

Disarmonie tra Corte Costituzionale e Corte di Cassazione in tema di segreto di Stato ·

di Adele Anzon Demmig - Ordinario emerito di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata

SOMMARIO: 1. *Il punto di partenza: la sentenza n.106 del 2009 della Corte Costituzionale . – 2. Le varie tappe della vicenda: a) Limiti del segreto e conseguenze della sua opposizione tardiva nella sentenza della Cassazione del 29.11.2012 - 3. b)La sentenza n. 24 del 2014 della Corte Costituzionale. – 4. c)La sentenza della Cassazione del 16 maggio 2014 e la sua “opinione dissenziente”. - 5.Considerazioni finali: sentenze della Cassazione e conflitti di attribuzione per errores in iudicando .*

1. *Il punto di partenza: la sentenza n.106 del 2009 della Corte Costituzionale .* La sentenza della Corte di Cassazione, Sez. I penale, n. 20447/14 ha finalmente posto fine alla vicenda giudiziaria relativa all'*extraordinary rendition* di Abu Omar, che per diversi anni ha impegnato in svariati confronti molteplici giudici di merito , la Corte di Cassazione e la Corte costituzionale in ordine all'incidenza del segreto di Stato nel processo penale.

La vicenda, come già è stato da più parti stigmatizzato, è davvero sconcertante soprattutto a causa della incredibile trama di comportamenti contraddittori, esitanti, maldestri quando non volutamente ambigui¹ tenuti dalle autorità di sicurezza, aspetti che hanno costretto sia i giudici comuni sia la Consulta, ciascuno nello svolgimento dei rispettivi compiti, a vere e proprie acrobazie interpretative². Indubbiamente - senza peraltro che ciò possa attutire le responsabilità di

· Di prossima pubblicazione in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014

¹ Giustamente la sentenza della Cass.,Sez.V pen., 29.11.2012 – su cui si tornerà più avanti - parla in proposito di “anomale dinamiche non irrilevanti per il lineare evolversi della vicenda processuale, e definisce “non facilmente spiegabile” il comportamento degli agenti che prima non rilevano l'esistenza del segreto, fornendo pacificamente atti e dichiarazioni al giudice precedente, poi lo oppongono nel corso del dibattimento.

² Su tali aspetti, per brevità rinvio per più ampi svolgimenti del mio commento della sentenza della Corte n.106 del 2009, dal titolo *IL segreto di Stato ancora una volta tra Presidente del Consiglio, autorità giudiziaria e Corte costituzionale*, in questa *Rivista* 2009, 1020 ss. e in www.rivistaai.it. Il riferimento principale di quanto detto nel testo è ai toni elusivi e criptici delle note di opposizione del segreto da parte

quelle autorità per la gestione del segreto nei confronti dell'autorità giudiziaria - ad accentuare l'estrema problematicità della vicenda ha contribuito lo stato della legislazione vigente all'epoca in cui, in piena emergenza terrorismo dopo l'attentato di New York alle torri gemelle³, era emersa la sospetta partecipazione di agenti del SISMI e perfino del suo Direttore al sequestro. All'epoca mancava infatti ancora - nonostante che da tempo nelle numerose proposte e nel dibattito sull'argomento fosse apparsa come misura indispensabile per garantire l'uso del segreto compatibile con i principi dello Stato costituzionale - una previsione di speciali garanzie funzionali per le attività illegali del personale dei servizi preordinate a finalità di protezione della sicurezza. Solo dopo il coinvolgimento di questo personale nel rapimento di Abu Omar è stata approvata la legge n.124 del 2007, che ha introdotto tali garanzie, circondandole di cautele procedurali e di limiti specificamente disciplinati. Ma - ammesso ma non concesso che queste garanzie potessero coprire il caso di specie - esse comunque, proprio perché introdotte successivamente, non erano applicabili alle condotte pregresse oggetto del procedimento aperto dalla Procura di Milano, che rimanevano perciò astrattamente punibili in applicazione delle regole vigenti *pro tempore*.

In tale situazione, il confronto tra i due interessi contrapposti - quello della sicurezza dello Stato e quello dell'esercizio della funzione giurisdizionale - è apparso in tutta la sua tensione. Ciò appare con particolare evidenza nel caso di specie nel quale in esito ai conflitti di attribuzione sollevati dal presidente del Consiglio contro l'autorità giudiziaria, hanno finito per confrontarsi le posizioni della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione.

