

La resistibile ascesa del segreto di stato: tra *salus rei publicae*, «nero sipario» e strisciante impunità

The Resistible Rise of the State Secret: Between Salus Rei Publicae, the «Black Curtain» and Creeping Impunity

MARCO MALERBA

Dottorando di ricerca in Diritto e procedura penale presso l'Università di Genova

SEGRETO DI STATO, CORTE COSTITUZIONALE,
CONTROLLO GIURISDIZIONALE, CORTE EUROPEA DEI DIRITTI
DELL'UOMO, TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

STATE SECRET, CONSTITUTIONAL COURT,
JURISDICTIONAL CONTROL, EUROPEAN COURT OF HUMAN
RIGHTS, HUMAN RIGHTS PROTECTION

ABSTRACT

L'impiego del segreto di Stato nel processo penale e il pericolo di gravi attentati terroristici portano a indagare l'interpretazione che la Corte costituzionale ha fornito della l. n. 124 del 2007 nell'ambito della nota vicenda Abu Omar. Le soluzioni cui essa è pervenuta non hanno convinto chi, come la Corte EDU, ritiene che la tutela dei diritti dell'individuo proclamati «inviolabili» dalle carte costituzionali debba essere assicurata in ogni caso, specialmente laddove essi si rapportino a gravi forme di criminalità. Non è tollerabile, in altri termini, che le garanzie dell'individuo siano compresse proprio nel momento in cui di esse v'è maggiore necessità.

The use of State secrets in criminal law proceedings and the risk of terrorist attacks bring us to examine the interpretation of Law no. 124 of 2007 offered by the Constitutional Court with respect to the well-known Abu Omar affair. The solutions provided have not persuaded those who, like the ECHR, believe that the protection of «inviolable» human rights should always be granted, especially in connection with serious forms of crime. Human rights guarantees must not be restricted when they are needed the most.

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Segreto e terrorismo. – 3. Imputato e segreto di Stato. – 4. Le forme di controllo sul segreto. – 5. L'oggetto del segreto di Stato. – 6. I «fatti eversivi dell'ordine costituzionale» – 7. Conclusioni.

1.

Premessa.

La nuova ma, per certi versi, costante minaccia terroristica di matrice islamica ha posto all'attenzione degli interpreti la questione inerente al delicato bilanciamento tra l'attività preventiva di gravissime forme di criminalità e il rispetto scrupoloso, inderogabile, dei diritti fondamentali e «inviolabili» dell'individuo.

Contemperamento che presuppone una spiccata sensibilità da parte dell'interprete, al fine di saggiare la «tenuta» del volto costituzionale del processo penale laddove l'individuo sia indagato o imputato per gravi reati o, addirittura, «affidato» alle autorità statuali (es. a seguito di arresto o detenzione).

Il presente contributo si propone di affrontare, alla luce della giurisprudenza – di legittimità, costituzionale e convenzionale degli ultimi anni originata da un noto caso di cronaca – la sfuggente materia del segreto di Stato¹. Una tematica posta al crocevia di plurime branche dell'ordinamento che, dal punto di vista del processualpenalista, solleva non pochi interrogativi (tutt'ora) irrisolti².

Il segreto di Stato, in breve, è una preclusione alla possibilità per l'autorità giudiziaria di pervenire alla piena conoscenza dei fatti per cui è processo, giustificata dalla tutela di valori intimamente connessi agli interessi nazionali. Esso implica una fisiologica contrapposizione tra principi costituzionalmente tutelati: la sicurezza nazionale, da un lato e la giurisdizione penale, dall'altro. E se la seconda rinviene in Costituzione una forte e sicura tutela, lo stesso apparentemente non può dirsi per la prima.

In realtà, non può negarsi – né si è mai tentato – che l'esigenza di protezione dei supremi interessi nazionali possa talvolta prevalere anche sulla giurisdizione. Tuttavia, il rischio sotteso attiene all'abuso del potere di segretazione ovvero al suo uso distorto, finalizzato cioè a coprire attività penalmente rilevante.

Il tema si riduce, quindi, ad una composizione equilibrata di distinti interessi. L'interprete è chiamato a rivenire un punto di equilibrio ragionevole, ma variabile caso per caso e che precinda da aprioristiche gerarchie di valori tra entità astratte.

Nel tentativo di raggiungere questo obiettivo, l'ordinamento si è dotato di disciplina specifica – l. 124/2007 – di riforma della precedente l. 801/1977, la quale, a sua volta, aveva recepito alcune indicazioni fornite da una celebre pronuncia della Corte costituzionale³. Si deve a questa sentenza l'abbozzo, per la prima volta, dei tratti fondamentali dell'istituto che ancora oggi lo caratterizzano. Eccoli in breve.

Il segreto «involge il supremo interesse della sicurezza dello Stato nella sua personalità internazionale, cioè l'interesse dello Stato-comunità alla propria integrità territoriale, alla propria indipendenza e, al limite, alla stessa sua sopravvivenza». Interessi, per ciò che qui maggiormente attiene, «nettamente distinti da quelli del Governo e dei partiti che lo sostengono».

I referenti costituzionali sono gli artt. 1, che racchiude con formula sintetica i caratteri essenziali dello Stato («Repubblica democratica»); 5, laddove enuncia i principi di unità e indivisibilità dello Stato e 52, secondo cui la difesa della Patria costituisce «sacro dovere del cittadino».

L'effetto processuale della rituale opposizione/conferma del segreto è lo «sbarramento» all'utilizzabilità dell'informazione secretata⁴. L'interesse alla sicurezza della Repubblica riveste

¹ Per una panoramica della disciplina di cui alla l. 3 agosto 2007, n. 124 si v. *Nuovi profili del segreto di Stato e dell'attività di intelligence*, a cura di Illuminati, Giappichelli, 2010.

² Un'esauriente trattazione «laica» del tema, in un'ottica diacronica, in SPATARO, *Ne valeva la pena. Storie di terrorismo e mafie, di segreto di Stato e di giustizia offesa*, Laterza, 2010.

³ Corte cost., 24 maggio 1977, n. 86, in *Giur. cost.*, 1977, p. 696 s. Le citazioni che seguono sono tratte dalla sentenza indicata.

⁴ Corte cost. 3 aprile 2009, n. 109, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1007-1008 che, forte dell'art. 202, co. 6 c.p.p., ricorda la distinzione, forse eccessivamente formalistica, tra l'impossibilità di secretare il fatto oggetto del reato – che rimane dunque accertabile mediante le ordinarie regole processuali – e la segretazione di talune fonti di prova, pur se «collegate o collegabili a quel fatto» e dunque «essenziali» per la sua completa conoscenza. Condivide la critica di formalismo FANCHIOTTI, *Il gusto (amaro) del segreto*, *ivi*, p. 1041. V. *infra* par. 5.

carattere assoluto e preminente su ogni altro, perché tocca la esistenza stessa della collettività organizzata a Stato, «un aspetto del quale è la giurisdizione».

