

Giovanni Salvi

La Corte e il segreto di Stato ^(*)

1. Fondazione costituzionale del segreto di Stato. 2. Una nuova categoria: la “non indifferenza” dell’opposizione tardiva del segreto. 3. Un principio nuovo. 4. Il segreto e la sua oggettività nella giurisprudenza della cassazione. 5. Disponibilità del segreto di Stato attraverso la procedura di opposizione. 6. Funzione garantista dell’oggettività del segreto. 7. Le fonti dichiarative. Un segreto non opposto. 8. L’opposizione tardiva: una questione non affrontata. 9. Delimitazione dell’oggetto del segreto. 10. Intercettazioni. 11. Obbligo di avvisare il dichiarante? 12. Segreto e diritti dell’imputato. 13. Il principio di “individualizzazione del segreto”. 14. Il conflitto di attribuzioni come valvola di sicurezza. 15. L’insufficienza del solo controllo politico-parlamentare: il segreto in balia della maggioranza. 16. L’inopponibilità del segreto alla Corte: implicazioni. 17. Una novità importante: il conflitto di attribuzioni come fisiologia. 18. Finalità di eversione e principi costituzionali. 19. Il segreto non apportionabile: la violazione dei principi fondanti il carattere democratico della Repubblica.

1. Fondazione costituzionale del segreto di Stato.

Con la decisione in commento la Corte costituzionale ha risolto i conflitti di attribuzione tra il Presidente del Consiglio e l’Autorità giudiziaria di Milano, insorti nel processo a carico di alti esponenti del Servizio di Informazioni per la Sicurezza Militare (SISMI) e della *Central Intelligence Agency* (CIA) per il sequestro di Nasr Osama Mustafa Hassan, *alias* Abu Omar. Questi, nell’ipotesi sottoposta al vaglio del giudice del dibattimento, era stato prelevato a Milano da agenti della CIA, supportati da italiani, e portato nascostamente in Egitto, per esservi interrogato circa la sua supposta militanza in formazioni terroristiche.

La Corte ha riaffermato principi ormai consolidati nella precedente giurisprudenza costituzionale.

^(*) La Corte ribadisce la preminenza della tutela del segreto di stato sull’accertamento penale. Il segreto, confermato dal presidente del consiglio, costituisce uno sbarramento per l’azione penale. Tuttavia la fondazione del segreto di stato nella tutela di primari valori e la sua conseguente oggettività assumono una valenza del tutto nuova e non coerente con i principi affermati nelle precedenti decisioni della corte. Ciò determina incertezze circa tempi, modalità e conseguenze dell’opposizione del segreto: mentre si afferma l’irretroattività degli effetti dell’opposizione del segreto, al tempo stesso se ne afferma la “non indifferenza”, anche quando l’opposizione sia tardiva. Inoltre si svincola l’opposizione del segreto dall’atto cui essa si riferisce, così rinviandosi la valutazione della sussistenza del segreto e della sua ampiezza ad ogni atto di acquisizione della prova; si moltiplicano quindi le occasioni di conflitto. I limiti costituzionali al segreto non si esauriscono nel divieto di opporlo per i fatti di terrorismo. Al contrario, occorre considerare che il segreto è volto a tutelare la Repubblica democratica e dunque mai potrebbe esser apposto (e poi opposto) per finalità in contrasto con valori fondamentali, riconosciuti come tali anche dalla Carta di Nizza, tra cui la tutela della dignità umana e il divieto assoluto della tortura. Nel conflitto di attribuzioni, disciplinato dalla legge di riforma dei Servizi segreti, alla Corte costituzionale non può esser opposto il segreto, perché il conflitto è la valvola di sicurezza del sistema e implica una valutazione circa l’an e il quomodo dell’opposizione del segreto, entro i limiti derivanti dalla fondazione costituzionale del segreto e dalla sua disciplina legislativa, che ne regolano l’attribuzione di responsabilità all’Esecutivo.

Il segreto trova la sua ragione nel «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» (sentenza n. 82 del 1976; nello stesso senso sentenze n. 86 del 1977 e n. 110 del 1998).

^w

Questo principio è espresso, nel testo costituzionale, non solo «nella formula solenne dell'art. 52, che afferma essere sacro dovere del cittadino la difesa della Patria» (citata sentenza n. 86 del 1977, nello stesso senso già la sentenza n. 82 del 1976), ma anche “con altre norme della stessa Costituzione che fissano elementi e momenti imprescindibili del nostro Stato: in particolare, vanno tenuti presenti la indipendenza nazionale, i principi della unità e della indivisibilità dello Stato (art. 5) e la norma che riassume i caratteri essenziali dello Stato stesso nella formula di “Repubblica democratica” (art. 1)» (sentenza n. 86 del 1977).

Quest'ultimo parametro indica non solo la forma-Stato, ma anche quei valori fondamentali di libertà individuali e collettive e di tutela della dignità umana, che connotano la Repubblica come democratica. Sul punto si tornerà. Basti qui sottolineare la centralità dello spostamento operato dal Legislatore nella legge di riforma, in adesione agli enunciati della Corte, dalla sicurezza nazionale a quella della Repubblica¹.

In questa ampia accezione deve intendersi l'espressione conclusiva della Corte:

“È con riferimento, quindi, non al solo art. 52 Cost., bensì a tale più ampio complesso normativo, che si può «parlare della sicurezza esterna ed interna dello Stato, della necessità di protezione da ogni azione violenta o comunque non conforme allo spirito democratico che ispira il nostro assetto costituzionale dei supremi interessi che valgono per qualsiasi collettività organizzata a Stato e che, come si è detto, possono coinvolgere la esistenza stessa dello Stato» (sentenza n. 86 del 1977)”.

Ben si comprende come rispetto a questi valori, altri – pure di rango costituzionale – debbano non solo esser bilanciati ma – se del caso – anche considerati recessivi. E' questo il caso dell'esercizio della giurisdizione e in particolare di quella volta all'accertamento delle responsabilità individuali per fatti previsti dalla legge come reato.

La Corte ha voluto riaffermare con fermezza, forse ancora maggiore di quella espressa nelle sentenze 110/98, 410/98 e 487/00, che l'accertamento penale si arresta e cede dinanzi al valore supremo tutelato attraverso il segreto di Stato:

“Dunque, il segreto di Stato funge effettivamente da “sbarramento” al potere giurisdizionale; anche se solo e nei limiti dell'atto o del documento cui il segreto accede ed a partire dal momento in cui l'esistenza del segreto ha formato oggetto di comunicazione alla Autorità giudiziaria procedente”.

Questo principio è stato peraltro recepito dalla riforma del 2007, che ha inserito nel novellato articolo 204 c.p.p. l'espressa previsione che il segreto opposto e confermato “inibisce all'autorità giudiziaria l'acquisizione e l'utilizzazione, anche indiretta, delle notizie coperte dal segreto”. Il comma 7 dell'articolo citato prevede poi che, in caso di risoluzione negativa del conflitto di attribuzioni sul segreto confermato, l'autorità giudiziaria “non può né acquisire né utilizzare, direttamente o indirettamente, atti o documenti sui quali è stato opposto il segreto di Stato”.

¹ La legge 3 agosto 2007 n. 124 è intitolata al “Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto”. Il significato della diversa aggettivazione della sicurezza è ben posto in luce in C.Mosca, S.Gambacurta, G.Scandone e M.Valentini, *I Servizi di Informazione e il segreto di Stato*, Giuffrè, Milano 2008, in particolare p. 55 ss., dove si individua correttamente nella sintesi operata dalla Carta di Nizza il contenuto comune dei diritti fondanti l'Unione, tra cui anche il diritto alla sicurezza, che concorre con quelli di libertà e di tutela dell'integrità personale e della dignità dell'essere umano.

Nel decidere il caso concreto la Corte è però andata ben oltre i principi tratti dalle precedenti decisioni in punto di segreto di Stato. Il punto nuovo oggetto del conflitto era costituito dall'efficacia del segreto opposto tardivamente oppure non opposto del tutto, ma dedotto come oggettivamente sussistente e rilevabile *ictu oculi*. La questione è stata decisa con affermazioni contraddittorie in principio, da cui è discesa l'individuazione di una categoria del tutto nuova: la "non indifferenza" del segreto non opposto o tardivamente opposto. Cercare di chiarire cosa ciò significhi, come la "non indifferenza" si distingua dalla rilevanza del segreto (da cui discende l'inutilizzabilità dell'atto probatorio), quali ne siano le conseguenze nel processo, costituirà il filo conduttore del commento della sentenza.

2. Una nuova categoria: la "non indifferenza" dell'opposizione tardiva del segreto.

I ricorsi del Presidente del Consiglio concernevano in primo luogo l'invasione di attribuzioni che la Procura della Repubblica di Milano avrebbe operato con l'utilizzazione di documenti coperti da segreto di Stato, prima a fini di indagine e poi come elementi posti a fondamento della richiesta di rinvio a giudizio. I documenti in questione sono costituiti da un compendio sequestrato il 5 luglio 2006 nel corso della perquisizione dei locali del SISMi di via Poma, classificato nel verbale come "reperto D-19".

E' pacifico che al momento della perquisizione e del sequestro non fu opposto il segreto di Stato. I documenti furono dunque acquisiti agli atti del procedimento nella loro integralità. Il 6 ottobre 2006 la Procura della Repubblica depositò gli atti ai sensi dell'art. 415 bis c.p.p., ivi compresi i documenti sequestrati e dunque anche il reperto D-19. Solo con nota del 31 ottobre 2006 il SISMi, nel rispondere all'ordine di esibizione del 3 ottobre 2006 trasmise anche una diversa copia dei documenti D-19, con alcune parti oscurate, contestualmente dichiarando che la versione già in atti era coperta da segreto. Il pubblico ministero dispose l'inserimento degli atti suddetti in un protocollo riservato e li inoltrò al giudice unitamente alla richiesta di rinvio a giudizio. Su richiesta dal p.m., infine, il giudice espunse detti atti dal processo, sostituendoli con la copia purgata.

La principale questione che la Corte doveva risolvere con specifico riferimento a questo aspetto del ricorso era se il segreto potesse esser opposto in un momento successivo all'apprensione e all'utilizzazione processuale dell'informazione².

L'Esecutivo prospettava infatti la tesi della non necessità dell'opposizione del segreto perché questo potesse esser fatto valere, quando le informazioni erano di per sé stesse ed evidentemente segrete; la segretezza delle stesse, poi, sarebbe risultata sia dall'individuazione operata dal Legislatore dell'ambito di ciò che è segreto, sia dalle fonti regolamentari che, sin dal 1985, avevano specificato quella individuazione. L'utilizzazione di tali informazioni rendeva radicalmente nulle le attività di indagine e di conseguenza le determinazioni del giudice.

La Corte ha respinto questa prospettazione e ha escluso che l'opposizione tardiva del segreto possa avere l'effetto di travolgere "ex se e con portata retroattiva", l'utilizzazione delle fonti di prova già acquisite nel procedimento³. Ha quindi negato che le attività di indagine fossero viziate dalla

² Una volta risolto positivamente il primo quesito, occorre poi accertare in quale rapporto si ponesse l'obbligo di rispetto del segreto con le scansioni del procedimento penale, anche a tutela dell'integrità del contraddittorio.

³ "In proposito, innanzitutto, non merita condivisione l'assunto secondo il quale l'invio della documentazione parzialmente segretata travolgerebbe, ex se e con portata retroattiva, la utilizzazione degli identici documenti acquisiti nella perquisizione effettuata il 5 luglio 2006; si tratta, infatti, di una tesi che non trova riscontro, non soltanto nel sistema processuale, ma, soprattutto, nel quadro della positiva disciplina dettata dalla legge n. 801 del 1977, applicabile nella specie".

violazione del segreto. Legittimamente la Procura della Repubblica ha proceduto al sequestro dei documenti e li ha poi posti a base delle sue deliberazioni, depositandoli anche alle parti private.

La Corte ha però affermato al contempo che l'opposizione del segreto, in qualunque momento avvenga, non *può esser considerata come indifferente* da parte dell'A.g., che ha l'obbligo di attivarsi, da un lato per evitare l'ulteriore diffusione dell'informazione segreta (nel caso di specie, ad esempio, espungendo dagli atti i documenti "omissati") e dall'altro per avviare la procedura di verifica della conferma del segreto. Rispetto al preminente interesse alla tutela del segreto, le norme processuali sono recessive e dunque non rileva l'obbligo per il p.m. di versare al giudice il fascicolo processuale nella sua interezza, né quello di assicurare l'integrità del contraddittorio.

Di conseguenza, il p.m. non avrebbe dovuto trasmettere al giudice l'atto completo, dopo aver ricevuto quello con gli omissis, e il giudice non avrebbe potuto farne uso. Segue la dichiarazione di "annullamento di tali atti processuali nelle parti corrispondenti agli omissis e alle oblitterazioni relativi ad intestatari, destinatari e denominazione di uffici, apposti con la nota del 31 ottobre 2006".

La Corte prosegue affermando che spetta all'a.g. valutare se e quali atti del procedimento siano effettivamente funzionalmente collegati all'atto viziato e dunque quale siano gli effetti processuali ex art. 191 e 185 c.p.p. della dichiarazione di inutilizzabilità dei documenti D-19 nella forma originaria⁴.

Tuttavia la motivazione non affronta il problema presupposto: la definizione della categoria della "non indifferenza", come distinta dalla diretta rilevanza della tempestiva opposizione del segreto, e la individuazione dei suoi effetti sulla validità degli atti processuali. La definizione della suddetta categoria presuppone a sua volta che si dia risposta affermativa alla possibilità che l'Esecutivo dichiarare il segreto in qualunque momento, anche se l'informazione poi segregata era stata legittimamente acquisita, senza opposizione.

Il punto non è se l'atto segreto debba esser espunto o se invece debba esser comunque sottoposto al giudice insieme agli altri atti ai fini del controllo sull'esercizio dell'azione e alle parti private, al fine di garantire il contraddittorio. Tale questione, infatti, è stata definitivamente risolta dalla Corte in precedenti decisioni (da quelle già citate del 1998 e del 2000 alla sentenza n. 145/91). Resta invece il quesito preliminare, che non è risolvibile attraverso il richiamo alla sentenza n. 487/00, come invece mostra di credere la Corte. Quest'ultima decisione ha il suo antecedente logico e di fatto nella sentenza n. 110/98, che aveva deciso un precedente conflitto sulle medesime circostanze. La Corte ha dunque ribadito, con la sentenza n. 487/00, che l'a.g. non può aggirare il segreto, una volta che questo sia stato opposto, utilizzando la medesima informazione segreta, anche se proveniente da diversa fonte (nel caso di specie, attraverso una diversa autorità di p.g.).

In quella occasione l'oggetto del conflitto verteva sull'utilizzabilità dei documenti e delle informazioni, pur segretati, per essere gli stessi comunque pervenuti all'a.g. per altra via, dopo che il segreto era stato opposto e confermato. La Corte doveva allora statuire sul quesito se spetti al p.m., "una volta preso atto dell'opposizione e della conferma del segreto di Stato, procedere oltre nelle indagini strumentali all'esercizio dell'azione penale e compiere ulteriori atti di indagine diretti ad acquisire *aliunde* elementi di conoscenza sui fatti incisi dal segreto di Stato".

Posta nei termini conseguenti alla pronuncia del 1998, quella del 2000 è del tutto inconferente rispetto alla questione della deduzione tardiva del segreto e della individuazione degli effetti della sua "non indifferenza".

⁴ La Corte richiama in proposito le proprie sentenze n. 263/2003, 284/2004, 451/2005.

3. Un principio nuovo.

In realtà la Corte afferma oggi un principio nuovo, il cui fondamento non è nella recessività del processo rispetto al segreto legittimamente opposto, per le ragioni che si sono appena dette, ma non è neppure in quello di leale collaborazione tra istituzioni dello Stato. Perché tale ultimo principio, già affermato dalla Corte in precedenti decisioni anche con riferimento alla materia del segreto (si veda in particolare n. 410/98, ove si fa riferimento ai doveri di “correttezza e lealtà”), possa ritenersi operante è infatti necessario individuare come premessa il campo ove i poteri sono legittimamente chiamati a cooperare. E’, cioè, necessario preliminarmente verificare se il segreto permanga, pur se non opposto, o se la procedura prevista dagli artt. 202 e ss. c.p.p. e dalla legge 124/07 non sia essenziale ai fini della rilevanza del segreto, rispetto all’acquisizione legittima dell’informazione.

La questione, poi, è certamente diversa anche da quella discussa con riferimento ai delitti in tema di violazione del segreto, come invece prospettato dall’Esecutivo. In tale ultima ipotesi si verte nel tema del permanere dell’offensività della condotta, quando l’informazione segreta sia già stata divulgata da terzi. La giurisprudenza richiamata nel ricorso ha affermato che è irrilevante che l’informazione segreta sia in parte o in tutto conosciuta, venendo comunque tutelato l’interesse a che si impedisca l’ulteriore divulgazione⁵. Da questo orientamento emerge che ogni divulgazione ulteriore dell’informazione segreta mantiene il carattere di anti giuridicità *perché e in quanto* permanga un sia pur residuale ambito di riservatezza tutelabile.

