

OBIETTIVO 1. PROCESSO PENALE E SEGRETO DI STATO. OLTRE ABU OMAR

di *Giovanni Salvi*

La fine è nota. Con la sentenza resa il 4 novembre 2009 nel processo per il sequestro Abu Omar, il Tribunale monocratico di Milano ha condannato numerosi funzionari della CIA, mentre ha ritenuto sussistente la speciale causa di improcedibilità costituita dall'opposizione del segreto di Stato per la maggior parte degli imputati italiani e in particolare per il direttore del SISMI, gen. Nicolò Pollari. Per la verità è noto anche tutto il resto, compreso ciò che è segreto. Gli atti "segreti" furono infatti legittimamente acquisiti al procedimento e vi sono rimasti per lunghi anni; essi sono stati posti a base di provvedimenti cautelari, messi a disposizione delle parti private che ne hanno estratto copia, trasmessi alle più diverse autorità interne e internazionali, infine posti a fondamento di fasi interamente pubbliche del processo. Come conseguenza di ciò le informazioni "segrete" sono rinvenibili in internet. Eppure per la Presidenza del Consiglio (e purtroppo anche per la Corte costituzionale) esse sono ancora "segrete" e dunque non utilizzabili. Come si è potuto consumare un simile paradosso? Vi è di più. Escluse le prove relative a notizie segrete, il giudice è giunto alla conclusione che quelle residue consentissero la condanna degli operativi del Servizio statunitense, ma non degli agenti italiani. Così, il segreto opposto a tutela dei rapporti tra il Servizio italiano e quello statunitense ha ottenuto l'effetto esattamente contrario, rafforzando l'immagine di inaffidabilità dell'alleato italiano. L'ispettore Clouseau non avrebbe saputo far meglio.

1. La sentenza 4 novembre 2009 del Tribunale di Milano nel processo per il sequestro Abu Omar

La sentenza 4 novembre 2009 con cui il Tribunale monocratico di Milano, definendo il processo per il sequestro di Nasr Osama Mustafa Hassan, detto Abu Omar, ha condannato numerosi funzionari della CIA e ha, contempora-

neamente, ritenuto sussistente la speciale causa di improcedibilità costituita dall'opposizione del segreto di Stato per la maggior parte degli imputati italiani e in particolare per il direttore del SISMI, gen. Nicolò Pollari, è di grande interesse sotto molti profili¹.

In primo luogo essa fa riflettere sul peso enorme che incombe sul giudice monocratico, quando si tratti di reati gravi e di accertamenti complessi. Esso si avverte in ogni pagina della sentenza, insieme alla consapevolezza della dignità con la quale la funzione è stata svolta.

Peso enorme anche per i riflessi che la vicenda processuale ha avuto a livello universale. Si può guardare con orgoglio nazionale, per una volta almeno, al riconoscimento venuto all'autorità giudiziaria e alle forze di polizia del nostro Paese. Le indagini sul sequestro di Abu Omar, condotte con coraggio e rara professionalità dalla polizia giudiziaria e dalla Procura di Milano, hanno svelato i reconditi meccanismi delle *renditions*. Esse hanno certamente contribuito a sollecitare indagini analoghe in altri Paesi e infine a rendere evidente all'opinione pubblica, anche degli Stati Uniti, l'insostenibilità dell'approccio militare al terrorismo².

È poi difficile non condividere lo sconcerto del Tribunale per il comportamento dei presidenti del Consiglio, Silvio Berlusconi e Romano Prodi, i cui messaggi contraddittori hanno fortemente inciso anche sui tempi del processo. Il processo infatti è durato assai più del suo tempo fisiologico perché in esso si sono inserite le procedure incidentali di opposizione e conferma del segreto.

Il punto di maggior interesse per il giurista è però costituito dagli effetti della decisione della Corte costituzionale³ sul processo e dunque innanzitutto sul funzionamento delle *exclusionary rules* nel caso di segreto opposto.

La Corte costituzionale, risolvendo i conflitti di attribuzione derivati dall'opposizione, ha annullato parzialmente alcuni atti di acquisizione probatoria

1. Si ricorderà che l'accusa riguardava il prelevamento con la forza di Abu Omar mentre si trovava a Milano e il suo trasferimento in Egitto a bordo di aerei nella disponibilità della CIA, attraverso basi site in Italia; in Egitto Abu Omar fu sottoposto a tortura perché rivelasse quanto si supponeva a sua conoscenza circa organizzazioni terroristiche di matrice radicale islamica. Per la ricostruzione della vicenda e delle sue implicazioni giuridiche, cfr. V. Fanchiotti, *Sequestri, servizi, segreti. Il caso Abu Omar e le sue anomalie*, in questa *Rivista*, n. 2/2008, p. 7.

2. È particolarmente interessante leggere, sui diversi approcci, il pensiero di un protagonista: A. Spataro, *Otto anni dopo l'11 settembre (Il modello anglosassone e quello europeo nell'azione di contrasto del terrorismo internazionale)*, in questa *Rivista*, n. 5/2009, p. 151.

3. I conflitti di attribuzione sono stati decisi dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 106 del 3 aprile 2009, pubblicata in *Cass. pen.*, 10, 2009, p. 3703 ss., con nostra nota: *La Corte costituzionale e il segreto di Stato*, p. 3729 ss., alla quale si rinvia per i riferimenti giurisprudenziali e bibliografici essenziali. Si vedano anche i commenti di F. Ramacci, *Segreto di Stato, salus rei publicae e "sbarramento" ai PM*, in *Giur. cost.*, n. 2/2009, p. 1015 ss.; A. Anzon Demming, *Il segreto di Stato ancora una volta tra Presidente*

e di impulso procedimentale, segnalando al giudice del processo penale gli effetti invalidanti derivati della decisione. Il Tribunale di Milano ha dunque dovuto valutare quale parte del materiale probatorio fosse utilizzabile e quale invece travolta dagli effetti della sentenza della Corte.

È pacifico che l'autorità giudiziaria non possa utilizzare le informazioni su cui è posto il vincolo di segretezza, così come indubbio è l'effetto invalidante che il segreto opposto ha sugli atti che da quell'informazione dipendono. Tuttavia il Tribunale di Milano si è trovato nella situazione – davvero imprevedibile – di dover operare la selezione del materiale utilizzabile non sulla base dell'opposizione a uno specifico atto di acquisizione probatoria e neppure all'acquisizione di specifiche informazioni. Il giudice del processo ha dovuto di conseguenza decidere, per ogni atto del procedimento, se esso fosse in tutto o in parte travolto dalla statuizione di invalidità, secondo il generico parametro indicato dalla Corte. La fisiologica opera di valutazione dell'impatto della sentenza del giudice delle leggi ai sensi degli artt. 185 e 192 cpp è stata così preceduta dalla non fisiologica cernita del presupposto di tale operazione: ciò che è segreto e ciò che non lo è.

La Corte costituzionale ha infatti ribadito che il segreto non ha effetto retroattivo e dunque, “di regola”⁴, deve esser fatto valere con l'opposizione all'atto acquisitivo dell'informazione segreta; allo stesso tempo ha però ritenuto che costituisce valida “apposizione” del segreto il generico richiamo alle aree coperte dal vincolo, operato al di fuori della procedura di opposizione.

La Corte ha invalidato parzialmente atti di acquisizione probatoria e di impulso procedimentale sul presupposto che il segreto fosse stato legittimamente opposto con la nota in data 11 novembre 2005, che si richiamava alla direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri del 30 luglio 1985, n. 2001.5/707, la quale a sua volta individuava le materie segrete, in attuazione delle previsioni della legge n. 801/1977. Si vedrà appresso il contenuto della nota e come esso sia difficilmente qualificabile come “opposizione”, ai sensi degli artt. 202 e ss. cpp. Ciò che più conta è che prima di tale nota e, soprattutto, successivamente ad essa furono compiuti molti atti acquisitivi di informazioni, nei quali non fu opposto il segreto; il SISMI, poi, ottemperò, senza opporre il segreto, a numerose richieste della Procura della Repubblica. Atti, tutti questi, non espressamente invalidati dalla Corte.

Per riassumere i termini della successione temporale del segreto opposto, può dirsi che il primo atto formale di opposizione per ciò che concerne le

del Consiglio, autorità giudiziaria e Corte costituzionale, ivi, p. 1020 ss.; V. Fanchiotti, Il gusto (amaro) del segreto, ivi, p. 1033 ss. Sul segreto di Stato in genere e sul rapporto tra segreto e processo, si veda per tutti l'ampia trattazione, con completo corredo bibliografico, di G. Scandone, Il segreto di Stato, in C. Mosca - S. Gambacurta - G. Scandone - M. Valentini, I servizi di informazione e il segreto di Stato, Giuffrè, Milano, 2008, p. 397 ss.

4. Per l'enucleazione, nella sentenza, della nuova categoria della “non indifferenza” del segreto tardivamente opposto, si rinvia al nostro *La Corte costituzionale, cit.*, p. 3731 ss.

fonti dichiarative ha luogo da parte del gen. Pollari il 15 luglio 2006, in sede di interrogatorio⁵. L'opposizione non riguardava gli atti già acquisiti, ma quelli che l'indagato asseriva di poter produrre a sua discolpa, se liberato dal vincolo del segreto. Si trattava dunque e palesemente di atti *diversi* da quelli già acquisiti. Per ciò che concerne i documenti sequestrati nel corso della perquisizione del 5 luglio 2006 della sede del SISMI di via Nazionale, il segreto non fu opposto nel corso della stessa e neppure in seguito.

Per alcuni dei documenti già sequestrati il segreto fu opposto in data 31 ottobre 2006 quando, nel dare esecuzione a un ordine di esibizione, il SISMI ritrasmetteva copia dei documenti costituenti i compendi D19, D20 e D21 del verbale di sequestro, dai quali erano però stati cancellati alcuni riferimenti ritenuti segreti.

Il segreto veniva poi opposto in data 18 luglio 2006, con l'atto con il quale il Presidente del Consiglio rifiutava la trasmissione degli atti richiesti dalla Procura della Repubblica al Ministro della difesa *ex art.* 358 cpp. La richiesta aveva ad oggetto l'acquisizione presso quel Ministero dei documenti «concernenti il sequestro in oggetto indicato o le vicende che lo hanno preceduto, o in genere tutti i documenti, informative o atti relativi alle pratiche delle cd. *renditions*». Si trattava dunque, ancora una volta, di atti *diversi* da quelli già acquisiti e che, a seguito dell'opposizione del segreto, non furono mai trasmessi⁶. È questo, forse, il solo caso di corretta opposizione del segreto: i documenti che non devono esser noti non furono portati a conoscenza dell'autorità giudiziaria; questa, ritenendoli non decisivi, non fece seguire all'opposizione l'interpello e di conseguenza le notizie segrete tali sono rimaste.

Infine, il segreto veniva imposto – anche questa volta per la prima volta e dopo istruzioni, anche scritte, di segno opposto – con la nota in data 6 ottobre 2008, rivolta ai dipendenti del SISMI e con la quale si “ribadiva” il carattere segreto delle aree più volte menzionate e quindi il dovere di non rivelare notizie ad esse relative⁷. A seguito di tale nota imputati e testimoni opponevano il segreto, rispetto al contenuto delle dichiarazioni già rese nel corso delle indagini.

Per ciò che concerne poi la delimitazione spaziale del segreto, la Corte ha messo in evidenza che esso non riguardava e non aveva mai riguardato il fatto storico del sequestro, ma i profili attinenti alla struttura interna del SISMI

5. La questione dell'opponibilità del segreto da parte di chi abbia facoltà di non rispondere è assai complessa. Secondo V. Fanchiotti, *Il gusto (amaro) del segreto*, cit., p. 1034, essa non era oggetto del conflitto e dunque la Corte è andata *ultra petita* e ha risolto i complessi problemi del rapporto tra segreto e diritto al silenzio con un *obiter dictum*. Sul punto vds. anche il nostro *La Corte costituzionale*, cit., in part. p. 3749 ss.

6. Con la conseguenza, che si discuterà appresso, che rispetto a tale opposizione del segreto non può porsi il problema della sua conseguenza invalidante su atti che sul segreto si fondino.

