato documentazione idonea a fare concludere che l'atto in questione fosse stato ordinato dall'Amministrazione americana e che, quindi, gli imputati avessero obbedito agli ordini.

Va anzi aggiunto che la circostanza che la sentenza della cassazione ha ritenuto l'esclusiva giurisdizione italiana sulla base dell'asserita mancanza di previsione nell'ordinamento americano come reato del comportamento (considerato lecito oppure addirittura imposto) al Romano ascritto (e per cui è stato riconosciuto colpevole; ciò che ha portato ad escludere la concorrente – e, del caso, prioritaria – giurisdizione americana), portava come conseguenza la mancanza del requisito della doppia incriminazione e, quindi, un probabile rifiuto (giuridicamente motivato) di un'eventuale richiesta di estradizione.

Quelle ragioni riconducibili a un contesto più ampio intessuto di rapporti internazionali di non secondario rilievo hanno evidentemente guidato le decisioni degli alti organi dello Stato coinvolti (nel caso: il Presidente della Repubblica); abbiano deciso bene o male è questione opinabile ma quello che è certo è che tali scelte non potevano e non possono essere oggetto di valutazioni tecnico-giuridiche espresse da una corte, sia pure essa una corte sovranazionale. Come non è inimmaginabile pensare, quanto alla posizione del colonnello Romano, alla valenza di precedente che una conclusione piuttosto che un'altra avrebbe potuto valere sulla presenza militare statunitense in Italia sulla base degli accordi NATO.

Che la navigazione in queste tematiche e in questo contesto sia oltremodo cosparsa di scogli pericolosi è dimostrato dal fatto che alla stessa motivazione (quella dell'esercizio delle funzioni) opposta dalle autorità americane si è richiamata l'Italia nel caso dei due marò arrestati in India per l'uccisione (contestata in origine dalle autorità indiane come dolosa, sia pure sotto la forma del dolo eventuale) dei due pescatori indiani (la nota vicenda della Enrica Lexie).

Mi sembra però, ripeto, non accettabile mettere in discussione l'esercizio di un potere sovrano di clemenza, per definizione sottratto, nel nostro ordinamento, a qualsiasi parametro (se non quelli ordinari dell'attentato alla costituzione e dell'alto tradimento: art. 90 cost.).

6. L'istituto della grazia: polifunzionalità e pluridirezionalità.

Va premesso che la caratteristica dei tradizionali (per il nostro ordinamento) istituti attraverso i quali si esprime la potestà di clemenza (amnistia, indulto e grazia) è la loro polifunzionalità, come si ricava inequivocabilmente dal fatto che la legge non predetermina i fini cui essi sono preordinati. Fini che possono essere ricondotti a strumenti di politica (v. l'amnistia del 1945 e quella del 1970), di personalizzazione della pena; persino di deflazione del carico giudiziario.

L'istituto della grazia richiede in particolare la sussistenza di due requisiti: la singolarità del caso e la assenza di un giudizio di opportunità/inopportunità della sanzione con riferimento al bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice e dello stesso disvalore sociale del fatto, perché in quest'ultimo caso le strade maestre sono altre: la modifica della norma incriminatrice o la concessione di amnistia.

Credo che si possa dire che l'istituto della grazia non ha una finalità di politica generale.

Il che, però, non vuol dire negare un uso politico della grazia. Voglio dire: una ragione politica può costituire il "motivo" ma non la "causa" (ragionando in termini civilistici) della concessione della grazia. Si ricorderà che durante il sequestro Moro fu prospettata ed esaminata la possibilità di concedere la grazia a una appartenente alle Brigate rosse: la proposta suscitò polemiche, nessuna delle quali, tuttavia, circa l'utilizzabilità astratta del ricorso alla grazia (ma piuttosto sull'opportunità di mantenere o abbandonare la strada della fermezza); in quella occasione il Presidente della Repubblica Leone fece sapere che aveva "la penna intinta" pronta per la firma.

Credo sia superfluo ricordare i numerosi casi (sia pure senza contare quelli "anomali", come il "rilascio", negli anni Settanta, di alcuni terroristi di area mediorientale arrestati a Fiumicino) in cui la concessione della grazia ha avuto un carattere, a dirla con Leopoldo Elia, di "politicità o rilievo politico" (lo riconosce negli *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Jovene, 789): basta dare anche un veloce sguardo al *Dossier sul potere di grazia* di Mario Pisani (Padova, 2004 e anche 2006) per averne sicura conferma e ricordare i casi dei terroristi altoatesini, di Curcio, Sofri e Bompressi per rendersi conto della latitudine delle valutazioni presidenziali quanto alla concessione della grazia.