La ricostruzione del segreto penalmente rilevante, pur non citata, contribuisce indubbiamente a fondare il principio affermato dalla Corte nella decisione in commento, in quanto consente di prospettare che dalla divulgazione ulteriore di atti tardivamente segretati possa comunque discendere un danno per gli interessi tutelati. Ciò non è però risolutivo nello specifico settore dell’opposizione del segreto nel processo. Qui infatti non si tratta dell’apprensione illecita e poi della diffusione, anch’essa illecita, di un’informazione su cui è apposto un vincolo di segretezza; qui si tratta del bilanciamento di interessi non solo legittimi, ma entrambi di rango costituzionale: quello alla tutela del segreto e quello all’accertamento dei reati. Il Legislatore ha posto i limiti entro i quali questo bilanciamento deve esser effettuato, indicando da un lato le procedure che devono esser seguite dai diversi attori e dall’altro indicandone i presupposti sostanziali.

In altri termini, nel caso che ci occupa la lesione del bene tutelato dal segreto può legittimamente avvenire, tutte le volte che ne ricorrano le condizioni sostanziali e processuali. Che, dunque, possa esservi una divulgazione di informazioni che – se non vi fosse stata la necessità dell’accertamento penale – sarebbero rimaste segrete, non è patologia ma fisiologia del sistema. Di conseguenza non è risolutivo, per rispondere alla domanda circa la possibilità di una postuma segretezza, il richiamo dei danni che derivano dal permanere della ostensibilità processuale delle informazioni. La risposta può venire solo dall’esame del circuito di controllo predisposto dal Legislatore, il quale circuito (e soltanto il quale) è finalizzato a effettuare il bilanciamento degli interessi coinvolti e dunque a definire se ed entro quali limiti l’uno o l’altro di essi debba soccombere.

La Corte mostra di esser pienamente consapevole dei reali termini della questione, quando afferma essere *“innegabile che il meccanismo della opposizione del segreto di Stato presuppone, per sua stessa natura, che esso, di regola, preceda e non segua sia l’acquisizione sia l’utilizzazione dell’atto, del documento o della notizia da cautelare in vista della salvaguardia di quelle esigenze primarie, attinenti alla salus rei publicae, che giustificano erga omnes l’imposizione del vincolo, anche a*

⁵ Cass., Sez. 6°, 30/8/2004, n. 35647, in *Guida al Diritto*, 2004, f. 36, p. 55, con commento di G. Amato, *Se la notizia era già di dominio pubblico nessuna lesione all’interesse di riservatezza*. Per la giurisprudenza precedente, conforme, v. Sez. 1, 11 luglio 1994 n. 10135, in *questa rivista*, 1995, p. 1179, n. 661, con nota di M. Cerase.

scapito delle altrettanto primarie esigenze di accertamento insite nell'esercizio della giurisdizione penale”.

Il diavolo è nel dettaglio. L'inciso “di regola” apre la strada all'eccezione. Questa però non trova espressa giustificazione nella motivazione della Corte, che si limita a ad affermare esser altrettanto indubbio che l'opposizione del segreto, anche se successiva all'apprensione e all'utilizzazione dell'informazione, *“non può neppure risultare “indifferente” rispetto alle ulteriori attività dell'Autorità giudiziaria, requirente e giudicante, ed in relazione alle cadenze processuali imposte dal rito penale”.*

E' chiaro che tale affermazione si fonda sulla preminenza della tutela degli interessi di rango primario, sottesi al segreto, che la Corte aveva ben evidenziato nelle premesse dell'argomentazione⁶.

Tuttavia il carattere meramente assertivo della motivazione non consente di comprendere come la Corte abbia affrontato e risolto il problema fondamentale, i cui termini distinti da quelli del danno derivante dalla divulgazione si sono innanzi descritti. In altre parole, sembra che la Corte sia caduta in un circolo vizioso che incide profondamente sul meccanismo procedimentale voluto dal Legislatore per bilanciare segreto e accertamento penale: l'opposizione del segreto è sempre necessaria, tranne quando l'opposizione non vi sia stata.

Le conseguenze di questo circolo vizioso sono di notevole importanza. Esse non sono limitate ad imporre all'a.g. opportune cautele per evitare inutili ed improprie divulgazioni (il che sarebbe fisiologico: si pensi al dibattimento a porte chiuse, o alla possibilità di consegna di documenti classificati ex art. 42, comma 8, legge 124/07 o alle cautele imposte dall'art. 27 della legge n. 124/07) ma attengono alla possibilità di utilizzare processualmente le informazioni, pur legittimamente acquisite. Anche questo aspetto è tutt'altro che chiaro. In quale conseguenza sulla utilizzabilità processuale di atti legittimamente acquisiti al processo si traduce il dovere di “non ignorare” il segreto? La questione non è forse rilevante a proposito del compendio D-19, stante la pacifica non utilità delle parti omesse rispetto all'accertamento penale (ragione della dichiarazione di inammissibilità del ricorso del p.m.). Essa però si riflette direttamente su altre fonti di prova oggetto di conflitto e segnatamente sulle dichiarazioni testimoniali e di imputati, rispetto alle quali non fu opposto il segreto nel corso delle indagini preliminari, ma solo nella fase del giudizio. Va considerato, a questo proposito, che le prove acquisite in violazione di divieti (e dunque anche nel caso di informazione segreta, come la Corte ha chiarito) sono inutilizzabili ex art. 191 c.p.p., vizio rilevabile anche in sede di legittimità e d'ufficio⁷.

⁶ “Di conseguenza, è rilevabile, nella specie, un vulnus alle prerogative che, in tema di segreto di Stato, vanno riconosciute al Presidente del Consiglio dei ministri. E ciò perché, una volta edotta della esistenza del vincolo del segreto su parte della documentazione trasmessa dal SISMI, spettava comunque all'Autorità giudiziaria procedente il compito di adottare tutte le cautele del caso per impedire che le copie non “omissate” di quegli stessi documenti permanessero nel normale circuito divulgativo del processo, vulnerando di fatto quel segreto e, con ciò stesso, esponendo al rischio di compromissione le esigenze di sicurezza nazionale ed i valori primari che quel segreto è destinato a presidiare; oltre, naturalmente, a porre in pericolo la stessa incolumità dei vari soggetti i cui nominativi erano stati “nascosti” mediante le oblitterazioni della documentazione in questione. Cautele che, per essere concretamente soddisfatti del prevalente valore da annettere al segreto di Stato, non possono soffrire limitazioni di sorta in ragione della specifica fase o grado del procedimento, nel momento in cui il segreto stesso viene portato a conoscenza dell'Autorità giudiziaria procedente: alla quale ultima, in definitiva, spetta il compito di preservare quel valore, a prescindere dalla pregressa utilizzazione degli atti in riferimento ai quali il segreto è stato apposto”.

⁷ E' poi irrilevante, ai nostri fini, che la Procura non avesse attivato l'interpello per la conferma dell'opposizione del segreto, una volta giunti i documenti con omissioni, come rilevato dalla Corte. Ciò che qui rileva è che al fondo della motivazione della Corte non è l'aspetto del mancato interpello a determinare la decisione; anzi, è il contrario: è perché è

Inoltre l'individuazione delle conseguenze della "non indifferenza" è di fondamentale rilievo sistematico per definire la rilevanza del segreto di Stato nel processo.

Per comprendere appieno il reale fondamento dei principi affermati dalla Corte è però necessario un ulteriore tassello.

4. Il segreto e la sua oggettività nella giurisprudenza della cassazione

Come s'è detto, la Corte non ha acceduto alla tesi della Presidente del Consiglio della esistenza del segreto, *ictu oculi* rilevabile e come tale non necessitante opposizione. Tuttavia tale apparentemente netta asserzione è però immediatamente limitata dalla "non indifferenza" dell'opposizione tardiva, di cui s'è già detto, a sua volta conseguenza dell'affermazione del carattere oggettivo del segreto, intrinseco all'informazione. Il segreto pre-esiste alla sua apposizione in quanto fondato sui valori formalizzati nelle norme di carattere primario che individuano i beni protetti e in quelle secondarie che li descrivono, e in quanto tale esso è anche rilevabile indipendentemente dalla sua formale opposizione: *"Se è vero che – di regola – la sussistenza dei presupposti del segreto di Stato è riconosciuta in un atto proveniente da determinati soggetti abilitati dalla legge a farlo valere (atto che, in tal caso, assume valore ricognitivo, da un lato, e costitutivo, dall'altro, del vincolo del segreto), nondimeno, il documento, la cosa, la notizia o i rapporti, che vengono in rilievo di volta in volta, possono presentare caratteristiche di contenuto o di forma tali da indurre a ritenere che essi, ictu oculi, rivestono connotazioni di per sé coperte dal segreto di Stato. In altri termini, in dette particolari ipotesi, la caratteristica della segretezza è intrinseca all'atto..."*.

Da questa affermazione derivano una serie di conseguenze di notevole importanza nella risoluzione del conflitto (ad esempio, in tema di dichiarazioni nelle quali non fu opposto il segreto o del contenuto delle intercettazioni di conversazioni).

Così argomentando, però, si rischia di minare l'intera impalcatura del controllo sul segreto e di introdurre elementi di incertezza che peseranno grandemente nei futuri rapporti tra poteri. Alla base dell'argomentazione della Corte vi è forse l'orientamento della giurisprudenza di legittimità in tema di segreto di ufficio, che pure non è espressamente richiamato. Tuttavia la disciplina del segreto di Stato differisce radicalmente da quella del segreto di ufficio.

Secondo il predominante orientamento, la riforma del 1989 ha radicalmente innovato la disciplina del segreto nel processo. La tecnica di tutela delle due ipotesi di maggior rilievo (almeno dal punto di vista statistico) e cioè il segreto professionale e quello di ufficio, si sono divaricate: mentre per il primo è rimasta la previsione del 1930, attribuendosi al depositario del segreto una facoltà di astensione, per il segreto di ufficio si è scelta la strada dell'obbligo di astensione e dunque del divieto di testimoniare. Da questa diversa impostazione si sono tratte implicazioni circa i riflessi sanzionatori per le prove assunte in violazione dei divieti ivi previsti: la differenza di regime dell'astensione comporta anche diverse sanzioni processuali⁸.

Nel primo caso è solo dall'imposizione della testimonianza che discende una violazione della disciplina di tutela, cosicché la testimonianza spontanea è legittima, anche se non preceduta da avvertimenti circa la facoltà di astensione. Nel caso di segreto di ufficio, invece, la conseguenza

ritenuta legittima ("non indifferente", il che in termini processuali è lo stesso) l'opposizione tardiva che la Corte può ritenere necessario l'interpello.

⁸ Sez. Un. 30/10/02 (21/5/03) n. 22327 in questa Riv., 2003, p. 3276; conferma *a contrario* da Sez. Un. Civ. 21/7/04 n. 13602, in Vita Notarile 2004, p. 1589.

della deposizione, anche non coatta, sul fatto segreto è l'inutilizzabilità della prova ex art. 191 c.p.p.⁹.

La ragione delle diversità di trattamento (e dunque anche di sanzione processuale) può esser rinvenuta nella sostanziale diversità delle due situazioni: nella prima non è tutelato l'oggetto della testimonianza (in sé segreto, nel secondo caso) ma il peculiare rapporto esistente tra il soggetto dichiarante e la fonte della notizia.

Anche il segreto d'ufficio non è però senza limiti.

Il segreto deve esser volto a tutelare apprezzabili interessi pubblici e non può dunque esser indiscriminatamente apposto, indipendentemente da una valutazione di stretta necessità e pertinenza, essendo esso per definizione in contrasto con il principio della trasparenza dell'attività della p.a. da un lato, e della sottoponibilità a controllo giurisdizionale della stessa, dall'altro.

Il fatto oggetto del segreto, poi, deve esser destinato a "rimanere segreto". Certamente non sono destinati a rimanere segreti tutti quegli atti o fatti per i quali la valutazione negativa è operata *ab origine* dal legislatore: per ciò che concerne il segreto d'ufficio, infatti, sono espressamente esclusi dalla segretezza i casi in cui vi sia obbligo di riferire all'autorità giudiziaria.

L'astensione (facoltativa o doverosa) cede rispetto all'esigenza di accertamento dei reati, la cui preminenza sia già stata una volta per tutte valutata dal legislatore, attraverso la previsione di obblighi di riferire all'a.g. (obbligo di informativa e obbligo di referto). Per il segreto di stato è prevista una differente disciplina, che si vedrà appresso, e che fonda anche la diversità di trattazione delle conseguenze della non astensione.

Compete al giudice la valutazione ultima circa l'effettiva sussistenza del segreto e delle condizioni per la sua rilevanza nel processo, e ciò sia nel caso di astensione che in quello in cui egli stesso ne prospetti d'ufficio la sussistenza.

Il giudice infatti non è paralizzato dalla dichiarazione di astensione. E' l'a.g. che ha l'ultima parola circa l'opponibilità del segreto, e a tal fine ne valuta la fondatezza. Questa valutazione può esser preceduta da un'attività volta ad acquisire i necessari elementi di fatto. Essa si estende alla ricorrenza di tutti i presupposti della facoltà/dovere di astensione: in primo luogo la qualità personale del candidato testimone (nella quale sono compresi tutti i diversi profili di rilevanza fattuale o giuridica, dalla sussistenza delle autorizzazioni per svolgere la professione, alla legittimità dello statuto della confessione religiosa e così via); poi la riconduzione del fatto all'ufficio o ministero¹⁰; infine l'insussistenza di ipotesi che elidano la permanenza del segreto¹¹.

All'esito dell'esercizio di tali poteri officiosi il giudice deciderà circa la sussistenza dell'obbligo di astensione/divieto di testimonianza e in caso negativo obbligherà il teste a deporre. Disposizioni analoghe valgono in tema di esibizione e sequestro, ex art. 256 c.p.p..

Ricapitolando, la nuova formulazione dell'art. 201 c.p.p. costruisce il rapporto tra segreto e testimonianza non più in termini di mera astensione. Il segreto non è valicabile dalla decisione del

⁹ G.Spangher, *Commento al nuovo Codice di procedura penale*, art. 201, a cura di M. Chiavario, Torino, 1990, II, pag. 466, M.T. Sturla, *Prova testimoniale*, in Dig. Disc. Pen., X, Torino 1995, p. 426. Contra, F. Cordero, *Procedura Penale*, Milano, VI ed. 2001, sia circa differenze nel regime del segreto professionale e d'ufficio (e per questi aspetti, anche di Stato), sia sulle conseguenze ex art. 191 c.p.p. della testimonianza non coatta; pag. 673 ss.

¹⁰ Sez. 5, 14 maggio 2004 n. 22827 in Giust. Pen. 2005, 11, 3, p. 652

¹¹ Si veda Cass. Sez. 6, 20/9/08 n. 2951, inedita

testimone: esso sussiste e comporta la sottoposizione del testimone a un preciso obbligo negativo. La conseguenza – non priva di contrasti e di cui si è già detto - è che la illegittima acquisizione della testimonianza, anche se resa da teste non coatto, rende la stessa inutilizzabile ex art. 191 c.p.p., in quanto prova assunta in violazione di divieto di legge.

Si delinea così con chiarezza un’accezione sostanziale del segreto d’ufficio, in contrapposizione a quella soggettivistica del segreto professionale: nel segreto d’ufficio è l’informazione ad esser in sé segreta e dunque la sua rivelazione non è nella disponibilità del soggetto esaminato. L’interesse al segreto prevale su quello all’accertamento del fatto-reato, per le sue intrinseche caratteristiche e non per il rapporto che lega il soggetto all’informazione (che è mero presupposto dell’opponibilità dello stesso).

Arbitro ultimo della valutazione della sussistenza del segreto e della sua opponibilità è il giudice. L’eventuale errata valutazione potrà esser sindacata nei successivi gradi di giudizio, ex art. 191 c.p.p., ma dunque sempre all’interno del processo.

L’affermazione del carattere oggettivo del segreto non è dunque di per sé nuova. Essa segue un orientamento giurisprudenziale (e di dottrina) consolidato, anche se non richiamato espressamente dalla Corte. Tuttavia esso ha un significato radicalmente diverso nel campo del segreto di Stato.

5. Disponibilità del segreto di Stato attraverso la procedura di opposizione.

La disciplina del segreto d’ufficio e quella del segreto di Stato si sono divaricate a partire dalla legge n. 801/77 e poi ancor più con la riforma del cpp del 1989 e infine con la legge del 2007.