7. Per un commento della nota vds. A. Anzon Demming, *Il segreto di Stato*, cit., p. 1026.

e ai rapporti con i Servizi di altri Paesi. Di conseguenza al giudice del processo si è di fatto demandato il compito di selezionare, tra la messe di informazioni già utilizzata anche ai fini cautelari, quelle che rientrassero negli incerti confini del segreto “apposto”.

Nelle parole della Corte, l'autorità giudiziaria, seppure libera di indagare, accertare e giudicare il fatto di reato, non essendo lo stesso coperto da segreto di Stato, non può avvalersi di quelle fonti di prova che, sebbene connesse al sequestro di persona, «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 e agli atti di reciproca assistenza posti in essere in relazione a singole e specifiche operazioni». È coperto, dunque, da segreto «il tema relativo ai rapporti tra Servizi italiani e stranieri, ancorché esso fosse “in qualche modo collegato o collegabile” con il fatto storico costituito dal sequestro di persona»⁸.

Si comprende quindi che la valutazione degli effetti della dichiarazione di invalidità sia stata assai laboriosa, come emerge dalla motivazione della sentenza e ancor più dalle ordinanze che l'hanno preceduta. È prevedibile che la questione dell'estensione della inutilizzabilità derivata costituirà oggetto principale delle impugnazioni delle parti. La partita si giocherà nell'interpretazione di «ancorché» e di «hanno tratto». Non è questa la sede per sposare l'una o l'altra delle possibili interpretazioni. Qui, invece, interessa comprendere le ricadute sistematiche della sentenza della Corte costituzionale, cercando di delineare quale sia il rapporto tra segreto e processo penale che da essa risulta.

2. Gli effetti caducatori della sentenza della Corte costituzionale: apposizione e opposizione del segreto

La Corte costituzionale, nel dichiarare l'annullamento parziale di atti del procedimento e la conseguente loro inutilizzabilità processuale, quanto agli effetti nel giudizio penale in corso ribadiva i principi “tradizionalmente enunciati”.

In primo luogo, «gli effetti caducatori della dichiarazione di non spettanza devono limitarsi ai provvedimenti, o alle parti di essi, che siano stati riconosciuti lesivi degli interessi oggetto del giudizio costituzionale per conflitto di attribuzione» (sentenza n. 451 del 2005; analogamente sentenza n. 263 del 2003), atteso che «spetterà alle competenti autorità giurisdizionali

8. Nota V. Fanchiotti che l'aver ricompreso nell'ambito del segreto «ogni e qualsiasi rapporto» tra Servizi, anche se in «qualche modo collegato o collegabile» al sequestro, è in netto contrasto con l'intento manifestato dallo stesso Presidente del Consiglio di lasciare integra all'autorità giudiziaria la “libertà” di indagare sul fatto-reato; *Il gusto (amaro) del segreto*, cit., p. 1041.

investite del processo» (che sia eventualmente progredito a fasi successive, rispetto a quella cui risaliva l'atto rivelatosi lesivo delle attribuzioni di altro potere dello Stato, diverso da quello giudiziario) valutare, in concreto, «le eventuali conseguenze di tale annullamento sul piano processuale» (sentenze n. 451 del 2005 e n. 284 del 2004).

Tale valutazione va operata «nel rispetto delle regole processuali proprie del tipo di giudizio che viene in rilievo, e dunque, nella specie, di quelle fissate dal comma 1 dell'art. 185 cpp (“La nullità di un atto rende invalidi gli atti consecutivi che dipendono da quello dichiarato nullo”) e dall'art. 191 del medesimo codice (“Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate”), e quindi individuando in quali loro parti, e con riferimento a quali dei soggetti coinvolti nella vicenda giudiziaria, gli atti processuali da questa Corte annullati possano ritenersi autosufficienti rispetto alla ragione che ha condotto al loro annullamento parziale; facendo eventualmente ricorso anche all'istituto della separazione dei processi».

L'applicazione nel caso specifico dei pur chiari principi indicati dalla Corte non è compito semplice. Esso infatti è reso davvero arduo dalla progressione dell'affermazione del segreto, via via più esteso a causa dell'ampliamento del concetto di opposizione, dall'atto di manifestazione di scienza e volontà, espresso in relazione a uno specifico atto di acquisizione probatoria, a quello consistente nella generica riserva di segretezza per materia (contenuta nella nota in data 11 novembre 2005) fino alla generale determinazione delle materie costituenti segreto (circolare del 1985, ritenuta dalla Corte come fondante un segreto, la cui esistenza sia nota e perciò solo operante).

Per altro verso, la materia stessa del segreto si è andata ampliando, dall'organizzazione interna del Servizio e dai suoi rapporti con altri Stati, con l'esclusione di ciò che riguardava il sequestro di Abu Omar, alle *renditions* in genere, fino a «qualsiasi rapporto tra i Servizi italiani e stranieri, *ancorché in qualche modo collegato o collegabile con il fatto storico meglio noto come “sequestro Abu Omar”*»⁹.

9. Istruzione circa il segreto da opporsi, impartita il 6 ottobre 2008 dal Presidente del Consiglio ai pubblici funzionari (corsivo aggiunto). Alla nota appena citata fece seguito quella in data 15 novembre 2008, a conferma del segreto conseguentemente opposto dai testimoni, già esaminati nelle indagini senza che opponessero il segreto: «l'autorità giudiziaria è libera di indagare, accertare e giudicare il fatto reato *de quo*, non coperto da segreto, con tutti i mezzi di prova consentiti. Fra tali mezzi, peraltro, non possono essere compresi – perché coperti da segreto – quelli che hanno tratto ai rapporti fra Servizi italiani e stranieri». E inoltre «la opposizione del segreto nella specie, si fonda sulla duplice esigenza di riserbo che deve, da un lato, tutelare gli *interna corporis* di ogni Servizio, ponendo al riparo da indebita pubblicità le sue modalità organizzative e operative..., dall'altro, e soprattutto, preservare la credibilità del Servizio nell'ambito dei suoi rapporti internazionali con gli organismi collegati. La divulgazione di notizie rivelatrici anche di parti soltanto di tali rapporti, esporrebbe i nostri Servizi al rischio concreto di un ostracismo informativo da parte degli omologhi stranieri».

Infine, la progressione è stata anche temporale. Come si è già ricordato, infatti, il primo atto di opposizione del segreto, con riferimento a uno specifico atto del procedimento, si ha con l'interrogatorio del direttore del Servizio in data 15 luglio 2006; mai il segreto fu opposto nel corso delle perquisizioni o degli atti di acquisizione di dichiarazioni o a seguito della *discovery* di atti a sorpresa, quali le intercettazioni.

Tra il 15 e il 30 maggio 2006 furono esaminati in qualità di persone informate sui fatti dodici funzionari o appartenenti ai Centri SISMI di Milano e Trieste; nessuno di loro oppose il segreto di Stato¹⁰. Nello stesso periodo furono esaminati anche quattro alti dirigenti del SISMI, senza che il segreto fosse opposto.

Anche gli indagati, appartenenti al SISMI, furono interrogati senza che opponessero il segreto.

L'incidente probatorio, le liste testimoniali per il dibattimento e il conseguente provvedimento di ammissione delle prove, annullati dalla Corte, riguardavano dunque la formazione della prova in dibattimento su circostanze già acquisite nel corso delle indagini e rispetto alle quali non era stato opposto il segreto¹¹.

Così, atti legittimamente compiuti e materiale probatorio legittimamente entrato nell'alveo del procedimento sono retroattivamente divenuti segreti e dunque non conoscibili, prima ancora che non utilizzabili.

Che siano questi i termini reali della decisione della Corte è reso evidente dal fatto che l'annullamento non ha travolto tali atti di acquisizione, compiuti nel corso delle indagini e che di conseguenza sono stati ritenuti legittimamente compiuti, ma solo gli atti successivi, volti alla formazione della prova nel contraddittorio.

Il Tribunale esprime sconcerto per il paradosso logico di un materiale segreto a tutti noto. È un "paradosso logico giuridico", figlio «dell' "ambiguità semantica" relativa alle espressioni utilizzate per delimitare l'area del segreto e, *last but not least*, della evidente "tardività" della opposizione del segreto nella vicenda in esame: tutti elementi che non possono essere sottaciuti e che hanno contribuito a creare una "situazione giuridica di segretezza" inevitabil-

10. E anzi dichiararono di aver interpellato i superiori prima dell'atto di indagine e di aver ricevuto istruzione di non opporre il segreto.

11. La Corte è esplicita sul punto, quando ad esempio afferma esser fondate le censure relative alla richiesta e all'assunzione dell'incidente probatorio, in quanto dalla lettura del verbale 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». Come può verificarsi violazione del segreto per un atto probatorio volto a ottenere la conferma di quanto già acquisito, senza che vi fosse stata opposizione del segreto?

mente confliggente con un assoluto disvelamento dei fatti secretati prima della loro postuma secretazione»¹².

La radice di questo paradosso è nella sostanziale vanificazione del procedimento incidentale previsto per l'opposizione del segreto.

Il bilanciamento tra i confliggenti interessi di rilievo costituzionale tra segretezza e accertamento dei reati è operato dal legislatore attraverso la procedura di opposizione/interpello/conferma. È solo questo meccanismo che rende un'informazione, qualificata segreta, legittimamente conoscibile nel processo; vista con l'ottica opposta, è solo questo meccanismo che impedisce che un'informazione, qualificata segreta, sia conoscibile nel processo. Non vi è un'ontologica non conoscibilità collegata al segreto. L'autorità che dispone del segreto può farlo valere o meno, a seconda della valutazione discrezionale circa la necessità che il vincolo permanga, a fronte della contrapposta necessità di accertamento del reato.

È il bilanciamento che – a ben leggere – risulta proprio dalla nota che il Presidente del Consiglio inviò al Procuratore della Repubblica di Milano in data 11 novembre 2005 e che la Corte ha ritenuto valida opposizione del segreto. In essa il titolare del potere di apposizione/opposizione del segreto comunicava di aver «asseverato i suoi [*del direttore del SISMI*, ndr] pregressi contegni formali e ufficiali, accogliendo la sua richiesta di fornire gli elementi di informazione richiesti [...] perché non pregiudizievoli di beni giuridici salvaguardati dall'ordinamento [...]. Analoga autorizzazione ho accordato anche in questa circostanza [...], autorizzazioni richieste e concesse nella responsabile, consapevole certezza che il governo e il SISMI sono del tutto e sotto ogni profilo estranei rispetto a qualsivoglia risvolto riconducibile al “sequestro di [...] Abu Omar», «prendendo quindi – come nota il Tribunale di Milano – una posizione piuttosto netta sulla vicenda in questione e autorizzando l'ufficio del PM procedente a proseguire con tranquillità il suo lavoro di indagine». Il Presidente del Consiglio, dunque, ribadiva di aver effettuato il bilanciamento richiesto dalla legge, confermando le disposizioni alle quali il SISMI si era attenuto, rispondendo alle numerose richieste degli inquirenti, anche relative all'identificazione del personale CIA, e cui si sarebbe in seguito attenuto, ordinando ai suoi dipendenti di non opporre il segreto in sede di dichiarazioni. Non è un caso che la riserva a chiusura della nota, con la quale si ricorda che le materie in questione sono sensibili, termini con l'espressa indicazione che ciò «vincola (...) chiunque ne abbia cognizione al segreto, salvo deroga concessa dal Presidente del Consiglio dei ministri». Anche nella clausola *salvis juribus* si ripete ciò che è ovvio: il segreto è derogabile dall'autorità politica, che già vi aveva derogato.

D'altra parte, la necessità di questo bilanciamento è affermata proprio dalla circolare-direttiva del 1985, alla quale si richiama la nota del novembre 2005 ed è considerata dalla Corte come atto significativo nei confronti dell'autorità giudiziaria.

12. Sentenza, p. 69.

Come nota una delle più attente studiose del segreto di Stato, in quella direttiva «il Presidente del Consiglio distingue correttamente tra direttiva astratta rivolta agli appartenenti ai Servizi e atto di apprezzamento in concreto – da compiere in occasione dell'apposizione del segreto e della sua opposizione nei confronti di richieste dell'autorità giudiziaria – dell'idoneità della diffusione a recare danno agli interessi da proteggere» e, aggiungiamo noi, della loro concreta preminenza rispetto agli altri interessi in giuoco. Di conseguenza, «la direttiva non si può interpretare come intesa a segretare, *a priori* e in astratto, le notizie per categorie generali (...) *con effetto nei confronti dell'autorità giudiziaria* (...) essendo sempre necessario a tal fine un singolo e concreto atto di volontà...»¹³.