Può essere utile ricordare che, nel corso della redazione del codice di procedura penale del 1988 (v. *Relazione al Progetto preliminare*, p. 123) fu privilegiata la conclusione che la domanda di grazia dovesse essere presentata al ministro di grazia e giustizia (la versione originaria indicava il magistrato di sorveglianza) appunto per sottolineare come non potesse essere pretermessa la funzione di rilievo anche politico della grazia;

nel corso di quei lavori fu indicata proprio la funzionalità dell'istituto anche in relazione alla politica delle relazioni internazionali.

Non si conoscono quali siano state le ragioni che hanno indotto il Presidente Napolitano a concedere la grazia al colonnello Romano, al di là di quanto emerge dal comunicato emesso dal Quirinale (5 aprile 2013), che così dice:

> *"A fondamento della concessione della grazia, il Capo dello Stato ha, in primo luogo,tenuto conto del fatto che il Presidente degli Stati Uniti Barack Obama, subito dopo la sua elezione, ha posto fine a un approccio alle sfide della sicurezza nazionale, legato ad un preciso e tragico momento storico e concretatosi in pratiche ritenute dall'Italia e dalla Unione Europea non compatibili con i principi fondamentali di uno Stato di diritto. D'altra parte, della peculiarità del momento storico dà conto la stessa sentenza della Cassazione che, pur escludendo che il Romano – come gli altri imputati americani – potesse beneficiare della causa di giustificazione dell'avere obbedito all'ordine delle Autorità statunitensi, ha però ricordato "il dramma dell'abbattimento delle torri gemelle a New York e il clima di paura e preoccupazione che rapidamente si diffuse in tutto il mondo"; e ha evidenziato "la consapevolezza che ben presto maturò di reagire energicamente a quanto accaduto e di individuare gli strumenti più idonei per debellare il terrorismo internazionale e quello di matrice islamica in particolare", consapevolezza alla quale conseguì l'adozione da parte degli Stati Uniti di "drastici" provvedimenti.*
>
> *In secondo luogo, il Capo dello Stato ha tenuto conto della mutata situazione normativa introdotta dal d.P.R. 11 marzo 2013, n. 27 che ha adeguato al codice di procedura penale del 1988 le modalità e i termini per l'esercizio da parte del Ministro della Giustizia della rinuncia alla giurisdizione italiana sui reati commessi da militari NATO, consentendo tale manifestazione di volontà in ogni stato e grado del giudizio. In particolare, il sopravvenire di tale nuova disciplina costituisce sicuramente un fatto nuovo e rilevante il quale avrebbe fatto emergere un contesto giuridico diverso, più favorevole – nel presupposto della tempestività della rinuncia – all'imputato.*
>
> *In definitiva, con il provvedimento di grazia, il Presidente della Repubblica nel rispetto delle pronunce della Autorità giudiziaria ha inteso dare soluzione a una vicenda considerata dagli Stati Uniti senza precedenti per l'aspetto della condanna di un militare statunitense della NATO per fatti commessi sul territorio italiano, ritenuti legittimi in base ai provvedimenti adottati dopo gli attentati alle Torri Gemelle di New York dall'allora Presidente e dal Congresso americani. L'esercizio del potere di clemenza ha così ovviato a una situazione di evidente delicatezza sotto il profilo delle relazioni bilaterali con un Paese amico, con il quale intercorrono rapporti di alleanza e dunque di stretta cooperazione in funzione dei comuni obiettivi di promozione della democrazia e di tutela della sicurezza".*

Insomma, traspare evidente come sulla decisione Abu Omar abbia influito quella che Mario Pisani (v. *La grazia nel settennato 2006-2013 del Presidente Napolitano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2013, 1477) ha chiamato con il suo nome: "ragion di Stato"; non senza esternare, inoltre, fondate perplessità sulla riconduzione dell'istituto della grazia alle esigenze umanitarie, operata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 200/2006 (*loc. cit.*, 2015, 1043 e s.). La fondatezza di tali ultimi dubbi riposa, del resto, anche nella prassi che l'esperienza ci ha consegnato e che integra quella "consuetudine" che in materia costituzionale costituisce fonte di diritto.

Di conseguenza, credo non ci si possa astenere dal rilevare che sul contesto generale complesso sopra descritto, la Corte europea sembra abbia sorvolato con eccessiva leggerezza; comunque non vi ci sia trattenuta con la richiesta ponderazione in relazione all'esercizio di poteri "sovrani".