Nel caso del segreto di ufficio il giudice è in realtà l’ultimo depositario della decisione sulla sussistenza del segreto e sulla sua rilevanza ai fini dell’accertamento penale. E’ infatti il giudice che valuta la fondatezza della dichiarazione di astensione. Il circuito astensione/verifica è tutta interna al procedimento penale. Del tutto diversa è la previsione normativa nel caso in cui si proponga la sussistenza del segreto di Stato. Qui, in considerazione della rilevanza degli interessi in giuoco, il circuito di verifica si apre, uscendo al di fuori del processo penale e dando luogo a una fase procedimentalizzata di opposizione/interpello/conferma. Questa fase si conclude in maniera del tutto anomala, come si vedrà, con un “giudizio” di responsabilità politica, demandato al Parlamento, e con un vero e proprio giudizio di verifica della fondatezza, contenzioso, dinanzi alla Corte costituzionale (entro i limiti rigorosi che saranno appresso discussi).

In questa fase procedimentale al giudice è lasciata solo l’esclusiva attribuzione della qualificazione giuridica del fatto per il quale si procede (rilevante ai fini dei casi tipici di esclusione dell’opponibilità del segreto); attribuzione non solo marginale nel complesso meccanismo delineato dal legislatore, ma soprattutto apparente, posto che l’ultima parola spetta comunque al Presidente del Consiglio, il quale potrà disattendere non la qualificazione del fatto, ma la pertinenza allo stesso dell’informazione segreta, così riattivando il circuito di verifica, esterno al processo penale.

Questa sostanziale differenza spiega la ragione per la quale il carattere oggettivo del segreto di Stato¹² non può avere i medesimi riflessi sostantivi del segreto di ufficio. Nel primo caso è solo il meccanismo di opposizione/interpello/conferma, con conseguente verifica contenziosa, che rende illegittima l’acquisizione della notizia. Qui il Legislatore ha già valutato anticipatamente il bilanciamento tra gli interessi contrapposti e non l’ha attribuito al giudice ma, come si vedrà, nemmeno in maniera totale all’Esecutivo. Infatti la sussistenza del segreto, il carattere

¹² Su cui v. il nostro *Conflitti di attribuzione dietro l’angolo*, in *Guida al Diritto*, 2007, 40, p. 70 ss.

potenzialmente lesivo della diffusione delle informazioni da versare nel procedimento, è già dato per scontato, per così dire, dalla norma. Ciò che è in giuoco è il suo bilanciamento con un altro interesse di rango costituzionale.

I casi in cui il segreto non sussiste all'origine e l'opposizione è infondata non sono infatti rilevanti ai fini interpretativi dell'istituto: essi daranno luogo alla non conferma del segreto e dunque alla riattivazione dell'accertamento giudiziario. Veramente esplicativo è il caso in cui il segreto sussiste e fu validamente apposto, ma viene considerato dall'Esecutivo recessivo rispetto all'accertamento penale nel caso specifico, individualizzato attraverso quel giudizio di proporzionalità rapportata al caso concreto, di cui parla la Corte nella sentenza n. 86/77, su cui oltre.

Quando, dunque, il segreto sussiste è la decisione dell'esecutivo di non opporre (o di non confermare) il segreto che rende l'informazione legittimamente acquisibile nel processo; naturalmente, vale anche il principio opposto, e cioè che quel giudizio di proporzionalità, quando ha esito positivo, impedisce l'acquisizione dell'informazione.

La disponibilità del segreto da parte dell'Esecutivo, già chiaramente risultante dalla disciplina prevista dagli artt. 202, 204 e 256 c.p.p., è resa ancora più esplicita dall'introduzione degli artt. 256 *bis* e *ter* c.p.p., che prevedono termini di decadenza per l'opposizione e la conferma del segreto, nel caso di acquisizioni documentali e ciò persino quando siano coinvolti segreti compartiti con Stati esteri.

La conseguenza è chiara: solo la fase incidentale procedimentalizzata consente di valutare la legittimità dell'acquisizione della prova. L'utilizzazione di informazioni segrete non è di per sé in violazione dei divieti normativi, ma lo diviene solo se non è seguita la procedura prevista.

La procedura, poi, non inizia con l'interpello, ma con l'opposizione del segreto. Rovesciarne i termini non solo è in contrasto con la chiara lettera e con l'altrettanto chiaro spirito della norma, ma introduce anche un elemento di incertezza che non può che causare nuovi conflitti e aprire il campo a un contenzioso – rilevabile per la prima volta anche in sede di legittimità – circa l'inutilizzabilità della prova illecita. La Corte non sembra consapevole di queste implicazioni. Semmai, se si fosse voluto rendere il segreto compatibile con le molte evenienze non riconducibili agli artt. 202 e 256 c.p.p., si sarebbe dovuto affermare che dal principio di leale collaborazione tra istituzioni deriva l'onere per l'Esecutivo di attivare la procedura suddetta non appena ciò sia possibile.

Non a caso il Legislatore del 2007 ha espressamente disciplinato il caso in cui l'opposizione non possa materialmente avvenire al momento dell'acquisizione dell'informazione. L'art. 270bis, introdotto dall'art. 28 della legge di riforma, prevede infatti che quando nel corso di un'intercettazione il magistrato abbia acquisito "comunicazioni di servizio di appartenenti" al Dipartimento o ai Servizi di informazione, segua una procedura volta alla custodia delle informazioni e all'interpello del Presidente del Consiglio; anche qui è previsto un termine di decadenza. Il rovesciamento della consequenzialità tra interpello e opposizione è normativamente prevista solo quando l'opposizione non è possibile, non quando colui che dispone dell'informazione ritiene di non avvalersi dello strumento accordatogli.

6. Funzione garantista dell'oggettività del segreto

E' per questo complesso di ragioni che l'opposizione del segreto è strutturalmente specifica¹³. Essa non può che esser indirizzata specificamente a una fonte probatoria, acquisitiva di un'informazione. Non dovrebbe esser concepibile l'opposizione del segreto per argomenti. Ancora una volta vi è qui confusione tra apposizione ed opposizione. La prima è l'atto, anche di carattere generale e astratto, col quale una determinata informazione viene considerata segreta; a questa valutazione dovrebbe seguire, se l'informazione è contenuta in una cosa, la sua classificazione, secondo i criteri indicati dal legislatore. L'opposizione è la dichiarazione con la quale si rende manifesto che una determinata informazione, oggetto di possibile acquisizione processuale, è sottoposta al vincolo e che l'Esecutivo intende opporre questo vincolo all'accertamento giudiziale. Essa può esser resa da chiunque, qualificato dalla funzione, prenda parte all'atto acquisitivo (testimonianza, perquisizione, sequestro). E' l'individualizzazione della informazione rispetto all'atto che consente la procedura di verifica. L'opposizione generica sarebbe tautologica e non farebbe che spostare su ogni singolo atto il conflitto.

Con questo non si vuol dire che una volta delimitato l'ambito del segreto processualmente rilevante in relazione a una tipologia di atti debba ripetersi all'infinito la pantomima di atto acquisitivo/opposizione/interpello etc.. Infatti, per il principio affermato dalla Corte nelle sentenze 110/98 487/00, e ribadito ancora oggi, l'a.g. non può aggirare il segreto legittimamente opposto, ricercando aliunde l'informazione segreta: l'accertamento penale trova nel segreto uno sbarramento non aggirabile; esso potrà proseguire solo se basato su informazioni autonome. Tra la tautologica opposizione generica e la reiterazione di atti dal medesimo contenuto vi è uno spazio il cui ambito è chiaro concettualmente, anche se nella pratica può non sempre esserlo.

Non a caso la Corte si era assegnata il compito preliminare di delimitare i contorni del segreto opposto e non a caso essa non è riuscita a dissipare le incertezze: esse permangono perché incerti sono rimasti i rapporti tra segreto nella sua oggettività e sua rilevabilità nel processo.

Alle origini dell'impostazione seguita dalla Corte vi è la rivendicazione senza incertezze della primaria rilevanza degli interessi che il segreto è chiamato a tutelare e della conseguente sua prevalenza su ogni altro contrastante interesse. Questo richiamo è certamente condivisibile.

Tuttavia nell'elaborazione della Corte, recepita dal Legislatore, la fondazione sostanziale del segreto di Stato nella tutela di specifici interessi di rango costituzionale aveva un forte significato garantista: non è segreto ciò che l'Autorità politica decide esser segreto, ma solo ciò che deve necessariamente esser protetto, perché coinvolgente i supremi interessi del Paese¹⁴; questi, a loro volta, non sono liberamente individuati neppure dal Legislatore, il quale è vincolato al bilanciamento tra interessi tutti di valore costituzionale¹⁵. E' questo il senso, ad esempio, del comma 1-ter dell'art. 204 c.p.p., introdotto dall'art. 40 della legge 124/07, che impedisce di apporre/opporre il segreto per la sola tutela della categoria di segretazione dell'atto: prevale sulla burocratica attestazione di segreto il reale contenuto dell'atto classificato.

¹³ A. Pace, *L'apposizione del segreto di Stato nei principi costituzionali e nella legge n. 124 del 2007*, nel Sito dell'Associazione dei costituzionalisti italiani (www.associazionedeicostituzionalisti.it), in corso di pubblicazione in *Giur. Cost.* n. 5/2008, il quale perviene alla medesima conclusione con un percorso argomentativo in parte diverso.

¹⁴ Si veda l'ampia ricostruzione, con esaustivi riferimenti bibliografici, circa il carattere ontologico del segreto di Stato e la sua fondazione costituzionale, nei contributi di G. Scandone a G. Mosca e altri, *I Servizi di informazione* cit., in particolare p. 510 ss.

¹⁵ E' a partire dalla sentenza n. 82/1976, destinata ad essere esplicitata dalla sentenza n. 86 dell'anno successivo, che emerge questa aspetto in tutta la sua rilevanza, come nota A. Anzon, *Segreto di Stato e Costituzione*, in *Giur. Cost.* 1976, p. 1758 ss..

E ciò a tacere del fatto che alcuni valori, in quanto fondanti il concetto stesso di Repubblica democratica, non sono da bilanciarsi con quello della salute pubblica, ma ne costituiscono l'essenza e dunque fondano il segreto: tra questi la tutela della dignità e della integrità della persona, non solo in quanto diritti inviolabili, ma quali basi della Repubblica democratica: il segreto va posto a loro tutela e non contro di essi. Su questo, oltre.

Il capovolgimento della fondazione costituzionale del segreto di Stato e la contestuale inversione della sequenza logica di opposizione/interpello rendono il segreto un'entità autonoma, non predeterminabile e incombente.

7. Le fonti dichiarative. Un segreto non opposto.

L'impostazione della Corte viene subito messa alla prova nei profili attinenti il segreto di Stato e le fonti dichiarative.

Va messo in evidenza che il segreto di Stato non era mai stato opposto nel corso delle indagini preliminari, né dai testimoni, né dagli indagati (con la sola eccezione del Direttore del Servizio, gen. Pollari, nelle fasi conclusive del procedimento). E' solo nel dibattimento che si pone per la prima volta la questione del segreto sul contenuto delle dichiarazioni, a seguito dell'ordinanza di ammissione della prova e dei primi esami.

La Corte ha dichiarato fondate le censure relative tanto alla fase ammissiva delle prove quanto a quella di esecuzione di incidenti probatori con i quali si sono assunte le dichiarazioni di indagati.

“Infatti, quanto alla prima, deve rilevarsi come l'istanza formulata ai sensi dell'art. 393 cod. proc. pen. indicasse – tra gli altri temi oggetto dell'esame di cinque degli indagati – anche quello delle relazioni intercorse tra Servizi italiani e stranieri di intelligence.

Quanto, poi, al verbale dell'incidente probatorio, dalla sua lettura emerge che il pubblico ministero ha ritenuto di procedere all'esame di uno degli indagati anche in merito a quanto da questi riferito nel corso delle indagini preliminari, cioè sulla circostanza che, tra «la fine di dicembre e l'inizio di gennaio del 2003», un agente del Servizio americano gli avrebbe illustrato quale sarebbe stato il suo ruolo «nell'operazione congiunta di intelligence con il SISMi», richiedendosi, in tale modo, all'indagato una conferma dell'esistenza «di un'operazione della CIA e del SISMi»”.

Tali statuizioni comportano l'annullamento anche della richiesta e del decreto che dispone il giudizio, sempre nei limiti derivanti dall'applicazione dell'art. 185 c.p.p., la cui valutazione è demandata all'a.g..

Le questioni che qui si pongono sono fondamentalmente due. La prima è costituita dai tempi dell'opposizione del segreto e dalle conseguenze dello stesso sugli atti fino a quel momento legittimamente compiuti, anche nella prospettiva della loro ulteriore utilizzazione probatoria. Il secondo è costituito dalla delimitazione del segreto opposto e dalla sua definizione con riferimento ai parametri in passato individuati in proposito dalla Corte. Esaminiamo il primo aspetto.

La questione dell'invasione di attribuzioni in tema di fonti dichiarative è stata posta dall'Esecutivo, nei ricorsi contro la Procura, nei termini delle pressioni che sarebbero state esercitate dai magistrati

del p.m. sugli indagati (e segnatamente sul Direttore del Servizio) perché non si avvalsesse del segreto di Stato nel corso degli interrogatori¹⁶.

Infatti di ciò si era ampiamente discusso nelle fasi conclusive delle indagini preliminari, con esclusivo riferimento alla posizione del Generale Pollari. Questi infatti fu l'unico, tra i testimoni e gli indagati, ad eccepire l'esistenza del segreto sul contenuto dell'esame. Per di più l'eccezione del Direttore del Servizio concerneva un aspetto specifico e cioè la sussistenza di fonti probatorie, *diverse da quelle acquisite*, dalle quali sarebbe emersa la sua estraneità ai fatti ma che egli non poteva versare nel procedimento a causa della sussistenza del segreto. Segreto, quindi, che da un lato riguardava elementi nuovi e diversi e dall'altro non concerneva i fatti in quanto tali, ma la posizione del Direttore del Servizio.

Di conseguenza, la questione postasi fino alla chiusura delle fasi che precedettero il dibattimento era costituita dall'esistenza o meno dell'istituto dell'opposizione del segreto da parte dell'indagato (poi imputato). L'esistenza di un segreto sul contenuto delle dichiarazioni raccolte nel corso delle indagini, in forma testimoniale o meno, non si era invece affatto posto.

La Corte ha innanzitutto correttamente escluso dall'ambito del conflitto la prospettazione di condotte non rientranti nello schema legale. Affermazione, sia detto per inciso, di una certa rilevanza di carattere generale, giacché vale a circoscrivere con chiarezza il conflitto ai soli casi in cui le parti prospettino l'almeno apparente liceità delle condotte invasive dell'altrui attribuzione.

La Corte ha quindi affrontato la residua questione, consistente nella dedotta invasione delle attribuzioni dell'Esecutivo consistente nell'acquisizione di dichiarazioni di indagati su fatti coperti da segreto e nell'ammissione di liste testimoniali sul capitolo del p.m., concernente anche aspetti che si ritiene coperti da segreto. E' bene iniziare da questo secondo aspetto.

8. L'opposizione tardiva: una questione non affrontata.

I ricorsi contro il giudice del dibattimento concernevano un'attività di ammissione delle parti alla prova, sulla base del capitolato presentato ai sensi degli artt. 468 e 493 c.p.p.. Tale capitolato avrebbe dovuto riprendere, almeno in ipotesi, l'oggetto della prova esplorato nel corso delle indagini. Rispetto a tale oggetto di prova non vi era stata opposizione del segreto nel corso delle indagini preliminari, nemmeno quando, a seguito del deposito degli atti ex art. 415 bis c.p.p., era cessato anche il segreto processuale.

La questione preliminare da affrontare era dunque se il segreto possa esser fatto valere anche successivamente alla sua mancata opposizione nella sede prevista dalle norme procedurali. Si usa l'espressione "fatto valere" per sottolineare che non di opposizione si sta discutendo, in quanto questa non fu proposta dai dichiaranti.

Si è già visto che nella discussione relativa alle acquisizioni documentali la Corte aveva escluso la retroattività del segreto e l'efficacia invalidante degli atti già compiuti di un segreto successivamente "apposto"; aveva al contempo affermato la "non indifferenza" di tale apposizione,

¹⁶ Va peraltro sottolineato che le medesime doglianze erano state effettivamente oggetto di denunce, sporte dal Direttore del Servizio nella duplice e non risolta qualità di rappresentante dell'Ente e di imputato. Sulla base di queste denunce aveva indagato l'a.g. di Brescia, che aveva concluso decretando l'archiviazione con ampia motivazione, nella quale si dà atto dell'assoluta correttezza dei magistrati inquirenti. E' a questa trasformazione dei magistrati del p.m. in indagati ad opera di rappresentanti dello Stato che si riferisce evidentemente l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa quando afferma che le azioni giudiziarie contro i magistrati milanesi vanno considerate "ostacoli intollerabili all'indipendenza del settore giudiziario".

indicandone le conseguenze specifiche nel caso concreto ma non quelle di carattere sistematico. Si è già sottolineata l'ambiguità semantica nell'uso indistinto dei termini apposizione e opposizione e come essa disveli, a nostro parere, l'incompiuta risoluzione del tema di fondo.