In questo bilanciamento l'esecutivo non esercita una discrezionalità libera (non si tratta cioè di atto politico in senso stretto), essendo questa delimitata da diverse fonti. In primo luogo essa va esercitata nell'ambito della disciplina del segreto, che individua le materie che possono esser qualificate segrete con atto apposito del vincolo e che al contempo esclude quelle che non lo possono. Tale delimitazione è operata dal legislatore sulla base delle indicazioni della Corte costituzionale circa il fondamento costituzionale del segreto: esso può esser apposto solo a tutela di valori costituzionali di alto rilievo, tra cui è preminente la salvaguardia dello Stato democratico. L'aggettivazione non è senza conseguenze.

Il carattere democratico dello Stato può essere a sua volta scomposto in una serie di valori fondamentali, innanzitutto quello della dignità della persona umana. Conseguenza ulteriore della fondazione costituzionale del segreto è che esso non possa esser apposto (e di conseguenza opposto) per tutelare azioni che ledano quei valori. È questo il significato dell'espressione «mai il segreto potrebbe esser allegato per impedire l'accertamento di fatti eversivi dell'ordine costituzionale», con la quale la Corte escluse che il segreto potesse essere legittimamente opposto (perché non apponibile) nel caso Sogno¹⁴. L'espressione è divenuta tralaticia fino alla legge di riforma del 2007. Essa non può esser interpretata come limitata ai fatti-reato qualificabili come di eversione e terrorismo, ma si estende alle condotte lesive dei valori che concorrono a qualificare la Repubblica come democratica¹⁵.

La discrezionalità del Presidente del Consiglio è poi limitata dagli strumenti internazionali, che vincolano il Paese e il cui fondamento è richiamato tra i principi dell'ordinamento costituzionale.

13. A. Anzon Demming, *Il segreto di Stato*, cit., p. 1026.

14. Si veda, per tutti, A. Pace, *I «fatti eversivi dell'ordine costituzionale» nella legge n. 801 del 1977 e nella legge n. 124 del 2007*, in *Studi in onore di Lorenza Carlassare*, sul sito www.costituzionalismo.it, nonché dello stesso autore *L'apposizione del segreto di Stato nei principi costituzionali e nella legge n. 124 del 2007*, in *Giur. cost.*, n. 5/2008, p. 4041 ss.

15. Sulla modificazione semantica del concetto di eversione nelle sentenze della Corte, nelle leggi di riforma dei Servizi e in quelle penali, cfr. il nostro, *La Corte costituzionale*, cit., in part. p. 3759 ss.

Riassumendo, nella procedura di conferma del segreto opposto nel processo il Presidente del Consiglio opera una valutazione discrezionale, vincolata esclusivamente dal rispetto dei principi fondamentali in tema di segreto (limiti negativi).

Il controllo sulla decisione del Presidente del Consiglio è conseguentemente articolato in due distinte fasi.

Da un lato il profilo della discrezionalità all'interno dei limiti posti dalla legge è demandato al Parlamento e solo a questo, come ha con chiarezza affermato la Corte sin dal 1977. Il legislatore del 2007 ha inteso rendere più penetrante questo controllo, aumentando i poteri del Comitato parlamentare di controllo (ora COPASIR) e gli strumenti di verifica interna ai Servizi. Questo genere di controllo esaurisce la possibilità di sindacare *l'an* e il *quomodo* dell'esercizio del potere di segretazione e di opposizione del segreto, una volta che esso sia apposto. L'esito del controllo non ha effetto nel processo penale, potendo portare solo alla responsabilità politica.

Il rispetto dei limiti costituzionali di apposizione/opposizione del segreto è sottoposto, poi, a un secondo e distinto ordine di controlli. A fronte della conferma dell'opposizione del segreto l'autorità giudiziaria può infatti adire la Corte costituzionale con lo strumento del conflitto di attribuzioni. Questo giudizio è ormai strutturato, a seguito della riforma del 2007, e limitatamente al caso di conflitto sul segreto, come vero e proprio giudizio sul *an* e sul *quomodo* dell'esercizio del potere. Alla Corte costituzionale non può esser opposto il segreto e la formula definitoria non è quella della "spettanza" del potere ma della sussistenza del segreto: "sussiste o non sussiste"¹⁶. Si tratta di un'innovazione di grande rilievo, della quale il legislatore fu pienamente consapevole, come risulta dal dibattito parlamentare. Essa è volta a chiudere il circuito dei controlli, al di fuori della sola responsabilità politica.

Tale circuito è strettamente limitato alla valutazione del rispetto dei limiti entro i quali il segreto è apponibile o opponibile. Tra questi limiti vi sono quelli derivanti dalla qualificazione giuridica dei fatti oggetto di segreto e quello delle garanzie funzionali, su cui oltre.

Su questo punto è bene esser chiari. La legge di riforma, nell'operare una scelta diversa da quella del legislatore del 1977 e cioè nello spostare la regola di esclusione dalla sede preliminare attribuitale dalla legge n. 801/77 a quella processuale, ha messo in evidenza che nella categoria della "eversione", cui si riferiva in passato la legge, sulla base dell'espressione utilizzata dalla Corte costituzionale nella decisione Sogno, vanno distinte due ipotesi: da un lato i fatti di eversione e terrorismo e cioè i fatti-reati che ricevano dalla legge sostanziale questa qualificazione; dall'altro i fatti in contrasto con i fondamenti dell'ordinamento costituzionale¹⁷.

16. Su tutti questi profili si rinvia al nostro *La Corte costituzionale*, cit., p. 3757 ss.

17. Per una più ampia discussione del punto, si rinvia ancora al nostro *La Corte costituzionale*, cit., p. 3759 ss.

Per i primi, trattati in particolare nell'art. 204 cpp, come modificato, il segreto può esser legittimamente apposto. Le indagini su fatti di terrorismo possono esser segrete e per scoprire gli autori di tal genere di crimini è anche possibile far ricorso agli strumenti che la legge mette a disposizione dei Servizi, dalle intercettazioni alle operazioni simulate o sottocopertura. Si tratta quindi di attività encomiabili e opportunamente tutelate dal segreto. Ciò che la legge non consente è di opporre il segreto all'AG, se le informazioni, pur legittimamente segretate, siano necessarie per l'accertamento di tal genere di reati. Segreto, dunque, legittimamente apposto ma non legittimamente opposto. È un bilanciamento che il legislatore ha inteso fare a causa delle disastrose esperienze storiche, vissute in tema di terrorismo ed eversione¹⁸. Scelta sulla cui attuale opportunità si potrà discutere, ma chiarissima e del tutto coerente sul piano sistematico: il segreto prevale su tutti gli interessi (riservatezza, conoscibilità interna etc.) ma non su quello all'accertamento dei reati.

Nel secondo caso il segreto è in contrasto con i suoi fondamenti costituzionali. Mai il segreto potrà essere apposto per tutelare fatti che siano in violazione di quei fondamenti. In questo caso non si tratta di opposizione del segreto. È evidente che il segreto non potrà essere opposto a tutela di quei fatti, ma ciò non perché sia operato un bilanciamento con altri valori, ma perché il segreto è radicalmente non apponibile.

È tra questi due termini che si giuoca la comprensione del segreto: apposizione e opposizione sono categorie del tutto distinte; la seconda presuppone logicamente la prima. Un segreto non apposto non potrà neppure esser opposto. Un segreto non legittimamente apposto non potrà esser legittimamente opposto.

3. Il segreto “individualizzato”: un ragionevole rapporto di mezzo a fine

Da tutto quanto sin qui detto discende che il segreto non può essere opposto genericamente. Il fatto che esso sussista non ci dice ancora niente circa il bilanciamento nel caso concreto, che deve essere operato dal Presidente del Consiglio e poi sottoposto ai due circuiti di controllo complementari, di cui s'è detto. È per questo che la storica sentenza 86/1977 della Corte afferma che il ricorso al criterio oggettivo della materia segreta non è sufficiente, perché a esso «si deve aggiungere, in ogni singolo caso concreto, un ragionevole rapporto di mezzo a fine».

Che un segreto esista oggettivamente può voler dire molte cose. Secondo la Corte costituzionale, nelle sentenze che hanno preceduto quella del 2009,

18. Ben ricostruite in G. De Lutiis, *I servizi segreti in Italia*, Sperling & Kupfer, Roma, 2010; volendo, sulla stretta relazione tra le vicende penali, le pronunce della Corte e le modifiche normative, anche il nostro *Secreto de estado y proceso penal: la experiencia italiana*, in corso di pubblicazione su *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, 2010.

la fondazione oggettiva del segreto aveva un grande valore garantistico: può esser segreto solo ciò che risponde alla fondazione costituzionale del segreto e cioè che valga a tutelare interessi costituzionalmente forti, in grado di far ritenere legittimo il sacrificio di altri valori, altrettanto rilevanti (come quello della trasparenza delle attività dei pubblici poteri, prima ancora che quello all'accertamento dei reati). Secondo la Corte nella sentenza del 2009 esso potrebbe anche voler significare che il segreto esiste in sé, ha una sua ontologia immediatamente conoscibile. Se anche così fosse, se cioè esistessero effettivamente notizie segrete in sé, nulla sarebbe ancora detto circa la loro prevalenza o soccombenza, nel caso concreto, rispetto ad altri interessi.

È a questa decisione individualizzata che è volta la procedura di opposizione/conferma del segreto. L'atto di opposizione e quello di conferma sono insieme dichiarazioni di scienza e di volontà: l'informazione è segreta (scienza) e l'autorità che ne dispone intende che rimanga segreta (volontà)¹⁹.

L'opposizione generica (è segreto ciò che è segreto, indipendentemente dall'opposizione in una specifica serie procedimentale) è tautologica e dunque inefficace.

Ma è tale anche quella tardiva. Che il segreto esista o meno è irrilevante, fino a che alla manifestazione di scienza non si aggiunga quella di volontà. Ciò può avvenire solo nella procedura di opposizione/conferma perché solo questa procedura è volta a realizzare quel temperamento tra interessi diversi, voluto dal legislatore sulla base della ricostruzione del segreto fondato sulla Costituzione, che si deve alle decisioni della Corte, ribadite anche nel 2009. L'opposizione del segreto tardiva è dunque inefficace, perché estranea a quel procedimento incidentale che è – per quanto innanzi detto – necessariamente specifico, individualizzato rispetto all'atto probatorio. D'altra parte se così non fosse si consentirebbe la violazione del segreto: l'opposizione fatta dopo che l'informazione è già stata acquisita non raggiunge più il suo scopo, perché ha permesso la conoscenza dell'informazione che si vorrebbe destinata a rimanere segreta.

Si comprende a questo punto che solo l'acquisizione illegittima, perché in violazione del procedimento incidentale, legittima la conseguenza sanzionatoria e i suoi effetti derivativi. In questo caso, infatti, la sanzione risponde non solo

19. Parla solo di dichiarazione di scienza, C. Bonzano, *Segreto. Tutela processuale del segreto di Stato*, voce in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2001, p. 4. Dal complesso della ricostruzione sistematica offerta dall'autore è però chiaro che la dichiarazione di scienza deve esser accompagnata dalla manifestazione di volontà, normalmente espressa con l'atto di conferma o non conferma del segreto opposto. È l'esistenza di questa procedura incidentale volta alla comparazione degli interessi in giuoco che distingue nettamente il segreto di Stato dal segreto di ufficio, con la conseguenza che non è applicabile al primo il divieto di acquisizione dell'informazione, cui segue l'invalidità originaria dell'atto che vi abbia dato luogo. Per tali aspetti e per le conseguenze che la giurisprudenza ha tratto circa l'inutilizzabilità della prova dalla nuova disciplina del segreto di ufficio, sia consentito rinviare al nostro *La Corte costituzionale*, cit., p. 3736.

all'obiettivo di evitare ulteriori divulgazioni della notizia illegittimamente acquisita ma – soprattutto – ha effetto dissuasivo generale, evitando che dall'attività illegittima possano trarsi effetti utili per chi l'ha compiuta.