La sentenza n.106 del 2009 della Corte costituzionale, che ha accolto i molteplici conflitti di attribuzione proposti dal presidente del Consiglio contro la Procura e il GIP di Milano, ha suscitato parecchie perplessità⁴ per diverse ragioni: innanzi tutto per il modo in cui ha ricostruito la nozione di segreto di Stato nel caso concreto e ha valutato come congrue le nebulose e incoerenti note governative di opposizione/conferma dello stesso segreto; in secondo luogo, per non avere chiarito gli effetti di "non indifferenza" dell'opposizione tardiva del segreto sul processo penale pendente e in particolare sulla utilizzabilità o meno della relativa documentazione⁵; *last but not least*, per avere,

dell'autorità governativa, al tardivo riconoscimento della segretezza di atti o documenti dopo che questi erano stati già pacificamente acquisiti nel processo senza contestazione alcuna da parte dei funzionari; a questi si è aggiunta poi la palese contraddizione tra la recisa affermazione di estraneità dei servizi al sequestro sostenuta inizialmente (nota del 2005) e anche le più recenti dichiarazioni del direttore dell'AISE (le note del 25 gennaio e 1 febbraio 2013), intervenute dinanzi al giudice di rinvio dopo la pronuncia della V Sezione penale della Cassazione) che attestavano la riferibilità al SISMI delle attività svolte nell'occasione dal personale del Servizio perché "inquadabili nel contesto delle attività istituzionali di contrasto al terrorismo internazionale di matrice islamica". Altri commenti critici alla sentenza sono indicati nelle note 3 e 4.

³ Sul punto ha richiamato l'attenzione T. F. GIUPPONI, *Il "caso Abu Omar" e le zone grigie dello Stato costituzionale di diritto*, in www.forumcostituzionale.it, (28.09.2008)

⁴ Cfr. per tutti, oltre al mio scritto cit. *supra*, nota 2, anche G. SALVI, *La Corte e il segreto di Stato*, in www.rivistaaic.it, 2009 (poi in *Cass.pen.*, 2009), 1ss.

⁵ Sul tema cfr. soprattutto le osservazioni di G. SALVI, *op.cit.*, 3 ss., 13 ss.

la Corte, sostanzialmente rinunciato al proprio controllo giurisdizionale sul segreto in sede di giudizio per conflitto di attribuzioni, secondo una tendenza poi confermata ed anzi ulteriormente rafforzata nella sentenza n.40 del 2012 e, infine, nella ultima pronuncia n.24 del 2014⁶.

A seguito di questa sentenza del 2009 la Corte d'Appello di Milano ha dichiarato inutilizzabili le dichiarazioni rese dagli imputati in dibattimento e pertanto prosciolto gli imputati ex art.202, comma 3 c.p.p. Impugnata la decisione per cassazione, la Sez.V penale del Supremo Collegio - nel dichiarare di voler dare la debita attuazione alla sentenza costituzionale - ha cassato la pronuncia con rinvio, indicando al giudice di merito la necessità di rivalutare in senso restrittivo l'estensione del segreto nel caso di specie nonché di considerare la possibile conseguente utilizzazione degli elementi di prova.

Questa sentenza della Cassazione, unitamente alla conseguente pronuncia di condanna degli imputati da parte della Corte di rinvio (e ad alcune ordinanze istruttorie di quest'ultima) è stata successivamente impugnata dal Presidente del Consiglio per conflitto di attribuzioni dinanzi alla Corte Costituzionale.

La pronuncia della Corte d'appello è stata impugnata anche da alcuni imputati con ricorso per Cassazione.

2. *Le varie tappe della vicenda: a) Limiti del segreto e conseguenze della sua opposizione tardiva nella sentenza della Cassazione del 29.11.2012* . - Il giudizio sui conflitti dinanzi alla Consulta si è concluso con la sentenza n.24 del 2014 che ha annullato, nelle relative parti, la pronuncia della V sezione della Cassazione (e le conseguenti pronunzie della Corte di rinvio)

⁶ Come sottolineavo nei commenti alle sentt.nn.106 del 2009 (*Il segreto di Stato*, cit., 1029 ss.) e 40 del 2012 (*La Corte abbandona definitivamente all'esclusivo dominio dell'autorità politica la gestione del segreto di Stato nel processo penale*, in questa *Rivista*, 2012, 534 ss. e in www.rivistaaic.it) la politicità dell'atto impugnato non può di per sé escludere il controllo della Corte, che anzi, nello svolgimento della sua speciale funzione, conosce normalmente di atti politici, che, in via più generale la valutazione di tali atti rispetto a parametri normativi è un controllo giuridico al quale non si possono sottrarre poiché - come efficacemente dichiara la recentissima decisione n.81 del 2012 (punto 4.2 mot.dir.) - secondo i fondamentali principi dello stato di diritto anche tali atti "debbono sottostare ai limiti giuridici ad essi imposti dall'ordinamento e alle verifiche di legittimità e validità nelle sedi appropriate". Ribadisco pure la convinzione che il controllo di legalità e proporzionalità di un atto politico non costituisce un sindacato di merito politico (come è dimostrato se non altro dall'esperienza del sindacato di ragionevolezza sulle leggi).