Tuttavia, queste considerazioni avevano un oggetto assai specifico, ovvero il segreto militare *ex art. 86 c.p.m.p.* («notizie concernenti la forza, la preparazione o la difesa militare dello Stato»). La Corte costituzionale, nell'«attualizzare» il remoto precedente, pare non essersi accorta che la nozione di segreto è mutata nel tempo.

2. Segreto e terrorismo.

Il segreto è stato un protagonista indiscusso dell'ultimo decennio. Nel *post* 11 settembre, infatti, il contrasto al terrorismo si è caratterizzato per una rinnovata centralità dei servizi di *intelligence* che, per loro natura, postulano una certa riservatezza in merito alla propria organizzazione interna, ai propri funzionari e alle attività condotte dagli stessi.

Tuttavia, un'efficace azione di contrasto ad un fenomeno peculiare come il terrorismo internazionale ha sollevato il dubbio circa l'individuazione del perimetro di legalità entro il quale i pubblici poteri devono muoversi nella loro attività di prevenzione, senza ledere oltremodo diritti fondamentali della persona.

In particolare, molto si è discusso circa le pratiche di *cd. extraordinary renditions*⁵. Trattasi di sequestri di persone, attuati o per sottoporre il prevenuto a processo o a esecuzione della pena in un altro Stato o, come nelle ipotesi più recenti, per fini di *intelligence*. Il sequestrato, cioè, è consegnato a Stati terzi rispetto a quello del mandante o esecutore materiale i quali, se non «versati», sono reputati quantomeno «tolleranti» nei confronti del ricorso a tortura o trattamenti inumani e degradanti a fini *latu senso* confessori.

In Italia, il binomio terrorismo/servizi segreti porta alla memoria il caso Abu Omar: un rifugiato politico egiziano, già *imam* presso una moschea milanese, indagato e (successivamente) condannato per associazione con finalità di terrorismo *ex art. 270-bis cod. pen.*, è stato forzatamente prelevato, nel febbraio 2003, da un gruppo di agenti della CIA e del SISMI (ora AISi) per essere condotto in Germania e da lì in Egitto, allo scopo di essere «interrogato» su presunti contatti con cellule terroristiche. La sua illegittima detenzione si è protratta per quattro anni, durante i quali è stato sottoposto a ripetuti atti di tortura⁶.

La reazione al terrorismo, ove condotta con queste modalità, ha sollecitato gli interpreti a interrogarsi su temi classici: la legittimità del fine perseguito può giustificare la commissione, ad opera dei pubblici poteri, di atti illeciti? Qual è il limite dell'attività di *intelligence*, oltrepassato il quale si perdono i caratteri essenziali di una «Repubblica democratica» di diritto?

La tematica ha vissuto soprattutto dell'elaborazione della Corte costituzionale chiamata, tra il 2009 e il 2014, a dirimere plurimi conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato, in relazione agli sviluppi dell'indagine sul sequestro di Abu Omar⁷.

Di questa complessa vicenda può non essere inutile isolare e approfondire tre macro questioni.

3. Imputato e segreto di Stato.

Sin dal codice Rocco del 1930, con scelta confermata nel 1988, l'«obbligo» di tacere per l'esistenza di un segreto è stato riferito al solo testimone. La posizione dell'imputato era nettamente distinta, atteso il suo immanente interesse personale e diretto nel processo. Nel bilanciamento tra i due valori, era reputato poziore il diritto di difesa nell'accezione di difendersi provando e, se del caso, «rivelando» ogni informazione o notizia reputata utile, pur se coperta dal segreto di Stato.

L'ordinamento si sarebbe caratterizzato, dunque, per la preminenza assiologica assegnata dall'art. 24 Cost. al diritto di difesa, non a caso proclamato «inviolabile» senza deroghe di

⁵ FANCHIOTTI, *Sequestri, servizi, segreti. Il caso Abu Omar e le sue anomalie*, in *Quest. giust.*, 2008, p. 8 s. e p. 11 ove parla di «delocalizzazione» della tortura.

⁶ Corte EDU, IV sezione, Nasr e Ghali c. Italia, sent. 23 febbraio 2016 (ric. n. 44883/09), par. 8-26.

⁷ I quali sono ben lungi dall'essere conclusi, Corte cost., ord. 7 ottobre 2016, n. 217 e LEO, *Un nuovo conflitto di attribuzione sollevato dal presidente del consiglio riguardo ad indagini connesse agli accertamenti sul sequestro di Abu Omar*, in *Dir. pen. cont.*, 10 ottobre 2016.

sorta, a differenza degli artt. 13 e s. Cost. Diritto dotato, anzi, di portata applicativa tale da legittimare non solo il silenzio, ma altresì la menzogna⁸.

La Corte costituzionale è stata però di altro avviso⁹. Nell'interpretare l'art. 41 l. n. 124 del 2007, vi ha letto la chiara volontà del legislatore di generalizzare l'obbligo al silenzio, estendendolo a tutti i soggetti ivi qualificati, compreso l'imputato.

La Corte ha valorizzato un (preteso) intento legislativo di mutare i termini del bilanciamento tra i valori in gioco: una premessa politico-costituzionale assai impegnativa da cui muovere e che, infatti, non regge alle obiezioni cui si espone.

Lo Stato, «mirando all'autoconservazione», impone anche all'imputato il silenzio sulla notizia coperta dal segreto, esigendo al contempo dalla giurisdizione un *non liquet*, ovvero un esito processuale «scevro da connotati negativi nei confronti del giudicabile» (dichiarazione di non doversi procedere), fermo il vaglio di essenzialità rimesso all'autorità precedente.

La tesi tradizionale graverebbe l'imputato del peso di una scelta morale non indifferente, pregiudicando in ogni caso uno dei due interessi: o l'imputato tace su circostanze essenziali per la propria difesa, preservando il segreto ma esponendosi al rischio di condanna o, viceversa, consegue un'assoluzione nel merito ma al prezzo di aver rivelato il segreto (con condotta scriminata *ex art. 51 cod. pen.*) e di aver esposto a pericolo i preminenti interessi nazionali.

La Corte, inoltre, spende un argomento letterale. L'impiego del termine «riferire» nell'art. 41 cit., sebbene solitamente utilizzato nel codice di procedura penale con riguardo agli apporti conoscitivi provenienti da soggetti distinti dall'imputato (testimoni, periti, consulenti), qui può essere invece inteso «nella sua accezione comune e corrente»: espressione di ogni forma di esposizione di fatti o conoscenze, da chiunque effettuata¹⁰.

Neppure è reputata d'ostacolo la collocazione extra-codicistica della disposizione, attesa la sua chiara portata generalizzante. Infine, l'ampio dibattito parlamentare sul punto attesterebbe come il tema sia stato «ben presente» al legislatore riformistico del 2007.

Nei passaggi indicati si riconosce, in controtuce, un'interpretazione dottrinale minoritaria¹¹, per cui la connotazione oggettiva del segreto – posto a tutela dei «supremi interessi della Nazione» (*sic*) – trova piena esplicazione anche nei riguardi dell'imputato, al quale lo Stato impone il silenzio, trasformandolo di fatto in uno strumento per il più efficace conseguimento dell'obiettivo securitario.