È qui che ha origine il “paradosso logico-giuridico” stigmatizzato dal Tribunale. Il paradosso di un segreto, legittimamente conosciuto e dunque a tutti noto, ma che deve esser trattato come segreto, pur non essendo stato illegittimamente acquisito.

Per esplicitare queste conclusioni sono però necessarie alcune ulteriori osservazioni.

4. Segreto e azione penale

L'art. 202 cpp nell'attuale formulazione²⁰ prevede, al comma 5, che l'opposizione confermata del segreto «inibisce all'autorità giudiziaria l'acquisizione e l'utilizzazione, anche indiretta, delle notizie coperte dal segreto». Al contempo il comma 6 prevede che «non è, in ogni caso, precluso all'autorità giudiziaria di procedere in base a elementi autonomi e indipendenti dagli atti, documenti e cose coperti dal segreto».

Tra le due disposizioni si gioca il delicato equilibrio tra tutela del segreto, da un lato, e principio di legalità e obbligatorietà dell'azione penale, dall'altro. Il segreto, opposto e confermato, costituisce uno sbarramento all'utilizzo a fini di prova nel processo penale delle notizie segrete; esso non è però lo strumento con il quale l'azione penale possa esser paralizzata. Lo sbarramento anche dell'azione, infatti, è conseguenza non necessitata dell'opposizione del segreto, tutte le volte che le notizie da questo coperte sono essenziali per la decisione. L'autorità giudiziaria può dunque procedere se l'accertamento del fatto, in tutte le sue componenti penalmente rilevanti, può esser operato sulla base di fonti diverse da quelle segrete.

Non a caso il comma 6 non riproduce il riferimento, contenuto nel comma 5, alle «notizie» e cioè al contenuto dell'informazione segreta, ma è formulato con riferimento al supporto dell'informazione («atti, documenti e cose»). L'AG è peraltro vincolata al rispetto del segreto, non solo dalla preclusione circa l'acquisizione e l'utilizzo della notizia, ma anche dal più generale dovere di lealtà, di cui il profilo evidenziato dal comma 5 (divieto di utilizzazione “indiretta”) non è che un'applicazione.

Il dovere di lealtà è scolpito dalla Corte costituzionale nei conflitti di attribuzione generatisi intorno a intercettazioni illegali, operate dal SISDE.

La Procura di Roma, investigando su di un archivio riservato, si imbatté nel contenuto di intercettazioni effettuate dal SISDE in Italia su cittadini spagnoli, sospettati di esser militanti di una formazione terrorista. Il Presidente del Consiglio confermò il segreto, opposto dal SISDE, ma l'autorità giudiziaria

20. Come modificato dall'art. 40, comma 1, della legge 3 agosto 2007, n. 124.

di Bologna, cui gli atti nel frattempo erano stati inviati, in quanto in quella città le intercettazioni abusive erano state condotte, ritenne che l'opposizione non impedisse la prosecuzione del procedimento.

Affermava infatti la Procura di Bologna che la *ratio* delle norme sul segreto non è quella di impedire che si indaghi su un argomento coperto dal segreto di Stato, bensì quella «di evitare che i pubblici ufficiali e le altre persone previste dagli artt. 202 e 256 cpp²¹ possano essere obbligate a rendere testimonianza e a consegnare atti e documenti, riguardanti fatti coperti da segreto di Stato, ovvero che essi possano essere puniti per il loro rifiuto di compiere tali atti altrimenti obbligatori».

La Corte doveva quindi trovare il punto di equilibrio tra l'esercizio del potere giurisdizionale, garantito dalla Costituzione e in particolare dall'obbligatorietà dell'azione penale, e la tutela del segreto, quando fondato su valori costituzionalmente di pari o superiore grado.

Con una decisione di grande importanza²², la Corte esclude che l'opposizione del segreto inibisca in modo assoluto all'autorità giudiziaria la conoscenza dei fatti ai quali il segreto si riferisce, e quindi precluda al pubblico ministero di compiere qualsiasi indagine, anche se fondata su elementi di conoscenza altrimenti acquisiti. «Tale impostazione – afferma la Corte – altererebbe in questa materia l'equilibrio dei rapporti tra potere esecutivo e autorità giudiziaria, che debbono essere improntati al principio di legalità; né potrebbe questa Corte sostituirsi al Legislatore, operando, in concreto e di volta in volta, senza alcuna base legislativa, valutazioni di merito attinenti al bilanciamento tra i beni costituzionali sottostanti rispettivamente alle esigenze di tutela del segreto e di salvaguardia dei valori protetti dalle singole fattispecie incriminatrici. (...) Sulla base di questi principi, e alla luce della disciplina vigente, che non delinea alcuna ipotesi di immunità sostanziale collegata all'attività dei Servizi informativi, l'opposizione del segreto di Stato da parte del Presidente del Consiglio dei ministri non ha l'effetto di impedire che il pubblico ministero indaghi sui fatti di reato cui si riferisce la *notitia criminis* in suo possesso, ed eserciti se del caso l'azione penale, ma ha l'effetto di inibire all'autorità giudiziaria di acquisire e conseguentemente di utilizzare gli elementi di conoscenza e di prova coperti dal segreto». Tale divieto riguarda l'utilizzazione degli atti e documenti coperti da segreto sia in via diretta, ai fini cioè di fondare su di essi l'esercizio dell'azione penale, sia in via indiretta, per trarne spunto ai fini di ulteriori atti di indagine, le cui eventuali risultanze sarebbero a loro volta viziate dall'illegittimità della loro origine. I rapporti tra poteri, concludeva la Corte, devono improntarsi a correttezza e lealtà, nel senso che ciascuno deve esser rispettoso delle attribuzioni dell'altro.

21. Il riferimento è alle norme del codice di procedura penale entrato in vigore nel 1989 e che corrispondono a quelle prima richiamate circa la deposizione di coloro che sono depositari di segreto di Stato, o di documenti coperti da segreto.

22. Sentenza n. 110/1998.

Il *dictum* della Corte doveva però essere ancora precisato per l'insorgere di due nuovi conflitti, nel medesimo procedimento. L'autorità giudiziaria acquisì infatti i documenti per altra via e continuò le investigazioni a carico dei funzionari del Servizio. Con la sentenza n. 410/1998 la Corte ribadì che l'opposizione del segreto determina il divieto di utilizzare l'informazione segreta, anche indirettamente. Di conseguenza il pubblico ministero non avrebbe potuto acquisire da altre fonti le medesime informazioni, così causando la lesione dell'interesse tutelato; le fonti utilizzabili, dunque, devono esser del tutto autonome da quelle segrete e non incidere sul contenuto del segreto, che deve esser tutelato. Con la successiva sentenza, n. 487/2000, la Corte affermò che non spetta al pubblico ministero allegare gli atti segreti al fascicolo processuale, anche se ciò è previsto dal codice di procedura al fine di consentire il controllo del giudice.

In conclusione, il percorso argomentativo della Corte, nelle tre sentenze risoltrici dei conflitti collegati, è assai chiaro nel distinguere il segreto dalle garanzie funzionali, anche se questo termine non viene mai citato: se un'azione è illegale per la generalità dei cittadini, l'opposizione del segreto di Stato non vale a paralizzare l'azione penale.

Il punto è centrale per comprendere sia la struttura del segreto di Stato, sia gli avvenimenti nel caso Abu Omar. Il segreto di Stato è finalizzato a mantenere segrete informazioni che lo siano per la loro natura, sulla base dei limiti costituzionali del segreto. Esso non è, invece, lo strumento per ottenere la non perseguibilità degli operativi del Servizio per fatti in astratto previsti dalla legge come reato. La non perseguibilità (la paralisi dell'azione) potrà costituire un effetto indiretto del segreto, ma nulla può assicurare che l'organo dell'azione non trovi altrove le fonti di prova sufficienti per esercitarla. In quest'ultimo caso l'opposizione del segreto si rivelerà inefficace. La sanzione dell'inutilizzabilità derivata (non possono essere utilizzate nel processo le informazioni che anche indirettamente discendono da quella segreta, acquisita in violazione della procedura di opposizione) è dunque anch'essa funzionalmente collegata alla tutela del meccanismo di opposizione/conferma del segreto, dove si opera il bilanciamento tra interessi diversi. Neppure esso è invece volto a sbarrare l'esercizio dell'azione penale.

Sulla base di quanto sin qui detto può affrontarsi il tema decisivo che è posto dall'applicazione nel giudizio penale in corso dei principi affermati dalla Corte: l'interpretazione del concetto di inutilizzabilità.

5. Nullità o inutilizzabilità?

La Corte di cassazione ha tratto dalle modifiche introdotte nella materia del segreto dal codice del 1989 differenze di conseguenze invalidanti, discendenti dalla struttura dei diversi casi di segreto.

Infatti, il giudice di legittimità ha aderito all'orientamento²³ secondo cui il segreto professionale e quello di ufficio rispondono ormai a logiche diverse. Nel primo caso non è tutelata l'informazione di cui dispone il testimone, ma il suo particolare rapporto con la fonte dell'informazione stessa; di conseguenza il depositario del segreto professionale ha facoltà di astenersi. Se, dunque, il testimone non si avvarrà della facoltà di non deporre sulle circostanze nelle quali si sostanzia il segreto professionale, non vi sarà alcuna conseguenza invalidante sull'atto.

Diverso il caso del segreto di ufficio, per il quale il legislatore della riforma del 1989 ha optato per il dovere di astensione e dunque per il divieto di testimoniare, in quanto oggetto della tutela è il fatto segreto²⁴. Da questa diversa impostazione discendono le conseguenze sanzionatorie. Infatti la Corte di cassazione ha affermato che in questo secondo caso la conseguenza della deposizione, anche non coatta, sul fatto segreto è l'inutilizzabilità della prova *ex art.* 191 cpp²⁵.

Accomuna invece le due ipotesi il fatto che non sia previsto l'obbligo di informazione da parte dell'autorità giudiziaria circa tale facoltà/dovere, al contrario che nel caso previsto dall'art. 199 cpp, che tutela con la sanzione della nullità l'atto assunto senza che sia dato l'avviso al prossimo congiunto dell'imputato (evidentemente a tutela della posizione debole del soggetto).

Si badi bene che la Corte di cassazione individua la sanzione nella inutilizzabilità e non nella nullità dell'atto, come invece previsto dall'art. 199 cpp, in quanto non sono violate le norme che attengono alle modalità di formazione dell'atto, ma sono violati divieti probatori²⁶. L'assunzione della testimonianza del prossimo congiunto potrebbe ben esser ripetuta con modalità corret-

23. G. Spangher, sub *Art. 201*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, II, diretto da M. Chiavario, UTET, Torino, 1990, p. 466; M.T. Sturla, *Prova testimoniale*, in *Dig. disc. pen.*, X, UTET, Torino, 1995, p. 426. *Contra*, F. Cordero, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 694 ss., sia circa differenze nel regime del segreto professionale e d'ufficio (e per questi aspetti, anche di Stato), sia sulle conseguenze *ex art.* 191 cpp della testimonianza non coatta.

24. *Contra*, N. Galantini, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, p. 304 ss.; specificamente in tema di segreto di Stato, C. Bonzano, *Segreto. Tutela processuale*, cit., p. 4: «La testimonianza sarebbe acquisita senza alcun divieto stabilito dalla legge in quanto (...) l'art. 202 cpp impone sì al testimone un obbligo di astensione, ma non vieta al giudice l'acquisizione di quanto riferitogli dal testimone».

25. Sez. unite, 30 ottobre 2002 (21 maggio 2003), n. 22327, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3276; confermata *a contrario* da: sez. unite civ., 21 luglio 2004, n. 13602, in *Vita notarile*, 2004, p. 1589.

26. «Novità registrabile rispetto alla disciplina del vecchio codice è la scomparsa, dal testo della norma, della previsione di una sanzione di nullità della testimonianza, quale conseguenza della violazione dell'obbligo di astensione. La Corte ritiene che la testimonianza che il soggetto obbligato ad astenersi in ragione dell'esistenza di un segreto di ufficio renda spontaneamente o a seguito di rimozione del segreto senza il rispetto delle scadenze procedurali previste dall'art. 201 comma 1 citato, nasce sicuramente invalida, *ex*

te e dunque l'invalidità sanata. L'acquisizione della notizia segreta è invece vietata e non potrebbe esser sanata attraverso un nuovo esame, a meno che non venisse escluso il carattere segreto dell'informazione da parte di chi ne avesse la disponibilità giuridica; in tale ultimo caso, infatti, cadrebbe il divieto.

