

“SEGRETO DI STATO E PROCESSO PENALE”

Università degli studi LUISS Guido Carli
Facoltà di giurisprudenza

Tesi di laurea in diritto processuale penale

di

Gaetano Galluccio Mezio

Matr. 074463

Relatore:

Chiar.mo Prof. Giulio Illuminati

Correlatore:

Chiar.mo Prof. Paolo Moscarini

Ai miei genitori

INDICE

Cap I: Processo e segreti

<i>1.1 Verità processuale e suoi limiti epistemologici</i>	<i>pag. 1</i>
<i>1.2 Vocazione cognitiva della giurisdizione penale</i>	<i>pag. 8</i>
<i>1.3 Il segreto come categoria processuale</i>	<i>pag. 15</i>
<i>1.4 Il cd. “segreto familiare”</i>	<i>pag. 29</i>
<i>1.5 Il segreto professionale</i>	<i>pag. 33</i>
<i>1.6 Il segreto d’ufficio</i>	<i>pag. 44</i>
<i>1.7 Il cd. “segreto di polizia”</i>	<i>pag. 51</i>
<i>1.8 Il segreto di Stato</i>	<i>pag. 55</i>

Cap II: “Lo Stato segreto”, evoluzione storica e profili costituzionali

<i>2.1 “Democrazia e potere invisibile”: arcana imperii e ordinamento costituzionale</i>	<i>pag. 65</i>
<i>2.2 Segreto di Stato e processo penale, “profili di criticità costituzionale</i>	<i>pag. 73</i>
<i>2.3 Evoluzione normativa e ordinamento costituzionale (dal ventennio alla Costituzione)</i>	<i>pag. 82</i>
<i>2.4 La Corte Costituzionale davanti al segreto di Stato (rassegna pronunce fondamentali, in particolare la sentenza n. 86 del 25 maggio 1977)</i>	<i>pag. 92</i>
<i>2.5 I successivi interventi normativi e la persistenza di profili di</i>	<i>pag. 101</i>

“criticità costituzionale” (dalla legge 81 del '77 al codice di procedura penale del 1989)

2.6 *L'attuale disciplina normativa del segreto: la legge 124 del 2007* pag. 108

Cap III: Segreto di Stato e testimonianza

3.1 *Tutela processuale del segreto di Stato: perimetro e oggetto* pag. 120

3.2 *L'eccezione di segretezza* pag. 140

3.3 *Limiti oggettivi all'opposizione del segreto: l'art. 204 c.p.p. ed il suo difficile rapporto con l'art. 66 disp. att. c.p.p* pag. 147

3.4 *Testimonianza de relato e segreto di Stato* pag. 160

3.5 *La procedura d'interpello* pag. 166

3.6 *L'atto di conferma del segreto* pag. 169

3.7 *L'esito del procedimento: decisione nel merito o improcedibilità dell'azione penale* pag. 179

Cap IV: Segreto di Stato e mezzi di ricerca della prova non testimoniali

4.1 *L'art. 256 c.p.p.: ordine di esibizione e sequestro* pag. 188

4.2 *L'art. 256- bis c.p.p.: una disposizione di difficile lettura* pag. 194

4.3 *L'art. 256- ter c.p.p.: il segreto di Stato eccetto dal titolare dell'ufficio detentore* pag. 204

4.4 *Segreto e intercettazioni di comunicazioni: disciplina vigente e prospettive di riforma* pag. 208

Cap. V: Aspetti patologici o problematici

5.1 *Il controverso rapporto tra segreto di Stato e indagini preliminari* pag. 218

5.2 *La posizione dell'imputato tenuto al segreto* pag. 236

5.3 *L'opposizione tardiva del segreto di Stato* pag. 247

Bibliografia pag. 252

CAPITOLO I

PROCESSO E SEGRETI

1.1 La verità processuale e suoi limiti epistemologici **1.2** Vocazione cognitiva della giurisdizione penale **1.3** Il segreto come categoria processuale **1.4** Il cd. “segreto familiare” **1.5** Il segreto professionale **1.6** Il segreto d’ufficio **1.7** Il cd. “segreto di polizia” **1.8** Il segreto di Stato.

1.1 La verità processuale e suoi limiti epistemologici.

Il processo costituisce uno strumento epistemologico artificiale determinato da un sistema di regole legali. Tale sistema ha sempre rappresentato e rappresenta tuttora un metodo di “fabbricazione” di conoscenze collettive e sociali sulla base delle quali trova effettività la norma giuridica generale e astratta. In questo senso si comprende la natura strutturalmente antagonistica del processo penale rispetto all’operare arbitrario del potere. Il caleidoscopio processuale rappresenta, infatti, un limite e giammai uno strumento di esecuzione di un comando legislativamente cristallizzatosi in norma. L’idea della strumentalità del processo ad esigenze repressive e di difesa sociale in realtà corrisponde ad una mistificazione culturale e storica, figlia, alternativamente, di una confusione concettuale o di una ideologia del potere questa sì strumentale ad un esercizio incontrollato e autoritario dello stesso. Il potere trova nel processo sempre un suo limite e giammai uno strumento¹. Che questo limite nel corso dell’evoluzione storica abbia costituito presidio più o meno efficace all’autoritarismo ed all’abuso è questione che non intacca la natura strutturalmente garantista del processo in sé. L’esercizio totalitario del potere, infatti, non necessita del processo come strumento di repressione del crimine, bensì di un suo esautoramento, di un suo asservimento a logiche esterne quando non a mero, fobico meccanismo di autoreferenziale legittimazione di se stesso. Autolegittimazione

¹ F. CARRARA, *Il diritto penale e la procedura penale*, in *Opuscoli di diritto criminale*, V, 1873, pag. 19: “la metafisica del diritto processuale ha per sua missione di proteggere contro gli abusi e gli errori dell’autorità tutti i cittadini innocenti ed onesti”.

dell'abuso implicante essa stessa l'idea del processo come tutela del singolo di fronte alla pubblica autorità.

La radice garantista del processo in sé considerato, trova conferma nella sua funzione prima ed irriducibile: sottoporre ad un vaglio, secondo regole predeterminate, un'ipotesi accusatoria. Le modalità possono essere più o meno corrispondenti al moderno sistema di valori dello Stato di diritto, ma il fatto in sé che l'ipotesi accusatoria posta dalla pubblica autorità necessiti di un vaglio critico per condurre alla irrogabilità della sanzione, dimostra la natura di limite e non di mezzo del processo all'esercizio del pubblico potere. Tale limite in particolare si sostanzia in un giudizio di corrispondenza tra un asserto accusatorio e il fatto attribuito all'imputato. Un giudizio di corrispondenza devoluto ad un organo che lo effettua secondo forme e modalità predeterminate e concluse in un sistema normativo. Da qui emerge la natura del processo come macchina epistemologica: suo compito è la verifica o falsificazione di un enunciato accusatorio. La sua funzione è di accertare le condizioni di fatto e di diritto che consentono la sussunzione della fattispecie concreta, il fatto storico accertato, nella fattispecie incriminatrice astratta e, in conseguenza di ciò, statuire la sussistenza di un dovere legale di punire o meno. In questo quadro il processo si qualifica come il luogo di concreto ed effettivo esercizio dei diritti individuali in cui un ordinamento si riconosce. Secondo una nota definizione, il diritto processuale penale sarebbe diritto costituzionale applicato.

L'importanza di tale giudizio di corrispondenza è tuttavia messa in gravissima crisi dall'approdo novecentesco dell'epistemologia e dalla filosofia del diritto.

Costituisce ormai presupposto culturale indefettibile di ogni sistema processualpenalistico civile, che il fatto storico, oggetto dell'imputazione, sia ontologicamente inattingibile. Il processo penale dunque si ritrova a confrontarsi con l'impossibilità stessa di pervenire ad una ricostruzione certa, indiscutibile, incontrovertibile dei fatti. L'idea è paralizzante e può suonare nichilista. Istintivamente infatti non può che rappresentarsi il processo come luogo di accertamento della "Verità", accertamento da cui solo possono discendere le gravi conseguenze giuridiche che l'applicazione della legge penale comporta. Ora, invece, constatiamo come una verità oggettiva, assoluta, definitiva sia ontologicamente inattingibile.

In realtà questa affermazione roboante va chiarita e specificata. L'ingresso nella coscienza civile, scientifica e giuridica di elaborazioni come il principio di indeterminatezza di Heisenberg² o la prova di Godel³, se correttamente trasportati dalla fisica e dalla matematica al terreno del diritto, non fanno che dimostrare l'impossibilità di concepire una conoscenza oggettiva indipendente dal metodo utilizzato⁴. E' lo strumento epistemico che condiziona il risultato e qualifica come "vera" una certa affermazione. In altri termini non sussiste strumento ricostruttivo, tantomeno quello processuale, il quale non ha a che fare con lo studio di fenomeni scientifici inquadrabili in andamenti statistici, ma con l'irripetibilità di un singolo comportamento umano, in grado di pervenire ad una assoluta e incontrovertibile verità storica. Se poi ci si sposta dall'iperuranico mondo dell'epistemologia al più concreto terreno del processo penale non può farsi a meno di notare come sia illusorio intendere quel giudizio di corrispondenza come operato tra un'affermazione ed un fatto. Qualificare come vera l'attribuzione della condotta dedotta nell'imputazione, non significa affatto qualificare come vero un fatto. Un fatto storico non è realtà omogenea ad un enunciato narrativo (l'imputazione) e, quindi,

² Tale principio stabilisce l'impossibilità di misurare esattamente e contemporaneamente la posizione e la velocità di una particella atomica in quanto "nella fisica atomica non è possibile astrarre in alcuna materia dalle modificazioni che l'osservatore produce nell'oggetto osservato". Sempre secondo Heisenberg: "il metodo scientifico...diviene consapevole...che il metodo non può separarsi dall'oggetto". In questo modo "la sola teoria della conoscenza che possa essere oggi valida è quella che si fonda su questa verità della microfisica: lo sperimentatore fa parte del sistema sperimentale". Traslato nell'ambito del processo non può che riferirsi sia al giudice, che al suo metodo: il processo stesso come complesso di regole e di principi legalmente predeterminati.

W. HEISENBERG, *La teoria dei colori di Newton e di Goethe alla luce della fisica moderna*, in *Mutamenti nelle basi della scienza*, Boringhieri, 1944, pag. 88 e ss.; W. HEISENBERG, *La fisica dei nuclei atomici*, Sanzoni, 1952, pag. 37.

³ Tale teoria ha postulato nel campo della matematica l'esistenza di un gruppo di proposizioni indecidibili e ciononostante qualificabili come vere. In altri termini si è stabilito che l'insieme delle proposizioni che la mente umana è in grado di *intelligere* come vere è necessariamente più ampio di quello delle proposizioni matematicamente dimostrabili. K. GODEL, *Proposizioni formalmente indecidibili dei Principia matematica e di sistemi affini*, in E. AGAZZI, *Introduzione ai problemi dell'assiomatica*, Vita e pensiero, 1961, pag. 203 e ss.

⁴ In questo senso anche K. R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica* (1934), Einaudi, 1970, pag. 101 e ss.

non è ad essa confrontabile, e, peraltro, non può dirsi vero o falso, ma esistito o non esistito. Di conseguenza si evince che oggetto dell'accertamento processuale altro non è che una corrispondenza tra una dichiarazione accusatoria e altri enunciati fattuali: le prove⁵. In questo senso non può che asserirsi la natura ontologicamente indiziaria di ogni mezzo di prova concepibile, in quanto idoneo ad acquisire un significato utile alla ricostruzione del fatto unicamente all'esito di un procedimento inferenziale effettuato dal giudice e mai a fornire una conoscenza "diretta" di esso. Anzi potremmo dire che tale processo logico-epistemico rappresenta il *proprium* dell'organo giudicante a prescindere dalla sua collocazione in un sistema dominato dalle prove legali o, come il nostro, dal principio del libero convincimento.

Il processo, dunque, è uno strumento epistemologico che non scopre verità ma "le crea". E tali verità sono artificiali proprio perché fabbricate all'interno di un procedimento che si snoda nel rispetto di regole legislative. Verità definite tali in quanto dotate di forza cogente, non già per l'idoneità a superare le critiche e le falsificazioni successive, ma in quanto congelatesi in *res iudicatae*. E' la forza formale che l'ordinamento le riconosce a qualificare l'accertamento giudiziale come "verità". Alternativa non vi può essere visto che il processo è dominato da un'esigenza decisionista e imperativa che non può arretrare neanche di fronte alla consapevolezza della fallibilità dello strumento.

Di qui la riduzione del concetto di "Verità" a quello più limitato di verità giudiziale. Di qui la teoria relativista della prova che informa di sé i moderni ordinamenti processuali: non esiste la prova in sé, esiste la prova storicamente ammessa ed acquisita in quel procedimento e in quelle circostanze di luogo, di tempo e di persona. Di qui l'affermarsi in dottrina della teoria semantica della verità secondo la definizione di Tarski⁶.

⁵ F. NIETZSCHE, *Frammenti postumi 1885-1887*, in *Opere F. N.*, Adelphi, Milano, vol. VIII, t. I, 1975, pag. 299: "contro il positivismo...direi: no, proprio i fatti non ci sono, bensì solo interpretazioni. Noi non possiamo constatare nessun fatto in sé; è forse assurdità volere qualcosa del genere".

⁶ Tale concezione, esposta da Tarski nel 1944, risponde all'esigenza di costruire una teoria della verità epistemologicamente neutra: che, stando alle parole di Ferrua, "non risolve il problema dell'impossibile confronto tra linguaggio e mondo". Essa fornisce infatti una definizione nominale di "verità": "x è vero se e solo se p" dove "p" è un enunciato qualunque e "x" il nome di questo enunciato. L'esempio più ricorrente a esplicazione di tale teoria è relativo all'equivalenza "l'enunciato

Il risvolto di questo discorso appare, infine, la sovrapposizione tra la nozione di verità con quella di validità: è vero l'enunciato fattuale contenuto nell'imputazione in quanto ciò ha stabilito l'organo giurisdizionale competente all'esito di un procedimento conforme alle regole processuali: cioè valido.

Gli approdi di tale ragionamento non devono condurre a conclusioni semplicistiche. Il riconoscimento della limitatezza delle possibilità gnoseologiche dello strumento processuale, nonostante il suo fondamento garantistico, rischia di aprire scenari sghembi. Da una parte, ammettere la sussistenza di un radicale, ineliminabile dubbio circa l'accertamento fattuale presupposto in sentenza, coordinato col principio "*in dubio pro reo*", condurrebbe alla teorizzazione della illegittimità di ogni giudizio condannatorio. Dall'altra, la medesima consapevolezza circa la ontologica imperfezione dello strumento, potrebbe indurre a rifugiarsi in un pericoloso scetticismo giudiziario atto a risolvere il processo al mero elemento imperativistico e soggettivistico (dunque a minarne alla base la funzione). Sarà Popper a dimostrare la vacuità di tali posizioni.⁷

La consapevolezza circa la relatività dell'accertamento processuale e, in particolare, l'inattuabilità di una verità storica oggettiva non va tuttavia considerata cinica e tautologica analisi di un sistema autoreferenziale e assiologicamente vuoto, bensì il

la neve è bianca è vero se e solo se la neve è bianca". Tale equivalenza non implica nulla relativamente alle condizioni alle quali un enunciato come "la neve è bianca possa essere asserito". P. FERRUA, *Studi sul processo penale*, Giappichelli, 1992, pag. 64.

Come si può arguire tale soluzione non risponde effettivamente agli scopi della costruzione di una nozione di verità giudiziale ma rischia di apparire tautologica. Il processo infatti non è uno strumento di cognizione epistemologicamente né assiologicamente neutrale.

⁷ Popper sosterrà infatti che sia gli "irrazionalisti" che gli "scettici" sono in realtà dei "verificazionisti e dei giustificazionismi delusi". Ciò in quanto pervenuti a tali conclusioni all'esito del constatato fallimento della propria ricerca di una verità assoluta e incontrovertibile. K. R. POPPER, *Scienza e filosofia: cinque saggi*, Einaudi, 1991, pag. 182.

Alla stessa conclusione perviene L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1989, pag. 37: "l'alternativa tra il mito illuministico della certezza giuridica oggettiva e il decisionismo soggettivistico nel diritto è paragonabile a quella, da sempre ricorrente nella storia della filosofia della conoscenza, tra dogmatismo realistico e scetticismo relativistico, cioè tra la pretesa che la scienza sia dotata di...verità assoluta e l'idea che la verità è inaccessibile e la scelta tra teorie concorrenti è arbitraria.

contrario. Sgomberato il campo da messianiche prospettive di raggiungimento di certezze assolute il discorso subisce una traslazione, che oggi fonda i sistemi processuali democratici e li differenzia da quelli autoritari, dal risultato dell'accertamento al metodo con cui è perseguito. La legittimazione, non solo giuridica ma altresì "politica" dell'accertamento non è l'apprensione di una "Verità" ufficiale autoproclamantesi tale⁸, bensì la conformità dello strumento epistemologico alle regole legali che lo disciplinano e ai principi costituzionali che pervadono l'ordinamento. In questo senso la verità processuale è tale, non perché manifestazione di un organo investito del potere di dichiararla, ma in quanto costruita all'esito di un giusto processo. Dunque, se la conoscenza non può essere indipendente dallo strumento con cui è apprezzata, la giustizia della decisione si fonda sulla conformità dello strumento conoscitivo ai canoni costituzionali di giustizia in cui l'ordinamento si riconosce.

Da ciò, altresì, una rifondazione di alcuni principi fondamentali del nostro sistema costituzionale e processuale, *in primis* il principio del contraddittorio, non soltanto come insopprimibile e irrinunciabile espressione del diritto di difesa dell'imputato e, quindi, come garanzia individuale (pur inviolabile), ma come modalità epistemica immanente allo strumento processuale. In altre parole le garanzie dell'imputato o le forme del processo costituiscono non più o non solo fondamentali corollari dei principi supremi dell'ordinamento, ma modalità concrete di disvelamento di una verità giudiziale che, in loro assenza, non solo non potrebbe considerarsi valida, ma neanche qualificarsi come tale. Siamo alla legittimazione processuale della sentenza: "ogni trattamento che sarebbe stato giusto in base a un criterio autonomo per determinare risultati giusti è di fatto ingiusto se applicato senza un procedimento adeguato"⁹. Storicamente la linea di demarcazione tra una concezione assolutistica ed

⁸ CARNEVALE, *Lo Stato e la attuazione del diritto nel processo criminale*, 1917, pag. 489 (Scuola positivista): "Il processo criminale non è più una combinazione di forze; onde la considerazione dei soggetti che hanno ingresso nel processo e vi operano prende un altro orientamento e la loro figura un altro valore; tutto è inquadrato nella necessità superiore della scoperta del vero, così che ogni attività singola deve elevarsi a mezzo di tale scoperta. La via migliore per giungervi non è il contrasto delle parti, ma la ricerca oggettiva".

⁹ D. RESNICK, *Due process and Procedural Justice*, in J.R. PENNOCK E J.W. CHAPMAN, *Nomos*, 1997, pag. 213.

una relativistica (e comunque limitata) della verità giudiziale, segna altresì il passaggio da un modello inquisitorio ad uno accusatorio. Il primo, almeno nelle sue forme più estreme, tipico dei regimi totalitari, si prefigge un risultato utopico: il raggiungimento di una verità assoluta, oggettiva, incontrovertibile. Nell'esperienza fascista dominava l'idea secondo la quale "l'accertamento processuale relativo alla pretesa punitiva dello Stato avviene in base al principio della verità materiale"¹⁰. Verità materiale o reale in quel contesto si definisce per differenziazione con verità formale, ammessa nel processo civile e solo in relazione alle controversie con oggetti disponibili dalle parti in lite.

Il ragionamento è geometrico: la pretesa punitiva dello Stato (interesse pubblico) deve estrinsecarsi nella punizione del colpevole attraverso la ricostruzione della verità storica. Questo risultato è ottenibile attraverso l'azione coordinata di più soggetti pubblici nelle forme del processo e rappresenta uno scopo fondamentale per preservare l'autorità dello Stato nonché l'effetto terroristico sortito dalla sua legislazione penale¹¹.

Logico che per questa via la verità assuma una nozione sostanziale incompatibile con le regole formali del processo. Si determina, in tal modo, una tensione tra sostanza e forma, tra verità e validità che finisce per attribuire la prevalenza al primo dei due valori in competizione. E' tale missione di verità che conduce all'eversione delle regole legali o alla loro soppressione. E' questa ossessione inquisitoria che conduce alla tortura, alla dissoluzione dell'inquisito come persona ed alla sua trasformazione

¹⁰ V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice*, vol. I, UTET, 1931, pag. 184.

¹¹ L'assioma in realtà non è esclusiva dell'ideologia fascista. Così Cass., 9 giugno 1916: "Salvo restrizioni da altre indeclinabili esigenze richieste, l'accertamento processuale penale circa la pretesa punitiva dello Stato deve attuarsi in base al principio della ricerca della verità materiale, in quanto che lo Stato ha interesse alla punizione di una persona solo se questa sia realmente colpevole e nella misura della di lei colpevolezza. Il processo penale non è un processo di parti, e, per necessità superiore, impone al giudice di conoscere il vero ed attuare il diritto per effetto di sua diretta attività processuale". Abbiamo qui un organo giudicante affamato di certezze e investito di una missione di verità. Nel processo fascista questa concezione verrà ulteriormente esasperata ed il potere giurisdizionale si muoverà alla ricerca di verità assolute e definitive.

in scatola umana da cui estrarre, pezzo per pezzo, la propria verità. In tale contesto il passaggio dalla giustizia legale alla giustizia politica sarà breve¹².

Concezioni siffatte non sono tuttavia relegate nel passato e abbandonate per sempre, bensì riemergono, *sub specie* di nuove insofferenze per “fronzoli” formalistico-procedurali e confusioni applicative a diversi gradi di consapevolezza. Un esempio per tutti, il tentativo, a più riprese esperito, di traslare il principio del libero convincimento da regola a contenuto negativo, riguardante il momento valutativo della prova, in autorizzazione all'accertamento “libero”, in violazione del metodo legale di ricerca, ammissione e acquisizione delle prove.

Viceversa un modello processuale di stampo accusatorio e democratico è più disposto ad ammettere la sua limitatezza ed a sciogliere il concetto di verità processuale nelle regole del giusto processo: “il fine della verità anima le indagini dello scienziato come le intuizioni dello stregone: ma è piuttosto il primo, che non il secondo, disposto ad ammettere onestamente di non saperla catturare”¹³.

1.2 Vocazione cognitiva della giurisdizione penale

Residua un problema. Un sistema gnoseologico orientato, non già alla mera ricostruzione di una conoscenza speculativa, bensì alla determinazione della sussistenza delle condizioni legali dell'applicazione della pena, non può trovare legittimazione solo e soltanto nelle modalità del suo incedere.

Se è vero che è il giusto processo (art. 111 Cost.) a fondare la giustizia e l'accettabilità del *dictum* giudiziale, è altresì immanente al sistema la ricerca di un fondamento pre-giuridico e assiologico, nonché di principi-guida, fruibili tanto dal legislatore quanto dall'interprete. Tanto più che le caratteristiche dello strumento processuale non possono immaginarsi come casuali approdi epistemologici ma, al

¹² Altri esempi storici sono possibili. Basti ricordare alcuni autori sovietici i quali affermavano che l'obiettivo del loro processo era accertare la “verità oggettiva”; l'accettazione di qualsiasi criterio meno rigoroso essendo bollata come borghese. T. N. DOBROVOLSKAIA, *Printsipi sovetskogo ugolovnogo protsessa*, Mosca, 1971, pag.121- 125, citato in M. DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere*, il Mulino, 1986, pag. 269.

¹³ P. FERRUA, cit., pag. 49.

contrario, costituiscono decantazione del patrimonio culturale, storico e giuridico profondo di una comunità. Patrimonio, nella nostra esperienza giuridica, costituente il nucleo di principi fondamentali, irrinunciabili e identitari dell'ordinamento stesso, ipostatizzati nella Costituzione. In altri termini lo strumento processuale, in quanto idoneo a discernere e decidere in merito alla compressione dei diritti inviolabili della persona, non può trovare legittimazione e fondamento su una concezione epistemologica neutrale.

Questa la ragione di fondo per cui, pur nella accettazione della propria limitatezza e relatività, la verità giudiziale, in quanto presupposto applicativo della legge penale, non può non basarsi su una concezione socialmente diffusa e comune di verità quale corrispondenza ai fatti. L'intero meccanismo processuale, generatore di verità, non può non essere dominato da una tensione verso l'accertamento (pur approssimativo, artificiale e storicamente condizionato) del fatto storico.

Il relativismo gnoseologico insito nella condizione umana non può, infatti, giustificare una aprioristica rinuncia alla ricerca di una verità quale corrispondenza agli eventi, pur dogmaticamente imperfetta, ma socialmente accettabile, in quanto idonea a minimizzare i profili di arbitrarietà. "Sarebbe infatti difficile giustificare la pretesa punitiva se si dovesse ritenere che il fatto storico costituente reato non esiste finché non lo crea il giudice; che l'enunciato di colpevolezza, sulla cui base è inflitto il carcere, non ha con la realtà, con ciò che è stato, alcun rapporto di adeguatezza o di corrispondenza"¹⁴.

Tali asserzioni non rappresentano, come potrebbe apparire, postulazioni di mero principio, ma, al contrario, trovano precisi punti di emersione ai massimi livelli dell'ordinamento giuridico, le norme costituzionali. L'attuale ordinamento costituzionale, infatti, costruisce un sistema penale basato su due principi irrinunciabili e tra loro intrecciati, in rapporto di reciproco completamento-interferenza: il principio di legalità e il principio di necessaria giurisdizionalità dell'accertamento penale.

In altri termini, si ritiene non sufficiente restringere tassativamente le ipotesi di responsabilità penale alle fattispecie incriminatrici predeterminate legislativamente, ovvero attraverso lo strumento espressione della volontà generale. A tale elementare

¹⁴ P. FERRUA, cit., pag. 74.

canone di civiltà giuridica, di per sé non sufficiente a fondare un sistema democratico e garantistico, va necessariamente associata la riserva di giurisdizione. Radice di tale postulato è, a sua volta, la presunzione di innocenza, assieme fondamento giuridico-ideologico dell' accertamento giurisdizionale, dell' assunto di colpevolezza, e "criterio basilare di gnoseologia giudiziaria"¹⁵.

Nessun individuo può dunque essere riconosciuto come colpevole se non all'esito di un processo valido, in quanto conforme alla legge. A sua volta tale presunzione stabilisce sia una modalità imprescindibile di applicazione della legge penale, sia un limite costituzionale alla legge processuale medesima, nonché un indirizzo all'interprete. Siamo al nodo centrale.

Dottrina autorevole costruisce il canone dell' indefettibilità dell' accertamento penale dalla presunzione di innocenza, giacché limite invalicabile della sfera giuridico-soggettiva dell' individuo è il riconoscimento della sua colpevolezza nelle forme del giusto processo e sulla base di un accertamento storico- fattuale basato sulle prove. Ribaltata così la tradizionale posizione scientifica e giurisprudenziale (su cui risulta attardata la stessa Corte Costituzionale) che riconduce tale indefettibilità al principio dell' obbligatorietà dell' azione penale (a sua volta stretta conseguenza del principio di legalità), si giunge finalmente a riconoscere alla presunzione d' innocenza il ruolo di cardine dell' intero sistema processuale penale. Conseguentemente, logico appare qualificare l' obbligatorietà dell' azione penale, non più come anacronistica e autoritaria promanazione di una concezione legolatrice e imperativistica, bensì come "reciproco"¹⁶ della presunzione d' innocenza stessa.

Se questo è il mondo in cui ci muoviamo, non può che accogliersi e fare propria l' ovvia deduzione circa la natura fondamentale cognitiva dell' accertamento processuale. Se la presunzione d' innocenza è il motore attorno a cui ruota il sistema, il processo non può che concepirsi come macchina epistemologica dominata da una vocazione cognitiva.

"L' esigenza eminentemente sostanziale di garantire l' immunità del cittadino incolpevole da punizioni arbitrarie e di assoggettare a pena esclusivamente chi abbia davvero posto in essere colpevolmente il fatto di reato tassativamente individuato

¹⁵ G. ILLUMINATI, *La presunzione d' innocenza dell' imputato*, Zanichelli, 1979, pag. 79.

¹⁶ G. ILLUMINATI, *cit.*, pag. 86.

dalla legge impone alla giurisdizione penale di essere cognitiva, di essere cioè il luogo della verifica e della falsificazione empirica della ipotesi accusatoria”¹⁷.

Dunque nel nostro sistema costituzionale il processo risulta strumento imperfetto e limitato, ma ontologicamente orientato al vero. Non già luogo di edificazione di verità ufficiali (come in certe teorie positiviste), ma di accertamenti concreti che trovano fondamento nel metodo della ricerca e nella sua imprescindibile tendenza all'accertamento dei fatti.

Per riprendere un'efficace distinzione dottrina¹⁸, l'ordinamento giuridico italiano sembra identificabile come modello di “diritto penale minimo” e il sistema processuale come “processo cognitivo” in cui “ le garanzie processuali che circondano l'accertamento della verità processuale..., assicurano il raggiungimento di una verità minima in ordine ai presupposti della sanzione, ma anche garantita, grazie al carattere empirico e determinato delle ipotesi accusatorie, da canoni di conoscenza come la presunzione di non colpevolezza, il principio *in dubio pro reo*, la pubblicità del procedimento probatorio, il contraddittorio e il diritto di difesa mediante falsificazione dell'accusa”. Un sistema dunque che si differenzia ed anzi rifiuta il modello “decisionistico” orientato alla ricostruzione di una “verità massima”, incontrovertibile, aprioristica, perseguita attraverso uno stile prevalentemente inquisitorio, unilaterale, onnivoro, dominato dall'idea che “il fine giustifica i mezzi”. Possiamo dunque giungere alla conclusione che è questa tensione ad una verità minima e parziale, ma controllata, prodotto di un metodo espressivo dei valori fondanti una comunità organizzata, la vera fonte di legittimazione della giurisdizione penale nel nostro ordinamento.

Urge un chiarimento.

¹⁷ M. L. DI BITONTO, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Giappichelli, 2004, pag. 54.

¹⁸ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pag. 550.

Lo stesso autore, con assoluta nettezza, sgombera il campo da pericolose tentazioni di ricercare una giustificazione e legittimazione dell'esercizio della giustizia penale tanto in concezioni meramente strumentalistico- utilitarie, quanto consensualistiche o democratiche. Tali approdi infatti demolirebbero il principio di matrice liberale secondo il quale la giurisdizione penale trae legittimità nella rigorosa applicazione della legge nelle forme del processo, e mai può tramutarsi in ricerca del consenso della comunità, strumento di sovraordinazione degli interessi sociali, pur maggioritari, sulla libertà dei singoli, terapia di igiene sociale.

Come si traduce in termini giuridici tale vocazione, tale ambizione ideale, tale fondamento parzialmente pre- giuridico della giurisdizione?

Ciò che viene definito come “vocazione cognitiva della giurisdizione penale”, in realtà, rappresenta un principio di diretta promanazione dalla presunzione di innocenza, quindi costituzionale e, di conseguenza, idoneo ad esplicare un effetto performativo (giuridico) in almeno tre direzioni. In primo luogo, la precettività della norma costituzionale si pone come faro dell’attività legislativa *ex ante*, come parametro di legittimità della norma positiva *ex post*. In secondo luogo rappresenta una linea- guida per l’operatore giuridico, il laico come il giudice. Mai come strumento di eversione o elusione delle regole legali circa l’ammissione e l’acquisizione della prova, bensì come criterio atto ad orientare l’attività interpretativa all’interno degli ineliminabili margini di discrezionalità che si aprono nelle pieghe della procedura. Infine tale vocazione cognitiva, tale afflato gnoseologico, non può che costituire parametro di valutazione critica del cittadino nei confronti dell’esercizio della giustizia. E’, infatti, connaturale all’ordinamento democratico la piena, ed anzi doverosa, osmosi (nel senso di conoscibilità, criticabilità, partecipazione) tra esercizio della funzione giudiziaria (non a caso generalmente pervasa da un principio di pubblicità) e opinione pubblica, nei rispettivi ruoli, a presidio dello stesso principio della sovranità popolare.

L’ordinamento è dunque pervaso da un obiettivo di verità. Il fatto che, in senso dogmatico- epistemologico e scientifico una verità oggettiva non sia attingibile è scontato, ma non compromette il principio, al contrario, lo illumina. In tale contesto il concetto di verità da un lato diviene criterio direttivo per il legislatore, dall’altro si fonde e si trasforma in metodo gnoseologico, il giusto processo.

Quest’ultimo, dunque, esprime i valori e determina il grado della civiltà giuridica dell’ordinamento stesso, rappresentando null’altro che una specificazione concettuale e normativa della presunzione d’innocenza, reale *Grundnorm* dell’intero sistema processuale. Il legislatore appare a questo punto un moderno Sisifo, destinato eternamente a perseguire faticosamente un risultato sostanzialmente irraggiungibile ma irrinunciabile, la verità quale corrispondenza al fatto, quale presupposto indefettibile di verifica dell’ipotesi accusatoria.

Se l'accertamento della verità, nel senso "debole" lungamente illustrato, rappresenta principio guida dell'ordinamento processuale, ciò non determina una sua collocazione al vertice dei principi costituzionali che pervadono l'ordinamento. Lo iato tra vocazione cognitiva dell'accertamento e altri valori costituzionalmente tutelati dall'ordinamento si risolve, sovente, in una consapevole barriera all'accertamento stesso, in componente ontologica del meccanismo, in lente deformante attraverso cui il giusto processo, "fabbrica" la propria verità.

Principi costituzionali idonei a comprimere e impedire il pieno esplicarsi della tensione cognitiva del processo sono dunque connaturati ad un sistema strutturato su una graduazione di valori che vede nei diritti della persona il suo vertice apicale. Diritti la cui tutela legittima e impone, non tanto una limitazione, quanto una conformazione dello strumento processuale, terreno di elezione di agibilità stessa di tali diritti. Di conseguenza i principi del giusto processo (*ex art. 111 Cost.*) ed in particolare il principio del contraddittorio, il pieno e incondizionato diritto di difesa (tra cui, fondamentale, il diritto al silenzio), la presunzione di innocenza, non rappresentano soluzioni tecniche o mere regole di giudizio, ma fondano e determinano la conformità del processo ai valori costituzionali supremi e ne costituiscono lo statuto epistemologico.

Il compito di operare questo delicatissimo bilanciamento tra esigenze di verità e tutela dei principi supremi dell'ordinamento giuridico, talvolta palesemente configgenti tra loro, spetta alla legge processuale. Tessuto normativo che, esposto ad un vaglio di legittimità costituzionale, opera e dà effettività a questo bilanciamento di valori attraverso il principio di legalità della prova. Esso trova il suo fondamento cogente nelle regole di ammissione e acquisizione della prova, nel suo presidio sanzionatorio, la categoria dell'inutilizzabilità (art 191 c.p.p.), nonché in episodiche previsioni di nullità speciali, rapsodicamente cumulate alla sanzione di inutilizzabilità.

Tra queste regole processuali, ruolo fondamentale gioca quel gruppo di norme che potremmo definire regole di esclusione probatorie, cioè norme prescrittive di veri e propri divieti (assoluti o relativi) di ammissione o di acquisizione della prova (la distinzione tra le due categorie è, sul piano teorico, inesistente in quanto la prova acquisita irrualmente rappresenta prova differente da quella ammessa). Il legislatore

impone dunque limiti invalicabili alla macchina giudiziaria, che pure costituzionalmente tende all'accertamento dei fatti. Di conseguenza è ormai pacifica in dottrina l'idea che tali ostacoli all'attività conoscitiva giudiziale, debbano trovare fondamento in un bilanciamento ragionevole tra vocazione cognitiva della giurisdizione, e quindi indefettibilità dell'accertamento penale, e altre norme costituzionali di vertice a tutela dell'individuo. Solo esigenze di preservazione dei diritti fondamentali della persona possono costituire, infatti, ragione sufficiente di una compressione della "missione" di verità della macchina processuale.

L'attuale sistema processuale prevede sostanzialmente due tipologie fondamentali di regole di esclusione: divieti probatori motivati da una valutazione di inattendibilità dello strumento gnoseologico utilizzato¹⁹, divieti probatori motivati dall'esigenza di bilanciare l'interesse all'accertamento dei fatti con altri interessi costituzionalmente prevalenti²⁰.

Punto di emersione di tale metodo di ragionamento è l'art 189 c.p.p., in materia di prove cd. "atipiche", il quale, intendendo risolvere l'annosa questione circa la tassatività o meno dei mezzi di prova codificati, necessariamente, si risolve in una regola a contenuto flessibile che investe il giudice dibattimentale della sua concreta applicazione. L'importanza di tale statuizione ha, nella struttura dell'attuale codice, perso di effettiva utilità pratica, in quanto la flessibile strutturazione delle fattispecie

¹⁹ Un esempio può rintracciarsi nell'esclusione dal processo di ogni informazione anonima e non verificabile. Principio di fondo, all'origine di una pluralità di divieti probatori che, se nel caso della testimonianza *de auditu* (art. 195 c.p.p.) può altresì trovare fondamento nella tutela del contraddittorio, nel divieto di ammissione- acquisizione di documenti anonimi (con le dovute eccezioni) ai sensi dell'art. 240 cp.p., comma 1, trae esclusivo fondamento in una valutazione legislativa di inattendibilità. Valutazione del tutto comprensibile e non priva di importanti risvolti garantistici.

²⁰ Persino banale menzionare a titolo di esempio il divieto assoluto di utilizzazione di "metodi e tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti" (art. 188 cp.p.) e ciò a prescindere dal consenso o meno della persona interessata (e quindi dalla liceità penale dell'utilizzazione di strumenti come il *lie- detector*, l'ipnosi e *similia*). In realtà in tale norma si salda un principio di tutela della libertà morale della persona, del tutto preminente e indisponibile, con una valutazione, ma del tutto recessiva, di inattendibilità dei mezzi tecnologici a disposizione. Emerge insomma una scelta dell'ordinamento di tale nettezza che non potrebbe mutare anche qualora la tecnologia rendesse disponibili strumenti assolutamente sicuri, in quanto valore prioritario e supremo permane il diritto all'autodeterminazione della persona.

probatorie “tipiche” risulta così dilatata e passibile di estensioni interpretative tali da rendere inattuale la questione²¹ (questione, invece, dibattutissima e di grande rilievo pratico nel precedente ordinamento processuale). Risultano infatti assai ridotte le ipotesi di prove non inquadrabili nelle disposizioni codicistiche del libro terzo. Tuttavia la norma conserva elevato valore simbolico e di principio.

La valutazione circa l’ammissibilità della prova non disciplinata è, infatti, rimessa all’apprezzamento del giudice sulla base di due valutazioni fra loro gerarchizzate. *In primis* è necessario che l’assunzione della prova non pregiudichi la libertà morale della persona, intesa come condizione ostativa soverchiante e assorbente ogni altra. Ci troviamo a questo proposito in un bilanciamento tra valori costituzionali: l’indefettibilità dell’accertamento penale da una parte e la libertà morale della persona dall’altra. Tra le due, l’ispirazione personalistica dell’ordinamento, fa propendere per la seconda.

In secundis il giudice valuta la idoneità dello strumento utilizzato ad assicurare “l’accertamento dei fatti”. Siamo dunque ad una valutazione sotto-ordinata circa la attendibilità intrinseca del mezzo di prova che non trova fondamento in un conflitto tra valori costituzionali, ma nella stessa esigenza di verità, di attendibilità dell’accertamento fattuale.

1.3 *Il segreto come categoria processuale*

Qualunque sistema processuale, in quanto macchina funzionalmente rivolta alla ricostruzione di una verità rilevante ai fini dell’applicazione della legge penale, ha il suo centro nevralgico nel diritto probatorio. Tale asserzione è di particolare evidenza con riferimento ai modelli processuali di ispirazione accusatoria nei quali è proprio il

²¹ Si pensi solamente al tenore letterale dell’art. 216 che contempla l’ipotesi di ricognizione di “voci, suoni, o di quanto altro può essere oggetto di percezione sensoriale”.

Nell’attuale sistema normativo la questione, insomma, si sposta da un problema classificatorio ad un problema forse ancor più insidioso: la distinzione interpretativa tra “prova atipica” e “prova irrituale” cioè acquisita in violazione della legge processuale. Spesso la qualificazione quale prova atipica costituisce un cavallo di Troia utilizzato con eccessiva leggerezza per contrabbandare nel processo prove vietate.

diritto probatorio a costituire “l’impalcatura della decisione”²². Occorre domandarsi quale la collocazione dei segreti, processualmente rilevanti, in tale contesto.

Le norme sulle prove, costituendo filtro legalmente determinato alle possibilità cognitive della giurisdizione penale, prescrivono oggetto, limiti, modalità e tempi dell’indagine istruttoria. In un quadro siffatto un inquadramento teorico generale e complessivo della categoria dei segreti risulta problematico per la eterogeneità delle disposizioni che tale categoria coinvolge, eppure di grande utilità. Le opportune e doverose distinzioni saranno approfondite in seguito, ma, in sede di prima approssimazione, ciò che più conta, è comprendere la posizione nettamente antagonista di tali istituti con l’esigenza di accertamento dei fatti in sede processuale²³. A vario titolo, e con varie modalità, trattasi di norme processuali idonee a costituire o consentire una sfera di indicibilità o di immunità di alcuni fatti storici dall’accertamento processuale. Si è di fronte ad una palese conflittualità tra ricerca della verità e tutela di interessi esogeni al processo. Effetto ostativo all’accertamento che prescinde, nella maggioranza dei casi (non, come vedremo, *ex art. 200 c.p.p.*, numero tre, comma secondo), dalla decisività del mezzo di prova “impedito” rispetto al tema del giudizio. L’impatto dell’operare di queste regole, quindi, va a detrimento della funzione cognitiva del processo, potendone comportare finanche la paralisi.

Occorre a questo punto ricercare le fondamenta costituzionali, ovvero ricostruire, secondo il meccanismo precedentemente accennato, i termini di quel bilanciamento tra valori costituzionali supremi che solo può legittimare un sì rilevante *vulnus* all’accertamento processuale. Ragioni di completezza impongono una frammentazione dell’analisi che sarà svolta separatamente per categoria di segreto,

²² G. ILLUMINATI, *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, voce in *Enciclopedia Giuridica*, Istituto dell’Enciclopedia italiana, 1988, vol. I, pag. 3.

²³ P. FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, III edizione, 2007, pag. 324. L’autore parla apertamente di “scissione tra ciò che è materialmente vero e ciò che si accerta in base alle prove” in quanto “nel processo non tutto è prova...essendovi precise regole di costituzione del materiale probatorio dettate dal legislatore...Alcune di queste servono valori in aperto conflitto con quello di verità: si pensi alla materia dei segreti professionale, d’ufficio o di Stato, dove all’istanza cognitiva prevale appunto quella della segretezza”.

assieme all'approfondimento delle principali differenze strutturali tra di essi, data la inscindibile connessione tra interessi tutelati e modello processuale di tutela prescelto.

Su un piano propriamente processuale, ci sembra di poter affermare che le norme sui segreti rappresentano una categoria autonoma e peculiare, tale da configurare un vero e proprio sottosistema normativo all'interno del libro III e, più in generale, del diritto probatorio. Tali disposizioni determinano, nel meccanismo legale di allegazione degli elementi utili alla decisione, l'interposizione di un diaframma, soggettivamente attivabile, che, inequivocabilmente, circoscrive i poteri istruttori del giudice e delle parti. Alle ordinarie regole, che disciplinano il procedimento di ammissione e acquisizione della prova, si frappone, infatti, un diritto d'astensione dalla testimonianza, liberamente esercitabile dal chiamato a deporre. Tale parentesi procedimentale, tipica della disciplina dei segreti, da un lato, inibisce i poteri coercitivi del giudice sul teste, dall'altro neutralizza l'obbligo di rispondere veridicamente, che l'art. 198 c.p.p. pone in capo a quest'ultimo. Si verifica così la situazione insolita in cui una prova ritualmente ammessa non debba, per ciò solo, essere acquisita, corrispondendo, ordinariamente, il provvedimento ammissivo all'insorgenza di un vero e proprio diritto alla acquisizione della prova in capo alle parti interessate (salvo revoca ordinanza ammissiva ai sensi dell'art. 495 c.p.p., quarto comma)²⁴. In particolare, l'elemento interposto nella sequenza procedimentale, consta di una condizione negativa, identificabile nella volontà del teste di non avvalersi della facoltà d'astensione che la legge processuale gli accorda. Ulteriore peculiarità di tale meccanismo è che l'allegazione al corredo probatorio di una prova già ammessa non dipende da una valutazione di superfluità (successivamente maturata) rimessa ad una valutazione del giudice, né al consenso delle parti in ordine alla rinuncia all'acquisizione della prova. L'elemento che pone ancora in dubbio l'effettiva acquisibilità della prova precedentemente ammessa si risolve, invece, nella libera scelta del teste stesso e, quindi, nell'esercizio di una facoltà, prevista dalla legge, da parte di un soggetto che non è titolare di alcun potere istruttorio né di interessi meritevoli di tutela nel processo in cui è chiamato alla

²⁴ G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, III edizione, 2007, pag. 100.

deposizione. Si verifica, dunque, un'interferenza nel meccanismo dialettico di adduzione delle prove al giudizio estranea al contraddittorio tra le parti e demandata ad un soggetto terzo, egli stesso fonte di prova, in funzione di tutela di interessi che esorbitano dal *thema decidendum*. Tali asserzioni sono, senz'altro, generalissime ma contribuiscono a mettere a fuoco il problema per approssimazioni successive. Pur inquadrando le norme sui segreti in una categoria autonoma e peculiare, occorre sondarne i rapporti con l'ordinario fluire della dinamica processuale e individuarne i meccanismi di raccordo e, soprattutto, gli effetti giuridici.

Pur non potendo, per la assoluta particolarità delle fattispecie normative e per la maggiore estensione e complessità delle stesse, ridursi le disposizioni sui segreti a delle regole di esclusione probatoria *stricto sensu*, è necessario rilevare lo strettissimo nesso che, sul piano operativo, le congiunge ad esse. Ciò che consente a tale sottosistema normativo di svolgere la propria funzione, a presidio di interessi estranei al processo, e, in definitiva, di vivere nel sistema, sono proprio i divieti probatori, che da esse discendono.

Sono, in particolare, i divieti probatori soggettivi e relativi, come vedremo, deducibili dal sistema dei segreti, a determinare i più rilevanti effetti sul terreno processuale. Il principio di legalità della prova, accolto nel nostro modello, non potrebbe, infatti, tollerare la predisposizione di meccanismi procedurali incidenti sulla sequenza che determina l'allegazione del materiale probatorio al giudizio, sforniti di idonea sanzione processuale.

Presupposto di effettività delle norme istitutrici di una facoltà d'elisione dell'obbligo testimoniale, è, dunque, l'operare di una sanzione di inutilizzabilità della deposizione coartata. Se il teste ha il diritto di astenersi, naturale che il mancato rispetto di tale prerogativa debba rendere irrilevante (*rectius*, inutilizzabile), ai fini del giudizio, il contributo conoscitivo fornito *ob torto collo*. Non sembra potersi dubitare, in conclusione, che la vera architrave della normativa in esame, pur non riducendosi ad essi su un piano di teoria generale, vada, ciononostante, rintracciata nei divieti probatori che ne presidiano l'osservanza²⁵. Su questi occorre soffermarsi, data la

²⁵ Che dalle norme sui segreti, rilevanti nel processo, discendano divieti probatori, e che questi costituiscano il nucleo fondamentale delle norme ad essi dedicati, è considerazione condivisa da autorevole dottrina. Ad esempio, F. M. GRIFANTINI, *Inutilizzabilità*, voce in *Digesto delle discipline*

centralità dell'argomento per una comprensione corretta dei meccanismi di funzionamento delle norme che andremo ad analizzare singolarmente.

I divieti probatori si sostanziano e traducono in regole di ammissione- acquisizione delle prove. Introducono, nel tessuto normativo, un parametro aggiuntivo di cui il giudice deve tenere conto in sede di valutazione della ammissibilità della prova. La violazione dei divieti probatori produce una violazione del principio di legalità della prova e apre la strada alla sanzione di inutilizzabilità della stessa *ex art. 191 c.p.p.*

Occorre chiarirlo da subito: gli unici divieti probatori che determinano una reazione in termini di inutilizzabilità della prova illegittimamente acquisita, discendono da norme processuali.

E' necessario evitare ogni confusione tra illiceità della prova, ai sensi della legge sostanziale, e illegittimità della sua ammissione- acquisizione. La prima non implica la seconda e viceversa²⁶. La formazione della prova è fenomeno processuale che determina e regola il potere istruttorio spendibile nell'ambito della

penalistiche, vol. VII, Utet, 1997, pag. 248, annovera l'art. 202 c.p.p. tra le norme generatrici di divieti probatori "dettati in ragione del *thema probandum*" e gli art. 200 e 201 c.p.p. tra quelle generatrici di divieti probatori "previsti in favore delle persone che versano in determinate situazioni soggettive".