La prevalente dottrina non ha, invece, condiviso il *dictum*. È parso lampante, difatti, il rovesciamento della prospettiva personalista adottata dal costituente del 1948. Il ragionamento esposto desta stupore per due ragioni. Da un lato, è interessante sottolineare come neppure il codice fascista giungesse a simili conclusioni; dall'altro, è innegabile che il *fil rouge* della politica legislativa e giurisprudenziale – sia di legittimità che costituzionale – degli ultimi cinquant'anni sia volto ad implementare i diritti fondamentali dell'individuo al fine precipuo di contenere «le tendenze invasive del potere statale»¹². Non il contrario.

Non è poi corretto desumere un'innovazione di tale portata da una norma mal scritta come l'art. 41 cit. I lavori parlamentari, inoltre, nonostante l'opinione contraria della Corte e di alcune voci della dottrina, non sono cristallini: la proposta di includere tra i destinatari dell'obbligo al silenzio anche l'imputato fu dapprima presentata come interpolazione dell'art. 202 cod. proc. pen., ma successivamente ritirata e convogliata in una norma più generica come l'art. 41 cit.¹³. La disposizione, inoltre, è stravagante in quanto non menziona neppure l'imputato.

⁸ Dopo la riforma dell'art. 111 Cost., per una riflessione sui rapporti tra diritto di difendersi «provando», diritto al silenzio e processo penale si v. AMODIO, *Giusto processo, diritto al silenzio e obblighi di verità dell'imputato sul fatto altrui*, *Cass. pen.*, 2001, p. 3589 s. Più in generale, GREVI, *Nemo tenetur se detegere*, Giuffrè, 1972.

⁹ Corte cost. 23 febbraio 2012, n. 40, in *Giur. cost.*, 2012, p. 486 s., con note critiche di PACE, *Sull'asserita applicabilità all'imputato dell'obbligo di astenersi dal deporre su fatti coperti dal segreto di Stato e sull'inesistenza dei "fatti eversivi" come autonoma fattispecie di reato*, p. 526 s. e di ORLANDI, *Una pervicace difesa del segreto di Stato*, p. 2327 s.

¹⁰ Per PACE, *op. cit.*, p. 527 trattasi, invece, di una «consapevole forzatura semantica».

¹¹ BONZANO, *Il segreto di Stato nel processo penale*, CEDAM, 2010, p. 147 s. La tesi individua la patologia del sistema precedente nella «scelta» affidata all'imputato circa quale bene far prevalere onde muovere verso una ricostruzione dei valori in gioco in chiave «statualistica». Spostando il cuore del discorso su una «virtuosa omologazione in chiave pubblicistica dei termini del bilanciamento», l'A. vi esclude il «personalissimo» interesse del singolo imputato a difendersi nel «suo» processo. Da ciò deriverebbe la possibilità di rinunciare all'esercizio corretto della giurisdizione, giustificata dall'esigenza di tutelare la salvezza della Nazione. Pur riconoscendo che l'art. 41 l. n. 124/2007 sia una norma mal scritta, foriera di ragionevoli dubbi esegutici – l'uso del verbo «riferire», la non menzione dell'imputato pur a fronte di una disciplina codicistica applicabile esclusivamente al testimone, l'attenzione ai soli soggetti pubblici – l'A. condivide il percorso esegutico della Corte costituzionale con una sorta di ragionamento *a fortiori*, p. 152.

¹² ORLANDI, *op. cit.*, p. 2328.

¹³ Cfr. BONINI, *Commento art. 41 l. 3 agosto 2007, n. 124*, in *Leg. Pen.*, 2007, p. 843 e nt. 4.

Soprattutto, non si comprenderebbe per quale ragione una tale esegesi debba accogliersi solo per gli imputati qualificati (pubblici ufficiali, incaricati di pubblico servizio e pubblici impiegati) e non per chiunque sia a conoscenza di un segreto di Stato. In altri termini, sembra difficile ammetterne una concezione oggettiva del segreto condizionata però dalla soggettiva qualificazione del propalante.

Più di ogni altro aspetto, infine, è fonte di perplessità l'aprioristica preminenza accordata all'interesse securitario in virtù del richiamo alla sent. 86/1977 che, tuttavia, verteva sul segreto militare e non su quello di Stato *tout court*. È pur vero che, con le leggi 801/1977 e 124/2007, il primo è divenuto *species* di un più ampio *genus*, ma è sufficiente leggere l'attuale nozione di segreto per rendersi conto che le conclusioni di allora, per essere generalizzate e correttamente spese oggi, necessiterebbero di un serio approfondimento e di una motivazione che vada oltre al mero richiamo del precedente pur autorevole¹⁴.

Quella pronuncia richiedeva, proprio al fine di evitare abusi, un raffronto caso per caso improntato ad un «ragionevole rapporto di mezzo a fine»¹⁵. Come a dire che non basta opporre il segreto per paralizzare, sempre e comunque, ogni diritto con esso confliggente e ammantare di supremazia qualsivoglia interesse reputato rilevante per la sicurezza della Repubblica.

La Corte dunque avrebbe dovuto verificare, nel caso specifico, se l'impiego del segreto fosse stato proporzionato – cioè, necessario e idoneo – all'obiettivo di preservare realmente gli interessi cui l'istituto risulta strumentale, in rapporto al *vulnus* inferto alle prerogative difensive dell'imputato.

In dottrina si è parlato di «interpretazione orwelliana» per cui «tutti i principi supremi sono inviolabili, ma uno è... più inviolabile degli altri»¹⁶. Con ciò però, al di là di formule forse enfatiche, non si vuole dire che il legislatore, nella discrezionalità che una lettura più ponderata della sent. 86/1977 lascia intravedere, sia inibito del tutto dal rimeditare il tradizionale bilanciamento tra segreto e diritto di difesa, onde ragionevolmente conformare il secondo alle esigenze del primo. Si renderebbe necessaria però una disposizione meglio redatta che, per lo meno, si riferisse espressamente all'imputato e prescindesse da connotazioni soggettive.

Permarrebbe, comunque, il dubbio circa la premessa di partenza – il ribaltamento dei valori in gioco – che proprio non persuade¹⁷ e che la Corte non motiva, limitandosi, in poche righe, a prenderne quasi atto.

Sorge allora il sospetto che la redazione ambigua dell'art. 41 cit. e l'interpretazione (inattesa) della Corte costituzionale¹⁸ siano stati oltremodo condizionati dai fatti del giudizio *a quo*, onde suggerire un *commodus discessus* agli imputati eccellenti del processo Abu Omar¹⁹.

La Corte è consapevole del rischio insito in questa soluzione. Tra le pieghe della motivazione pare scorgersi, infatti, il timore di un abusivo ricorso al segreto da parte dell'imputato, magari confidando nell'intervento risolutivo *ex post* dell'esecutivo. Il pericolo concreto è una difesa «dal processo».