In maniera in parte analoga si atteggia il segreto di Stato. Analogia, in quanto l'informazione segreta è l'oggetto del divieto di formazione della prova; diversità in quanto nel caso del segreto di Stato il legislatore ha previsto un'apposita procedura (opposizione/interpello/conferma) finalizzata a consentire il bilanciamento tra interessi contrapposti, che invece non è prevista per il segreto di Stato, nel quale è il giudice ad avere l'ultima parola, salvi gli effetti invalidanti nel caso che i poteri di imposizione dell'obbligo di deporre siano stati illegittimamente utilizzati.

Nel caso del segreto di Stato, dunque, si versa in ipotesi di inutilizzabilità, rafforzata dalla previsione espressa dell'inutilizzabilità indiretta (art. 202, comma 5, cpp).

Per completezza si nota che un *obiter dictum* della Corte costituzionale potrebbe portare a modificare in parte queste conclusioni. La Corte, dopo aver mandato al giudice per la valutazione degli effetti dell'annullamento degli atti, statuisce che «resta fermo, peraltro, che la eventuale futura escussione dei testi dovrà avvenire nei limiti del *thema probandum* ora definito, oltre che nel rispetto dell'art. 202, comma 1, cpp, a norma del quale i pubblici ufficiali "hanno l'obbligo di astenersi dal deporre su fatti coperti dal segreto di Stato", obbligo – la cui violazione è sanzionata penalmente dall'art. 261 cp – di cui gli interessati dovranno essere resi edotti anche alla luce dei contenuti della presente sentenza». Il punto di novità è costituito dall'indicazione di un onere

art. 191 cpp, con rilevanza anche di ufficio in ogni stato e grado del processo. Ma è inutilizzabile, ai sensi della stessa norma indicata, anche quella resa da chi parla e depone senza esservi coatto. Su questa ultima ipotesi, si rileva il contrario avviso da parte di un settore della dottrina, che però non può essere condiviso. Si afferma che chi parla essendo obbligato a tacere commette un reato ma la testimonianza vale: lo stesso atto cadrebbe sotto due valutazioni normative, penalistica e processuale, sicché, essendo indipendenti le relative norme, l'atto costituirebbe prova valida, sebbene delittuosa. Va invece ritenuto che il precetto normativo di cui all'art. 201 è modellato nella forma di uno specifico divieto e, dunque, attesa la genericità e onnicomprensività della formulazione del comma 1 dell'art. 191 cpp (che fa riferimento ai "divieti stabiliti dalla legge", anche, quindi, sostanziale), la prova – anche nell'ipotesi considerata – oltre che illecita è anche invalida» (sez. unite, 22327/2003). Un commento fortemente critico – e pienamente condivisibile – di questa decisione è di F. Peroni, *Prova illegittima e prova illecita: una singolare nozione di inutilizzabilità ex art. 191 cpp*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 922 ss.. L'autore infatti osserva correttamente che per giungere alla decisione, in sé corretta, dell'inutilizzabilità come sanzione per la violazione di un divieto probatorio, la Suprema Corte ha dovuto dimenticare l'eccezione prevista dall'art. 201 cpp, costituita dall'obbligo di deporre nel caso che il segreto verta su fatto in sé costituente reato. Nel caso di specie si trattava del segreto della camera di consiglio in riferimento all'ipotesi che la deliberazione dell'organo fosse stata condizionata da interessi mafiosi.

per il giudice di rendere edotti i dichiaranti dell'obbligo di astenersi. Tale onere, come si è visto, non è affatto previsto dall'art. 202 cpp, (e neppure dagli artt. 200 e 201 cpp) ma costituisce anzi un elemento discrezionale tra le diverse ipotesi di facoltà/dovere di astensione (a partire dall'art. 199 cpp). La Corte, in realtà, sembra essersi limitata a "istruire" il giudice, con riferimento alle specifiche evenienze del processo, e dunque senza effetti interpretativi di portata generale. Non sembra cioè che debba ritenersi ormai che vi sia un generale onere per il giudice di avvertimento circa il dovere di astensione. Se così fosse ci troveremmo in un caso, davvero singolare, di interpolazione incidentale della norma non sottoposta a vaglio di costituzionalità. La conseguenza di tale interpolazione porterebbe a individuare un'ipotesi analoga a quella prevista dall'art. 199, comma 2, cpp e dunque di nullità, riscontrabile tutte le volte che all'atto si sia proceduto senza l'avviso.

Che la Corte non abbia inteso attribuire tale più ampio significato all'istruzione attuativa del suo *dictum* è reso evidente anche dal fatto che essa, a proposito delle conseguenze invalidanti dell'annullamento di atti del procedimento a seguito dell'attribuzione dei poteri, richiami solo il comma 2 dell'art. 185 cpp, unitamente all'art. 191 cpp. D'altra parte la Corte si esprime con chiarezza nei termini di «inutilizzabilità delle risultanze probatorie», mentre la conseguenza della violazione dell'onere di avvertenza avrebbe dovuto portare alla dichiarazione di nullità degli atti²⁷.

Con l'invito rivolto al giudice si è dunque da un lato voluto evidenziare il carattere della sanzione (inutilizzabilità) e dall'altro affermare gli effetti transitivi della pronuncia di invalidità.

In conclusione, dalla violazione dei divieti a tutela del segreto discende la non utilizzabilità degli atti di acquisizione probatoria; il giudice dovrà quindi valutare come la non utilizzabilità di tali fonti e del materiale conoscitivo da esse discendente si riverbera sulla validità degli atti successivi. Conseguenza, quest'ultima, che dovrà esser valutata sulla base del principio di rilevanza.

6. I riflessi sulla categoria dell'inutilizzabilità della sentenza della Corte

La categoria dell'inutilizzabilità ha dato luogo a molte e dibattute questioni, sin dalla sua enucleazione nel codice del 1989, pur se le sue radici sono rinvenibili anche nell'elaborazione avviata sotto il pre-vigente codice²⁸. Molte

27. Non è qui rilevante il contrastato tema dell'espansione dell'utilizzo della categoria dell'inutilizzabilità anche a violazione delle modalità di compimento dell'atto formativo della prova e delle conseguenti possibilità di confusioni concettuali, su cui, ad esempio, G. Pierro, *Inutilizzabilità degli atti (proc. pen.)*, voce in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2006.

28. Complete e approfondite indicazioni sulle questioni dibattute in dottrina e giurisprudenza sono offerte da M. Bontempelli, sub *Art. 191*, in *Commento al codice di procedura penale*, a cura di P. Corso, RCS-CELIT, Piacenza, 2008.

di esse sono estranee ai limiti di questo scritto. Per quanto più strettamente riguarda i profili rilevanti per il segreto di Stato, può sottolinearsi che vi è ormai convergenza circa la necessità di scomporre la categoria in almeno due sotto specie²⁹. In primo luogo può parlarsi di inutilizzabilità con riferimento all'utilizzabilità differenziata della prova (del suo risultato)³⁰. Essa dipende innanzitutto dalla distinzione di fasi, cosicché l'utilizzabilità di prove raccolte nella fase delle indagini è vietata o sottoposta a specifiche condizioni. Altro caso di inutilizzabilità differenziata è costituito dalle prove utilizzabili nei confronti di un soggetto, ma non di un altro (ad esempio un incidente probatorio al quale il soggetto non abbia potuto partecipare). In questi casi e in quelli ad essi assimilabili l'atto probatorio nasce legittimo, ma la sua utilizzabilità è condizionata.

In questo senso si definisce questa prima specie di inutilizzabilità come inutilizzabilità fisiologica o relativa.

Da essa deve distinguersi l'inutilizzabilità patologica o assoluta³¹, derivante dall'originaria invalidità dell'atto di assunzione della prova (o della prova stessa, nel caso di prova illecita o in contrasto con la Costituzione). L'inutilizzabilità-sanzione è conseguenza di una specifica ipotesi di illegittimità dell'atto, collegata alla violazione di un divieto, posto a tutela di interessi fondamentali, processuali o extraprocessuali³². L'espressa previsione, nel caso del segreto di

29. Cfr. per tutti V. Grevi, *Prove in Compendio di procedura penale*, a cura del medesimo e di G. Conso, Cedam, Padova, 2005, p. 543 ss. Si dice almeno due perché all'interno di ognuna di esse è possibile articolare ulteriori specificazioni, mentre è ancora aperta la questione relativa all'autonomia di alcune di esse. Si veda ad esempio N. Galantini, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, p. 17.

30. Cfr. M. Nobili, *Diritto alla prova nelle indagini preliminari*, in *Giust. pen.*, 3/1990, 129, e Id., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Cedam, Padova, 1998, *passim*, in particolare sulla concezione relativistica della prova.

31. Oppure assoluta e relativa, come indica F.M. Grifantini, *Utilizzabilità in dibattimento degli atti provenienti dalle fasi anteriori*, in Aa.Vv., *La prova penale*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 161 ss., o ancora sanzione e funzione, su cui appresso. Cfr. per tutti N. Galantini, *Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, I agg., Giuffrè, Milano, 1997, p. 691 ss.

32. Intendiamo riferirci, innanzitutto, a quei valori costituzionali alla cui tutela sono volti specifici istituti processuali. Il caso delle intercettazioni è paradigmatico, sia per l'enucleazione della categoria della inutilizzabilità, sia per il rapporto di questa con la tutela di interessi costituzionalmente protetti. Si vedano, da ultime, sez. unite, 1153/09, Rocco (in *Cass. pen.*, 2009, p. 1833 ss., con nota di R. Aprati, *Gli effetti della inutilizzabilità delle intercettazioni nel giudizio per la riparazione per ingiusta detenzione*), in tema di utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni nel processo per riparazione per ingiusta detenzione, nella quale sono richiamati i precedenti giurisprudenziali. La questione è stata infine oggetto di nuovo esame da parte delle sezioni unite (ud. 25 marzo 2010) in materia di procedimento di prevenzione e con riferimento alle intercettazioni in violazione dell'art. 268, commi 1 e 2, cpp. La motivazione non è ancora depositata ma essa dovrà necessariamente affrontare il tema della possibilità di distinguere, all'interno della "inutilizzabilità patologica", tra vizi di natura meramente procedimentale e vizi che aggrediscono direttamente il bene costituzionale tutelato; tale infatti è la questione posta sia

Stato, dell'inutilizzabilità come sanzione per violazioni procedurali poste a tutela di interessi extra-processuali, esime peraltro dall'affrontare in questa sede la complessa tematica della prova illecita e di quella "incostituzionale"³³.

La distinzione tra le due categorie di inutilizzabilità è stata posta in discussione sulla base del rilievo che anche la inutilizzabilità fisiologica è in realtà sanzionatoria di un divieto, posto anch'esso a tutela di interessi fondamentali del processo³⁴. In effetti questa osservazione coglie nel segno: l'interesse violato è quello alla tutela del contraddittorio, come strumento volto al perseguimento della verità (e quindi come strumento epistemologico e non solo di garanzia del soggetto sottoposto al processo). Tuttavia questo interesse è tutelato non attraverso l'imposizione di divieti nella formazione della prova, ma in divieti di utilizzazione di una prova legittimamente formata. La distinzione è fondamentale. Pur potendosi ricondurre entrambe le fattispecie a un'unica categoria di fondo, esse rispondono a esigenze funzionali diverse, cui seguono anche effetti invalidanti diversi. Da ciò discendono conclusioni distinte circa l'utilizzabilità endofasica o in procedimenti diversi degli atti: l'atto nato invalido è inutilizzabile anche all'interno della fase o in procedimenti diversi³⁵.