La distinzione, perorata dall'autore, circa la differente natura delle regole di esclusione che promanano dalle norme in esame, non sarà condivisa nel prosieguo della trattazione, ma, comunque la si pensi, dimostra la centralità del tema dei divieti probatori da esse deducibili.

²⁶Trattasi di un ragionamento classico nella dottrina penalprocessualista anche risalente. Menzioniamo per tutti, F. CORDERO, *Prove Illecite*, in *Tre studi sul processo penale*, Giuffrè, 1963, pag. 149: "Ora, per quanto la si cerchi, riuscirà impossibile rintracciare nel nostro codice una norma che imponga d'escludere, e in ogni caso d'ignorare, le prove ottenute con una azione illecita: le qualifiche d'inammissibilità e rilevanza appaiono formulate in base a criteri autonomi, endoprocessuali, fuori d'ogni riferimento ai paradigmi del diritto sostanziale... l'eventuale inammissibilità d'un apporto istruttorio alla cui origine si rilevi un contegno illecito, non trae origine dalla reazione dell'ordinamento alla condotta *contra jus*, bensì dall'esistenza, nel caso singolo, d'un limite probatorio più o meno esplicito". La situazione non sembra mutata con l'introduzione nell'ordinamento della categoria generale dell'inutilizzabilità.

Il tema, sviscerato con esiti sostanzialmente analoghi, come detto, è un classico degli studi processuali e molto ha impegnato la dottrina tedesca: *ex pluribus*, W. NIESE, *Doppelfunktionelle prozesshandlungen*, Vandenhoeck & Ruprecht, 1950, pag. 142; E. SCHMIDT, *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Vandenhoeck & Ruprecht, 1957, pag. 233.

giurisdizione penale. Le regole che disciplinano la sequela ammissione- acquisizione non possono che essere regole processuali, a nulla rilevando l'illiceità sostanziale, neanche penale, della condotta generatrice la prova stessa. L'inutilizzabilità è sanzione anch'essa processuale, che presidia il metodo legale di accertamento dei fatti funzionali al giudizio. Logico che insorga esclusivamente a seguito di violazioni delle norme che tale procedimento descrivono e regolamentano, processuali appunto. Se ne deduce una totale autonomia, dunque, tra concetti ed effetti giuridici sostanziali e processuali.

E' immanente al sistema giuridico che rami differenti dell'ordinamento formulino valutazioni differenti, anche dicotomiche, dei medesimi fatti. Dunque, condotte penalmente illecite possono rappresentare prove valide nel processo²⁷ (ne discuteremo lungamente a proposito della volontaria violazione dell'obbligo sostanziale di serbare il segreto), condotte penalmente irrilevanti, possono costituire prove illegittime e inutilizzabili²⁸ (si pensi alla narcoanalisi di consenziente vietata ex art.188 c.p.p.).

Sostenere che l'inutilizzabilità rappresenti una categoria generale, a presidio delle violazioni della legge processuale (probatoria), ovviamente non significa che qualsivoglia irregolarità del procedimento sia atta a determinarla. Il primo comma dell'art.191 c.p.p. parla espressamente di "divieti stabiliti dalla legge" cioè di norme che prescrivono un limite ai poteri istruttori del giudice, introducendo dunque una condizione ostativa al un positivo vaglio di ammissibilità della prova, indefettibile presupposto ontologico per la sua allegazione tra gli elementi su cui si svilupperà il libero convincimento giudiziale. Se così non fosse, sarebbe la paralisi della macchina processuale. A compendio di tali, necessariamente sommarie, premesse argomentative, si aggiunga un'ulteriore notazione. La circostanza che l'art. 191 c.p.p.

²⁷ F. CARRARA, *Un dubbio sulla rivelazione dei segreti*, in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. V, 1903, pag. 551: "il principio che proscrive la immoralità dei mezzi è preambolo e quasi pregiudiziale al principio che vorrebbe il perfetto trionfo del vero".

²⁸ In questa linea di pensiero, che potremmo definire autonomista, è lo stesso F. CORDERO, *Prove Illecite*, cit., pag. 150 a citare J. GOLDSCHMIDT, *Der prozess als Rechtslage*, Julius Spinger, 1925, pag. 291: "l'esercizio di un potere processuale può risolversi in un'azione illecita".

Antitetico le posizioni moniste di W. SAUER, *Grundlagen des Prozessrechts*, Verlag von Ferdinand Enke, 1929 pag. 584.

esplicitamente utilizzi il termine “acquisite”, determina fondamentali ricadute sul sistema complessivo²⁹.

Nel diritto processuale il termine ha un significato tecnico che non può essere obliato: acquisizione di una prova altro non vuol dire che allegazione al corredo probatorio rilevante ai fini della decisione, a seguito di un preventivo vaglio di ammissibilità (della richiesta di prova *in primis*, solo in seguito della prova in sé) e della sua formazione in contraddittorio tra le parti, secondo le norme di legge, ove trattasi di prova costituenda.

Da questo elementare ragionamento ermeneutico si deducono conseguenze decisive. Nei testi noti nessun riferimento a quella teoria dei “frutti dell’albero avvelenato” cui componenti, pur autorevoli, della dottrina si rifanno³⁰ e che teorizza la propagazione del vizio d’inutilizzabilità ad ogni attività probatoria successiva all’atto viziato e ad essa consequenziale. E’ centrale tale preteso nesso di consequenzialità. L’idea dei fautori della “*poisoned tree doctrine*” non fanno distinzioni tra il piano della storia e quello del processo. Quanto è scovato, rinvenuto, appreso a seguito di un atto illegittimo, è ad esso consequenziale, *ergo* non può mai costituire prova utilizzabile³¹. Il vizio prodottosi contamina gli atti successivi, introducendo una vocazione autofagica nello strumento processuale: gli atti corrispondevano a poteri istruttori che l’ordinamento riconosce alle parti e al giudice, ma la sequela è viziata da “un ispettore Callaghan dalla mano troppo pesante”³² e l’intera attività probatoria, cronologicamente successiva, crolla come un castello di carte. Possiamo dubitare della consapevolezza dei legiferanti, ma il “nostro” 191 c.p.p. parla chiaro e dice “acquisite”. Nessuno spazio per frutti avvelenati e simili artifici barocchi. Il discorso sembra semplice e lineare: ciò che, nel mondo extraprocessuale, costituisce reato va

²⁹ Così F. CORDERO, *Procedura Penale*, Giuffrè, VIII edizione, 2006, pag. 639.

³⁰ Per tutti, V. GREVI, in *Compendio di Procedura Penale*, a cura di G. CONSO- V. GREVI, Cedam, IV edizione 2008, pag. 363.

³¹ Nel senso della sussistenza di una dipendenza giuridica, e quindi di una contaminazione del vizio, tutte le volte in cui la prova successiva non sarebbe stata scoperta senza quella inutilizzabile, parte autorevole della dottrina: L. P. COMOGLIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro*, in *Cass. Pen.*, 1996, pag. 1547; F. M. GRIFANTINI, cit., pag. 253.

³² Sempre F. CORDERO, cit., pag. 638.

perseguito, ma non determina, per il mero fatto della sua illegalità penale, effetti invalidanti sul processo, né sulla singola prova. Il mondo processuale ha le sue regole, e sono queste che dicono cosa sia utilizzabile e cosa vada scartato. Eppure tali suggestioni anglosassoni (più americane che britanniche) sovente hanno trovato ampio dibattito in dottrina nonché ampio spazio nelle vicende giurisprudenziali post '89³³.

Non vale a porre nel dubbio tale approdo la supposta volontà di elargire una tutela più efficace a diritti costituzionalmente sanciti: *habeas corpus*, *nemo tenetur se detegere*, inviolabilità del domicilio e via dicendo. La Costituzione li riconosce e tutela, le norme processuali non possono che essere lette nell'ottica di consentire la loro massima espansione. Sulla loro posizione apicale nell'ordinamento costituzionale, insomma, *nulla quaestio*.

³³ Fiumi d'inchiostro sono stati spesi intorno all'ipotesi paradigmatica: il rapporto tra sequestro legittimamente eseguito all'esito di una perquisizione illegittima. L'illiceità penale e processuale della prima, contamina l'atto di sequestro rendendo inutilizzabile la prova?

Male perquisitum, bene captum e, a fortiori, retentum: questo l'indirizzo dottrinale dominante. Sulla medesima linea Cass., S.U., 27 marzo 1996, Sala, in *Cass. Pen.*, 1996, pag. 3268: il sequestro delle cose pertinenti al reato e dei *corpora delicti* costituisce atto dovuto, la circostanza che la loro scoperta sia storicamente consequenziale ad atto perquisitivo illegittimo non rileva, il sequestro è prova valida. Il discorso sembra cristallino ma giunge all'esito di quella che è stata definita una motivazione "double face" (Cordero) in cui si dà ampio spazio e risonanza ai postulati teorico-ideologici dei fautori della *poisoned tree doctrine*, la stessa che teoria che il dispositivo stronca senza riserve. D'altra parte il segno di un sistema "in sofferenza", ripiegato in contorti ragionamenti sul punto è evidente in Cass., I sez., 20 gennaio 1993, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1993, pag. 649; nonché in Cass, I sez., 12 maggio 1994, Perri, in *Le leggi d'Italia- repertorio on line*; pronunce che renderanno necessario il summenzionato intervento delle Sezioni Unite. A riprova della delicatezza delle questioni qui affrontate basti menzionare ancora V. GREVI, in *Compendio*, cit., pag. 363. L'Autore, irriducibilmente contrario alla ricostruzione qui accolta, non condivide gli esiti della Suprema Corte: "In altri termini pur potendo ben accadere che il sequestro non sia preceduto da perquisizione...appartiene tuttavia all'ordine naturale delle sequenze di ricerca probatoria che 'le cose rinvenute a seguito della perquisizione', ove questa abbia avuto buon fine, vengano 'sottoposte a sequestro'. Da tutto ciò si dovrebbe desumere che, nell'ipotesi di perquisizione eseguita *contra legem*, dalla illegittimità dell'attività perquisitiva, dovrebbe scaturire in via derivata la illegittimità del sequestro ad essa conseguente e, quindi, l'inutilizzabilità come prova dei risultati (secondo la nota teoria dei frutti dell'albero avvelenato, codificata nei limiti dell'art 191)."

Tuttavia non può da ciò dedursi che, in questi settori la Costituzione detti norme processuali, che cioè, escludano, regolamentino, disciplinano singole modalità di ammissione- acquisizione della prova. Chi sostiene il contrario opera una forzatura che, se può leggersi come commendevole tentativo di tutelare diritti inviolabili da un lato, *ex adverso* risulta una mina dell'intero meccanismo processuale. Senza giungere a definire tali teorie "arti del diritto lunatico" e i loro sostenitori dei "catari pancostituzionalisti"³⁴, cionondimeno non può che rifiutarsi l'assunto che, dal riconoscimento di tali diritti inviolabili, possano discendere divieti processuali. Si badi bene. Ciò non significa che non possano essere previsti divieti probatori in Costituzione (lo è il comma quarto dell'art. 111 Cost.) ma che non lo sono gli art. 14 Cost. e ss.

Infine non può non ricordarsi come radicalmente differenti, siano natura e caratteristiche dei vizi di nullità degli atti processuali e inutilizzabilità probatorie. I primi rendono giuridicamente inefficaci gli atti processuali che ne sono affetti e, in quanto atti propulsivi, nella concatenazione procedimentale e seriale in cui si sostanzia il processo, si propagano agli atti successivi che nei precedenti trovavano il proprio presupposto giuridico. Di conseguenza, ove ritualmente dedotti, provocano una regressione del procedimento al momento in cui si sono prodotti e sono, ordinariamente, sanabili attraverso una rinnovazione dell'atto affetto. I secondi determinano più una regola di giudizio che un vizio di validità dell'atto: la prova era inammissibile, non poteva essere acquisita, *ergo* deve essere esclusa dagli elementi su cui si fonderà il convincimento giudiziale: *tanquam non esset*³⁵. Impossibile una loro sanatoria per rinnovazione: una prova illegittima, resta tale e non può mai avere ingresso nel processo. Al contrario una prova nulla, per vizio del *quomodo* della sua acquisizione, può essere rinnovata ed entrare validamente tra gli elementi che determineranno il convincimento giudiziale. Una prova, dunque, è un atto che non esplica effetti giuridici suoi propri, bensì il presupposto dell'esercizio del potere di

³⁴ Ancora F. CORDERO, cit., pag. 643-649.

³⁵ In questo senso G. ILLUMINATI in *Compendio di procedura penale*, cit., pag. 750: "Si potrà magari discutere sul modo in cui l'istituto dell'inutilizzabilità è stato costruito, e cioè alla stregua di un vizio dell'atto: il codice parla infatti di rilevabilità in ogni stato e grado del procedimento...Invece non si tratta, propriamente, di un vizio dell'atto, al pari di una nullità, ma di una regola di condotta per il giudice che, se non osservata, vizia se mai la decisione".

giudizio del giudice, nonché parametro di valutazione *ex post* del suo approdo conclusivo (in primis *ex art 606 c.p.p.*, lettere *c*, *e*). Tali ragionamenti torneranno utili quando sarà affrontata il controverso rapporto tra indagini e segreto, con specifico riferimento alla possibilità che una sanzione di inutilizzabilità afferente a singoli atti d'indagine determini, per propagazione, l'invalidità degli atti propulsivi dell'azione penale formulati sulla base di questi.

L'art 191 c.p.p. codifica una regola immanente al processo: può essere "utilizzato", è "rilevante" per la decisione, solo quanto ritualmente ammesso e acquisito. Il suo inserimento nel codice del 1989 non rappresenta l'introduzione di una dirimente novità e, probabilmente, neanche una tautologia, bensì l'espressa codificazione, a tutte lettere, di una regola fondamentale, a presidio della legalità della prova. La portata rigorista, senz'altro condivisibile, si evince dall'equiparazione, quanto al regime di rilevanza, alle nullità assolute. Nessuna sanatoria dunque (salvo *res iudicata*, come ovvio), rilevanza in ogni stato e grado, anche *ex officio*.

Tale digressione, motivata da esigenze di completezza della trattazione e di unità espositiva, anticipa riflessioni che saranno sviluppate in seguito, ma che, in questa sede, si è ritenuto di anticipare nel tentativo di fornire un quadro complessivo del meccanismo di funzionamento, sostanzialmente comune a tutte le tipologie di segreti, che andremo ad esaminare.

Chiara, a questo punto, la centralità nel sistema delle norme che prescrivono divieti probatori. Ne distinguiamo tre tipologie a seconda che siano statuite in relazione al *thema probandi*, alla persona fonte di prova, o alle modalità dell'operazione probatoria. A loro volta, all'interno di ciascuna di queste categorie, possiamo individuare divieti assoluti o relativi. I primi sottraggono il *thema probandi* alle possibilità cognitive del giudice (divieto di riferire "voci correnti nel pubblico", art. 194 c.p.p., comma terzo), oppure impediscono l'escussione di una persona (ipotesi di incompatibilità assoluta di cui all'art 197 c.p.p., lettera *d*), o ancora stabiliscono il *quomodo* dell'acquisizione della prova (e conseguentemente vietano l'utilizzo di strumenti limitativi delle capacità di autodeterminazione della persona, *ex art. 188 c.p.p.*). I secondi delimitano solo parzialmente il potere istruttorio del giudice. Si stabilisce ad esempio che la "moralità dell'imputato" non può costituire oggetto di prova (salvo il teste non debba deporre su "fatti specifici, idonei a qualificare la

personalità in relazione al reato e alla pericolosità sociale”) o ancora vietano che la prova di un fatto possa essere fornita da un certo testimone, potendo, però, esserlo *aliunde*.

A seguito dell'introduzione del Codice di Procedura Penale del 1989, è possibile rilevare come l'intera categoria dei segreti sia presidiata, senza eccezione alcuna, da divieti probatori relativi di tipo soggettivo. In particolare nessuno dei segreti oggi disciplinati dal codice impedisce alle parti ed al giudice di giungere alla prova di un determinato fatto, né l'escussione di un testimone³⁶.

Un passo avanti è, a questo punto, necessario. Le norme sui segreti rappresentano un interessante punto di osservazione ed approfondimento di un fenomeno abbastanza comune: la discrasia che viene a determinarsi tra norme giuridiche, relative al medesimo fatto, ma riconducibili a differenti rami dell'ordinamento. Se è fisiologica, in settori differenti dell'ordinamento, un diversa valutazione giuridica dei medesimi fatti storici, ciò tuttavia, con riferimento ai segreti, assume toni di particolare complessità e “sensibilità” costituzionale. La divaricazione tra norme disciplinanti la

³⁶ Non così nelle versioni precedenti al “nuovo” codice. Nella vigenza del Codice Rocco infatti una linea di demarcazione netta separava il segreto di Stato (art. 352 c.p.p. 1930) dalle altre tipologie di segreto processualmente rilevanti. Il segreto di Stato, infatti, rappresentava un limite probatorio assoluto, cioè una barriera invalicabile all'esercizio dei poteri istruttori nel processo penale. Non una mera esenzione facoltativa dall'obbligo di “rispondere veridicamente”, bensì un confine perentorio alle possibilità gnoseologiche del giudice e delle parti. Tale differenziazione, perfettamente coerente con ideologia tipica del regime fascista, che vuole prevalente l'interesse dello Stato, per come individuato dal partito (e dal suo capo carismatico, il duce), su ogni altro diritto o interesse, si ipostatizzava in norma giuridica, attraverso un espresso divieto di esame dei soggetti tenuti al segreto di Stato. La soluzione tecnico- processuale resterà sostanzialmente invariata anche a seguito della riforma della materia varata con la legge 24 Ottobre 1977, numero 801 (art. 16). La svolta, come anticipato avverrà col Codice dell'89, nel cui art. 202 non v'è cenno ad un limite ai poteri istruttori del giudice identificabile in un divieto d'esame. Impossibile desumere quanto consapevole sia stata questa scelta. I lavori preparatori al codice non ne fanno menzione. Come è noto, tuttavia, i testi normativi valgono nella misura di quanto dicono, mentre gli interni mentali dei legislatori risultano irrilevanti. *De iure condito*, niente da aggiungere: sparisce il limite al potere istruttorio, residua un divieto probatorio relativo e soggettivo. Svista o no, il legislatore non torna sui suoi passi. La recente riforma (art. 40 legge 3 agosto 2007, numero 124) ricalca le orme del legislatore codicistico, evitando la reintroduzione di un divieto d'esame e preservando l'omogeneità di funzionamento del segreto di Stato con gli altri segreti rilevanti in sede processuale.

stessa situazione giuridica, in tale settore, si scontra con l'esercizio e la tutela di diritti individuali di rango costituzionale, nonché con il perseguimento di supremi interessi dello Stato. In particolare la disciplina di cui agli articoli 199 e s. c.p.p., costituisce lo strumento tecnico con cui l'ordinamento processuale si fa carico e dirime tale conflittualità nonché, più in generale, con cui il legislatore ordinario, opera quel bilanciamento tra valori costituzionali, presupposto ad ogni norma di esclusione probatoria. Un esempio immediato è la posizione del difensore che, tenuto dalla norma penale (art 622 c.p.) al segreto professionale, viene chiamato a deporre su temi oggetto di tale obbligo giuridico. La testimonianza è un ufficio doveroso (art. 198 c.p.p) ed è anch'esso penalmente sanzionato (art. 366, comma terzo, c.p.). La situazione sarebbe kafkiana (il teste tacendo o testimoniando, commetterebbe in ogni caso un reato) se non intervenisse l'art 200 c.p.p.. Il difensore ha facoltà di mantenere il segreto, facendolo constare all'autorità giudiziaria (lasciamo da parte, per ora, modalità, tempi, forme ecc.). Tutte le tipologie di segreto presentano una situazione analoga: uno iato tra norma che prescrive un dovere di riservatezza e l'obbligo di rispondere veridicamente del teste. Le norme sui segreti risolvono questo contrasto. Contrasto, si badi bene, che ha in sé una valutazione ed una scelta politico-legislativa tra principi supremi dell'ordinamento costituzionale.

Se la nota comune è un conflitto tra norme, tuttavia una importante distinzione si impone. Non sempre l'*alter ego* della norma impositiva dell'obbligo di testimonianza è rinvenibile in altra norma penale: la norma che impone al giornalista di non divulgare l'identità delle sue fonti, che intendano rimanere occulte, è una norma foriera di conseguenze disciplinari non penali³⁷. Addirittura, punto di attrito con la norma penale può essere una norma extrastatuale (e talvolta non riconducibile a nessun ordinamento giuridico): pensiamo al precetto che impone il segreto confessionale ai ministri del culto cattolico³⁸. In entrambi i casi suddetti (cd. segreto giornalistico, cd. segreto confessionale) i soggetti che verranno investiti di una facoltà di esenzione dall'obbligo testimoniale, non sono esposti a rischi penali.

³⁷ Legge 3 febbraio 1963, numero 69: Ordinamento della professione di giornalista. Art. 2 comma 3: "Giornalisti e editori sono tenuti a rispettare il segreto professionale sulla fonte delle notizie, quando ciò sia richiesto dal carattere fiduciario di esse...".

³⁸ Trattasi di una norma contenuta del *Codex iuris canonici*.

Cionondimeno il legislatore ravvisa una intollerabile conflittualità tra precetti, ancorché non giuridicamente vincolati nell'ordinamento italiano nel secondo caso, indiscutibilmente radicati in principi costituzionali supremi (art. 19 e 21 Cost.) e perciò meritevoli di tutela. Una tutela perfino sovraordinata all'interesse all'accertamento penale.

Su un piano di politica legislativa le opzioni radicali di un ipotetico ordinamento sono: assoluta prevalenza all'obbligo testimoniale e conseguente neutralizzazione della responsabilità penale discendente dalla norma sostanziale, tramite apposita causa scriminante; assoluta prevalenza delle esigenze di tutela dei diritti coperti dal vincolo di segretezza, attraverso l'introduzione di un divieto probatorio assoluto afferente al *thema probandum*.

L'attuale ordinamento processuale persegue una terza via. Viene riconosciuta al soggetto tenuto al segreto una libertà di scelta.

Può decidere di adempiere al proprio obbligo giuridico, opponendolo all'autorità giudiziaria, la quale, a seguito di differenziati procedimenti di verifica circa la fondatezza della dichiarazione, dovrà arrestarsi (come vedremo con l'unica eccezione del cd. segreto giornalistico).

Può scegliere di rendere testimonianza e le dichiarazioni da lui rese saranno perfettamente valide ed utilizzabili. La dichiarazione potrebbe comportare assunzione di responsabilità penale ma, come accennato (sarà tema di successivo approfondimento), valutazione di illiceità penale e utilizzabilità processuale restano distinte³⁹. Ciò che conta è che il teste abbia parlato *sua sponte*. Il giudice assisterà dunque impassibile alla commissione di un reato.

Possiamo allora meglio definire la struttura dei divieti probatori relativi, che presidiano la disciplina processuale dei segreti. Essi si limitano a impedire la coercizione del teste a rispondere. Questo cessa di esservi obbligato. Se tace, nessun potere compulsivo (suona un po' esagerato concretizzandosi in mera reiterazione dell'ammonimento, di cui all'art 497 c.p.p., circa i doveri del teste) spetta al giudice e, soprattutto, non incorre in responsabilità penale *ex art. 366 c.p.* Se parla senza

³⁹ E. SCHMIDT, *Der arzt im Strafrecht*, T. Weicher, 1939, pag. 57: "Ciò che nel processo costituisce l'esercizio di una facoltà (d'astensione alla testimonianza), si configura, sotto il profilo della norma sostanziale sul segreto come un atto dovuto".

esservi coartato, se ne assume la responsabilità penale, ma la sua testimonianza vale nel processo. Ove si riscontrasse coercizione, le dichiarazioni sarebbero inutilizzabili.

Resta da definirne il carattere soggettivo di tali divieti probatori. Gli unici titolari della facoltà di astensione sono i soggetti espressamente menzionati nelle norme processuali, quindi una sfera soggettiva più ridotta di quella comprensiva dei soggetti obbligati al segreto ai sensi delle leggi penali sostanziali. Riemergono scenari kafkiani. In tema di segreto di Stato, ad esempio, godono di facoltà di astensione solo soggetti determinati, ma l'art. 261 c.p. è reato comune. Logica la soluzione: la tutela sostanziale del segreto per questi soggetti si ferma alle soglie del processo. La loro deposizione, pur essendo condotta astrattamente integrante requisiti della fattispecie incriminatrice, è scriminata *ex art 51 c.p.* Il sistema non brilla certo per coerenza interna.

Esiste poi uno stretto rapporto tra natura relativa del divieto e limitazione soggettiva dei titolari della facoltà di astensione. Ove infatti la disciplina, non si limitasse a tratteggiare una facoltà di astensione del soggetto, ma vietasse l'esame stesso del teste, ponendo così un limite probatorio assoluto alla testimonianza, non potrebbe che estendersi l'oggetto tutelato dalla norma, dalla posizione (dicotomica) del teste, al *thema probandum*. Così facendo, il passo verso una estensione, ancorché interpretativa, dell'esenzione facoltativa dell'ufficio testimoniale, dalla sfera soggettiva delimitata dalla regola positiva, ad ogni soggetto venuto in contatto col *thema probandum*, sarebbe tracciato. A tale risultato perviene, infatti, la migliore dottrina riguardo l'interpretazione del segreto di Stato *ante* '89⁴⁰.

Questo l'impianto di fondo che caratterizza la disciplina processuale del segreto come limite probatorio relativo e soggettivamente circoscritto. Limite costruito dal legislatore come facoltà di astensione dall'ufficio testimoniale, altrimenti doveroso

⁴⁰ F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi*, cit., pag. 83: "...è possibile che la legge vieti puramente e semplicemente la testimonianza ovvero conceda al testimone la facoltà di astenersi. Nel primo caso il divieto (ispirato dal proposito d'evitare la divulgazione di un certo fatto che si vuole sottrarre alla cognizione del giudice) opera in un ambito soggettivamente indefinito. Nel secondo, il legislatore non tanto si prefigge d'escludere dal processo la conoscenza d'un fatto (che potrebbe essere provato *aliunde*), quanto mira a salvaguardare un interesse del testimone...In tale ipotesi l'esenzione dalla testimonianza è contenuta in una sfera soggettivamente determinata".

che rappresenta soluzione tecnica ad un bilanciamento tra valori costituzionali sancendo una prevalenza di quelli impositivi di una sfera di segretezza (benché rimessa alla valutazione ultima del titolare di tale obbligo) sull'interesse all'accertamento penale. Al loro interno abbiamo distinte situazioni di conflittualità, tra obbligo di testimonianza e norme penali a tutela del segreto, o, tra il medesimo ufficio, e norme extrapenali e, persino, extrastatali (e ciononostante espressive di diritti radicati in Costituzione).

Saranno di seguito tratte le caratteristiche fondamentali di struttura e di funzionamento delle varie tipologie di segreto. L'intento non è una trattazione approfondita di ciascuna, bensì l'abbozzo di concetti, schemi operativi, *rationes* ispiratrici che saranno utili per una analisi, necessariamente comparata, del tema del segreto di Stato.

1.4 Il cosiddetto "segreto familiare"

Il cd. "segreto familiare" rientra solo indirettamente, per via ermeneutica e dottrina, nel catalogo dei segreti rilevanti nel processo penale. La rubrica dell'art. 199 c.p., infatti, parla soltanto di "facoltà di astensione dei prossimi congiunti". L'istituto ricalca struttura di fondo e meccanismi di funzionamento dei segreti qualificati, *expressis verbis*, come tali, dal legislatore. Ne differisce sotto altri profili. Non sussiste, infatti, alcuna situazione di lacerante discrasia tra obblighi giuridici contrapposti. Al contrario siamo in presenza di categorie di soggetti che (in mancanza di una disciplina che potesse consentire loro di sottrarsi all'obbligo testimoniale) potrebbero fruire della scriminante di cui all'art. 384 c.p. per trarre d'ogni impaccio il congiunto-imputato. Ma procediamo con ordine.

La situazione presa in esame, prevede che siano chiamati a deporre "prossimi congiunti" dell'imputato. Chi possano essere considerati tali lo dice l'art. 307, quarto comma c.p. Al novero dei "prossimi congiunti" va aggiunto l'adottante o l'adottato. A costoro il legislatore equipara il convivente *more uxorio*, il coniuge separato, la "persona nei cui confronti sia intervenuta sentenza di annullamento, scioglimento, o cessazione degli effetti civili del matrimonio, ma "limitatamente ai fatti verificatisi o

appresi durante la convivenza con l'imputato". L'ordinamento processuale stabilisce che tali soggetti "non possano essere obbligati a deporre". Non godono di tale facoltà i prossimi congiunti che "hanno presentato denuncia, querela o istanza ovvero essi o un loro prossimo congiunto sono offesi dal reato".

Come nell'ipotesi sui segreti propriamente detti, dunque, tali soggetti sono titolari di una facoltà di astensione dalla testimonianza con conseguente elisione dell'obbligo testimoniale (*ex art 198 c.p.p.*). Sovrani della prova, non può il giudice coartarli alla deposizione. Ove vi proceda, ne deriva l'inutilizzabilità della prova. Meccanismo identico a quello tratteggiato nel paragrafo precedente, dunque. Le similitudini con la disciplina sui segreti si fermano qui. Necessario che il giudice⁴¹ avverta il chiamato a deporre della facoltà di esimersi. Avvertimento quanto mai opportuno: i soggetti titolari di un segreto, di cui agli artt. 200 c.p.p. e ss., sono tenuti ad essere informati dei propri obblighi e facoltà, il comune cittadino deve esserne reso edotto⁴².

⁴¹ "L'obbligo di avvertire, a pena di nullità, i prossimi congiunti dell'imputato e della persona sottoposta ad indagini preliminari, della facoltà di astenersi dal deporre si applica anche alla polizia giudiziaria allorché proceda, *ex art. 351 c.p.p.*, ad assumere "sommarie informazioni" dalle persone che possono riferire circostanze utili ai fini delle indagini. Quello posto dall'art. 199 c.p.p., sebbene non richiamato dal successivo art 351 c.p.p. è un principio di carattere generale applicabile in tutti i casi in cui le dichiarazioni dei prossimi congiunti possano assumere rilevanza in sede processuale. L'omissione dell'avvertimento dà luogo ad una nullità soltanto relativa che, come tale, non è rilevabile d'ufficio e può essere dedotta, a pena di decadenza, esclusivamente nei termini previsti dall'art.181 c.p.p.", Cass., sezione I, 6 luglio 1992, in *Cass. Pen.*, 1994, pag. 1317.

A questo proposito, per ragioni di completezza, necessario menzionare come in giurisprudenza si è sottolineato che l'avvertimento non è dovuto ove siano "sentiti" i prossimi congiunti di una persona che non abbia ancora, formalmente, assunto la qualità di indagato, non essendo avvenuta l'iscrizione nel registro degli indagati *ex art. 335*. Un differente indirizzo, più meritevole di condivisione, riconosce invece rilevanza alla posizione sostanziale, rivestita al momento dell'atto, dalla persona a carico della quale vengono assunte informazioni. Da qui l'applicabilità dell'art. 199 c.p.p. anche nei confronti di prossimi congiunti di persona non ancora formalmente indagata, ma a cui carico, la polizia giudiziaria assuma sommarie informazioni.

⁴² A conferma dell'importanza dell'avviso *de quo*, ai fini del corretto espletarsi del meccanismo di garanzia ideato dal legislatore, una, ormai risalente sentenza "additiva di garanzia" della Consulta ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 348 c.p. (cui si farà più ampio riferimento nel seguito della trattazione) "nella parte in cui non prevede l'esclusione della punibilità per false o reticenti

L'omissione dell'avviso produce una nullità relativa dell'atto (art. 181 c.p.p.)⁴³ e, di conseguenza, sanabile ove non dedotta entro i termini di cui all'art. 182 c.p.p.⁴⁴ o laddove si verificano le condizioni di cui all'art. 183 c.p.p. Nessuna stranezza che l'eccezione sia preclusa al diretto interessato, come in dottrina non si è mancato di sottolineare, non essendo il titolare della facoltà di astensione parte nel processo in cui rende la deposizione. Un caso isolato in giurisprudenza qualifica come assoluta tale nullità e stabilisce che: "alla deposizione resa...senza l'avvertimento previsto... non conseguono *ipso iure* gli effetti della sanzione processuale della nullità assoluta, essendo questa condizionata alla formale dichiarazione espressa dall'avente diritto di volersi avvalere della facoltà di astenersi dal deporre e risultando comunque sanata nel caso in cui l'imputato abbia accettato gli effetti della deposizione medesima"⁴⁵. Non può che dissentirsi sia relativamente alla qualificazione quale "assoluta" di tale nullità, sia quanto alla necessità di espressa e formale dichiarazione postuma del teste. Senz'altro da condividere, invece, l'individuazione della sanatoria dell'atto nell'accettazione espressa dell'imputato, corrispondendo all'ipotesi di cui all'art. 183 c.p.p., lettera *a*.

Questa la disciplina processuale. Più dibattuta l'individuazione della *ratio* di fondo dell'istituto, del suo fondamento costituzionale, tutte valutazioni non prive di risvolti applicativi di qualche importanza. La tesi maggioritaria in giurisprudenza intravede nell'istituto fondamenti di carattere, potremmo dire, "umanitari". Il legislatore dirime in questo modo una situazione di conflittualità non già tra norme bensì di tipo psicologico. Il dissidio insanabile che si agiterebbe nell'animo del teste tenuto ad un

informazioni assunte dalla polizia giudiziaria, fornite da chi avrebbe dovuto essere avvertito della facoltà di astenersi dal renderle a norma dell'art. 199 c.p.p.", Corte Cost., 24 dicembre 1996, n. 416.

⁴³ Questo l'avviso della giurisprudenza assolutamente dominante. In particolare, Cass., sez. I, 6 luglio 1992, in *Cass. Pen.*, 1994, pag. 1317; Cass., sezione VI, 18 gennaio 2005, Mascia, in *Riv. pen.*, 2006, n. 4, pag. 469; Cass., sez. V, 17 novembre 1998, Bonotti, in *Cass. Pen.*, 1999, pag. 2912. Dello stesso avviso la dottrina: D. CENCI, *Contestazione nell'esame testimoniale e facoltà d'astensione dei prossimi congiunti*, in *G. Cost.*, 1994, pag. 1601; F. CORDERO, *Procedura cit.*, pag. 690; P. TONINI, *La prova penale*, Cedam, 2000, pag. 118.

⁴⁴ *Ex pluribus*, Cass., sez. VI, 24 febbraio 1998, Greco, in *Le leggi d'Italia- repertorio on line*; Cass., sezione V, 18 giugno 1991, Garzia, in *Mass. Cass. Pen.*, 1991, fasc. 9, pag. 40; Cass., sezione V, 9 dicembre 1996, Loico, in *Giur. It.*, 1997, n.11, pag. 1452.

⁴⁵ Cass., sezione VII, 24 luglio 1990, Trunfio, in *Cass. Pen.*, 1990, II, pag. 400.

dovere di verità e contemporaneamente, eticamente mosso dalla preoccupazione di nuocere al proprio congiunto, assume così risalto legislativo e si risolve in una facoltà di astensione. Fondamento costituzionale sicuro sarebbe rintracciabile, secondo questo orientamento, negli art. 29 e 31 Cost., che tutelano la famiglia, nell'art. 15 Cost., che tutela la libertà di comunicare. L'esigenza di equiparare a tali soggetti anche il convivente *more uxorio* si fonderebbe, coerentemente, sulla necessità di non discriminare persone legate, in ogni caso, da un rapporto di tipo affettivo e materiale di tipo stabile, caratterizzato da un contesto relazionale improntato alla reciproca assistenza e solidarietà sostanzialmente equiparabile al rapporto matrimoniale⁴⁶.

Una teoria più diffusa in dottrina tuttavia, fornisce un'interpretazione più legata al dato positivo e ad esigenze sistematiche di raccordo tra norme. L'art 199 c.p.p. sarebbe, secondo costoro, il *pendant* processuale dell'art. 348 c.p. Quest'ultimo nel prevedere come causa di non punibilità del delitto di falsa testimonianza (fra gli altri), la “necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocimento nella libertà o all'onore” alimenterebbe, in assenza di una facoltà di astensione, una messe di deposizioni non veritiere e finanche costruite. Il ragionamento convince. I prossimi congiunti dell'imputato vanno esenti da responsabilità penale ove mentano davanti al giudice. La testimonianza è ufficio doveroso. La soluzione migliore è consentire a costoro di evitare la deposizione.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno stabilito che, in tema di falsa testimonianza, la causa di esclusione della punibilità *ex art 384 c.p.* non opera nell'ipotesi in cui il testimone abbia deposto il falso pur essendo stato avvertito della facoltà di astenersi⁴⁷. La causa di non punibilità è norma generale. L'ordinamento processuale vuole impedire di incentivare un meccanismo foriero di testimonianze false e scriminate e consente al chiamato a deporre di astenersi dal rendere dichiarazioni a carico dell'imputato. Ne consegue l'inapplicabilità della scriminante

⁴⁶ Perfettamente coerente con tali assunti, una decisione di merito che ha considerato applicabile la facoltà di astensione anche al convivente omosessuale dell'imputato *ex art. 199 c.p.p.*, comma terzo, lettera *a*. Ordinanza Corte d'Assise di Torino, 19 novembre 1993, Beckir, in *Cass. Pen.*, 1994, pag. 777.

⁴⁷ Cass., S. U., 29 novembre 2007, Genovese, in *Le leggi d'Italia, Cass. Pen. on line*.

ove il soggetto, debitamente avvertito, scelga di rispondere: così sembra ragionare la Corte, ed è una ricostruzione condivisibile. D'altra parte l'art 384 c.p. parla di necessità di evitare un nocumento grave e "inevitabile". Si astenga dal deporre il congiunto ed eviterà il nocumento, almeno se si interpreta nel senso di nocumento derivante dalla propria deposizione. Di avviso contrario dottrina autorevole, ma minoritaria⁴⁸.

1.5 *Il segreto professionale*

Il segreto professionale tutela una serie di diritti supremi dell'individuo, che trovano nella Costituzione e in molte carte internazionali il loro pieno e inequivoco riconoscimento. E' la sede normativa dalla quale più chiaramente si evince come l'attuale modello processuale, quale strumento gnoseologico, si informi, determinando in tal modo la qualità dell'accertamento fattuale cui è preordinato, ai principi e ai valori (finanche extraprocessuali) in cui si identifica l'ordinamento complessivamente considerato⁴⁹. La vocazione cognitiva dell'accertamento penale cede e si conforma ad esigenze di tutela di tali, irrinunciabili diritti della persona. La categoria è unitaria, ma i segreti tutelati sono numerosi, espressione di differenti radici costituzionali.

I commi primo e secondo rappresentano una struttura omogenea, l'archetipo normativo del funzionamento dei vari segreti tutelati e, più in generale, il punto di riferimento fondamentale di tutte le fattispecie previste dall'ordinamento (che saranno costruite per differenziazione). Lo schema è quello già introdotto. Un divieto

⁴⁸ F. CORDERO, *Procedura*, cit., pag. 690.

⁴⁹ La portata garantista e di altissimo valore ideologico di tale tipologia di segreto, che traduce, sul piano processuale, i più alti principi costituzionali, si può cogliere, per differenziazione, con l'ultimo Carnelutti che, adottata una nozione "medicinale" della pena, dichiara: "...quando, a prezzo di pazienza e di persuasione, gli uomini avranno capito che la pena è un bene..., l'esonero dall'obbligo di testimonianza intorno al segreto professionale non avrà più ragione di essere mantenuto". F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, vol. II, Ed. dell'Ateneo, 1947, pag. 177. Di immediata comprensione le conseguenze di teorie siffatte, ad esempio, sul diritto di difesa dell'imputato, sull'effettività del contraddittorio, sul libero esercizio della funzione difensiva.

probatorio relativo, soggettivamente circoscritto, che si sostanzia in un'elisione del dovere testimoniale, discrezionalmente attivabile dal soggetto chiamato a deporre.

A differenza del precedente articolo 199 c.p.p., nessun avvertimento deve essere rivolto ai soggetti legittimati all'astensione. Tale facoltà spetta loro in virtù dell'esercizio di specifici uffici, ministeri o professioni. Logico che chi vi è preposto sia tenuto a sapere confini, limiti, doveri e facoltà che la legge vi ricollega. Necessaria una precisazione concettuale. La circostanza che l'art. 200 c.p.p. configuri un divieto probatorio di natura soggettiva non va, erroneamente, confuso con la *ratio* di tutela ad esso sottesa. Tale segreto giammai, infatti, risulta strumentale ad attribuire un privilegio o una prerogativa personale ricollegabile alla mera appartenenza ad una certa categoria professionale o alla titolarità di uno *status* soggettivo. Al contrario, tale prerogativa è preordinata dal legislatore a tutelare il diritto individuale il cui effettivo esercizio è inscindibilmente connesso con la professione o l'attività svolta dal soggetto titolare del diritto d'astensione. Comune ad ogni ipotesi di segreto professionale è, infatti, la assoluta funzionalizzazione della facoltà di astensione all'esercizio effettivo di determinate attività meritevoli, giammai alla mera qualificazione soggettiva del teste.

La sfera di applicabilità dell'intero art. 200 c.p.p. deve essere rigorosamente delimitata a quanto appreso nell'esercizio di tali attività "garantite". Ciò si traduce nell'esigenza, da un lato, di identificare chiaramente, nel teste che se ne avvale, soggetto munito di un particolare *status* "professionale", dall'altro, quella di accertare che la conoscenza, preclusa all'accertamento processuale, sia pervenuta al teste nell'espletamento delle sue attività. Non è sufficiente una qualità soggettiva del teste a rendere applicabile l'art. 200 c.p.p. dunque. Ne rappresenta condizione imprescindibile, altresì, che, tale soggetto qualificato, sia venuto a conoscenza di informazioni, rilevanti nel processo, nell'esercizio delle proprie funzioni e in ragioni delle stesse. In particolare è necessario che, al momento della cognizione dei fatti o della ricezione delle confidenze, il soggetto rivestisse i panni del ministro di culto, del difensore, del sanitario ecc. e che il latore di tali confidenze ne fosse consapevole. In questo senso l'interesse tutelato da queste norme è sempre "oggettivo", in quanto preordinato a garantire il libero ed effettivo esercizio di tali attività e solo

indirettamente a garantire uno *status* processuale “privilegiato” a soggetti determinati⁵⁰.

Ultimo rilievo di carattere generale. L’elisione dell’obbligo testimoniale trova un limite espresso nell’obbligo di denuncia cui determinati soggetti sono tenuti⁵¹. In

⁵⁰ In questo senso, crediamo vada intesa, l’affermazione della Corte Costituzionale (sentenza 87/1997), secondo cui: “la protezione del segreto professionale, riferita a quanto conosciuto in ragione dell’attività forense svolta da chi sia legittimato a compiere atti propri di tale professione, assume carattere oggettivo, essendo destinata a tutelare le attività inerenti alla difesa, non l’interesse soggettivo del professionista”.

Al contrario, dottrina autorevole deduce da tale affermazione della Corte, una riprova dell’assunto, vastamente motivato, circa la natura oggettiva del “segreto difensivo” stesso. Così F. M. GRIFANTINI, *Il segreto difensivo nel processo penale*, Giappichelli, 2001, pag. 30. Ci permettiamo di dissentire da questa tesi. E’ sempre l’attività svolta (in quanto, a sua volta, imprescindibile condizione di esercizio di diritti individuali e supremi) ad essere protetta, non il singolo professionista. Ciò, tuttavia, non ha nulla a che vedere con il modello che la legge processuale ha prescelto per tutelare tali attività, che trova il suo baricentro in una facoltà attribuita ad un soggetto determinato. A conferma di ciò l’assunto che non può considerarsi il *thema probandum*, il fatto in quanto tale, precluso all’accertamento giudiziale, il quale può essere ricostruito e provato *aliunde*, ove il soggetto si astenga (il che rappresenta sempre una sua libera scelta). L’art. 200 c.p.p. rappresenta una scelta dell’ordinamento processuale, che si potrà forse discutere su un piano di politica legislativa, ma che, *de iure condito*, si sostanzia nel riconoscimento di una facoltà a soggetti determinati, in relazione all’attività svolta, ed ha quindi, almeno sul piano processuale, natura soggettiva.

Il medesimo autore argomenta ulteriormente la sua tesi, circa la natura oggettiva del segreto “difensivo”, sulla base dell’impossibilità assoluta (oggettiva) dell’autorità giudiziaria di procedere a sequestro di cose, inerenti alla difesa, presso il difensore e ciò “senza che qualcuno lo dichiari” (art. 103 c.p.p., comma secondo). Anche tale argomentazione, ci pare, superabile facendo rilevare che l’art. 103 c.p.p., più che negare la possibilità di apprensione di determinati oggetti, qualifica come (relativamente) immuni determinati luoghi. Ciò emerge con chiarezza dal fatto che i medesimi oggetti sarebbero sequestrabili (salvo art. 256 c.p.p.) ove rinvenuti altrove. Più coerente col sistema, forse, costruire i limiti codicistici alle prove “reali”, per esigenze di tutela dei segreti, come una traslazione di una disciplina tipica della testimonianza, operata per ragioni di effettività di tutela dell’interesse protetto, mentre l’art. 103 c.p.p. come norma istitutrice di immunità processuali riguardanti luoghi e cose, a prescindere dalla configurabilità di una ulteriore categoria di segreto.

⁵¹ Vari sono gli obblighi di denuncia previsti dall’ordinamento. Un esempio per tutti, l’obbligo di referto del sanitario previsto dall’art. 365 c.p., il quale impone al sanitario di segnalare alla pubblica autorità i “casi che possono presentare le tracce di un delitto” con cui sia venuto in contatto nell’esercizio della propria professione. Opportuno specificare che tale obbligo viene meno ogni qual

questo caso l'interesse perseguito dall'ordinamento nell'imporre tale dovere al soggetto prevale, *expressis verbis*, sulla protezione del segreto professionale, rendendo inapplicabile la disciplina dell'art. 200 c.p.p.

Come anticipato, due sono i gruppi di soggetti che godono di tale facoltà. Il primo comma, lettera *a* dell'art. 200 c.p.p. racchiude una categoria di soggetti il cui dovere di preservazione del segreto non discende da norme dell'ordinamento e che, di conseguenza, deponendo, non incorrono in responsabilità penale. L'opportunità di preservazione di una sfera di riservatezza in relazione allo svolgimento dei propri compiti da parte dei "ministri di confessioni religiose" discende, infatti, dagli statuti cui quelle confessioni si informano. L'esigenza tutelata dalla legge processuale, in questo caso, non è di risolvere una antinomia legislativa, bensì quello di consentire un esercizio pieno ed effettivo della libertà di culto, il cui fondamento va rinvenuto negli artt. 8 e 19 Cost. Viene così dato riconoscimento legislativo e sciolto, nel meccanismo processuale dell'esenzione dell'obbligo testimoniale, un conflitto tra norma legislativa, impositiva di tale obbligo, e libero esercizio delle funzioni religiose. L'enorme valore ideologico di tale composizione di interessi si esalta proprio nella prevalenza accordata dall'ordinamento all'esigenza di tutelare il libero esercizio di tali funzioni, in via prioritaria, rispetto all'accertamento processuale⁵². La delimitazione soggettiva della fattispecie è determinata dalla qualità di ministro di una confessione religiosa "i cui statuti non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano". A quali soggetti competa lo *status* di "ministro" di una confessione religiosa, lo dicono gli statuti stessi di tale confessione: impensabile che potesse

volta "il referto esporrebbe la persona assistita a procedimento penale", per l'ovvia ragione di non precludere ad alcuno, ancorché perseguibile penalmente, l'accesso alle strutture sanitarie e l'esercizio del diritto alla salute.

⁵² Fondamentale altresì specificare come l'area di segretezza tutelata dalla norma in esame non vada, rigidamente, ristretta al cd. "*sigillum confessionis*", proprio della religione cattolica, come si potrebbe essere indotti a pensare, ma sia, consistentemente, più ampia. Nonostante il segreto confessionale sia l'ipotesi di più immediata comprensione, infatti, la dottrina è concorde nel circoscrivere l'area del segreto a tutte le informazioni confidenziali ricevute dal ministro di culto nell'esercizio della sua funzione, a prescindere dalla riferibilità ad una particolare pratica religiosa specifica, prescrivente un obbligo di segretezza. Ciò in considerazione, altresì, del fatto che molti culti nemmeno conoscono un istituto assimilabile alla confessione cattolica.

essere il legislatore a dettare criteri identificatori più precisi⁵³. Quali siano le confessioni religiose incompatibili con l'ordinamento è questione spinosa ma, imprescindibilmente, rimessa all'interpretazione del giudice. Non lo sono certamente pratiche religiose che contrastino con i valori personalistici di fondo che connotano l'ordinamento costituzionale.