Ed ecco che, allora, la Corte valorizza il vaglio di «essenzialità». Per giungere al proscioglimento, l'autorità giudiziaria è tenuta a qualificare in tali termini la notizia secretata, alla luce delle complessive risultanze processuali²⁰. Ciò equivale ad un giudizio di pertinenza, dovendo la notizia attenersi al tema di prova di cui al processo *a quo* e di decisività, ovvero di conclamata assenza di altre fonti di adeguata conoscenza. Il che implica una verifica, la più accurata possibile, circa l'«adeguato tasso di persuasività»²¹ della prospettazione difensiva, alla luce di tutti gli elementi disponibili, onde vagliarne coerenza e plausibilità.

Qualche problema, innegabilmente, si pone. Da un lato, è oltremodo arduo prospettare

¹⁴ FANCHIOTTI, *Il gusto (amaro)*, op. cit., p. 1039.

¹⁵ Corte cost. 24 maggio 1977, n. 86, cit., p. 703.

¹⁶ FANCHIOTTI, *Stato di diritto e ragioni di Stato: il caso Abu Omar e la Consulta*, in *Quest. giust.*, 2009, p. 12.

¹⁷ PACE, *Stato costituzionale e segreto di Stato: una coesistenza problematica*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 1731.

¹⁸ Anticipata dalla sentenza 106/2009, cit., p. 1002, meritevole di citazione, perché a suo modo curiosa. Nonostante il *petitum* del conflitto non vertesse sul tema che qui ci occupa, la Corte vi ha dedicato il par. 11. Il capoverso rilevante si apre però con un esplicito riferimento alla «futura escussione dei testi», per chiudersi con un inciso, immotivato e in forma di *obiter dictum*, relativo all'art. 41 cit. per cui l'obbligo ivi prescritto all'Autorità giudiziaria di informare il PDCM si applicherebbe «in qualunque stato e grado il segreto sia stato opposto [dai soggetti qualificati], anche in qualità di indagati o imputati». Sembra si sia in presenza di una patente contraddizione tra premesse e conclusioni.

¹⁹ Così, condivisibilmente, FANCHIOTTI, *Il gusto (amaro)*, op. cit., p. 1035. In via incidentale, si sottolinea la circostanza per cui tutti gli imputati ricoprivano le qualificazioni soggettive di cui all'art. 41.

²⁰ PANZAVOLTA, *La Corte costituzionale e la cortina del segreto (dell'imputato) sull'accusa di attività "deviata" dei servizi segreti*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3282-3285.

²¹ Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 40, cit., p. 515-516.

la persuasività di una difesa senza poter esplicitarne argomenti e oggetto²², ma può essere allettante l'idea di farsi scudo dietro un silenzio imposto, senza dover allegare niente più del segreto in sé. Per contro, essenzialità e persuasività sono clausole generali facilmente manipolabili da chi volesse “forzare” il perimetro di segretezza²³.

Resta irrisolto il problema della sanzione processuale per la fonte di conoscenza rivelata dall'imputato. Nella prassi, gli imputati si sono adeguati al *decisum*, eccedendo alla prima udienza utile l'obbligo di tacere. È comunque ipotizzabile il ricorso all'inutilizzabilità della prova *ex art.* 191 cod. proc. pen., quale categoria generale in grado di sterilizzare i contributi informativi apportati nel processo in violazione di un preciso divieto legale.

4.

Le forme di controllo sul segreto.

Il secondo aspetto su cui occorre soffermarsi attiene al controllo esercitabile sull'esercizio del potere di segretezza.

Occorre muovere, nuovamente, dalla sentenza 86/1977. Atteso il fondamento costituzionale del segreto e la competenza attribuita al Presidente del Consiglio dei Ministri, quale organo di vertice dell'esecutivo chiamato a dirigere la politica generale del Governo, le modalità di esercizio del potere – ampiamente discrezionale, ma contraddistinto da una discrezionalità che «supera l'ambito e i limiti» di quella puramente amministrativa – sono assoggettate al solo controllo parlamentare, ovvero ad un giudizio di «natura squisitamente politica»²⁴.

Resta escluso, quindi, un sindacato dell'autorità giudiziaria circa *l'an* e il *quomodo* della segretezza, pena il sovvertimento di basilari principi costituzionali.

Si sconta qui il rischio di debordare nel diritto costituzionale, per cui è doveroso limitarsi a due considerazioni. Il controllo del Parlamento (tramite il COPASIR) è all'unisono reputato debole e inidoneo allo scopo²⁵. Inoltre, se anche il Parlamento reagisse in modo severo, interrompendo il rapporto di fiducia *ex art.* 94 Cost., ciò non avrebbe la minima ripercussione processuale: il segreto illegittimo (o illecito) non verrebbe processualmente rimosso²⁶.

Eppure proprio la qualificazione oggettiva del segreto²⁷ e la previsione stessa di limiti legali al suo impiego costituiscono sufficienti basi per ammettere un sindacato che non si arresti alle soglie di una verifica formalistica ed estrinseca.

Tuttavia, la Consulta ha, nel tempo, interpretato il proprio ruolo in maniera eccessivamente timida, all'insegna di un considerevole *self-restraint*. Essa ha, dapprima, escluso la praticabilità di un controllo circa il rispetto dei principi di legalità e proporzionalità (sent. 106/2009, par. 12.4), per il timore di sconfinare in un giudizio di merito.

Dalla (asserita) natura politica dell'atto di conferma ha, successivamente, dedotto la sufficienza di un controllo di pura corrispondenza estrinseca tra presupposti legali (*id est* organo competente, rispetto delle tempistiche, presenza di un atto motivato) e notizia secretata.

L'atteggiamento di chiusura si è consolidato nel tempo. La Corte ha sempre rifiutato espressamente di «sindacare il corretto esercizio della discrezionalità spettante al PDCM»²⁸, «ferme restando le competenze» proprie *ex art.* 202 cod. proc. pen.

²² A differenza del vaglio circa l'essenzialità di quanto riferito dal testimone – passibile di controllo alla luce delle circostanze dedotte nei capitoli di prova delle liste testimoniali e delle domande che gli vengano poste – per l'imputato ciò potrebbe mancare. Soprattutto qualora egli si “barricasse” dietro l'opposizione del segreto a prescindere da ogni domanda specifica sul *thema*: altra circostanza che ha ampiamente caratterizzato i processi milanesi.

²³ Un tale atteggiamento da parte dell'autorità procedente si esporrebbe fatalmente al potere “reattivo” indicato dall'art. 66, co. 2 disp. att. c.p.p. Trattasi di una norma molto controversa, laddove attribuisce al PDCM, al verificarsi di determinate ipotesi, il potere di confermare il segreto affermando che la notizia o il fatto “non concernono” il reato per cui è processo. Così facendo, però, apparentemente si spoglia l'autorità giudiziaria del potere-dovere di qualificare il fatto, per attribuirlo ad un organo non giurisdizionale. Ad ogni modo, l'eventuale cortocircuito si sanerebbe unicamente mediante il ricorso alla Consulta nelle vesti di giudice del conflitto tra poteri; conflitto che però avrebbe ad oggetto due o più condotte scorrette e incrociate: è evidente la distanza dalla “leale collaborazione” che dovrebbe informare l'esercizio dei pubblici poteri.