Per quanto qui rileva, può dunque concludersi che l'inutilizzabilità-sanzione è conseguenza dell'originaria violazione di divieti e preclusioni, finalizzati alla tutela di valori costituzionalmente rilevanti; questa tutela si realizza impedendo che l'atto possa raggiungere il risultato cui era rivolto. Esso è inutilizzabile, dunque non potrà avere effetto nell'ordinamento processuale. È una sanzione di carattere radicale, diversa da quella derivante dall'inutilizzabilità fisiologica, come innanzi definita. In quest'ultimo caso, infatti, l'inutilizzabilità, pur sempre rilevabile anche d'ufficio e in ogni stato e grado del procedimento, non estende i suoi effetti oltre il campo rispetto al

dall'ordinanza di remissione che dalle articolate conclusioni della Procura generale. Queste ultime possono esser lette nel sito www.csm.it.

Tra gli interessi extra-processuali richiamati vi è invece quello del segreto, come meglio si vedrà appresso. La questione è da distinguersi nettamente da quella della prova "incostituzionale". Con tale espressione ci si riferisce infatti alla possibilità di individuare valori costituzionali dalla cui lesione discenderebbe *tout court* la inutilizzabilità della prova; questione dunque che si lega a quella della tipicità e della prova illecita, come distinta da quella illegittima.

33. Per una ricognizione di questi diversi profili, vds., oltre alle decisioni e agli autori citati in tema di *exclusionary rules*, N. Galantini, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., in part. p. 202 ss. Chiarisce l'autrice da ultimo citata che norme costituzionali poste a tutela di diritti non per questo integrano divieti probatori in senso proprio, in quanto è necessario che essi «trovino proiezione nelle norme processuali» (p. 215).

34. Vds. N. Galantini, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., p. 6 ss.; vds. anche G. Pierro, *Inutilizzabilità*, cit., p. 3249, il quale, in un quadro di serrata critica terminologica, conclude però che «nonostante la malizia definitoria, non sembra possa esser messo in dubbio che anche la cd. inutilizzabilità fisiologica si colleghi a una illegalità probatoria».

35. Si veda la giurisprudenza richiamata in sezioni unite, Racco, cit..

quale è destinata a operare: così, l'atto assunto in incidente probatorio sarà utilizzabile come prova nei confronti di coloro che sono stati posti in condizione di parteciparvi, ma non di altri; l'atto di assunzione di dichiarazione di persone informate sui fatti sarà pienamente utilizzabile, salvo che come prova nel dibattimento. In questi casi (e nei molti altri analoghi che si potrebbero esaminare), l'inutilizzabilità non deriva dall'originaria illegittimità dell'atto ma dalla sua specifica finalizzazione.

Quando invece l'atto probatorio è originariamente e radicalmente viziato, esso non potrà essere utilizzato neppure nella fase in cui è formato e neppure per finalità diverse da quelle del giudizio³⁶. Si è a tale proposito parlato di contrapposizione tra inutilizzabilità-funzione e inutilizzabilità-sanzione³⁷.

Brevemente riassunti i termini della questione, può concludersi che perché l'ordinamento sanzioni l'atto probatorio con la demolitoria previsione dell'inutilizzabilità è necessario che esso non sia solo illegittimamente compiuto, ma che esso sia compiuto in violazione di un divieto, posto a tutela di interessi costituzionalmente rilevanti.

7. Segreto e inutilizzabilità

L'art. 202 cpp prevede un'ipotesi specifica di inutilizzabilità della prova, appartenente alla categoria della inutilizzabilità-sanzione.

Esaminiamo infatti come opera il meccanismo della procedura incidentale volta alla tutela del segreto.

L'autorità giudiziaria compie un atto volto all'acquisizione di un'informazione, sia esso un mezzo di ricerca della prova o un atto di formazione della stessa. L'informazione è però segreta. Il segreto viene opposto e confermato. L'autorità giudiziaria si acquieta e non ottiene l'informazione o – se l'ha già ottenuta, ad esempio attraverso un atto a sorpresa – non ne fa ulteriore uso e

36. Anche qui non è possibile individuare un unico concetto di inutilizzabilità, definito attraverso i suoi effetti nell'ambito del procedimento. Il legislatore, infatti, differenzia gli effetti dell'inutilizzabilità, anche nel caso di inutilizzabilità-sanzione. Oltre all'art. 202 cpp, già citato, si veda ad esempio l'art. 203, comma 1 *bis*, cpp, che prevede che «l'inutilizzabilità opera anche nelle fasi diverse dal dibattimento, se gli informatori non sono stati interrogati né assunti a sommarie informazioni». Coglie la poliedricità dell'inutilizzabilità, proprio con riferimento alla materia che ci occupa e segnatamente all'art. 270 *bis* cpp, C. Gabrielli, *Captazioni illecite come notizia di reato: dai ripensamenti del legislatore alle prime risposte della giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1315 ss. Nel contesto di una lettura fortemente critica della tecnica normativa impiegata nella redazione del disegno di legge sulle intercettazioni "illegali", parla di «inutilizzabilità-distruzione» G. Giostra, *Quale utilizzabilità delle intercettazioni abusive?*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3493.

37. G. De Gregorio, *L'inutilizzabilità*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da M. Chiavario e E. Marzaduri, *Le prove*, tomo I, UTET, Torino, 1999, p. 203.

ne impedisce la divulgazione ulteriore. In questo caso l'informazione segreta non è entrata a far parte del patrimonio conoscitivo del procedimento/processo o ne è stata immediatamente espulsa; l'inutilizzabilità non avrà modo di operare: essa è *in re ipsa*.

Se proprio si volesse restare ancorati alla categoria dell'inutilizzabilità, si dovrebbe ritenere che in questo caso essa è inutilizzabilità fisiologica, derivante dalla struttura stessa della procedura volta alla valutazione del segreto; questo inquadramento, tuttavia, non ha nessun valore esplicativo, essendo meramente descrittivo del fatto che in presenza di un'informazione segreta si ha una preclusione alla sua acquisizione processuale.

Quest'ultima notazione è però importante per qualificare l'inutilizzabilità, quando essa è effettivamente chiamata a operare come istituto demolitorio del processo.

L'ipotesi è quella in cui dell'informazione segreta è fatto uso processuale, direttamente o indirettamente. Qui vi è una violazione di un divieto, espresso dagli artt. 202 e ss. cpp. L'inutilizzabilità sanziona quindi la violazione o l'elusione del divieto.

La sanzione è draconiana (inutilizzabilità) perché fondamentali sono i valori costituzionali tutelati dal divieto. Non si tratta dei valori abitualmente salvaguardati nel processo attraverso la sanzione dell'inutilizzabilità e che si sono innanzi richiamati; qui sono in questione valori esterni al processo, ma essenziali alla sopravvivenza dello Stato democratico, come più volte affermato dalla Corte costituzionale. Siamo quindi in presenza della tutela di valori extraprocessuali, come sopra evidenziato.

Nel bilanciamento tra interessi costituzionali in contrasto, la soluzione è già data in astratto dal legislatore e individuata in concreto attraverso il complesso procedimento incidentale, volto alla opposizione/conferma del segreto.

Una volta che tale procedimento incidentale si sia concluso con l'affermazione del segreto³⁸ si determina uno sbarramento all'utilizzazione dell'informazione segreta.

Va qui aperta una parentesi. Si discute in dottrina circa gli effetti invalidanti derivativi dell'inutilizzabilità, per l'assenza di una previsione quale quella dell'art. 185, comma 2, cpp in tema di nullità. Nei limiti che qui interessano, va detto che gli effetti invalidanti indiretti dell'inutilizzabilità possono essere affermati anche senza aderire al principio del frutto dell'albero avvelenato³⁹.

38. Si sottolinea ancora una volta che la conclusione del procedimento incidentale non è la conferma del segreto da parte del Presidente del Consiglio, che si vorrebbe insindacabile nel merito, ma la decisione della Corte costituzionale, anche nel merito, ove le parti diano luogo al conflitto di attribuzioni; si veda peraltro la chiara lettera degli artt. 202, comma 7, e 270 *bis*, comma 7, cpp. Sul punto – davvero centrale – si rinvia al nostro *La Corte costituzionale*, cit., p. 3757 ss.

39. Su cui le pungenti pagine di F. Cordero, *Procedura penale*, cit. p. 638 ss., per le quali però vds. le efficaci osservazioni di A. Pace, *Problematica delle libertà costituzio-*

L'art. 202, comma 5, cpp prevede infatti che sia inibita l'utilizzazione delle notizie coperte dal segreto, e si aggiunge «anche indiretta». Il concetto di utilizzabilità indiretta è diverso da quello di invalidità derivata (art. 185, comma 2, cpp) e indica la preclusione a far uso della notizia. Si tratta dunque di un'ipotesi di inutilizzabilità rafforzata. All'effetto transitivo della nullità *ex art. 185 cpp* fa da *pendant* la non utilizzabilità a fini decisori (da cui segue l'invalidità del provvedimento se e nei limiti in cui l'informazione inibita è utilizzata), cui si aggiunge nel caso di specie la previsione dell'inutilizzabilità indiretta.

In conclusione, la sanzione ha effetto dissuasivo: della violazione o dell'elusione del divieto non ti potrai giovare, nemmeno indirettamente. L'effetto dissuasivo è necessariamente correlato alla violazione del divieto⁴⁰. Senza questa visione funzionale-teleologica⁴¹, la sanzione diviene non giustificabile, il bilanciamento si perde in un vago formalismo, privo di supporto sistematico⁴².

A tale ricostruzione si giunge senza bisogno di ripensare il carattere draconiano dell'istituto, come si è pure proposto di fare, nell'alveo di una più ampia tendenza a riconoscere anche nel sistema delle nullità il necessario collegamento con l'offesa dell'interesse tutelato⁴³.

nali – Parte III, Le garanzie costituzionali, Cedam, Padova, 2003, in part. p. 290 ss. Circa gli effetti derivati dell'inutilizzabilità, anche con riferimento alla teoria di origine statunitense, vds. N. Galantini, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., p. 83 ss.

40. Ciò è ben chiaro anche nelle polemiche sulle *exclusionary rules*, derivanti da una recente sentenza della Corte suprema statunitense (*Herring v. United States*, decisa il 14 gennaio 2009, peraltro preceduta sugli stessi temi da *Hudson v. Michigan*, 2006, e seguita da *Pearson v. Callahan*, 21 gennaio 2009, quest'ultima relativa ai limiti di responsabilità del pubblico ufficiale, materia diversa ma correlata), vista da taluno come un varco aperto verso il ritorno a principi meno garantisti. Anche da questa decisione emerge che il costo che la collettività paga per l'esclusione di prove fondamentali è accettato perché posto in bilanciamento col vantaggio che deriverebbe dal rispetto delle regole, per la verità dell'accertamento e per la sicurezza di tutti: «*To trigger the exclusionary rule, police conduct must be sufficiently deliberate that exclusion can meaningfully deter it, and sufficiently culpable that such deterrence is worth the price paid by the justice system*» (“ritenuto” *c* in *Herring*). Sul dibattito nato da *Herring*, vds. D.B. Owens, *Fourth Amendment Remedial Equilibration: a comment on Herring v. United States and Pearson v. Callahan*, in *Stanford Law Review*, 2, vol. 62, p. 563 ss. Per un'approfondita disamina dei fondamenti costituzionali del divieto di utilizzo del risultato della prova illecita e delle *exclusionary rules*, vds. A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., 290 ss.

41. Cfr. G. Riccio, *Introduzione allo studio del sistema sanzionatorio nel processo penale*, in *Quaderni di Scienze penali*, 2/2006, p. 22.

42. Che si avvicina alla definizione dell'abuso come quell'esercizio del diritto che reca *vulnus* a un interesse contrapposto e rilevante, senza che tale sacrificio sia giustificato in concreto dalla necessità di proteggere il diritto esercitato, su cui C. Conti, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Cedam, Padova, 2007, pp. 82-83 e, più di recente, Id., *Nullità e utilizzabilità: problemi attuali e prospettive di riforma*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1651 ss.

43. G. Leo, *L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. pen. e proc.*, 4/2008, pp. 508-524 (parte prima) e 5/2008, pp. 627-646 (parte seconda).

Tirando le fila, la sanzione della inutilizzabilità (e dei suoi effetti derivati) si giustifica: *a)* con la tutela dell'effettiva segretezza dell'informazione; *b)* per gli effetti dissuasivi di comportamenti in violazione dei divieti posti a tutela di tale segretezza.