Stigmatizzano questo progressivo rafforzarsi della tendenza al *self-restraint* della Corte in materia anche R.ORLANDI, *Una difesa pervicace del segreto di Stato*, in questa *Rivista*, 2012, 2327 ss.; T.F.GIUPPONI, *Il segreto di Stato ancora davanti alla Corte (ovvero del bilanciamento impossibile)*, in www.forumcostituzionale.it (18.04.2014), poi anche in *Studium Juris*, 2014; A.PACE, *Le due Corti e il caso Abu Omar*, in questa *Rivista*, 2014, ... A.VEDASCHI, *Il segreto di Stato tra tradizione e innovazione: novità legislative e recenti evoluzioni giurisprudenziali*, in *Dir.Pubbl.Comp.Eur.*, 2012, fasc.3. Già in precedenza, sottolineandone la natura giuridica e non di merito politico, auspicava l'effettività di tale controllo P.VERONESI, *Vecchi segreti (e sempre attuali ritardi di) Stato*, in www.forumcostituzionale.it; ID., *La villa dei misteri: uso e abuso del segreto di Stato*, *ivi*, poi anche in *Studium iuris*, 2005.

prospettandone la discrasia con i *dicta* della propria precedente sentenza costituzionale n.106 del 2009⁷.

La sentenza annullata della Corte di Cassazione, nel valutare le conseguenze sul piano processuale della pronuncia costituzionale, ha sottolineato come tale pronuncia abbia lasciato irrisolti alcuni “non secondari” problemi determinati dalle “anomalie” consistenti nelle contraddizioni delle note governative e dell’opposizione tardiva del segreto. Osservazione, questa, a mio avviso difficilmente confutabile se si condividono le critiche ricordate più sopra.

Nell’interpretare poi la “sentenza parametro” sul punto cruciale dell’incidenza del segreto in giudizio, la V Sezione non ha negato affatto che le notizie segretate avessero “tratto” a quei rapporti e/o all’organizzazione del Servizio, anche collegati alla vicenda delle *renditions* e al sequestro di Abu Omar, e dunque non si è discostata, pare, dalla individuazione dei confini del segreto quale operante in concreto nel caso di specie secondo la Corte Costituzionale. Ha ragionato invece seguendo un differente approccio: posto che “di sicuro le finalità della legge e della apposizione o conferma del segreto non è quella di garantire l’immunità penale per eventuali atti illegali compiuti dagli agenti”, ha considerato non invocabile il segreto nel caso particolare perché le condotte di questi ultimi non erano riferibili in alcun modo al SISMI, ma dovevano considerarsi frutto di iniziative individuali e perciò “extrafunzionali”.

Quanto poi alla utilizzabilità o meno dei documenti e gli atti segretati, la Cassazione ha dichiarato che essi rimanevano utilizzabili perché, non essendo riconducibili al SISMI, restavano fuori della sfera ritenuta legittimamente tutelabile dal segreto. Inoltre, tali restavano comunque gli elementi di prova segretati tardivamente: la formula della “non indifferenza” di questa segretazione rispetto al prosieguo del giudizio e la considerazione per la quale essa “non può comportare retroattiva demolizione dell’attività di indagine già compiuta sulla base della precedente e legittima acquisizione degli stessi”- entrambe contenute nella sentenza costituzionale del 2009 – dovevano infatti intendersi, ad avviso del Supremo Collegio, non già nel senso di imporre la radicale inutilizzabilità di quegli elementi (così equiparando l’opposizione tardiva a quella tempestiva), ma come capaci solo di imporre l’uso con particolari accorgimenti atti ad impedire l’ulteriore diffusione delle notizie, e ciò sia perché “più logica”, sia perché in linea con l’orientamento manifestato in argomento dalla Corte EDU.

3. b) *La sentenza n.24 del 2014 della Corte Costituzionale. Osservazioni critiche.* - La Corte Costituzionale nella pronuncia 24 del 2014 boccia ogni passaggio della sentenza della Suprema Corte, ravvisando in questa “errata” interpretazione una menomazione della sfera riservata per la tutela del segreto al Presidente del Consiglio⁸.