Tale provvisoria conclusione sembra rafforzata dalla soluzione offerta dalla Corte circa la tardiva "apposizione" del segreto alle fonti dichiarative.

La Corte non ha affrontato la questione, ritenendola superata in fatto. Essa ha infatti ritenuto che *"già alla stregua della nota del Presidente del Consiglio del 30 luglio 1985, in quel momento ben conosciuta, dovessero ritenersi «coperte da segreto di Stato ai sensi dell'art. 12 della legge 24 ottobre 1977 n. 801», tra l'altro, oltre gli assetti organizzativi del SISMi, specificamente proprio «le relazioni con organi informativi di altri Stati».*

Tali disposizioni erano state ribadite dal Presidente del Consiglio con la nota dell' 11 novembre 2005, con la quale *"nel richiamare il proprio «indefettibile dovere istituzionale (di) salvaguardare, nei modi e nelle forme normativamente previsti, la riservatezza di atti, documenti, notizie e ogni altra cosa idonea a recar danno agli interessi protetti» dall'art. 12 della legge n. 801 del 1977, esso ha chiarito come, nel caso oggetto dell'indagine condotta dalla Procura di Milano, venissero «all'attenzione anche le relazioni con altri Stati», delle quali i rapporti tra i rispettivi Servizi di intelligence «costituiscono senz'altro uno dei punti di maggiore sensibilità». Per tale motivo il Presidente del Consiglio, nel sottolineare l'esistenza, sul punto, di una valutazione «ribadita nel tempo» anche dai suoi predecessori, in virtù di «apposite direttive tutt'ora vigenti» (con evidente riferimento, dunque, proprio alla nota del 30 luglio 1985), ha ritenuto di dover porre in evidenza che la loro osservanza imponeva «il massimo riserbo su qualsiasi aspetto riferito a tali rapporti, vincolando chiunque ne abbia cognizione al segreto»".*

Orientamento ribadito ancora il 26 luglio 2006 con nota nella quale – a specifica richiesta dell'a.g. – si confermava l'esistenza del segreto sulla documentazione relativa ai rapporti con altri Servizi, anche con specifico riferimento alle *renditions*.

Su tali basi la Corte, motivando circa il ricorso del giudice del dibattimento con riferimento al teste Murgolo, ha escluso in fatto la violazione del principio dell'anteriorità della segretezza.

Il segreto, dunque, è legittimamente fatto valere perché l'area dei rapporti tra Servizi è considerata segreta dalla circolare riservata del 1985 e perché nella nota in data 11 novembre 2005, confermata dalla nota del 2006, si ribadiva in linea generale la sussistenza del segreto su determinate aree e cioè sui rapporti con i Servizi collegati.

Ma se così fosse, l'intera attività di indagine sarebbe stata compiuta in violazione del divieto di acquisizione di notizie segrete. Non solo l'ordinanza di ammissione della prova o l'incidente probatorio cadrebbero sotto la scure degli artt. 185 e 191 c.p.p., ma tutti gli atti di assunzione di dichiarazioni o di acquisizioni documentali attinenti al segreto, come sopra individuato. Questa conseguenza non è tratta dalla Corte ma essa svela, per il suo carattere paradossale, l'inerzia dello sforzo volto a superare il meccanismo dell'opposizione attraverso il ricorso al carattere oggettivo del segreto. Che bisogno ci sarebbe di opporre il segreto, visto che ognuno sa che il segreto riguarda le aree definite segrete in generale dalla legge? Si è già visto invece come proprio la previsione della procedura di opposizione rende il segreto disponibile da parte di chi è a ciò legittimato.

Se si cerca di tradurre in principi validi al di là del caso contingente il *decisum* della Corte ci si imbatte in difficoltà a nostro parere insuperabili.

Qual è il contenuto minimo della dichiarazione di carattere generale, che potrebbe in seguito rendere inutilizzabili gli atti assunti in violazione dell'area protetta? Se poi si considera che la Corte ha affermato che vi sono fatti la cui segretezza emerge di per sé, per le loro qualità, o perché specificamente prevista in fonti regolamentari (peraltro a loro volta segrete ex art. 43 della legge 124/07), come si coordinano i due profili? Non vi è il rischio che il segreto venga rivendicato in assenza della pur generica dichiarazione di riserva, quella sorta di *salvis jure* che un tempo chiudeva gli atti del diffidente civilista?

Nel sistema di opposizione del segreto di Stato che il Legislatore ha delineato, la possibilità dell'insorgere della contraddizione sopra rilevata dovrebbe esser impossibile. L'opposizione, infatti, è dichiarazione del soggetto sottoposto all'atto di indagine. E' il testimone che rende la dichiarazione di astensione dalla deposizione, per sussistenza del segreto. A seguito di tale dichiarazione insieme di scienza (dell'esistenza di un segreto) e di volontà (di opporre nel caso concreto l'esistenza del segreto) l'a.g. è tenuta ad avviare la complessa procedura di interpello, cui seguiranno le deliberazioni conseguenti alla risposta ricevuta. Il circuito di verifica si chiude intorno a un atto specifico e a una specifica opposizione del segreto. L'opposizione generica del segreto è tautologica e fuori dello schema normativo.

Si è già visto come, a differenza che nel segreto d'ufficio, è solo la sequenza di opposizione/conferma che rende illegittima l'acquisizione di un segreto, altrimenti disponibile dall'Esecutivo¹⁷.

Non vi è dubbio che una volta opposto il segreto esso non potrà esser aggirato dall'a.g., perché esso costituisce uno sbarramento insuperabile. E' questa la ragione per la quale il segreto opposto e legittimamente confermato, una volta esauriti i rimedi, ha efficacia oltre l'atto opposto e impedisce atti del medesimo contenuto probatorio. Il percorso non può però esser rovesciato, pena la vanificazione del meccanismo immaginato dal Legislatore per tutelare interessi diversi.

Per la stessa ragione può anche riconoscersi che dal dovere di leale collaborazione derivi un dovere specifico per l'a.g. di attivare d'ufficio la procedura d'interpello tutte le volte che si imbatta in un fatto che presenti immediatamente le caratteristiche del segreto¹⁸. E' infatti evidente che la preminenza assoluta dei valori a tutela dei quali il segreto è previsto non possano esser violati per l'inesistenza di una previsione normativa analoga a quella oggi disciplinata in materia di intercettazioni. L'autorità giudiziaria e quella politica che dispone del segreto non sono su parti opposte di una barricata; la tutela del segreto compete alla seconda così come anche alla prima. Ma ciò deve valere entro i limiti fissati con chiarezza dalla legge. Penso al caso in cui l'opposizione non sia possibile: il soggetto non è a conoscenza del carattere segreto dell'informazione che possiede (difetta o è viziata la componente di scienza dell'opposizione); o erroneamente ritiene di eseguire le disposizioni dell'Esecutivo (vizi della componente dichiarativa); oppure l'informazione proviene da soggetti non abilitati a conoscerla (si pensi alla scoperta di un delitto di spionaggio: non per ciò l'informazione deve esser rivelata nei suoi particolari); oppure è casuale (rinvenimento di un

¹⁷ G.Scandone, *L'acquisizione degli elementi* ... cit. p. 598, nel contesto di un'approfondita disamina dell'opposizione del segreto, sembra però esaurire la questione nella rilevabilità d'ufficio del segreto e questa, ancora, in quella della preminenza dell'interesse alla salvaguardia del segreto. Sul punto cfr. G. Paolozzi, *La tutela processuale del segreto di Stato*, Giuffrè, pp. 303 ss

¹⁸ Anticipava queste tematiche G. Paolozzi, *Opposizione ed apposizione del segreto di Stato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1981, 122 ss.. L'A., dopo aver ben chiarito che la "tutela predisposta a garanzia del segreto di Stato è attivabile solo *ope exceptionis*" e che ciò "risponde all'intento che la segregazione avvenga *ex post*" ne ha tratto la conseguenza della inammissibilità di "un intervento dell'esecutivo posto in essere nel corso di un procedimento giudiziario, diretto ad opporre, 'di propria iniziativa', il segreto di Stato su dati o notizie di rilevanza processuale, vale a dire senza che in precedenza sia intercorsa la procedura appositiva"; in tale prospettiva si situa il tentativo di individuare un meccanismo incidentale per far rilevare il segreto non in precedenza opposto.

documento smarrito). In questi casi si è al di fuori dell'opposizione del segreto. Alla carenza di disciplina normativa si supplisce con l'applicazione del principio di leale collaborazione, che è a sua volta espressione nel caso concreto di quello più generale della preminenza del segreto oggettivo.

Estendere oltre i limiti previsti dal legislatore la preminenza del segreto trasforma questo in eccezione allo stato di diritto e pone le basi per il suo trasferimento nell'area dell'indecidibile, come è avvenuto nel caso di cui ci si occupa, per quanto in seguito si dirà.

9. Delimitazione dell'oggetto del segreto

L'indeterminatezza dell'atto fondativo dell'eccezione di segretezza (non si saprebbe come definirlo, visto che esso non è né apposizione, né opposizione) si riflette sul contenuto del segreto rilevante ai fini della liceità dell'atto probatorio.

La Corte ha premesso al suo argomentare la necessità di “previamente identificare l'esatto oggetto del segreto di Stato che il Presidente del Consiglio ha inteso dapprima apporre e poi confermare”. Non è però dato rinvenire nella motivazione una tale effettiva delimitazione. Scrive infatti la Corte che, posto che il segreto è fondato sulla necessità di tutela dei rapporti tra Servizi italiani e stranieri, questi sono “da intendersi, evidentemente, con riferimento non soltanto alle linee generali e strategiche di collaborazione tra i Servizi interessati, ma anche agli scambi di informazioni ed agli atti di reciproca assistenza posti in essere in relazione a singole e specifiche operazioni”. Con la conseguenza della impossibilità per l'A.g. di avvalersi di quelle fonti di prova, anche se “connesse al sequestro di persona”.

“Il segreto di Stato, dunque, non ha mai avuto ad oggetto il reato di sequestro in sé, accertabile dall'Autorità giudiziaria competente nei modi ordinari, bensì, da un lato, i rapporti tra i Servizi segreti italiani e quelli stranieri e, dall'altro, gli assetti organizzativi ed operativi del SISMi, con particolare riferimento alle direttive e agli ordini che sarebbero stati impartiti dal suo Direttore agli appartenenti al medesimo organismo, pur se tali rapporti, direttive ed ordini fossero in qualche modo collegati al fatto di reato stesso; con la conseguenza, quanto alla fonte di prova in questione, dello “sbarramento” al potere giurisdizionale derivante dalla opposizione e dalla conferma, ritualmente intervenuti, del segreto di Stato”.

Posto il segreto nei termini generali che si sono innanzi citati, svincolati dal singolo atto rispetto al quale esso sia stato opposto, resta incerto che cosa sia effettivamente segretato: se sono segreti i rapporti tra Servizi e le articolazioni degli stessi, sono segreti per ciò solo tutte le informazioni che concernano, in qualunque estensione, fatti e circostanze che a tali organismi si riferiscono? Era in realtà questo l'oggetto del contendere. Le domande rivolte ai testimoni e agli indagati non riguardavano altro che la partecipazione di diverse persone fisiche a un'azione illegale, con indicazione dei ruoli rispettivi e delle direttive ad essi o da essi impartite, con riferimento sempre ad una specifica azione, oggetto di accertamento penale.

Così, sono state ritenute in violazione del segreto le domande che “<<hanno tratto ai rapporti fra Servizi italiani e stranieri>>; rapporti da intendersi, evidentemente, con riferimento non soltanto alle linee generali e strategiche di collaborazione tra i Servizi interessati, ma anche agli scambi di informazioni ed agli atti di reciproca assistenza posti in essere in relazione a singole e specifiche operazioni”.

L'identificazione dell'oggetto del segreto di cui è stata ritenuta la rilevanza è innanzitutto fondamentale ai fini di evitare che il contrasto si riproponga nel processo, ogni qualvolta emerga

una fonte di prova che si espanda nell'area "sbarrata". Ma ciò che più conta ai fini della piena comprensione dei principi affermati dalla Corte non sono tanto i riflessi pratici della decisione nel processo nel quale essa va a incidere, quanto la relazione tra la delimitazione del segreto e la ricostruzione dell'istituto dell'opposizione del segreto di Stato nel processo. In altri termini, occorre chiedersi se le difficoltà che la Corte incontra nel fornire un'appagante delimitazione dell'oggetto del segreto non derivino proprio da quella ricostruzione.

Il capovolgimento dei presupposti garantisti dell'accezione sostanziale del segreto porta a ritenere che esso pervada il processo per asserzioni di carattere generale, divenendo così oggetto di successiva interpretazione nell'ambito processuale.

L'ambiguità circa i reali contorni del segreto opposto si rivela qui in tutto il potenziale di conflittualità. All'A.g. non è precluso di acquisire dichiarazioni riguardanti il sequestro, ma non quando queste si riflettano sui rapporti tra Servizi. Trattandosi di un'operazione congiunta tra Servizi segreti, è arduo individuare il discrimine tra le due aree. Il segreto, poi, opera anche se non specificamente opposto e dunque anche nell'acquisizione probatoria dibattimentale, pur se strettamente attinente al materiale già legittimamente raccolto nella fase delle indagini. E' facile immaginare che l'*actio finium regundorum* non sarà pacifica.

Vi è poi un'ulteriore conseguenza, ancor più grave perché in contrasto col percorso della Corte a partire dalla sentenza n. 110/1998. Il segreto ha certamente come effetto, se correttamente opposto e confermato, lo sbarramento dell'azione penale, ma occorre ribadire che non è questa la sua funzione: il segreto è volto a impedire la conoscenza di fatti che devono restare segreti nell'interesse della Repubblica; gli effetti sull'azione penale sono conseguenza di questa finalità. Il Legislatore ha faticosamente enucleato le garanzie funzionali, come limite all'azione, e le ha disciplinate, prevedendo espressamente che le attività dei Servizi, quando fuoriescano da tali limiti, non possono esser coperte dal segreto. Il segreto immanente, dipanante i suoi effetti indipendentemente dalla specifica opposizione, vanifica la distinzione tra segreto e vincoli all'esercizio dell'azione penale e con ciò vanifica alla radice il meccanismo di controllo, disciplinato dalle garanzie funzionali¹⁹.

10. Intercettazioni

Analoghe considerazioni valgono per le intercettazioni telefoniche. La Corte ha infatti escluso che sussista un divieto *ex lege* di captare conversazioni su utenze usate da soggetti appartenenti ai servizi, in mancanza di "apposizione" del segreto di Stato. A tale conclusione la Corte giunge sulla base della disciplina ora prevista dall'art. 270bis c.p.p., che prevede particolari modalità di esecuzione delle intercettazioni e delle fasi di acquisizione processuale delle conversazioni, nonché una specifica procedura di interpello, ad esito della quale il segreto di Stato può esser opposto.

Dunque, legittimamente l'Autorità giudiziaria procedette alla captazione delle conversazioni (e, si desume, alla individuazione dei nominativi dei soggetti che vi presero parte e dell'intestazione delle utenze, altro motivo di doglianza).

Tuttavia, per le stesse ragioni che hanno portato la Corte ad annullare l'incidente probatorio del 30 settembre 2006, diversa è la conclusione circa la "*concreta utilizzabilità processuale del contenuto delle intercettazioni disposte dagli inquirenti. Sotto tale distinto profilo, l'Autorità giudiziaria non potrà comunque porre a fondamento delle sue determinazioni, in qualsiasi momento della scansione processuale, elementi conoscitivi che dovessero risultare coperti dal segreto di Stato, se*

¹⁹ Cfr. il nostro *Garanzie funzionali, responsabilità e controllo per dare una svolta ai servizi di Intelligence*, in *Guida al Diritto*, 31, 2006, p. 11 ss.

e nella parte in cui eventualmente investano, direttamente od indirettamente, proprio il tema delle relazioni intercorse tra i Servizi di intelligence italiano e quelli stranieri”.

Qui si possono verificare con ancora maggiore chiarezza le conseguenze dell'operazione concettuale a base della decisione. Le intercettazioni, oltre ad essere state disposte ed effettuate, hanno anche seguito il complesso *iter* procedimentale previsto dagli artt. 268 e ss. C.p.p.. I verbali e le registrazioni sono stati depositati alle parti; le conversazioni utili sono state selezionate in contraddittorio e ne è stata disposta la trascrizione; esse sono state depositate unitamente agli atti del procedimento ex art. 415 bis c.p.p. e – prima e dopo tale fase – utilizzati dal giudice in provvedimenti diversi (misure cautelari e decreto che dispone il giudizio). In nessuna di queste fasi è stato opposto il segreto di Stato, né sulle attività di individuazione dei numeri o delle intestazioni delle utenze o degli interlocutori, né sul contenuto delle conversazioni.