8. Né inutilizzabilità fisiologica, né inutilizzabilità-sanzione. Un *tertium genus*?

Ma se è così, quali sono le giustificazioni sistematiche della decisione della Corte costituzionale in tema di inutilizzabilità (e di suoi effetti derivati)?

Certamente non la tutela dell'effettiva segretezza dell'informazione. È infatti pacifico che le informazioni segrete furono acquisite al processo. Esse furono impiegate ai fini dell'adozione di provvedimenti cautelari e furono oggetto di legittima diffusione alle parti, così cessando il vincolo di segretezza endoprocedurale.

Come osserva il Tribunale, le informazioni segrete sono in realtà diffuse in tutto il globo, anche via internet. Dunque, la sanzione non può esser giustificata e fondata sulla diretta tutela del segreto.

Si potrebbe obiettare che la preclusione all'utilizzo delle informazioni ha comunque l'effetto (e dunque la finalità) di impedire ulteriori divulgazioni. Questa prospettiva va distinta in due profili. Il primo si identifica con quello innanzi trattato. In astratto corretta, l'argomentazione si rivela in concreto fallace, in quanto nessuna potenziale divulgazione, maggiore di quella già avvenuta, potrebbe immaginarsi. La fallacia dell'argomentazione ne svela il carattere strumentale al secondo profilo.

Quest'ultimo si identifica con l'inutilizzabilità-sanzione. In tanto può esser fatto riferimento alla giurisprudenza della Corte di cassazione relativa all'ulteriore divulgazione della notizia destinata a esser segreta ma colpevolmente divulgata, in quanto *1)* sia possibile una divulgazione ulteriore – e ciò, come si è visto, non è – e *2)* l'originaria divulgazione sia caratterizzata dalla colpevolezza. Anche in questo caso, infatti, la sanzione (questa volta penale) è collegata alla riprovevolezza della condotta di rivelazione.

Si giunge così al tema centrale: l'inutilizzabilità-sanzione.

La seconda – e a questo punto sola – possibile giustificazione della sanzione, quale indicata dalla Corte, è dunque nel suo effetto dissuasivo. Ma perché dissuasione possa aversi, devono individuarsi comportamenti da dissuadere. Quali sarebbero gli atti posti in essere in violazione di divieti o preclusioni? Come si è visto, mai fu opposto il segreto da parte di coloro che furono esaminati, nelle diverse vesti, o da coloro che presenziarono alle perquisizioni e ai conseguenti sequestri. Gli atti di ricerca o di acquisizione della prova sono stati riconosciuti legittimi dalla stessa Corte⁴⁴, che ha però ritenuto “non indifferen-

44. Come affermato esplicitamente dalla Corte sia con riferimento alle intercettazioni che ai sequestri e implicitamente per il non annullamento degli atti di acquisizione delle

te” il segreto opposto tardivamente o in maniera del tutto generica (tale essendo stato persino ritenuto il fatto stesso dell’esistenza di una circolare della Presidenza del Consiglio che indicava le aree da ritenersi segrete!).

Si ritorna dunque alla questione del procedimento incidentale volto alla opposizione-conferma del segreto. È solo questo *iter* che consente di affermare che un segreto, validamente apposto, sia stato anche validamente opposto. Validamente opposto è sinonimo di opposto specificamente e nei casi in cui il segreto può esser apposto, con riferimento a uno specifico atto di acquisizione probatoria e a informazioni specificamente oggetto di quell’atto.

Nella confusione semantica tra apposizione e opposizione si consuma in realtà la confusione nell’accezione sostanziale del segreto, affermato come oggettivo. Nell’elaborazione trentennale della Corte, la fondazione oggettiva del segreto è stata sinonimo della sua fondazione costituzionale, come garanzia e limite⁴⁵. Essa ha oggi un’anamorfose come segreto ontologico, immanente, operante *ex se* e dunque tautologico.

La sanzione demolitoria dell’inutilizzabilità (anche derivata) è priva di giustificazione sistematica, a partire dall’individuazione della categoria dell’inutilizzabilità e dei suoi fondamenti.

Questa conclusione conferma, per altra via, che se si interpretasse la sentenza della Corte come legittimante una concezione onnivora del segreto, si finirebbe per trasformarlo in strumento per impedire l’azione penale, in contrasto con le precedenti statuizioni del giudice delle leggi.

9. Le garanzie funzionali

Nel delimitare l’ambito di influenza della decisione invalidante, il Tribunale di Milano pone una questione, che si riflette sull’interpretazione del segreto.

Afferma infatti il Tribunale che qualora il *dictum* della Corte venisse interpretato come preclusione alla conoscibilità dall’autorità giudiziaria di tutte le

dichiarazioni nel corso delle indagini preliminari, ma solo di quelli volti alla successiva formazione della prova nel contraddittorio.

45. Si veda sul punto A. Anzon Demming, *Il segreto di Stato*, cit., p. 1022 ss., che mette ben in evidenza la confusione terminologica intorno alla dicotomia oggettivo/soggettivo, come premessa per una corretta comprensione sia della fondazione costituzionale del segreto, sia della conseguente dicotomia tra opposizione e apposizione; è su tale equivoco che si radica poi la contraddittorietà dell’affermazione della Corte di un segreto rilevabile *ictu oculi* su connotazioni *di per sé* segrete (p. 1024). Sull’inadeguatezza dell’approccio ontologico al segreto vds. F. Ramacci, *Segreto di Stato*, cit., p. 1017, anche se le implicazioni non sono tratte fino in fondo a causa dell’uso di apposizione e opposizione come sinonimi, laddove si dice esser certo che «l’autorità giudiziaria abbia voluto ignorare, in concreto, l’avvenuta apposizione, in contrasto con i valori e le finalità del segreto», p. 1018. Su tutti questi aspetti sia consentito rinviare al nostro *La Corte costituzionale*, cit., p. 3736 ss.

modalità organizzative e operative dei Servizi segreti, prescindendo dal collegamento con il fatto reato in questione, si giungerebbe ad «affermare l'esistenza di una **immunità assoluta e totalizzante** (*grassetto nel testo*) dei componenti dei Servizi per qualsiasi atto o comportamento dagli stessi compiuto, in qualsiasi momento della loro operatività funzionale e prescindendo da qualsiasi apposizione od opposizione di segreto; il che è evidentemente del tutto incompatibile con il diritto vigente (che pure, con legge successiva ai fatti di causa, ha previsto l'esistenza di un'area di immunità funzionale per i componenti dei Servizi, ma la ha fortemente limitata a comportamenti di scarso rilievo penale – vedi artt. 17 e ss. della legge n. 124/2007)»⁴⁶. Il Tribunale coglie nel segno. L'art. 17 della legge di riforma prevede infatti una speciale causa di non punibilità, subordinata alle rigorose previsioni sostanziali e procedurali, disciplinate anche negli artt. 18, 19 e 20. Con questa norma si è inteso risolvere il problema che proprio le sentenze della Corte costituzionale in materia di segreto avevano fatto emergere. Una volta affermato senza incertezze che il segreto di Stato non costituisce sbarramento all'esercizio dell'azione penale, ma esclusivamente alla conoscibilità e dunque all'utilizzabilità di informazioni segrete, restava da definire quale fosse il modo con il quale fosse possibile tutelare gli operativi di un Servizio, che sono costretti a operare spesso ai margini della legalità (e qualche volta a oltrepassare anche questo limite)⁴⁷.

Un operativo di un Servizio di informazioni poteva infatti trovarsi esposto all'accertamento penale, sulla base di elementi di prova del tutto indipendenti da quelli per i quali era possibile opporre il segreto. Dunque non solo il segreto non poteva esser piegato a raggiungere finalità diverse da quelle cui era preposto, ma neppure garantiva di riuscire in questo intento.

46. Cfr. sentenza p. 64. Il punto era già stato sottolineato negli atti del ricorso per conflitto di attribuzione ed è ripreso in altra parte della motivazione, laddove si scrive: «In qualche modo la Corte afferma che, al di là di fatti eversivi dell'ordine costituzionale (cosa che viene peraltro esclusa nella vicenda in questione), il rapporto di collaborazione tra Servizio italiano e Servizio straniero costituisce sempre (*grassetto nel testo*) una possibile copertura alla realizzazione di un qualsiasi atto o fatto illecito, che rischia di essere, in questo modo, non compiutamente ricostruibile in sede giudiziaria, attesa la presenza del limite probatorio citato derivante dalla segretezza ontologica preesistente al fatto stesso (solo parenteticamente si osserva che tale affermazione appare in significativo contrasto con le nuove norme recentemente approvate in tema di segreto di Stato con la legge n. 124 del 2007, e segnatamente agli artt. 17 e ss. della stessa in tema di garanzie funzionali per gli appartenenti al Servizio)».

47. Questioni ben focalizzate dalla relazione della cd. Commissione Jucci, istituita con il decreto Presidente Consiglio dei ministri 26 marzo 1997, sui cui lavori si basano molte delle scelte della riforma del 2007. Su queste tematiche, si veda per tutti C. Mosca, *Le garanzie funzionali*, in C. Mosca - S. Gambacurta - G. Scandone - M. Valentini, *I servizi di informazione e il segreto di Stato*, cit. in part. p. 231 ss., anche laddove sottolinea, con G.M. Flick, la necessità del passaggio «dalla prospettiva processuale a quella sostanziale nella quale la corrispondenza tra le condotte tenute e la tutela degli interessi fondanti delle istituzioni è fonte di esclusione in radice della loro illiceità».

Certo, l'agente che avesse operato sulla base delle direttive impartite dai superiori e per le finalità del Servizio avrebbe dovuto esser ritenuto non punibile per l'adempimento di un dovere. Tuttavia la causa di giustificazione presupponeva l'accertamento di una serie di condizioni, prima tra tutte la legittimità dell'ordine impartito. Ciò esponeva l'agente all'alea dell'accertamento in sede penale e ciò rischiava di spostare il luogo della decisione dall'esecutivo al giudiziario.

D'altra parte, porre con chiarezza i limiti dell'attività "illegale" di un Servizio di informazione rispondeva anche all'esigenza, davvero preliminare, di fondare anche questa parte dell'attività pubblica su sicure basi costituzionali.

Questa esigenza era emersa con forza in molte occasioni che avevano dato luogo ad accertamenti penali e in particolare con l'operazione, progettata dal SISMI, di sequestro in Austria del terrorista alto-atesino Kienesberger, condannato in Italia all'ergastolo per l'omicidio di quattro carabinieri e del quale l'Austria rifiutava l'estradizione. La Corte d'assise di Roma aveva dichiarato non punibili gli organizzatori del sequestro, ma solo per la loro desistenza nelle fasi preparatorie, affermando al contempo l'illiceità di un tal genere di operazioni, anche se autorizzate dal potere esecutivo⁴⁸.

La disciplina delle garanzie funzionali è dunque intrecciata strettamente ai limiti dell'attività del Servizio.

Il legislatore ha scelto, tra le varie strade percorribili, quella di non prevedere e disciplinare in positivo ciò che i Servizi possono fare per raggiungere i loro obiettivi, ma di porre alcuni divieti e di assegnare per il resto la decisione a un meccanismo procedurale.

L'azione penale è preclusa, per la sussistenza di una causa di giustificazione e non per ragioni procedurali attinenti al segreto, quando l'attività "illegale" è stata compiuta nell'ambito della procedura autorizzatoria prevista dalla legge ed entro i limiti che essa prevede. Il meccanismo è analogo a quello che si è esaminato in relazione alla procedura opposizione/interpello/segreto: è solo il circuito procedurale che rende lecita l'attività.

Il circuito procedurale è a sua volta finalizzato a consentire il controllo, innanzitutto interno al Servizio e poi in sede parlamentare e giurisdizionale.

Per questo e per la chiara distinzione tra segreto e garanzie funzionali, l'art. 204, comma 1 *bis*, cpp⁴⁹ espressamente prevede che non possano essere oggetto di segreto *ex artt.* 201, 202 e 203 cpp (e dunque di opposizione) le informazioni ("fatti, notizie, documenti") e le condotte in violazione della disciplina concernente la causa di giustificazione. Il legislatore non avrebbe potuto disegnare con maggiore nettezza l'alterità tra segreto e inibizione del processo.