Secondo la Consulta, una volta individuata, sulla base delle note governative, la sfera del segreto nelle relazioni tra Servizi italiani e stranieri e *interna corporis* dei servizi italiani, anche in

⁷ Per un confronto critico di questa pronuncia della Corte di Cassazione con la sentenza costituzionale del 209 Cfr. anche A.PACE, *Le due Corti*, cit.,...Sul punto specifico dell’individuazione dei “fatti eversivi” cfr. ID:, *La Corte di Cassazione e i fatti eversivi dell’ordine costituzionale*, in questa *Rivista*,...

⁸ Cfr. per giudizi variamente negativi T.F.GIUPPONI, *IL segreto ancora davanti alla Corte*, in www.forumcostituzionale.it (18.04.2014), A.PACE, *Le due Corti*, cit., ...; A.VEDASCHI, *Il segreto di Stato resta senza giudice*, ivi, Favorevole è invece il commento di C.BONZANO, *La Consulta alza il “sipario nero”: alla ribalta la confusione normativa tra prova e fatto*, in *Arch.pen.*2014/1, 14 ss cit.2 ss.

qualunque modo collegati al fatto storico della *rendition* di Abu Omar, “nessuna limitazione poteva derivare in ordine a tali “fatti” in dipendenza di una riconducibilità o meno degli stessi a formali “deliberazioni” governative o dei vertici dei Servizi, “posto che – a tacer d’altro – l’esistenza o meno di tali deliberazioni avrebbe, *a fortiori*, formato oggetto essa stessa di segreto.

L’argomento non mi sembra convincente per più aspetti.

A parte l’apoditticità dell’affermazione circa l’irrelevanza del carattere extrafunzionale o meno delle condotte degli agenti - mentre forse l’argomento doveva essere confutato con qualche maggiore attenzione - resta il fatto che il carattere *extra funzionale* delle condotte era giustificato per la Corte di Cassazione non solo, come ipotizza la Corte Costituzionale, dalla mancanza di una formale autorizzazione alla partecipazione del Servizio all’operazione, ma anche e soprattutto dalla dichiarazione esplicita e inequivocabile rilasciata nel novembre 1985 dallo stesso Presidente del Consiglio attestante l’estraneità del Servizio e del Governo rispetto a qualsivoglia risvolto riconducibile al sequestro di Abu Omar.

A questa espressa dichiarazione però la Corte non accenna neppure, limitandosi a contrastare la tesi della estraneità delle condotte alla sfera del Servizio sulla base delle sole modalità di formulazione del capo di imputazione (con riferimento all’aggravante dell’abuso del pubblico ufficiale), modalità però che, si può obiettare, non si potrebbero considerare di per sé prove della avvenuta implicazione del Sismi, ma mere ipotesi da sottoporre alla verifica processuale, eventualmente smentibili in successivi atti processuali⁹.

A sostegno della natura funzionale dell’attività degli agenti il giudice costituzionale adduce poi un secondo argomento, a mio parere del pari non convincente sul piano del rigore giuridico: tale natura sarebbe dimostrata dal fatto che il Presidente del Consiglio non aveva applicato le procedure per l’esclusione delle “garanzie funzionali” dettate dalla legge del 2007 per le condotte esperite in assenza o oltre i limiti della autorizzazione necessaria a compiere per il Servizio azioni illegali (art.18), ma aveva continuato ad opporre il segreto fino a sollevare il conflitto contro la sentenza della Cassazione. In contrario si può osservare che il mero fatto della scelta di non “sconfessare” le condotte degli agenti non poteva costituire di per sé una dimostrazione della legittimità della posizione dell’autorità governativa e tanto meno della illegittimità della interpretazione della Cassazione, ma poteva essere intesa anche come il segnale di una violazione del divieto di cui all’art. 204, comma 1-bis c.p.p.¹⁰ di coprire con il segreto condotte contrastanti con la disciplina delle “garanzie funzionali”. E’ vero che le garanzie introdotte dalla legge del 2007 - come si è detto più sopra e come del resto nota la stessa Corte - non erano applicabili a condotte pregresse; il divieto del segreto invece, poteva trovare applicazione a tutte le iniziative di segretazione effettuate a partire dalla nuova formulazione di detto articolo, anche se riferite a fatti antecedenti. Il fatto che il Governo abbia scelto una strada diversa non deve necessariamente significare, appunto, che il Governo stesso abbia legittimamente attestato l’appartenenza ai Servizi dell’attività degli agenti, tanto più perché nel caso particolare tale attività appariva collegata ad un fatto storico già

⁹ Contrario, ma in base a diversa argomentazione è anche A.PACE, *Le due Corti*, cit.,...