Le restanti lettere, *b, c, d*, del primo comma, racchiudono una seconda categoria di soggetti, penalmente tenuti alla preservazione del segreto *ex art. 622 c.p.* Trattasi di categorie soggettive che, l'attuale redazione codicistica, ha notevolmente allargato. *In primis* sono menzionati gli "avvocati⁵⁴, gli investigatori privati autorizzati, i consulenti tecnici e i notai". Le attività espletate da tali soggetti trovano il proprio riconoscimento e la propria *ratio* di tutela nell'art. 24, secondo comma Cost.⁵⁵ *In*

⁵³ Ciò non significa che il giudice non debba effettuare una valutazione, basata sulla analisi di tali statuti, circa la legittimità di qualificare il soggetto, che intende astenersi, "ministro" di una confessione religiosa. Nega tale *status*, ad esempio, Cass., sez. V, 12 marzo 2004, in *Cass. Pen.*, 2005, pag. 1615, al giudice ecclesiastico in quanto : "la funzione di giudice ecclesiastico non rientra nell'ambito del ministero sacerdotale *stricto sensu*, ma nell'esercizio delle attività laiche esercitate da persone che abbiano conoscenza tecnica del diritto canonico".

⁵⁴ La Corte Costituzionale con sentenza interpretativa di rigetto ha stabilito come la facoltà di astensione riconosciuta testualmente all'avvocato "non può che estendersi anche a chi, essendo iscritto nei registri dei praticanti a seguito di delibera del consiglio dell'ordine degli avvocati, adempie agli obblighi della pratica forense presso lo studio del professionista con il quale collabora". Così la, già menzionata, sentenza 87 del 1997.

⁵⁵ Intendiamo in questa sede dare conto, necessariamente in via sommaria, di una suggestiva tesi dottrinaia perorata da F. M. GRIFANTINI, *Il segreto difensivo*, cit., pag. 9 e ss. Secondo questo Autore, nel sistema codicistico, sarebbe individuabile una tipologia di segreto, il segreto difensivo, qualitativamente differente dal segreto professionale. In particolare egli immagina il rapporto tra di essi come caratterizzato dalla specialità del primo rispetto al secondo. Il segreto difensivo, che troverebbe il suo baricentro normativo nell'art. 103 c.p.p., in particolare, costituirebbe un "*quid pluris* che opera a garanzia di chi è difensore nel processo o, per meglio dire, dell'antagonismo che questi apporta all'accertamento del fatto", mentre il segreto professionale avrebbe "una disciplina più ampia, che rimane applicabile nei casi in cui il segreto difensivo non può operare: ad esempio quando il difensore, perduta la sua qualifica, a causa dell'incompatibilità, diventa testimone". Il segreto difensivo presidiato dall'incompatibilità assoluta alla testimonianza di cui all'art. 197 c.p.p., lettera *d*, in questo quadro, si configurerebbe quindi come elemento, in ultima analisi, necessario alla piena effettività operativa del principio del contraddittorio, costituendo *l'alter ego* del segreto investigativo, proprio dell'accusa. Lo stesso Grifantini spiega come: "nella dialettica tra le esigenze di accertamento

secundis, la successiva lettera *c*, ricomprende “i medici e i chirurghi, i farmacisti, le ostetriche e ogni altro esercente la professione sanitaria”. Chiara la radice costituzionale nell’art. 32 della Costituzione.

Infine, siamo alla categoria soggettiva di più difficoltosa individuazione, il codice estende l’applicabilità dell’art. 200 c.p.p., agli “esercenti altri uffici o professioni ai quali la legge riconosce facoltà di astenersi dal deporre determinata dal segreto professionale”. La norma è evidentemente tautologica, sostanziandosi in un rinvio ad altra disposizione. Tuttavia non può che essere la legge processuale a stabilire chi possa avvalersi di una facoltà di astensione e, in particolare, dovrebbe farlo l’art. 200 c.p.p. che, al contrario, almeno limitatamente al primo comma, lettera *d*, si atteggia quale norma processuale in bianco. La questione è seria e attiene alla determinatezza di una fattispecie atta a costituire uno schermo all’accertamento processuale. Condividiamo l’idea secondo la quale “sarebbe eccessivo ricollegare la facoltà in questione ad ogni ipotesi in cui le leggi professionali sanciscono genericamente l’obbligo del segreto”⁵⁶. Non basta, insomma, la sussistenza di un dovere di preservazione del segreto imposto da una norma professionale o dalla stessa norma penale, è necessario che sia una norma processuale (ancorché ubicata fuori dal codice) ad investire, espressamente, il professionista della facoltà d’astensione⁵⁷. Da

dei reati e l’esigenza di segretezza, il caso del segreto difensivo presenta un’ulteriore specifica peculiarità. Il segreto difensivo è funzionale all’attività della difesa, che, a sua volta, è condizione necessaria all’accertamento processuale perché, opponendosi dialetticamente all’accusa, contribuisce a realizzare il contraddittorio”.

La tesi è suggestiva ma non ci sentiamo di condividerla. Sul rifiuto di configurare una distinzione qualitativa tra i due segreti basata sulla pretesa oggettività del segreto difensivo, si è già detto. Non potendo approfondire l’argomento, nell’economia della presente analisi, preme rilevare che, quale che sia la tesi dottrinarie prescelta, la categoria del “segreto difensivo” può senz’altro risultare utile per l’inquadramento del sistema complessivo di tutele che l’ordinamento riconosce al difensore. Tutele che, senz’altro forniscono una protezione di tale attività più consistente e completa, ma che, a nostro avviso, si sommano a quella approntata dall’art 200 c.p.p. più che differenziarsene qualitativamente (almeno sul piano della tecnica processuale impiegata).

⁵⁶ V. GREVI, in *Compendio di Procedura Penale*, cit., pag. 333.

⁵⁷ Lo schema prospettato ricorre attualmente per i consulenti del lavoro, i dipendenti del servizio per le tossicodipendenze e soggetti equiparati, gli assistenti sociali iscritti nell’albo professionale, i consulenti in proprietà industriale, i dottori commercialisti e gli esperti contabili.

ciò emerge una sfera di soggetti penalmente tenuti al segreto più ampia di quella coperta dall'art. 200 c.p.p. In quest'ipotesi (lo avevamo anticipato), l'obbligo di segretezza si arresta alle soglie del processo e la condotta rivelatrice è scriminata ex art. 51 c.p.

I problemi interpretativi non si fermano all'individuazione dei soggetti astrattamente legittimati. L'art. 200 c.p.p., comma primo, lettere *b*, *c*, *d*, occorre ribadirlo, rappresenta il modello prescelto dal legislatore, per evitare il conflitto tra situazioni giuridiche incompatibili: da un lato, l'art. 622 c.p., impositivo di un obbligo, penalmente sanzionato, di preservare il segreto professionale, dall'altro l'art. 198 c.p.p. prescrivente l'obbligo, anch'esso penalmente sanzionato (art. 366 c.p.), di rispondere veridicamente in sede testimoniale. Tale nodo interpretativo è risolto riponendo in capo al teste una facoltà di astensione dal deporre e, parallelamente, vietando al giudice ogni potere coercitivo sul soggetto. “Se la facoltà di astensione è statuita in ragione dell'obbligo di tacere, identica appare la sfera delle due situazioni soggettive: l'astensione è legittima ogniqualvolta una rivelazione sarebbe penalmente illecita...”⁵⁸. Le conseguenze di tale assunto sono evidenti: l'elisione dell'obbligo testimoniale sussiste finché la testimonianza sia penalmente illecita. La liceità della testimonianza renderebbe inapplicabile l'art. 200 c.p.p. e conseguentemente coercibile il teste che, ove si trincerasse dietro al silenzio, risulterebbe teste reticente e, come tale, penalmente perseguibile. Occorre dunque investigare il rapporto tra l'art. 622 c.p. e l'art. 200 c.p.p. per poter circoscrivere con esattezza l'ambito di applicabilità del secondo. In particolare, la sussistenza di una “giusta causa” per la rivelazione del segreto, condizione negativa per l'insorgenza della responsabilità penale, determinerebbe l'inapplicabilità dell'art. 200 c.p.p.: la rivelazione lecita, diviene doverosa allorché il depositario della notizia venga chiamato a deporre.

Si comprende allora la centralità della nozione penalistica di giusta causa ai fini del processo, nozione, per vero, notevolmente ambigua⁵⁹. Il medesimo discorso vale per

⁵⁸ F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, cit., pag. 78.

⁵⁹ Si discute, in particolare, se possa integrare “giusta causa” della rivelazione del segreto, da parte dell'avvocato, la necessità di consentire l'allegazione al processo di una prova decisiva al fine di scagionare un imputato, indiziato di un reato particolarmente grave, a fronte di un minimo sacrificio, anche solo patrimoniale, all'interesse del proprio assistito. In questo caso potrebbe il giudice ordinare che il teste deponga? La questione è delle più ardue, in quanto pressoché impossibile individuare

ciò che concerne l'altro requisito della fattispecie tipica di reato di cui all'art. 622 c.p.: la possibilità di nocumento. Anche in tal caso, il giudice valuterà, *incidenter tantum*, la sussistenza di tale potenzialità lesiva della rivelazione e, ove non la ritenesse sussistente, ordinerà al teste di deporre.

Come appena accennato, infatti, l'opposizione del segreto non può ridursi ad una dichiarazione apodittica⁶⁰ del soggetto chiamato a deporre. Egli è "signore della

parametri di riferimento ai fini di tale bilanciamento tra interessi contrapposti. In più si deve ritenere che una simile valutazione non potrebbe, quasi mai, essere effettuata dal giudice in quanto, *ab origine*, allo scuro dei termini tra cui questo bilanciamento dovrebbe effettuarsi (essendo, presumibilmente, solo l'avvocato, a conoscenza dei fatti, nella possibilità di prevenire il nocumento in cui incorrerebbe il proprio assistito).

Di più facile applicazione pratica appare, invece, la tesi secondo la quale, il professionista, sciolto dal segreto da parte del proprio assistito, sarebbe impossibilitato ad astenersi dal testimoniare. Ricondurre nel concetto di "giusta causa" il consenso, purché validamente prestato, di colui nel cui interesse è avvenuta la confidenza, risulta coerente col sistema complessivo. Non può, infatti, ritenersi che il segreto professionale operi come strumento di preservazione, da parte del professionista, di un'area di riservatezza, integrità deontologica o affidabilità professionale. Al contrario esso costituisce strumento tecnico di tutela del libero svolgimento di professioni, a loro volta, inscindibilmente funzionali al pieno ed effettivo esercizio di diritti individuali. La circostanza che tali norme, indirettamente, operino come garanzie personali del professionista, incoercibile alla testimonianza, non rileva ai fini dell'individuazione dell'interesse protetto che resta quello di esercitare diritti individuali supremi.

In quest'ordine di idee anche F. M. GRIFANTINI, *Il segreto difensivo*, cit., pag. 45. L'Autore tuttavia precisa opportunamente come "il consenso non sia decisivo perché, acconsentendo, il confidente non impone la rivelazione del segreto: autorizza il difensore a parlare, evitando che vada incontro a responsabilità penale se lo rivela, ma non rende obbligatoria la rivelazione. In un certo senso, dunque, lascia in vita il segreto perché non impedisce al difensore di conservarlo nei confronti di tutti: tuttavia, per quanto riguarda il processo, lo fa cadere, perché, rimuovendo l'obbligo di tacere il segreto, fa sì che chi lo detiene non possa esentarsi dal testimoniare". In tal senso già P. ALBERICI, *Eccezioni al dovere di testimonianza*, Utet, 1910, pag. 60 e F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi*, cit., pag. 80-81. *Contra*, nel senso che il professionista possa ugualmente astenersi dal deporre, A. CRESPI, *La tutela penale del segreto*, Priulla, 1952, pag. 152 nonché V. MANZINI, cit, vol. III, pag. 228.

⁶⁰ E' infatti ragionevole desumersi che il teste che voglia astenersi debba, in qualche modo, fare espressamente constare che intende avvalersi della prerogativa di cui all'art. 200 c.p.p., primo comma. Anche se il codice non prescrive particolari formalità deve comunque ritenersi necessario una dichiarazione esplicita del teste al fine di opporre il segreto professionale.

prova” nel senso che, sussistenti i presupposti integranti un’ipotesi di segreto professionale, sceglie se avvalersene o meno. Tuttavia, in nessun caso, l’ordinamento può tollerare un esercizio abusivo dello strumento processuale a tutela del segreto professionale, per precludere all’accertamento giudiziale, fatti estranei alla sfera di pertinenza del segreto medesimo. Si impone, dato l’impatto sul procedimento probatorio e sulla ricostruzione dei fatti, una esigenza di controllo sull’esercizio della facoltà *de quo*. Tale controllo circa la reale sussistenza dei presupposti del segreto professionale, viene demandata, dal terzo comma, al giudice. Vi si legge che, in caso di dubbio, “il giudice provvede agli accertamenti necessari” e, se da questi risultasse infondata l’opposizione, “ordina che il testimone deponga”. Si impone una riflessione.

Dal testo si deve desumere che il giudice debba, in ogni caso procedere ad una, pur sommaria o contestuale, deliberazione circa la sussistenza dei requisiti per dare corso all’astensione. Un limite ai suoi poteri probatori non può, infatti, constare sulla base di una dichiarazione, apodittica appunto, di un teste, dovendo, al contrario, necessariamente sussistere una qualche forma di controllo sulla fondatezza dell’opposizione stessa. Ove, da tale deliberazione, emergessero dubbi, si aprirebbe doverosamente una parentesi incidentale del giudizio volta all’accertamento della fondatezza della dichiarazione, all’esito della quale, il giudice potrebbe ordinare al teste di deporre (evidentemente in quanto ritiene non sussistere il segreto e inapplicabile art. 200 c.p.p., primo comma). Il codice sembra fare esclusivo riferimento all’organo giudicante, come soggetto investito di tale controllo e accertamento fattuale, ma tale dato testuale va correttamente inteso. Una interpretazione rigida e asettica del mero dato letterale rischia di sfociare in esiti applicativi contrastanti con la logica immanente al procedimento probatorio. L’ingresso nell’ordinamento del principio dispositivo (art. 190 c.p.p., primo comma), quale regola generale (ma non esclusiva) in ordine alla fisiologia del procedimento probatorio, prevedendo che siano le parti, fissato il *thema probandum*, a richiedere l’ammissione delle prove ritenute rilevanti, impone una lettura sistematica della norma. Il controllo sulla sussistenza del segreto dunque, pur testualmente affidata al giudice, non può non essere affidata anche, e *in primis*, alle parti, attraverso il meccanismo della richiesta di ammissione delle prove, la cui acquisizione sia ritenuta

rilevante al fine di provare la sussistenza- insussistenza del dovere di segretezza. In particolare, sarà la parte che intende acquisire l'informazione, di cui il teste professa la riservatezza, per prima, onerata della prova, attraverso l'ordinaria sequenza ammissione- acquisizione, circa l'infondatezza della dichiarazione. In tal senso non appare peregrino affermare che nell'ordinamento, a fronte dell'opposizione di un segreto *ex art. 200 c.p.p.*, vige una presunzione relativa di segretezza, la cui prova contraria è, in primo luogo, rimessa all'iniziativa della parte che intenda acquisire la deposizione. In questo quadro, al giudice spetta un ruolo esclusivamente residuale e integrativo di controllo, attraverso l'esercizio dei propri poteri istruttori officiosi, in linea con quanto, ordinariamente, previsto ai sensi dell'art. 507 c.p.p., dovendo, in sostanza, basarsi sui risultati dell'istruzione dibattimentale condotta dalle parti⁶¹. Tale nesso tra istruzione dibattimentale già condotta dalle parti, ed esercizio integrativo- residuale, anche in questo contesto, dei poteri probatori officiosi, da parte del giudice, potrebbe trovare riferimento testuale proprio nell'art 200 c.p.p., comma secondo, ove si intendesse l'inciso "se ha motivo di dubitare" come riferito ad una situazione di perplessità necessariamente emergente dagli atti probatori già espletati o fatta rilevare in seguito dalle parti, nonché dalle circostanze in cui il teste effettua la propria opposizione.

L'ordine di deporre è intimato con ordinanza motivata non impugnabile. Il depositario del segreto, erroneamente ritenuto dal giudice insussistente, deponendo, non incorre in responsabilità penale. Tuttavia la questione circa la sussistenza del segreto, resta sul tappeto. Potrà essere motivo di gravame nonché di ricorso per Cassazione (art. 606 c.p.p. lettera *c*). Ove il giudice del gravame riscontrasse l'erroneità dell'intimazione, la testimonianza risulterebbe indebitamente coartata e, perciò, inutilizzabile. Questa la ragion per cui il teste che ha effettuato l'opposizione e si è visto destinatario di un ordine di deporre, convinto della fondatezza della propria dichiarazione, può legittimamente tacere la notizia al giudice, assumendosene i rischi. La delibazione incidentale del giudice non si ipostatizza in giudicato, né preclude nel successivo, diverso giudizio in capo al teste che si assume reticente, un

⁶¹ Una analisi generale sui rapporti tra poteri istruttori officiosi e principio dispositivo è effettuata da G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, III edizione, 2007, pag. 93- 100.

diverso esito sulla questione: sussisteva il segreto, il professionista godeva di facoltà d'astensione, il giudice errava nel negarla, il suo ostinato silenzio era legittimo. Lo stesso dicasi per la falsa testimonianza resa ai sensi dell'art. 384 c.p., secondo comma e, perciò, scriminata.

L'eterogenea categoria del segreto professionale, apparsa fin qui compatta quanto a meccanismi di funzionamento, subisce una profonda differenziazione nel terzo comma del medesimo art. 200 c.p.p. Ivi si disciplina il cd. "segreto giornalistico"⁶². Trattasi ancora del riconoscimento di una facoltà di astensione dalla testimonianza in capo ad un soggetto qualificato, il giornalista professionista⁶³, in nome dell'art. 21 della Costituzione. La norma diverge nettamente dallo schema base fin qui esaminato. Innanzitutto il segreto professionale del giornalista risulta oggettivamente circoscritto nell'angusto limite dei "nomi delle persone dalle quali i medesimi hanno avuto notizie di carattere fiduciario nell'esercizio della loro professione". Opportuno estendere l'asciutto dato letterale alle identità dei propri informatori confidenziali, quindi, l'area del segreto ad ogni informazione idonea ad individuarle⁶⁴. Il riferimento è scarno: si limita ad una protezione dell'identità delle "gole profonde", non ai contenuti delle confidenze con cui il giornalista sia venuto in contatto. La differenza con i precedenti commi è lampante. Ma ciò che marchia a fuoco quello giornalistico, come un segreto "minore" o "non-segreto" è la sua intrinseca fragilità. Una caratteristica accomuna tutti i segreti, propriamente qualificabili come tali: ove sussistano, la loro tutela prevale sull'esigenza di provare un fatto utile alla decisione, osta, cioè, all'accertamento processuale.

⁶² Come già analizzato nel terzo paragrafo il giornalista professionista non è penalmente tenuto al segreto *ex art* 622 c.p., bensì ai sensi della legge professionale, la cui violazione determina mera responsabilità disciplinare.

⁶³ Trattasi dei soli giornalisti professionisti iscritti all'albo. L'obiezione dottrina circa la irragionevolezza della discriminazione tra tali soggetti e i pubblicisti, giornalisti a tutti gli effetti benché iscritti in albo separato, non è mai pervenuta all'attenzione della Consulta. Analoghe considerazioni sono state svolte con riferimento ai praticanti giornalisti.

⁶⁴ In questo senso Cass., sezione I, 16 febbraio 2007, in *Le Leggi d'Italia, Cass. Pen. on line*: "il segreto dei giornalisti è circoscritto all'indicazione del nome della fonte, nel cui ambito rientra qualsiasi indicazione che possa portare ad individuare la stessa".

Non così per il “segreto giornalistico”. Se “le notizie sono indispensabili ai fini della prova del reato per cui si procede e la loro veridicità può essere accertata solo attraverso l’identificazione della fonte della notizia, il giudice ordina al giornalista di indicare la fonte delle sue informazioni”. Pur entro limiti rigorosi, siamo al rovescio di quanto accade in tema di segreti: è l’esigenza di accertare il fatto a prevalere, l’interesse tutelato dal segreto a soccombere. Vediamoli questi limiti.

Trattasi di *extrema ratio* racchiusa in due condizioni necessariamente concorrenti: occorre che la rivelazione della fonte sia indispensabile alla prova del reato per cui si procede; inoltre è necessario che le notizie non possano essere altrimenti accertate tramite lo svolgimento di indagini alternative⁶⁵. “Il giudice, insomma, al fine di verificare la rispondenza della notizia indispensabile per la prova di un reato per cui si procede, potrebbe ordinare al giornalista di indicare la sua fonte solo qualora sia l’unico strumento investigativo a disposizione”⁶⁶.

Affermarne la natura di segreto minore o escluderlo del tutto dal novero, è questione nominalistica. Certo è che ci troviamo in un contesto radicalmente mutato: la riservatezza è tutelata finché non cozzì irrimediabilmente con l’accertamento dei fatti, finendo, in questo caso, inevitabilmente col soccombere. Molte sono le critiche piovute su tali norme che, latamente interpretate, potrebbero vanificare ogni sfera di riservatezza della fonte giornalistica, inficiando, in questo modo, una funzione essenziale nelle democrazie moderne. Tuttavia non può mancare di osservarsi come il legislatore abbia altresì tenuto conto di un altro aspetto. Una differente configurazione della norma avrebbe potuto comportare abiette strumentalizzazioni, configurando una sorta di licenza all’invenzione o alla distorsione delle notizie. Inquisito in relazione a simili condotte, il giornalista avrebbe avuto buon gioco nel trincerarsi dietro un invalicabile segreto della fonte.

1.6 *Il segreto di ufficio*

⁶⁵ Così nella giurisprudenza di merito, in particolare, Tribunale di Alba, 25 gennaio 2001, Olivero.

⁶⁶ Pret. Roma, 21 febbraio 1994, Gambino.

Il segreto d'ufficio trova radicamento costituzionale, *ex art. 97 Cost.*, primo comma, nel principio di buon andamento della pubblica amministrazione nonché, collateralmente, nell'*art. 54 Cost.*, ultimo comma, che impone al cittadino di adempiere le pubbliche funzioni, cui sia preposto, con “disciplina ed onore”.

Sul piano processuale, l'*art. 201 c.p.p.* ne determina disciplina e modalità applicative. Dottrina e giurisprudenza non mancano di sottolineare il mutamento normativo apportato dall'attuale codice come foriero di importanti conseguenze ermeneutiche. Si dà risalto, in particolare, alla differente formulazione testuale che sostituisce alla precedente formula normativa del Codice del '30, sostanzialmente identica a quella attualmente prevista in tema di segreto professionale, l'espressa menzione di un obbligo di astensione in capo ai soggetti, titolari di un segreto d'ufficio⁶⁷. Muta l'angolo visuale, ma non muta la sostanza. Nell'*art. 200 c.p.p.* la legge processuale dà rilievo ad un obbligo imposto da una norma sostanziale, disponendo un'elisione dell'obbligo testimoniale. Nell'*art. 201 c.p.p.*, la legge processuale dichiara la sussistenza di un obbligo di astensione del teste titolare del segreto. Le formule normative, evidentemente, divergono. La circostanza che tale asimmetria risulti una novità rispetto al precedente codice di rito, verosimilmente riflette l'intento del legislatore storico di dissociare i due regimi. Se codesta l'intenzione iniziale (i lavori preparatori tacciono), il prodotto legislativo non coglie nel segno. Si teme di risultare ripetitivi nel ribadirlo, ma, probabilmente, è necessario: l'obbligo di non divulgazione di quanto coperto dal segreto d'ufficio è determinato dalla norma sostanziale di cui all'*art. 326 c.p.*, che sanziona penalmente i comportamenti contrari a tale precetto. E' sempre la norma sostanziale che determina la nozione nonché i confini di tale dovere di non rivelazione. L'*art. 201 c.p.p.* costituisce, esclusivamente, la soluzione processuale ad una situazione antinomica, determinata dalla contemporanea sussistenza, in capo al medesimo soggetto, di situazioni giuridiche incompatibili tra loro: divieto di rivelazione, da un lato, ufficio

⁶⁷ Art. 352 c.p.p. del 1930: “I pubblici ufficiali, i pubblici impiegati e gli incaricati di un pubblico servizio non possono, a pena di nullità, essere obbligati a deporre su fatti conosciuti per ragione d'ufficio e che debbono rimanere segreti...”

Art. 201 c.p.p. del 1989: “...i pubblici ufficiali, i pubblici impiegati e gli incaricati un di pubblico servizio hanno l'obbligo di astenersi dal deporre su fatti conosciuti per ragioni del loro ufficio che devono rimanere segreti...”

testimoniale, dall'altro. La circostanza che l'attuale formulazione legislativa differisca dalla precedente, testimoniando un probabile intento riformatore dei redattori, è irrilevante per l'interprete. Le norme valgono nei termini di quello che dicono, si oggettivizzano quando entrano nell'ordinamento, sono parole senza autore. In particolare l'art. 201 c.p.p. non sancisce nessun divieto di esame del teste penalmente tenuto al segreto. Eliso l'obbligo testimoniale, il giudice non può tentare alcuna coercizione, a pena di inutilizzabilità della deposizione *iussu iudicis*. Il teste spontaneamente loquace commetterà reato, ma la sua deposizione è prova valida nel giudizio. Illiceità sostanziale e inutilizzabilità della prova non sono concetti coincidenti, giacché la sequela ammissione- acquisizione della prova attiene al potere istruttorio funzionale all'accertamento giudiziale e vive di regole proprie. Nessuna differenza dunque, quanto a meccanismi di funzionamento processuale, tra gli artt. 200, 201 e, vedremo, 202 c.p.p.⁶⁸. Dimostrazione letterale incontestabile di ciò è

⁶⁸ Tale, tradizionale, impostazione del problema è stata, recentemente, messa in crisi dalla giurisprudenza di legittimità. Cass., S. U., 30 ottobre 2003, Carnevale, in *Cass. Pen.*, 2003, pag. 3276: "Diversamente, nel codice di rito previgente, i soggetti tenuti al segreto di ufficio (come quelli tenuti al segreto professionale) erano titolari di una semplice facoltà di astensione, mentre veniva stabilito in capo al giudice il divieto di obbligare il teste a deporre (art. 351 c.p.p. 1930). Questa disciplina è stata mantenuta, nel nuovo codice per il segreto professionale, ma non per il segreto d'ufficio. ...La Corte ritiene che la testimonianza che il soggetto obbligato ad astenersi in ragione dell'esistenza di un segreto d'ufficio renda spontaneamente...nasce sicuramente invalida ex art. 191 c.p.p...". Siamo agli antipodi della teoria proposta nel testo. Tuttavia l'importanza della questione, la sua centralità rispetto al sistema complessivo del procedimento probatorio, le incongruenze con una inveterata tradizione giuridica nonché l'impossibilità delle argomentazioni del Massimo Collegio di convincerci, ci impongono di accogliere l'opposta opinione di quel "settore della dottrina" che la pronuncia summenzionata espressamente menziona e smentisce. L'assunto delle Sezioni Unite si basa su una premesse interpretativa di fondo che, ove graniticamente accolta, determinerebbero una rivoluzione nell'intero sistema processuale. Si postula una coincidenza e piena sovrapposizione della categoria della illiceità penale sostanziale con l'inutilizzabilità processuale della prova. In altri termini, l'ampiezza della formula adoperata nell'art. 191 c.p.p. comporterebbe l'ingresso nell'ordinamento di un principio generale in base al quale l'illiceità sostanziale di una condotta determinerebbe, per ciò solo, l'inutilizzabilità della prova, costituita mediante tale condotta illecita. Ciò nonostante tale prova risultasse ritualmente ammessa e acquisita ai sensi della legge processuale. Ascoltiamo ancora le Sezioni Unite: "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 omnicomprensività della formulazione del

l'art. 195 c.p.p., comma sesto. La norma, vietando l'esame del teste *de auditu* su quanto appreso dai soggetti di cui agli art. 200 e 201 c.p.p., "salvo che le predette persone abbiano depresso sugli stessi fatti...", contemporaneamente, implica l'insussistenza di un divieto di deposizione dei soggetti tenuti al segreto d'ufficio. La legge processuale, dunque, stabilisce modi, tempi, forme e limiti del procedimento probatorio e quando intende vietare l'esame testimoniale lo fa a tutte lettere. Si Rilegga l'art. 197 c.p.p., primo comma, per averne conferma⁶⁹. La conclusione è lapalissiana. Quanto detto a proposito del meccanismo di funzionamento del segreto professionale, vale per quello d'ufficio.

Simmetrica, altresì, l'esclusione della facoltà d'astensione sui fatti che il testimone fosse obbligato a denunciare⁷⁰.

Resta da individuare la sfera di applicabilità dell'art. 201 c.p.p.

Anche in questo caso trattasi di un ambito soggettivamente circoscritto. Abilitati all'astensione i pubblici ufficiali, i pubblici impiegati e gli incaricati di pubblico servizio. Come identificare tali soggetti, lo determina la legge penale e, rispettivamente, gli art. 357 e 358 c.p. Naturale che requisito per la titolarità di tale prerogativa non sia un mero *status* soggettivo. La norma processuale è dettata in relazione al dovere, penalmente imposto, di tacere, di cui all'art. 326 c.p.

comma 1 dell'art. 191 c.p.p. (che fa riferimento ai 'divieti stabiliti' dalla legge', anche, quindi, sostanziale), la prova, anche nell'ipotesi considerata, oltre che illecita è anche invalida".

Viene da chiedersi se la tesi perorata estenda la sequenza illiceità- inutilizzabilità anche all'illiceità civile o disciplinare di una determinata condotta e, a stretto rigore, non si saprebbe come negarlo né quali gli esiti di tale ragionamento. In ogni caso, in questa sede, occorre far constare come tale posizione della Suprema Corte rappresenti un fatto nuovo, dirompente e, soprattutto fortemente dibattuto in dottrina e giurisprudenza. In senso contrario alle affermazioni delle Sezioni Unite, *ex pluribus*, F. CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, Utet, 1990, pag. 242; F. CORDERO, *Procedura*, cit., pag. 616- 619, 632- 654, 695; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Cedam, 1992, pag. 304; LAVARINI, *Segreto d'ufficio e inutilizzabilità della prova*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2004, pag. 901.

⁶⁹ Art. 197- *incompatibilità con l'ufficio di testimone*: "Non possono essere assunti come testimoni:.."

⁷⁰ Il riferimento obbligato è all'art. 331 c.p.p. il quale stabilisce che: "i pubblici ufficiali e gli incaricati di un pubblico servizio che, nell'esercizio o a causa delle proprie funzioni o del loro servizio, hanno notizia di un reato perseguibile di ufficio, devono farne denuncia per iscritto..".

Applicabile, dunque, l'art. 201 c.p.p. fintanto che risulti illecita la condotta divulgativa, valutazione necessariamente rimessa all'analisi della norma penale. Di qui, importanti conseguenze. Se è vero che la qualifica soggettiva deve sussistere al momento dell'acquisizione della notizia coperta dal segreto, non è necessaria la sua permanenza al momento in cui il teste è chiamato a deporre. In altri termini, l'estensione della responsabilità penale, per rivelazione di segreti d'ufficio, in capo al soggetto che quello *status* abbia perso, determinata dal combinato disposto tra l'art. 326 e l'art. 360 c.p., determina l'imputazione della facoltà di astensione dalla testimonianza al medesimo soggetto ai sensi dell'art. 201 c.p.p.⁷¹. Inoltre, sempre dalla norma sostanziale, emerge la sussistenza di un nesso di causalità necessaria tra esercizio dei propri doveri di servizio, e conoscenza della notizia destinata a rimanere segreta⁷². La migliore dottrina ritiene di circoscrivere la nozione di segreto d'ufficio, piuttosto vaga nel testo della legge, alla "notizia che per espressa disposizione di legge, per ordine dell'Autorità, per consuetudine riconosciuta ed anche per la sua stessa natura (e cioè i danni e i pericoli che possono derivare dalla rivelazione) non deve essere palesata ad estranei..."⁷³.

A differenza del precedente segreto professionale l'ambito di applicabilità della norma sostanziale e di quella processuale, coincidono: l'art. 326 c.p. configura un reato "proprio", a differenza dell'art. 622 c.p. Logico che l'assenza dei presupposti tipici della fattispecie penale determini riespansione dell'obbligo testimoniale, con conseguente piena legittimità di deposizione *iussu iudicis*.

Il secondo comma dell'art. 201 c.p.p., opera un ulteriore rinvio alla precedente disciplina del segreto professionale per quanto concerne il controllo circa la

⁷¹ In questo senso C. DI MARTINO, *La prova testimoniale: contenuto e limiti soggettivi*, in C. DI MARTINO- RTINROCACCIANTI, *La prova testimoniale nel processo penale*, Cedam, 1991, pag. 95.

⁷² Al contrario, non potrebbe ritenersi sussistente la qualifica soggettiva richiesta dalla norma nell'ipotesi di falso pubblico ufficiale o di conoscenza avvenuta con l'abuso delle qualità di pubblico ufficiale. La distinzione diviene molto sottile con il caso, che invece si ritiene ricompreso nella norma sostanziale e, conseguentemente in quella processuale, di conoscenza appresa dall'agente a causa delle proprie mansioni, anche se estranea alla propria specifica competenza.

⁷³ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, parte speciale vol. II, Giuffrè, XV edizione integrata e aggiornata a cura di C. F. GROSSO, 2008, pag. 382.

fondatezza dell'opposizione, nonché, in caso di esito negativo di tale deliberazione, l'ordine di deporre impartito dal giudice.

Perplessità suscita l'estensione di tale rinvio, che testualmente risulta comprensivo delle regole in tema di "segreto giornalistico". Data l'incompatibilità, per i motivi di cui sopra, tra i due modelli, ci si è chiesti, quale soluzione all'enigma? Seguono numerose disquisizioni dottrinarie. Taluni perorano la tesi volta ad equiparare le disposizioni in tema di segreto d'ufficio al modello "debole" di cui al terzo comma dell'art. 200 c.p.p. L'orientamento maggioritario, ritenendo tale rinvio semplicemente il *lapsus calami* di un codificatore distratto, ritiene non estensibile ai soggetti di cui all'art. 201 c.p.p. la disposizione espressamente e specificamente dettata per i giornalisti. In fin dei conti, tuttavia, la soluzione più banale all'enigma appare anche la più verosimile: il rinvio al modello di cui all'art. 200 c.p.p., terzo comma, sarebbe operante per i giornalisti pubblici impiegati, rispetto ai quali si sarebbe potuta porre una difficile questione interpretativa che il legislatore ha inteso così dirimere⁷⁴.

Il segreto d'ufficio è figura ampia ed eterogenea, atta a coprire situazioni diversificate fra loro. Tale eterogeneità è, altresì, legata alla vaghezza delle nozioni penalistiche dei soggetti titolari di questo vincolo di riservatezza.

Tra le varie distinzioni operate, preme, in particolare, segnalare, per importanza e qualità, il segreto della camera di consiglio, convenzionalmente denominato "segreto camerale". Tale ipotesi peculiare di segreto d'ufficio trova il suo fondamento nell'art. 125 c.p.p., comma quarto, il quale prescrive il più rigido riserbo circa le opinioni espresse e i voti dati in camera di consiglio⁷⁵. Ovvio ricercarne un appiglio

⁷⁴ F. CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, Utet, 1990, pag. 243.

⁷⁵ Proprio il perimetro e la struttura del "segreto camerale" furono all'origine dell'approdo giurisprudenziale summenzionato. Cass., S. U., 30 ottobre 2003, Carnevale, in *Cass. Pen.*, 2003, pag. 3276, esplicitamente afferma: "E' certo che il segreto della camera di consiglio è una particolare specie di segreto d'ufficio". Il principio di diritto formulato all'esito dei ragionamenti riassunti in questa e nelle precedenti note sarà il seguente: "Il giudice penale non può essere richiesto ed ha l'obbligo di astenersi dal deporre come testimone in merito al procedimento formativo della deliberazione collegiale, segreta, in camera di consiglio, limitatamente alle opinioni e ai voti espressi dai singoli componenti del collegio, fermo restando il sindacato giurisdizionale sulla fondatezza della

costituzionale più esplicito e individualizzante rispetto al segreto d'ufficio, nell'art. 101 e 104 Cost..

Un'ultima menzione merita il cosiddetto "segreto diplomatico". Trattasi anch'esso di una peculiare specie di segreto d'ufficio, dal quale si differenzia (di qui l'opportunità di una denominazione *ad hoc*) per alcune caratteristiche tipiche non prive d'interesse. La facoltà di astensione, riconosciuta al titolare di un segreto d'ufficio, si estende all'agente diplomatico per tutto ciò che concerne il contenuto dell'attività diplomatica. La sfera di riservatezza si appalesa, in questo caso, più ampia della sfera della norma penale che sanziona la rivelazione dei segreti d'ufficio. Tale maggior estensione trae fondamento imprescindibile, non tanto o non solo nell'art. 326 c.p., quanto in un generale e più esteso obbligo dell'agente diplomatico di non divulgare i contenuti della propria attività. Prescrizione riconducibile ad una norma di diritto internazionale consuetudinario generalmente riconosciuta che trova introiezione nell'ordinamento interno per il tramite dell'art. 10 della Cost. che, come noto, rappresenta strumento di automatico adattamento dell'ordinamento alle norme internazionali consuetudinarie. Tale riferimento normativo non sarebbe, di per sé, sufficiente a consentire una copertura completa dell'oggetto del segreto diplomatico, non constando in una regola d'esclusione processuale. Regola processuale, al contrario, può, a buon titolo, essere considerato l'art. 31, comma secondo⁷⁶, della legge 9 agosto 1967, numero 804. Tale provvedimento legislativo recepisce, infatti, la "Convenzione sulle Relazioni diplomatiche firmata a Vienna il 24 Aprile 1963, in cui la norma consuetudinaria suddetta trova formale punto di emersione nello strumento convenzionale, cui va ad aggiungersi una declinazione processuale, nel senso di prevede una elisione dell'obbligo di testimonianza dell'agente diplomatico⁷⁷. All'esito di questa ricostruzione "ad incastro" può affermarsi che il segreto sulle attività oggetto di missione diplomatica, trova ingresso

dichiarazione di astensione. La violazione del suddetto obbligo comporta l'inutilizzabilità della relativa testimonianza".

⁷⁶ Il quale recita espressamente: "L'agente diplomatico non è tenuto all'obbligo di rendere testimonianza".

⁷⁷ In particolare ci si riferisce all'art. 31 paragrafo 2 della Convenzione.

nell'ordinamento processuale italiano, in un rapporto di specialità col segreto d'ufficio, e dettagliata disciplina normativa nello stesso art. 201 c.p.p.

1.7 Il cosiddetto “segreto di polizia”

Invalso in dottrina l'uso di tale denominazione per qualificare l'ipotesi normativa di cui all'art. 203 c.p.p. Vi figura uno *jus tacendi*, un'elisione dell'obbligo di testimonianza, riservata ad una particolare categoria di soggetti, inequivocabilmente riprodotto, per struttura di funzionamento, della disciplina dei segreti propriamente detti.

“Ufficiali e agenti di polizia giudiziaria” nonché “il personale dipendente dai servizi per le informazioni e la sicurezza militare e democratica” risultano così destinatari di una facoltà di astensione dall'ufficio testimoniale riguardo ai “nomi dei loro informatori”. Facoltà che si configura quale scelta discrezionale e insindacabile (nella sfera processuale almeno), ove ritualmente formulata. Il meccanismo appare speculare a quello dei precedenti art. 200 e 201 c.p.p. (almeno nell'interpretazione qui accolta dell'art. 201 c.p.p.). Lecito dunque immaginare l'introduzione nell'ordinamento, ad opera dell'art. 203 c.p.p., di una “nuova” categoria di segreto? Certamente, sul piano didattico- dottrinale, termini quali “segreto di polizia” o “occulto poliziesco”, peraltro privi di alcun riscontro testuale nel codice⁷⁸, hanno il pregio di favorire una chiara ed immediata comprensione, determinano, cioè, un istantaneo ed efficace richiamo dell'art. 203 c.p.p. Al contrario, sul piano tecnico-processuale, laddove, cioè, una distinzione nominalistica voglia sottendere e presupporre consolidate distinzioni qualitative, normative, tecniche e processuali fra istituti, i termini summenzionati suonano fuorvianti. Espellendo dall'attuale ordinamento il primo capoverso della norma *de quo*, infatti, il regime processuale non muterebbe di una virgola. Se è vero che i limiti ai poteri istruttori debbono essere previsti dalle norme processuali, o, almeno, essere da queste deducibili, non è

⁷⁸ La rubrica dell'articolo, certo non vincolante per l'interprete ma, senz'altro, indicativa recita: “informatori della polizia giudiziaria e dei servizi di sicurezza” non facendo, dunque, menzione alcuna ad una ipotesi di “segreto”.

altrettanto vero che, senza l'art. 203 c.p.p., gli agenti di polizia giudiziaria, e soggetti equiparati, sarebbero stati coercibili alla testimonianza. Il mantenimento di un'area di segretezza sui nomi dei propri informatori confidenziali, da parte di appartenenti delle forze dell'ordine, di conseguenza intranei alla pubblica amministrazione, rientra pienamente nell'ipotesi del segreto d'ufficio. Le specificazioni di dottrina e giurisprudenza, che approfondiremo, sulle qualità soggettive e condizioni fattuali fotografate dalla norma, non fanno che confermarlo. L'assunto circa la configurabilità del preteso "segreto poliziesco" quale *species* del segreto d'ufficio, d'altra parte, è pacifico in dottrina⁷⁹. Ciò che risulta oggetto di qualche dibattito è la caratterizzazione del secondo come categoria processuale speciale ma integrante uno *status* processuale autonomo e differenziato, rispetto alla categoria, di genere, di cui all'art. 201 c.p.p.. Chi, infatti, desume dal tenore normativo dell'attuale disciplina del segreto d'ufficio un vero e proprio divieto di esame del soggetto titolare dello stesso, non può che interpretare la norma di cui all'art. 203 c.p.p. come foriera di una deroga rilevante al meccanismo di funzionamento generale dell'istituto. Il divieto d'esame, in questo quadro, rappresenterebbe la regola generale, applicabile a tutte le ipotesi di segreto d'ufficio, mentre lo *jus tacendi* il regime derogatorio, e, perciò, tassativo. All'istituto del "segreto poliziesco" non potrebbe, conseguentemente, negarsi la dignità di autonoma categoria giuridico- processuale.

A nostro avviso, le cose stanno diversamente. Sia la differente (rispetto agli art. 200 e 203 c.p.p.) e innovativa (rispetto al codice del '30) redazione dell'art. 201 c.p.p., sia la circostanza dell'illiceità penale della dichiarazione spontaneamente resa, non rilevano ai fini della configurabilità di un divieto d'esame con, conseguente, inutilizzabilità della prova acquisita in sua violazione. L'art. 203 c.p.p. non introduce, dunque, alcun elemento di novità nella disciplina dei segreti e la dizione "segreto di polizia" non identifica alcuno statuto processuale autonomo. Saremmo tentati, persino, di affermare che la norma, codificata nel primo periodo dell'articolo in questione, sia *inutiliter data*. L'art. 203 c.p.p. non introduce una diversa categoria

⁷⁹ V. GREVI, in *Compendio di Procedura Penale*, cit., pag. 334: "Un aspetto peculiare della disciplina del segreto d'ufficio è rappresentato, infine, dalla prerogativa riconosciuta agli ufficiali ed agli agenti di polizia giudiziari, ai quali vengono accomunati gli appartenenti ai servizi di sicurezza, di non rivelare i nomi dei propri informatori confidenziali..."

di segreto, né può, a stretto rigore, essere raggruppata tra le norme in materia di segreti. Ciò non equivale a negare la sua complessiva portata precettiva che va, più propriamente, considerata norma di raccordo tra la disciplina del segreto d'ufficio e le norme in materia di testimonianza indiretta. Il cosiddetto segreto di polizia finisce per risolversi in un inasprimento, in senso garantistico, della disciplina di cui all'art. 195 c.p.p., dovuto all'impossibilità, per opposizione di un segreto d'ufficio, di identificare la fonte della deposizione *de relato* e, conseguentemente, di chiederne l'escussione dibattimentale.

Urge un'analisi più approfondita della norma.

Il primo comma prevede, dunque, una facoltà di astensione dei soggetti summenzionati, rigorosamente circoscritta alle identità dei propri informatori confidenziali. Chi meriti questa qualificazione, lo chiarisce la giurisprudenza di legittimità. Per Cass., sezione VI, 12 giugno 2001⁸⁰: “possono essere definiti informatori coloro i quali, di regola dietro compensi in denaro o in vista di altri vantaggi, forniscono occasionalmente, ma con sistematicità notizie riservate alla polizia giudiziaria o ai dipendenti dei servizi”. La definizione resta oscura.

Maggiori lumi in Cass., sezione VI, 22 maggio 2003⁸¹: “Assumono qualità di informatori...esclusivamente i confidenti della polizia giudiziaria che vogliono rimanere nell'anonimato per motivi di opportunità e sicurezza personale”.

Una distinzione resta fondamentale e costituisce limite invalicabile di esercizio di tale facoltà. Il segreto non copre i confidenti correi o penalmente implicabili a qualunque titolo. Inequivocabile, in questo senso, l'art. 347 c.p.p., primo comma, che esige che la *notitia criminis* venga riferita senza ritardo. Nessuno scambio, è concepibile, insomma, tra promesse di impunità e informazioni confidenziali. Il principio va seccamente affermato e difeso, anche se “all'apparato non conviene esporre i delatori, sicché l'automatismo legalitario resta sulla carta”⁸².

Circoscritta la sfera di applicabilità della norma, occorre esplorarne il reale portato precettivo. Il *clou* è nella doppia previsione di inutilizzabilità (unitaria in realtà, la scomponiamo per ragioni espositive) riguardante le notizie confidenziali assunte da

⁸⁰ Cass., VI sez., 12 giugno 2001, Vardaro, in *Cass. Pen.*, 2003, pag. 1264.

⁸¹ Cass., VI sez., 22 maggio 2003, C., in *Cass. Pen.*, 2004, pag. 3339.

⁸² F. CORDERO, *Procedura*, cit., pag. 699.

informatori di polizia giudiziaria, di cui il soggetto legittimato non intenda svelare l'identità, o la cui testimonianza, pur essendone stata resa nota l'identità, non sia stata acquisita nel procedimento.

La prima previsione è scontata. Le notizie di fonte anonima, non possono accedere al processo, non sono prove. Bisbigli da retrobottega, sussurri, maldicenze, visioni oniriche, delazioni anonime, potranno rappresentare proficui strumenti investigativi, ma non trovano posto nel materiale probatorio: è un principio base degli ordinamenti democratici civili. Sul piano giuridico non è riscontrabile alcuna differenza tra il settimo comma dell'art. 195 c.p.p.⁸³, e l'ipotesi di impossibilità di identificazione della fonte confidenziale per opposizione del segreto. Ripugna all'ordinamento ogni diversa soluzione.

La seconda previsione d'inutilizzabilità è più raffinata. L'ipotesi è la seguente: l'agente di polizia giudiziaria testimonia sul contenuto di un'informazione confidenziale, rivelando l'identità della fonte ma questa, per qualunque ragione, non è chiamata al banco dei testimoni a confermare o negare. Il poliziotto è teste *de auditu*, espunto dall'ordinamento l'art. 203 c.p.p., si applicherebbe l'art. 195 c.p.p. La deposizione dello scrupoloso agente di polizia sarebbe perfettamente valida e utilizzabile ove venisse escusso il soggetto indicato come fonte (altra questione, evidentemente, sarà quella attinente alla conferma o negazione del contenuto della deposizione indiretta). Lo stesso accadrebbe ove la testimonianza dell'informatore non fosse richiesta dalle parti (caso in cui il giudice avrebbe l'obbligo di ammetterla) o disposta *ex officio* dal giudice o impossibile, "per morte, infermità, irreperibilità". Acquiescenza tacita, mancato esercizio di poteri istruttori discrezionalmente attivabili, impossibilità oggettiva, infatti, rappresentano condizioni sussidiarie che legittimano l'allegazione della testimonianza indiretta al corredo probatorio. Non così alla luce dell'art. 203 c.p.p. La testimonianza indiretta è inutilizzabile in tutti i casi in cui l'informatore non venga escusso come teste in dibattimento. Non rileva nemmeno la di lui, sopravvenuta morte. L'esigenza di controbilanciare il *vulnus* apportato alla difesa dall'omessa identificazione delle fonti riservate, giustifica un

⁸³ Art. 195 c.p.p., settimo comma: "Non può essere utilizzata la testimonianza di chi si rifiuta o non è in grado di indicare la persona o la fonte da cui ha appreso la notizia dei fatti oggetto dell'esame".

inasprimento della disciplina. Questo il cuore della disciplina e il suo reale contenuto normativo.