²⁴ Corte cost., 24 maggio 1977, n. 86, cit., p. 705.

²⁵ ANZON DEMMING, *La Corte abbandona definitivamente all'esclusivo dominio dell'autorità politica la gestione del segreto di Stato nel processo penale*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 535. e SALVI, *La Corte costituzionale e il segreto di Stato*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3755.

²⁶ Il punto è colto lucidamente da ORLANDI, *op. cit.*, p. 2332.

²⁷ Corte cost. 13 febbraio 2014, n. 24, in *Giur. cost.*, 2014, p. 386, con commento di GIUPPONI, *Il segreto di stato ancora davanti alla corte (ovvero del bilanciamento impossibile)*, in *Dir. pen. cont.*, 28 aprile 2014 e in *Arch. pen.*, 2014, fasc. 1, p. 2 ss., con nota adesiva di BONZANO, *La Consulta alza il “sipario nero”: alla ribalta la deprecabile confusione tra prova e fatto*. Precedentemente, si v. già Corte cost. 3 aprile 2009, n. 106, cit., p. 986-987.

²⁸ Corte cost. 23 febbraio 2012, n. 40, cit., p. 523 e notazioni critiche di ORLANDI, *op. ult. cit.*

A tal fine, la motivazione della conferma del segreto *ex art.* 202, co. 5 cod. proc. pen. e art. 41, co. 5 l. 124/2007, ancorché diretta all'autorità giudiziaria, non è reputata prodromica ad un sindacato sulle modalità concrete di esercizio del potere, ma solo a «giustificare, in termini congruenti e plausibili... lo sbarramento all'esercizio della funzione giurisdizionale»²⁹.

Ebbene: chi controlla che questa giustificazione non sia di mera facciata? o apparente? o pretestuosa e, all'occorrenza, falsa?

I connotati della stessa motivazione sono definiti dalla Corte in modo alquanto peculiare. La portata dell'obbligo risente della specificità dell'istituto: il PDCM – ove ritenga di avvalersi del segreto – può anche non dilungarsi nei dettagli che la riguardano, pena la vanificazione dell'esigenza di riservatezza. L'adeguatezza della motivazione va rapportata alle caratteristiche della notizia, riflettendone il livello “categoriale” o meno.

Se il principio in sé può anche condividersi, non si comprende però perché la Corte si premuri di precisare che essa non potrebbe essere meno vaga neppure qualora l'autorità giudiziaria si sforzasse di interpellare il Presidente su tematiche mirate, chirurgiche, onde limitare lo «sbarramento» all'indispensabile. Tra le righe, il messaggio rivolto all'autorità giudiziaria suona pressappoco così: giudice, chiedi pure conferma del segreto su ciò che reputi «essenziale», sappi però che il PDCM potrà sostanzialmente eludere il quesito aprendo l'ombrello del segreto per un raggio anche molto maggiore rispetto al *petitum*³⁰.

Eppure, nel 2007, il legislatore ha specificato il dovere motivazionale proprio nell'ottica di un futuro controllo demandato alla Corte costituzionale quale giudice del conflitto. Sono plurime le novità che spingono in questa direzione e che l'interpretazione della Consulta non ha valorizzato appieno. Si è assistito, anzi, ad una vera e propria “invenzione della tradizione”: i principi affermati nel precedente del 1977 rappresentano, nella vicenda odierna, un fuor d'opera. La Corte, allora, aveva parlato di ampia discrezionalità e di controllo politico-parlamentare al fine di escludere il sindacato del giudice penale³¹. Non già di negare un controllo *tout court*.

È banale rimarcare la distinzione tra giudice ordinario e costituzionale – le cui specificità invece sembrano essere state tenute in considerazione dal legislatore del 2007 – eppure essa è la chiave di volta per interpretare correttamente l'autorevole precedente.

I vincoli imposti al giudice penale (artt. 202 e 204 cod. proc. pen. e artt. 40 s. l. 124 del 2007) trovano un equilibrato bilanciamento soltanto nella reale possibilità di ricorrere ad una Corte con pieni poteri accertativi e decisori. Infatti, il codice palesa la volontà di configurare il conflitto di attribuzione quale fisiologico sbocco processuale³².

Tre circostanze sembrano decisive: *a*) in nessun caso il segreto di Stato è opponibile alla Corte (con notevole scarto rispetto alla disciplina sul COPASIR); *b*) la Corte adotta le necessarie garanzie per la segretezza del procedimento; *c*) si pronuncia circa la «sussistenza» del segreto, con l'impiego di una terminologia che sottintende una valutazione di merito, ben distinta dalla consueta spettanza del potere conteso³³.

Quale altro significato potrebbe ad esse attribuirsi, se non quello di delineare un sindacato intrinseco, seppure non sostitutivo? Ovvero un controllo svolto da un giudice che abbia diretto accesso al fatto e, muovendo da esso, possa sindacare la ragionevolezza del segreto rispetto al fine di tutelare, proporzionalmente, l'interesse alla sicurezza nazionale. La differenza con un giudizio di pieno merito sull'apprezzamento tecnico condotto dal PDCM, volto a sovrapporsi, è evidente.

Inoltre, la Corte sembra cadere in errore quando accosta l'atto politico a quello discrezionale. Il primo è connotato dalla libertà nei fini, che esso stesso determina; il secondo implica un margine, più o meno ampio, di ponderazione dei diversi interessi in ordine alla decisione più opportuna per il perseguimento di scopi tipici. In questa materia le finalità alla cui cura il segreto è funzionalizzato sono espressamente indicate all'art. 39 l. 124 cit. e derivano dalla Costituzione stessa.

Perché allora negare un controllo che implica l'accertamento della notizia o del fatto secretati e, per il tramite della motivazione addotta, giunga a scrutinare la ragionevolezza, nel caso concreto, del mezzo rispetto al fine? Non si comprende, cioè, perché vietare al giudice

²⁹ Corte cost. 23 febbraio 2012, n. 40, cit., p. 524.

³⁰ Cfr. ANZON DEMMING, *op. cit.*, p. 536.

³¹ ANZON DEMMING, *Il segreto di Stato ancora una volta tra Presidente del Consiglio, autorità giudiziaria e Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1030.

³² SALVI, *op. cit.*, p. 3757.

³³ *Op. ult. loc. cit.* La normativa di riferimento è posta dagli artt. 202, co. 7 e 8 c.p.p. e artt. 28, co. 8 e 31, co. 8 e 9 l. 124 del 2007.

costituzionale l'indagine sulle ragioni invocate dall'esecutivo a sostegno del segreto, al fine di appurare se la *salus rei publicae* sia stata perseguita con il giusto impiego dello strumento previsto dall'ordinamento; una verifica circa l'esistenza del nesso causale tra le ragioni poste a sostegno del segreto e il suo utilizzo nel caso concreto³⁴.

Un controllo del tipo di quello descritto è, invece, stato condotto dalla Corte EDU che, con la sentenza già citata, ha condannato l'Italia per violazione degli artt. 3, 5, 8 e 13 CEDU.