Per la verità neppure il ricorso per conflitto di attribuzione investiva il contenuto delle conversazioni, cosicché sembra che la Corte abbia ritenuto d'ufficio – non si vuol dire *ultra petita* – che il segreto genericamente “apposto” riverberi i suoi effetti anche indipendentemente da ogni forma di opposizione /eccezione da parte dell'Esecutivo.

Resta irrisolto il tema dei limiti di rilevanza del segreto, quando questo non sia opponibile da chi ne ha la disponibilità, a causa delle modalità di acquisizione dell'informazione al processo. L'intercettazione era uno di questi casi, ora espressamente disciplinato dal Legislatore, mentre continua a mancare una disciplina di carattere generale.

Nel caso di specie, invece, l'Esecutivo aveva avuto ampie possibilità di eccepire, nell'ambito delle conversazioni e con opposizioni specifiche e puntuali, quali parti delle conversazioni dovessero esser ritenute segrete e quindi espunte. E' presumibile che la concreta attuazione del *dictum* della Corte non sarà indolore, trasferita com'è alla fase successiva a quella della legittima acquisizione degli atti al processo.

11. Obbligo di avvisare il dichiarante?

La Corte, nell'incidentale trattazione dell'opposizione del segreto da parte dell'imputato, inserisce un inciso, il cui contenuto non è affatto scontato e che potrebbe non esser privo di conseguenze, al di là della decisione in commento.

Afferma dunque la Corte che dell'obbligo di astenersi sui fatti coperti dal segreto di Stato – la cui violazione è sanzionata penalmente dall'art. 261 cod. pen. – “gli interessati dovranno essere resi edotti anche alla luce dei contenuti della presente sentenza”. Si deve ritenere che tale asserzione non possa esser considerata quale interpretazione dell'art. 202 c.p.p. e cioè che da essa derivi l'imposizione all'a.g. dell'onere di portare a conoscenza del dichiarante l'esistenza della “facoltà” di astenersi e le conseguenze della sua violazione. Una siffatta interpretazione riverbererebbe i suoi effetti anche sugli artt. 200 e 201 c.p.p. e cioè sul segreto professionale e d'ufficio. Si tratterebbe infatti di una prospettiva del tutto nuova, essendo invece pacifico che tale avviso non sia dovuto, a differenza di altre ipotesi, come quella relativa alla testimonianza del prossimo congiunto.

Tuttavia sembra che l'affermazione della Corte debba esser limitata all'attuazione della decisione nel conflitto in esame. Essa, dunque, apparirebbe strettamente correlata al fatto che il segreto non fu opposto dai dichiaranti, i quali resero le più ampie dichiarazioni, anche su punti che sono ora coperti dal segreto. Sia che tale interpretazione restrittiva sia corretta, sia che si debba invece trarre dall'inciso una più ampia conseguenza, in ogni caso anche l'innovazione rispetto a una consolidata interpretazione rende evidente che in realtà il segreto fu opposto tardivamente e che ad esso viene di fatto attribuita efficacia retroattiva.

12. Segreto e diritti dell'imputato

Nel contesto della trattazione relativa alla futura escussione dei testimoni, la Corte ha incidentalmente affrontato anche il tema della opponibilità del segreto da parte dell'imputato e non solo del testimone. La Corte dedica al punto poche righe, tanto da far pensare che abbia inteso non pregiudicare la questione, trattandola quasi come *obiter dictum*. Tuttavia essa è in realtà all'origine dell'intero conflitto giacché, come si ricorderà, questo era stato l'unico profilo di opposizione del segreto di Stato, nel corso dell'intero procedimento penale, peraltro da parte di un solo indagato.

Partendo dalla constatazione che l'art. 202 comma 1, c.p.p. prevede l'obbligo per i pubblici ufficiali di astenersi dal deporre su fatti coperti dal segreto di Stato, la Corte afferma che *“l'art. 41 della legge n. 124 del 2007 ha inteso conferire portata generale a tale obbligo, stabilendo, infatti, che ai pubblici ufficiali, ai pubblici impiegati ed agli incaricati di pubblico servizio «è fatto divieto di riferire riguardo a fatti coperti da segreto di Stato»; la medesima norma, inoltre, pone a carico dell'Autorità giudiziaria – investita del processo penale nel corso del quale, in qualunque «stato e grado» il segreto sia stato opposto da costoro, anche in qualità di indagati o imputati – il compito di «informare il Presidente del Consiglio dei ministri» affinché assuma «le eventuali deliberazioni di sua competenza».*

E con questo si vorrebbe risolta la questione. Ma è davvero così?

La facoltà-dovere di astenersi dal dichiarare è pacificamente disciplinata dal codice di rito esclusivamente con riferimento alla testimonianza. Su tale base la Corte di Cassazione, nell'unica e risalente decisione sul punto, affermò con nettezza che l'imputato non può opporre il segreto, giacché gli è accordata la più ampia facoltà di non rispondere, cosicché nei suoi confronti neppure si pone un problema di astensione²⁰.

Queste considerazioni non sembrano però sufficienti a dare esaustiva risposta al quesito, nella sua complessità.

Se infatti è indubbio sia che il codice di procedura disciplini l'astensione solo con riferimento alla testimonianza, sia che la facoltà di non dichiarare è più ampia di quella di astenersi, la Suprema Corte non considera il particolare rapporto che lega la dichiarazione al dichiarante, quando questi sia l'imputato. E' evidente che il fatto che l'imputato si avvalga della facoltà riconosciutagli a sua tutela avrà effetti diversi a seconda del contenuto del segreto, di cui si ipotizza la sussistenza. La tutela del segreto potrebbe effettivamente incidere negativamente sul suo diritto a difendersi compiutamente²¹. Il diritto dell'imputato non è limitato al non dichiarare, ma anche a difendersi dichiarando, se questa è la sua libera scelta di strategia processuale. Il fatto che egli in questa maniera eserciti un diritto potrebbe forse scriminarlo in ordine al delitto di rivelazione di segreto, qualora decidesse di difendersi dichiarando e così violando il segreto. Ma al tempo stesso questo comportamento “scriminato” comprometterebbe un interesse, la cui preminenza è stata affermata a chiare lettere dalla Corte costituzionale sin dal 1976 e poi ribadito, con specifico riferimento al diritto di difesa, anche nella sentenza n. 110/98.

²⁰ Cass. Sez. VI, 10 marzo 1987, in *questa Riv.*, 1988, 1897, con nota di F.M. Grifantini, *Riflessioni sui rapporti tra segreto di Stato e diritto di difesa a proposito dell'interrogatorio dell'imputato*, p. 1898 ss..

²¹ Il Giudice per le indagini preliminari di Milano sottolineò che l'interpretazione della normativa vigente, compatibile con l'affermazione del diritto di difesa, vale anche a “tutelare l'imputato da eventuali abusi del potere esecutivo ai suoi danni” e di ottenere una pronuncia di merito, limitando al contempo la “violazione” del segreto a ciò che è strettamente necessario in base ai parametri di pertinenza all'oggetto della prova e alle necessità difensive; ordinanza 6 febbraio 2007, in *Giur. Cost.* 2007, p. 2331 ss. con nota di A.Masaracchia, *Diritto alla prova dell'imputato e segreto di Stato: corsi e ricorsi storici di una questione definitivamente chiarita*, p. 2343 ss.

In altri termini, la facoltà di non rispondere accordata all'imputato non è idonea a garantire la salvaguardia del diritto alla difesa e al contempo quella dell'interesse supremo alla sicurezza della Repubblica. Se l'indagato non risponde rinuncia ad esercitare il diritto a difendersi. Se esercita questo diritto, compromette la sicurezza dello Stato. Questo *dilemma tragico* non può certo risolversi in pregiudizio del diritto di difesa. Allo stesso tempo non può neppure ammettersi che il diritto di difesa prevalga sulla sicurezza nazionale²², risolvendosi la questione sotto il limitato profilo della sussistenza di una causa di giustificazione per le conseguenze penali della rivelazione: il dichiarante sarà immune, ma l'interesse nazionale compromesso.

La Corte ha dunque affermato che l'art. 41 della legge n. 124/07 "ha inteso conferire portata generale all'obbligo [di astenersi dal deporre] anche in qualità di indagati o imputati".

Tale interpretazione è però tutt'altro che pacifica²³. Certamente essa non emerge univocamente dai lavori preparatori²⁴. In una prima redazione del novellato art. 202 c.p.p. si prevedeva infatti l'espresso riferimento alla posizione dell'indagato e dell'imputato (attraverso l'espressione "ove interrogati o esaminati"). Questo riferimento fu soppresso (mentre emendamenti volti ad analoghe statuizioni non vennero approvati) nel corso dell'esame del testo da parte della Commissione affari costituzionali della Camera, proprio perché considerato estendente a quelle posizioni la medesima disciplina di astensione prevista per il testimone. Il relatore presentò quindi un emendamento finalizzato a introdurre quello che è poi divenuto – con poche modifiche – l'attuale art. 41 e motivato dall'esigenza di disciplinare "il divieto, per i pubblici ufficiali, i pubblici impiegati e gli incaricati di pubblico servizio, di riferire riguardo a fatti coperti dal Segreto" (Seduta del 1° febbraio 2007).

La norma sembra dunque estranea al campo delle dichiarazioni endoprocessuali e quindi anche a quello dell'interrogatorio/esame dell'indagato/imputato. Essa appare diretta a prevedere un generale divieto di riferire, attraverso informative, comunicazioni, audizioni al di fuori del processo penale e altri atti tipici o atipici, processuali o meno, notizie segrete. Ciò spiegherebbe la ragione per la quale essa non sia stata inserita nel codice di procedura.

E tuttavia il dibattito parlamentare si indirizzò immediatamente nel senso di interpretare la norma come finalizzata a risolvere la questione del bilanciamento tra diritto della difesa e tutela del segreto e più specificamente anche al caso concreto.

Il punto davvero cruciale è costituito dalla relazione che lega il dichiarante e l'accertamento. L'imputato ha per definizione un interesse proprio, non necessariamente coincidente con quello istituzionale. Il bilanciamento tra i valori contrapposti non può essere identificato semplicemente con quello operato nel caso del testimone, il quale non è parte nel procedimento, con un suo proprio interesse alla definizione del medesimo. E' per questa ragione che il Legislatore, in sede di riforma del processo penale, escluse l'interrogatorio dalle previsioni di cui all' art. 202 c.p.p., riguardante la testimonianza. La medesima scelta è stata confermata dalla riforma del 2007 dei relativi articoli del codice di procedura. Inoltre l'art. 41, nel replicare il meccanismo di opposizione di cui all'art. 202

²² Così sembra invece concludere, sulla base dell'orientamento della Corte di Cassazione sopra citato, F.M. Grifantini, *Segreto di Stato e divieto probatorio nel codice di procedura penale 1988*, in *Giust. Pen.* 1989, III, 540 ss., sulla base di un'approfondita disamina della disciplina del segreto nel processo, con riferimento anche all'inutilizzabilità della prova da violazione del divieto e all'applicabilità dell'istituto alla dichiarazione dell'imputato.

²³ Cfr. C. Bonzano, *Commento alla nuova tutela penale del segreto di Stato: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. Pen. e proc.* 2008, p. 26 ss.. Sia consentito di rinviare anche al nostro *Conflitti di attribuzione dietro l'angolo* in Guida al Diritto, n.40 2007 p. 70 ss.

²⁴ Questi sono accuratamente ricostruiti da G.Scandone, *L'acquisizione degli elementi di prova orali*, in G.Mosca e altri, *I Servizi di informazione* Cit. p. 583 ss.

c.p.p., al contempo se ne discosta in punti non secondari (previsione dell'essenzialità della conoscenza dell'informazione segreta e attribuzione al giudice della valutazione di tale elemento).

Anche gli effetti dell'eventuale conferma del segreto sono diversi a seconda che esso sia opposto dal testimone o ai sensi dell'art. 41. Nel primo caso il segreto sbarra l'acquisizione dell'informazione segretata ma non preclude l'accertamento del reato, a meno che l'informazione non influisca direttamente sulla decisione di accertamento del fatto – reato, il che porterà alla necessaria declaratoria di non doversi procedere. Ma che succede nell'ipotesi che l'imputato, come nel caso di specie, affermi di non poter utilizzare informazioni segrete, che porterebbero all'esclusione della sua responsabilità? E' evidente che qui il bilanciamento tra segreto e accertamento è diverso dall'ipotesi disciplinata dall'art. 202 c.p.p., perché in esso si inserisce direttamente (e non più solo indirettamente) quello del diritto alla piena difesa. Ritengo che l'esito non potrebbe esser diverso da quello previsto per il caso oggi espressamente disciplinato, ma non v'è dubbio che le due ipotesi siano radicalmente diverse e meriterebbero un serio approfondimento e forse un'adeguata ed espressa disciplina normativa. Si pensi al caso in cui l'imputato opponga il segreto su informazioni che siano effettivamente segrete e dunque non ostensibili, pur a seguito di interpello; dunque il segreto sarà confermato. L'imputato aveva dichiarato che quelle informazioni erano essenziali²⁵ ai fini di escludere la sua responsabilità. Chi valuterà che ciò corrisponda al vero? Non potrà farlo il giudice, cui è preclusa la conoscenza anche incidentale della materia segreta; non potrà farlo l'Esecutivo, cui tale valutazione non è demandata. Strumentali opposizioni del segreto varrebbero a paralizzare l'accertamento penale. Tale conclusione è rafforzata dall'interpretazione che la Corte sembra aver dato circa il suo ruolo nel conflitto di attribuzione, per quanto appresso si dirà. Se infatti il circuito del controllo non fosse chiuso dalla Corte (ai fini giudiziari) ma dalla responsabilità politica, è davvero arduo immaginare che la valutazione di pertinenza del segreto all'accertamento della responsabilità penale dell'opponente sia devoluto al Parlamento²⁶.

La Corte non ha risposto a questi interrogativi. E' facile profezia quella che vede nel processo il prossimo campo di battaglia, con buona pace della risoluzione del conflitto.

13. Il principio di “individualizzazione del segreto”

La fondamentale sentenza n. 86/1977 pose le basi dell'affermazione dell'esclusiva responsabilità politica del Presidente del Consiglio per la decisione attinente il segreto e la sua conferma nel processo. La Corte sottolineò allora che “la potestà dell'Esecutivo non è illimitata”. Essa incontra due limiti. Innanzitutto, sotto il profilo oggettivo, esso è condizionato dalla natura degli interessi istituzionali alla cui tutela esso è volto, i quali devono attenersi allo Stato-comunità e concernere i supremi, imprescindibili interessi dello Stato. Con la conseguenza che “mai il segreto potrebbe esser allegato per impedire l'accertamento di fatti eversivi dell'ordine costituzionale”. La Corte aggiunse, in un passaggio non richiamato dalla sentenza in commento, ma che è a quello innanzi citato consequenziale, che “perciò al criterio oggettivo della materia – che andrebbe meglio qualificata e precisata in sede legislativa – *si deve aggiungere, in ogni singolo caso concreto, un ragionevole rapporto di mezzo a fine*” (c.vo nostro). Ciò determina, secondo la Corte, che anche in caso di predeterminazione degli interessi tutelati permangono i profili successivamente esaminati e cioè quelli concernenti il rapporto tra aree di attribuzione dei poteri dello Stato e il loro bilanciamento. Questo potrebbe esser definito come principio di “individualizzazione” del segreto, sulla base del principio di proporzionalità.

²⁵ E dunque tali da portare necessariamente al suo proscioglimento. “Essenziale” è infatti “quella prova, a carico o a discarico, il cui occultamento determina una deficienza tale del contesto probatorio da impedire al giudice di definire il giudizio e cioè di dirimere l'alternativa condanna-proscioglimento dell'imputato”, secondo la definizione di G.Paolozzi, *La tutela ...*, cit. p. 413.

²⁶ Sottolinea, sia pure indirettamente, questo aspetto G.Scandone, *L'acquisizione ...* cit. p. 587

Il secondo limite è quello della necessità che l'Esecutivo indichi le ragioni essenziali che stanno a fondamento del segreto, e ciò sia al fine di ridurre la possibilità di contrasti col giudice (che “a tali motivazioni di norma si atterrà”) che di consentire il controllo parlamentare.

Non si dubita, quindi, che la responsabilità del controllo sull'esercizio dei poteri ampiamente discrezionali attribuiti all'Esecutivo circa i mezzi idonei a garantire la sicurezza dello Stato sia del Parlamento e non dell'autorità giudiziaria.