Il comma 1- *bis* rappresenta la risposta postuma del legislatore⁸⁴ a pratiche giurisprudenziali elusive⁸⁵. Si precisa, a tutte lettere, che la sanzione di inutilizzabilità riguarda ogni fase del procedimento. Il riferimento è esplicito e sarà ribadito, con pignoleria ma efficacemente, negli art. 267 (comma 1- *bis*) e 273 (comma 1-*bis*). Informazioni confidenziali anonime⁸⁶ non possono rilevare ai fini della valutazione dei gravi indizi di reato o di colpevolezza che costituiscono presupposto indefettibile per la concessione dello strumento delle intercettazioni o per disporre misure cautelari personali. Il comma in questione, dunque, sarà pure inserito “*ad abundantiam*” nel tessuto normativo, ma rappresenta presidio sicuro di una corretta applicazione del precedente comma 1, reso tanto più necessario dalla giurisprudenza consolidatasi *ante* 2001⁸⁷.

1.8 *Il segreto di Stato*

Il segreto di Stato è il tema centrale di questa trattazione e verrà analizzato specificamente nei capitoli che seguono. Tocchiamo l’argomento per grandi linee, in questa sede, per fornire una bussola al lettore ed, in particolare, per tentarne un primo, sommario inquadramento nella disciplina dei segreti. Il rapporto tra il segreto

⁸⁴ Inserito nel codice dall’art. 7 legge primo marzo 2001, numero 63.

⁸⁵ Prima dell’introduzione del comma 1- *bis*, la giurisprudenza di legittimità univocamente riteneva che le informazioni confidenziali “anonime” potessero essere legittimamente utilizzate (non nel dibattimento, ma) all’interno della fase delle indagini preliminari e per l’applicazione di misure cautelari come informazioni assunte da persona in grado di riferire sui fatti oggetto di indagine *ex art.* 351 c.p.p. Si veda in particolare Cass., Sezione I, 9 ottobre 1992, Ocello, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1993, pag. 465.

⁸⁶ L’epiteto è utilizzato, per brevità, nel senso di notizie provenienti da informatori non escussi in dibattimento o non “interrogati né assunti a sommarie informazioni” nel corso delle indagini preliminari.

⁸⁷ In questo senso, V.GREVI, in *Compendio di Procedura Penale*, cit., pag. 334. L’Autore non manca, altresì, di sottolineare la “maldestra improprietà lessicale” del comma 1- *bis* “palesamente contaminata dal gergo della pratica di polizia”.

di Stato e gli altri segreti processualmente rilevanti, infatti, è sempre stato caratterizzato da elementi affatto particolari. L'elevato tasso di "politicità" dell'istituto, il suo radicamento ideologico in alternative e, spesso contrastanti, concezioni dello Stato, la sua assoluta "sensibilità" costituzionale, ne hanno sempre condizionato tanto la tribolattissima evoluzione normativa, quanto le, spesso dissonanti, applicazioni giurisprudenziali. L'approccio, anche scientifico, allo studio del tema è stato per lo più dominato dall'idea che il segreto in questione riguardasse quasi un sottosistema normativo, avulso e autonomo dalla disciplina generale in cui si collocava e, perciò, ontologicamente connotato da regole e strutture proprie e particolari. Il disagio che si avverte, nell'avvicinarsi all'argomento da una prospettiva processualistica, è quello dell'ospite scomodo e deriva da un approccio sostanzialistico alla questione che ha sempre relegato il processo in ombra rispetto al rilievo, sostanziale appunto, e politico- istituzionale del segreto di Stato. Quasi fosse necessario rinunciare a priori ad un inquadramento coerente e complessivo, nel sistema dei segreti. Quasi che il rigore di analisi e di applicazione delle norme, in questo specifico settore, dovesse cedere all'importanza degli interessi tutelati. La disciplina del segreto di Stato rappresenta un calco affidabile dell'architettura istituzionale di un ordinamento, il riflesso dell'equilibrio complessivo dei poteri cui esso si informa, un indice rilevante del livello di democraticità del sistema. Ciò, tuttavia, non costituisce una buona ragione per attenuare il rigore e la coerenza dello studio del suo funzionamento processuale. Al contrario, richiede uno sforzo di approfondimento e comprensione.

Come già univocamente affermato, l'evoluzione normativa dal 1930 al codice del 1989 ha comportato un mutamento relevantissimo nella disciplina. All'art. 352 del Codice Rocco, anche nella formulazione risultante a seguito della riforma legislativa del 1977, che prescriveva un divieto di esame del soggetto titolare del segreto, è succeduto l'art. 202 c.p.p. che, nell'attuale formulazione (come risultante dall'art. 40, primo comma, l. 3 agosto 2007 n. 124), come in quella dell' 89, prevede una mera facoltà di astensione dalla testimonianza.

La formula utilizzata è tutt'ora mutuata dal segreto d'ufficio. Logico che, adottata la tesi che nega la possibilità di dedurre *ex art.* 201 c.p.p. un implicito divieto d'esame, il medesimo discorso sia applicabile al segreto di Stato. Nessuna distinzione emerge,

dunque, quanto al meccanismo di funzionamento, rispetto alle norme disciplinanti le altre ipotesi di segreto. Le formule legislative “hanno l’obbligo di astenersi” e “non possono essere obbligati a deporre”, sul piano processuale, si equivalgono, non valendo la prima a riprodurre una regola assoluta d’esclusione equiparabile a quello previsto dalla disciplina *ante* ’89. Nessun limite agli ordinari poteri istruttori del giudice penale, dunque, che vada al di là di quanto espressamente deducibile dal testo della legge: una mera facoltà d’astensione dall’ufficio testimoniale. Nessuna asimmetria, dunque, all’interno della categoria generale dei segreti, identica essendo la struttura fondamentale.

In questo quadro, anche il presidio sanzionatorio della disciplina dettata *ex* 202 c.p.p., va annoverato nel gruppo dei divieti probatori relativi soggettivamente circoscritti, constando in una sanzione d’inutilizzabilità processuale della testimonianza estorta. In particolare, a parte il fondamento costituzionale dell’istituto, di cui si dirà meglio in seguito, anche l’art. 202 c.p.p. rappresenta il riflesso processuale di un obbligo giuridico, penalmente sanzionato, di tacere. L’art. 261 c.p., sanziona duramente la “rivelazione di segreti di Stato”. L’art. 202 c.p.p. consente al teste, penalmente esposto, attraverso l’atto di opposizione, di astenersi dal testimoniare. Egli è, in altri termini, sciolto dall’ufficio testimoniale: dichiarata la sussistenza del segreto, resta legittimamente in silenzio e la testimonianza estorta nasce invalida⁸⁸ (*rectius* inutilizzabile). Parlasse *sua sponte*, rischierebbe “reclusione non inferiore a cinque anni”, ma la macchina istruttoria sarebbe validamente implementata⁸⁹.

⁸⁸ Ove il teste legittimato, effettuata rituale opposizione del segreto, nel rispetto dei limiti oggettivi di cui all’art. 204 (su cui *infra* III cap.), fosse coartato (*rectius* indotto) alla deposizione del giudice, appare condivisibile, l’ipotesi dottrina che configurerebbe in capo all’organo iudicante il reato di rivelazione del segreto di Stato (art. 261 c.p.). In tal senso, P. P. RIVELLO, *Segreto (Profili processuali)*, in *Digesto delle Discipline Penali*, vol. XIII, Utet 1997, pag. 92, nota n. 58.

⁸⁹ Doverosa una precisazione. L’inquadramento dogmatico qui proposto, circa la natura soggettiva del segreto di Stato, e l’equiparabilità al segreto professionale o d’ufficio, a questo proposito, rappresenta un’ impostazione fortemente discussa in dottrina e giurisprudenza. Nel senso qui accolto, C. BONZANO, *Commento alla l. 3 agosto 2007*, in *Diritto penale e processo*, vol. I, anno 2008, pag. 34. Sulla medesima linea interpretativa, ma in riferimento alla disciplina *ante* 2007, F. CORDERO, *Procedura*, cit., pag. 697; N. TRIGGIANI, *sub art. 202*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA- ARDAPANGHER, Ipsa, III edizione 2007, pag. 1492.

La norma processuale dirime situazioni antinomiche dunque, ma lo fa selettivamente. Come nell'ipotesi di segreto professionale, l'art. 261 c.p. non configura un reato "proprio", mentre l'elisione dell'obbligo testimoniale è accordata a soggetti qualificati. Solo i pubblici ufficiali, i pubblici impiegati e gli incaricati di un pubblico servizio hanno facoltà di scelta⁹⁰, chiunque altro, a conoscenza di un segreto di Stato, chiamato a deporre, soggiace agli art. 198 c.p.p. e 366 c.p. Il dovere di non divulgazione si arresta alle soglie del processo. Lo diremo meglio nelle prossime pagine, ma intanto, specifichiamo che, anche in questo caso, il soggetto legittimato gode di facoltà di astensione fintanto che sarebbe penalmente perseguibile. L'esenzione *de qua* non ha ragion d'essere ove la condotta divulgativa fosse legittima (ne ripareremo con riguardo alla posizione dell'imputato). L'impostazione accolta, che sarà oggetto di ulteriore, approfondita riflessione, fa propendere, dunque, per la tassatività del novero dei soggetti di cui al primo comma dell'art. 202 c.p.p. Tale opzione ermeneutica conduce all'ulteriore questione circa l'attualità della qualifica soggettiva. Consensi unanimi trova in dottrina la tesi che vuole irrilevante la permanenza della qualifica al momento della deposizione, contando, esclusivamente, il momento della conoscenza della notizia coperta dal segreto⁹¹. La *ratio* di tale soluzione è lapalissiana. La qualità soggettiva del testimone non identifica, infatti, i soggetti investiti di un potere di classificazione di quanto coperto da segreto. Al contrario, costituisce delimitazione dell'ambito della tutela

Contra G. SALVI, *Pubblici ufficiali vincolati all'astensione*, in *Guida al diritto*, Il sole 24 ore, 2007, numero 40, pag. 80 e s., nonché F.M. GRIFANTINI, *Il segreto difensivo*, cit., pag. 27 e s., anche quest'ultimo, tuttavia, con riferimento alla versione originaria dell'art. 202 c.p.p.

La "mobilità" dei temi trattati non consente di individuare con sicurezza una risposta definitiva e incontestabile, tantomeno può riscontrarsi una giurisprudenza consolidata. Ritorneremo sul punto, approfondendolo in tutti i suoi aspetti, in seguito. Al momento, preme tratteggiare, a grandi linee, lo schema di fondo dell'istituto.

⁹⁰ La sussistenza di tali qualifiche soggettive, è questione di diritto sostanziale, essendo pacifico che la legge stabilisca un rinvio recettizio agli artt. 357 e s.s. del c.p.

⁹¹ G. PORCO, *Prove penali e segreti*, Rubettino, 1999, pag. 55; T. PROCACCIANTI, *Testimonianza*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. XIII, Utet, 2005, 1670; G. SCANDONE, *Riflessioni in tema di tutela processuale del segreto di Stato*, in *Rivista di polizia*, 1989, pag. 97; G. SPANGHER, sub art. 202 c.p.p., in *Commento al codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, Utet, 1993, pag. 471.

processuale del segreto di Stato, con riferimento esclusivo a soggetti che, ordinariamente, sono a contatto con le notizie oggetto di segreto, in ragione dell'attività svolta, o dell'inserimento nell'organigramma istituzionale, o, comunque, abilitati ad accedervi. In conclusione le qualifiche, di cui al primo comma dell'art. 202 c.p.p., rilevano come strumenti d'accesso alle informazioni, e non già come requisiti di individuazione delle persone fisiche investite di un potere di classificazione⁹². Muovendo un passo in avanti, occorre precisare che la norma in esame, differendo in ciò sia dalle ipotesi di segreto professionale che da quelle di segreto d'ufficio, non circoscrive l'ambito delle notizie coperte dalla coltre di segretezza a quelle di cui i soggetti qualificati siano venuti a conoscenza in ragione dell'attività espletata. Nessun nesso funzionale si deduce, dunque, dal tenore letterale della disposizione, restando, i soggetti summenzionati, legittimati all'astensione anche in relazione a notizie segrete di cui siano venuti a conoscenza per via diversa dallo svolgimento delle proprie funzioni⁹³.

Inquadrata, in via generalissima, la struttura della norma, occorre tratteggiarne il meccanismo attraverso il quale agisce nel procedimento. L'ipotesi di riferimento è che il segreto sia opposto nel giudizio in sede testimoniale dal soggetto chiamato a deporre. La paralisi dei poteri istruttori delle parti e del giudice dibattimentale non è immediata, essendo immanente al sistema una verifica, pur sommaria e incidentale, circa la legittimazione del teste all'eccezione di segretezza. La limitazione dei poteri istruttori, che ne consegue, non può, infatti, discendere da una dichiarazione apodittica, sottratta a qualsiasi controllo giudiziale. Doveroso, allora, che il giudice, di propria iniziativa, o, in ossequio al principio dispositivo (art. 190 c.p.p.), stimolato dalla parte interessata all'acquisizione della prova, accerti la sussistenza dei presupposti soggettivi e oggettivi legittimanti l'opposizione del segreto di Stato. La sussistenza di tali requisiti sarà, nella maggioranza dei casi, di un'evidenza tale da rendere superfluo ogni approfondimento in sede dibattimentale, essendo già acquisiti al giudizio, e non controversi tra le parti, gli elementi che determinano il

⁹² C. BONZANO, *Segreto- Tutela processuale del Segreto di Stato*, voce in *Enciclopedia Giuridica*, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 1988, vol. XXVIII, pag. 3; G. PORCO, cit., pag. 59.

⁹³ A. SCALFATI, *Interessi in conflitto: testimonianza e segreti*, in *Verso uno statuto del testimone nel processo penale*, Atti dal convegno Pisa- Lucca del 28- 30 novembre 2003, Giuffrè, 2005, pag. 165.

riconoscimento di tale prerogativa in capo al teste. Ciò, tuttavia, non significa che una delibazione giudiziale circa la legittimazione del teste all'opposizione del segreto non debba avere luogo e possa, ove dubbia o controversa, aprire il varco ad una parentesi cognitiva incidentale, caratterizzata, finanche, dall'acquisizione al processo degli elementi idonei a fondare tale delibazione, in conformità al disposto dell'art. 187 c.p.p., secondo comma.

L'esito fisiologico di tale delibazione può essere, ovviamente, duplice. Mancanti i presupposti per opporre il segreto di Stato, il giudice rigetta l'eccezione, intimando al teste di rispondere. Costui, deponendo, anche nell'ipotesi di erroneità della valutazione (reiettiva) giudiziale, non potrà considerarsi penalmente responsabile della condotta divulgativa. La questione circa la sussistenza della facoltà d'astensione resta in campo e sarà sindacabile attraverso il meccanismo impugnatorio. Il giudice del gravame, ove ritenesse incongruo il rigetto dell'eccezione, escluderà la deposizione dal corredo probatorio, procedendo a riformare la decisione nel merito.

L'art. 202 c.p.p. tipizza l'ipotesi di rituale opposizione effettuata da soggetto legittimato. Verificato ciò, assieme all'osservanza dei limiti oggettivi previsti dalla legge (art. 204 c.p.p.), il procedimento deve arrestarsi. Nessuna possibilità di sindacato è, infatti, attribuita al giudice sul merito dell'opposizione. Con l'introduzione del "nuovo" codice di rito, cade ogni intermediazione giudiziale circa la fondatezza del segreto e, l'interpello al Presidente del consiglio dei ministri diviene atto doveroso⁹⁴. Dubiti o meno della fondatezza dell'opposizione, il giudice sospende il procedimento di acquisizione della prova e attende la risposta presidenziale. Il vertice dell'esecutivo, a questo punto, ha trenta giorni per effettuare le proprie valutazioni di opportunità (politica, secondo le indicazioni della Consulta, nonché la dottrina maggioritaria) e interloquire con l'autorità procedente. Negasse la sussistenza del segreto eccepito, il giudice procederebbe intimando al teste di deporre. L'ostinato rifiuto, lo renderebbe teste reticente, ai sensi dell'art. 207 c.p.p.

⁹⁴ C. BONZANO, cit., pag. 4; F. CORDERO, cit., pag. 697; F. CORDERO, *Codice*, cit., pag. 244; F. M. GRIFANTINI, *Segreto di Stato e divieto probatorio nel codice di procedura penale 1988*, in *Giustizia Penale*, 1989, III, pag. 534; G. PORCO, cit., pag. 58; T. PROCACCIANTI, cit., pag. 1670; G. SPANGHER, cit., pag. 472; P. P. RIVELLO, cit., pag. 80.

Il silenzio, o la conferma intempestiva, valgono come diniego espresso. La sussistenza del segreto determina una barriera all'accertamento processuale, che ne conculca e menoma gravemente le possibilità cognitive. Logico che tale barriera non possa essere collegata ad un atto dell'Esecutivo esercitabile in ogni tempo.

E', tuttavia, l'atto di conferma a sollevare i più seri problemi interpretativi. *In primis*, per essere rituale, oltreché tempestivo, deve essere motivato, restando quantomeno controversi i possibili risvolti processuali di un atto che fosse del tutto privo di motivazione (su questo la legge non fiata).

In secundis, è la natura degli effetti della conferma a interrogare più severamente la dottrina. Sussistente il segreto, preclusa l'acquisizione della prova testimoniale nel corso della quale è stato eccepito, o vietata al giudice la cognizione del fatto, inteso come contenuto conoscitivo rilevante per la decisione, oggetto del segreto medesimo? Trattasi di questione delle più ardue, per l'analisi della quale rinviemo il lettore al prosieguo della trattazione.

Qui basti ribadire come, certamente, l'inibizione dei poteri istruttori si estenda da divieto di coartazione alla testimonianza a divieto d'acquisizione del mezzo di prova, in sé considerato, nel corso della quale l'*arcanum reipublicae* è stato eccepito. Il discorso non presenta particolari difficoltà. Il giudice non può forzare, a pena di inutilizzabilità, alla deposizione i soggetti tenuti al segreto di Stato e titolati ad astenersi in sede processuale. Parlassero spontaneamente, le dichiarazioni sarebbero fruibili ai fini della decisione, benché penalmente rilevanti. A segreto opposto e confermato, invece, nessuna scelta residua in capo al teste. Anche si redimesse, chiedendo di deporre, il giudice non potrebbe acquisirne la testimonianza e, ove lo facesse, questa sarebbe inutilizzabile ("anche in via indiretta", si affretta a precisare il quinto comma dell'art. 202 c.p.p.: sul significato di tale perifrasi *infra* III cap.).

La conferma del segreto, dunque, esplica effetti ostativi all'accertamento fattuale. Emergono due ipotesi: che tale intralcio risulti essenziale "per la definizione del processo" o meno. In quest'ultimo caso, filtrato opportunamente alla luce del segreto, o alimentato altrimenti, il corredo probatorio, il processo fluisce fino al suo esito fisiologico, la decisione nel merito. Nessuna preclusione istruttoria, infatti, all'autorità giudiziaria, e, conseguentemente, alle parti, laddove proceda "in base ad

elementi autonomi e indipendenti dagli atti, documenti e cose coperti dal segreto” (art. 202 c.p.p., sesto comma).

Ove invece “impedita” fosse l’acquisizione di una prova decisiva, in quanto (potenzialmente) idonea a dirimere l’alternativa condanna- proscioglimento, “il giudice dichiara non doversi procedere per l’esistenza del segreto di Stato” (art. 202 c.p.p., terzo comma). La macchina processuale, consapevole della sua limitatezza, ammette di non poter giungere ad una decisione di merito, troppo importante ai fini di codesta pronuncia potendo essere la prova vietata. In tale quadro d’incertezza, comprensibile la scelta legislativa che predilige una non- decisione ad una decisione probabilmente ingiusta, in quanto minata dall’alea della mancata acquisizione di una prova, forse (giacché si potrebbe dirlo solo successivamente alla sua acquisizione), determinante⁹⁵.

Una decisione anomala questo *non liquet*: l’improcedibilità dell’azione penale, determina una assoluzione in rito (art. 529 c.p.p., primo comma), non idonea al giudicato, o, quantomeno, non al giudicato in senso sostanziale (art. 649 c.p.p., primo comma), essendo riproponibile l’azione *ex art. 245 c.p.p.*, secondo comma⁹⁶. Nulla di strano sin qui, se non fosse che “fungono da condizione accidenti relativi al merito”, e cioè l’esistenza di una lacuna istruttoria, reputata decisiva nel merito dall’organo giudicante. “Siamo davanti ad un’atipica condizione di procedibilità, avverabile appena i fatti allora segreti non risultino più tali”⁹⁷.

Un aspetto della disciplina sommariamente esaminata risulta finora inesplorato.

Il segreto di Stato preclude l’ordinario svilupparsi del procedimento quale accertamento fattuale, presupposto di un giudizio di corrispondenza tra fattispecie concreta e fattispecie astratta, contenuta nella norma penale incriminatrice. Un muro invalicabile osta all’acquisizione di una determinata prova. Nell’ambito della disciplina della testimonianza, è il soggetto- fonte di prova che adempiendo al precetto penale, rileva la sussistenza di un ostacolo alla conoscenza giudiziale. La macchina processuale, salvo carenza di legittimazione dell’obiettore, si arresta. La

⁹⁵ *Ex pluribus*, C. BONZANO, cit., pag. 6; A. SCALFATI, cit., pag. 172.

⁹⁶ C. DI MARTINO, *La prova testimoniale: contenuto e limiti soggettivi*, cit., pag. 106; G. SPANGHER, cit., pag. 473; P. P. RIVELLO, cit., pag. 90.

⁹⁷ F. CORDERO, *Codice cit.*, pag. 245.

notifica a Palazzo Chigi costituisce atto doveroso del precedente. Il Presidente del Consiglio dei Ministri ha l'ultima parola. Se conferma il segreto opposto in giudizio, la prova non può essere acquisita. Reputata decisiva, cade una condizione di procedibilità dell'azione penale. Il procedimento si arresta. L'imputato va, temporaneamente, assolto in rito.

Così riassunto il meccanismo, evidente che qualcosa di più, rispetto all'ordinario venir meno di una condizione di procedibilità, sia accaduto. L'esito del procedimento è infatti dipeso, in ultima analisi, da un atto del governo, in esercizio di poteri che la legge gli accorda. Nessuna forma di sindacato giurisdizionale è, almeno positivamente, accordata al giudice precedente. Si realizza, dunque, la frapposizione di un ostacolo, talvolta insormontabile, all'indefettibilità dell'accertamento penale, ad opera del vertice del potere esecutivo. Ove tutto ciò avvenisse nel rispetto delle norme di legge sul segreto, *nulla questio*. Si potrebbe, forse, discutere della costituzionalità di quest'ultime, ma, passato indenne il vaglio di legittimità costituzionale, il meccanismo rientra nell'alveo di un bilanciamento tra valori fondamentali, che rappresenta fenomeno fisiologico e frequente nell'ordinamento, specie processuale.

Ove tuttavia l'esecutivo esercitasse i poteri di secretazione e conferma *contra* o *praeter legem*, cosa succedrebbe? Mancante traccia nei testi legislativi di un sindacato giurisdizionale sull'atto di conferma, evidente che l'accertamento penale risulterebbe alla mercé dell'arbitrario operare di un diverso potere. Lese, irreparabilmente, le norme costituzionali disciplinanti la divisione e ripartizione dei poteri e delle funzioni nell'ordinamento, si riconoscerebbe al governo uno strumento di asservimento della funzione giurisdizionale. Con tutte le specificazioni di cui daremo conto nel seguente capitolo, anticipiamo che la soluzione (prima giurisprudenziale, poi) legislativa è nell'attuale, espressa previsione della possibilità per il giudice precedente di ricorrere alla Corte Costituzionale in sede di conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato. Il giudice delle leggi, dunque, si atteggia quale estremo presidio di legalità dell'agire del potere esecutivo in tema di apposizione-conferma del segreto, non già, tuttavia, in quanto investito di una funzione *ad hoc* di supervisione, bensì quale presupposto di effettività del principio della separazione dei poteri, nonché, di tutte le norme costituzionali ad esso afferenti.

In questo contesto deve leggersi il settimo comma dell'art. 202 c.p.p., il quale si limita a prescrivere l'ovvio. Conclusosi il conflitto in favore della sussistenza del segreto, all'autorità procedente è vietata l'acquisizione della prova. In caso contrario è il Presidente del Consiglio dei ministri privato della possibilità di reiterare l'opposizione "con riferimento al medesimo oggetto".

La norma fardo della disciplina del segreto di Stato si chiude prescrivendo, in termini assoluti, l'impossibilità che il segreto sia opposto alla Corte Costituzionale. Discutibile la *sedes materiae* e, probabilmente, deducibile anche nel sistema sistema previgente il principio, ma ineccepibile l'intenzione legislativa di tutelare l'effettività del sindacato della Consulta dalla tentazione di pericolosi colpi di mano.

L'art. 202 c.p.p., come vedremo, costituisce un vero e proprio archetipo normativo, destinato a spiegare i propri effetti anche nelle fasi pre- dibattimentali (e, *in primis*, in fase d'indagini preliminari) nonché nell'ambito di procedimenti d'acquisizione probatori diversi dalla testimonianza (ad esempio in materia di sequestro: art. 256 c.p.p.). Soffermarsi sull'analisi della testimonianza dibattimentale, dunque, significa descrivere il modello di tutela processuale che, con gli opportuni adattamenti in relazione alla fase processuale o al diverso mezzo di prova di cui trattasi, opera ogniqualvolta il segreto di Stato viene in rilievo nel corso del procedimento. Per uno studio analitico dell'istituto e dei suoi riflessi sugli altri settori del diritto probatorio nonché sulle fasi non dibattimentali del procedimento, si rinvia ai prossimi capitoli.

CAPITOLO II

“LO STATO SEGRETO”, EVOLUZIONE STORICA E PROFILI COSTITUZIONALI

2.1 “Democrazia e potere invisibile”: *arcana imperii* e ordinamento costituzionale **2.2** Segreto di Stato e processo penale, “profili di criticità costituzionale” **2.3** Evoluzione normativa e ordinamento costituzionale (dal ventennio alla Costituzione) **2.4** La Corte Costituzionale davanti al segreto di Stato (rassegna pronunce fondamentali, in particolare la sentenza n. 86 del 25 maggio 1977) **2.5** I successivi interventi normativi e la persistenza di profili di “criticità costituzionale” (dalla legge 81 del '77 al codice di procedura penale del 1989) **2.6** L'attuale disciplina normativa del segreto: la legge 124 del 2007.

2.1 “Democrazia e potere invisibile”: *arcana imperii* e ordinamento costituzionale.

Il processo penale rappresenta un punto d'osservazione privilegiato dell'architettura complessiva di un ordinamento giuridico. Il sistema costituzionale trova, infatti, in esso, l'ineludibile banco di prova, in termini di effettività, dei diritti formalmente sanciti e riconosciuti, la pragmatica composizione dei conflitti tra valori supremi che lo agitano. Lo studio del diritto processuale offre un quadro attendibile e, talvolta, sorprendente dell'effettiva composizione e articolazione dei diritti individuali, costituzionalmente riconosciuti, nonché del generale quadro assiologico che, ipostatizzato nella Carta fondamentale, il legislatore declina secondo la sintassi codicistica. L'art. 202 c.p.p., in particolare, rappresenta il punto di emersione processuale di un problema centrale in tutti gli stati di diritto, benché vissuto “a bassa intensità” dall'opinione pubblica e dalla scienza giuridica del nostro tempo. Il rapporto tra democrazia e segreto, tra potere occulto e rappresentanza, tra “potere pubblico in pubblico”⁹⁸ e *arcana imperii*, trovano nella legge processuale un

⁹⁸ N. BOBBIO, *La democrazia e il potere invisibile*, in *Il futuro della democrazia*, Einaudi, 1995, pag. 86.

momento ineludibile di sintesi. Lo spirito ideologico, culturale e giuridico che permea la Costituzione repubblicana e la concezione stessa, in essa accolta, della democrazia trova nel diritto probatorio esigenza di disciplina pratica. L'esigenza processuale, dunque, nella sua nuda e imprescindibile tensione verso l'accertamento fattuale, abbassa l'empireo mondo dei "principi" alla cruda contingenza di un'indagine epistemologica orientata al "vero".

E' un *topos* degli studi politologici e costituzionali, l'ontologica connessione tra democrazia e pubblicità, accessibilità, conoscibilità degli atti di esercizio del potere politico-amministrativo⁹⁹. La radice di tale concetto è antichissima. Il mondo occidentale e la stessa idea di democrazia hanno una genesi ed una topografia precisa nell'ideale dell'Atene periclea. L'*agorà* è il luogo in cui si riuniscono i cittadini per essere informati, *condicio sine qua non* per l'esercizio dei propri diritti politici, discutere e decidere alla luce del sole della sorte comune della *polis*. E' su questo rudimentale modello che si innesta il pensiero democratico occidentale. Da qui nasce l'idea, rivoluzionaria e decisiva, che congiunge sovranità popolare e pubblicità degli atti politici. Quest'idea, a conferma della radicalità dei suoi *pendant* istituzionali, costituirà, altresì, bersaglio prediletto del pensiero antidemocratico e totalitario. La "teatrocrasia" platonica¹⁰⁰, neologismo efficacemente ripreso da Nietzsche¹⁰¹, non è soltanto efficace e sferzante strumento di critica sociale, bensì vera e propria epifania di un modello di pensiero. Sintomo evocativo di un disprezzo per i valori democratici e, in particolare, per il volgo, ritenuto incapace di autodeterminarsi e di assumere consapevolmente su di sé la responsabilità di scelte politiche. E' il governo dei

⁹⁹ N. BOBBIO, *Politica e cultura*, Einaudi 2005, pag. 63 e ss.; H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Edizioni di Comunità, 1952, pag. 206; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. I, Cedam, 1955, pag. 144.

¹⁰⁰ E' Bobbio a riprendere tale neologismo, trasladando sul piano delle concezioni delle forme di Stato un'efficace invettiva di Platone nei confronti del pubblico del teatro, a suo dire, incapace di giudicare e distinguere la buona dalla cattiva musica. Valutazione che, a testimonianza di un aperto e dichiarato disprezzo per il popolo, non dovrebbe essere compiuta dai "primi venuti". Sempre giocando sull'analogia tra il pubblico nel teatro ed il popolo sovrano, Platone si scaglia contro la pretese del volgo di poter parlare di tutto e, addirittura, contribuire al governo della *polis*.

PLATONE, *Le leggi*, Laterza, 1921, vol. I, pag. 102.

¹⁰¹ F. NIETZSCHE, *Opere*, a cura di G. COLLI e M. MONTINARI, Adelphi, 1970, vol. VI, tomo III, pag. 39.

filosofi, oligarchia intellettuale facilmente intercambiabile, a seconda delle dottrine politiche, col partito, con la classe sociale e via dicendo, è il governo autoritario l'alternativa logica al modello democratico. Il pensiero politico occidentale è dunque attraversato da uno iato, manicheo forse, ma decisivo: il rapporto pubblico- privato, inteso come conoscibilità da parte dei cittadini degli atti del potere politico, o come accessibilità della pubblica autorità nella sfera privata dei cittadini (non già, dunque nel senso della tradizionale bipartizione *ius publicum- ius privatum*), risulta antitetico nelle due forme di Stato.

Nei regimi totalitari la sfera privata dei cittadini è alla mercé di un potere politico occhiuto, inquisitorio, invadente, portatore di una missione pedagogica ed evolutiva. Il cittadino è il paziente di una terapia di igiene e di controllo sociale da parte del potere che decide in sua vece ed eterodetermina l'interesse politico dello Stato, cui la personalità individuale soccombe.

Nei regimi democratici, al contrario, la sfera privata del cittadino è e deve restare protetta, in quanto luogo di libera autodeterminazione e di sviluppo della personalità. La democrazia, all'interno dei confini dell'interesse generale e della convivenza civile, non si fa portatrice di missioni etico- antropologiche, rispetta e tutela la privatezza del consociato. Quest'ultima è considerata diritto presupposto all'esercizio pieno degli altri diritti individuali ma, altresì, come barriera all'invadenza di un potere politico- governativo che pretendesse di conoscere, correggere, controllare le modalità di formazione del consenso e, dunque, come strumento di preservazione dello stesso ordinamento democratico¹⁰². La sfera pubblica, concernente l'esercizio del potere politico e amministrativo, invece, è immaginata come una casa di vetro.

¹⁰² P. BARILE, *Democrazia e segreto*, in "Quaderni costituzionali", 1987, 1, pag. 29: "l'apparato della democrazia ha per regola la trasparenza, e il segreto costituisce un'eccezione. I diritti costituzionalmente garantiti al soggetto privato in democrazia hanno per regola la *privacy* e per eccezione la pubblicità".

Nello stesso senso, U. SCARPELLI, *Democrazia e segreto*, in *Il segreto nella realtà giuridica italiana*-atti dal convegno nazionale, Cedam 1983, pag. 643: "Lo stato democratico liberale si contrappone nettamente...allo stato totalitario. Nello Stato totalitario il rapporto fra privato e pubblico è rovesciato. Il privato è eroso e distrutto, l'individuo diventa elemento e strumento dello stato etico, lo stato penetra nelle più riposte dimensioni della vita personale. Nella sfera del pubblico, invece...il potere resta segreto nei suoi reali processi dietro la manipolazione simbolica".

La conoscibilità degli atti del potere, l'accessibilità all'informazione in generale, costituiscono il presupposto indefettibile per la formazione e l'espressione del consenso in sede elettorale e, soprattutto, per il controllo dei propri rappresentanti-governanti¹⁰³.

E' l'illuminismo europeo e francese il bastione e l'alfiere di tale concezione del potere nella tradizione giuspolitica occidentale moderna¹⁰⁴. Evidente già nella denominazione del movimento (illuminismo, *enlightment*, *aufklarung*) la tensione verso il rischiaramento di una zona d'ombra, il disvelamento e la partecipazione di un sapere occulto e segreto. "Vi è niente di segreto nel Governo Democratico? Tutte le operazioni dei governanti devono essere note al Popolo Sovrano, eccetto qualche misura di sicurezza pubblica, che gli si deve far conoscere, quando il pericolo è cessato"¹⁰⁵. L'impronta è chiara e immediata: la sovranità popolare (almeno nella sua forma rappresentativa) dipende dalla possibilità di controllare il potere politico, questa dalla conoscibilità dei suoi atti. Il segreto, l'occulto è relegato così ad *extrema ratio*, eccezione alla regola, confinata rigorosamente alla *salus reipublicae* e in limiti cronologici rigorosamente circoscritti.

E' Carl Schmitt colui che meglio ha indagato il nesso tra meccanismo rappresentativo e pubblicità del potere, dandone una declinazione quasi fenomenologica: "rappresentare significa rendere visibile e rendere presente un essere invisibile mediante un essere pubblicamente presente. La dialettica del

¹⁰³ U. SCARPELLI, in *Democrazia e segreto*, cit., pag. 636: "La titolarità originaria del potere nei cittadini uniti dal contratto sociale, ed il contenimento del potere ai governanti quali rappresentanti, portano con sé l'esigenza di una conoscenza adeguata quanto alle circostanze ed alle maniere in cui il potere è esercitato. Non devono esserci insomma, nel rapporto dei governanti con il popolo né inganno, né segreto e questa è soltanto una condizione minima e non sufficiente per un rapporto corretto".

¹⁰⁴ M. JOLY, *Dialogue aux enfers entre Machiavel et Montesquieu ou la politique de Machiavel au 19^{ème} siècle par un contemporain*, chez tous les libraires, 1868, pag. 25: "mais comme la publicité est de l'essence des pays libres, toutes ces institutions ne pourraient vivre longtemps si elles ne fonctionnaient au grand jour".

¹⁰⁵ M. NATALE, *Catechismo per l'istruzione del popolo e la rovina dei tiranni*, a cura di G. ACOCELLA, Vico Equense, 1978, pag. 71.

concetto stà in ciò che l'invisibile viene presupposto come assente e contemporaneamente reso presente”¹⁰⁶.

Non monolite ma movimento poliedrico e complesso, sarà lo stesso pensiero illuminista a problematizzare sul punto. Ciò dimostra lo stretto legame tra la concezione complessiva dello Stato e l'ammissibilità giuridica del segreto. L'elitismo pedagogico illuminista¹⁰⁷, in ragione della sua compromissione con l'assolutismo mitteleuropeo riformatore, in particolare, continuerà a perorare la tesi circa l'inferiorità del popolo, bisognoso di una guida illuminata e verticistica. Classico l'accostamento voltairiano del popolo al bambino ammalato da cui discende la giustificazione teorica dell'inaccessibilità al volgo dell'agire del potere e che giunge a tracimare nel diritto di ingannarlo, nel suo stesso interesse: “Come per il bambino è utile inghiottire una medicina credendo che sia zucchero, perché non dovrebbe essere utile per il popolo accogliere per errore una disposizione benefica che sarebbe respinta se offerta nella sua nudità?”¹⁰⁸. I risvolti pratici nonché la delicatezza del tema, la connessione con la fisiologica tendenza del potere ad estendersi e occultarsi, rende magmatiche e interessate le opinioni a riguardo.

In estrema sintesi, se la pubblicità del potere, cui Kant darà un fondamento non solo politico ma, altresì, etico¹⁰⁹, costituisce elemento fondante di una concezione democratica dello Stato, l'opposto principio della segretezza trova nei pensatori della “scuola della ragion di Stato” i suoi corifei.

Gli *arcana imperi* compaiono, come del resto già in Tacito¹¹⁰, quali *instrumentum regni*¹¹¹. Il machiavellismo e i suoi epigoni ne danno un fondamento teorico-

¹⁰⁶ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, 1928, pag. 209.

¹⁰⁷ A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, vol. II, Giuffrè, 2005, pag. 91.

¹⁰⁸ F. DE CASTILLON, *Bisogna ingannare il popolo?*, De Donato, 1968, pag. 14.

¹⁰⁹ Nella seconda Appendice alla “*Pace Perpetua*”, Kant definisce “concetto trascendentale del diritto pubblico” che “tutte le azioni relative al diritto di altri uomini, la cui massima non è suscettibile di pubblicità, sono ingiuste”.

I. KANT, “*Dell'accordo della politica con la morale secondo il concetto trascendentale del diritto pubblico*”, in “*Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*”, a cura di N. BOBBIO, L. FIRPO, V. MATHIEU, Utet, 1956, pag. 328.

¹¹⁰ P. C. TACITO, *Annales*, II 36 e II 59.

¹¹¹ Anche l'idea della necessaria segretezza del potere ha una tradizione culturale antichissima. H. ARENDT, *La menzogna in politica- riflessioni sui “Pentagon Papers”*, Marietti 1820, 2006, pag. 9: “la

politologico compiuto. La segretezza diviene allora “presupposto della governabilità”¹¹². Il segreto di Stato, nei regimi autocratici, diviene, non già l’eccezione, ma la regola, l’opacità dell’azione, requisito necessario per garantire l’incontrollabilità, l’arbitrarietà, l’efficacia dell’esercizio del potere. L’antecedente logico di tali concezioni è la fisiologica inaccettabilità del potere, ove il suo esercizio fosse reso pubblico, donde la necessità del suo occultamento alle masse, la sua concentrazione nel principe, la legittimità, addirittura la necessità del segreto, del mendacio, della simulazione e della dissimulazione. Il potere si regge sul consenso e questo si conquista e preserva con l’illusione, la menzogna. Se emergesse nella sua nuda realtà, infatti, non sarebbe tollerato dai sudditi¹¹³.

segretezza...e l’inganno, la menzogna deliberata e la bugia manifesta usati come strumenti legittimi per l’ottenimento di fini politici, ci hanno accompagnato fin dall’inizio della storia scritta. La veridicità non è mai stata annoverata tra le virtù politiche, e le menzogne sono sempre state considerate come strumenti giustificabili nella gestione degli affari politici”.

La stessa autrice indaga in particolare il profondo e decisivo nesso tra segreto di Stato, inteso come inconoscibilità atti del potere, e menzogna, sua inevitabile degenerazione. L’accento viene efficacemente posto, altresì, sulla tracimazione del segreto in una forma di inganno e di autoinganno da parte dei *decision makers*. Meccanismo patologico che porta l’autrice a dubitare radicalmente della “tanto celebrata idea secondo la quale il governo necessita degli *arcana imperii* per funzionare correttamente” (pag. 57).

¹¹² G. MIGLIO, *Il segreto politico*, in *Il segreto nella realtà giuridica italiana*- atti dal convegno nazionale, cit., pag. 172.

Dello stesso Autore interessante la notazione circa l’effettivo rimprovero mosso da Bellarmino a Galilei: “non di aver scoperto delle verità scientifiche che mettevano in crisi, poi, a cascata, tutti i capisaldi dell’ideologia religiosa, politica, sociale su cui poggiare il mondo, ma semplicemente, come egli disse, di avere usato mezzi di grande diffusione: perché queste cose non le hai scritte in latino, come le scrivevano tutti gli scienziati, e, invece, le hai scritte in italiano così che le possono leggere tutti?” (pag. 171). Questa riflessione fornisce un’impietosa ma efficace dimostrazione della portata radicalmente rivoluzionaria, in senso democratico, della pubblicità della conoscenza.

¹¹³ N. MACHIAVELLI, *Il Principe*, in *Il Principe ed altri scritti*, a cura di V. DE CAPRARIIS, Laterza, 1967, pag. 116: “e quello che ha saputo meglio usare la golpe, è meglio capitato. Ma è necessario questa saperla bene colorire, ed essere gran simulatore e dissimulatore...”. Lo stesso Autore sottolinea più avanti la necessità che il Principe sia temuto e benvoluto (pag. 122) dal popolo, al fine di prevenire un appoggio popolare a programmi cospiratori, benevolenza, tuttavia, da ottenersi attraverso la simulazione delle virtù, la dissimulazione dei vizi.

Solo il tiranno platonico può compiere pubblicamente quegli atti immondi che il privato consociato compirebbe esclusivamente nel più assoluto riserbo o addirittura si limiterebbe a vivere in sogno. In questa versione estrema, e astratta, del pensiero totalitario soltanto, il pubblico ed il privato coincidono specularmente e la personalità (e gli interessi) dello Stato coincide con la personalità del tiranno.

La teoria della ragion di Stato, benché radicalmente confliggente con i principi democratico- costituzionali, tuttavia continua a fluire, inarrestabile nel nostro tempo e nella nostra legislazione. Labile, impercettibile può risultare il *discrimen* tra deroga ad un principio generale ed erosione dello stesso. Eppure la preservazione di una democrazia funzionante, effettiva, fedele al quadro costituzionale, passa per l'individuazione di tale confine e, dunque, per l'arido dettato normativo e il faticoso sforzo interpretativo delle disposizioni che tale confine assicurano e circoscrivono. La questione, non mera suggestione culturale, è delle più serie. La tendenza all'inabissamento del potere, alla edificazione di forme di "criptogoverno" nelle democrazie occidentali e nella nostra è, paradossalmente, visibilissima. La storia repubblicana e l'esperienza giudiziale lo dimostrano ampiamente.

Un monito imprescindibile viene dalle parole di Norberto Bobbio¹¹⁴. In una celebre rassegna sulle promesse non mantenute dalla democrazia (la sopravvivenza del potere invisibile, la permanenza delle oligarchie, la soppressione dei corpi intermedi, la rivincita della rappresentanza d'interessi, la partecipazione interrotta, il cittadino non educato) giunge alla conclusione che "sono tutte situazioni per cui non si può parlare propriamente di degenerazione della democrazia, ma si deve parlare piuttosto del naturale adattamento di principi astratti alla realtà o della inevitabile contaminazione della teoria quando è costretta a sottomettersi alle esigenze della pratica. Tutte, tranne una: la sopravvivenza di un potere invisibile, come accade nel nostro paese, accanto o sotto (o addirittura sopra) il potere visibile. Si può definire la democrazia in tanti modi, ma non vi è definizione che possa fare a meno d'includere nei suoi connotati la visibilità o trasparenza del potere...la presenza di un potere invisibile corrompe la democrazia".

E' dunque uno dei massimi filosofi del diritto e costituzionalisti del nostro tempo a levare un monito allarmato, a parlare di "criptogoverno". Lo stesso Bobbio ricorda

¹¹⁴ N. BOBBIO, *Prefazione all'edizione del 1984*, in *Il futuro della democrazia*, cit., pag. XXI.

come le potenzialità tecnologiche assolutamente uniche nella storia dell'umanità di cui il più democratico dei governi oggi legittimamente fruisce, esasperino il rischio di una erosione del regime democratico stesso. La coagulazione di una capacità di accesso della pubblica autorità nella sfera privata del cittadino, nella attuale società democratica e, conseguentemente, di controllo su di esso, non ha precedenti nel più tentacolare e autoritario regime totalitario del passato¹¹⁵.

Il filosofo vede, dunque, nella disponibilità del potere politico l'armamentario tecnologico per la realizzazione del panoptismo benthamiano¹¹⁶. Inquietante richiamo ad un modello di "tecnologia politica" che esalta e teorizza la forma più estrema di controllo e disciplina sociale¹¹⁷. Idea architettonica in cui si ipostatizza un ideale politico-poliziesco, che trova il suo fulcro nell'edificazione di una macchina (architettonica o politica) "per dissociare la coppia vedere- essere visti: nell'anello periferico si è totalmente visti, senza mai vedere; nella torre centrale, si vede tutto, senza mai essere visti"¹¹⁸. Bentham dunque elabora e scolpisce nell'immediatezza di

¹¹⁵ N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., pag. 19.

¹¹⁶ J. BENTHAM, *Panopticon*, Marsilio, 2005. L'Autore immagina un modello architettonico ideale di reclusione e correzione il quale, tuttavia, può trascendere da tale dimensione per assurgere ad archetipo di un rapporto di potere basato sul vincolo di subordinazione. Schematicamente, l'idea è quella di una costruzione ad anello con, al centro, una torre tagliata da larghe finestre che si aprono verso l'interno dell'anello. La costruzione ad anello, periferica, è suddivisa in celle, che occupano ciascuna tutto lo spessore della costruzione; esse hanno due finestre, una verso l'interno, corrispondente ad una finestra della torre, l'altra, verso l'esterno, che permette alla luce di filtrare, attraversando la cella da parte a parte. Per effetto del controllo luce, si possono cogliere dalla torre, i movimenti dei prigionieri nelle celle. Tante gabbie, altrettanti piccoli teatri, in cui ogni attore è solo e perfettamente visibile. La visuale all'interno della cella, al contrario, si limita alla struttura della torre di guardia, ma non al suo interno, cosicché l'internato ha consapevolezza di poter essere osservato in ogni momento, ma non può constatarlo direttamente. I muri perimetrali della cella non presentano aperture e impediscono la comunicazione tra gli occupanti di quelle confinanti.

¹¹⁷ N. BOBBIO, *La democrazia e il potere invisibile*, in *Il futuro della democrazia*, cit., pag. 99.

¹¹⁸ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, Einaudi, 1976, pag. 220.

Nell'opera, uno studio approfondito dell'idea del filosofo inglese considerata ben più di una figura architettonica, quale vero e proprio archetipo di struttura socio-politica basata sul potere disciplinare. Vi ritroviamo ulteriori, interessanti delucidazioni del concetto: "Insomma il principio della segreta viene rovesciato; o piuttosto delle sue tre funzioni, rinchiudere, privare della luce, nascondere, non si mantiene che la prima e si sopprimono le altre due. La piena luce e lo sguardo di un sorvegliante

una figura architettonica un modello politico: “un grande e nuovo strumento di governo...; la sua eccellenza consiste nella grande forza che è capace di conferire ad ogni istituzione alla quale venga applicato”¹¹⁹. Il motore di tale strumento di dominio è drammaticamente evidente e limitrofo alla nostra analisi: il potere deve essere visibile ma inverificabile. Alla teatralità e spettacolarità del potere pubblico, corrisponde la segretezza, inaccessibilità, inaccessibilità degli atti di concreto esercizio dello stesso, il potere politico, dunque, come uno sguardo senza volto.

Lo scenario è claustrofobico, allarmante. Tuttavia è con esso che dobbiamo confrontarci.

Lo studio delle modalità con cui l’ordinamento accorda tutela al segreto di Stato tange aspetti di tale centrale rilievo costituzionale, i quali, apparentemente lontani da una prospettiva processuale, al contrario, nella procedura trovano terreno di problematica composizione e regolamentazione e che, perciò, non posso essere elusi. In particolare, nella legge processuale si ripropone una domanda antichissima e decisiva. La competenza a dire “l’ultima parola” sulla sussistenza o meno di una barriera all’accertamento, nonché dei presupposti legali per la sua frapposizione, ben lungi dall’essere mera soluzione tecnica, a chi deve essere riconosciuta e con quali forme? Trattasi di arida declinazione processuale di una questione atavica e dirimente: *qui custodiet custodes?* Il rito penale consente uno sguardo profondo e critico sull’effettivo realizzarsi nell’ordinamento positivo dei principi supremi e degli equilibri istituzionali immaginati dalla Costituzione: è venuto il momento di verificarlo.

2.2 Segreto di Stato e processo penale, profili di “criticità” costituzionale

captano più di quanto facesse l’ombra, che, alla fine, proteggeva. La visibilità è una trappola” (pag. 218). Ancora più esplicitamente: “il *panopticon* funziona come una sorta di laboratorio del potere...deve essere inteso come un modello generalizzabile di funzionamento; un modo per definire i rapporti del potere con la vita quotidiana degli uomini” (pag. 222).