La Corte ha denunciato la carenza di effettività dei processi nazionali, vanificati da un impiego del segreto finalizzato al palese scopo di garantire agli imputati una «deplorable» impunità. La sentenza è *tranchant*: un processo avente ad oggetto fatti del tipo di quelli indagati dalla Procura di Milano pretende un'indagine indipendente e rigorosa, che «non deve tenere conto... della minaccia per la sicurezza nazionale eventualmente percepita dallo Stato» (par. 333).

In ambito interno si è parlato, al riguardo, di «nero sipario»³⁵. Ridurre il ruolo della Corte costituzionale ad una verifica notarile equivale ad abbandonare il rispetto dei parametri legali – cui pure il potere discrezionale è subordinato – all'arbitrio dell'esecutivo e, in ultima analisi, della maggioranza politica del momento.

Ne è derivata l'impossibilità pratica di reprimere comportamenti illeciti posti in essere dagli appartenenti ai servizi segreti: se le modalità organizzative dell'*intelligence* sono sempre riservate, l'illegalità trova copertura nel segreto confermato dal «committente/datore» dei servizi stessi, senza alcuna possibilità di un controllo svolto da un organo terzo che, quantomeno, assicuri che la recessione della giurisdizione avvenga nei limitati casi in cui ciò sia imposto da reali esigenze di sicurezza nazionale. Non per garantire a funzionari infedeli il *passé-partout* che gli garantisca di sottrarsi alla giurisdizione penale.

5. L'oggetto del segreto.

Per ultimo si è tenuto il profilo più delicato, inerente alla perimetrazione dell'oggetto del segreto. La fonte principale è rappresentata dall'art. 39 l. 124 cit. Esso è definito in termini generici: notizie, atti, documenti, fatti, cose la cui diffusione sia idonea ad arrecare danno ai noti interessi.

La nozione consta di due elementi. Il primo, positivo, esplicita un nesso di strumentalità rispetto alla protezione degli interessi indicati dalla legge (co. 1). Il secondo, negativo, vieta il segreto per un elenco tassativo di reati e per i «fatti eversivi dell'ordine costituzionale» (co. 11).

Il tema è vasto, quindi si impone una precisa *actio finium regundorum*. Il sequestro Abu Omar ha implicato un utilizzo «insolito» del segreto: vi è anzitutto il sospetto, legittimo in chi osservi con disincanto i fatti processuali, di un suo uso retroattivo³⁶. Di certo, si è proceduto a secretare interi settori categoriali, tutt'altro che specifici. Inoltre, si è strenuamente difeso un segreto che tale in realtà non è mai stato.

La Corte ha però pervicacemente tenuto distinti, da un lato, il segreto sul reato e, dall'altro, quello attinente alle relazioni tra servizi, gli ordini e le direttive impartite dal Direttore e gli *interna corporis* del SISMI, onde affermare che il vincolo di riservatezza non ha mai attinto il primo, bensì i secondi³⁷.

Una parte della dottrina ha dubitato dell'eccessivo formalismo di tale distinzione³⁸. Poiché il segreto copre ontologicamente notizie, cioè fonti di conoscenza, il problema persiste: se il

³⁴ Cfr. le condivisibili critiche di VEDASCHI, *Il segreto di Stato resta senza giudice*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 394 s. Si provi a calare il *modus operandi* descritto nel processo Abu Omar, in cui il segreto non ha mai avuto ad oggetto il reato di sequestro, bensì soltanto «i rapporti tra i Servizi italiani e stranieri», con riferimento non solo alle linee generali e strategiche di collaborazione tra essi, ma altresì agli assetti organizzativi ed operativi del SISMI, con particolare riferimento agli ordini impartiti dal Direttore, pur se collegati o collegabili al fatto di reato. Non pare inerire il merito della decisione un controllo che muova dalla motivazione dell'apposizione del segreto allo scopo di valutare se gli ordini impartiti dal Pollari ai suoi funzionari fossero tali, ove resi pubblici, da recare grave danno alla sicurezza nazionale, cioè all'«indipendenza» o «sopravvivenza» dello Stato organizzato a comunità. È arduo spiegare come una direttiva volta a favorire materialmente il sequestro finalizzato alla tortura di un individuo possa involgere l'esistenza della Repubblica. Un sindacato di proporzionalità mezzo-scopo avrebbe disvelato la macroscopica irragionevolezza del vincolo alla luce degli interessi in conflitto, senza mai esautorare il PDCM delle sue doverose attribuzioni.

³⁵ Corte d'Appello di Milano, sent. n. 3688 del 2010, par. 4.2.

³⁶ SALVI, *op. cit.*, p. 3732.

³⁷ Oggetto individuato dalla Corte cost. 3 aprile 2009, n. 106, cit., p. 998 e confermato da Corte cost. 13 febbraio 2014, n. 24, cit., p. 386.

³⁸ PANZAVOLTA, *op. cit.*, p. 3292, rileva che «il segreto è sempre su notizie» e reputa «fuorviante» la distinzione in esame; FANCHIOTTI, *Il gusto (amaro)*, *op. cit.*, p. 1041; *contra*, invece, ANZON DEMMING, *Il segreto di Stato ancora una volta*, cit., p. 1025.

tema riservato è la notizia inerente alla commissione di un illecito, può attivarsi la barriera del segreto? Nel caso Abu Omar è oltremodo arduo individuare il discrimine.

Una tale delimitazione sembra ad ogni modo eccessiva, per non dire totalizzante. Ad accogliere questa definizione, appare segreta ogni informazione che concerne, a ogni latitudine, fatti o notizie che a tali organismi si riferiscano. Francamente, un po' troppo: che cosa rimane escluso non è dato sapere.

La connotazione oggettiva del segreto, a partire dal 1977, era invece ispirata a una chiara finalità garantista³⁹: non è segreto ciò che l'esecutivo decide sia tale, ma solo ciò che evidenzia un'obiettivo e rilevante strumentalità in rapporto ai supremi interessi dello Stato che – va ulteriormente sottolineato – non sono arbitrariamente apprezzabili dal legislatore ordinario. Egli, e come lui l'esecutivo che appone e conferma il segreto, è anzitutto vincolato al rispetto dei principi costituzionali fondamentali, tra cui i diritti inviolabili della persona.

Muovendo dal dubbio circa l'abnorme area di operatività del segreto, nel processo Abu Omar, la Corte di cassazione ha ritenuto di poter "forzare" il perimetro di riservatezza stabilito dal PDCM, sostenendo che lo sbarramento alla funzione giurisdizionale non evidenziava uno stringente nesso con la sicurezza nazionale⁴⁰. Essa ha, dunque, eccetto il divieto di segreto *ex art. 18, co. 6 l. 124 cit.*⁴¹, al fine di poter conoscere almeno le condotte *extra-funzionali*, poste in essere a titolo personale dai singoli agenti.