¹⁰ Secondo questo articolo non possono essere oggetto del segreto di Stato “notizie o documenti concernenti le condotte poste in essere da appartenenti ai Servizi di informazione per la sicurezza in violazione della disciplina concernente la speciale causa di giustificazione prevista per attività del personale dei servizi di informazione per la sicurezza”

definitivamente accertato come un reato dichiarato comunque non “garantibile” dall’art.17 della legge n.124 del 2007.¹¹

La Consulta contraddice poi la pronuncia della Cassazione anche sul punto cruciale della vicenda, quello dell’efficacia della opposizione tardiva del segreto. A questo fine la Corte decide ora di prendere apertamente posizione per la tesi più restrittiva e di uscire dalle nebbie e dalle ambiguità della sentenza precedente in cui pur ricorrendo alla formula criptica della “non indifferenza”, lasciava peraltro trasparire un qualche favore per la diversa tesi fatta propria dalla sentenza impugnata. La Corte Costituzionale però non si cura di confutare questa tesi, pure da tempo presente nella giurisprudenza e nella dottrina, anzi non vi accenna neppure, e presceglie direttamente, come se fosse l’unica possibile, la diversa opinione della radicale inutilizzabilità degli elementi di prova segreti *ex post*. Quale che sia la soluzione da preferire, non si può però non notare che se l’idea oggi utilizzata per “condannare” la sentenza della Cassazione fosse stata enunciata chiaramente già nella sentenza del 2009, alla Cassazione non sarebbe rimasto alcuno spazio di diversa interpretazione e la vicenda avrebbe avuto uno svolgimento diverso.

In conclusione, sul piano della politica costituzionale, quest’ultima sentenza della Corte costituzionale può apparire comprensibile, considerando la necessità di chiudere definitivamente la già sin troppo lunga ed intricata vicenda e di fronteggiare le svariate difficoltà della transizione tra la normativa vigente *pro tempore* e quella, intanto entrata in vigore, che introduceva le “garanzie funzionali” per atti illegali degli agenti con gli indispensabili limiti e cautele nell’intento di assicurare una gestione del segreto e una attività dei servizi non contrastante con altri fondamentali interessi costituzionali. Una giustificazione del genere però non può che implicare l’ammissione, sia pure indiretta, che il Governo aveva mentito nella nota del 1985 e che successivamente si era adoperato per proteggere con il segreto operazioni viziate da gravi aspetti di illegalità che – anche a non volerli considerare “atti eversivi dell’ordinamento costituzionale”- risultano comunque esclusi espressamente dalla tutelabilità anche verso il giudice penale dalla legge del 2007.

Considerata invece sotto il profilo giuridico-costituzionale, la sentenza resta comunque non condivisibile innanzi tutto per avere legittimato una concezione atta ad estendere a dismisura l’area del segreto idoneo a sbarrare, nel singolo caso concreto, l’attività giurisdizionale¹². La generica e astratta categoria dei rapporti e degli interna corporis dei servizi, infatti, è talmente lata da prestarsi a coprire tutto e il contrario di tutto. E’ vero che la Corte ha cura di aggiungere che il ricorso legittimo al segreto può avvenire “ovviamente, a condizione che gli atti e i comportamenti degli agenti siano oggettivamente orientati alla tutela della sicurezza dello Stato”. Ma questa, in realtà, resta una mera rassicurante proclamazione formale e non costituisce alcuna effettiva garanzia

¹¹ Aspramente critico per il mantenimento del segreto a protezione di atti illegali degli agenti è, anche con più ampie considerazioni, A.PACE, *Le due Corti*, cit. Sul problema dell’applicabilità o meno delle norme della legge del 2007 a condotte pregresse Cfr. i commenti alla sentenza n.40 del 2012 di R.ORLANDI, *Una pervicace difesa del segreto di Stato*, in questa *Rivista*, 2012, 2327 ss., e di T.F.GIUPPONI, *Ancora sul caso Abu Omar. La riforma dei Servizi e il conflitto sul segreto di stato*, in www.forumcostituzionale.it (27.03.2007); del primo v. anche *segreto di Stato e limiti alla sua opponibilità fra vecchia e nuova normativa*, in questa *Rivista*, 2010, 5226 ss.