¹¹⁹ J. BENTHAM, *Panopticon*, Marsilio, 2005, pag. 65.

Le norme processuali in tema di segreto di Stato, di cui l'art. 202 c.p.p. rappresenta il fulcro, codificano un limite soggettivo e relativo ai poteri probatori delle parti e del giudice nel dibattimento penale.

Il fondamento giuridico del segreto di Stato va, tuttavia, ricercato fuori dal processo penale, avendo natura sostanziale. Codice penale (art. 255, 256, 261 in particolare) e legislazione speciale (legge 3 agosto 2007, numero 124) rappresentano le *sedes materiae* più opportune ove rintracciare caratteri di fondo, portata applicativa, estensione e natura del concetto in esame.

Problemi molto seri vengono posti da questo intricato mosaico di norme. Precisa predeterminazione della fattispecie tipica, estensione del penalmente rilevante, chiarificazione concettuale dell'oggetto del segreto in questione, costituiscono nodi interpretativi su cui ben può esercitarsi lo studioso. Non mancano spunti per riflessioni sul piano della compatibilità costituzionale di tali disposizioni.

Da una veloce lettura delle fonti, una serie di questioni speciose e delicate saltano agli occhi¹²⁰. Nell'economia della nostra analisi non ci addentreremo in tali numerosi risvolti problematici. Tenteremo di restare sul piano più strettamente processuale. I profili di "criticità costituzionale" del tema in questione saranno affrontati in tale ottica e da tale punto di vista. Se è vero che gli articoli del codice di procedura rappresentano il riflesso di una tutela, eminentemente sostanziale, più ampia è,

¹²⁰ Per l'analisi della disciplina sostanziale riguardante il segreto di Stato nell'ambito penalistico si rinvia alla consistente bibliografia in materia: F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, parte speciale vol. II, Giuffrè, quindicesima edizione integrata e aggiornata a cura di C. F. GROSSO, 2008, pag. 968 e ss.; A. CRESPI, *La tutela penale del segreto*, Priulla, 1952; A. DE MARSICO, *La nozione di "segreto" nei delitti contro la personalità dello Stato*, in *Archivi penali*, 1949, II, pag. 1537 e ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, parte speciale, vol. I, Zanichelli, 1987, pag. 48 e ss.; L. FIORAVANTI, *Profili penali dei pubblici segreti*, Cedam, 1991; S. KOSTORIS, *Il "segreto" come oggetto della tutela penale*, Cedam, 1964; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. IV, Utet, 1934, pag. 204 e ss.; G. MARCONI, *I delitti contro la personalità dello Stato. Profili storico-sistematici*, Giuffrè, 1984; M. NICOLOSI, *Spionaggio militare e rivelazione di segreti militari*, voce in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. XIII, Giappichelli, 1997, pag. XX e ss.; P. PISA, *Il segreto di Stato, Profili penali*, Giuffrè, 1977, pag. 17 e ss.; P. PISA, *Segreto. Tutela penale del segreto di Stato*, voce in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XVIII, 1992.

Nella nostra trattazione i richiami sostanzialistici saranno limitati allo stretto indispensabile.

altresì, evidente che i problemi, processuali e costituzionali, non mancano ed, anzi, sono dei più seri.

Tre le questioni dirimenti su cui è opportuno soffermarsi: il fondamento costituzionale della disciplina processuale del segreto di Stato, l'impatto di tale disciplina sull'equilibrio tra poteri dello Stato, il conflitto dei meccanismi di tutela con alcuni dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale, a tutela dei più importanti diritti individuali. Quest'ultimo aspetto sarà, in parte, tralasciato nel presente capitolo, per essere affrontato nel corso dello studio degli specifici meccanismi operativi del segreto in questione, ove sarà più chiaro e opportuno articolare, di volta in volta, un ragionamento circa la compatibilità del tessuto positivo con il diritto di difesa (art. 24, secondo comma Cost.), il principio del contraddittorio (art. 111, comma quarto Cost.), la presunzione d'innocenza (art. 27, secondo comma Cost.).

Nel codice di rito il segreto di Stato rappresenta un limite ai poteri istruttori delle parti e del giudice, un ostacolo, dunque, all'accertamento processuale che necessita di un saldo fondamento costituzionale. Tanto più che l'interesse protetto non risulta diretta estrinsecazione di un diritto individuale della persona cui il processo penale si conforma e offre il più ampio riconoscimento e tutela, come in altre tipologie di segreto. Al contrario esso evoca la ragion di Stato, questa, come visto, scenari plumbei e antitetici con lo spirito democratico costituzionale.

Occorre procedere con cautela. La Costituzione, partendo dal principio di sovranità popolare e affermando, in capo ai cittadini, la piena espressione dei propri diritti civili e politici, *in primis* quello di controllare l'esercizio del potere, manifesta inequivocabilmente una tendenza dicotomica alla recezione nell'ordinamento degli *arcana imperii*¹²¹. In particolare riconosce ai cittadini il diritto alla più ampia informazione¹²² e, cosa più rilevante ai nostri fini, il diritto ad un processo indirizzato

¹²¹ G. PAOLOZZI, *La tutela processuale del segreto di Stato*, Giuffrè, 1983, pag. 88 e ss.

¹²² P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Giuffrè, 1975, pag.29; V. CRISAFULLI, *Problematica della libertà d'informazione*, Giuffrè, 1964, pag. 292; P. NUVOLONE, voce *Cronaca (libertà di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, vol. XXI, 1972, pag. 47; F. PIZZETTI, *Principi costituzionali e segreti di Stato*, in *Segreto di Stato e giustizia penale*, a cura di M. CHIAVARIO, Zanichelli, 1978, pag. 94.

all'accertamento fattuale e refrattario a condizionare la qualità della propria indagine ad esigenze di tutela di interessi estranei all'individualità degli attori coinvolti.

Ciò, tuttavia, non significa radicale incompatibilità tra Costituzione e segreto di Stato, come pacificamente riconosciuto dalla stessa Corte Costituzionale, bensì predisposizione di opportune soluzioni legislative che contemperino l'esigenza di tutela di una sfera di segretezza con la salvaguardia dei principi costituzionali. Il compito del legislatore è reso ancor più problematico dall'assenza nella Carta fondamentale di un netto ed espresso criterio di prevalenza tra i principi coinvolti in questo bilanciamento¹²³.

Il primo passo è l'individuazione del fondamento costituzionale del segreto, in sé considerato. La questione è pacifica a seguito della presa di posizione sul punto della Corte Costituzionale nella sentenza n. 86 del 1977, costantemente ribadita nei successivi interventi. L'interesse tutelato è la *salus reipublicae*, il fondamento costituzionale univoco, nella ieratica formula di cui all'art. 52 Cost. che sancisce il principio secondo cui: "La difesa della Patria è sacro dovere del cittadino". Ne ripareremo in seguito. Qui può tornare utile un sommario *excursus* circa le divaricate posizioni dottrinarie e giurisprudenziali sul punto *ante* '77.

Strumento utile a troncarsi qualsiasi discussione, sembrava a taluni¹²⁴, l'art. 82 Cost., attraverso il quale si riteneva fosse possibile desumere una implicita costituzionalizzazione della disciplina processuale del segreto di Stato. La soluzione era sbrigativa: la norma prevede che le commissioni parlamentari d'inchiesta agiscono con i medesimi limiti istruttori dell'autorità giudiziaria. Quest'ultimi vanno rintracciati nella legge processuale. Il codice di rito (anno 1930, soffiavano venti nient'affatto liberali su quel codice) disciplina il segreto di Stato. Di qui la sua

¹²³ G. PITRUZZELLA, voce *Segreto (profili costituzionali)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVIII.

¹²⁴ *Ex pluribus*, Cass., 24 febbraio 1970, in *Cass. Pen.*, 1971, pag. 1661; Cass., 22 febbraio 1974, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1975, pag. 1072.

G. COLLI, *Sulla validità della attuale disciplina legislativa del segreto di Stato nelle accezioni politico- militare e di ufficio*, in *Rass. Parl.*, 1968, pag. 263; A. CRESPI, cit., pag. 149; A. DE MARSICO, cit., pag. 223; E. DOSI, *La tutela penale del segreto nella prova testimoniale del processo penale*, in *Scuola positiva*, 1968, pag. 435; A. PACE, *Inchiesta Parlamentare*, voce in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, vol. XX, 1970, pag. 1013.

implicita costituzionalizzazione. Senonché la prospettiva del costituente sembra, per lo meno, ribaltata. La norma intende presidiare un principio di civiltà: diritti costituzionalmente riconosciuti al cittadino (e non), del calibro di *habeas corpus*, *nemo tenetur se detegere* e *similia*, trovano nella legge processuale specifica tutela in sede investigativa. Allorché una funzione investigativa, latamente intesa, fosse esercitata da una commissione parlamentare, non si vede perché i soggetti coinvolti nell'inchiesta non debbano godere di una protezione omogenea delle proprie libertà. Questo il senso dell'art. 82 Cost. Nulla a che vedere con l'intento di costituzionalizzare né il segreto di Stato, né alcuna altra norma processuale¹²⁵. Se così fosse, la logica imporrebbe di considerare costituzionalizzata ogni parola del codice processuale del tempo. Si realizzerebbe così una singolare nemesi storica del legislatore fascista: la stessa Costituzione, che dalla demolizione di quel regime trae ragion d'essere, finirebbe col blindarne la legislazione, con buona pace del ruolo del giudice delle leggi in campo processuale. Il discorso non stava in piedi già allora¹²⁶. Interessante, per il “retaggio machiavellico”, l'impostazione di quanti ritenevano il versatile principio: *salus rei publicae suprema lex*¹²⁷, atto a consentire l'ingresso nell'ordinamento di qualunque compressione dei suoi principi identitari. Trattasi di una formula demagogica e sovversiva, clausola fideifacente buona a contrabbandare qualunque sospensione della legalità repubblicana e costituzionale in nome di una, non meglio precisata ed equivoca, ragion di Stato. Siamo agli antipodi di una concezione correttamente democratica. L'argomento, pure emergente in certa risalente giurisprudenza¹²⁸, non può, in alcun modo, essere condiviso.

¹²⁵ Per ragioni di completezza necessario sottolineare come, nel corso della storia, numerose sono state le leggi istitutive di commissioni parlamentari d'inchiesta che espressamente precludevano l'opponibilità alle stesse del segreto di Stato. Fra tutte segnaliamo la Commissione d'inchiesta sul sequestro e sull'assassinio dell'onorevole Moro (legge 23 novembre 1979, numero 597).

¹²⁶ Tra tutte le critiche rivolte a tale orientamento ci limitiamo a segnalare quelle di V. GREVI, *Segreto di Stato e processo penale*, in *Segreto di Stato e giustizia penale*, cit., pag. 49.

¹²⁷ F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, Ed. dell'ateneo, vol. II, 1949, pag. 176.

¹²⁸ Cass., I sez., 24 febbraio 1970, in *Foro it.*, 1971, II, pag. 188.

Ulteriore, abortito filone interpretativo legava la legittimità del segreto di Stato all'art. 2 Cost.¹²⁹ Se “la repubblica...richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”, allora la normativa *de qua* è, addirittura, costituzionalmente necessaria. Il legislatore è tenuto a inserire nel tessuto codicistico apposita previsione a tutela del segreto di Stato come profilo del generale e più ampio criterio di prevalenza sui diritti soggettivi inviolabili degli interessi della collettività. I soggetti passivi di tali obblighi inderogabili verso la collettività, eventualmente lesi nelle proprie prerogative costituzionali, se ne facciano una ragione.

L'inconcludenza del discorso si appalesa sotto più punti di vista. L'articolo in questione ha una chiara, univoca, profonda radice individualistica. Riconosce, protegge e ipostatizza “i diritti inviolabili dell'uomo” intesi come valori prioritari su ogni altro interesse costituzionale, come si evince finanche dalla stessa topografia della disposizione anche rispetto all'adempimento dei doveri di solidarietà politica, economica e sociale. Non può in nessun modo, dunque, prestarsi ad un travisamento ermeneutico tale da assurgere a fondamento dell'esigenza di secretazione che, in sé considerata, potrebbe, al contrario, confliggere con tali, supremi diritti individuali¹³⁰. In particolare erodere il dettato dell'art. 2 Cost., ribaltandone la natura garantistica di baluardo ultimo e imprescindibile della sfera giuridico- soggettiva dell'individuo, introducendo una gerarchizzazione che veda prevalere esigenze di tutela della collettività, significherebbe aprire una breccia nell'intero sistema costituzionale di tutela dei diritti fondamentali.

Un'opzione siffatta va, dunque, energicamente respinta.

Anche la tesi circa l'inquadramento della norma sul segreto di Stato nell'alveo del dovere di fedeltà alla Repubblica¹³¹ di cui all'art. 54 Cost. appare evanescente e

¹²⁹ Cass., III sez., 22 febbraio 1974, in *Giur. It.*, 1975, II, c. 224 e ss.. Tale pronuncia merita di essere ascoltata: “I principi ispiratori della tutela del segreto militare, non sono contrastanti, ma pienamente conciliabili, con la Costituzione della Repubblica- art. 2- in quanto la realtà dello Stato non può rifiutare valore giuridico al richiamo della tutela della collettività, che postula il sacrificio della libertà del singolo, affinché la difesa sociale, nel suo complesso, sia più efficace”.

¹³⁰ In senso critico con tale orientamento, soprattutto, giurisprudenziale V. GREVI, *Segreto di Stato e processo penale*, in *Segreto di Stato e giustizia penale*, cit., pag. 66; P. PISA, cit., pag. 207;

¹³¹ P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione*, Cedam, 1953, pag. 156.

sfumata. L'inidoneità del precetto a fondare il presupposto costituzionale della disciplina *de quo* emerge chiaramente dalla genericità di quella che si appalesa più come una norma bandiera che una disposizione realmente foriera di risvolti precettivi sul piano di un bilanciamento tra valori costituzionali. Operazione quest'ultima, necessariamente demandata al legislatore ordinario e che coinvolge valori e interessi ben più pregnanti di una generica e, tutto sommato, scontata formulazione di principio.

Maggiore persuasività suscita l'opzione, sostanzialmente non dissimile da quella oggi acquisita nella giurisprudenza della Consulta, circa il collegamento con il complessivo interesse alla sicurezza interna ed esterna dello Stato. Il riferimento è ad una pluralità di disposizioni costituzionali: art. 5, 11, 22 e 103, terzo comma Cost.¹³² Questo il quadro di un dibattito confuso e poco lineare che, relegato al passato dalla posizione del giudice delle leggi, restituisce, tuttavia, spunti di riflessione nonché una dimostrazione della complessità della materia trattata ad ogni livello.

Assodata l'esistenza del necessario retroterra costituzionale, non si è compiuto che il primo passo nell'analisi delle interferenze costituzionali del segreto di Stato.

Da una prospettiva più strettamente processualistica, infatti, appare di immediata evidenza il più grave e articolato dei profili di criticità costituzionale posti, quello attinente all'architettura complessiva del sistema istituzionale e che si risolve nella faticosa ricerca di un equilibrio "ragionevole" tra i poteri dello Stato coinvolti. L'apposizione e la conferma del segreto dipendono da una decisione del teste *in primis* (in quanto munito di idonea qualifica soggettiva) e dell'autorità politico-amministrativa *in secundis*. La portata "paralizzante" di tali atti sull'accertamento penale e sui poteri dell'autorità giurisdizionale, solleva questioni delicatissime. Sono in gioco principi fondanti l'organigramma istituzionale repubblicano. L'autonomia e l'indipendenza della magistratura, la divisione (qui intesa montesquivianamente come reciproco controllo) dei poteri, la sottoposizione del giudice solo alla legge, l'obbligatorietà-irretrattabilità dell'azione penale di fronte all'esercizio di un potere di secretazione dell'autorità appaiono messe in discussione.

¹³² A. ANZON, *Segreto di Stato e Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1976, pag. 1795.

Ammessa la possibilità in astratto di una dimensione processuale degli *arcana imperii* nel rito penale, immediatamente, la riflessione si sposta sulle modalità concrete di regolamentazione dell'istituto.

Una questione resterà ineludibile e, forse, tuttora inevasa: pur ammettendo la compatibilità di un ostacolo insormontabile all'accertamento penale, se non anche, alla procedibilità dell'azione penale stessa, può altresì considerarsi legittimo l'impossibilità del potere giudiziario di operare un sindacato di legittimità sulla sussistenza delle condizioni di legge per la sua opposizione?¹³³

Il processo penale e i soggetti coinvolti, a vario titolo e con una composizione di interessi che diremo, cedono all'interesse supremo alla *salus rei publicae*. Si può essere d'accordo. Tuttavia, sul piano della divisione dei poteri, può l'ordinamento immaginare il titolare del potere di opposizione- conferma *legibus solutus*? Come non vedere che solo in un quadro di controlli, pesi e contrappesi, strumenti di ripristino della legalità e di sanzione dell'illegalità, può consentirsi un corretto esercizio del potere? Tanto più che, *in subiecta materia*, si assiste all'esercizio di un potere legittimo ma delicatissimo sul piano della conservazione dell'ordinamento democratico e dagli amplissimi margini di discrezionalità. Il punto è topico. L'autorità politico- amministrativa ha uno strumento potenzialmente paralizzante per il processo. Il suo esercizio è pienamente legittimo ed, anzi, doveroso ai fini della salvezza della Repubblica. Residua una scelta decisiva. Chi ne controlla la sussistenza delle condizioni di legge?

La storia legislativa e giurisprudenziale italiana sembra muoversi verso una ricerca incessante di una risposta, che resta ancora, almeno parzialmente, problematica. Quel che è certo è che in nessuna fase storica l'ago della bilancia cadde sull'idea di un controllo propriamente giurisdizionale di tale esercizio.

¹³³ G. PAOLOZZI, *La tutela processuale*, cit., pag. 157- 158: "Si innesta qui, nuovamente, il problema del sindacato giurisdizionale sul segreto; in particolare, torna d'attualità e trova puntuale conferma...l'ipotesi...secondo cui, nel corso dell'operazione che dovrebbe avere ad oggetto il bilanciamento di interessi canonizzati tra loro in contrasto, entrano in funzione, quali parametri di giudizio, essenzialmente, categorie come la ragionevolezza e l'arbitrarietà. La figura del controllo rivela un interesse peculiare specie in riferimento alla natura delle norme sulle prove penali perché si pone come unico strumento idoneo a garantire da una indiscriminata sottrazione dei mezzi di prova dal contraddittorio che può venire indotta dall'abuso nell'imposizione del segreto".

E' la giurisdizione penale la grande esclusa dalla possibilità di un sindacato sulla sequela opposizione- conferma e, per quanto consolidata, la soluzione normativa non appare del tutto scontata.

La riflessione sull'argomento, con l'affermarsi dei valori della Costituzione repubblicana, da un iniziale arroccamento su una quasi sacralità del segreto di Stato, si è andata emancipando da concezioni risalenti e incompatibili col mutato ordinamento. Compiuta la scelta di escludere la giurisdizione penale da qualsiasi sindacato, la questione, inevitabilmente, è stata traslata sul piano del conflitto tra poteri dello Stato. Naturale "giudice del segreto" si è dunque appalesata la Corte Costituzionale. Questa ha individuando nel ricorso per conflitto di attribuzione tra poteri l'estremo (nonché unico) strumento di reazione da parte dell'autorità giudiziaria di fronte ad un atto di conferma del segreto in *fumus* d'illegittimità¹³⁴. Tale indicazione è stata seguita dal recente legislatore. La questione circa la fondatezza del segreto di Stato sembra ormai definitivamente destinata a godere di un sindacato para- arbitrale ed a rimanere avvinta in una sorta di contesa tra poteri tra loro in competizione.

Tale soluzione non elimina il dubbio sulla reale idoneità del ricorso alla Corte Costituzionale a costituire presidio di legalità dell'esercizio del potere di conferma del segreto. Ciò, non certo per sfiducia nei confronti dei giudici di Palazzo della Consulta, ma per le modalità e le procedure (para arbitrali appunto) del sindacato in questione, nonché per l'angolo visuale che lo informa. Nell'ambito del giudizio sul conflitto, il sindacato di legittimità sull'atto di conferma del segreto costituirà questione pregiudiziale di un differente *thema decidendum*, attinente, per l'appunto, al rispetto della sfera di competenze dei singoli poteri, tracciata dalla Costituzione. Si potrebbe, invece, ritenere che la rilevanza della questione meriti una sede *ad hoc* in cui la legittimità dell'atto di conferma costituisca lo specifico oggetto di analisi e di giudizio.

A ciò deve aggiungersi l'impressione che il circuito della responsabilità politica, ulteriore bastione della legittimità e dell'opportunità politica del potere di

¹³⁴ Nel senso dell'inevitabile configurazione della Corte Costituzionale, in veste di organo regolatore dei confini e degli equilibri tra poteri dello Stato, come giudice della "ragionevolezza del segreto", F. PIZZETTI, *Principi costituzionali*, cit., pag. 102- 103.

secretazione, cui la giurisprudenza della Corte Costituzionale riserva ruolo centrale per la preservazione dell'equilibrio democratico, non possa funzionare come reale strumento di prevenzione e sanzione di eventuali abusi.

2.3 Evoluzione normativa e ordinamento costituzionale (dal ventennio alla Costituzione)

La disciplina processuale del segreto di Stato, come ormai ampiamente evidenziato, rappresenta uno snodo tecnico- giuridico dell'ordinamento positivo che ne mette in evidenza le gerarchie di valori, l'ispirazione di fondo, la concezione complessiva dello Stato¹³⁵. E' tale attitudine a rendere di assoluto interesse una panoramica storico- normativa della materia.

L'impianto positivo attuale, infatti, come molte discipline giuridiche, non appare né casuale, né recente. Affonda le sue radici, al contrario, in risalenti modelli normativi e, in particolare, in quelli propri dell'ordinamento fascista. Il codice di rito del 1930, rappresentò, infatti, riferimento insostituibile per il legislatore repubblicano. Indiscutibili rapporti di parentela, per quanto imbarazzanti possano apparire, legano quel codice alla disciplina, recentissima, con cui ci confrontiamo.

Divieto d'esame, limite probatorio oggettivo e assoluto, tendenziale estensibilità del limite probatorio al di là della cerchia soggettiva *expressis verbis* prevista, rappresentano soluzioni tecniche di assoluta chiarezza e rigore, nell'asciuttezza delle norme codicistiche. Gli artt. 342 e 352 c.p.p. del '30 costituiscono, a tutte lettere, il riuscito e cristallino intento di blindare, in sede processuale, la, di per sé granitica, tutela sostanziale del segreto in questione.

Nell'ottica di un ordinamento, quale quello della fine degli anni '20, che si avvia a rapidi passi, verso un archetipo compiutamente totalitario, e individua nello strumento legislativo un momento essenziale di tale edificazione, il codice Rocco offre una disciplina del segreto di Stato pienamente funzionale alle esigenze

¹³⁵ U. ALOISI, *Manuale pratico di procedura penale*, Giuffrè, 1932, pag. 2 e ss. Secondo l'Autore il processo penale è il settore dell'ordinamento nel quale si riflettono i mutamenti sopravvenuti nella "concezione filosofica e politica dei rapporti fra lo Stato e l'individuo".

dell'ordinamento autoritario. Sul piano strettamente tecnico- processuale, è agevole rintracciare un filo di sostanziale continuità con il codice di rito del 1913¹³⁶. Il solco appariva interessante e venne sviluppato. Lo schema è sempre il medesimo. Il delitto di procacciamento o divulgazione di notizie coperte dal segreto è reato comune. La testimonianza è ufficio doveroso, penalmente sanzionato. Una categoria di individui, soggettivamente circoscritta *ex lege*, in ragione dell'attività svolta, tendenzialmente a contatto con notizie o con i documenti protetti dal segreto, hanno il potere- dovere di opporlo all'autorità giudiziaria. In questo caso il riflesso processuale di una più complessa tutela sostanziale si declina, ai sensi delle norme di rito, non come mera facoltà del soggetto tenuto al segreto, bensì come limite oggettivo ai poteri istruttori del giudice, nei confronti del quale sussiste un divieto di esame del teste. La natura oggettiva di tale divieto, benché soggettivamente attivabile, in quanto necessariamente collegata ad una dichiarazione di scienza del soggetto tenuto al segreto, comporta una sua naturale, anche se dibattuta in dottrina, estensione al di fuori della cerchia soggettiva prevista.

Il quadro è geometrico. Il segreto di Stato è blindato e risulta limite gnoseologico invalicabile da parte dell'autorità giudiziaria. L'art. 353 c.p.p. del '30 si ferma qui. Le innovazioni rispetto al precedente codice di rito sono, *ictu oculi*, minime: allargamento della sfera soggettiva dei soggetti abilitati- obbligati ad opporre il segreto e previsione della evanescente procedura di "controllo" sulla legittimità dell'opposizione attraverso rapporto al procuratore generale. La cerchia dei soggetti non esaminabili viene estesa, oltreché ai pubblici ufficiali, anche ai pubblici impiegati ed agli incaricati di pubblico servizio. Come detto, trattasi di modifica di dettaglio, stante l'approdo giurisprudenziale e dottrinale maggioritario circa la estensibilità della regola d'esclusione probatoria a soggetti non espressamente ricompresi, e ciò in ragione della natura oggettiva della condizione ostativa all'accertamento giudiziale¹³⁷. La previsione di una possibilità del giudice, che dubiti

¹³⁶ G. PAOLOZZI, *La tutela processuale del segreto di Stato*, Giuffrè, 1983, pag. 29; P. PISA, *Il segreto di Stato, Profili penali*, Giuffrè, 1977, pag. 51 e ss..

¹³⁷ In questo senso F. CORDERO, *Procedura Penale*, Giuffrè, quarta edizione, 1977, pag. 299; G. DOSI, *La tutela del segreto nella prova testimoniale del processo penale*, in *Scuola pos.*, 1968, pag. 444; V. PERCHINUNNO, *Limiti soggettivi della testimonianza nel processo penale*, Giuffrè, 1972, pag. 200.

della fondatezza dell'opposizione, di fare rapporto al Procuratore generale presso la Corte d'appello, affinché quest'ultimo, a sua volta, possa riferirne al Ministro competente¹³⁸, inoltre, rappresenta solo teoricamente una innovazione degna di qualche rilievo. Non chiara, e per nulla scontata, la possibilità che, in caso di esito negativo, di tale rudimentale formula di controllo, il giudice potesse coartare il teste a deporre, ponendosi la procedura in un'ottica del tutto marginale ed esterna al procedimento in corso¹³⁹. Di immediata comprensione l'evanescenza garantistica di tale disposizione, appena ci si soffermi sulla natura schiettamente gerarchica e burocratica che informava i rapporti tra l'ufficio del pubblico ministero ed il Ministro¹⁴⁰. Il senso della procedura, sostanzialmente amministrativa, di cui sopra, non appare, dunque, quello di "garantire, per quanto possibile l'interesse all'accertamento della verità contro gli arbitrii"¹⁴¹, almeno non nel singolo processo in cui il segreto venisse evocato, a. Al contrario è l'intento di un ferreo controllo burocratico- verticistico su tale strumento di asservimento della funzione giudiziaria all'esecutivo, a impregnare tali costrutti normativi. In una lettura siffatta s'inserisce la previsione della necessaria autorizzazione ministeriale, quale condizione di procedibilità dell'azione penale, per perseguire *ex art. 372 c.p.* il teste supposto reticente¹⁴².

Modifiche di dettaglio, dunque, si affacciano nell'art. 353 c.p.p. del '30 rispetto al precedente codice "liberale" in tema di segreto di Stato. Sul piano meramente ricognitivo, *nulla quaestio*.

Sul piano interpretativo e sistematico, qualche dubbio circa la millantata continuità, sussiste. Gli ordinamenti giuridici, come i codici, dove tutto si tiene, vivono di

¹³⁸ Secondo P. PISA, cit., Giuffrè, 1977, pag. 173, l'informativa al Ministro di grazia e giustizia si configurava come "atto dovuto".

¹³⁹ G. PAOLOZZI, *La tutela processuale*, cit., pag. 68.

¹⁴⁰ Regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, sull'ordinamento giudiziario, art. 69: "il pubblico ministero esercita sotto la direzione del Ministro di grazia e giustizia le funzioni che la legge gli attribuisce".

¹⁴¹ Relazione del guardasigilli Alfredo Rocco sul progetto definitivo del codice penale dal vol. VIII dei *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, a cura del Ministero della giustizia e degli affari di culto, Tipografia delle mantellate, 1929.

¹⁴² In tal senso V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice*, vol. III, VI edizione, UTET, 1970, pag. 349;

intrecci normativi, all'interno dei quali soltanto, il significante positivo assume significato precettivo. La disciplina processuale del segreto in questione rappresenta il necessario completamento di una tutela più ampia e trasversale degli interessi dello Stato. La nozione stessa di segreto di Stato, ha natura sostanziale, derivando da norme incriminatrici penali. Di conseguenza la disciplina processuale perde ogni significato pratico, ogni capacità esplicativa, in assenza di una qualificazione sostanziale del concetto.

E' sul piano sostanziale, penale in particolare, che l'ispirazione antidemocratica e totalitaria propria del legislatore fascista, mostra il suo vero volto. La nozione di segreto di Stato è enormemente dilatata dal codice penale coevo. L'art. 256 c.p. assorbe e tutela, infatti, ogni notizia destinata a rimanere segreta "nell'interesse della sicurezza dello Stato o, comunque, nell'interesse politico, interno o internazionale, dello Stato..". Lo sfondamento è palese ed evidente. Al di là delle questioni circa la determinatezza della fattispecie in esame, enorme appare l'ambito applicativo e l'estensione del concetto. Rocco adopera con precisione le categorie giuridiche e non cela le sue intenzioni: "Con una ulteriore ed altrettanto profonda innovazione rispetto al Codice vigente in rapporto alla diversa concezione dello Stato, alle sue finalità e quindi dei suoi diritti..., il progetto non limita la portata delle sue disposizioni, ai soli segreti politici e militari, inerenti alla sicurezza dello Stato, secondo la formula adottata dal Codice vigente..., ma le estende a tutte le notizie, che nell'interesse dello Stato o, comunque, nell'interesse politico, interno o internazionale dello Stato, debbano rimanere segrete. E' questa una necessaria conseguenza del diverso orientamento da me impresso a tutto il Titolo, le cui disposizioni debbano intendersi dirette alla protezione penale, non soltanto della sicurezza, ma dell'intera personalità dello Stato. Le notizie che debbono rimanere segrete... costituiscono quei 'segreti di stato' i quali possono avere l'oggetto più vario, dalla sicurezza politica e militare dello Stato alla solidità delle sue finanze..."¹⁴³.

¹⁴³ Relazione del guardasigilli Alfredo Rocco sul progetto definitivo del codice penale dal vol. V dei *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, a cura del Ministero della giustizia e degli affari di culto, Tipografia delle mantellate, 1929.

Il quadro è chiaro. Una soluzione tecnico- processuale asciutta e cristallina, sostanzialmente invariata rispetto alla legislazione liberale precedente, viene piegata e applicata ad una sfera applicativa straordinariamente più ampia e dilatata¹⁴⁴.

Non basta. Un inciso sibillino si insinua nella sintassi processuale. L'accento, di cui all'art. 353 c.p.p., al divieto d'esame su quanto coperto da segreto di Stato e "su altre notizie che palesate possono nuocere alla sicurezza dello Stato all'interesse politico, interno o internazionale" non costituisce mera ridondanza positiva. La superfetazione normativa è prassi recente. Il legislatore fascista sa quello che fa. L'inciso recepisce e "copre" una sfera di conoscenze non qualificabili quali segreti di Stato, ma ai quali la legge sostanziale le equipara (nonostante un più mite trattamento edittale)¹⁴⁵. Parliamo delle cd. "notizie riservate"¹⁴⁶ di cui "l'Autorità competente ha vietato la divulgazione" (art. 256 c.p., comma terzo).

E' ancora il guardasigilli a chiarire l'*éscamotage*: "debbono essere penalmente protette... anche talune notizie, le quali non costituiscono oggetto di segreti militari nello stretto senso dell'espressione, e neanche segreti dello Stato, ma di cui l'Autorità competente abbia ritenuto di vietare la divulgazione"¹⁴⁷. A prescindere dalla polemica circa la sovrapponibilità piena della nozioni *de quo*¹⁴⁸ o la pretesa, addirittura, maggior estensione della norma processuale rispetto al perimetro della rilevanza penale¹⁴⁹, l'esito dell'analisi è lapalissiano.

L'ambito precluso ad ogni "incursione" giudiziaria è vastissimo, la funzione giurisdizionale, quale contropotere di pari dignità e forza dell'esecutivo, è

¹⁴⁴ V. GREVI, *Segreto di Stato e processo penale*, in *Il segreto nella realtà giuridica italiana*, cit., pag. 228 e ss.

¹⁴⁵ Opportuno precisare che tale estensione alle cd. notizie riservate non opera ai sensi dell'art. 342 c.p.p. a proposito del dovere di esibizione di atti e documenti.

¹⁴⁶ G. AZZALI, *Prove penali e segreti*, Giuffrè, 1967, pag. 50; P. CASADEI MONTI, *Giustizia, informazione e segreti di Stato*, in *Giustizia e informazione*, Laterza, 1975, pag. 202; , P. PISA, *Le premesse sostanziali della normativa sul segreto di Stato*, in *Segreto di Stato e giustizia penale*, cit., pag. 27 e ss; M. PISANI, *Testimonianza e segreti*, in *La testimonianza nel processo penale*, Giuffrè, 1974, pag. 71 e ss.

¹⁴⁷ Relazione del guardasigilli Alfredo Rocco sul progetto definitivo del codice penale dal vol. V dei *Lavori preparatori*, cit.

¹⁴⁸ V. GREVI, *Segreto di Stato e processo penale*, cit., pag. 45.

¹⁴⁹ Così discutibilmente G. PAOLOZZI, *La tutela processuale*, cit., pag. 35.

annichilita. L'organigramma istituzionale è stretto in un abbraccio mortale: da un lato la gerarchizzazione- burocratizzazione degli uffici giudiziari, dall'altro l'ergersi a condizione ostativa dell'esercizio dei poteri istruttori, di un atto insindacabile dell'autorità amministrativa.

Non può stupire l'affermazione che l'ideologia fascista era improntata ad una gerarchia di valori che collocava l'interesse dello Stato in posizione prioritaria, ed, anzi, assorbente ogni altro, perfino rispetto alla libertà e all'invulnerabilità della persona umana. Tantomeno può porsi in discussione che l'approdo normativo suesposto potesse cristallizzare "un sistema di rapporti tra autorità giudiziaria e amministrativa improntato ad uno schema di netta subordinazione della prima sulla seconda"¹⁵⁰. L'azione penale, la vocazione cognitiva del processo, tanto più in un modulo processuale sostanzialmente inquisitorio, dunque dominato da una missione di verità, l'attendibilità dell'esito conclusivo del giudizio, nell'alternativa condanna-proscioglimento, risultavano, dunque, condizionati al *placet* del potere esecutivo. Nessun bilanciamento tra opposti interessi di pari rango poteva trovare spazio in tale modello. L'interesse dello Stato, quale qualificato tale dal governo, prevale indiscriminatamente su ogni altro e si estrinseca nella sua versione, tecnicamente ineccepibile, ma più cruda "di preminenza tirannica dell'esecutivo su ogni altro potere dello Stato"¹⁵¹.

La caduta del regime e l'avvento della Costituzione Repubblicana e antifascista, paradossalmente, non mutarono il quadro normativo in esame. Lo schema processuale tratteggiato sopravvisse al mutato ordinamento istituzionale, per quasi trent'anni, fino alla sentenza della Corte Costituzionale n. 86 del 1977 ed alla successiva legge riforma n. 801 del 1977. I profili di radicale e insanabile contrasto tra la normativa *de qua* e lo spirito democratico, pervasivo dell'ordinamento repubblicano, furono ampiamente obliterati tanto dal legislatore processuale *post-costituzionale* quanto dal giudice delle leggi. Ciò appare tanto più sorprendente e, per certi versi, scandaloso, se si presta attenzione al clima storico in cui tale

¹⁵⁰ V. GREVI, *Segreto di Stato e processo penale*, in *Il segreto nella realtà giuridica italiana*, cit., pag. 230.

¹⁵¹ P. NUVOLONE, *Sulla validità dell'attuale disciplina normativa del segreto di Stato, nelle accezioni politico- militare e d'ufficio*, in *Rass. Parl.*, 1968, pag. 237.

sopravvivenza ebbe luogo, nel quale, il ricorso al segreto di Stato non fu né sporadico né oculato.

Non vale a tacitare tale sorpresa la considerazione secondo la quale ampi spazi del tessuto normativo repubblicano sono tuttora costituiti dalla legislazione del ventennio. Se ciò è senz'altro vero, non è sufficiente a tacitare il senso di stupore e, altresì, di inadeguatezza del legislatore repubblicano, rispetto alla mancata revisione di una disciplina a così elevato tasso di politicità. Nessuno scandalo la permanenza in sé di settori legislativi ereditati dal precedente ordinamento istituzionale, purché non si tratti di punti di emersione profonda di una filosofia dello Stato, di una concezione dei rapporti cittadino- autorità, di una svalutazione dei diritti inviolabili della persona, radicalmente confliggenti con l'impostazione repubblicana e democratica della Costituzione. Tanto più che il legislatore repubblicano, ben presto, si fece carico di un'operazione di "ripulitura" delle scorie più inquinanti del precedente modello totalitario dalla legislazione processuale *in primis* con l'articolata novella del 1955. Ciononostante gli artt. 342 e 352 c.p.p. rimasero immutati.

Allo stesso modo, da escludere quel fenomeno, verificatosi in altri settori del diritto, secondo il quale, invariato il dato letterale della disposizione, la sua collocazione in un contesto ordinamentale mutato, ne stravolge sostanzialmente il contenuto normativo- precettivo, determinando la piena compatibilità con il nuovo contesto normativo. Nulla di tutto ciò può ipotizzarsi con riferimento alla disciplina in esame per la sua irriducibile e radicale compromissione con una concezione autoritaria dello Stato e delle istituzioni.

I profili d'incompatibilità costituzionale restavano, dunque, numerosi e meritano una rapida elencazione.

L'autonomia e l'indipendenza della magistratura, la separazione dei poteri, la sottoposizione dei giudici soltanto alla legge, sono principi cardine dell'ordinamento costituzionale ipostatizzati negli art. 101, comma secondo, e 104, primo comma, della Carta fondamentale. Il sistema di cui all'originaria versione del codice Rocco, non poteva che risultare radicalmente antitetico a tale assetto di rapporti tra poteri dello Stato innestando una rigida subordinazione tra il potere esecutivo e giudiziario, destinato quest'ultimo, irrimediabilmente, a soccombere a fronte di un atto

amministrativo di opposizione del segreto¹⁵². L'esplicarsi della funzione giurisdizionale, subordinato al *placet* dell'esecutivo, non poteva non suonare sinistramente anticostituzionale, retaggio di una dinamica istituzionale definitivamente soppiantata e ripugnata dall'ordinamento democratico.

A tali evidenti profili d'incompatibilità costituzionale, se ne aggiungevano altri. L'obbligatorietà dell'azione penale, principio cardine del nostro modello processuale, presidio di imparzialità dell'ufficio del pubblico ministero, nel quadro suesposto, risultava eroso e snaturato. L'art. 112 Cost. non poteva non risultare scardinato da un sistema processuale che subordinava l'esercizio dell'azione penale alla mancata conferma di un vincolo di segretezza da parte dell'autorità politica. In altri termini, di immediata evidenza, la vacuità della postulazione costituzionale laddove, in concreto, l'alternativa logica tra esercizio dell'azione penale (obbligatoria) e archiviazione della notizia di reato, fosse alla mercé del potere esecutivo. Quest'ultimo ben avrebbe potuto, infatti, condizionare, irrimediabilmente, a mezzo del segreto, l'adempimento di tale obbligo costituzionalmente sancito impedendo la conoscibilità, da parte del pubblico ministero, di fatti decisivi per le sue determinazioni in merito all'azione medesima¹⁵³. Preme sottolineare che i profili di attrito col dettato costituzionale della disciplina in questione non andavano ricercati nella introduzione di un limite ai poteri investigativi dell'organo del Pubblico Ministero. Sotto questo profilo, ogni norma di esclusione probatoria limita le possibilità cognitive del pubblico accusatore senza incrinare, perciò solo, il principio di obbligatorietà dell'azione penale. Il dubbio di legittimità costituzionale, dunque, andava individuato non già nell'esistenza di una preclusione probatoria e investigativa, bensì nel fatto che la stessa risultava nella piena e totale disponibilità del potere esecutivo, per giunta senza alcun sostanziale controllo degli atti di esercizio di tale potestà.

Ulteriore bersaglio della normativa in questione, appariva il diritto di difesa di cui all'art. 24, secondo comma, Cost.. Evidente la frattura con i valori supremi dell'ordinamento costituzionale laddove si fosse ipotizzato l'occultamento, attraverso

¹⁵² In questo senso, *ex pluribus*, A. MUSIO, *Il segreto politico militare nella prospettiva di un nuovo codice di procedura penale*, in *Indice pen.*, 1975, pag. 482;

¹⁵³ Ancora A. MUSIO, *cit.*, pag. 482; P. NUVOLONE, *cit.*, pag. 272.

l'opposizione del segreto, di un mezzo di prova a discarico per l'imputato, che potesse risultare decisivo nell'alternativa condanna- proscioglimento. L'imputato sarebbe stato condannato sulla base di un corredo probatorio monco, da cui erano escluse prove liberatorie pur esistenti, ma precluse all'accertamento giudiziale da un atto dell'autorità amministrativa. Il punto era inaccettabile e ripugnante per la coscienza giuridica e per l'ordinamento costituzionale. Si negava all'imputato il diritto di "difendersi provando" e si imponeva al giudice, non potendo ricorrere al *non liquet*, di decidere sulla base di un compendio istruttorio alterato e incompleto¹⁵⁴. Il discorso non sarebbe stato diverso, sebbene istintivamente meno inquietante, per ciò che concerne la tutela dei diritti delle altre parti private nel processo.

Palese altresì il *vulnus* arrecato al principio del contraddittorio¹⁵⁵, costituente principio cardine dell'ordinamento processuale già prima della l. cost. n. 2 del 23 novembre 1999, introduttiva dell'attuale versione dell'art. 111 Cost.

Infine profili di illegittimità sembravano emergere *ex art. 3 Cost.*, finendo la normativa del '30 per integrare uno sorta di statuto processuale speciale per determinati soggetti. E ciò, non tanto in considerazione della loro possibilità di invocare il segreto di Stato, quanto per l'assoluta impossibilità dell'autorità giudiziaria di esercitare o attivare un effettivo controllo circa la fondatezza di tale opposizione.

Un affresco siffatto conferma l'anomalia costituita dalla sopravvivenza nell'ordinamento di tale disciplina per un così lungo periodo e, probabilmente, anche la gradualità, le resistenze, la viscosità del processo di transizione dell'ordinamento giuridico italiano verso un modello compiutamente democratico.

Nella stasi sonnolenta e interessata del legislatore¹⁵⁶ sarà la Corte Costituzionale a dovere affrontare per prima tali insidiose questioni.

¹⁵⁴ G. D. PISAPIA, *Sulla validità dell'attuale disciplina normativa del segreto di Stato*, in *Rass. Parl.*, 1968, pag 618; G. CONSO, *Segreto di Stato e prova liberatoria*, in *Giur. It*, 1968, IV, c. 97.

¹⁵⁵ M. CAPPELLETTI, in *Democrazia e diritto*, 1971, pag. 433.

¹⁵⁶ Fino alla sentenza della Corte Costituzionale n. 86 del 1977, che tracciò il solco per la legge di riforma numero 801, dello stesso anno, si registra un unico intervento legislativo concernente l'ambito di operatività della disciplina processuale del segreto di Stato. Trattasi della legge 25 gennaio 1962, numero 20, recante "*norme sui procedimenti e giudizi di accusa*" per i reati del Presidente della Repubblica (art. 90 Cost.) e dai ministri (art. 96 Cost.) nell'esercizio delle proprie funzioni. L'art. 2, in

particolare, stabilisce che ai testi esaminati dalla Commissione inquirente e dalla Corte Costituzionale “non si applicano” le disposizioni dell’art. 352 c.p.p., né quelle dell’art. 342 c.p.p., laddove venisse ordinata l’esibizione di documenti o cose nella disponibilità dei soggetti astrattamente legittimati all’opposizione. Inutile sottolineare l’eccezionalità e l’assoluta asistematicità di tale previsione rispetto all’impianto complessivo della legislazione processuale, che resterà ancora a lungo immutato. La vicenda Sifar, qualche anno più tardi (nel 1964) concretizzandosi nella scoperta delle deviazioni dei servizi segreti e nell’utilizzo strumentale del segreto di Stato a copertura di tali prassi illegali e anticostituzionali, accese i riflettori su tale, inesplorato, tema di politica legislativa. La Commissione Parlamentare di inchiesta che ne seguì (l. 31 marzo 1969, n. 93), come previsto dalla legge istitutrice dell’organo, si occupò di analizzare la normativa concernente il segreto in questione e sottolineò, unanimemente, la necessità di superare lo stato della legislazione allora in vigore. Le relazioni di maggioranza e minoranza si divisero circa le prospettive di riforma e le modalità di riallineamento della materia ai valori costituzionali, ma fu proprio l’esigenza di tale riallineamento, attraverso una riforma legislativa, l’unico, e perciò paradigmatico, punto d’accordo dei componenti della Commissione.

A puro titolo esemplificativo, appare opportuno ricordare un caso giudiziario che accese il dibattito pubblico e sottolineò, con l’evidenza di una *res iudicata*, l’urgenza di un intervento legislativo *in subiecta materia*. Il cd. caso De Lorenzo- L’Espresso, conclusosi con la sentenza del Tribunale di Roma, IV sez. pen., 1 marzo 1968, Scalfari e Iannuzzi, in *Arch. Pen.*, 1969, II, pag. 157.

La vicenda concerneva la campagna di stampa intentata dai giornalisti Eugenio Scalfari e Lino Iannuzzi dalle colonne del noto settimanale “*L’Espresso*” (nel 1967), di cui lo stesso Scalfari era direttore responsabile, contro il generale De Lorenzo, ritenuto l’organizzatore di un tentativo golpista abortito nel 1964 (cd. golpe “Solo”). Il procedimento avverso Scalfari e Iannuzzi per diffamazione a mezzo stampa nei confronti del De Lorenzo, risultò gravemente condizionato da plurime opposizioni del segreto di Stato, da parte di testimoni a discarico citati dagli imputati.

L’insanabile contrasto tra diritto di difesa e art. 352 c.p.p., lungi dal restare teorica affermazione di principio, si palesa in tutta la sua odiosa e soffocante portata liberticida nelle parole della sentenza medesima: “Né varrebbe obiettare che gli art. 342 e 352 c.p.p. apparirebbero incompatibili col disposto del comma secondo dell’art. 24 Cost. che definisce diritto inviolabile, il diritto di difesa del cittadino...Diritto di difendersi riconosciuto ed assicurato...ma nel rispetto di quei limiti che, nel superiore interesse della collettività intera, vengono posti dalla legge nel giudizio penale all’accertamento della verità reale e che, ovviamente, si riverberano sulle possibilità e disponibilità difensive dell’imputato che possono così, ma non sempre negativamente, restare alterate nella loro efficacia”.

Scontato l’esito condannatorio. Saranno le Commissioni parlamentari d’inchiesta a riportare, nell’alveo della verità storica, una verità giudiziale manifestamente iniqua, non tanto per l’esito finale, quanto per la negazione del diritto degli imputati di difendersi provando e del loro *status* di presunti innocenti.

2.4 La Corte Costituzionale davanti al segreto di Stato (rassegna pronunce fondamentali, in particolare la sentenza n. 86 del 25 maggio 1977 all'origine della legge di riforma n.81 del '77).

Nell'economia della presente trattazione verranno tralasciati i numerosi casi giudiziari che, durante tutto il corso della storia italiana, trovarono nel segreto di Stato e nel suo abuso, una barriera insormontabile. Dai summenzionati casi Sifar, De Lorenzo, dal processo sul cd. "golpe Borghese" a quello per la strage di Piazza Fontana, a quello delle "schede FIAT", la stessa tenuta della convivenza civile nel Paese nonché la permanenza di una costituzione materiale realmente democratica, sembrarono condizionate e messe in grave tensione proprio dall'esistenza nell'ordinamento di uno strumento come il segreto in questione¹⁵⁷. I riflessi storico- politici di questa stagione, necessariamente, esulano da questa analisi, per quanto non facciano che riconfermare la centralità del tema e esacerbino i profili di criticità costituzionale di cui ci siamo occupati. Tralascieremo, altresì, l'analisi puntuale del dibattito parlamentare e delle proposte che si succedettero in sede di approvazione della legge delega per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale¹⁵⁸ (l. 3 aprile 1974, n. 108). Quello che conta è rilevare come la permanenza di una normativa processuale in materia di segreto di Stato imbevuta dell'ideologia fascista abbia albergato, quale corpo estraneo, nell'ordinamento repubblicano, per quasi trent'anni. Un legislatore, probabilmente, restio a spogliarsi di un così importante strumento di governo e di controllo, una situazione politica bloccata,

Tale vicenda sollevò l'attenzione degli studiosi sul tema contribuendo ad una presa di consapevolezza circa i suoi aspetti costituzionalmente maggiormente sensibili.