Per arrivare a ciò ha valorizzato una nota ufficiale dell'11 novembre 2005 in cui il PDCM affermava l'assoluta estraneità del Governo e del SISMI al sequestro. Se il vertice dell'esecutivo così si esprime, ne consegue che la partecipazione di funzionari italiani – risultata *ex actis* – sia avvenuta a mero titolo personale, al di fuori cioè del legittimo esercizio delle rispettive funzioni.

Ne è seguito l'annullamento con rinvio delle sentenze di non doversi procedere *ex art. 202, co. 3 cod. proc. pen.* alla Corte d'Appello di Milano che, adeguandosi, condannava gli imputati italiani⁴².

La decisione è stata oggetto di un nuovo ricorso alla Corte costituzionale, conclusosi a favore del Governo. «Non spetta» al giudice di legittimità reinterpretare l'ambito oggettivo del segreto, delineato dall'autorità competente (e già cristallizzato dalla sent. 106/2009). In altri termini, la Corte di cassazione avrebbe modificato indebitamente il contenuto e la portata del segreto, così vulnerando le prerogative del PDCM.

Se, in verità, quest'aspetto può essere in linea di massima condivisibile, costituisce però motivo di perplessità il percorso motivazionale dei giudici costituzionali⁴³. Nell'individuare l'oggetto del segreto, «nessuna limitazione poteva derivare... in dipendenza di una riconducibilità o meno [del concorso nel sequestro dell'*imam*] a formali "deliberazioni" governative o dei vertici dei Servizi» poiché, se anche queste fossero esistite, avrebbero certamente formato oggetto del segreto stesso⁴⁴.

Inoltre, qualora si avvedesse di illeciti commessi dai Servizi, il PDCM sarebbe tenuto a una condotta «del tutto antitetica» rispetto a quella di cui alla concreta vicenda: ove sia a conoscenza della commissione di atti illeciti non autorizzati, o debordanti i limiti dell'autorizzazione, esso ne deve informare l'autorità giudiziaria senza ritardo (art. 18 l. 124 cit.). Poiché, prosegue la Corte nel sillogismo, tutto ciò non solo non è avvenuto, ma il PDCM si è determinato per il promovimento dei plurimi conflitti di attribuzione, è per ciò solo dimostrata la «implausibilità» del ragionamento condotto dalla Corte di cassazione: il PDCM ha smentito per *facta concludentia* l'interpretazione volta a ricondurre l'attività degli imputati a un'iniziativa "a titolo personale". Ciò perché, se così fosse stato, il medesimo avrebbe dovuto denunciarli all'autorità competente.

Si tratta di un ragionamento non condivisibile. Ove il PDCM deliberatamente autorizzi *ex ante* – o copra *ex post* – un'operazione illecita di tale portata, sarebbe correo; sarebbe ragionevole attendersi coperture reciproche, interessate a non consentire il pieno accertamento

³⁹ SALVI, *op. cit.*, p. 3741.

⁴⁰ Cass., sez. V, 19 settembre 2012, in *C.E.D.*, n. 253636.

⁴¹ «Nei casi in cui la condotta prevista dalla legge come reato sia stata posta in essere in assenza ovvero oltre i limiti delle autorizzazioni previste dal presente articolo, il Presidente del Consiglio dei ministri adotta le necessarie misure e informa l'autorità giudiziaria senza ritardo».

⁴² PACE, *Stato costituzionale e segreto di Stato, op. cit.*, p. 1732 s.

⁴³ V. per considerazioni più generali, VEDASCHI, *op. loc. cit.*

⁴⁴ Corte cost. 13 febbraio 2014, n. 24, cit., p. 385 s.

processuale dei fatti e delle relative responsabilità (penali e politiche)⁴⁵. La Corte ne è, paradossalmente, consapevole e afferma che quanto detto vale solo «a condizione che gli atti e i comportamenti degli agenti siano oggettivamente orientati alla sicurezza dello Stato» (par. 6, ultimo periodo).

Eppure, chi controlla che la condizione sia rispettata non è dato sapere; neppure si conosce chi verifica che l'esecutivo non decida di coprire – col senno del poi – attività “deviate” dei Servizi. La Corte sorvola, ma la risposta pare scontata. Da quanto esposto deriva che l'ambito del segreto può essere tracciato, anche in modo “categoriale” e al limite della retroattività, soltanto dall'autorità che lo confermatò, mediante un atto passibile di motivazione vaga; è escluso un effettivo controllo sul corretto impiego della discrezionalità ed è, infine, sufficiente la dichiarazione che l'oggetto del segreto è teleologicamente orientato alla tutela dei noti interessi affinché si produca una “paralisi” complessiva: l'autorità giurisdizionale ordinaria può solo ricorrere alla Corte costituzionale che però si accontenta della circostanza che il PDCM, nel definire quanto sopra, attesti di aver agito per ragioni di sicurezza nazionale.

In altre parole, se la Corte deve sempre «prendere per buone le ragioni addotte» dal PDCM a sostegno del segreto, «l'abuso di potere diventerebbe legittimo»⁴⁶, purché sufficientemente motivato. Con ciò, si avrebbe il completo ribaltamento dell'ordinario rapporto regola-eccezione: il segreto è un istituto tollerato in un ordinamento democratico, al punto da imporre doverose interpretazioni estensive dei suoi limiti⁴⁷. L'idea invece che basti una motivazione purchessia per ammantare di oscuro tutto ciò che, di fatto, l'esecutivo ritiene utile per la sicurezza nazionale è l'antitesi del principio di trasparenza nell'agire pubblico (art. 97 Cost.).

6.

I «fatti eversivi dell'ordine costituzionale».

Prima di giungere alle conclusioni, è d'obbligo soffermarsi su una formula – «fatti eversivi dell'ordine costituzionale» – che molto ha fatto discutere in dottrina.

Con estrema sinteticità, esistono due opinioni al riguardo.

Nell'interpretazione offerta dalla Corte costituzionale si coglie l'intenzione di limitare la clausola a specifiche fattispecie incriminatrici connotate dalla finalità di eversione dell'ordine costituzionale (ad es. artt. 280 o 289-*bis* cod. pen.). Essa giunge alla conclusione per cui «un singolo atto delittuoso, per quanto grave, non è suscettibile di integrar[la], se non è idoneo a sovvertire, disarticolandolo, l'assetto complessivo delle Istituzioni democratiche»⁴⁸. Il sequestro di persona *ex* art. 605 cod. pen., per quanto diretto alla tortura della vittima, non è connotato da una tale finalità.

Diametralmente opposta la tesi di un'autorevole dottrina⁴⁹. La formula non ha la pretesa, né dovrebbe averla, di identificare specifiche fattispecie incriminatrici (d'altronde, quando la Corte conio la dizione nel 1977, con il precedente ormai noto, non esisteva alcuna norma penale *ad hoc*). Non si è al cospetto di una norma penale incriminatrice, né la Consulta è chiamata ad interpretarla nelle vesti di giudice penale andando alla ricerca della tipicità del fatto.