La Corte richiama questo principio con fermezza, affermando essere “*escluso – ferme restando le competenze di questa Corte in sede di conflitto di attribuzioni – qualsiasi sindacato giurisdizionale non solo sull'an, ma anche sul quomodo del potere di segretazione, atteso che «il giudizio sui mezzi idonei e necessari per garantire la sicurezza dello Stato ha natura squisitamente politica e, quindi, mentre è connaturale agli organi ed alle autorità politiche preposte alla sua tutela, certamente non è consono alla attività del giudice»*”. (punto 3 considerando in diritto)

Non dubitare del ruolo del controllo parlamentare non implica però che non possano sussistere altri controlli, con riferimento a differenti parametri. Il punto della decisione è tutto racchiuso nell'inciso *ferme restando le competenze di questa Corte in sede di conflitto di attribuzioni*.

Non si tratta dell'attribuzione o meno alla deliberazione sul segreto, nelle sue varie forme rilevanti nel procedimento, della qualificazione di atto politico²⁷. Ciò che rileva ai nostri fini è che certamente la deliberazione sul segreto è sottoposta a precisi vincoli di carattere costituzionale e normativo, che ne disegnano i presupposti, le condizioni di legittimità e – non ultimo anche se negletto nella decisione della Corte – la individualizzazione nel caso concreto.

14. Il conflitto di attribuzioni come valvola di sicurezza

Posto che gli aspetti discrezionali (nel senso sopra specificato) di tale atto sono sottratti al sindacato giurisdizionale e non possono che riposare in quello parlamentare, che ne è di quelli che discrezionali non sono e – qualunque sia la definizione di atto politico – escludono la libera determinazione dell'Esecutivo?

Una prima soluzione è quella offerta dalla Corte: in ogni caso il giudizio è sottratto al controllo giurisdizionale ed attribuito esclusivamente a quello parlamentare. In questa sede si potrà verificare la fiducia o la sussistenza delle ipotesi di incriminazione ex art. 96 Cost..

Tuttavia essa non esamina gli argomenti contrari che derivano proprio dalla disciplina che il legislatore ha previsto, al precipuo fine di dare attuazione ai limiti individuati dalla Corte nella sentenza n. 86/1977²⁸. Se fosse possibile ricostruire diversamente il rapporto tra responsabilità politica (attinente ai profili di assoluta discrezionalità dell'Esecutivo) e verifica nel caso concreto della sussistenza dei limiti suddetti, occorrerebbe valutare se il bilanciamento in ipotesi raggiunto dal legislatore soddisfi le attribuzioni, quali disegnate dalla Corte. Tale complesso esame è però del tutto assente nella sentenza in commento.

²⁷ Così definisce esplicitamente l'atto di apposizione del segreto, ma incidentalmente e senza argomentare, Cass. Sez. Un. 17 novembre 1989 n. 4905, in *Giust. Civile*, 1990, n. 1, I, pp. 69. Sulla tematica dell'atto politico applicata al segreto v. A.Pace, *L'apposizione del segreto di Stato* ..., cit.

²⁸ Parlava del controllo della Corte come di “valvola di sicurezza” del sistema già M. Chiavario, *Introduzione in AAVV Segreto di Stato e giustizia* ... cit. p. 21. G.Scandone, nel contributo ad AAVV, *I servizi di informazione e il segreto di Stato*, cit. *passim*. ricostruisce con dovizia di riferimenti bibliografici e al dibattito politico l'origine e gli sviluppi del conflitto di attribuzioni in tema di segreto di Stato. Sulla problematicità di tale prospettazione v. E.Malfatti, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1996-1998)*, a cura di R. Romboli, Torino, 1999, p.441

La fondazione oggettiva del segreto (e cioè nei principi costituzionali trasfusi in fonti normative) e la previsione espressa dei suoi limiti, costituiscono già di per sé base per un controllo in sede di conflitto che non si esaurisca nella verifica estrinseca, ma che si estenda anche a quella interna, entro i precisi confini sopra delineati²⁹ e che dunque non investa il merito della controversia.

A quest'ultimo proposito, va osservato che la Corte ha in passato rifiutato di svolgere il ruolo di risolutore in fatto del conflitto. Questa ferma delimitazione dei propri compiti, tuttavia, non esclude la verifica intrinseca dei presupposti di legittimità delle condotte contendenti.

Basti pensare, per restare nel campo di poteri funzionalmente insindacabili, al controllo dei presupposti in fatto del potere individuate nel sindacato sulle deliberazioni delle Camere in tema di immunità per le opinioni espresse nel mandato parlamentare³⁰, estese al controllo degli eventuali vizi del procedimento seguito dall'assemblea e all'omessa o erronea valutazione dei presupposti del valido esercizio del potere³¹.

Si pensi poi al principio di leale collaborazione e alle sue aperture fattuali. Non a caso è stato notato che il principio suddetto ben si presta alla duttile materia dei conflitti tra poteri aventi ampia discrezionalità politica (ad esempio tra Stato e Regioni) e male a quella rigida dell'esercizio del potere giurisdizionale³². Esso, tuttavia, elaborato in altri contesti, è stato applicato anche alla risoluzione dei conflitti in tema di applicazione giurisdizionale del segreto di Stato.

Dunque, l'esclusione della decisione di merito, nel conflitto ordinario tra poteri, non implica affatto che non debbano esser valutati i presupposti e le modalità di esercizio dei poteri; altrimenti sarebbe vanificato l'istituto stesso, di cui non bisogna mai dimenticare il carattere concreto, riferito al singolo caso dedotto in causa.

L'attribuzione al Parlamento del controllo politico non implica affatto l'esclusione di un controllo costituzionale-giurisdizionale³³, sotto differenti parametri.

Tutti questi profili sono stati semplicemente non trattati dalla Corte, la quale si è limitata a dichiarare la discrezionalità assoluta dell'atto di apposizione del segreto e la sua sindacabilità solo in sede parlamentare. Con il che il conflitto non potrebbe che esser unidirezionale: è solo l'Esecutivo che può far valere la sua sfera di attribuzione nei confronti del Giudiziario; quest'ultimo non potrà che rimettersi alla sovranità della maggioranza.

15. L'insufficienza del solo controllo politico-parlamentare: il segreto in balia della maggioranza.

²⁹ Per questa ragione sembra non potersi accogliere la conclusione di chi ha ritenuto che alla Corte sia attribuito, in sede di conflitto, il potere di controllare il buono o cattivo uso del potere (G. Paolozzi, *Tutela...*, cit. p. 505 ss): tra il controllo sull'esercizio della discrezionalità politica e l'affermazione della sua totale e assoluta insindacabilità resta l'area del controllo vincolato al rispetto dei limiti disegnati dalla Costituzione e dal legislatore alla discrezionalità politica.

³⁰ Un'ampia disamina della più recente giurisprudenza della Corte in M. Losana, *La recente giurisprudenza costituzionale in tema di insindacabilità: la questione del soggetto al quale spetta l'applicazione dell'art. 68 comma 1° Cost.*, in *Giur. Cost.*, 2008, p. 2821 ss

³¹ Così Malfatti, Panizza, Romboli *Il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato*, in *Giustizia costituzionale*, Torino 2003, p. 246 e ancor più p. 249 ove si esamina criticamente l'estendersi della valutazione della Corte "a favore di una valutazione dei fatti e quindi dei rapporti giuridici e delle vicende concrete..".

³² A. Pisaneschi, *Conflitto tra Collegio inquirente e Camera dei deputati e principio di 'leale collaborazione'*", in *Giur. Cost.*, 1994, p. 3594

³³ Così G. Scandone, *L'acquisizione degli elementi ...* cit. p. 621

L'omissione è tanto più singolare, se si riflette sulla centralità che nel dibattito parlamentare in occasione della riforma del segreto di Stato, operata con la legge 124/2007, ebbe proprio questo aspetto. L'attribuzione esclusiva al Parlamento del controllo sul segreto opposto nel processo era infatti apparsa non idonea a prevenire e poi a risolvere la conflittualità con l'interesse all'accertamento dei reati.

Si tratta di riflessioni che nel nostro ordinamento sono relativamente recenti, giacché recente è l'idea di controllo parlamentare. In democrazie nelle quali la separazione dei poteri ha radici assai più antiche, quali gli Stati Uniti, il nodo dell'effettività del controllo parlamentare sulle materie-limite è invece molto più esplorato. Esso si ripropone in ogni occasione di profonda crisi, che metta a rischio la sicurezza dello Stato; ogni volta esso si ripropone nei termini dell'inadeguatezza del controllo parlamentare, soggetto alle forti pressioni dell'opinione pubblica, e di tardività dell'intervento giudiziario riparatore e (a volte) ripristinatore delle attribuzioni dei poteri. Paradigmatico fu il caso dell'internamento dei cittadini americani di origine giapponese durante la seconda guerra mondiale, giustificato dinanzi al Parlamento con la frase: "*a Jap is a Jap*"³⁴, e che solo tardivamente ebbe seguito giudiziario riparatorio, ma molti altri esempi possono esser ricordati³⁵.

L'11 settembre 2001 ha nuovamente posto a dura prova il sistema dei controlli. Leggi gravemente invasive dei diritti degli individui (e fortemente incidenti sulla distribuzione dei poteri³⁶) furono approvate in pochi giorni e pressoché all'unanimità. Più che di controllo del parlamento sul segreto si è dovuto constatare il controllo del segreto sul parlamento, come emerge dalla denuncia della portavoce del Congresso, Nancy Pelosi. Si sono dovuti attendere molti anni prima che decisioni della Corte Suprema riattivassero, insieme alle coscienze, anche il controllo parlamentare.

E' proprio questa *débacle* dei controlli, sotto la spinta dirompente della sicurezza, che ha portato eminenti processualisti e costituzionalisti a interrogarsi sulla necessità di disciplinare l'indecidibile: da Alan Dershowitz per la tortura³⁷ a Bruce Ackerman per la costituzione di emergenza. Il secondo, grande costituzionalista democratico, ha cercato di costruire un meccanismo in grado di impedire l'instaurarsi del circolo vizioso, per il quale proprio le situazione di maggiore gravità securitaria mettono da parte i meccanismi posti a tutela del rispetto dei limiti, previsti per quelle situazioni. Ackerman propone dunque di dare coerenza sistematica all'eccezione e prevede quella che definisce "scala mobile costituzionale"³⁸, un sistema progressivamente più rigido per la decisione di

³⁴ Generale J.L. DeWitt, nel corso dell'audizione del Congresso sulla sua *Final Recommendation* per l'internamento di 200 mila cittadini americani di origine giapponese, citato in P. IRON, *A People's History of the Supreme Court*, New York 1999, Penguin Books.

³⁵ Per un'ampia rassegna, vedi D. COLE, J.X. DEMPSEY, *Terrorism and the Constitution: Sacrificing Civil Liberties in the name of National Security*, New York 2006, New Press,

³⁶ Sulla tematica dei poteri "inerenti" alla funzione presidenziale e su quelli del presidente come *Commander in Chief* la letteratura è sterminata. Si vedano per tutti N.K. KATYAL, *Hamdan v. Rumsfeld: The Legal Academy Goes to Practice*, in *Harvard Law Review*, 2006, Vol. 120, p. 66 ss. e J.S. MARTINEZ, *Inherent Executive Power: A Comparative Perspective*, *Yale Law and Policy Review*, 115, 2006, pp. 2481 ss.

³⁷ A. DERSHOWITZ, *Why Terrorism Works. Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, New Haven 2002, Yale University Press, tr. it. *Terrorismo*, Roma 2003, Carrocci. L'A. ha poi ricondotto la prospettazione della legalizzazione della tortura a una provocazione. Il testo non autorizza questa conclusione. Siamo assai lontani da una modesta proposta à la Swift. In realtà la legalizzazione della tortura come limite e garanzia risale alla notte dei tempi e trova nell'Inquisizione (e dunque nella previsione di casi e modalità della sottoposizione alla sofferenza per la ricerca della prova) un punto fermo. I memoranda sulle modalità di interrogatorio, redatti dall'*Office of Legal Counsel of Justice Department*, ora svelati dalla nuova amministrazione USA, sono un buon esempio di risposta alla "provocazione": si vede che non tutti hanno capito lo scherzo.

³⁸ B. ACKERMAN, *Before the Next Attack: Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, New Haven 2006, Yale University Press, ora *Prima del prossimo attacco. Preservare le libertà civili in un'era di terrorismo globale*, Milano 2008.

uno stato temporaneo di costituzione d'emergenza: sacrificare temporaneamente alcuni diritti e limiti, perché essi non vengano definitivamente compromessi. Non è questa la sede per discutere un tema così ampio, che la nostra dottrina politica e costituzionalista ha affrontato essenzialmente nei termini dello schmittiano stato di emergenza, e che ha dato luogo a un ampio dibattito negli Stati Uniti³⁹. Ciò che qui importa è che il dibattito parlamentare non nasce dal nulla. Esso si rapporta con la fondamentale questione dell'effettività del controllo, per di più in un sistema politico maggioritario. Il Legislatore ha operato su due fronti paralleli: da un lato il rafforzamento del Comitato parlamentare⁴⁰; dall'altro l'individuazione di un organo risolutore del conflitto.

16. L'inopponibilità del segreto alla Corte: implicazioni.

La Corte non ha considerato che proprio l'art. 204 c.p.p., nelle ipotesi espressamente ritenute limitative del potere discrezionale dell'Esecutivo, costituisce ulteriore argomento a favore del fatto che l'atto politico non vale ad escludere il sindacato giurisdizionale, almeno nei limiti in cui esso è funzionale alla realizzazione del bilanciamento che la stessa Corte ha sempre indicato e che il Legislatore ha infine realizzato. Nei casi tipizzati dal Legislatore, il sindacato avviene ad opera del giudice, attraverso la qualificazione del fatto-reato. Tuttavia questa qualificazione solo illusoriamente risolve la questione del segreto. L'ultima parola resta al Presidente del Consiglio⁴¹, ai sensi dell'art. 66 disp. Att. Cpp, come modificato dalla legge 124/2007 art. 40, comma 3, giacché l'autorità politica può confermare il segreto opposto "se ritiene che non ricorrano i presupposti indicati nei commi 1, 1bis e 1ter dello stesso articolo, perché il fatto, la notizia o il documento coperto dal segreto di Stato non concerne il reato per cui si procede".

E' dunque al Presidente del Consiglio che spetta decidere definitivamente – almeno nell'ambito della interlocuzione procedimentalizzata – se il segreto è confermato o meno. Certo, in questa deliberazione il Presidente del Consiglio è vincolato dalla insindacabilità della qualificazione giuridica operata dal giudice, sicché essa potrà concernere solo il parametro dell'attinenza dell'informazione segreta al reato per il quale si procede. Anche assunta l'ipotesi che la deliberazione resti effettivamente in tale ambito, non è dunque il giudice che decide definitivamente (come nell'ipotesi di cui all'art. 202 c.p.p.) ed è per questa ragione che lo sbocco espressamente disciplinato dalla legge non è l'acquietarsi dei poteri di fronte all'atto politico ma è il conflitto di attribuzione. Il circuito del controllo giurisdizionale, diverso da quello della responsabilità politica, si chiude dunque con la decisione a contenuto giurisdizionale in una procedura contenziosa, davanti a un giudice terzo: il conflitto tra poteri davanti alla Corte costituzionale⁴².

Si comprende, a questo punto, quale sia il senso della previsione della inopponibilità del segreto alla Corte in sede di conflitto e come tale disposizione muti radicalmente il contenuto del conflitto, in perfetta aderenza con la disciplina del segreto⁴³.

³⁹ Per qualche riferimento bibliografico, specificamente indirizzato al tema qui trattato, sia consentito rinviare al nostro *Ciò che non dobbiamo imparare dall'America*, in *Limes* 2, 2007

⁴⁰ Il Comitato, ora denominato Comitato Parlamentare per la Sicurezza della Repubblica, è composto da cinque deputati e cinque senatori, nominati dai Presidenti di Camera e Senato, "garantendo comunque la rappresentanza paritaria della maggioranza e delle opposizioni", ed è presieduto da un membro dell'opposizione. Al Comitato può esser opposto il segreto di Stato, a differenza della Corte costituzionale, anche se denominato quale "esigenza di riservatezza"; essa non può essere opposta in relazione a fatti per i quali il segreto non può esser apposto e neppure quando il Comitato abbia disposto con voto unanime indagini sulla rispondenza delle attività del Servizio ai compiti istituzionali. Si noti che l'"esigenza di riservatezza" e in questi casi citata insieme al segreto di Stato, cosicché non appare del tutto chiaro quali siano gli ambiti reciproci di segretezza. Il Comitato ha ampi poteri ispettivi, che comprendono il superamento del segreto funzionale delle Commissioni parlamentari d'inchiesta.

⁴¹ F. Cordero, *Procedura penale*, cit. p. 682.