Non credo che l'adesione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo arrivi fino al punto di determinare una contrazione di potestà fondamentali riconosciute dall'ordinamento costituzionale interno alla suprema carica dello Stato.

Per vero, non sarebbe fuori luogo citare un precedente, che però ha riguardato non la Corte europea, che è organo tecnico bensì l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, che è organo politico.

Con Risoluzione n. 13540 del 18 novembre 2014, l'Assemblea parlamentare del CoE ha censurato il comportamento posto in essere dall'Azerbaijan per il fatto che a un proprio cittadino, Remil Safarov, ufficiale dell'esercito azero, che era stato condannato in Ungheria a trenta anni di reclusione per avere ucciso con premeditazione un ufficiale armeno che seguiva in quel paese un corso di addestramento, e che era stato trasferito per espiare la pena nel proprio Paese (in base alla Convenzione di Strasburgo del 1983), era stata concessa la grazia non appena questi scese dall'aereo che lo aveva riportato in patria (a dire il vero venne anche gratificato di una promozione e della concessione in uso di un appartamento; insomma, era stato accolto come un eroe). L'Assemblea parlamentare ha appunto ritenuto che, in tal modo, l'Azerbaijan aveva "abusato" della convenzione in questione.

Tuttavia è evidente come questo procedente non sia pertinente al nostro caso: nel caso Safarov la concessione della grazia si è tradotta in un "abuso" della Convenzione sul trasferimento delle persone condannate quindi in una violazione di obblighi internazionali, essendo pacifico che la finalità della convenzione è quella di trasferire il condannato nel paese di origine perché colà sconti la pena inflitta nel paese di condanna mentre le modalità della concessione dell'atto di clemenza deponevano, appunto, per lo sviamento della finalità dello strumento internazionale; nel nostro caso, invece, la concessione della grazia interferisce sì con la giurisdizione interna ma ciò appunto secondo la finalità propria di tale istituto.

In conclusione: a ognuno è certo consentito di criticare la decisione del Presidente della Repubblica di concedere la grazia al colonnello Romano; quello che non mi pare possa ammettersi è che ad avanzare una critica, con argomentazione tecnico-giuridica che, come detto prima, non si è fatta carico del complessivo contesto nel quale si muove l'azione della più alta carica dello stato, sia stata un'istanza giudiziaria, sia pure sovranazionale.

Ancora per ragioni di completezza, si ricorda che la sentenza della Corte europea imputa anche al Presidente Mattarella la concessione di due grazie a condannati americani: la Medero e il Lady. Il comunicato emesso dal Quirinale lo stesso giorno (23 dicembre 2015; nella stessa occasione è stata concessa la grazia anche ad altro condannato in relazione a condanna diversa (stupefacenti) così dice:

> *"*[Sono] *state concesse a Betnie Medero la grazia della pena ancora da espiare (tre anni di reclusione), estesa anche alla pena accessoria dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici, e a Robert Seldon Lady, condannato a nove anni di reclusione, la grazia parziale di due anni.*
> *Entrambi i destinatari del provvedimento di clemenza sono stati condannati, in concorso tra loro e con altre ventiquattro persone, per il reato di sequestro di persona, avvenuto a Milano nel febbraio del 2003. Nessuno dei due si trova attualmente in Italia.*
> *La decisione tiene conto del parere favorevole formulato dal Ministro della Giustizia a conclusione della prevista istruttoria.*
> *Nella valutazione delle domande di grazia, il Capo dello Stato ha in primo luogo considerato la circostanza che gli Stati Uniti hanno, sin dalla prima elezione del Presidente Obama, interrotto la pratica delle extraordinary renditions, giudicata dall'Italia e dalla Unione Europea non compatibile con i principi fondamentali di uno Stato di diritto.*
> *Per quanto riguarda la Medero, è stata in particolare valutata l'entità della pena a lei inflitta, minore rispetto a quella degli altri condannati per il medesimo reato che hanno presentato domanda di grazia.*
> *Relativamente a Seldon Lady, il Capo dello Stato ha ritenuto di riequilibrare il trattamento sanzionatorio a lui inflitto rispetto a quello degli altri condannati per il medesimo reato."*

Al riguardo, non si può non rilevare che questi ultimi provvedimenti concessivi della grazia a firma del Presidente Mattarella sono successivi alla presentazione del ricorso di Abu Omar e addirittura all'udienza di discussione davanti ai giudici di Strasburgo (23 giugno 2015); su di essi, dunque, nessun contraddittorio si è potuto svolgere e ciò rende la decisione della Corte europea sul punto specifico non facile da accettare (quantomeno sotto il profilo formale) e sicuramente inaspettata.