Si tratterebbe, più semplicemente, di una clausola aperta, con funzione identificativa delle varie fattispecie di reato che – al mutare dell'ordinamento e delle sensibilità – siano ritenute, per la loro specifica offensività, lesive del nucleo fondamentale dei valori costituzionali, *in primis* i diritti inviolabili dell'individuo. Essa dovrebbe dunque abbracciare le condotte illecite, a prescindere dalla qualificazione giuridica, in cui si ravvisi il «prodomo» di una destabilizzazione non bagattellare dell'equilibrio costituzionale o del quadro politico⁵⁰.

Rende meglio l'idea, a parere di chi scrive, la vicenda che ha originato la sent. 40/2012. Essa verteva su una conclamata attività di *dossieraggio* del SISMI, ai danni di magistrati e

⁴⁵ VEDASCHI, *op. cit.*, p. 399 correttamente sottolinea il cortocircuito in cui è caduta la Corte, che ragiona «sull'assunto dell'assoluta estraneità del Governo e sulla limpidezza nell'azione dei Servizi» non cogliendo che ciò rappresentava proprio l'oggetto del sindacato che, tramite l'accesso diretto alla notizia segretata, le era richiesto.

⁴⁶ ORLANDI, *op. cit.*, p. 2333.

⁴⁷ VEDASCHI, *op. cit.*, p. 397.

⁴⁸ Corte cost., 3 aprile 2009, n. 106, cit., p. 995-996. Tale definizione suscita, in chi scrive, perplessità: sarebbe interessante sapere quali fatti concreti, tra i molti controversi della storia d'Italia, possedano le caratteristiche indicate dalla Corte. Ad essere rigorosi, quasi nessuno. Il che pare forse eccessivo.

⁴⁹ Per tutti, PACE, I «fatti eversivi dell'ordine costituzionale» nella legge n. 801 del 1977 e nella legge n. 124 del 2007, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Vol. III, Jovene, 2009, p. 1099 s. e In, *Sull'asserita applicabilità*, cit., p. 532.

⁵⁰ Cfr. ORLANDI, *op. cit.*, p. 2330.

giornalisti invisibili alla maggioranza politica del tempo⁵¹. Ebbene, dinnanzi al dubbio del giudice *a quo* circa la qualifica «eversiva» dei fatti contestati, la Corte ha ripreso alla lettera la dizione impiegata nella memoria – fatti posti «ai confini con l'eversione» – per affermare che la non opponibilità del segreto si giustifica solo in relazione a fatti sicuramente collocabili al di là di quel confine. Correttamente si è però obiettato che «qui si gioca con le parole»⁵², riassumendo egregiamente l'atteggiamento formalistico mantenuto dalla Corte costituzionale lungo tutto l'iter processuale.

7. Conclusioni.

Si torni, in conclusione, alla vicenda che ha originato i temi del presente contributo. Nonostante la Corte costituzionale abbia in generale convenuto circa la illiceità delle cd. «consegne straordinarie», non ne ha tratto alcuna conseguenza concreta⁵³. La sensazione è, anzi, che abbia liquidato la questione con una mera clausola di stile, una concessione poco più che stilistica al proprio ruolo di garante della legalità costituzionale.

Un giudizio meno formale è stato invece condotto dalla Corte EDU, che è giunta a denunciare la piena consapevolezza delle autorità italiane circa il destino di Abu Omar e a stigmatizzare l'assoluta ineffettività dell'inchiesta conseguente.

Il segreto è stato applicato «allo scopo di impedire che i responsabili dovessero rispondere delle loro azioni» e l'impunità che ne è seguita «deriva dall'atteggiamento dell'esecutivo»⁵⁴.

Sembra quasi che, sull'impiego del segreto, si siano contese il campo due visioni opposte, antitetiche, dei limiti al potere-dovere statale di contrastare le più gravi forme di criminalità. Quella adottata dal giudice sovranazionale ci ha ricordato che, in uno Stato di diritto, il principio di legalità – e per esso il rispetto puntuale dei diritti inviolabili della persona – non può essere derogato in nome di un rozzo e antiquato fine che giustifica i mezzi.

L'attività di *intelligence* non fa eccezione. Essa deve necessariamente patire il freno imposto dal rispetto sostanziale del principio di legalità, volto a contenere il potere statale attraverso la legge.

Lapidario e condivisibile, già nel 1965, il giudizio del *Bundesgerichtshof* in un caso avente ad oggetto il cd. segreto illegale: «tutto l'agire politico è sottomesso alla idea superiore del diritto e da questa limitato; dunque il diritto non è strumento di potere. La salvaguardia ... dei supremi valori costituzionali deve avere la precedenza in qualsivoglia decisione politica»⁵⁵. Sarebbe stato auspicabile che, a distanza di cinquant'anni, la Corte costituzionale avesse affermato analoghi principi.

⁵¹ L'indagine originò da una perquisizione effettuata presso un ufficio del SISMI, a Roma, disposta dalla Procura di Milano nell'ambito dell'inchiesta sul rapimento di Abu Omar. Il processo che ne è seguito, incardinato a Perugia, ha ad oggetto i delitti di peculato e abuso d'ufficio.

⁵² ORLANDI, *op. cit.*, p. 2329-2331. L'A. muove anche considerazioni condivisibili circa l'applicabilità dell'art. 26 l. 124 cit. al caso *de quo*, non in qualità di norma incriminatrice dell'attività di cd. «spionaggio» realizzata dai Servizi – ciò è impedito dagli artt. 25, co. 2 Cost. e 2, co. 1 cod. pen. – bensì quale contenuto di una fattispecie incriminatrice (che dal 2007 vieta condotte precedentemente sussumibili sotto altre norme penali) sulla quale innestare il divieto processuale *ex art.* 204, co. 1-bis c.p.p. Esso, come noto, sottostà al ben diverso regime intertemporale del *tempus regit actum*.

⁵³ Corte cost. 3 aprile 2009, n. 106, cit., p. 995 e SALVI, *op. cit.*, p. 3763.

⁵⁴ In realtà, la Corte EDU stigmatizza altresì l'operato del Ministro della Giustizia che non ha provveduto efficacemente a chiedere l'estradizione degli imputati statunitensi poi condannati in contumacia e, soprattutto, quello dei due Presidenti della Repubblica nel concedere loro la grazia. Si v. i parr. 145-150 e 271-273. Su quest'ultimo aspetto, per considerazioni critiche si v. SELVAGGI, *Il caso Abu Omar davanti alla corte europea: qualche opportuna precisazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2 maggio 2016.

⁵⁵ Le citazioni sono riprese da PACE, *I fatti eversivi dell'ordine costituzionale*, *op. loc. cit.* È curioso notare che in Germania i processi in cui si è discusso di segreto di Stato qualificato «illegale» hanno avuto ad oggetto sempre la libertà di stampa, a conferma di come lo «sbarramento» processuale non sia validamente erigibile in contrapposizione a valori intimamente connessi con l'essenza democratica di uno Stato costituzionale di diritto. Lì non era in discussione la «disarticolazione» della Repubblica federale tedesca, bensì un diritto fondamentale dell'individuo che concorre a disegnare il «volto democratico» di una società civile: la distanza dalle conclusioni cui è giunta la Corte costituzionale è evidente.