⁴² Si coglie questo profilo in G. Mosca e altri, *I Servizi di informazione ...*, cit. p. 361

⁴³ Sottolineava questo aspetto, già con riferimento alla legge di riforma n. 801/77, V. Grevi, *Segreto di Stato e processo penale: evoluzione normativa e questioni ancora aperte*, in *Segreto di Stato e giustizia penale*, a cura di M. Chiavario, Bologna, 1978, p. 85 ss ove, tra le varie ipotesi volte a individuare una chiusura del sistema dei controlli, concludeva

Ma se tale chiusura vale nel caso in cui il segreto era stato legittimamente apposto, perché il medesimo meccanismo non dovrebbe operare quando il segreto fu illegittimamente (o addirittura illecitamente) apposto?

17. Una novità importante: il conflitto di attribuzioni come fisiologia

La novità costituita dall'espressa previsione del conflitto tra poteri non come patologia, ma come fisiologico esito del bilanciamento tra gli interessi contrastanti non è stata discussa nella sentenza della Corte. Certamente si tratta di una prospettiva che incide sulla Corte, non solo sul suo pratico funzionamento (si pensi alla necessità di prevedere strumenti procedurali idonei ad assicurare la tutela del segreto, nel momento dell'accesso alle informazioni segrete; oppure ai profili attinenti al rispetto del contraddittorio), ma anche sul suo stesso ruolo.

Si potrà non esser d'accordo sulla soluzione che il Legislatore ha individuato. Non sembra però che essa possa esser semplicemente pretermessa.

Innanzitutto, come s'è detto, è prevista espressamente – per la prima volta, a quanto mi consta, non essendovi altri casi nei quali si sia indicata e disciplinata la strada del conflitto tra poteri in specifiche normative – l'ipotesi del conflitto di attribuzioni come fisiologico sbocco dell'opposizione del segreto, nel caso di dissenso del giudice.

Va poi osservato che la conferma del segreto opposto deve avvenire nei riguardi dell'a.g. con atto motivato, mentre la comunicazione al Parlamento dovrà contenere solo l'indicazione delle “ragioni essenziali” (art. 66 disp. Att. C.p.p.). Si era tratta dall'originaria esclusione del carattere motivato dell'atto di opposizione/conferma del segreto all'a.g. la conseguenza che il Legislatore avesse così inteso escludere “qualsiasi ingerenza e controllo” su tale atto⁴⁴. Ragionando *a contrario*, dovrebbe ora giungersi alla conclusione che la previsione della motivazione implichi il controllo.

Il conflitto è almeno in parte disciplinato, in quanto è fatto obbligo alla Corte di adottare “le necessarie garanzie per la segretezza del procedimento” ed è prevista la formula terminativa del conflitto. Questo punto è fondamentale. L'art. 204, comma 7, c.p.p. prevede che il conflitto termini con la statuizione di sussistenza o insussistenza del segreto. Si tratta non solo di formula diversa da quella tipica del conflitto, ove la statuizione attiene alla distribuzione delle attribuzioni (“spetta” o “non spetta”) e alle conseguenze in tema di legittimità dell'atto o dell'attività contesa, ma soprattutto attinente proprio l'area che – nella ricostruzione della Corte – sarebbe di esclusiva competenza del controllo parlamentare. L'espressa previsione della formula terminativa di merito dovrebbe esser sufficiente a far concludere che la Corte sia davvero, in questo caso specifico e nei limiti che appresso si diranno, giudice dell'*an* e del *quomodo* dell'opposizione del segreto.

Il conflitto ha poi effetto preclusivo all'opposizione del segreto di Stato sul “medesimo oggetto”. Vi è dunque nel provvedimento decisorio della fase contenziosa che si svolge dinanzi alla Corte un effetto che si potrebbe definire di “giudicato interno” che, pur desumibile dai principi generali circa gli effetti delle pronunce della Corte, viene espressamente sottolineato dalla norma (art. 204, comma 7, c.p.p.) al fine di attribuire ad essa un effetto non limitato all'atto o documento oggetto di conflitto. Analoghi effetti non derivano dalla non conferma del segreto, opposto su di un determinato atto di acquisizione probatoria. In questo caso, dovrebbe dedursi, l'Esecutivo potrebbe determinarsi diversamente in relazione ad altro atto o documento, pur se del medesimo oggetto.

indicando tra queste i conferimento “alla stessa Corte costituzionale della competenza a sindacare nel merito la fondatezza dell'opposizione del segreto di Stato, confermata dal Presidente del Consiglio, ma contestata dal giudice procedente”.

⁴⁴ Cfr. per tutti P. Di Ronza, *Riflessioni sul segreto di Stato*, in *Giur. Mer.* 1980, p. 999.

Dunque nelle ipotesi di conflitto di attribuzione sopra menzionate, alla Corte non potrà esser opposto il segreto, mentre procedimento ed esiti del conflitto sono espressamente disciplinati. L'unica ragionevole interpretazione della norma è che ciò sia finalizzato a un qualche sindacato della Corte sul contenuto della deliberazione attinente il segreto. La delimitazione dell'ambito di tale sindacato non è certo impossibile. Essa è descritta dalla stessa Corte nella sentenza n. 86/1977, laddove indica i limiti oggettivi del segreto e la necessità della loro individualizzazione nel caso concreto, attraverso una valutazione di proporzionalità⁴⁵, vincolata alla ricorrenza dei presupposti obbiettivi suddetti.

D'altra parte questa è l'interpretazione emergente con chiarezza dai lavori parlamentari⁴⁶. Il Legislatore è apparso consapevole della straordinaria importanza della norma e della sua portata innovativa, come risulta dai lavori preparatori, ove essa è stata più volte richiamata per contrastare i dubbi di un'eccessiva mortificazione dei poteri di accertamento dei reati: i molti, nuovi vincoli all'A.g. sarebbero infatti bilanciati dalla possibilità di ricorrere a una Corte nella pienezza dei poteri di accertamento e decisione (si veda in particolare la seduta della Camera del 15 febbraio 2007). L'espressa previsione del conflitto e l'esclusione dell'opponibilità del segreto alla Corte sono tra loro inscindibilmente legati e concorrono a delineare l'autonomia di controllo parlamentare e giudiziario.

Come affermato dal Relatore in sede di discussione plenaria alla Camera, si sono stabiliti "forti poteri parlamentari di controllo ed una norma di chiusura posta in capo alla Corte costituzionale e non all'Autorità giudiziaria ordinaria perché .. Governo e Autorità giudiziaria sono poteri costituzionalmente equiordinati e, quindi, non è corretto che nessuno dei due prevarichi l'altro"⁴⁷.

Dunque quella previsione della formula terminativa (sussistenza o non sussistenza del segreto) di cui s'è innanzi prospettata la rilevanza, non è un *lapsus calami* del redattore, ma è la sintesi della chiara volontà del legislatore. D'altra parte ciò è coerente con l'analoga previsione di inopponibilità del segreto di Stato al Comitato parlamentare⁴⁸.

E' forse mancata la consapevolezza delle conseguenze sistematiche dell'innovazione, che sembra configurare il conflitto sul segreto dinanzi alla Corte come stanza di compensazione politico-istituzionale, quasi una sorta di giustizia arbitrale tra pari. Ci si può domandare se tale estensione resti nei limiti del conflitto, quale disegnato dall'art. 134 Cost. o se ne fuoriesca. Questo però non esime dal trarre dalle previsioni normative le conseguenze interpretative ineludibili, sia sul piano sistematico che su quello del conflitto in decisione.

18. Finalità di eversione e principi costituzionali

⁴⁵ Proporzionalità "nobile", secondo la definizione di C.M. Flick,

⁴⁶ Un'accurata disamina in G.Scandone, *L'acquisizione* Cit., p. 616 ss, il quale richiama anche il precedente della Commissione Jucci, che aveva espressamente individuato nel conflitto di attribuzioni e nell'inopponibilità del segreto, ad esso collegata, una "tutela rafforzata del fine di giustizia" e lo strumento per porre "l'ordinamento al riparo da possibili deviazioni istituzionali". L'A. ripercorre l'origine della proposta e le sue fondazioni nelle tristi vicende della metà degli anni '70.

⁴⁷ L.Violante, seduta del 5 febbraio 2007.

⁴⁸ Nel tentativo di sanare quella ineffettività del controllo rispetto al segreto sul segreto che derivava dall'interpretazione della previgente disciplina, su cui ad es. S. Labriola, *Segreto di Stato*, voce in Enc. Dir. Vol. XLI, Giuffrè 1989, p. 1034 ss.. L'insufficienza del meccanismo previsto dalla legge n. 801/77 in tema di controllo parlamentare fu subito messa in rilievo dalla dottrina (v. per tutti G. Paolozzi, *La tutela processuale del segreto di Stato*, Giuffrè, 1983, p. 496 ss., ove si sottolineava più in generale l'inadeguatezza della risoluzione politica dei conflitti) e fu poi confermata dai fatti.

Tra le questioni poste alla Corte vi era quella della legittimità dell'opposizione del segreto di Stato in un procedimento penale volto all'accertamento di un sequestro di persona finalizzato a sottoporre un essere umano a tortura.

La Corte ha risolto interamente la questione in quella della sussistenza o meno del divieto di opporre il segreto per reati diretti all'eversione dell'ordinamento costituzionale (art. 204 c.p.p.). Si è così potuto negare che i fatti oggetto del procedimento fossero qualificabili come di eversione dell'ordinamento costituzionale, osservando anche che il giudice – cui compete la definizione della natura del reato - aveva escluso tale qualificazione.

Non vi è dubbio, in punto di fatto, che i reati contestati nel processo per il sequestro di Abu Omar non rientrassero tra quelli espressamente previsti dall'art. 204 c.p.p., come modificato dalla legge 124/2007 e che la qualificazione giuridica del fatto, ai fini di cui all'art. 204 cpp, compete al giudice (salvo quanto s'è detto). Il p.m. aveva sollecitato il giudice a ritenere i fatti commessi per finalità di eversione dell'ordine costituzionale, ma la richiesta – formulata dopo la proposizione del conflitto – non era stata accolta.

La conclusione della Corte sarebbe dunque ineccepibile, ove la questione fosse limitata alla valutazione della qualificazione del fatto operata dal giudice.

Non è peraltro esatto quanto affermato dalla Corte circa tempi e ragioni della decisione del giudice. Questi, infatti, ritenne di non poter più modificare i termini della controversia, una volta opposto il segreto e sollevato il conflitto. Al tempo stesso sottolineò “con forza” che il conflitto di per sé “pone all'attenzione della suddetta Corte lo stesso problema relativo all'esclusione del segreto che viene richiesto in questa sede a questo giudice: in un certo senso deve quindi dirsi che anche questo aspetto definitorio e processuale è stato demandato alla esclusiva interpretazione e decisione della Corte”⁴⁹.

Il giudice rimandava cioè alla risoluzione di quelle questioni interpretative, che la Corte avrebbe dovuto prospettarsi anche al di là delle allegazioni delle parti nei giudizi (tanto in quello penale che nel conflitto)⁵⁰.

Il primo punto è costituito dall'interpretazione dell'eccezione, quale oggi disciplinata dall'art. 204 c.p.p.

La legge n. 801/77 prevede per la prima volta che “non possono essere oggetto di segreto di Stato fatti eversivi dell'ordine costituzionale”. Va notato che la disposizione è inserita quale secondo comma nell'art. 12, il quale prevede le finalità per le quali il segreto può esser disposto.

L'origine di questa previsione è duplice. Da un lato le sentenze n. 82/76 e 86/77 della Corte costituzionale avevano definito i limiti costituzionali del segreto; dall'altro, gravi vicende del Paese, emerse in diversi procedimenti giudiziari, avevano reso concreto il pericolo che il segreto potesse in realtà occultare attività che proprio con quei valori erano in conflitto. Sarebbe troppo lungo

⁴⁹ Ordinanza 31 ottobre 2007.

⁵⁰ A tale proposito va peraltro osservato che sin dall'atto di costituzione in giudizio la Procura di Milano aveva chiarito che l'eccezione di non opponibilità del segreto si fondava sulla ricostruzione del concetto di «natura eversiva dell'ordine costituzionale» dei fatti. A tale categoria, infatti, sarebbero da ricondurre non «i soli fatti politicamente eversivi in senso stretto», ma anche «quei fatti illeciti che contrastino con i “principi supremi” del nostro ordinamento, tra cui le norme costituzionali che garantiscano i diritti inviolabili dell'uomo»: nella specie, ciò sarebbe avvenuto attraverso le c.d. “consegne straordinarie”, vale a dire il sequestro, sul territorio nazionale, di persone da tradurre *manu militari* in altri Paesi, per essere ivi interrogate con l'uso di violenza fisica o morale.

esemplificare le tormentate vicende giudiziarie, legate ai più gravi fatti di eversione che fanno ormai parte della storia del Paese, di cui è ampia traccia negli stessi lavori parlamentari. Senza questo retroterra storico è davvero impossibile comprendere l'evoluzione della disciplina del segreto. Può anzi affermarsi senza tema di smentita che ogni comma dei più rilevanti articoli di ognuna delle leggi di riforma si rapporta in realtà con una specifica vicenda giudiziaria.

Non è dunque un caso che il legislatore del 1977 abbia inserito la previsione suddetta non nel c.p.p. e non nella sede dell'opposizione del segreto all'a.g., ma già in quella presupposta, relativa alla legittima apposizione del segreto e cioè alla materia che può esser coperta dal segreto. Il Legislatore esclude, dunque, che “fatti eversivi dell'ordine costituzionale” potessero esser oggetto di segreto; da questo divieto conseguiva – come ovvia e diretta implicazione – l'inopponibilità del segreto.

D'altra parte, quando il Legislatore ha avviato la riforma dei Servizi l'espressione sopra menzionata non individuava specifiche ipotesi di reato. Al contrario, fu la parallela evoluzione dell'affrancamento dei reati contro la personalità dello Stato dalle formulazioni – anch'esse gravide di storia – del codice Rocco che portò all'emergere dei valori costituzionalmente tutelati da quei delitti e alla progressiva trasformazione del titolo I del libro secondo del codice dalla salvaguardia dello Stato persona a quella dei valori fondanti il patto costituzionale. Adeguamento progressivo, spesso realizzato sotto l'urgenza dei fatti. Così, occorrerà attendere il 2005 per una disciplina del terrorismo internazionale che sussumesse valori sopranazionali⁵¹.

Sta di fatto che nel 1977 è davvero arduo individuare nell'ordine costituzionale un sintagma riassuntivo dei delitti contro la personalità dello Stato. E' del 1979 (e dunque di due anni più tarda) l'introduzione della finalità di eversione dell'ordine democratico⁵², sia nella qualificazione delle finalità illecite rilevanti per alcuni dei delitti contro la personalità dello Stato, sia nella previsione di una specifica aggravante. L'art. 11 della legge 29 maggio 1982 n. 304 ha infine fornito l'interpretazione autentica della equivalenza delle espressioni “ordine democratico” e “ordine costituzionale”.

Va poi considerata la fattispecie concreta oggetto del conflitto del 1977, relativa all'utilizzo del segreto di Stato per impedire l'accertamento di un'ipotesi di grave azione eversiva. L'espressione utilizzata dalla Corte per escludere l'allegazione del segreto per impedire l'accertamento dei fatti eversivi dell'ordine costituzionale va dunque letta in quel contesto. Essa è esemplificativa dei valori fondanti il segreto e – *a contrario* – di quelli che col segreto sono in insanabile contrasto. L'espressione è individualizzazione nel caso concreto dell'*ontologica non opponibilità* del segreto all'accertamento giudiziario, come conseguenza dell'*ontologica non apponibilità del segreto*. L'espressione è poi stata recepita direttamente dal legislatore ed è divenuta tralatizia.

E' dunque vano cercare nella legge del 1977 una corrispondenza tra fattispecie penali e fatti eversivi dell'ordine costituzionale, ai fini della delimitazione di ciò che può esser segreto. Operare questa corrispondenza biunivoca implica un rovesciamento del principio affermato dalla Corte nel 1977.

In conclusione, oggetto del segreto non apponibile e fatti eversivi possono anche non coincidere: “la *ratio* della norma appare chiara: le disposizioni poste a tutela del segreto di Stato non possono

⁵¹ Si veda l'art. 270 sexies, introdotto dall'art. 15, comma 1, d.l. 27 luglio 2005 n. 144, conv. nella legge 31 luglio 2005 n. 155

⁵² D.l. 15 dicembre 1979 n. 625, conv. nella legge 6 febbraio 1980 n. 15

agevolare la commissione di fatti diretti a minare gli stessi valori che il segreto è chiamato a proteggere”⁵³.