¹²Secondo la Corte la copertura del segreto non può non proiettarsi “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”;

contro eventuali abusi. Infatti, posto che l'autorità giudiziaria ne può essere impedita dall'opposizione del segreto e posto che contestualmente la Corte rinuncia a compiere un controllo sostanziale in sede di conflitto di attribuzioni per via della natura "politica" degli atti di apposizione/opposizione/conferma del segreto¹³, chi dovrebbe verificare che le condotte degli agenti siano correttamente orientate? Chi dovrebbe controllare il rispetto dei numerosi limiti che la stessa legge del 2007 e la successiva n.133 del 2012 pongono soprattutto all'applicazione delle garanzie funzionali? Non vale certo richiamare qui il controllo parlamentare, che resta meramente politico e non giuridico e non ha effetti sulla funzione giurisdizionale.

4. c) *La sentenza della Cassazione del 24 febbraio 2014 e il suo cauto dissenso* - La sentenza costituzionale è stata immediatamente seguita da quella della I sezione penale della Corte di Cassazione dinanzi alla quale pendeva il ricorso degli imputati nei confronti della sentenza di condanna della Corte d'Appello di Milano come giudice di rinvio della sentenza della Cassazione poi annullata. Ora il Supremo Collegio non si limita alla meccanica applicazione degli esiti della pronuncia sul conflitto, ma, soffermandosi con particolare impegno a svolgere il compito (riconosciute dalla stessa pronuncia costituzionale) di "valutare le conseguenze che, sul piano processuale, scaturiscono dalla pronuncia di annullamento" della Corte costituzionale, imposta il discorso in termini che sottendono, pur nell'eleganza e nel garbo del linguaggio, un atteggiamento critico dell'iter decisorio del giudice dei conflitti, e la condivisione dell'interpretazione della sentenza annullata della V sezione. Naturalmente questo atteggiamento è contenuto nei debiti limiti e sfocia, con malcelata riluttanza, nel doveroso e "ineludibile" ossequio ai *dicta* della Consulta e alla conseguente pronuncia di non doversi procedere per l'esistenza del segreto di Stato in applicazione dell'art.204 c.p.p., comma 7 della legge n.124 del 2007.

Proprio per questa sua insolita impostazione, la sentenza della Sezione I ha avuto notevole risonanza e suscitato svariati commenti positivi¹⁴.

Per quanto mi riguarda, sulla base delle considerazioni svolte più sopra e nelle precedenti note critiche alla giurisprudenza costituzionale sulla vicenda, non posso che condividere nel merito molte delle osservazioni della Suprema Corte volte a mettere in evidenza i passaggi problematici della sentenza n.24.

Si può forse ammettere che la motivazione sottilmente ma decisamente critica possa apparire non solo inusitata ma anche in qualche modo non del tutto consona all'etichetta normalmente praticata nei rapporti tra giudici comuni e Corte costituzionale. Tuttavia, a parte la considerazione decisiva che il suo cauto dissenso non ha condotto ad un dispositivo scorretto, si può ricordare che questa non è la prima volta in cui la Corte di Cassazione manifesta un atteggiamento in varia guisa

¹³ Cfr. sul punto i riferimenti della precedente nota 6.

¹⁴ Cfr. , con diversi toni, A.PACE, *Le due Corti*, cit., Postilla, ...; D.GALLO, *Caso Abu Omar: la Cassazione svergogna l'arroganza del potere* , in www.articolo21.org 18.05.2014; S.ZIRULIA, *Sul sequestro Abu Omar cala il "sipario nero" del segreto di Stato*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it 19.05.2014

“disarmonico” rispetto a pronunzie della Consulta. Basta ricordare, come esempio più noto, la complessa vicenda delle sentenze (in vario senso) “interpretative” del giudice delle leggi.

5. *Considerazioni finali: sentenze della Cassazione e conflitti di attribuzione per errores in iudicando* .- In secondo luogo, occorre considerare che nel caso particolare dei conflitti di attribuzione nei quali la Corte di Cassazione è protagonista, il rischio di tensioni è fisiologico quando la controversia si presenta non come mera *vindicatio potestatis* ma come un conflitto da menomazione per “cattivo esercizio” del potere e si rimproverano alla decisione della Suprema Corte *errores in iudicando*.

Di regola conflitti su atti giurisdizionali in relazione a simili *errores* sono giudicati inammissibili¹⁵. Il motivo è chiarito in numerose pronunzie della Corte costituzionale e, con particolare efficacia è articolato nell’ordinanza n.334 del 2008 proprio in relazione ad un conflitto relativo ad una sentenza della Corte di Cassazione, quella sul c.d.”caso Englaro”¹⁶. L’ordinanza di inammissibilità sul punto argomenta così: “per costante giurisprudenza di questa Corte, l’ammissibilità di un conflitto avente ad oggetto atti giurisdizionali sussiste «solo quando sia contestata la riconducibilità della decisione o di statuizioni in essa contenute alla funzione giurisdizionale, o si lamenti il superamento dei limiti, diversi dal generale vincolo del giudice alla legge, anche costituzionale, che essa incontra nell’ordinamento a garanzia di altre attribuzioni costituzionali», inoltre “... un conflitto di attribuzione nei confronti di un atto giurisdizionale non può ridursi alla prospettazione di un percorso logico-giuridico alternativo rispetto a quello censurato, giacché il conflitto di attribuzione «non può essere trasformato in un atipico mezzo di gravame avverso le pronunce dei giudici»; e questo doveva considerarsi il caso specifico, nel quale si contestava il “modo in cui la Cassazione ha selezionato ed utilizzato il materiale normativo rilevante per la decisione o a come lo ha interpretato” e dunque un *error in iudicando*.¹⁷