Il fatto che le garanzie funzionali siano state previste solo con la legge di riforma e dunque nel 2007 non incide sul rapporto tra azione penale e segreto

48. Sul punto vds. il nostro, *Ciò che non dobbiamo imparare dall'America*, in *Limes*, 1/2007, p. 71 ss.

49. Introdotto dall'art. 40 della legge n. 124/2007.

per il tempo antecedente. Si è già visto, infatti, che l'esigenza di prevedere le nuove garanzie discendeva proprio dalle chiare enunciazioni della Corte costituzionale in sede di conflitto circa il fatto che il segreto non fosse lo strumento con il quale era possibile tutelare gli operativi per le attività svolte in adempimento dei loro doveri.

E ciò a tacere della radicale non tutelabilità di azioni volte a privare una persona della libertà personale, al fine di sottoporla a tortura. Si tratta infatti di condotte in contrasto con i valori fondanti la Repubblica e con gli strumenti internazionali ratificati dall'Italia, come s'è innanzi visto. Di conseguenza mai potrebbe esser apposto (prima ancora che opposto) il segreto a loro tutela e mai un'operazione clandestina di tal genere potrebbe esser legittimamente approvata dall'autorità politica.

In conclusione, la Corte ha ribadito i principi affermati a partire dalle storiche decisioni del 1976 e 1977. Al contempo, nell'affermare la "non irrilevanza" del segreto tardivamente o genericamente opposto e nell'oscurare, di conseguenza, la chiarezza concettuale della distinzione tra apposizione e opposizione del segreto, ha aperto la strada a ulteriori conflitti, per il tentativo di utilizzare nuovamente il segreto come sbarramento dell'azione penale.

10. Nuovi conflitti oltre l'angolo

Il segreto è stato infatti opposto e confermato in un processo che ha origine nella perquisizione della sede del Sismi di via Nazionale e nel sequestro di una mole imponente di materiale, attestante un'attività in contrasto sia con i fini che con gli strumenti di un Servizio di informazioni, secondo le leggi vigenti⁵⁰. Dal sequestro è sorto un autonomo procedimento, prima radicatosi a Roma e poi trasferito a Perugia per competenza ai sensi dell'art. 11 cpp; si è infatti ritenuto che tra le persone offese dal reato vi fossero anche magistrati, all'epoca dei fatti in servizio nel distretto della capitale⁵¹.

È interessante notare che l'opposizione del segreto si snoda secondo itinerari noti. Il direttore del Servizio, nel dichiararsi estraneo ai fatti illeciti, afferma di potersi difendere solo rivelando informazioni segrete e dunque si avvale della facoltà di non rispondere, eccedendo al contempo il segreto. È cioè il tema già postosi nel processo milanese⁵². Nello stesso tempo l'altro imputato, alto

50. La vicenda è ben documentata nella delibera del Csm del 4 luglio 2007, a tutela dei magistrati oggetto delle attività illecite; a tale delibera si rinvia per l'accurata descrizione dei fatti e dei loro riflessi giuridici. La delibera è accessibile sul sito www.cosmag.it e in questa *Rivista*, n. 4/2007, p. 858.

51. Tra questi vi è anche chi scrive. Il lettore è quindi avvisato del "conflitto di interessi".

52. La Corte ha affermato che non solo il testimone, ma anche l'imputato, è gravato dal dovere di non rivelare le informazioni segrete, con la conseguenza che è legittima (e anzi doverosa) l'opposizione del segreto anche da parte di chi abbia facoltà di non rende-

funzionario del Servizio, che aveva reso dichiarazioni nel corso delle indagini preliminari, pur indicando che su alcuni aspetti non avrebbe potuto difendersi per l'esistenza del segreto, lo eccipisce ora in termini ampi. Nel processo di Perugia si ripresentano dunque i medesimi temi emersi nel processo milanese.

Davvero singolare è poi il secondo caso di opposizione al segreto. Chi coltiva il vizio della memoria (e la virtù della vergogna) dovrebbe ricordare lo scandalo che prese il nome di *Telecom-Pirelli*⁵³. Si trattò di vicenda clamorosa per gravità ed estensione, che portò addirittura all'emanazione di un decreto legge⁵⁴. Si prevede d'urgenza una procedura volta alla salvaguardia della riservatezza delle vittime di dossieraggio e di intercettazioni illegali (art. 240 cpp), assistita da severe sanzioni penali.

Questione talmente rilevante da aver già dato luogo a due pronunce della Corte costituzionale⁵⁵, intervenute nei giudizi penali sorti a seguito della scoperta dell'attività illegale, riferibile anche a funzionari del Sismi.

Per evitare un personale giudizio di qualificazione giuridica e di gravità delle condotte esaminate in quei procedimenti, si riporteranno le parole della Corte, nella parte motiva della sentenza che ha dichiarato la parziale illegittimità dell'art. 240 cpp.

«La normativa oggetto della presente questione è stata approvata per porre rimedio a un dilagante e preoccupante fenomeno di violazione della riservatezza, che deriva dalla incontrollata diffusione mediatica di dati e informa-

re dichiarazioni. Sulla controversa interpretazione dell'art. 41 della legge n. 124/2007, posta dalla Corte a fondamento della decisione, vds. il nostro *La Corte costituzionale*, cit., p. 3749 ss.

53. Così la Corte costituzionale (sent. n. 173/09) riassume i termini in fatto: «Il giudizio principale concerne il rapporto associativo asseritamente instaurato tra soggetti in diverse condizioni professionali: dirigenti e dipendenti di società riferibili a un gruppo operante nel settore della telefonia, dirigenti e dipendenti di agenzie di investigazione privata, appartenenti o già appartenenti all'Arma dei Carabinieri, alla Guardia di Finanza, alla Polizia di Stato, al Sismi. Scopo dell'associazione criminosa sarebbe stata la raccolta illegale di informazioni riguardanti i più vari soggetti, con accesso a banche dati riservate per il tramite di pubblici funzionari corrotti o di dipendenti delle società di telefonia sopra citate. I dati sarebbero stati raccolti per conto dei responsabili delle agenzie di investigazione, in vista della remunerazione loro versata dai committenti delle attività investigative. Le contestazioni elevate dal pubblico ministero – secondo quanto riferisce il rimettente – attengono al delitto previsto dall'art. 416 del codice penale, e inoltre prospettano fatti di corruzione per atto contrario ai doveri dell'ufficio (art. 319 cp) e di rivelazione e utilizzazione del segreto d'ufficio (art. 326 cp)».

54. Decreto legge 22 settembre 2006 n. 259, convertito con modifiche nella legge 20 novembre 2006. Il decreto fu adottato «con concitata precipitazione» per la gravità dei fatti emersi nel processo penale, secondo G. Frigo, *Rispetto delle garanzie per gli atti irripetibili*, in *Guida al Diritto*, n. 39/2006, p. 41.

55. Oltre alla già citata sentenza n. 173/2009, anche l'ordinanza n. 12/2010, che ha dichiarato l'inammissibilità di questione analoga, posta prima della decisione di invalidità parziale.

zioni personali, sia provenienti da attività di raccolta e intercettazione legalmente autorizzate, sia – fatto più grave, che riguarda direttamente il presente giudizio – effettuate al di fuori dell’esercizio di ogni legittimo potere da pubblici ufficiali o da privati mossi da finalità diverse, che comunque non giustificano l’intrusione nella vita privata delle persone»⁵⁶.

È notizia recente la definizione del processo alle due società, nei cui confronti era stata esercitata l’azione di responsabilità. Il patteggiamento aveva concluso anche altre, rilevanti posizioni processuali. Nell’udienza preliminare per le posizioni residue, tuttavia, è stato opposto il segreto di Stato, per la prima volta e con un’estensione davvero notevole. Anche in questo caso si vuol far valere un segreto postumo, su quanto già ampiamente noto. Di più vi è che il segreto si vorrebbe operante rispetto ad attività palesemente estranee ai fini del Servizio, quali quelle, venali, oggetto di accertamento.

Che si possa immaginare di opporre il segreto per la compravendita di informazioni riservate lascia di stucco. Che il segreto così opposto venga confermato dalla Presidenza del Consiglio non sorprende, visto l’atteggiamento di sostanziale sudditanza manifestato nel processo Abu Omar, pur nell’alternarsi della persona del Presidente⁵⁷.

Il Comitato parlamentare di controllo ha avuto un sussulto. Il suo presidente, on. Massimo D’Alema, ha espresso preoccupazione per l’uso surrettizio del segreto come strumento per impedire l’accertamento di gravi reati e in un lungo comunicato ha dato atto della spaccatura che impedisce l’approvazione di una relazione e dunque l’attivazione del controllo parlamentare⁵⁸.

56. Considerando in diritto, punto n. 4, della sentenza n. 173/2009.

57. Viene in mente la lapidaria espressione utilizzata dalla portavoce del Congresso degli Stati Uniti, Nancy Pelosi, con riferimento alla *war on terror*, quando ha detto che più che di controllo del Parlamento sul segreto si è dovuto constatare il controllo del segreto sul Parlamento.

58. Il comunicato del 9 marzo 2010, tra l’altro, afferma: «Nel corso della discussione – sottolinea il presidente – si sono manifestati all’interno del Comitato diversi orientamenti in ordine alle modalità attraverso cui il Comitato esercita il controllo ad esso attribuito dalla legge sull’utilizzazione del segreto di Stato. Per alcuni componenti, il Comitato deve attenersi alla prescrizione della legge secondo cui il presidente del Consiglio indica le “ragioni essenziali” che lo hanno indotto a confermare l’opposizione del segreto e il Comitato, solo qualora le ritenga infondate, ne riferisce alle Camere. Si tratterebbe quindi secondo tale impostazione, di un controllo “esterno” e limitato alle ragioni essenziali, senza che il Comitato possa entrare nel merito della decisione assunta dal Presidente del Consiglio, che è il responsabile esclusivo dell’utilizzazione del segreto di Stato. Per altri componenti, viceversa, il compito di controllo che la legge attribuisce al Comitato non può esercitarsi compiutamente se non attraverso la piena conoscenza delle motivazioni che hanno fondato la decisione del presidente del Consiglio di confermare il segreto di Stato. Il Comitato quindi, in tal senso, sarebbe legittimato a richiedere l’acquisizione di ogni possibile elemento di informazione sulla vicenda oggetto del segreto di Stato, ferma restando la possibilità per il Presidente del Consiglio di opporre, secondo quanto stabilito dalla legge, le “esigenze di riservatezza” e respingere la richiesta».

L'esplicitazione di questa radicale divisione su di un punto centrale e cioè sul ruolo del Parlamento nel controllare l'esercizio dei poteri dell'esecutivo in tema di segreto, è positiva. La divisione si era già di fatto manifestata nel 2006, quando la precedente legislatura non riuscì ad approvare la relazione predisposta dal sen. Massimo Brutti, relativa ai fatti emersi nel corso del processo Abu Omar.

Sta di fatto che il Parlamento non ha ancora esercitato alcun controllo sul funzionamento dei Servizi. È un dato sconcertante e non nuovo. Il costante venir meno di uno dei meccanismi di controllo e bilanciamento previsti dalla legge sulla base delle indicazioni della Corte costituzionale vanifica il sistema nel suo complesso. Si determina così un vuoto, proprio in un campo che è ormai divenuto centrale per la vita dello Stato democratico.

Il rischio non è quello della supplenza dell'autorità giudiziaria. Il legislatore del 2007 ha prevenuto la possibilità di un rischio di tal genere, escludendo radicalmente qualunque forma di controllo da parte dell'autorità giudiziaria sull'esercizio dei poteri dell'esecutivo, anche quando sia in questione un fatto per il quale il segreto non possa essere opposto: anche in tale ipotesi, infatti, se la qualificazione giuridica spetta al giudice, l'ultima parola spetta comunque al Presidente del Consiglio.

Il rischio è il vuoto, la carenza di ogni controllo, la supremazia del segreto incontrollato, anche quando utilizzato per spiare e danneggiare gli avversari economici o politici.

Forse i nuovi conflitti all'orizzonte non saranno inutili. Essi potrebbero fornire alla Corte l'occasione per esplicitare definitivamente i principi risalenti al 1976 e per assumere, se necessario, il ruolo di chiusura del sistema dell'opposizione del segreto, che la legge le assegna a tutela dei valori fondanti la nostra Costituzione.