Ex pluribus, BONACCI, *Un istituto penalistico da riesaminare: il segreto di Stato*, in *Democrazia e diritto*, 1968, pag. 309.

¹⁵⁷ G. NEPPI MODONA, *Le trame golpiste e il segreto di Stato*, in *La Repubblica*, 14 maggio 1976; S. TOSI, *Il muro del segreto di Stato*, in *La Nazione*; G. FLAMINI- AMINUNZIATA, *Segreto di Stato, uso e abuso*, Editori Riuniti, 2002.

¹⁵⁸ Per una puntuale analisi dei lavori parlamentari in proposito V. GREVI, *Segreto di Stato e processo penale*, cit., pag. 58 e ss.

traghetarono l'ordinamento attraverso un lungo periodo caratterizzato da una frettolosa rimozione del problema¹⁵⁹.

Logico che, presto o tardi, la questione dovesse porsi. Fu la Corte Costituzionale, nonostante le cautele, anche eccessive, di cui daremo conto, ad innescare quel farraginoso processo di riflessione e di riforma che, a tutt'oggi, non sembra potersi dire pienamente concluso. Quasi che ad un periodo di totale distrazione verso l'argomento dovesse necessariamente seguire un'affannosa e incompiuta rincorsa giurisprudenziale e legislativa. Il senso di incompiutezza, testimoniato dal grado di conflittualità che nella cronaca giudiziaria degli ultimi anni ha investito la questione, rimanda l'idea di un ordinamento incapace di una riflessione profonda e definitiva sui propri nodi irrisolti e, sconsideratamente, avvinto nei detriti ideologici di un passato mai veramente tramontato.

E' la sentenza numero 53 del 17 maggio 1966¹⁶⁰, la prima ad occuparsi, se pur *incidenter tantum*, della questione. La cognizione e le affermazioni contenute rappresentano meri passaggi motivazionali di altro *thema decidendum*, ma suonano roboanti.

La Corte opera una valutazione comparata delle norme sul cd. "segreto ferroviario" con le disposizioni dell'art. 352 c.p.p. e, a questo proposito, afferma che "le regole generali apprestano una protezione che non esclude una indagine del giudice sulla fondatezza della relativa asserzione". Il segreto militare (*rectius* di Stato), per la Consulta, "non è protetto dall'incontrollata e incontrollabile discrezionalità dell'amministrazione competente..., ma subisce un sindacato giurisdizionale". L'affermazione è rivoluzionaria e affascinante¹⁶¹ ma priva di fondamento

¹⁵⁹ Dà conto di quella che viene definita un'atmosfera di "attesa non usuale" della decisione della Corte da parte tanto della pubblica opinione, quanto degli operatori giuridici P. PISA, *Il segreto di Stato di fronte alla Corte costituzionale: luci ed ombre in attesa della "riforma"*, in *Giur. Cost.*, 1977, I, pag. 1206.

¹⁶⁰ V. GREVI, *I limiti del segreto sugli atti delle inchieste amministrative conseguenti a sinistri ferroviari*, in *Giur. Cost.*, 1966, pag. 858 e ss.

¹⁶¹ Plaudono in dottrina a questa posizione della Corte: A. BARBA, *Segreto politico- militare e diritti di libertà*, in *Giust. Pen.*, 1971, II, c.116; F. MASTROPAOLO, *La disciplina dei segreti di Stato e d'ufficio e i suoi riflessi nel processo e nell'inchiesta parlamentare*, in *Riv. It. Sc. Giur.*, 1971, pag.

normativo¹⁶². Dipinge un disegno di politica del diritto, una visione onirica non riscontrabile, in alcun modo, nei testi noti. La necessità di un sindacato giurisdizionale sull'opposizione del segreto rappresenta un riflesso condizionato del giudice delle leggi, un'affermazione che, dal '66 ad oggi, non verrà mai più ripetuta, una questione, al contrario, cavillosamente obliterata dal collegio in ogni successiva pronuncia. *Obiter dictum* certo, ma di grande rilievo per la nostra analisi, in quanto rappresenta, a buon titolo, un vero e proprio *lapsus* freudiano del giudice costituzionale. Il collegio coglie il cuore del problema costituzionale posto dal segreto di Stato, immaginandone la più ovvia soluzione e, al contempo, si rappresenta il nodo gordiano come già sciolto, operando una negazione della realtà dei testi positivi ed un rovinoso svarione ermeneutico.

La Corte aspetterà altri dieci anni prima di tornare sul tema. La sentenza numero 82 del 6 aprile 1976 si muove come l'equilibrista sulla fune. Le ordinanze di rimessione (trattasi di giudizi riuniti) bersagliano analiticamente gli artt. 342 e 352 c.p.p. Gli strali d'incostituzionalità sono puntuali ed efficacemente motivati, il fuoco della questione è direttamente il *fumus* d'illegittimità delle norme processuali, la Corte Costituzionale ha tutti gli elementi per affrontare la *quaestio*.

Propende, al contrario, per un'elegante elusione. Irrilevante il nocciolo delle questioni di legittimità, *ergo* inammissibili. L'unica questione affrontata, con riferimento ad un prospettato contrasto con l'art. 3 Cost., è ritenuta infondata. L'impressione è quella di un'occasione persa¹⁶³. Unico risvolto di qualche interesse, ai nostri fini, è l'affermato radicamento costituzionale delle norme sospette nell'art. 52 della Carta fondamentale.

L'utilizzo dei "trucchi" processuali, al fine di attuare una fuga dalla decisione, con conseguente ribaltamento sui giudici *a quo* delle disfunzioni del sistema, è

252; V. PERCHINUNNO, *Limiti soggettivi alla testimonianza nel processo penale*, Giuffrè, 1972, pag.209 ess.

¹⁶² V. GREVI, *Segreto di Stato e processo penale*, in *Segreto di Stato e giustizia penale*, a cura di M. CHIAVARI, Zanichelli, 1978, pag. 64- 65. Per questo autore l'affermazione della Corte era, "de iure condito smentita dallo stesso testo dell'art. 352" risolvendosi dunque in niente più che un "auspicio da valutarsi in prospettiva di riforma".

¹⁶³ A. MUSIO, *Il segreto politico- militare di fronte alla Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1976, I, pag. 588.

stratagemma agevole ma difficilmente replicabile all'infinito. La Corte Costituzionale non può esimersi dal fare chiarezza su una questione delicatissima e pressante. In rapida sequenza, due approdi giurisprudenziali pongono fine all'oppressiva cappa di silenzio fin qui denunciata.

L'ordinanza numero 49 del 25 febbraio 1977 traccia un solco decisivo. Su impulso di un ricorso del giudice istruttore del tribunale di Torino, la Consulta dichiara ammissibile, in materia di segreto di Stato, il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato¹⁶⁴. Il passo è decisivo. L'idoneità della procedura di opposizione del segreto a provocare uno sbarramento all'esercizio della funzione giurisdizionale, allorché non legittimamente posta in essere, produce un *vulnus* all'equilibrio tra poteri dello Stato, che si concretizza in una violazione delle norme costituzionali che tale equilibrio configurano. Come l'esperienza dimostrerà, la questione è reversibile. L'abusiva elusione dei limiti legali all'esercizio della funzione giurisdizionale in materia di segreto, produrrà specularmente una indebita menomazione- invasione del potere giudiziario nelle prerogative del potere esecutivo.

La norma processuale mostra il suo vero volto: snodo imprescindibile tra funzioni autonome e indipendenti, punto di confluenza, di interferenza e di collisione fra poteri dello Stato. In tali affermazioni si sostanzia l'integrazione del requisito oggettivo, codificato dalla Corte, per ritenere sussistente un conflitto. L'efficacia ostativa dell'atto di opposizione del segreto sull'accertamento penale "attiene all'applicazione delle norme costituzionali che regolano l'esercizio della giurisdizione". La sua illegittimità, assunta dal giudice ricorrente, costituirebbe così abusiva interferenza del potere esecutivo "nella sfera di attribuzione costituzionalmente assegnata al potere giurisdizionale".

Dal punto di vista soggettivo, *nulla quaestio*¹⁶⁵. La struttura non gerarchica del potere giudiziario, la posizione di assoluta indipendenza e autonomia di ciascun giudice nello svolgimento di funzioni giurisdizionali, la sua sottoposizione soltanto

¹⁶⁴ Interessante rilevare come tale ordinanza sia citata da G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Il mulino, 1977, pag. 201, come esempio di un "caso che rientra nella concezione ampia del conflitto".

¹⁶⁵ A. RUGGERI- GGERPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, 2004, pag. 240

alla legge, già da tempo¹⁶⁶ erano considerati dalla giurisprudenza costituzionale requisiti sufficienti per ritenere “i singoli organi giurisdizionali...legittimati, attivamente e passivamente, ad essere parti in conflitti di attribuzione”.

La Corte assurge, per questa via, a giudice del segreto¹⁶⁷, a suprema istanza risolutrice della questione circa la legittimità dello sbarramento della funzione giurisdizionale. Il varco è potenzialmente espansivo.

Il sindacato della Corte può tradursi in un giudizio sul merito dell'apposizione? Probabilmente no¹⁶⁸, restando l'opportunità di utilizzare il segreto a tutela della sicurezza nazionale valutazione insindacabile di merito dell'autorità preposta alla sua salvaguardia. Residuerrebbe, invece, alla Corte un fondamentale sindacato di legittimità sull'operato dell'esecutivo in tema di segreto, teso, cioè, ad una verifica circa l'effettivo rispetto dei presupposti di legge entro cui il potere di secretazione è attribuito all'organo competente.

Le domande che tale pronuncia pone sono numerose e complesse, attenendo finanche alle procedure istruttorie applicabili dalla Corte. Le singole questioni saranno successivamente analizzate. Ciò che più conta, in questa sede, è rilevare l'ingresso nell'ordinamento di uno strumento di controllo dell'esercizio dei poteri di allegazione del segreto da parte della Corte Costituzionale in sede di conflitto tra poteri. Sindacato, finora alieno all'orizzonte della materia trattata, che rappresenterà il punto più alto, almeno in teoria, di tutela della funzione giurisdizionale da eventuali abusi dell'esecutivo¹⁶⁹. La svolta impressa dalla Corte non si arresta a tale asserzione.

Pochi mesi separano l'ordinanza suddetta dalla sentenza numero 86 del 24 maggio 1977 che, per la prima volta, andrà ad incidere, e pesantemente, sugli assetti del codice Rocco. La sede è quella classica del giudizio di legittimità costituzionale.

I giudici *a quo* dubitano della compatibilità degli artt. 342 e 352 c.p.p. con l'ordito costituzionale e, in particolare, con gli artt. 101, 102, 112 Cost. Le censure colgono

¹⁶⁶ Corte Cost. n. 228 e 229 del 1975, in *Giur. Cost.*, 1975, 1688 e 1692.

¹⁶⁷ In questo senso V. GREVI, *Una breccia nel segreto militare*, in *Il giorno*, 15 febbraio 1977.

¹⁶⁸ F. PIZZETTI, *Principi costituzionali e segreto di Stato*, cit., pag. 102

¹⁶⁹ P. RODRIGUEZ, *Sicurezza dello Stato e pubblici segreti nella prospettiva dei rapporti fra poteri*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1977, pag. 63

nel segno. L'asserzione circa il *vulnus* all'autonomia- indipendenza della magistratura, è difficilmente eludibile. La Corte sale in cattedra.

La prima questione di cui si occupa è fuori tema. Le norme impugnate traggono radicamento costituzionale nell'art. 52 Cost. che cristallizza, con formula barocca, la preservazione della sicurezza, interna ed esterna, dello Stato come valore costituzionale prioritario nonché come dovere supremo del cittadino. Solo in quest'ambito può trovare spazio una declinazione democratico- costituzionale della ragion di Stato, principio genericamente contrario ai valori cui la Carta si ispira. Gli *arcana imperii* rappresentano un'*extrema ratio* ed il loro esercizio va rigorosamente regolamentato dal legislatore. Data la delicatezza della questione, vera e propria deroga eccezionale alla struttura costituzionale, il legislatore non può ritenersi slegato da precisi orientamenti che è la stessa costituzione, attraverso la voce dell'organo deputato alla sua strenua difesa, a porre.

In primis il concetto di "sicurezza dello Stato" non può prescindere dall'atteggiarsi della Repubblica come ordinamento democratico a sovranità popolare. Di conseguenza la sua sicurezza, esterna e interna, è oggettivamente circoscritta alla sua integrità territoriale, alla sovranità popolare, al ripudio dello strumento bellico " (come "mezzo di risoluzione delle controversie internazionali"), al funzionamento degli organi costituzionali, al libero esercizio dei diritti inviolabili della persona. La seconda precisazione "sostanzialista" attiene alla rigorosa collocazione degli interessi tutelabili a mezzo del segreto nello Stato- comunità, conseguentemente nettamente distinti dagli interessi del "Governo e dei partiti che lo sorreggono".

Infine "mai il segreto potrebbe essere allegato per impedire l'accertamento di fatti eversivi dell'ordine costituzionale"¹⁷⁰. Quest'ultima statuizione preliminare può forse suonare pleonastica. In nessun caso la sicurezza dello Stato democratico potrebbe giustificare l'allegazione del segreto per impedire l'accertamento di reati di eversione. Tuttavia, con tutta evidenza, è proprio quello che, nella precedente storia

¹⁷⁰ A proposito delle precisazioni concettuali che aprono il ragionamento della Corte e delle sue applicazioni sostanziali, A. ANZON, *Interrogativi sui riflessi sostanziali della nozione di segreto di Stato individuata dalla Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1077, I, pag. 867.

giudiziaria italiana, era frequentemente accaduto¹⁷¹. La statuizione preliminare della Corte assume, dunque, i contorni di una affermazione di principio che intende chiudere una pagina scomoda e sconcertante della storia nazionale. Dalle precisazioni “sostanzialistiche” la Corte passa all’esame del cuore del problema.

Un primo motivo di illegittimità costituzionale per omessa previsione emerge dall’analisi dell’organo competente all’opposizione, *rectius* alla conferma dell’opposizione¹⁷². Del tutto inconferente appare il meccanismo del rapporto al procuratore generale, con successiva comunicazione al Ministro di Grazia e Giustizia, sotto due punti di vista. Il primo, sotto traccia nell’incedere motivazionale, in quanto si configura quale procedura esogena al procedimento in cui il segreto viene eccepito, funzionale piuttosto all’apertura di un diverso procedimento in capo al teste reticente che lo avesse falsamente allegato. Il secondo attinente all’organo deputato a confermare o meno la sussistenza del segreto in questione. Attinendo strettamente alla *salus reipublicae*, intesa nel senso suesposto di sicurezza interna ed esterna dello Stato democratico, risultando da una valutazione ampiamente discrezionale di natura politica (in senso lato), non può ritenersi il Ministro di grazia e giustizia, ai sensi della Costituzione, l’organo titolare della competenza a

¹⁷¹ Sul tema del cd. “segreto illegale” già S. RODOTA’, *Segreti di Stato*, in *La Repubblica*, 26 maggio 1977, e, successivamente, P. PISA, *Il segreto di Stato di fronte alla Corte costituzionale: luci ed ombre in attesa della “riforma”*, in *Giur. Cost.*, 1977, I, pag. 1210

¹⁷² Riportiamo la massima numero 8844/ 1977 relativa alla sentenza 86/ 1977 della Corte Costituzionale: “Il compito di individuare fatti, atti e notizie che possano compromettere la sicurezza dello Stato e debbano, quindi, restare segreti può essere definito istituzionale per i supremi organi dello Stato, per quelli, cioè, ai quali spetta di salvaguardare la esistenza, la integrità, la essenza democratica dello Stato. Da ciò' consegue che, se anche la iniziativa di operazioni che attengono alla sicurezza nazionale può partire da organi diversi e minori, quando si tratta di adottare decisioni definitive e vincolanti non può non intervenire il Presidente del Consiglio dei ministri il quale, ai sensi del primo comma dell'art. 95 della Costituzione, "dirige la politica generale del Governo assumendone la responsabilità" e "coordina l'attività dei ministri", per cui deve a lui essere riportata la direzione della gestione di tutto quanto concerne i supremi interessi dello Stato, ivi compresi quelli della sua difesa esterna. Pertanto, sono costituzionalmente illegittimi gli artt. 342 e 352 cod. proc. pen., nella parte in cui prevedono che il procuratore generale presso la Corte d'appello informi il Ministro per la grazia e la giustizia e non il Presidente del Consiglio dei ministri, se la dichiarazione fatta da pubblici ufficiali, pubblici impiegati od incaricati di un pubblico servizio nel corso di un'istruttoria penale in ordine ad un segreto di Stato viene ritenuta non fondata dall'autorità procedente”.

provvedere in questa materia e, correlativamente, sul segreto di Stato. Il riferimento all'art. 95 Cost. è risolutivo nell'attribuzione al Presidente del Consiglio dei Ministri della "politica generale del Governo" e della, conseguente, responsabilità politico-istituzionale.

La competenza a confermare la sussistenza di un segreto di Stato, opposto da soggetto abilitato nel giudizio *a quo*, dunque, non può che spettare al vertice del potere esecutivo. La stessa determinazione, che per la Corte ha natura politica¹⁷³, circa la sussistenza del segreto, potendo discendere esclusivamente da una conoscenza profonda degli aspetti dirimenti relativi alla sicurezza nazionale, va attribuita al Presidente del Consiglio dei Ministri, in quanto organo indicato dalla Costituzione quale supremo responsabile della politica attinente alla difesa esterna e interna dello Stato¹⁷⁴.

La sentenza in esame ricade sotto il novero delle additive di garanzia. La Corte incide l'art. 352 c.p.p. introducendo una procedura, precedentemente sostanzialmente prevista ad altri fini, di interpello del Presidente del Consiglio dei Ministri, ai fini della conferma del segreto opposto nel giudizio *a quo*. Dubbioso della fondatezza, il giudice farà rapporto al procuratore generale presso la Corte d'appello il quale interpellerà il vertice dell'esecutivo. Logico che, in caso di risposta negativa, il giudice possa ordinare al teste di deporre.

Il primo profilo d'illegittimità rilevato, pur sostanzialmente condivisibile, lascia irrisolto il quesito più importante: "se il cd. sbarramento all'esercizio del potere giurisdizionale si possa o meno considerare conforme al nostro sistema costituzionale...", aggiungeremmo, in assenza di un sindacato giurisdizionale circa la conformità della sequela opposizione-conferma ai requisiti di legge.

Su questo decisivo aspetto la Corte opera in due direzioni.

¹⁷³ Sulla natura "politica" dell'atto di conferma del segreto di Stato, molte perplessità sono legittime, anche alla luce della legislazione successiva e attuale. Per l'attualità del tema, questo sarà unitariamente trattato assieme agli aspetti più importanti della disciplina oggi vigente.

¹⁷⁴ Numerose e autorevoli le voci della dottrina levatesi contro tale approdo della Corte, per tutti, A. M. SANDULLI, *Note minime in tema di segreto di Stato*, in *Giur. Cost.*, 1977, I, pag. 1204: "Non sembra perciò possibile condividere, sul punto, le conclusioni della Corte la quale appare muovere dal presupposto che il Presidente del Consiglio dei Ministri sia 'posto al vertice dell'organizzazione governativa'. Una posizione che invece può essere riconosciuta soltanto al Consiglio dei Ministri".

La prima si sostanzia nel ricondurre sui binari della responsabilità politica, nell'alveo della dialettica Parlamento- Governo, e nel rapporto fiduciario fra i due, il fulcro del controllo sull'esercizio del potere di secretazione. Il ragionamento è geometrico. La conferma del segreto rappresenta un atto che ha natura politica, in quanto esorbitante i limiti della mera discrezionalità amministrativa e concernente il cuore delle attribuzioni politiche dell'esecutivo. In quanto decisione politica, un controllo sul merito non può che risolversi nel quadro del rapporto fiduciario Parlamento- Governo, potendo, il tradimento di questo rapporto ad opera dell'esecutivo, portare finanche alla crisi dell'Esecutivo. Residua, in via di estrema reazione, a fronte di una conferma del segreto manifestamente illegittima, il rimedio del conflitto tra poteri dello Stato, operante su un piano di mera rispondenza dell'atto governativo ai requisiti costituzionali fondamentali e, *in primis*, alle norme disciplinanti l'equilibrio tra poteri dello Stato. Evidente che il modello di ragionamento adottato conduce alla svalutazione di ogni possibilità di interposizione di un sindacato giurisdizionale sull'atto di conferma. Il quesito suddetto risulta quindi aggirato o, comunque, non chiaramente definito¹⁷⁵.

La seconda direzione assunta dalla Corte, nell'ambito di tale aggiramento della questione fondamentale, è quella di un affinamento procedurale del meccanismo processuale di opposizione- conferma. Altri due profili d'illegittimità costituzionale per omessa previsione vengono in rilievo. Effettuato l'interpello, né il giudice *a quo*, né l'evolversi del procedimento, possono restare condizionati ad un atto di competenza dell'autorità amministrativa espletabile in ogni tempo. Ovvio l'imposizione di un termine ragionevole¹⁷⁶, la cui omessa previsione, determina l'insorgere del secondo profilo d'incostituzionalità. Non si precisa la durata di tale termine, tantomeno quali effetti comporterebbe il suo sfioramento. Se la mancanza di una commisurazione sembra un implicito monito al legislatore a provvedere, la violazione di tale ipotetico termine, può agevolmente immaginarsi operante quale clausola ostativa alla conferma del segreto opposto della cui fondatezza si dubiti.

¹⁷⁵ In questo senso, V. GREVI, *Segreto di Stato e processo penale*, cit., pag. 72.

¹⁷⁶ In proposito, R. NANIA, "Termine ragionevole" e autoapplicatività delle sentenze della Corte Costituzionale, in *Giur. Cost.*, 1977, I, pag. 864 e ss.

Ulteriore rilievo d'incostituzionalità è l'omessa previsione legislativa dell'obbligo di motivare il provvedimento di conferma. Motivazione che, implicitamente, il giudice delle leggi considera presidio di legalità dell'atto di conferma, sia quale limite intrinseco alla discrezionalità dell'autorità preposta, sia quale strumento di controllo, *ex post*, tanto ad opera del Parlamento, quanto della stessa Corte Costituzionale in sede di conflitto di attribuzione¹⁷⁷.

Un'attesa di quasi trent'anni, probabilmente, avrebbe meritato una risposta più energica e coraggiosa. Ma la "microstoria del segreto di Stato" subirà un'improvvisa accelerazione. Meno di cinque mesi¹⁷⁸ dopo l'intervento della Consulta viene approvato l'art. 15 della legge 24 ottobre 1977, che sostituirà *in toto* l'art. 352 c.p.p.

2.5 I successivi interventi normativi e la persistenza di profili di "criticità costituzionale" (dalla legge n. 81 del '77 al codice di procedura penale dell'89)

In pochi mesi, dunque, si consuma la svolta giurisprudenziale e legislativa in materia di segreto di Stato. La legge n. 81 del 24 ottobre 1977 si muove sui binari tracciati dalla Corte. Il legislatore inaugura una innovativa scelta di politica legislativa.

¹⁷⁷ Massima 8845/ 1977 relativa alla sentenza n. 86 del 1977 della Corte Costituzionale: "Il provvedimento che definitivamente decide sul mantenimento del segreto di Stato deve essere motivato, cioè contenere l'indicazione delle ragioni essenziali che stanno a fondamento della conferma del segreto, allo scopo non solo di consentire il controllo del giudice ma soprattutto di agevolare il sindacato politico del Parlamento (organo rappresentativo del popolo, cui appartiene quella sovranità che potrebbe essere intaccata, e che perciò può adottare le misure più idonee per garantire la sicurezza della comunità nazionale), nei confronti del quale l'Esecutivo è responsabile del proprio operato ai sensi degli artt. 94 e segg. della Costituzione. Pertanto, sono costituzionalmente illegittimi gli artt. 342 e 352 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevedono che il Presidente del Consiglio dei ministri debba fornire, entro un termine ragionevole, una risposta fondata sulle ragioni essenziali dell'eventuale conferma del segreto (restando, di conseguenza, caducato il procedimento previsto dal secondo periodo del terzo comma dell'art. 352)".

¹⁷⁸ Onestà intellettuale impone di far constare come il disegno di legge del governo, che della legge di riforma costituirà il punto di partenza, era stato presentato alla Camera dei Deputati ben prima degli interventi del giudice delle leggi di cui abbiamo dato conto e, precisamente, il 2 novembre 1976 (ddl n. 696) dell'allora Presidente del Consiglio dei Ministri, onorevole Andreotti.

La definizione sostanziale del segreto di Stato, valevole sia ai fini della legge penale che, conseguentemente, processuale è traslata al di fuori del codice penale. L'intento è evidentemente restrittivo e chiarificatore. E' l'art. 12 della legge in questione ad apportare una delle innovazioni più significative¹⁷⁹. Riunificato il concetto di segreto politico- militare nella definizione omnicomprensiva di segreto di Stato, delimitato con maggiore nettezza l'ambito di operatività dell'istituto¹⁸⁰, sebbene la terminologia utilizzata lasci, pur sempre, enormi spazi di discrezionalità ed estensibilità della nozione, il legislatore passa a riscrivere le norme processual- penalistiche¹⁸¹.

Il novellato art. 352 c.p.p., in cui viene isolata la disciplina testimoniale del segreto in questione, riprende le indicazioni della giurisprudenza costituzionale. Si prevede, *expressis verbis*, una procedura d'interpello, attivabile dall'autorità giudiziaria, laddove quest'ultima dubiti della fondatezza dell'opposizione effettuata in giudizio da soggetto abilitato. La snellezza procedurale, dovuta al nuovo ruolo, attribuito dalla Corte, di strumento di verifica della reale sussistenza del segreto, ai fini del processo *a quo*, si esalta nella soppressione di quel ruolo di intermediazione burocratica, precedentemente riconosciuto, al Procuratore generale presso la Corte d'Appello.

Il giudice dubbioso interpella direttamente il Presidente del Consiglio dei Ministri, organo competente a dire l'ultima parola sulla sussistenza del segreto. Il vertice

¹⁷⁹Art. 12, l. n. 801 del 1977, primo comma: "Sono coperti dal segreto di Stato gli atti, i documenti, le notizie, le attività e ogni altra cosa la cui diffusione sia idonea a recar danno alla integrità dello Stato democratico, anche in relazione ad accordi internazionali, alla difesa delle istituzioni poste dalla Costituzione a suo fondamento, al libero esercizio delle funzioni degli organi costituzionali, alla indipendenza dello Stato rispetto agli altri Stati e alle relazioni con essi, alla preparazione e alla difesa militare dello Stato". Necessaria una lettura in combinato disposto con il successivo art. 18: "Sino alla data di emanazione di una nuova legge organica relativa alla materia del segreto, le fattispecie previste e punite dal libro II, titolo I, capi primo e quinto del codice penale, concernenti il segreto politico interno internazionale, debbono essere riferite alla definizione di segreto di cui agli articoli 1 e 12 della presente legge".

¹⁸⁰Degno di nota è, altresì, il secondo comma dell'art. 12 in quanto, riprendendo, quasi testualmente, l'indicazione della Consulta, proclama, a tutte lettere che "in nessun caso possono essere oggetto di segreto di Stato fatti eversivi dell'ordine costituzionale".

¹⁸¹G. SCANDONE, *Riflessioni in tema di tutela processuale del segreto di Stato*, in *Riv. Pol.*, 1989, II, pag. 45 e ss.

dell'esecutivo è vincolato ad un termine tassativo e incalzante di sessanta giorni, trascorsi i quali, perde la possibilità di confermare il segreto. Lo snodo è centrale. La risposta negativa o la mancata conferma producono un triplice effetto giuridico. Il presidente perde il potere di confermare. Il teste perde il dovere d'astensione e, conseguentemente, si riespande pienamente il suo dovere testimoniale (con evidente assunzione di responsabilità penale ai sensi dell'art. 372 c.p. nel caso di ostinata reticenza). Il giudice può coartare il teste alla deposizione.

Nel caso contrario, ecco emergere una soluzione innovativa. Il teste è depositario di un segreto di Stato¹⁸² e adempie al proprio dovere di opporlo ad un istruttore troppo zelante. Il giudice dubita della fondatezza dell'opposizione e, interpellato l'esecutivo, viene prontamente rassicurato con un tempestivo atto di conferma. La fattispecie è strutturata come un divieto d'esame: la macchina istruttoria deve arrestarsi. Riemergono scenari con rilevanti profili di incostituzionalità. Ove la prova fosse liberatoria, esclusa dal corredo probatorio, in quanto non legittimamente acquisibile, l'imputato non potrebbe addurla e andrebbe condannato.

La prova è coperta dal segreto: anche qualora fosse liberatoria, non potrebbe essere acquisita, con buona pace del diritto di difesa. Trattasi di un punto non affrontato dalla Corte costituzionale, eppure fondamentale. Il legislatore ne coglie la portata liberticida e l'evidente incostituzionalità di una normativa che non vi ponesse rimedio. Siccome gli spettri di un passato remoto e avversato spesso riemergono, quali soluzioni innovative, nel presente, ecco riesumare l'antico *non liquet*

Il giudice che ritenesse esclusa una prova decisiva a dirimere la contesa, che agita il processo penale, tra assoluzione e condanna, deve rifuggire dalla domanda. L'azione penale è paralizzata dall'impossibilità del giudice di acquisire elementi probatori idonei a fornire una risposta. Pronuncerà sentenza (assolutoria) di "non doversi procedere per l'esistenza di un segreto di Stato". La singolare condizione di procedibilità dell'azione penale, emergente da una valutazione di merito del giudice,

¹⁸² Alla luce della disciplina introdotta dalla l. n. 801 del 1977 continuano ad affrontarsi due opposte tesi dottrinarie. Una parte, maggioritaria, degli autori continua a ritenere non tassativa l'elencazione dei soggetti tenuti all'opposizione, in ragione della natura oggettiva, in quanto afferente al *thema probandum*, del segreto in questione. In questo senso V. CAVALLARI, *Dal segreto politico- militare al segreto di Stato*, in *Giust. Pen.*, 1979, c.158 e ss. Nel senso della tassatività, invece, G. PAOLOZZI, *La tutela processuale*, cit., pag. 217

appare la formula magica capace di appianare ogni contrasto. La soluzione è interessante e resterà centrale nelle successive riforme normative. Il bilanciamento con il diritto di difesa sembra risolto una volta per tutte. Qualche perplessità è, tuttavia, legittima.

Il *non liquet* rimarrà un punto di criticità costituzionale della disciplina del segreto di Stato che, ancor oggi, si atteggia quale nodo irrisolto e, probabilmente, irresolubile¹⁸³. Se, infatti, edulcora la compressione del diritto dell'imputato a difendersi provando, con la prospettiva di un esito assolutorio, è pur vero che trattasi di una formula assolutoria monca. L'imputato ha diritto ad una assoluzione nel merito, laddove non vi siano elementi probatori tali da consentirne una affermazione di colpevolezza¹⁸⁴ "al di là di ogni ragionevole dubbio" (attuale art. 533 c.p.p.). L'assunto è punto di confluenza ed esplicazione obbligata di valori supremi dell'ordinamento come il diritto di difesa, la presunzione d'innocenza e la, conseguente, ripartizione dell'onere della prova nel processo penale. L'imputato sulla cui colpevolezza sussiste un ragionevole dubbio, è innocente e va assolto nel merito: *in dubio pro reo*.

L'imputato che non può addurre al processo una prova ritenuta decisiva dal giudice medesimo, non si troverebbe in una situazione consimile? Il quesito è fondamentale e vi ritorneremo. Tanto più che, pur ritenendo adeguatamente tutelati, per questa via, i diritti dell'imputato, ulteriori perplessità sarebbero lecite. In particolare il *non liquet* suona quasi *deni de justice* per le altre parti private e, in particolare, difficilmente compatibile con l'interesse all'assunzione di prove di contenuto accusatorio.

La questione, ancor oggi, si presenta nei medesimi termini. Affronteremo, alla luce della normativa vigente, e più approfonditamente, questi temi, assieme alla questione, su cui occorre interrogarsi, circa la compatibilità del *non liquet* con il principio del *ne bis in idem* cd. sostanziale (art. 649 c.p.p. vigente), che, certamente, presenta profili di rilevanza costituzionale e sembra messo in discussione dalla prospettata improcedibilità.

¹⁸³ V. GREVI, *Segreto di Stato e processo penale*, in *Il segreto nella realtà giuridica italiana*, cit., pag. 245; F. M. GRIFANTINI, *Segreto di Stato e divieto probatorio nel codice di procedura penale 1988*, in *La Giust. Pen.*, 1989, III, pag. 530.

¹⁸⁴ G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, 1979, pag. 87.

La legge di riforma si muove nella direzione tracciata dalla Corte Costituzionale, dicevamo.

Un punto di grave asimmetria con gli insegnamenti di quest'ultima è, però, evidente. Nessun cenno nell'art. 352 c.p.p. riformato all'obbligo di motivazione del provvedimento di conferma. La circostanza appare singolare, a fronte di una declaratoria d'illegittimità costituzionale per omessa previsione, datata pochi mesi addietro.

L'omissione, comunque in *fumus* d'incostituzionalità¹⁸⁵, non rappresenta un *lapsus* del legislatore, bensì una scelta consapevole. L'obbligo motivazionale è funzionale al controllo politico sul segreto. Giammai questo potrebbe essere esercitato dal giudice *a quo*. Ergo, una motivazione è prevista dall'art. 16, ma solo congiuntamente all'informativa cui il Governo è tenuto alle Camere. E' solo l'organo parlamentare il destinatario di un provvedimento motivato, in quanto abilitato ad esprimere un sindacato politico. Il giudice penale, invece, deve fidarsi.

Un ultimo aspetto merita di essere sottolineato.

La novella del '77, nella riformulazione complessiva dell'art. 352 c.p.p., compie un'altra scelta di grande importanza e di netta cesura col precedente regime. La tutela del segreto di Stato risulta circoscritta, come detto, da un lato dalla nuova nozione sostanziale adottata, ma dall'altro dalla precisa scelta della legge processuale di escludere dalla propria orbita le cd. "notizie riservate".

Il passo è importante. La penetrante tutela nel processo riguarderà, d'ora in poi, soltanto il segreto di Stato propriamente detto. Le "notizie di cui l'Autorità competente ha vietato la divulgazione" (art. 256 c.p.), se continueranno a rilevare quali elementi delle fattispecie penali, non godranno, in sede processuale, di alcuno *status* privilegiato. Nessuna elisione del dovere testimoniale, dunque, è accordata ai

¹⁸⁵ Ritengono percorribile la strada di una interpretazione, costituzionalmente orientata, volta ad estendere l'obbligo di motivazione all'atto di conferma governativo rivolto all'autorità giudiziaria interpellante, V. CAVALLARI, *Dal segreto politico- militare al segreto di Stato*, in *Segreto di Stato e processo penale* (atti del convegno), 1979, pag.40; L. VIOLANTE, *Segreti e prova penale* (atti del convegno), 1979, pag. 133. Nel senso che la prassi governativa di motivare il provvedimento in questione potrebbe evitare una eventuale, futura nuova declaratoria d'incostituzionalità, M. T. STURLA, *Segreto di Stato e motivazione del provvedimento di conferma e controllo giurisdizionale*, in *Studi parmensi*, Giuffrè, 1979, pag. 335.

titolari di tali notizie. Il loro dovere, penalmente sanzionato, di non divulgazione, ancora una volta, si arresta alle soglie del processo.

Sul piano dei principi costituzionali i passi avanti sono numerosi, il superamento della disciplina originaria del codice Rocco è intrapresa, ma il cammino verso un ripensamento complessivo e profondo di quell'archetipo è ancora lontano. Come la dottrina migliore non manca di sottolineare "l'antico squilibrio fra organi dell'esecutivo ed organi della magistratura è stato ribadito escludendo questi ultimi da qualunque possibilità di controllo, diretto o mediato, sui provvedimenti del Presidente del Consiglio dichiarativi dell'esistenza del segreto"¹⁸⁶. Il punto resterà cruciale. L'idea dominante è ancora una volta quella di un mero sindacato "politico" sul segreto affidato alla dialettica esecutivo- Parlamento.

Il quadro legislativo complessivo, che ritrae l'intreccio, il bilanciamento e la composizione dei valori costituzionali, è tracciato e tenderà a stabilizzarsi. Al repentino scatto di reni della giurisprudenza e del legislatore del 1977, segue un arenamento della riflessione su tali questioni. Benché le innovazioni normative, in particolare, la redazione del nuovo codice di rito, siano imminenti, l'architettura complessiva della materia appare un dato acquisito una volta per tutte¹⁸⁷. Nonostante le voci critiche di parte della dottrina, il nuovo art. 202 c.p.p. del 1989, riprodurrà, sotto il profilo della composizione dei principi costituzionali chiamati in causa, lo schema del '77. L'affinamento della norma processuale corrisponde alla medesima concezione di fondo, basata sull'esautoramento del potere giudiziario da ogni forma di sindacato sul segreto nonché sulla devoluzione di tale controllo al meccanismo fiduciario della responsabilità politica. I termini della questione sono i medesimi, e non vi ritorneremo.

L'art. 204 c.p.p., espressamente, contiene una clausola di esclusione della norme sui segreti (la clausola riguarda i segreti di Stato, d'ufficio e di polizia, non il segreto professionale) laddove avessero ad oggetto "fatti, notizie o documenti concernenti reati diretti all'eversione dell'ordinamento costituzionale". La norma,

¹⁸⁶ V. GREVI, *Segreto di Stato e processo penale*, cit., pag. 87.

¹⁸⁷ Emblematica, a questo proposito la direttiva numero 70 della legge delega per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale (l. 16 febbraio 1987, n. 81), che, stancamente, si limita a ripetere per sommi capi i recenti approdi legislativi.

opportunamente introdotta, cristallizza un già pacifico approdo della giurisprudenza costituzionale nonché del legislatore precedente.

L'unica vera novità è altrove.

Il nuovo art. 202 c.p.p. compie una rottura con la tradizionale configurazione processuale del segreto di Stato. Assistiamo ad una metamorfosi: da limite probatorio oggettivo, in quanto attinente al *thema probandum*, suscettibile di estensione al di là della cerchia di soggetti specificamente enumerati nella norma, a limite probatorio di tipo relativo e soggettivo. La scomparsa, probabilmente inconsapevole, del divieto d'esame, riporta il segreto di Stato nell'alveo della struttura comune agli altri segreti processualmente rilevanti¹⁸⁸.

Ne deriva, certamente, un restringimento sostanzioso del perimetro di tutela processuale del segreto di Stato. La traslazione, avvenuta in questa fase, dell'oggetto del segreto dal *thema probandum* al mezzo di prova, svolge un ruolo decisivo ai fini dell'analisi, sotto una prospettiva costituzionale, della disciplina in esame. La madre di tutte le questioni, qui costantemente individuata nell'effetto ostativo all'esercizio della funzione giurisdizionale da parte di un atto della pubblica autorità, assume contorni, ugualmente critici, ma quantitativamente differenti alla luce di tale innovazione. In questo contesto, infatti, è l'ambito di operatività di tale effetto paralizzante a risultare notevolmente ridimensionato.

Logico che un tale mutamento abbia riflessi sul piano costituzionale. Se infatti l'esistenza di una barriera alla "missione" cognitiva dell'accertamento penale, all'esercizio della funzione giurisdizionale, alla concreta attuazione dei principi di obbligatorietà- irretrattabilità dell'azione penale, nella disponibilità dell'autorità governativa risulta, di per sé costituzionalmente problematica, il ridimensionarsi di tale barriera, in quanto attinente non più al fatto oggetto di prova, bensì al singolo mezzo di prova, muta la prospettiva. Evidente che una svolta siffatta, riconduce la *querelle* circa l'assetto del bilanciamento tra i poteri summenzionati ad una contesa dai toni meno accesi e ad uno scenario maggiormente conforme all'equilibrio tra poteri autonomi e indipendenti immaginato dalla Costituzione. L'argine elevabile dal

¹⁸⁸ F. CORDERO, *Procedura Penale*, Giuffrè, ottava edizione 2006, pag. 697; N. TRIGGIANI, *sub art. 202*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA- ARDAPANGHER, Ipsoa, III edizione 2007, pag. 1492.

potere governativo cessa così di apparire quale una sorta di diritto di veto indiscriminato sull'esercizio della funzione giurisdizionale. I profili di criticità costituzionale restano sul tappeto e, tuttavia, non può non tenersi conto che la metamorfosi avvenuta, riduce, senz'altro, il grado di tensione cui l'ordito costituzionale risulta necessariamente sottoposto. La novità, sebbene smentita da parte della dottrina ostinatamente legata ad una interpretazione oggettiva del segreto¹⁸⁹, si appalesa, dunque, degna di nota e, non può che accogliersi con favore. Saranno queste considerazioni, a farci propendere per una interpretazione costituzionalmente orientata delle norme attualmente vigenti e, conseguentemente, a condurci a prediligere, in uno stato di oggettivo dissesto del testo positivo, l'opzione che conduce alla più circoscritta delimitazione possibile della sfera di operatività del segreto in questione. Se, infatti, la disciplina processuale del segreto di Stato rappresenta una deroga all'equilibrio costituzionale tra i poteri dello Stato, eccezionalmente legittimando l'imposizione di un limite probatorio alla funzione giurisdizionale ad opera di un atto dell'autorità esecutiva, una *extrema ratio*, dovuta a stringenti esigenze legate alla *salus reipublicae*, l'interprete non può che ritenersi legato ad un principio restrittivo della portata applicativa di tali norme.

2.6 L'attuale disciplina normativa del segreto: la legge 3 agosto 2007, n. 124

Dopo un immobilismo legislativo durato quasi mezzo secolo (dal 1930 al 1977), non scalfito dall'avvento della Costituzione repubblicana, e venuto a spezzarsi a seguito dell'intervento della giudice delle leggi, la disciplina processuale del segreto di Stato non sembra trovare una stabilizzazione positiva.

Nell'arco dei successivi trent'anni (dal '77 al 2007) assistiamo a ben quattro interventi giurisprudenziali e legislativi che ne alterano l'assetto. L'attuale formulazione dell'art. 202 c.p.p., nonché, più in generale, il testo legislativo di riferimento della disciplina, oggi vigente, sono contenuti nella recente legge n. 124 del 3 agosto 2007. Efficacemente rubricata "Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto", assorbe, al suo interno, un

¹⁸⁹ F.M. GRIFANTINI, *Il segreto difensivo nel processo penale*, Giappichelli, 2001, pag. 27 e ss.

complesso di disposizioni di varia natura e oggetto. L'intento "bipartisan" dei legislatori era quello di compendiare in un testo unitario una riforma complessiva dei servizi per l'informazione e la sicurezza della Repubblica, un nuovo e bilanciato assetto del sistema istituzionale di controllo e indirizzo dell'attività di quest'ultimi, nonché una definitiva cristallizzazione della disciplina del segreto.

L'impressione è quella di un legislatore dal fiato corto. La magmaticità delle vicende politico- giudiziarie interne, la situazione internazionale, che vede riemergere il fenomeno terroristico in forme di inaudita violenza, nonché l'impressione, acuita da una serie di *scoop* giornalistici, che il sistema normativo concernente i servizi di sicurezza dello Stato non andasse esente da ripetute deviazioni istituzionali, imponevano una risposta legislativa.

La riflessione del legislatore appare spezzata, superficiale, condizionata dalle vicende giudiziarie in corso. Il percorso si appalesa incompiuto, nessuna scelta chiara e definitiva emerge dalle disposizioni esaminate. La logica di fondo si avvicina di più all'avvelenamento dei pozzi che ad una consapevole scelta politica e legislativa, cui segua una adeguata e coerente modulazione tecnica della disciplina. L'esito è, come già accennato sul finire del precedente capitolo, il dissesto normativo.

La riforma si muove in sostanziale continuità con i precedenti approdi. Il segreto ha una nozione sostanziale¹⁹⁰, che viene riveduta, ristretta e precisata¹⁹¹, mentre si mantiene la sua collocazione di fuori del codice penale. Sul piano più strettamente processuale, ben tre sono gli articoli di nuova introduzione (artt. 256- *bis* e *ter*, 270- *bis* c.p.p.) in materia di sequestro e intercettazioni telefoniche. Di tali norme si darà conto approfonditamente in seguito.

Per quanto riguarda, invece, l'art. 202 c.p.p., vera norma di riferimento, attorno alla quale ruota e si costruisce il sistema normativo del segreto di Stato, l'innovazione, *ictu oculi*, non appare decisiva.

¹⁹⁰ Legge 3 agosto 2007, n. 124, art. 39, comma primo: "Sono coperti dal segreto di Stato gli atti, i documenti, le notizie, le attività e ogni altra cosa la cui diffusione sia idonea a recare danno all'integrità della Repubblica, anche in relazione ad accordi internazionali, alla difesa delle istituzioni poste dalla Costituzione a suo fondamento, all'indipendenza dello Stato rispetto agli altri Stati e alle relazioni con essi, alla preparazione e alla difesa militare dello Stato".

¹⁹¹ C. MOSCA, G. SCANDONE, S. GAMBACURTA, M. VALENTINI, *I servizi di informazione e il segreto di Stato (legge 3 agosto 2007, n.124)*, Giuffrè, 2008, pag. 495 e ss.

Ridotto a trenta giorni il termine perentorio per la conferma presidenziale. Quattro i commi di nuova introduzione che, tuttavia, si limitano a prevedere testualmente quanto ormai pacificamente acquisito nella prassi applicativa e nella giurisprudenza costituzionale. La Consulta emerge testualmente quale giudice di suprema istanza del segreto, il conflitto di attribuzione tra poteri il modello procedimentale per attivarne il sindacato. Ciò che balza agli occhi è soltanto l'espressa previsione dell'ottavo comma secondo cui "in nessun caso il segreto di Stato è opponibile alla Corte costituzionale". La previsione è importante perché blinda, a tutte lettere, quanto già desumibile dal sistema complessivo. L'innovazione non è di poco conto, data la viscosità di un tema le cui valutazioni troppo spesso risultano condizionate dalle contingenze storiche in cui vengono in rilievo nonché dalla delicatezza politica delle vicende che lo riguardano¹⁹².

Ulteriore perfezionamento della disciplina è la previsione testuale dell'obbligo di motivazione, da parte del Presidente del Consiglio dei ministri, dell'atto di conferma del segreto di Stato. L'estensione dell'obbligo di motivazione anche nei confronti dell'atto rivolto all'autorità giudiziaria, peraltro già invalsa nella prassi e predicata da tempo dalla Corte costituzionale, entra così in un tessuto normativo tradizionalmente refrattario. L'innovazione è, ancora una volta, limitata nei contenuti, ma senz'altro formalmente importante. La disposizione non sembra, insomma, apportare alcuna rivoluzione.

Tuttavia, dietro al tenore letterale del "nuovo" art. 202 c.p.p. non poche incertezze interpretative si celano. Il nodo gordiano è sempre il medesimo. I commi dell'articolo in questione scontano un equivoco fondamentale e dirimente. Come già rilevato, centrale resta la questione circa la natura relativa e soggettiva del segreto o piuttosto il suo assurgere a divieto probatorio oggettivo e assoluto. L'imprecisione terminologica, il continuo mutamento linguistico non consentono soluzioni definitive. L'impressione è quella di un insidioso e surrettizio assalto al castello da parte dei redattori. L'introduzione di una terminologia incerta, l'apertura di varchi ad una interpretazione in puro stile *Ancient Régime*, non appaiono frutto di trasparenti

¹⁹² In proposito e, più in generale sul ruolo della Corte Costituzionale a seguito della riforma, G. SALVI, *Alla Consulta il ruolo di ultimo garante*, in *Guida al diritto*, Il sole 24 ore, 2007, numero 40, pag. 84- 85.

scelte politiche, seguite da coerenti applicazioni tecnico- legislative, bensì furbeschi strumenti di scasso del forziere del potere. L'assalto al castello, sotterraneo, ruvido e confusionario, probabilmente, riuscirà nei fatti. La giurisprudenza costituzionale recente¹⁹³, pur senza mai dichiarare apertamente la scelta di un'opzione interpretativa siffatta, sembra piegarsi all'idea di un'indiscriminata disponibilità governativa dello strumento e di una declinazione dello stesso quale limite oggettivo, assoluto, insindacabile ai poteri istruttori del giudice penale. Ciò tuttavia non sposta la questione dogmatica: il tentativo legislativo appare incompiuto agli occhi di un interprete laico.