Nel “caso Abu Omar”, ciò che si rimproverava alla sentenza della Cassazione era una “errata” interpretazione/applicazione della legge sul segreto, quindi non un abuso della funzione né un atto estraneo alla funzione medesima, ma un *error in iudicando*. Tuttavia, nonostante l’analogia con il caso precedente dell’ordinanza del 2008 e la pertinenza di quella *ratio decidendi*, il problema, nella

¹⁵ Per una considerazione generale di questa problematica rinvio, per tutti, a V.CRISAFULLI, *Cattivo uso del potere e conflitti di attribuzione*, in questa *Rivista*, 1980, 220 ss.; P.VERONESI, *I poteri davanti alla Corte: “cattivo uso” del potere e sindacato giurisdizionale*”, Milano, 1999, spec. 132 ss, 243 ss.

¹⁶ Il conflitto era stato sollevato dalle Camere del Parlamento, che accusavano la Cassazione di avere esercitato funzioni “proprie del potere legislativo”. Per un’analisi dell’ordinanza, anche in riferimento al problema qui in esame, v. R.ROMBOLI, *Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda Englaro: un caso di evidente inammissibilità*, in www.rivistaaic.it, poi anche in *Foro.it*.2009.

¹⁷ I precedenti in tema di inammissibilità, per le stesse ragioni, della contestazione a diverse autorità giudiziarie di *errores in iudicando* sono numerosi cfr. per es. la sent.n.290 del 2007.

Molte ipotesi riguardano conflitti intersoggettivi, sollevati da Regioni contro lo Stato in ordine ad atti giurisdizionali. V. per es., tra le tante sent.n.27 del 1999, 29 del 2003, 2 del 2007. Come è noto conflitti del genere pur proposti come conflitti intersoggettivi hanno nella sostanza il contenuto di conflitti interorganici e presentano dunque, per il profilo ora in discussione, una problematica in gran parte comune. Cfr. P.VERONESI, *op.cit.*, 43 ss.

vicenda odierna, non è mai neppure posto¹⁸, l'iter decisorio della Corte costituzionale si svolge sul solo piano del merito e si conclude – se non sbaglio per la prima volta in un conflitto tra poteri - con una decisione di “non spettanza” e con il conseguente annullamento della sentenza del Supremo Collegio¹⁹. Si può ricordare un altro caso in cui il giudice costituzionale ha valutato nel merito un conflitto tra poteri in ordine ad un vizio da esso stesso espressamente ricostruito come un *error in iudicando* della Corte di Cassazione, ma ha concluso non con un annullamento, ma per l'infondatezza del ricorso e dunque con una dichiarazione di “spettanza” del potere in capo a quest'ultima²⁰. Le due sentenze sembrano accomunate dall'idea che questi *errores*, quando si convertono nella menomazione di un potere altrui, non possano essere sottratti al giudizio della Corte. Idea, questa, che contraddice quella della giurisprudenza prevalente e ricordata più sopra. La posizione del giudice dei conflitti sull'argomento quindi presenta un carattere altalenante e mostra di non avere individuato una strada sicura per affrontare l'estrema difficoltà di conciliare la

¹⁸ Nel giudizio sul conflitto, oltretutto, non esistevano eccezioni di inammissibilità perché né la Cassazione, né i giudici milanesi si erano costituiti.