Conferma di questa impostazione viene anche dalla prima espressa previsione di fattispecie di reato, rispetto alle quali il segreto non può esser opposto. Tale previsione è contenuta nella legge istitutiva della Commissione parlamentare antimafia nella XIII legislatura, con riferimento ai “fatti di mafia, di camorra e di altre associazioni criminali similari”⁵⁴. Ciò che è rilevante ai nostri fini è che il Legislatore si premura di specificare che il segreto non può esser opposto, giacché i fatti sopra menzionati “costituiscono fatti eversivi dell’ordine costituzionale”. Attraverso l’interpretazione autentica della qualificabilità dei “fatti” di criminalità di stampo mafioso si conferma l’originaria non sussumibilità degli stessi tra quelli legittimamente coperti dal segreto. Al contempo si rende evidente che non c’è identità tra la nozione originariamente recepita dalla legge del ‘77 e quella poi utilizzata dal Legislatore per definire i reati contro la personalità dello Stato: i reati di mafia non sono divenuti reati del Titolo I, Libro secondo, c.p. solo perché ritenuti in sé eversivi dell’ordine costituzionale. E’ evidente che a quella qualificazione deve esser dato un significato diverso, la cui spiegazione non può che esser trovata nella potenzialità distruttiva delle condotte illecite, quando consumate all’interno o attraverso potenti strutture occulte dello Stato. Si noti che il Legislatore richiama anche sotto questo profilo l’art. 12, 2° comma, della legge n. 801/77, in quanto non fa riferimento a reati “diretti a...”, ma ai “fatti eversivi..”. Distinzione non priva di rilievo ai fini della ricostruzione della norma.

La scelta del Legislatore del 2007 è certamente diversa. Innanzitutto l’esclusione è spostata all’interno del processo penale e dunque sembra aver perso quel carattere di preliminarità, attribuitole dalla legge 801/77, anche se il divieto è ancora prospettato in termini generali, rispetto ai quali l’opposizione è conseguenza (“Non possono esser oggetto del segreto ...” .. “Se viene opposto il segreto ...”).

La formulazione del divieto diviene poi più specificamente ancorata al reato: “fatti, notizie o documenti concernenti reati diretti all’eversione dell’ordinamento costituzionale”; segue l’elencazione di fattispecie aggiuntive, frutto dell’accumulazione storica di cui s’è detto.

La diversa scelta è ragionevole e non incide affatto sulla questione fondamentale e cioè sulla delimitazione del segreto. Il Legislatore, anzi, ha opportunamente chiarito le due diverse ipotesi, radicalmente distinte: da un lato ciò che può esser coperto da segreto, dall’altro i limiti dell’inopponibilità all’autorità giudiziaria del segreto legittimamente apposto.

La vicenda si gioca nella comprensione della diversità tra apposizione e opposizione, tra segreto in senso sostanziale e sua gestione, tra ontologia ed economia del segreto.

In questa prospettiva ben si spiega l’espressa previsione dei delitti per i quali il segreto non può esser opposto: l’accertamento dei reati in questi casi è stato valutato *ex ante* come preminente su quello alla tutela della segretezza dello Stato. Scelta niente affatto scontata e che probabilmente risente del peso storico delle vicende che hanno generato le riforme. Non deve mai dimenticarsi che all’origine della radicale revisione del segreto vi sono i numerosi casi, trasformati in casi giudiziari, che hanno visto il segreto di stato utilizzato per ostacolare o ritardare le indagini sul

⁵³ Così C. Bonzano, voce *Segreto. Tutela processuale del segreto di Stato*. Enc. Giur. Treccanmi, Aggiornamento, IX, 2002, pag. 6, con ampi riferimenti bibliografici. L’A. sottolinea anche che si tratta di un limite immanente al sistema, a cui esplicitazione potrebbe forse apparire superflua, ma è in fin dei conti utile a fugare eventuali dubbi interpretativi. Auspicio, purtroppo, non confortato dai fatti.

⁵⁴ Art. 3, comma 2, legge 1° ottobre 1996, n. 509.

terrorismo e, più in generale, hanno fatto emergere vere e proprie compromissioni con settori eversivi.

Senza questo retroscena storico le disposizioni suddette non si comprenderebbero. Anzi, apparirebbero illogiche: quale miglior campo d'azione per Servizi di informazione e sicurezza della prevenzione del terrorismo e dell'eversione; e quale campo maggiormente meritevole di tutela di questo?

Dunque, legittima è l'apposizione del segreto: le fonti possono legittimamente esser tutelate, così come le informazioni raccolte e le operazioni realizzate⁵⁵. Nel momento in cui, però, la conoscenza di queste informazioni è necessaria all'accertamento penale – e nei limiti in cui essa è a ciò necessaria – il segreto cadrà e non potrà di conseguenza esser opposto all'a.g.: **legittimamente apposto, non legittimamente opposto.**

Un volta chiarito l'ambito – anche concettuale – di apposizione/opposizione nel caso di delitti specificamente finalizzati (eversione dell'ordine costituzionale e mafia) è ragionevole la scelta del Legislatore di attribuire al giudice la qualificazione giuridica del reato rispetto al quale avviene l'interpello.

Ciò posto, è chiaro che le eccezioni di cui all'art. 204 c.p.p. non coprono affatto l'area del segreto non opponibile. Questa è più vasta e riguarda tutto ciò che non può esser coperto dal segreto *ab origine*. Cioè non la non opponibilità, ma la non apponibilità del segreto; più precisamente, la **non opponibilità come conseguenza della non apponibilità**.

19. Il segreto non apponibile: la violazione dei principi fondanti il carattere democratico della Repubblica

Per individuare tale area deve farsi riferimento tanto ai principi generali, richiamati dalla Corte nelle premesse e fatti propri dal Legislatore nella legge 124/07, quanto la specificazione di quei principi che può esser dedotta dall'originaria formulazione dell'art. 12 della legge 801/77. Non si può fondare sull'espressa previsione dei casi di non opponibilità l'esaurimento di ogni possibile sindacato sui fatti legittimamente coperti dal segreto. E se non bastasse l'argomentazione basata sull'interpretazione delle norme sopra riportate, a quel risultato dovrebbe comunque giungersi proprio sulla base dei principi affermati con tanta chiarezza dalla Corte sin dal 1976 e ribaditi ancora oggi⁵⁶.

Queste considerazioni portano a ritenere che l'esame della Corte avrebbe dovuto estendersi oltre i confini segnati dalla formale non sussistenza delle ipotesi di reato specificamente indicate dall'art. 204 c.p.p. e attingere la questione fondamentale: i presupposti costituzionali del segreto.

A questa conclusione si giunge anche per altra via. La Corte ha convenuto “su un piano generale..., innanzitutto, con le risoluzioni del Parlamento Europeo circa la illiceità delle c.d. *consegne straordinarie*, perché contrarie alle tradizioni costituzionali e ai principi di diritto degli Stati membri dell'Unione Europea ed integranti specifici reati”. Non si può non esser d'accordo: i sequestri di

⁵⁵ Entro i limiti delle garanzie funzionali e dell'obbligo di rapporto, disciplinato dall'art. 23 della legge 124/07.

⁵⁶ A.Pace, I “fatti eversivi dell'ordine costituzionale” nella legge n. 801 del 1977 e nella legge n. 124 del 2007, Saggio destinato agli Studi in onore di Lorenza Carlassare, consultato sul sito www.associazionedeicostituzionalisti.it, il quale sottolinea tra l'altro che “l'ordine costituzionale, nel senso qui sostenuto, è in linea con i caratteri distintivi dello «Stato costituzionale» a cui appartiene la nostra forma di Stato, la quale, in continuità assiologica con l'art. 16 della *Déclaration* del 1789, ritiene essenziale che, per aversi una costituzione, sia assicurata la garanzia dei diritti e determinata la separazione dei poteri, ma che, in aggiunta a ciò, prevede che tali garanzie siano giustiziabili e che i limiti legislativamente posti ai diritti della persona siano vagliati con particolare rigore.

persona, organizzati dagli Stati e finalizzati a far scomparire esseri umani in luoghi dove possano esser sottoposti a tortura, sono in violazione dei principi fondanti l'Unione, come riconosciuti nella Carta di Nizza.

La Corte non trae alcuna conseguenza da questo riconoscimento, al contrario delle fonti parlamentari citate, che ne traggono l'inferenza della non opponibilità del segreto di Stato a tutela delle *renditions*⁵⁷.

La questione, proprio perché attinente agli aspetti di legittimità dell'apposizione del segreto, dovrebbe esser rilevata anche d'ufficio e non dipende dalla prospettazione delle parti in un giudizio contenzioso, qual è il conflitto tra poteri dello Stato⁵⁸.

Se è corretta l'interpretazione garantista del carattere sostanziale del segreto, quale disegnato dalla legge n. 124/2007, la Corte avrebbe dovuto rilevare che il segreto era stato illegittimamente opposto, tutte le volte che esso non valeva a tutelare in linea generale le articolazioni interne del Servizio militare e i rapporti con Servizi stranieri, ma quelle specifiche condotte volte a realizzare il sequestro e la sottoposizione a tortura di un essere umano. E se quella interpretazione non fosse invece condivisibile, quali inferenze occorrerebbe trarne?

La "disapparizione forzata"⁵⁹ ad opera degli Stati e la tortura violano principi fondamentali della comunità internazionale. Il diritto al rispetto della dignità umana, che trova nell'assoluta proibizione della tortura un limite invalicabile, non è in alcun modo bilanciabile con altri interessi, anche quelli che sono posti a fondamento del segreto. La Corte di Strasburgo, con riferimento all'art. 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, ha affermato che il divieto di tortura "è uno dei più fondamentali valori delle società democratiche. Anche nelle circostanze più difficili, quali la lotta al

⁵⁷ Va sottolineata l'affermazione della non utilizzabilità del segreto di stato per evitare gli accertamenti giudiziari o parlamentari su questo genere di violazioni dei diritti umani e dei patti che legano i Paesi Membri, contenuta nella Risoluzione n. 1507/2007. L'Assemblea parlamentare non avrebbe potuto esser più netta e al tempo stesso più solenne: "Né la sicurezza nazionale, né il segreto di stato possono essere invocati in un così vasto, sistematico modo per proteggere queste operazioni illegali da un energico controllo parlamentare e giudiziario" (punto 12). Anzi, sono necessarie indagini approfondite e urgenti risposte, tanto a livello parlamentare che governativo da parte degli Stati membri (p.13); l'espletamento di indagini su ogni aspetto delle *renditions* e di altre violazioni analoghe costituisce un impegno per gli Stati membri, per il cui migliore adempimento il Comitato dei Ministri è invitato ad assumere le necessarie iniziative (punto 19 Risoluzione e 4.3 della Raccomandazione). Cfr. R.Barberini, *Il giudice e il terrorista*, Torino 2008, in part. P.154.

⁵⁸ Sempreché, peraltro, sia davvero da escludersi che nella prospettazione degli uffici giudiziari ricorrenti/resistenti non fosse implicito anche tale profilo, nella deduzione della non opponibilità del segreto, come osservato in nota 49.

⁵⁹ V. la *International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance* (Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone contro la sparizione forzata), aperta alla firma a Parigi il 6 febbraio 2007, sottoscritta dall'Italia il 3 luglio 2007, non ancora ratificata e non ancora in vigore, in attesa del raggiungimento del numero minimo di ratifiche. L'articolo 2 fornisce una definizione della "scomparsa forzata": "*For the purposes of this Convention, "enforced disappearance" is considered to be the arrest, detention, abduction or any other form of deprivation of liberty by agents of the State or by persons or groups of persons acting with the authorization, support or acquiescence of the State, followed by a refusal to acknowledge the deprivation of liberty or by concealment of the fate or whereabouts of the disappeared person, which place such a person outside the protection of the law*". La convenzione prevede non solo il divieto assoluto delle "scomparsate forzate", in qualunque anche eccezionale circostanza (art. 1) e qualifica tali atti come crimini contro l'umanità, se praticate sistematicamente (art. 5), ma espressamente prevede che gli Stati debbano assicurare investigazioni approfondite e imparziali ("a thorough and impartial investigation") da parte di organi dotati dei necessari poteri e informazioni (art. 12). In particolare gli organi suddetti devono avere accesso alla documentazione rilevante (se ne deduce che non può esser opposto il segreto). La Convenzione non è ancora entrata in forza, in attesa della ratifica da parte di almeno 20 Stati.

terrorismo e al crimine organizzato, la Convenzione proibisce in modo assoluto la tortura e i trattamenti e le pene inumani e degradanti”⁶⁰.

Tale caratterizzazione assoluta del divieto è riconosciuta nella Carta di Nizza, avente ora lo stesso valore giuridico dei Trattati istitutivi dell’Unione, tra i principi comuni dell’Unione⁶¹.

A superare il divieto di tortura non valgono né le riserve apposte nei trattati internazionali, né – tanto meno – le situazioni di emergenza come dato di fatto.

Ciò è stato ribadito ancora di recente, pressoché negli stessi giorni in cui veniva depositata la sentenza in commento, dalla Corte Europea per i Diritti dell’Uomo che ha ribadito che “l’articolo 3, che proibisce in termini assoluti la tortura o le pene o trattamenti inumani e degradanti, sancisce uno dei valori fondamentali delle società democratiche. Non prevede limitazioni, e in ciò differisce dalla maggioranza degli articoli della Convenzione e dei Protocolli n. 1 e 4 e non subisce alcuna deroga così come prevista dall’articolo 15, anche in caso di un pericolo pubblico che minacci la vita della nazione”⁶².

Nella medesima decisione, anche qui seguendo un orientamento consolidato, la Corte ha chiarito che il divieto di tortura si estende anche alle condotte che non sono direttamente attribuibili allo Stato convenuto, ma che comportano la possibilità che dalla condotta di questo possano derivare trattamenti vietati, ad opera di altri Stati. Il caso in esame riguardava l’espulsione verso uno Stato nel quale non vi era certezza che l’espulso non venisse sottoposto a tortura. Quanto più grave apparirebbe la condotta di uno Stato che – tramite suoi funzionari – sequestrasse (anziché espellere) un essere umano al precipuo fine di consentirne la tortura all’estero?

A queste domande fondamentali la Corte avrebbe dovuto dare risposta⁶³. Si sarebbe così definitivamente chiarito il mistero per il quale non è segreto ciò che riguarda il sequestro di Abu Omar ad opera di pubblici funzionari perché venisse portato occultamente in Egitto, ove potesse esser sottoposto a tortura, mentre lo è *Abu Omar’s extraordinary rendition and his abduction to a foreign country, where he could have been subjected to harsh treatments*.

Per parafrasare Agamben, “si tratta, cioè, di nulla di meno che di neutralizzare l’idea che la gloria e la sovranità del Potere siano riducibili al *brutum factum* della sua onnipotenza e della sua forza”⁶⁴

⁶⁰ CEDU, *Selmouni c. Francia*, n. 25803 del 2000, ma sul punto la giurisprudenza è consolidata. La letteratura è assai ampia e peraltro non controversa. Basti quindi il rinvio a M.Olivetti, *commento all’art. 4 della Carta di Nizza*, in *L’Europa dei Diritti*, a cura di R.Bifulco, M. Cartabia e A. Celotto, Il Mulino – Bologna, 2001, a nonché C. Interlandi, *commento all’art. 4*, in *La Carta dei Diritti*, a cura di G.Bisogni, G.Bronzini e V.Picone, Chimienti – Taranto 2009

⁶¹ Sia sufficiente il rinvio all’introduzione di G.Bronzini e V.Picone a *La Carta dei Diritti*, cit.. Si discute poi circa l’estensione dei diritti “inviolabili” anche dal legislatore ordinario, nel contesto delle attribuzioni riconosciute ai Servizi di informazione (ad esempio in tema di garanzie funzionali); certamente tuttavia il sequestro di persona e la tortura rientrano tra questi. Cfr. sul punto A.Pace, *I “fatti eversivi dell’ordine costituzionale”*, cit.

⁶² Sentenza del 5 maggio, *Ezzedine Ben Edris Sellem c. Italia (Requête n° 12584/08)*, paragrafo 35, attraverso il richiamo del paragrafo 127 di *Saadi c. Italia*, da cui è tratta la citazione. Sui limiti alle misure emergenziali, per tutti cfr. P.Bonetti, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna 2006, p.30 ss. con ampi riferimenti alla ormai sterminata bibliografia in materia.

⁶³ Era dunque questa l’occasione sin qui mancata, secondo G.M. Flick, *I diritti fondamentali alla prova dell’emergenza*, in *Giur. It.* 2008, p. 781 ss., per mettere alla prova il bilanciamento nobile dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, nel riconoscimento della persona umana con il suo patrimonio di diritti fondamentali, “tra cui quello alla propria dignità, che è antitesi della tortura”, richiamando così “il bisogno cruciale di proteggere la dignità umana per tutti” (Aharon Barak).

⁶⁴ G.Agamben, *Il Regno e la Gloria*, Bollati Boringhieri, Torino 2009, p. 234. Ho sostituito “Regno” con “Potere”.