Dal testo dell'art. 202 c.p.p. non può desumersi, in base ad una interpretazione costituzionalmente orientata, la "rivoluzione copernicana" che vi intravedono in molti¹⁹⁴, la quale, anche a nostro giudizio sarebbe stata "possibile solo attraverso l'integrale rivisitazione del sistema"¹⁹⁵. Bisognerebbe, invece ritenere che l'attuale formulazione codicistica conservi un limite probatorio soggettivo relativo, non contemplando alcun divieto d'esame, alcun limite probatorio all'attività cognitiva dell'istruzione, ma soltanto un'elisione facoltativa dell'obbligo testimoniale, liberamente esercitabile da un soggetto penalmente esposto¹⁹⁶. Presupponendo ciò, la conseguente valutazione del novellato art. 202 c.p.p. non potrebbe che essere in sostanziale continuità con la versione dell'89, risultando l'impianto di fondo, del tutto simile¹⁹⁷.

Unico mutamento di rilievo, in questo, pur discutibile, quadro, sarebbe la configurabilità di un divieto d'esame solo a seguito dell'avvenuta conferma del segreto da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri, su interpello dell'autorità precedente. Se, infatti, il quinto comma vigente sancisce, *expressis verbis*, un divieto

¹⁹³ Si fa riferimento alla, già citata, sentenza Corte Cost. n. 106 dell'11 marzo 2009, sulla quale torneremo in seguito nell'analisi di alcune specifiche questioni.

¹⁹⁴ *Ex pluribus* G. SALVI, *Pubblici ufficiali vincolati all'astensione*, in *Guida al diritto*, cit., pag. 79 e ss.

¹⁹⁵ C. BONZANO, *Commento alla l. 3 agosto 2007*, in *Diritto penale e processo*, vol. I, anno 2008, pag. 34.

¹⁹⁶ C. BONZANO, cit., pag. 31.

¹⁹⁷ La questione circa l'oggetto e la natura dei limiti probatori deducibili dal "nuovo" art. 202 c.p.p. verrà organicamente affrontata nel prossimo paragrafo.

probatorio di cui è destinatario il giudice, la versione dell'89 non prevedeva nulla di tutto ciò, lasciando acquisibile la testimonianza, spontaneamente prestata beninteso, anche a segreto inizialmente opposto e confermato¹⁹⁸. L'innovazione ha una sua logica: il teste, depositario di obblighi giuridici dicotomici ha lo strumento per uscire dall'*impasse*, potendo astenersi dal deporre. Se compie la scelta di esercitare tale facoltà, alla conferma presidenziale segue la predisposizione espressa di una regola d'esclusione probatoria: anche la testimonianza spontanea diviene inacquisibile, vietata. Ove il giudice vi procedesse, scatterebbe la sanzione di inutilizzabilità della prova (art. 191 c.p.p.). Il divieto probatorio oggi esiste: è rintracciabile nel suddetto quinto comma. *Ante* 2007 nessun divieto di legge processuale avrebbe potuto determinare il medesimo effetto rispetto alla deposizione del teste che prima avesse opposto il segreto, ritualmente confermato, e poi avesse deciso *sua sponte* di deporre. Fino alla recente novella vi era pieno spazio per crisi mistiche e verità tardive, oggi non più.

Ulteriore novità degna di menzione, e “costituzionalmente sensibile”, è l'allargamento della cerchia dei delitti che, *ex art.* 204 c.p.p., escludono l'opponibilità del segreto in questione¹⁹⁹.

Il legislatore ordinario mostra di voler approfondire e rimodulare il bilanciamento tra valori costituzionali sotteso alla disciplina. Se, su precisa indicazione della Consulta, l'esclusione dell'opponibilità del segreto in procedimenti concernenti fatti eversivi dell'ordine costituzionale, risultava costituzionalmente necessitata, l'estensione di tale clausola a reati diversi discende da una nuova sensibilità dell'ordinamento rispetto a fatti di gravissimo allarme sociale. Anche in questo caso sembra che un ruolo fondamentale lo abbia svolto la cronaca giudiziaria del Paese. Tuttavia, non secondari appaiono i dubbi in merito alla ragionevolezza della selezione di fattispecie criminose operate dal legislatore. Alla delicatezza del tema va ad aggiungersi il

¹⁹⁸ F. CORDERO, *Procedura*, cit., pag. 698.

¹⁹⁹ In particolare l'art. 204 c.p.p., come modificato dall'art. 40, comma secondo e terzo, l. n. 124 del 2007, assomma ai delitti diretti all'eversione dell'ordinamento costituzionale, anche quelli “previsti dagli artt. 285, 416- *bis*, 416- *ter* e 422 del codice penale”.

dibattito, dagli importanti risvolti pratici, intorno alla nozione di “ordine costituzionale”²⁰⁰.

Rinviando al seguito della trattazione per l’approfondimento delle singole norme processuali, in questa sede, è necessario mantenere uno sguardo d’assieme. L’impostazione di fondo della norma vigente sconta una continuità con il passato, che non può non condurre a ribadire i tradizionali profili di criticità costituzionale, già additati.

Il segreto di Stato resta una barriera all’accertamento giudiziale disponibile dalla massima autorità governativa e, allo stato dell’evoluzione giurisprudenziale, insindacabile da parte dell’autorità giurisdizionale procedente.

Unico strumento di tutela delle proprie prerogative, resta il sollevamento del conflitto di attribuzione tra poteri dello stato di fronte al giudice delle leggi. Lo strumento è decisivo ma la sua efficacia molto limitata. Il *thema decidendum* riguarda un’*actio finium regundorum* alla luce delle norme costituzionali tra i poteri, il segreto di Stato, è oggetto di cognizione incidentale.

La stessa Corte applicherà un rigoroso *self-restraint* ritenendo di dover, in quella sede, limitarsi a “valutare la sussistenza o insussistenza dei presupposti del segreto... non già ad esprimere una valutazione di merito e sul concreto atteggiarsi della sequenza rappresentata dall’apposizione/ opposizione/ conferma del segreto stesso”²⁰¹: è la seconda affermazione a suonare pilatesca e di ardua intelligibilità. Ne risulta una potenziale compressione del potere giurisdizionale, dall’eco sinistra e di difficile compatibilità con i principi dello Stato di diritto. L’insindacabilità giurisdizionale dei poteri governativi in merito, ad avviso della stessa Consulta, risulterebbe soppiantata da un sindacato politico di tipo parlamentare: questo sarebbe sufficiente a sanare il *vulnus* apportato ai principi costituzionali che informano l’esercizio della funzione giurisdizionale.

²⁰⁰ Su tale questione, che sarà comunque ripresa in seguito, in particolare, A. PACE, *L’apposizione del segreto di Stato nei principi costituzionali e nella legge n. 124 del 2007*, reperibile sul sito www.costituzionalisti.it.

²⁰¹ Sentenza Corte Cost. n. 106 dell’ 11 marzo 2009.

Anche a voler prescindere dalla questione circa l'effettiva qualificazione dell'atto di conferma quale "atto politico", su cui molti dubbi sono leciti²⁰², è necessario interrogarsi sulla reale efficacia del controllo esercitabile in sede parlamentare.

Molte le perplessità che vengono alla mente. Autorevoli le voci critiche verso la semplicistica soluzione recepita dalla Corte di sciogliere la questione nell'ambito della responsabilità politica²⁰³.

In particolare, lo schema immaginato dal legislatore, e perfezionato dalla legge in esame, prevede la costituzione di un Comitato parlamentare permanente di controllo sulle attività dei servizi di informazione per la sicurezza della Repubblica, sull'attività governativa indirizzata al loro coordinamento, nonché sulle determinazioni presidenziali in materia di segreto di Stato²⁰⁴. Il "Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica" (art. 30), rappresenta uno snodo fondamentale ai fini dell'attivazione e dell'effettività dell'esercizio di un controllo sull'utilizzo del segreto in questione.

Omettendo una disamina puntuale sulle molteplici attività del Comitato, per ciò che concerne l'esercizio del potere appositivo- confermativo, l'art. 40 (quinto comma)

²⁰² Le voci critiche in proposito sono numerose: per tutti G. PAOLOZZI, *La tutela processuale*, cit., pag. 1782. *Contra* F. MASTROPAOLO, *La disciplina dei segreti di Stato e d'ufficio e i suoi riflessi nel processo e nell'inchiesta parlamentare*, in *Riv. It. Sc. Giur.*, 1971, pag. 245; P. RODRIGUEZ, *Sicurezza dello Stato e pubblici segreti nella prospettiva dei rapporti fra poteri*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1977, pag. 88

²⁰³ F. PIZZETTI, *Principi costituzionali e segreto di Stato*, cit., pag. 107.

²⁰⁴ Il comitato di controllo, organo già previsto nella legislazione anteriore, viene completamente ristrutturato, nell'ottica di un accrescimento dei suoi poteri di controllo e delle sue garanzie di imparzialità e indipendenza. Alla luce della vigente disciplina, il cd. COPASIR rappresenta un organo bicamerale, costituito da dieci membri, cinque deputati e cinque senatori nominati, di concerto, dai Presidenti delle Camere entro venti giorni dall'inizio di ogni legislatura. La composizione "politica" è solo tendenzialmente proporzionale alla rappresentanza parlamentare, in quanto si prescrive una rappresentanza "paritaria", all'interno del Comitato, tra componenti provenienti da gruppi di maggioranza e opposizione. Un'ulteriore profilo innovativo, di innegabile utilità ai fini di un più efficace esercizio delle funzioni di controllo ad esso attribuite dalla legge, è la previsione secondo la quale la presidenza del Comitato debba essere affidata ad un esponente della minoranza, attraverso elezione interna ai membri dello stesso, a maggioranza assoluta. Su tali aspetti, si veda S. MEZZACAPO, *Presidenza del Copaco all'opposizione*, in *Guida al diritto*, Il sole 24 ore, 2007, numero 40, pag. 68.

della legge di riforma specifica che “di ogni caso di conferma” del segreto opposto in un giudizio penale, il Presidente del Consiglio “è tenuto a dare comunicazione, indicandone le ragioni essenziali, al Comitato parlamentare”. L’organo a questo punto opera come un filtro delle questioni da sottoporre alle Camere²⁰⁵, unica sede in cui può essere fatta valere la responsabilità politica del governo, fino alle sue estreme conseguenze. Il comitato, “se ritiene infondata l’opposizione del segreto”, infatti, “ne riferisce alle Camere per le conseguenti valutazioni”.

Uno snellimento procedurale, che va indubbiamente nel senso dell’accrescimento dei poteri di controllo dell’organo parlamentare, è contenuto nella recente riforma: il *quorum* deliberativo diventa la maggioranza semplice e non più, come nella legge n. 801 del 1977, la maggioranza assoluta dei suoi componenti.

Occorre a questo punto chiedersi se un sistema siffatto offra garanzie circa l’effettivo espletamento di un controllo sui poteri del governo in materia e se possa costituire un presidio per l’equilibrio dei poteri dello Stato prevenendo, in particolare, impropri ed abusivi tentativi di ridimensionamento del libero esercizio della funzione giurisdizionale.

La risposta è certamente negativa. Che una tale forma di sindacato politico sia fallimentare, lo dimostra la pressoché totale assenza nella storia parlamentare italiana

²⁰⁵F. PIZZETTI, *Principi*, cit., pag. 107. L’autore ha, inoltre, indagato il ruolo di intermediazione Governo- Parlamento svolto dal Comitato, giungendo a dubitare della legittimità costituzionale delle norme che ne disciplinano ruolo e finzioni laddove si potessero intendersi “nel senso che nessuna valutazione politica sull’operato del Governo in ordine alla dichiarazione di segreto di Stato possa essere data da una o da entrambe le Camere anche indipendentemente da una votazione in tal senso del Comitato”.

La preoccupazione è fondata. Ove si ritenesse il Comitato filtro imprescindibile della cognizione delle Camere delle questioni concernenti il segreto, ne risulterebbe preclusa l’“autonomia attribuita a ciascuna Camera dalla Costituzione”. Il dubbio di legittimità è tuttavia superabile attraverso una interpretazione che, pur riconoscendo nella fisiologia dei rapporti Governo- Parlamento, che una questione circa l’infondatezza della conferma del segreto, pervenga all’attenzione delle Camere per il tramite del COPASIR, non precluda una autonoma e incondizionata cognizione parlamentare che prescindenda da un formale deferimento ad opera dello stesso Comitato. L’attivazione della responsabilità politica potrebbe cioè seguire canali diversi da quelli istituzionalmente preposti al controllo sull’attività del Governo. Sul punto anche S. TOSI, *Diritto parlamentare*, Giuffrè, 1974, pag. 25 e ss.; A. MANZELLA, *Il Parlamento*, Il mulino, 1997.

di un deferimento alle Camere di una questione intorno all'infondatezza della conferma del segreto. Un controllo efficace e puntiglioso presuppone l'indipendenza dell'organo che lo esercita. L'attivazione del circuito della responsabilità politica, per il tramite del Comitato, nonché l'effettivo esercizio delle prerogative parlamentari, fino all'ipotesi estrema della mozione di sfiducia, presupporrebbero che il vertice dell'esecutivo non godesse di una solida base parlamentare.

Non basta. Ulteriore, insormontabile, ostacolo all'identificazione di un sindacato di qualche peso sull'attività del governo, risiede nei presupposti conoscitivi sulla base dei quali tanto il comitato, quanto le stesse Camere, possono esercitare le proprie funzioni di vigilanza e sanzione dei comportamenti scorretti. Persino banale rilevare come il controllo su un'attività discrezionale presupponga la conoscenza dei fatti, delle condizioni storico- materiali di contesto, nonché delle modalità procedurali concrete con cui tale attività si è svolta. Ingenuo ritenere affidabile ed efficace un'attività di controllo effettuata da un organo la cui fonte informativa esclusiva risieda nel soggetto controllato. Eppure è ciò che accade nel nostro caso. Le valutazioni del Comitato si basano, *in primis*, sulle "ragioni essenziali" che motivano l'atto di conferma del segreto, cioè su un flusso informativo generato dal soggetto controllato. L'ovvietà delle obiezioni suesposte è alla base della scelta di dotare, con la riforma, il Comitato di più penetranti e "autonomi" poteri informativi e di inchiesta²⁰⁶.

Il risultato, nel complesso, è deludente²⁰⁷. L'art. 31 della l. n. 124 del 2007, prevede certamente maggiori poteri ma non consente, di fatto, al Comitato di superare un'eventuale opposizione presidenziale del segreto al comitato stesso. Prevista, infatti, l'impossibilità di opporre il segreto, o la particolare esigenza di riservatezza di cui al comma ottavo, all'organo parlamentare ma solo in relazione ai casi di cui all'art. 204 c.p.p o laddove siano state disposte "con voto unanime" del comitato "indagini sulla rispondenza dei comportamenti di appartenenti dei servizi di

²⁰⁶ Per un'analisi puntuale dei poteri investigativi e informativi del cd. COPASIR, si rinvia a C. MOSCA, G. SCANDONE, S. GAMBACURTA, M. VALENTINI, cit., pag. 376 e ss.

²⁰⁷ Di segno contrario l'opinione di G. SALVI, *Il controllo parlamentare*, in *Guida al diritto*, cit., pag. 85, secondo il quale, i poteri introdotti con la riforma possono rendere "il Comitato un temibile controllore" del governo, salvo poi precisare che ciò è possibile soltanto "se ve n'è la volontà politica".

informazione per la sicurezza ai compiti istituzionali previsti dalla legge”. In ogni caso nessun reale potere consente all’organo parlamentare di superare una condotta non collaborativa del governo, salvo riferirne alle Camere.

Il circuito della responsabilità politica, seppur in linea puramente teorica, può condurre ad una crisi parlamentare di fiducia e, conseguentemente, alla caduta stessa del governo che incongruamente, si ritiene, abbia esercitato le proprie prerogative in tema di segreto. Ciò che più conta, tuttavia, è constatare che tale, pur estrema, sanzione parlamentare alcuna efficacia avrà sulla legittimità ed efficacia del segreto abusivamente opposto. La responsabilità politica si esaurisce nel rapporto fiduciario tra le Camere ed il Governo. Nessun effetto giuridico intaccherà la coltre di segretezza calata sul processo. In nessun caso, infatti, il deferimento della questione alle Camere, né la sfiducia parlamentare, potranno avere un effetto di revoca dell’atto presidenziale di conferma. Lapalissiana, a questo punto, l’inadeguatezza del controllo parlamentare²⁰⁸. Come può, alla luce della totale estraneità del sindacato parlamentare alle dinamiche del processo *a quo*, data l’impossibilità che l’esito di tale sindacato possa avere qualsiasi incidenza su di esso (in chiave “ripristinatoria” dei poteri istruttori menomati) ritenersi l’autonomo e l’indipendente esercizio della funzione giurisdizionale sufficientemente tutelato?

Manifesta la pulsione dei giudici di Palazzo della consulta di ricercare nel sindacato politico- parlamentare una scorciatoia in grado di disinnescare il corto circuito giuridico- costituzionale e l’intreccio di questioni, ad elevatissimo tasso di politicità, che innervano la disciplina del segreto di Stato. La questione centrale attiene sempre alla compatibilità costituzionale di uno sbarramento all’esercizio della funzione giurisdizionale, di un *vulnus* al principio di obbligatorietà- irretrattabilità dell’azione penale, di una compressione della “vocazione cognitiva” del processo penale, operati con atto insindacabile dell’autorità governativa. La soluzione prospettata è certamente la più agevole e sbrigativa, ma non può ritenersi soddisfacente. I profili di criticità costituzionale, su cui ci siamo fino ad ora interrogati, e che attengono più

²⁰⁸ Nello stesso senso L. FIORAVANTI, *Il segreto di Stato nel nuovo codice di procedura penale*, in *Politica del diritto*, n. 2, giugno 1989, pag. 654 e ss; F. CLEMENTI- EMENUSCI, *Il segreto di Stato. Dal caso Sifar alla “giustizia negata” di Ustica e Bologna. Profili giuridici e prospettive di riforma*, editori riuniti, 1990, pag. 65.

alla necessità di prevedere un controllo di legittimità in concreto sull'apposizione-conferma del segreto, nonché su quella di restringerne effettivamente l'ambito applicativo ad *extrema ratio*, più che sulla sua potenzialità ostativa all'accertamento in sé, non sembrano, insomma, fuggati.

Un'ultima notazione si impone.

La legge n. 124 del 2007 introduce un principio sconosciuto alla tutela penale, sostanziale e processuale, del segreto di Stato: la temporaneità della sua opposizione. Il principio, previsto all'art. 39, ha una portata rivoluzionaria, riconoscendo, in via generale, la necessità che lo sbarramento, tanto all'esercizio della funzione giurisdizionale, quanto alla conoscibilità in genere degli atti della pubblica autorità, debba avere una durata cronologicamente determinata per legge²⁰⁹.

Quindici anni la durata massima di efficacia dell'atto con cui il segreto è fatto valere in prima battuta. La decorrenza è di facile identificazione: alternativamente, l'atto di apposizione *ex ante* o l'atto di conferma presidenziale di un segreto opposto nel corso di un procedimento penale. Possibili una o più proroghe del vincolo, fino ad un limite massimo complessivo di trent'anni. Si prevede inoltre uno schema procedurale assolutamente lineare. Scaduti i termini (predeterminati nell'atto o legislativi) "chiunque vi abbia interesse può richiedere al Presidente di accedere alle informazioni, ai documenti...". Il capo dell'Esecutivo risponde entro trenta giorni, ma il termine è meramente ordinatorio, consentendo l'accesso a quanto coperto dallo schermo del segreto o negandolo attraverso un atto di proroga dello stesso.

Dal dato letterale deve dedursi che la caducazione degli effetti dell'atto appositivo-confermativo per decorso di tali termini sia automatica e non dipendente da uno

²⁰⁹ C. MOSCA, G. SCANDONE, S. GAMBACURTA, M. VALENTINI, cit., pag. 541 e ss.; E. BIANCO, *Così è cambiata l'intelligence italiana. Approvata in Parlamento la Riforma dei Servizi*, in *Gnosis*, 2007, n. 3, reperibile in www.sisde.it. L'introduzione di un limite temporale all'apposizione del segreto era stata, d'altra parte, auspicata da più parti: V. CAIANELLO, *Segreto e democrazia. Prolusione all'apertura dell'anno accademico 1995- 96 della scuola di addestramento del SISDE*. Roma, 27 novembre 1995, in *Per aspera veritatem*, 1996, n. 4, reperibile in www.sisde.it; G. FERRARI, *L'avventura del segreto nell'Italia repubblicana tra il '60 e l'80*, atti dal convegno nazionale, Cedam 1983, pag. 89; P. PISA, *La tutela penale del segreto di Stato. Premesse sostanziali*, in *Il segreto di Stato e i Servizi di sicurezza in uno Stato di diritto liberale e democratico*, atti dal convegno- Catania ottobre 1984, Sovigliana, 1989, pag. 63 e ss.

specifico atto di desecretazione, che resta, tuttavia, necessario per la rimozione del vincolo nel periodo di ordinario decorso dei termini stessi. Logico immaginare, dunque, che la procedura di accesso summenzionata non si renda necessaria allorché sia scaduto il termine, non suscettibile di proroga, di trent'anni e, conseguentemente che l'autorità giudiziaria possa esercitare, *motu proprio*, i poteri istruttori che la legge le assegna. Venuto meno *de iure* il limite ai propri poteri istruttori, questi si riespandono, senza richiedere alcuna autorizzazione presidenziale, al contrario necessaria, ove il vincolo fosse astrattamente prorogabile.

La questione circa l'automaticità degli effetti del decorso dei termini non è teorica, né di facile soluzione e involve profili sostanziali di assoluto rilievo. Si pensi alla configurabilità delle ipotesi di reato concernenti il segreto di Stato, ove i termini di efficacia dello stesso fossero scaduti e non espressamente prorogati.

L'introduzione di tale principio ha un indubbio valore giuridico- costituzionale. In particolare riconsegna il tema del segreto di Stato nell'alveo di una disciplina derogatoria al generale e basilare principio di conoscibilità degli atti della pubblica autorità che informa di sé ogni ordinamento che possa dirsi democratico. Se, infatti, lo sbarramento alla funzione giurisdizionale risulta solo parzialmente attenuato da tali previsioni, tenuto conto del regime prescrizione e, in generale, dell'effetto concreto che il passare del tempo ha sull'accertamento processuale, l'introduzione di un limite rigido all'esercizio degli *arcana imperii* non può che leggersi come fattore di positivo riallineamento ai valori e all'ispirazione democratica della Costituzione repubblicana.

Ciò, nonostante possa identificarsi una sfera di segreti sottratti alla determinazione cronologica. Ogni diversa interpretazione sembrerebbe preclusa dal dato letterale del decimo comma dell'art. 40 della legge n. 124 del 2007. Trattasi dei cd. "segreti internazionali" la cui sussistenza e permanenza "incide anche su interessi di Stati esteri o di organizzazioni internazionali". Evidente il richiamo al segreto NATO, ONU e *similia*. In tali casi la rimozione degli effetti dell'apposizione- conferma del segreto pare possa avvenire soltanto sulla base di un formale atto di desecretazione del vertice dell'Esecutivo, e, "a condizioni di reciprocità...previa intesa con le autorità estere o internazionali competenti". Se ne deduce l'impossibilità di ritenere applicabili i limiti cronologici al segreto a tali ipotesi.

CAPITOLO III

SEGRETO DI STATO E TESTIMONIANZA

3.1 Tutela processuale del segreto di Stato: perimetro e oggetto **3.2** L'eccezione di segretezza **3.3** Limiti oggettivi all'opposizione del segreto: l'art. 204 c.p.p. ed il suo difficile rapporto con l'art. 66 disp. att. c.p.p. **3.4** Testimonianza *de relato* e segreto di Stato **3.5** La procedura d'interpello **3.6** L'atto di conferma del segreto **3.7** L'esito del procedimento: decisione nel merito o improcedibilità dell'azione penale.

3.1 Tutela processuale del segreto di Stato: perimetro e oggetto

Il segreto di Stato costituisce un limite ai poteri istruttori a disposizione delle parti e del giudice nel processo penale. Tale barriera trova forza cogente e presidio imprescindibile di effettività nella deducibilità, *ex art. 202 c.p.p.*, di un divieto probatorio, atto a determinare l'inutilizzabilità processuale delle prove acquisite in violazione di esso. Siamo al cuore del problema. La natura del divieto discendente dalle norme in esame rappresenta il fulcro ed il presupposto imprescindibile di ogni riflessione sul segreto in questione. Il perimetro della tutela processuale accordata dall'ordinamento dipende da tale qualificazione. L'opzione ermeneutica accolta in questa trattazione identifica tale divieto come soggettivo e relativo. Soggettivo, in quanto sancito dalla legge in considerazione della persona fonte di prova. Relativo, in quanto preclusione afferente al singolo mezzo di prova, nell'acquisizione del quale

il segreto viene eccepito, e non ai *themata probandi*, al cui accertamento era finalizzata la richiesta di prova, e che restano conoscibili *aliunde*.

Il teste, chiamato alla deposizione, si trova in una situazione dicotomica, essendo esposto contemporaneamente ad un obbligo di non divulgazione di quanto coperto da segreto e, contemporaneamente, a rendere una testimonianza veritiera. Tale situazione antinomica, che si sintetizza nella divaricante alternativa, in capo al medesimo soggetto, tra adempiere l'obbligo testimoniale, tradendo quello di riservatezza o viceversa, rappresenta il punto di frizione tra esigenze prioritarie di tutela di interessi giuridici di rango costituzionale. L'ordinamento scioglie tale conflitto dando rilievo processuale all'esigenza di tutela del segreto di Stato, attraverso un ponderato bilanciamento tra valori supremi. La prevalenza dell'interesse al mantenimento del segreto, con relativa compressione di quello all'accertamento della verità non è, tuttavia, indiscriminata e assoluta. Ciò discende da precise valutazioni di opportunità politico-legislative, frutto di una, consapevole o meno, ma comunque innovativa, scelta del legislatore codicistico dell'89.

Le precedenti norme del codice Rocco, sia nella versione originaria che in quella riformata dalla l. 81 del '77, presentavano una formula a due battute: la prima ("..hanno l'obbligo di astenersi") "mirava alla prospettiva penalistica"²¹⁰ ed era volta ad attribuire a soggetti qualificati, penalmente esposti, una facoltà d'astensione dalla testimonianza; la seconda ("e non devono essere interrogati su quanto coperto da segreto di Stato") all'imposizione di un limite ai poteri istruttori. Dottrina e giurisprudenza unanimi, intravedevano in quest'ultima una regola d'esclusione assoluta del materiale oggetto di segreto, ai sensi della legge sostanziale, dal corredo probatorio acquisibile in giudizio. Il potere istruttorio era paralizzato a prescindere dall'esercizio della prerogativa soggettivamente attribuita al teste. La deposizione infedele e spontanea, nonché penalmente sanzionata, era perciò irrilevante ai fini del giudizio, constando nella divulgazione di contenuti conoscitivi estranei alle possibilità cognitive stesse del processo penale.

Tale esito interpretativo, è bene precisarlo, non risultava influenzato da alcuna confusione concettuale tra illiceità (sostanziale) della prova e inammissibilità della stessa, valutazioni tra loro distinte e indipendenti. La circostanza che, nel previgente

²¹⁰ F. CORDERO, *Procedura Penale*, Giuffrè, VIII edizione, 2006, pag. 696- 697.

regime, valutazione di illiceità della prova e inammissibilità della stessa coincidesse, va considerato fenomeno meramente casuale, frutto di scelte politico-legislative discrezionali²¹¹. Era, in conclusione, e non poteva essere altrimenti, la norma processuale (nella formula a due battute) a non consentire in alcun modo al potere istruttorio di varcare la soglia del segreto di Stato a nulla rilevando, sotto il profilo processuale, la liceità sostanziale o meno della condotta divulgativa che, in ipotesi, poteva anche essere esclusa senza che ciò rendesse legittima l'acquisizione probatoria. L'ammissibilità della prova dipende da regole interne al processo, a nulla rilevando valutazioni di ordine sostanziale. Su questo, nessun dubbio è concesso.

Il divieto probatorio deducibile afferiva, dunque, al *thema probandum*. In questo quadro, l'attivazione soggettiva del procedimento di opposizione dello stesso costituiva soltanto un ragionevole snodo procedimentale idoneo ad impedire inconsapevoli violazioni giudiziali del segreto, altrimenti inevitabili. La natura oggettiva e assoluta del divieto conseguente costituiva emersione processuale di esigenze, eminentemente sostanziali, di tutela del segreto. Preclusa la conoscenza giudiziale *de his rebus*, ovvio che si pervenisse ad una estensione interpretativa della sfera soggettiva di legittimazione all'opposizione, che potesse prescindere dalle qualifiche tradizionalmente previste dall'art. 352 del codice Rocco²¹².

Se la norma attuale riproducesse tale formulazione, *nulla quaestio*.

Tuttavia l'introduzione del "nuovo" codice di rito muta la prospettiva. Caduto il divieto d'esame, si prevede un mero obbligo d'astensione da parte di soggetti

²¹¹ F. M. GRIFANTINI, *Riflessioni sui rapporti tra segreto di Stato e diritto di difesa a proposito dell'interrogatorio dell'imputato*, in *Cass. Pen.*, 1987, pag. 1903: "in questo caso, la rivelazione integra un reato e una deposizione inammissibile. Si tratta però, della coincidenza puramente occasionale di due valutazioni diversamente ispirate sul medesimo fatto, che non contraddice la premessa dualistica". Interessanti, altresì, le parole con cui l'autore identifica quale oggettiva la natura del segreto in questione, opzione ermeneutica, come si dirà, cui terrà fede anche nel mutato tenore dell'art. 202 c.p.p. dell'89: "Il carattere oggettivo del segreto di Stato non si desume dall'art. 261 c.p., bensì dalle norme processuali: queste stabiliscono un divieto 'bilaterale', che vale, sia per l'interrogante, sia per l'interrogato; le disposizioni incriminatrici, invece, fanno da supporto esterno al divieto probatorio, assicurando la tenuta dei limiti processuali in tema di segreto di Stato. La tutela processuale del segreto di Stato, si realizza mediante due previsioni simmetriche fra loro: un divieto d'esame per il giudice, un obbligo d'astensione dal deporre per i depositari del segreto".

²¹² F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi sul processo penale*, Giuffrè, 1963, pag. 83.

qualificati. Circa i poteri cognitivi e istruttori, la legge tace. L'unico divieto probatorio deducibile appare così investire la coartazione del teste che abbia ritualmente eccepito il proprio vincolo di segretezza. L'apprezzamento del legislatore appare mutato. La norma processuale consente ad un soggetto, penalmente esposto ad un vincolo di segretezza, di adempiere a tale dovere, opponendolo in giudizio ed esercitando una facoltà d'astensione dall'obbligo testimoniale. Il perimetro di tutela processuale del segreto di Stato è così notevolmente ridimensionato. Da interesse soverchiante e direttamente rilevante nel giudizio, ad ostacolo all'accertamento soggettivamente attivabile e meritevole di una tutela solo indiretta, in quanto filtrata attraverso la libera scelta del soggetto depositario della notizia circa l'adempimento, o meno, di un obbligo penalmente sanzionato.

Il fuoco della legge processuale è dunque sul soggetto fonte di prova. Si trova in una situazione kafkiana che ha il potere di sciogliere conformemente al contenuto doveroso del precetto penale, astenendosi dalla testimonianza²¹³. Si avvalesse di tale prerogativa che la legge processuale gli riconosce, il giudice dovrebbe limitarsi a prendere atto (salvo quanto si dirà in merito al procedimento d'interpello diretto ad una verifica, esogena al fluire del procedimento, della reale sussistenza dell'*arcanum*) del verificarsi di una condizione ostativa dell'acquisizione della prova inizialmente ammessa. Fosse coartato alla testimonianza, questa nascerebbe inutilizzabile. Deponesse spontaneamente, incorrerebbe in responsabilità penale *ex art. 261 c.p.*, ma la testimonianza risulterebbe legittimamente acquisita, non riscontrandosi alcun divieto probatorio circa il tema della prova²¹⁴.

Delineata in questi termini la natura del divieto probatorio discendente *ex art. 202 c.p.p.*, non si può che qualificarla, dunque, come soggettiva. Corollario di ciò è la rilettura, in chiave di tassatività, del novero delle qualifiche soggettive che aprono la norma in esame, non sussistendo più i requisiti di una estensione interpretativa

²¹³ P. P. RIVELLO, *Segreto (Profili processuali)*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, vol. XIII, Utet 1997, pag. 89. L'autore ritiene la posizione del teste "inquadabile tra le situazioni soggettive di dovere a contenuto omissivo".

²¹⁴ F. CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, Utet, 1990, pag. 244.

motivata, nel precedente regime, dalla sussistenza di una preclusione afferente i *themata probandi*²¹⁵.

Ciò, tuttavia, non esaurisce l'esigenza di addivenire ad una precisa qualificazione giuridica del divieto probatorio in questione. Effetto della caduta del divieto d'esame, strettamente connesso alla sua metamorfosi in chiave soggettiva, è altresì il suo connotarsi quale limite probatorio relativo. Afferisse ai fatti oggetto di prova, ogni acquisizione probatoria che li riguardasse sarebbe spuria, contaminata da un comune contenuto conoscitivo, una volta per tutte, escluso dalla legittima cognizione giudiziale. Ma afferisce al mezzo di prova, attivando una facoltà d'astensione dalla deposizione in capo a soggetti qualificati, in ragione della loro esposizione penale ad un vincolo di non divulgazione. Opposto il segreto, è preclusa la testimonianza, non la conoscenza dei fatti che quella testimonianza avrebbe addotto al giudizio. Ovvio che la macchina giudiziale possa, conseguentemente, pervenirvi legittimamente per altre vie. Nulla vieta alla normale dialettica istruttoria di muoversi verso l'acquisizione di ulteriori mezzi di prova non coperti dal segreto e afferenti al medesimo contenuto conoscitivo della testimonianza preclusa. D'altra parte, ogni diversa soluzione risulterebbe contraddetta ove, contestualmente, si riconoscesse come utilizzabile la testimonianza resa spontaneamente dal soggetto tenuto al segreto. Di qui la natura relativa del divieto probatorio deducibile ex 202 c.p.p.: preclusa l'acquisizione della testimonianza, il contenuto fattuale della stessa è acquisibile altrimenti.

L'ipotesi di ricostruzione dogmatica così riassunta, configura una omogeneità strutturale all'interno della categoria dei segreti. Il segreto di Stato era tradizionalmente qualificato quale figura del tutto autonoma, derogatoria e a sé stante rispetto agli altri segreti rilevanti nel processo penale. L'introduzione del codice di procedura penale vigente, ne postula un riallineamento. Connotato da elementi di assoluta tipicità, concretizzandosi nel procedimento oppositivo, confermativo, ecc., tuttavia rifletterebbe una struttura di fondo, del tutto omogenea, in particolare, con gli artt. 200 e 201 c.p.p. vigenti²¹⁶.

²¹⁵ F. CORDERO, *Procedura*, cit., pag. 699.

²¹⁶ F. CORDERO, cit., pag. 697.

Ogni riflessione in materia di segreto di Stato e processo penale, non può che porsi, come preliminare e ineludibile snodo ermeneutico, la questione circa la natura soggettiva o oggettiva, relativa o assoluta, del divieto deducibile *ex* art. 202 c.p.p. La scelta di una delle due opzioni contrapposte, determina approdi interpretativi e applicativi, concernenti ogni altro aspetto della disciplina in esame, del tutto contrastanti tra loro. Il nodo è gordiano. La stessa latitudine della tutela processuale accordata al segreto dall'ordinamento dipende da ciò. Ogni profilo problematico della disciplina in questione appare attraversato da tale opzione di fondo. La complessità dei temi che andremo ad affrontare, nonché l'assoluta conflittualità, in sede giurisprudenziale, emersa negli anni, dipendono, in larga misura, dall'assenza di una condivisa e coerente ricostruzione dogmatica di tale problema.

La qualificazione del divieto probatorio, deducibile *ex* art. 202 c.p.p., in termini soggettivi e relativi, infatti, è conclusione affatto scontata e tantomeno pacifica, in dottrina come in giurisprudenza.

L'analisi è ulteriormente complicata dalla recente riforma legislativa della norma in esame. Apparentemente cucita sulle disfunzioni applicative e sugli esiti giurisprudenziali degli ultimi anni, anziché fornire soluzioni, apre nuove perplessità. L'ambiguità lessicale, la superfetazione linguistica, la ridondanza espressiva, anziché risolvere le incertezze, spalancano nuovi, pericolosi scenari di distonia interpretativa e instabilità giurisprudenziale.

Il punto da cui partire per tratteggiare un quadro attendibile circa il dibattito dottrinario sviluppatosi è l'introduzione del codice di rito dell'89. Fino a quella data era questione pacifica l'attinenza del segreto al *thema probandum* nonché la qualificazione come oggettiva e assoluta della relativa regola di esclusione probatoria.

Con il nuovo art. 202 c.p.p. cade l'espressa previsione di un divieto d'esame. Immediata la spaccatura della dottrina in merito all'interpretazione della fattispecie riformata. Una parte, autorevole e maggioritaria, di essa propende da subito per il ridimensionamento del divieto probatorio, secondo la ricostruzione qui accolta²¹⁷.

²¹⁷ C. BONZANO, *Segreto- Tutela processuale del Segreto di Stato*, voce in *Enciclopedia Giuridica*, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 1988, vol. XXVIII, pag. 6; P. RIVELLO, cit., pag. 89. L'autore concorda sulla portata innovativa dell'art. 202 c.p.p. il quale si differenzerebbe dal precedente art.

Altra parte della dottrina²¹⁸, in una logica svalutativa della portata innovativa della riforma, continua a leggersi una regola assoluta d'esclusione. Afferma, infatti che, pur riconoscendo come "testualmente corretta" una diversa ricostruzione, in termini soggettivi, dei limiti probatori discendenti dal nuovo disposto codicistico, occorrerebbe non fermarsi ad un'interpretazione letterale della fattispecie ma procedere ad una "ricostruzione dogmatica dell'istituto"²¹⁹. Muovendosi in questo campo, due gli argomenti da cui discenderebbe la preservazione del carattere oggettivo del segreto di Stato in ambito processuale.

In primis le critiche dottrinarie investono la pretesa utilizzabilità della deposizione spontanea del teste tenuto al segreto, così come del contenuto informativo promanante dall'acquisizione di ulteriori mezzi di prova non coperti da segreto, ma riguardanti i medesimi *themata probandi*, in relazioni ai quali esso fosse precedentemente stato eccepito. Ciò significherebbe "ammettere che il testimone funzionario e il giudice possano, in concreto, disporre del segreto, quando il bilanciamento sul piano processuale è stato operato una volta per tutte dal legislatore"²²⁰.

L'obiezione troverebbe conferma nell'impossibilità di configurare il soggetto legittimato all'astensione come titolare del segreto dovendo, al contrario, ritenersi semplice "depositario legale di esso". Il ragionamento prosegue cristallino, giungendo alla conclusione che l'atto di opposizione, effettuato da parte del teste non potrebbe mai costituire una "dichiarazione di volontà", non essendo nella sua disponibilità l'interesse tutelato dal segreto di Stato, bensì una mera "dichiarazione di

352 c.p.p. abrogato "solo in quanto si limita prevedere l'obbligo di astenersi dal deporre, senza operare alcun riferimento al divieto di interrogare i soggetti tenuti al segreto"; A. SCALFATI, *Interessi in conflitto: testimonianza e segreti*, in *Verso uno statuto del testimone nel processo penale*, Atti dal convegno tra gli studiosi del processo penale Pisa- Lucca del 28- 30 novembre 2003, Giuffrè, 2005, pag. 178; G. SPANGHER, sub *art. 202 c.p.p.* in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, II, Utet, 1991, pag. 471.

²¹⁸ F.M. GRIFANTINI, *Il segreto difensivo nel processo penale*, Giappichelli, 2001, pag. 28.

²¹⁹ F. M. GRIFANTINI, cit., Giappichelli, 2001, pag. 27.

²²⁰ F. M. GRIFANTINI, *Segreto di Stato e divieto probatorio nel codice di procedura penale 1988*, in *Giustizia Penale*, 1989, III, pag. 534.

scienza”, volta a rendere edotto il giudice precedente circa la sussistenza di un’area cognitiva a lui preclusa.

La tesi è di rilievo, ma, a nostro avviso, non manca di suscitare obiezioni. Fisiologico al sistema che rami diversi dell’ordinamento valutino i medesimi fatti in maniera divergente fra loro, fino al punto, di sancire una ontologica autonomia dei concetti di illiceità sostanziale e inutilizzabilità processuale. Quest’ultima discende, dunque, da norme processuali, le uniche idonee a porre dei limiti alle possibilità cognitive dell’accertamento penale. Nel nostro caso una norma processuale prescrive una mera facoltà d’elisione dell’obbligo testimoniale in grado di tutelare l’adempimento di un precetto penale di cui è destinatario il teste e, per questa via, l’interesse sostanziale alla preservazione dell’*arcanum*. Ciò senza, al contempo, escludere in maniera assoluta i relativi *themata probandi* dal materiale legittimamente acquisibile al giudizio.

Se tutto ciò è vero (e “testualmente corretto”), perché allora ritenere la disposizione bisognosa di una interpretazione correttiva *ultra litteram*? Perché desumere dalla circostanza che una prova penalmente illecita (la deposizione spontanea) sia processualmente utilizzabile, l’attribuzione al teste di una disponibilità dell’interesse tutelato dalla norma sostanziale? L’art. 202 c.p.p. non si occupa affatto di individuare la titolarità dell’interesse in questione. Determina i confini della cognizione giudiziale, e lo fa autonomamente. Il teste loquace, tenuto al segreto, non ha alcuna disponibilità dell’*arcanum*: parlasse, non coartato, rischierebbe “reclusione non inferiore a cinque anni”. Il fatto che tale condotta “suicida” adduca al processo elementi di conoscenza valutabili in giudizio è questione autonoma e indipendente, a nulla rilevando ai fini della disponibilità degli interessi tutelati da norme sostanziali.

Un discorso simile può farsi con riferimento al ruolo del giudice. Attraverso il meccanismo istruttorio, egli è posto nelle condizioni di esprimere quel giudizio di corrispondenza tra il fatto storico, oggetto di accertamento, e l’ipotesi accusatoria contenuta nell’imputazione. La valutazione di ogni elemento probatorio, riguardante “fatti che si riferiscono all’imputazione” (principio di pertinenza), ritualmente ammesso e acquisito, è un preciso dovere dell’organo iudicante e limite estrinseco del principio del libero convincimento. In altri termini, l’assenza di un divieto probatorio esplicito, afferente ad un fatto oggetto di prova, rilevante per il giudizio,

non solo consente al giudice di valutarlo ai fini della decisione, ma glielo impone, la mancata valutazione di una prova acquisita potendo costituire, addirittura, motivo di ricorso per Cassazione *ex art. 606 c.p.p. lettera e*. Non si vede come possa da ciò desumersi un'impropria titolarità in capo al giudice dell'interesse *extraprocessuale* alla preservazione del segreto di Stato.

Ci si domanda poi il motivo per cui, accolta l'*interpretatio ad absurdum*, che vede una interpretazione letterale della disposizione condurre all'aberrante conseguenza dell'attribuire la titolarità dell'interesse al segreto in capo al soggetto chiamato a deporre, lo stesso ragionamento non debba farsi in relazione, alle altre categorie di segreto. Prendendo ad esempio il segreto d'ufficio, su cui non sussistono dubbi circa la riferibilità ad una *ratio* di tutela del buon andamento dell'attività amministrativa, non sarebbe, del pari, irragionevole attribuire al pubblico impiegato la titolarità di tale interesse (tutelato, tra l'altro, *ex art. 326 c.p.*) ?

Quanto alla natura giuridica dell'atto di opposizione, ci torneremo in seguito, ma non sembra inconciliabile la qualifica quale "dichiarazione di scienza" con l'utilizzabilità della deposizione resa in violazione del dovere sostanziale di effettuarla. Anticipando questioni che saranno meglio sviscerate, riteniamo che l'atto di opposizione, non integri una dichiarazione di volontà, relativa all'astensione dalla testimonianza, ma motivi al giudice il rifiuto di deporre.

Il secondo argomento, sovente utilizzato a sostegno della tesi in discussione, concerne l'insindacabilità giurisdizionale dell'atto di apposizione del segreto, quanto di quello di conferma: "...si può affermare che l'art. 202 c.p.p. emargina il giudice facendo cadere ogni forma di controllo sul segreto di Stato nel processo...Non ha nemmeno il potere di verificare se il segreto opposto sia fondato, ma è soltanto obbligato ad interpellare l'Esecutivo; basta insomma, che un pubblico ufficiale alleggi il segreto perché il giudice debba arrendersi alla ragion di Stato, senza toccare la materia del segreto, né delibare la fondatezza della dichiarazione...Sembra quindi che il segreto di Stato mostri connotazioni oggettive"²²¹.

Anche tale argomento sembra superabile. Non si comprende infatti quale nesso legghi la natura del divieto probatorio in esame con la sussistenza o meno, in capo al giudice, di poteri di controllo nel merito circa la fondatezza della sua opposizione. E'

²²¹ F.M. GRIFANTINI, *Il segreto difensivo*, cit., pag. 28.

indiscutibile che l'art. 202 c.p.p. presenti, quale caratteristica differenziale rispetto alle altre fattispecie di segreto, l'impossibilità di una delibazione giudiziale sul merito dell'opposizione. Ciò, tuttavia, non sembra riguardare la struttura e la qualificazione giuridica del divieto probatorio da esso discendente, quanto il meccanismo processuale da cui tale divieto viene ad esistenza. La circostanza che sia inibita al giudice una valutazione di merito circa la fondatezza dell'opposizione dipende esclusivamente dall'individuazione, fatta dal legislatore, nel vertice dell'Esecutivo dell'organo preposto ad una valutazione di merito su di essa, consistente, secondo i più, in un atto di discrezionalità politica. Non ci pare che dalla procedura di opposizione- interpello- conferma, in quanto descrittiva di una serie di atti a contenuto totalmente vincolato da parte del giudice penale, possano desumersi particolari conclusioni in merito alla natura assoluta o relativa del limite probatorio, in tal modo, venuto ad esistenza.

Una cosa è ritenere impedito l'accertamento di un fatto determinato o la mera escussione (forzata) di singole persone, altra è disquisire sulla controllabilità o meno, nel merito, della fondatezza del segreto opposto. Le due valutazioni, ci sembra, debbano restare distinte.

Come accennato, la l. 3 agosto 2007, numero 124, ripropone ed esacerba la contrapposizione, ponendo enormi problemi ermeneutici legati alla pessima qualità della redazione normativa.

Il legislatore, infatti, pur riproponendo un testo in cui non compare alcun esplicito divieto d'esame, introduce indicazioni, riguardanti l'oggetto del segreto di Stato, contraddittorie e di dubbia interpretazione.

In particolare, sono i commi tre e cinque del nuovo art. 202 c.p.p. forieri di dubbi circa la percorribilità di una interpretazione che rintracci nel mezzo di prova il reale oggetto dell'impedimento generato dal segreto di Stato. La nuova disciplina codicistica sembra, infatti, "voler precludere *in toto* la conoscibilità del segreto all'autorità giudiziaria". Dottrina autorevole non manca di sottolineare la possibile portata innovativa proprio del terzo comma "laddove si prevede che la conferma del segreto comporti la definizione del processo con la formula di non doversi procedere qualora risulti essenziale non già la 'prova', ma 'la conoscenza' di quanto coperto da segreto di Stato". Da ciò potrebbe dedursi "...lo spostamento" della preclusione

probatoria, maturata attraverso la sequela opposizione- conferma del segreto, “dall’atto processuale, acquisitivo dell’informazione, all’informazione stessa”. Nel mutato contesto il segreto di Stato avrebbe assunto una “accezione ampia, sostanzialistica” in base a cui sarebbe “..l’informazione, l’elemento conoscitivo in sé” ad essere “protetto dal segreto, cosicché per raggiungerla (o se già ottenuta, per utilizzarla)” sarebbe “preclusa qualunque via alternativa a quella per la quale fu opposto”²²². Il ragionamento ha evidenti riscontri positivi, rafforzati dal tenore letterale del successivo quinto comma. In esso si prevede che la conferma presidenziale del segreto, ritualmente opposto in giudizio, inibisca l’utilizzazione e l’acquisizione, in qualunque modo, “delle notizie” coperte dal segreto.

Logico da ciò dedurre la reintroduzione di una regola di esclusione probatoria afferente ai fatti oggetto di prova, come tali previsioni normative sembrano suggerire? Possibile pervenire a tale conclusione nonostante la perdurante assenza di un esplicito divieto d’esame dei testi, vincolati all’*arcanum*?

Occorre procedere con cautela.