¹⁹ Esiste un altro caso di annullamento di una sentenza della Corte di Cassazione, quello della sent.n. 285 del 1990 che però non è del tutto assimilabile al caso presente. Si tratta infatti di un conflitto tra Regione e Stato in cui la menomazione della potestà regionale si ravvisava nell'aver il Supremo Collegio disapplicato una legge regionale. La Corte afferma che nel caso la censura riguardava non un *error in iudicando* ma un caso di radicale carenza di potere (la disapplicazione di una legge ritenuta incostituzionale). Cfr. sul punto il commento di M. D'AMICO, *Alcune riflessioni in tema di conflitto di attribuzioni tra Stato e Regione su atti giurisdizionali*, in questa *Rivista*, 1990, 1789 ss. E di P.VERONESI, *op.cit.*, 115 ss. Già in precedenza un altro conflitto intersoggettivo aveva investito una pronuncia della Cassazione (a sezioni unite), era stato condotto sul filo della *vindicatio potestatis*, e concludeva respingendo la pretesa della Regione alla giurisdizione sui rapporti di impiego dei dipendenti dell'Assemblea regionale, dichiarandone la spettanza allo Stato (e per esso alla Corte di Cassazione e al Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana). Anche la più di recente sentenza n.2 del 2007 ha avuto ad oggetto il ricorso di una Regione contro lo Stato in relazione ad una pronuncia della Corte di Cassazione che aveva statuito in ordine alla legislazione applicabile ad un caso di incompatibilità di un Consigliere regionale; il conflitto è stato giudicato inammissibile perché censurando la sentenza per “un ragionamento giuridico che si avvale degli ordinari criteri interpretativi” si traduceva nella contestazione di un *error in iudicando* e dunque in uno strumento atipico di impugnazione.

²⁰ Si tratta del conflitto sollevato dall'ex Presidente della Repubblica Cossiga contro pronunzie della Corte di Cassazione, Sez.III civile, rese in due giudizi civili instaurati, rispettivamente, dal sen. Sergio Flamigni e dal sen. Pierluigi Onorato nei confronti del sen. Cossiga, per ottenere il risarcimento del danno morale che sarebbe derivato agli attori da alcune dichiarazioni asseritamente diffamatorie o ingiuriose rese dal medesimo sen. Cossiga, allorché ricopriva la carica di Presidente della Repubblica. Il conflitto è stato risolto con la sent.n.154 del 2004, della quale è interessante per il problema che qui interessa mettere in evidenza l'affermazione che “la giurisdizione costituzionale sui conflitti non è istituto che sostituisca l'esercizio della funzione giurisdizionale là dove siano in gioco diritti dei soggetti... ma vale solo a restaurare la corretta osservanza delle norme costituzionali nei casi in cui, in concreto, a causa di un cattivo esercizio della funzione giurisdizionale, questa abbia dato luogo ad una illegittima menomazione delle attribuzioni costituzionali di un altro potere”; ma anche sottolineare che, nel caso particolare il ricorso è giudicato (non inammissibile, ma) infondato perché “Quando la Corte di cassazione, nelle pronunce impugnate, stabilisce i principi di diritto secondo cui l'immunità del Presidente della Repubblica riguarda solo gli atti che costituiscono esercizio delle funzioni presidenziali e le dichiarazioni strumentali o accessorie rispetto a tale esercizio, coglie correttamente la portata dell'art. 90 della Costituzione e non reca lesione alle prerogative del Presidente”.

necessità di evitare che il conflitto su atti giurisdizionali diventi un mezzo indebito di impugnazione con l'esigenza di assicurare l'ordinato svolgersi dei rapporti tra poteri dello Stato²¹.

In ogni caso, quand'anche la si voglia giustificare, è difficile negare che l'ammissibilità di conflitti su pronunzie della Cassazione per *errores in iudicando* possa determinare, in principio, una situazione di particolare delicatezza nei rapporti tra le due Corti, come espressamente ammesso dallo stesso giudice costituzionale nella sentenza n.285 del 1990. Nel "caso Abu Omar" poi tale delicatezza è spinta all'estremo da una pluralità di fattori convergenti particolarmente "sensibili". Tale è il tema dell'operatività del segreto di Stato nei confronti dei giudici, da sempre altamente controverso ed ora ancor più scottante per l'atteggiamento di rinuncia della Corte costituzionale ad una effettiva garanzia dell'integrità della funzione giurisdizionale di fronte al potere politico; tale è, ancora, l'annullamento di una sentenza della Cassazione, istanza suprema della giurisdizione ordinaria e titolare della funzione nomofilattica, motivata da un "errore" sull'interpretazione di una legge ordinaria; tale è, infine, questo annullamento che, proprio per essere così motivato, fa prevalere, a torto o a ragione, l'immagine del conflitto come improprio giudizio di impugnazione di una pronunzia altrimenti definitiva, del quale potrebbero far uso altri poteri dello Stato contro sentenze irrevocabili sfavorevoli.

²¹ Cfr. sul punto M. MANETTI, *Abuso del potere interpretativo da parte del giudice e del legislatore: un'occasione mancata per un conflitto di attribuzione*, in questa Rivista, 1984, 2326 ss.