L’accoglimento di una tale, radicale, posizione ermeneutica, foriera di una notevolissima riespansione della sfera del segreto nonché, parallelamente, gravemente riduttiva dell’interesse all’accertamento penale, richiederebbe, probabilmente, basi testuali ben più esplicite e univoche. Non riteniamo, cioè, di condividere un’opzione interpretativa siffatta in presenza di validi e pregnanti riscontri normativi di segno contrario. Ciò, altresì, in base a non secondarie valutazioni interpretative legate alla maggiore aderenza al dettato costituzionale che l’interpretazione più restrittiva, proposta, sembra presentare. Una configurazione “sostanzialistica” cui, non senza basi testuali, si teorizza il ritorno, determinerebbe l’infausta riproposizione di una configurazione dei rapporti tra i poteri dello Stato in chiave cripto- autoritaria. Come non rilevare che la possibilità dell’Esecutivo di sottrarre al meccanismo processuale non già singoli mezzi di prova, bensì “conoscenze”, fatti, approdi cognitivi, condurrebbe a ripristinare, all’interno dell’ordinamento, un ancor più grave *vulnus* all’equilibrio dei poteri? In particolare

²²² G. SALVI, *Pubblici ufficiali vincolati all’astensione*, in *Guida al diritto*, Il sole 24 ore, 2007, numero 40, pag. 80.

come ignorare l'approfondimento dei profili di criticità costituzionale, già di per sé consistenti, rispetto agli art.101 e 104 Cost.?

A tali considerazioni deve aggiungersi quella circa la riespansione del novero dei soggetti legittimati all'astensione, cui condurrebbe una qualificazione in termini oggettivi del segreto. Tornasse ad essere inattuabile il *thema probandum*, allora dovrebbe anche predicarsi l'esclusione della deposizione di chiunque, funzionario o meno, fosse in grado di squarciare il velo di oscurità che lo avvolge. La conclusione è coerente e lo stesso autore summenzionato, benché comprensibilmente preoccupato, vi perviene²²³, risultandone una ulteriore, abnorme estensione della coltre di segretezza²²⁴. Di qui, l'esigenza di ricercare, nel ginepraio che va emergendo, una linea ermeneutica d'insieme, capace di orientare e guidare l'attività dell'interprete e restituire coerenza all'intero sistema normativo. Data la non neutralità, sotto il profilo costituzionale, oltretutto processuale, delle differenti opzioni in campo, non può che, doverosamente, tentarsi una interpretazione costituzionalmente orientata. Tanto più che la formulazione della norma, incoerente e contraddittoria al proprio interno, si presta a letture ambivalenti.

²²³ G. SALVI, cit., pag. 79- 80: "Viene innanzitutto ribadito l'obbligo dei pubblici ufficiali, dei pubblici impiegati e degli incaricati di pubblico servizio di astenersi dal deporre su fatti coperti da segreto di Stato. E' da ritenersi che tale obbligo si estenda a tutti coloro, chiamati a testimoniare, che siano legittimamente in possesso di notizie segrete, anche se non rivestano le qualifiche sopra indicate..."

²²⁴ A questo proposito, nella vigenza della disciplina successiva alla legge di riforma 24 ottobre 1977, numero 801, che conservava espressamente il divieto d'esame dei soggetti titolari del segreto, preme ricordare l'impervio tentativo ermeneutico di taluni studiosi nel sottolineare l'incompatibilità tra il regime dei segreti, costruito come limite probatorio soggettivo, e la configurazione oggettiva del segreto di Stato. Bersaglio di tale ragionamento era, evidentemente, il tentativo di negare la suddetta estensione della sfera soggettiva di applicabilità dell'istituto, riducendo così la "tensione costituzionale" immanente nello stesso. In questo senso G. PAOLOZZI, *La tutela processuale del segreto di Stato*, Giuffrè, 1983, pag. 220: "Ci si trova, dunque, di fronte ad un duplice limite, al dovere di testimonianza ed a quello di esibizione, statuito non tanto allo scopo d'evitare la divulgazione di un certo fatto che si vuole sottrarre alla cognizione del giudice, ma essenzialmente in considerazione della persona che si dovrebbe escutere. A questo riguardo non potrebbe neppure obiettarsi che il divieto comminato nei confronti dell'autorità giudiziaria di condurre l'esame su 'quanto coperto da segreto di Stato' sposta il piano della tutela da quello soggettivo a quello oggettivo della notizia..."

In particolare, appare inconciliabile un'interpretazione sostanzialistica con il successivo comma sesto dell'articolo in esame. Esso statuisce che l'autorità giudiziaria, a segreto confermato, ben potrebbe procedere alternativamente in base ad elementi "del tutto" autonomi e indipendenti dagli "atti, documenti e cose coperti dal segreto"²²⁵. Pur volendo considerare tale previsione come "asistemica"²²⁶, ciò non esime dal leggerne un'indicazione legislativa dal significato incontrovertibile, secondo la quale la macchina giudiziaria farebbe il suo corso ove potesse prescindere dai mezzi di prova vietati. Nuovamente l'obiettivo sembra spostarsi dall'informazione in sé all'atto acquisitivo dell'informazione.

Conferma questa sensazione, nonché la complessiva contraddittorietà terminologica, altresì, la lettura della seconda parte del settimo comma. Si fa riferimento all'ipotesi di conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato sollevato nei confronti del Presidente del Consiglio dei Ministri, risolto dalla Corte Costituzionale nel senso della sussistenza del segreto di Stato. A questo punto è la stessa disposizione a tracciarne gli effetti giuridici nel procedimento *a quo*, inibendo all'autorità giudiziaria di acquisire o utilizzare "atti o documenti sui quali è stato opposto il segreto di Stato". Alla luce di queste considerazioni e dell'oggettiva ambivalenza delle parole del

²²⁵ A testimonianza delle intenzioni, probabilmente, estensive della portata del segreto del legislatore storico riportiamo l'interpretazione, chiaramente *ultra litteram* fornita in Assemblea dall'On. Violante, relatore di maggioranza della proposta di legge, in merito al comma sesto dell'art. 202 c.p.p.: "Abbiamo aggiunto un principio tratto da decisioni della Corte Costituzionale. Secondo tale principio, se indipendentemente dal segreto di Stato il giudice può procedere, può procedere ugualmente come è stabilito in tre diverse sentenze della Corte Costituzionale. Questo, naturalmente, non vuol dire che il magistrato possa recepire *aliunde* la notizia coperta dal segreto di Stato, perché se segreto vi è questa deve essere considerata una cosa seria. Invece egli può procedere lateralmente per altre vie, per altre imputazioni, se ciò è possibile" (Atti Camera. Assemblea. Resoconto della seduta del 14 febbraio 2007, pag. 94). A prescindere dai richiami alla serietà del segreto, concetto che in campo processuale risulta, quantomeno, indeterminato, è evidente il salto logico tra il dettato letterale del comma sesto e l'interpretazione qui proposta. E' chiaro, nel testo normativo, che "il procedere" del giudice riguardi il medesimo capo d'imputazione attraverso mezzi probatori non oggetto di segreto. La lettura dell'on. Violante avrebbe, paradossalmente, il difetto di rendere il comma in questione una norma *inutiliter data*, essendo difficilmente immaginabile che la conferma del segreto, in assenza di esplicita previsione, impedisse al giudice di "procedere per altre imputazioni".

²²⁶ G. SALVI, cit., pag. 81.

legislatore si appalesa, allora, uno spazio per la prospettata interpretazione costituzionalmente orientata che, al contempo, restituisca coerenza intrinseca ai commi dell'art. 202 c.p.p. e ridimensioni il rischio di riproporre nell'ordinamento ulteriori profili di criticità costituzionale, che si sperava superati per sempre.

In particolare, se la menzione di cui al terzo comma dell'art. 202 c.p.p. va “alla conoscenza dei fatti” e non alla “prova”, è lapalissiano come la conoscenza di un fatto nel processo possa avvenire esclusivamente per il tramite di una acquisizione probatoria. L'esito del non doversi procedere, a questo punto, deve intendersi conseguente all'ipotesi in cui il segreto osti all'acquisizione di una prova decisiva, nel senso di prova che, sola, avrebbe potuto addurre al processo la conoscenza di un fatto decisivo a risolvere l'alternativa condanna- proscioglimento.

Nello stesso senso dovrebbe operarsi sul successivo comma quinto. La norma, alla luce della “storia giurisprudenziale” non più recente, sembra dettata con riferimento alle funzioni del pubblico ministero in sede di indagini preliminari. Tralasciando, per il momento, tale questione, una osservazione si impone. L'unico modo conosciuto per acquisire e utilizzare “notizie” nel processo, almeno in ambito dibattimentale, risulta l'allegazione al materiale probatorio attraverso la sequela ammissione-acquisizione della prova con, conseguente, valutazione ai fini della decisione. Da ciò deve dedursi che la conferma del segreto precluda l'acquisizione o, ove illegittimamente acquisite, l'utilizzazione non già di notizie, in quanto tali, coperte da segreto, bensì quali contenuto conoscitivo discendente da prove vietate per l'operare della norma sul segreto.

Non mancano, d'altro canto, autorevoli opinioni dottrinali che si muovono nel senso appena prospettato, rilevando anch'esse l'assoluta confusione normativa sul punto. In sede di primo commento all'attuale redazione normativa, addirittura, si sottolineava come il terzo comma summenzionato potesse, *ictu oculi*, “far pensare ad un refuso” in cui “quella notizia oggetto del segreto (stesse) verosimilmente ad indicare la prova coperta dal segreto” posto che “l'acquisizione è un fenomeno che riguarda le sole prove” sulla base delle quali, soltanto, “il giudice dirime l'alternativa tra condanna e proscioglimento, non essendo ravvisabili norme che consentano di provvedervi sulla scorta di mere notizie”. Impressione, tuttavia, perentoriamente, smentita proseguendo nella lettura dei successivi commi quattro e cinque, dai quali “sembra riemergere il

desiderio di imporre un divieto probatorio assoluto; ossia, un limite volto ad incidere non sulla prova, ma sull'oggetto della stessa"²²⁷, e ciò pur in assenza di una esplicita reintroduzione di un divieto di acquisizione di ogni prova il cui oggetto risultasse attratto nell'area del segreto. L'ulteriore analisi della disciplina, poi, conduce a rilevare la contraddittorietà di questi commi con i successivi sesto e settimo, i quali sembrano, ancora una volta, riproporre l'antitetica tesi circa il riconoscimento al segreto di Stato di un'efficacia preclusiva meramente relativa.

Le fila del ragionamento, alla luce del dissesto normativo, sono coerenti con l'impostazione fatta propria da chi scrive: "la strada da percorrere per uscire dall'*impasse* non appare agevole da individuare; eppure l'unico modo per dare concreta attuazione al novellato art. 202 c.p.p. appare quello di continuare a considerare come relativo il divieto probatorio espresso dallo stesso, cioè tale da precludere l'utilizzabilità, anche indiretta, delle prove coperte da un segreto ritualmente opposto e confermato, ma capace di conservare rilevanza a quelle prove che, pur avendo ad oggetto fatti segreti, possano essere acquisiti perché autonome e indipendenti rispetto alle prime". L'ulteriore conclusione del discorso è, a questo punto, scontata: "all'autorità giudiziaria non è preclusa ogni attività istruttoria (o investigativa) ma, solo quelle che siano volte al surrettizio aggiramento dell'ostacolo rappresentato dall'opposizione del segreto su una prova determinata"²²⁸.

Nello studio di tali argomenti, come probabilmente già inteso, l'interprete si muove sulle sabbie mobili. L'esiguità numerica dei casi giurisprudenziali ha impedito una meditazione approfondita e specifica sul tema e sui suoi risvolti più problematici. Il meccanismo nomofilattico, proprio del nostro sistema, non ha contribuito ad edificare un diritto vivente, cui poter fare sicuro riferimento. L'introduzione recentissima di una riforma legislativa oscura e farraginoso non ha certo aiutato.

Comprensibili, a questo punto, le aspettative che ruotavano attorno alle sentenza 106 del 2009 della Corte Costituzionale, in sede di conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato. La Consulta era, infatti, chiamata ad occuparsi del tema oggetto di questo paragrafo, quale nodo ermeneutico pregiudiziale alla risoluzione delle molteplici

²²⁷ C. BONZANO, *Commento alla l. 3 agosto 2007*, in *Diritto penale e processo*, vol. I, anno 2008, pag. 30.

²²⁸ C. BONZANO, *cit*, pag. 31.

questioni prospettate dai ricorrenti. Il giudizio si instaurava in una complessa vicenda giudiziaria che vedeva contrapposte, in un aspro conflitto, la Presidenza del Consiglio dei Ministri con la Procura ed il Tribunale di Milano. L'origine dello scontro, che darà luogo a molteplici e contrapposti ricorsi alla Corte medesima, va ricercata nel procedimento avviato dalla Procura milanese in relazione all'ipotesi di reato di sequestro di persona perpetrato ai danni di Abu Omar, persona oggetto, a sua volta, di investigazioni, in quanto sospettato di attività di terrorismo internazionale di matrice islamica²²⁹. L'ipotesi accusatoria è che i servizi segreti italiani e, in particolare, alcuni alti esponenti del Sismi, avessero concorso nel sequestro assieme ad agenti americani della Cia, nell'ambito di quelle operazioni segrete internazionali, convenzionalmente denominate *extraordinary renditions*. L'imam milanese sequestrato sarebbe, infatti, stato consegnato ai servizi americani e illegalmente tradotto in Egitto per essere sottoposto a tortura, in palese violazione dei più elementari canoni di civiltà giuridica propri delle tradizioni costituzionali degli Stati di diritto, nonché delle principali Carte internazionali poste a tutela dei diritti umani²³⁰. Nell'ambito delle indagini preliminari, nonché del successivo dibattimento il segreto di Stato aveva aleggiato come spada di Damocle sul procedimento e la sua supposta violazione era stata oggetto di più ricorsi per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato.

Il giudice delle leggi affronta le questioni propostegli, riunendo i numerosi giudizi, nella camera di consiglio dell'11 marzo 2009. Ci soffermeremo, in questa sede, sugli aspetti direttamente collegabili al tema della qualificazione in termini assoluti o relativi della preclusione deducibile *ex art. 202 c.p.p.*, rinviando alla successiva

²²⁹ Per una più puntuale ricostruzione ed un commento di tali vicende processuali, si veda, *ex pluribus*, V. FANCHIOTTI, *Sequestri, servizi, segreti, il caso Abu Omar e le sue anomalie*, in *Questione Giustizia*, n. 1, 2008, pag. 7 e ss.

²³⁰ I sequestri di persona, organizzati dagli Stati e finalizzati a far scomparire esseri umani in luoghi dove possano essere sottoposti a tortura violano non solo la Costituzione e le Convenzioni internazionali sottoscritte dall'Italia, ma anche i principi fondanti l'Unione Europea, come riconosciuti dalla Carta di Nizza. La scoperta e la condanna di tali operazioni, condotte in più di un Paese Membro, nonché il monito ad essi rivolto a non utilizzare il segreto di Stato a copertura di tali pratiche illegali è stato oggetto della risoluzione n. 1507/ 2007 (punto 19) e della raccomandazione (punto 4.3) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa.

trattazione ulteriori spunti di riflessione emergenti da tale pronuncia e omettendo di analizzare le molteplici statuizioni d'inammissibilità dei ricorsi sollevati dalle autorità giudiziarie coinvolte (la maggior parte dei quali per carenza d'interesse).

In via preliminare, occorre premettere, come la sentenza, certamente, delude chi si attendeva una statuizione chiara e definitiva sul punto ermeneutico maggiormente controverso. La Corte sembra muoversi in un panorama di incertezza e indecisione, alieno dal rigore che era lecito aspettarsi. Evidente il vizio genetico di tale pronuncia dalla quale trapela "il nodo non sciolto del carattere oggettivo del segreto di Stato".

La Consulta, infatti, se "non ha acceduto in fatto alla prospettazione del ricorrente, circa la rilevabilità del segreto di Stato, derivante dalla materia stessa trattata nelle fonti in questione..., non ha però escluso in principio la detta prospettazione"²³¹. Siamo dunque al cospetto di un esito che non appiana i dubbi e le incertezze fin qui rilevati ma, al contrario, contribuisce a moltiplicarli.

Le considerazioni in diritto si aprono con la delimitazione del *thema decidendum* (amplissimo essendo, in tale sede, la discrezionalità a disposizione della Corte in relazione alla sua esatta individuazione). Segue una ricognizione della precedente giurisprudenza di legittimità costituzionale sul segreto. Confortante appare una posizione di principio menzionata in questa sede: "il segreto di Stato funge effettivamente da sbarramento al potere giurisdizionale; anche se solo e nei limiti dell'atto o del documento cui il segreto accede..". La limpidezza di tali dichiarazioni di principio sarà, tuttavia, offuscata dal successivo incedere della Corte. Essa fonderà le proprie decisioni sul presupposto di fondo che la sussistenza del segreto di Stato valga ad impedire la stessa ammissione della prova richiesta dalle parti in quanto potenzialmente lesiva dell'interesse tutelato dal segreto. Viene così sganciato l'effetto preclusivo del segreto dalla sua rituale opposizione in giudizio da soggetto legittimato. L'esistenza di un segreto, concernente genericamente "i rapporti fra servizi italiani e stranieri", in vario modo venuto alla conoscenza dell'autorità giudiziaria, rende inammissibile ogni richiesta di prova che qualche elemento di contatto possa avere con il tema vietato. Trattasi non soltanto di un possibile appiglio per un ritorno ad una lettura assolutistica del segreto, ma, altresì, dell'eversione

²³¹ G. SALVI, *Ne scaturisce un approccio interpretativo che lascia irrisolti i nodi fondamentali*, in *Guida al Diritto*, Il sole 24 ore, 2009, n. 17, pag. 79- 80.

conclamata delle regole processuali²³² che disciplinano e procedimentalizzano specificamente le modalità di apposizione, opposizione e conferma del segreto, momenti tra loro assolutamente distinti.

Non importa dunque chi, come e quando sia portata a conoscenza dell'autorità procedente la sussistenza di un'area di segretezza. La Corte addirittura parla di "immediata percepibilità" della natura segreta di un documento, a prescindere da qualsivoglia opposizione nelle forme previste dal rito penale, raccontando che, a suo avviso, la "caratteristica della segretezza" potrebbe presentarsi, addirittura, come "intrinseca all'atto".

Ne consegue, forse, la teorizzazione che l'esistenza di un divieto probatorio potrebbe essere frutto di mera percezione da parte del giudice²³³? La confusione appare totale. Le argomentazioni, incomprensibili, conducono ad un esito dissonante e abnorme. La Corte giunge, in particolare, all'annullamento di un incidente probatorio ritualmente ammesso e acquisito *ex art. 393 c.p.p.* volto all'assunzione di testimonianze nel corso

²³² A questo proposito viene in rilievo il passaggio della sentenza in esame in cui la Corte, valutata la legittimità, ai sensi della legge processuale, dell'operato del pubblico ministero, cionondimeno ne sanziona, come invasivi delle prerogative costituzionali del potere Esecutivo i comportamenti, giungendo all'annullamento dei conseguenti atti processuali. In particolare si configurano atti probatori pienamente legittimi sul piano processuale, ma, contemporaneamente, lesivi delle norme disciplinanti la sfera di attribuzione dei poteri governativi, e, perciò, meritevoli di caducazione. Difficile leggere in altro modo le stesse parole della Consulta: "...ritenendo che, nel caso in esame, il contegno osservato dalla Procura milanese non potesse che conformarsi al rispetto delle regole del codice di rito penale, che impongono al pubblico ministero di mettere a disposizione del giudice dell'udienza preliminare tutto il materiale d'indagine legittimamente reperibile.., si finirebbe con l'esaurire nella valutazione della sola pretesa legittimità della sua condotta, dal punto di vista meramente processuale, il ben diverso giudizio sulla idoneità della stessa a garantire il rispetto delle prerogative costituzionali spettanti al Presidente del consiglio in tema di segreto".

Resta da chiedersi quale condotta alternativa, rispetto a quella tenuta in osservanza delle regole di procedura, fosse lecito attendersi dall'organo dell'accusa, al fine di non invadere le prerogative del potere esecutivo. Inoltre, ritenendo che fossero le norme processuali, sulla base delle quali aveva agito il pubblico ministero, idonee a produrre una menomazione della sfera di attribuzione del potere esecutivo, la Corte avrebbe dovuto sollevare di fronte a se medesima una questione di legittimità costituzionale (prerogativa pacificamente riconosciuta in sede di giudizio per conflitto di attribuzione), non certo limitarsi ad annullare gli atti posti in essere in conformità alla legge.

²³³ G. SALVI, cit, pag. 80.

delle quali nessuno dei soggetti chiamati a deporre aveva opposto il segreto di Stato. L'assunto è la non spettanza del potere, in capo al pubblico ministero, di richiedere l'ammissione dell'incidente probatorio né, in capo al giudice per le indagini preliminari, di ammetterlo, essendo preesistente il vincolo di segretezza sul tema oggetto di prova. Il segreto, infatti, sarebbe stato reso noto (non di opposizione in senso tecnico può parlarsi), anteriormente alla richiesta *ex art. 393 c.p.p.*, nel corso di una "interlocuzione" tra Procura ed Esecutivo²³⁴. Questo, a parere della Consulta, sarebbe sufficiente a inibire ogni attività probatoria connessa alla tematica coperta dal segreto.

Le norme dell'art. 202 c.p.p., che disciplinano un complesso procedimento oppositivo- confermativo, sarebbero dunque "ad applicazione eventuale" bastando, appunto, una "nota" della Presidenza del Consiglio dei Ministri (si badi bene: trattasi

²³⁴ Un aspetto della pronuncia in esame che merita menzione è, senz'altro, l'emergere di una concezione dei rapporti tra potere Esecutivo e autorità giudiziaria che non può non destare perplessità. Sembra dominare le parole della Corte, infatti, l'idea che all'autorità giudiziaria spetti il compito di preservare e contribuire a realizzare l'interesse statale alla preservazione del segreto di Stato. Congiungendo, poi, tale assunto di fondo con la considerazione che, in questa materia, l'identificazione dell'interesse pubblico all'apposizione del segreto, coincide con una "valutazione politica" del Presidente del Consiglio dei Ministri, evidente appare come si finisca per sottintendere come doveroso l'instaurarsi di una "collaborazione" dell'autorità giudiziaria col governo, tesa alla preservazione degli interessi tutelati dal segreto. Una configurazione siffatta, tuttavia, appare in assoluto contrasto con il ruolo, attribuito dalla legge processuale, nonché dalle norme costituzionali stesse, tanto al pubblico ministero quanto al giudice procedente. Il primo, in quanto titolare dell'azione penale, ha il compito esclusivo di assumere ogni iniziativa investigativa, accordatagli dal codice, allo scopo di determinarsi in merito all'esercizio dell'azione, nonché allo scopo di sostenerla nel giudizio. Il giudice, viceversa, è tenuto a sottoporre al proprio libero convincimento, alla luce del capo d'imputazione, il materiale probatorio legittimamente ammesso e acquisito. Nelle sue valutazioni circa l'ammissibilità della prova egli non può essere tenuto ad altro che alle norme processuali che regolamentano il procedimento probatorio, non potendo, certo, far rientrare nell'ambito del suo sindacato considerazioni discrezionali legate ad interessi extraprocessuali. I poteri investigativi e istruttori di cui sono titolari gli organi dell'autorità giudiziaria, dunque, sono circoscritti e regolamentati dal rito penale, e non possono considerarsi legittime pericolose auto- limitazioni legate al perseguimento di interessi esogeni dal procedimento. Assumere che all'autorità giudiziaria in ultima analisi, spetti "il compito di preservare quel valore" (trattasi delle esigenze di sicurezza nazionale tutelate dal segreto di Stato), "a prescindere dalla pregressa utilizzazione degli atti in riferimento ai quali il segreto è stato apposto" ci pare, dunque, un grave errore prospettico.

di una comunicazione estranea a qual si voglia contesto procedimentale formalizzato nell'art. 202 c.p.p.) a produrre un effetto paralizzante su ogni potere istruttorio, vagamente avente ad oggetto i fatti coperti da segreto.

L'ipotesi è sorprendente e sconta la riduzione del testo normativo a mero esercizio narrativo, privo di una doverosa cogenza applicativa, lo sbarramento alla funzione giurisdizionale non avvenendo in seguito all'integrazione delle procedure e delle fattispecie codicistiche, ma sulla base di irrituali "interlocuzioni, note, comunicazioni" dell'autorità governativa²³⁵. Sono conclusioni che non possono accettarsi. Il ragionamento è replicato dalla Corte, altresì, nell'annullamento delle richieste di prova testimoniale, nonché della relativa ordinanza ammissiva in quanto, dalle circostanze oggetto d'esame risultanti dalle liste *ex art. 468 c.p.p.*, emergeva la possibile afferenza della deposizione ai *themata* vietati. Ciò, al solito, a prescindere dal verificarsi di una precisa opposizione, compiuta in dibattimento dal soggetto chiamato a rendere la testimonianza, in un momento logicamente successivo alla ammissione della prova stessa, e precedente alla sua effettiva acquisizione, come prevede l'art. 202 c.p.p. Le perplessità circa l'esito caducatorio si colgono, altresì, dal fatto che nello stesso provvedimento ammissivo il giudice dibattimentale si riservava di effettuare, in sede di acquisizione della prova, una valutazione sulle singole domande, escludendo soltanto quelle eventualmente "tese a ricostruire la tela dei più ampi rapporti" tra i menzionati organismi di *intelligence*. La stessa ammissione di tali mezzi di prova, è considerata dalla Corte Costituzionale, una violazione delle prerogative governative in materia di segreto di Stato, con conseguente, necessario annullamento dell'ordinanza istruttoria.

L'impressione è che la Corte sia incorsa in un grave infortunio. Nessuna chiarezza ermeneutica nell'argomentare, nessuna coerenza del *decisum*, che appare orientare verso l'oggettività del segreto, nonostante il catalogo di statuizioni di principio enunciato in apertura, ove, viceversa, si fa costante riferimento, quale oggetto del segreto, non già a notizie o conoscenza, ma a "fonti di prova" o "mezzi di prova".

²³⁵ G. SALVI, cit., pag. 79. L'autore sottolinea, altresì, come "la Corte (usi) come sinonimi i termini di 'apposizione' e di 'opposizione', che rispondono invece a poteri diversi, attribuiti a soggetti distinti e in fasi diverse della complessa procedura di apposizione/ opposizione/ conferma/ verifica/ responsabilità del segreto di Stato".

Anche la dottrina favorevole ad una lettura “sostanzialistica” del segreto in questione, non può non rilevare le ambiguità della Corte. Resta incerto che cosa possa effettivamente considerarsi escluso dalla legittima cognizione giudiziaria: “se sono segreti i rapporti tra servizi.., sono segreti per ciò solo tutte le informazioni che concernano, in qualunque estensione, fatti o circostanze che a tali organi si riferiscono? Era in realtà questo l’oggetto del contendere. Le domande rivolte ai testimoni e agli indagati non riguardavano altro che la partecipazione di diverse persone fisiche ad un’azione illegale, con indicazione dei ruoli rispettivi e delle direttive a essi o da essi impartite, con riferimento sempre ad una specifica azione, oggetto di accertamento penale. Non aver sciolto questo nodo, anche nel dichiarare inammissibile il ricorso della Procura, volto a rendere manifesta l’ambiguità nell’opposizione del segreto, comporta che esso continuerà a produrre i suoi frutti avvelenati nel giudizio in corso”²³⁶.

L’attesa di un chiarimento definitivo è dunque delusa. Ne emerge uno sconquasso interpretativo e applicativo in cui è arduo orientarsi. Tanto non aiuta certo l’interprete ad una costruzione sistematica dell’istituto. In questo quadro, e per le ragioni lungamente esposte, rimaniamo, dunque, dell’avviso che il segreto di Stato vieti l’acquisizione (coattiva) di prove, non già, in assoluto, la conoscenza di fatti rilevanti, restando questa conoscenza collegata all’impossibilità, del tutto eventuale, di acquisirla alternativamente al processo. Ne discende una limitazione del perimetro di tutela processuale, accordata dall’ordinamento, al segreto di Stato, al singolo mezzo di prova nell’acquisizione del quale la preclusione venga opposta da soggetto legittimato e, rigorosamente, nelle forme e nei tempi previsti dal codice di rito.

3.2 L’eccezione di segretezza

Le norme che riconoscono una tutela processuale al segreto di Stato interpongono un elemento ulteriore e intermedio nell’ordinario fluire della sequenza istruttoria. La complessa procedura descritta nell’art. 202 c.p.p. si colloca, infatti, in un momento preciso della fase dibattimentale ed, esattamente, dopo l’ordinanza ammissiva della

²³⁶ G. SALVI, cit., pag. 82.

richiesta di prova testimoniale, o la sua ammissione *ex officio* ai sensi dell'art. 507 c.p.p., e subito prima della sua effettiva acquisizione.

Le norme sul segreto, dunque, interpongono un diaframma tra le due fasi, logicamente e giuridicamente consequenziali, benché cronologicamente separate, del procedimento probatorio²³⁷. Il giudice ha già valutato la legittimità e la rilevanza delle prove ritualmente richieste dalle parti o, nel caso esercitasse poteri istruttori officiosi, ha addirittura ritenuto la prova assolutamente necessaria al decidere. Effetto tipico del provvedimento ammissivo sarebbe il radicarsi in capo alle parti (anche quelle che non avessero richiesto l'ammissione della prova *ex art.* 495, comma 4-*bis*) di un diritto all'acquisizione della prova²³⁸. L'art. 202 c.p.p. costituisce, dunque, una cesura netta tra i due momenti: la prova è ammessa, ma non si sa *a priori* se possa essere acquisita, costituendo presupposto per potervi procedere, una condizione negativa costituita dalla mancata opposizione del segreto di Stato da parte di soggetto legittimato.

Il teste qualificato, nonché penalmente tenuto al segreto, è titolare di una mera facoltà di astensione dalla deposizione. E', tuttavia, necessario che faccia constare la sua condizione di soggetto legittimato per avvalersene. La procedura prevista dall'articolo in questione necessita di un atto propulsivo per attivarsi, facendo venir in essere quel divieto probatorio consistente nell'impossibilità del giudice di coartare il teste alla deposizione. Ciò che neutralizza l'obbligo testimoniale, impedendo al giudice di procedere all'assunzione della deposizione e imponendogli l'attivazione della procedura d'interpello, è, dunque, un'eccezione espressa, posta in essere dal teste medesimo. In mancanza di un'opposizione del vincolo di segretezza, nessun limite ai poteri istruttori del giudice e delle parti è venuto in rilievo e ogni risposta, costituisca o meno notizia coperta da segreto, è utilizzabile nel giudizio. Le responsabilità penali del teste loquace esulano dal procedimento nel corso del quale le dichiarazioni incriminabili sono rese.

Sul piano processuale, dunque, l'obbligo di non divulgazione, penalmente sanzionato, si sostanzia e si precisa in obbligo di opposizione del segreto di fronte al

²³⁷ F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, cit., pag. 77.

²³⁸ G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, III edizione, 2007, pag. 100.

giudice procedente nelle forme del codice di procedura. E' bene precisare che il testo normativo non specifica particolari modalità o formalità che il soggetto deve osservare. Si deduce, tuttavia, che l'eccezione di segretezza debba constare in una dichiarazione (almeno in sede testimoniale) orale che, pur non dovendo motivare le ragioni sulla base delle quali è resa, certamente debba far rilevare la sussistenza dei requisiti soggettivi e oggettivi che ne legittimano l'esercizio. In *re ipsa* al sollevamento di una eccezione, da cui discendano limiti all'esercizio di poteri istruttori del giudice, una delibazione circa la ricevibilità della stessa, quantomeno sotto il profilo della legittimazione attiva del soggetto che la effettua. La legittimità dell'opposizione, se non può essere sindacata nel merito dall'autorità procedente, deve tuttavia risultare conforme alle regole legali che determinano i soggetti abilitati ad effettuarla.

Eccezion fatta per il segreto di Stato deve ritenersi che il giudice *ex officio* o, eventualmente, stimolato dalle parti, debba procedere ad una delibazione circa la sussistenza (nel momento in cui venne a conoscenza della notizia oggetto di segreto) in capo all'obiettore della qualificazione soggettiva di "pubblico ufficiale, pubblico impiegato o incaricato di pubblico servizio". A tale valutazione si aggiungerà quella circa la sussistenza dei requisiti oggettivi di ricevibilità dell'eccezione, consistenti nell'estraneità dei "fatti" o "notizie" oggetto di segreto ai reati previsti dall'art. 204 c.p.p., aspetto su cui ci soffermeremo nel prossimo paragrafo. Nulla esclude l'apertura di una parentesi procedimentale, volta all'acquisizione di mezzi di prova idonei ad effettuare tali valutazioni, constando nell'accertamento di "fatti da cui dipende l'applicazione di norme processuali" (art. 187 c.p.p., comma secondo).

L'esito di tale scrutinio può essere duplice. Non sussistendo uno dei requisiti summenzionati di "ricevibilità" dell'atto di opposizione, il giudice rigetterà l'eccezione, ordinando al teste di deporre. Si deve, infatti, ritenere che l'obbligo di attivare la procedura d'interpello, nonché il venir in essere di un divieto di coartazione del teste, possano conseguire soltanto ad un'opposizione rituale e legittima. In caso contrario, il giudice sospenderà ogni iniziativa volta all'acquisizione della prova e attiverà la procedura di interpello prevista dalla legge.

Quanto alla natura giuridica dell'atto di opposizione, c'è concordia in dottrina nel qualificarla come dichiarazione di scienza, atta a spiegare un duplice effetto: da un

lato motivare al giudice il rifiuto di deporre, segnalandone la legittimità, dall'altro determinare l'insorgenza di un divieto probatorio relativo alla coartazione del testimonianza²³⁹. Che, sotto il piano sostanziale, costituisca un atto dovuto, posto in essere in base ad una "situazione soggettiva di dovere a contenuto omissivo"²⁴⁰, non rileva ai fini processuali. Importante, in ogni caso, precisare che la condotta omissiva (riferibile all'obbligo di astenersi dal deporre) suddetta, in ambito processuale, subisce una particolare metamorfosi finendo, in sostanza, per tramutarsi in una condotta mista, dovendo, il soggetto che intenda astenersi, far constare la sussistenza di un vincolo di segretezza, come detto, attraverso una dichiarazione esteriore rivolta all'organo procedente.

Una precisazione s'impone. La circostanza che il sollevamento dell'eccezione in esame costituisca un atto dovuto, ai sensi della legge sostanziale, da parte del funzionario chiamato a deporre, non esclude l'esistenza di una sfera, irriducibilmente ampia, di apprezzamento e di discrezionalità dello stesso circa l'esatta individuazione di quanto ritenersi coperto dall'*arcanum*. La natura segreta di una notizia è, infatti, concetto del tutto indeterminato, in mancanza di una precisa catalogazione di tipo oggettivo dei documenti e delle notizie riconducibili a tale ambito. La scelta del legislatore, in questa materia, conferma il tradizionale, e discutibile, rifiuto del criterio della classificazione preventiva dei fatti e dei documenti attratti nella sfera del segreto, restando tale determinazione affidata alla valutazione, caso per caso, del Presidente del Consiglio dei Ministri. Nessun rapporto di immediata reciprocità può dedursi, nell'attuale sistema, tra apposizione di una classifica di riservatezza su un documento nella disponibilità dei Servizi di informazione per la sicurezza della Repubblica e segreto di Stato rilevante a fini penali come processuali²⁴¹. I concetti di

²³⁹ C. BONZANO, *Segreto- Tutela processuale*, cit., pag. 4.

²⁴⁰ In ordine alla struttura di tali fattispecie di comportamento processuale caratterizzate da una condotta omissiva, F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Giappichelli, 1957, pag. 183 e ss.; RIVELLO, cit, pag. 89.

²⁴¹ Al pari di quanto si dirà per ciò che concerne le classifiche di riservatezza, anche l'apposizione del segreto di Stato, che di queste può considerarsi una categoria del tutto speciale, risulta indipendente dalla sua possibile rilevanza nel procedimento penale. Al fine di evitare possibili confusioni interpretative è necessario sottolineare l'autonomia giuridica e concettuale intercorrente tra atto di apposizione e atto di opposizione del segreto di Stato. Quest'ultimo rappresenta un atto processuale,

idoneo a determinare una paralisi dei poteri istruttori del giudice penale. Il primo, invece, costituisce un atto di competenza esclusiva del Presidente del Consiglio dei Ministri, secondo il disposto dell'art. 1 della l. 124/ 2007, o dell'autorità da lui delegata (art. 3), volto ad impedire l'accesso al documento o all'informazione protetta a chiunque non abbia titolo alla sua conoscenza. Come già la dottrina risalente sottolineava, "l'atto di apposizione va riferito all'atto deliberativo con cui il soggetto a ciò legittimato conferisce ad un dato o ad una notizia la particolare classifica, nella specie di segreto di Stato, la cui efficacia si esplica nel divieto di circolazione della notizia stessa nei confronti di chiunque non sia espressamente autorizzato" (G. PAOLOZZI, cit., pag. 269). L'apposizione del segreto di Stato rappresenta, dunque, lo strumento di limitazione dell'accesso ai documenti e alle informazioni di maggior forza ed estensione dell'ordinamento, e corrisponde all'esercizio di una potestà insindacabile del vertice del potere esecutivo, rigorosamente ristretto entro i limiti di cui all'art. 39 (nozione di segreto di Stato) della legge medesima. L'atto, la cui natura politica o amministrativa resta controversa, esplica, in ogni caso, un'efficacia giuridica meramente interna all'apparato politico-amministrativo dello Stato, sfornita di risvolti processuali. La circostanza che la secretazione di un documento sia intervenuta, non rileva ad alcun titolo quale intralcio all'ordinario fluire del procedimento probatorio, almeno finché la sua sussistenza non venga eccepita in giudizio dai soggetti cui tale facoltà è attribuita dalla legge, e nelle forme e nei tempi del codice di rito. La secretazione, precedente e, *a fortiori*, successiva, in altri termini, non consente *ex se* di ritenere sussistente un intralcio all'accertamento penale. D'altra parte, occorre rilevarsi, come neanche sul piano sostanziale vi sia piena coincidenza tra atto di apposizione e segretezza della notizia. Se, infatti, deve certamente riconoscersi segreta la notizia oggetto di apposizione, ben potrebbe rivestire la medesima qualità, *ex art. 261 c.p.*, la notizia sulla quale nessuna apposizione fosse stata formalmente effettuata. In sintesi, deve ritenersi l'atto di apposizione quale atto di natura meramente dichiarativa e non costitutiva del vincolo di segretezza. Il segreto di Stato, al contrario (sempre da un punto di vista sostanziale) avrebbe "carattere ontologico" (C. MOSCA, G. SCANDONE, S. GAMBACURTA, M. VALENTINI, *I servizi di informazione e il segreto di Stato -legge 3 agosto 2007, n.124*, Giuffrè, 2008, pag. 510). Come rilevato dalla migliore dottrina, infatti, "notizie, atti, documenti non sono segreti perché un atto li qualifichi come tali, ma perché rappresentativi di fatti e situazioni la cui diffusa conoscenza nuocerebbe alla sicurezza dello Stato...è dunque la relazione con tale interesse che, in modo originario, si pone come costitutiva del segreto di Stato ed insieme acquisitiva allo Stato, se notizie o documenti *ab initio* siano nati o confezionati in ambito statale. Sul segreto lo Stato vanta un diritto in termini di pertinenza esclusiva" (F. MASTROPAOLO, *Nozione e disciplina del segreto di Stato*, in AA. VV., *Segreto di Stato e servizi di informazione e sicurezza- commento alla legge 24 ottobre 1977, n. 801*, Roma, 1978, pag. 42).

Sul piano strettamente processuale, il rapporto tra apposizione e segreto di Stato, rilevante *ex art. 202 c.p.p.*, è, dunque, ancora più evanescente, a nulla rilevando l'apposizione dello stesso ove non fosse seguita o preceduta, da rituale apposizione. D'altra parte nulla osta che il Presidente del Consiglio,

documento classificato e documento o informazione segreta, non si implicano a vicenda, restando, al contrario, del tutto autonomi fra loro²⁴². Il sistema di classificazione²⁴³, la cui disciplina è stata integralmente riformulata dalla l. n. 124 del 2007, infatti, produce effetti meramente interni all'organizzazione dei Servizi, in quanto finalizzato a determinare il livello di accesso alle informazioni da parte di personale abilitato, nonché da parte di soggetti, esterni all'organigramma degli apparati di sicurezza, ma dotati di apposito "nulla osta sicurezza", certificazione di idoneità all'accesso alle informazioni, a sua volta, graduato in relazione ai livelli di classificazione previsti dalla legge. Riscontro positivo di questo ragionamento va rintracciato nell' art. 204 c.p.p., comma 1- *quater*, laddove, a tutte lettere, si stabilisce che "il segreto di Stato non può essere opposto o confermato ad esclusiva tutela della classifica di segretezza". Ragionando *a contrario* non può che desumersi che "il segreto non può essere opposto (o confermato) per la sola ragione (a esclusiva tutela) del fatto che l'informazione sia classificata; occorre che essa sia idonea a ledere gli interessi sostanziali tutelati dal segreto o..che le ragioni di segretezza sussistano (e permangano), o direttamente *ex art.* 39, comma 1 (l. n. 124 del 2007), o indirettamente per il comma 3 del medesimo articolo"²⁴⁴.

Il rapporto tra apposizione delle classifiche di riservatezza e opposizione del segreto di Stato, si configura, dunque come di reciproca autonomia potendo, tutt'al più, considerarsi l'apposizione della massima qualifica prevista dalla legge come indicazione significativa del livello di "sensibilità" dell'informazione rispetto ai fini tutelati attraverso le norme sul segreto di Stato, la cui sussistenza, comunque, prescinde dalla stessa.

Nell'attuale panorama normativo inevitabile, dunque, che "la concreta valutazione circa la sussistenza del segreto finirà per dipendere, in buona parte,

debitamente interpellato dall'autorità procedente, confermi la sussistenza del segreto in assenza di un precedente atto di apposizione, e viceversa.

²⁴² In questo senso, G. SALVI, *Confermate le classifiche di riservatezza*, in *Guida al diritto*, Il sole 24 ore, 2007, numero 40, pag. 77.

²⁴³ Per un approfondimento sul punto, C. MOSCA, G. SCANDONE, S. GAMBACURTA, M. VALENTINI, *I servizi*, cit., pag. 715 e ss.

²⁴⁴ G. SALVI, *Interpretazione estensiva della fattispecie*, in *Guida al diritto*, Il sole 24 ore, 2007, numero 40, pag. 73.

dall'apprezzamento personale²⁴⁵ di ciascun soggetto qualificato. La problematica qui sollevata, circa l'ambiguità della sfera di estensione del vincolo di segretezza, tuttavia, se potrà suscitare legittime perplessità sul piano della determinatezza della fattispecie incriminatrice penale, nessun rilievo riveste ai fini dell'applicazione delle norme processuali.

Delineato così il meccanismo previsto dai primi due commi dell'art. 202 c.p.p., un'ulteriore considerazione è opportuna. L'obbligo di segretezza, la cui estensione è determinata dalla norma penale (art. 261 c.p.) in combinato disposto con la definizione di segreto di Stato, contenuta nell'art. 39 l. n. 124 del 2007, potrebbe coinvolgere esclusivamente alcuni temi di prova su cui il soggetto è chiamato a rendere testimonianza. Potrebbe, infatti, emergere dalle liste predibattimentali (art. 468 c.p.p.) o dalle successive (art. 493 c.p.p., comma secondo) richieste di prova, o ancora, dall'esercizio dei poteri istruttori officiosi (art. 507 c.p.p.), la necessità di esaminare il teste su una pluralità di temi di prova, tra loro anche notevolmente indipendenti, solo alcuni dei quali coperti dal segreto di Stato. In questo caso il teste sarebbe penalmente esposto ad un dovere di non divulgazione afferente solo ad una parte della propria deposizione. Dando per acquisito che la tutela processuale del segreto si estende fintanto che la deposizione sarebbe penalmente illecita, non può che desumersi come la neutralizzazione dell'obbligo testimoniale nel processo sia da circoscrivere, rigorosamente, in relazione a quei temi di prova che siano effettivamente oggetto di segreto, ai sensi della legge sostanziale, restando in piedi per gli altri. Da qui, la necessità che l'atto di opposizione (o i più atti di opposizione che potrebbero essere posti in essere, nel corso della medesima testimonianza, ma in relazione a diversi temi di prova) del segreto sia riferito ad ogni singolo tema di prova che le parti ritengano di affrontare nel corso dell'esame e, di conseguenza, la possibilità di una testimonianza frazionata, non bastando la sussistenza di un vincolo di segretezza su una singola questione, magari assolutamente marginale ai fini del giudizio, a consentire al teste di sottrarsi alla *cross examination*.

²⁴⁵ V. GREVI, *Segreto di Stato e processo penale*, in *Segreto di Stato e giustizia penale*, a cura di M. CHIAVARIO, Zanichelli, 1978, pag. 78.

L'impostazione qui accolta, dunque, nega la possibilità che il giudice possa rilevare *ex officio*²⁴⁶ la sussistenza del segreto quale limite ai propri poteri istruttori, postulando, al contrario, la rilevabilità *ope exceptionis* dello stesso²⁴⁷. L'assunto è direttamente consequenziale ad una ricostruzione generale del segreto di Stato quale modulo procedimentale da cui non possa dedursi un limite assoluto e oggettivo alla cognizione giudiziale.

Propendendo per quest'ultima tesi, il discorso dovrebbe radicalmente mutare e indirizzarsi per un'interpretazione, chiaramente, *ultra litteram* dell'art. 202 c.p.p. Si dovrebbe, infatti, far retroagire l'operatività del limite, costituito dal segreto, al momento della valutazione di ammissibilità della prova. Esclusi *in toto* i temi di prova oggetto di segreto dalle possibilità del giudice penale, dovrebbero ritenersi, *ex ante*, inammissibili le prove che tali *themata* tentassero di disvelare, ancorché i soggetti fonte di prova non rivestissero le qualità soggettive menzionate nella legge. Tale giudizio d'inammissibilità *ex ante* ricorrerebbe tutte le volte in cui l'autorità procedente fosse stata, in qualche modo, preavvisata della sussistenza del segreto, residuando una sfera di applicabilità dei primi due commi dell'art. 202 c.p.p. nelle altre ipotesi.

Tale ragionamento consegue all'accoglimento di una concezione di fondo qui avversata. Ci limitiamo, in questa sede, a rilevare come, oltreché irragionevolmente espansiva della coltre di segretezza, tale modello interpretativo tradisca completamente il dato letterale della disciplina normativa, essendo evidente la svalutazione del momento dell'opposizione del segreto in questione in atto meramente eventuale e non necessario all'attivazione della tutela processuale del segreto, opinione su cui non si può che dissentire.

²⁴⁶ In tal senso, L. SFORZA, *Sicurezza nazionale, segreto e giurisdizione*, in *Per aspera ad veritatem*, 2004, n. 28, reperito su www.sisde.it; F. M. GRIFANTINI, *Segreto di stato e divieto probatorio*, cit., pag. 526.

²⁴⁷ Nel senso di una rilevabilità *ope exceptionis* del segreto, perfino con riferimento alla disciplina precedente all'introduzione del Codice di rito vigente, G. PAOLOZZI, cit., pag. 319 e ss., il quale sottolinea che, ritenendo il giudice sfornito di una potestà di rilevare d'ufficio la sussistenza di un limite ai propri poteri istruttori, dovuto alla sussistenza del segreto di Stato, "la dichiarazione di segretezza adempirebbe realmente ad una funzione insostituibile come unico tramite attraverso cui l'organo può essere posto sull'avviso che l'operazione probatoria incontra la sua linea d'arresto".

3.3 Limiti oggettivi all'opposizione del segreto: l'art. 204 c.p.p. ed il suo difficile rapporto con l'art. 66 disp. att. c.p.p.

Limiti legali oggettivi circoscrivono tassativamente la rilevanza processuale del segreto di Stato. La storia giurisprudenziale italiana, nonché numerosi fatti di cronaca particolarmente avvertiti dall'opinione pubblica nazionale e internazionale, accendono le luci sul rischio che un uso distorto o criminoso degli *arcana imperii* possa, per la potenza dello strumento utilizzato, pregiudicare il tessuto stesso dell'ordinamento democratico e repubblicano, nonché porre gravemente in pericolo la stessa convivenza civile²⁴⁸. La possibilità di sbarrare l'esercizio della funzione giurisdizionale, accordata, dalle norme di legge, al potere esecutivo, potrebbe tramutarsi da mezzo di salvaguardia della sicurezza nazionale e della democraticità della Repubblica in abusivo strumento di aggressione ai valori stessi cui la Costituzione si informa, gli stessi valori, ad esclusiva difesa dei quali, una democrazia funzionante può legittimare il sollevamento di una coltre d'inconoscibilità. Da estremo baluardo della Costituzione il segreto di Stato potrebbe, dunque, tramutarsi in strumento di eversione della stessa. Singolare metamorfosi, già sperimentata dal nostro ordinamento, al prezzo di laceranti conseguenze sulla vita civile del Paese, tra cui, non ultima, la negazione del diritto alla verità storica²⁴⁹.

Il primo monito è nella sentenza del 24 Maggio 1977, n. 86, della Corte costituzionale²⁵⁰. La *ratio* della statuizione della Corte è evidente: se è possibile avvalersi in sede processuale dello *ius tacendi* per tutelare l'integrità dell'ordine

²⁴⁸ Molteplici esempi possono essere rintracciati in F. CLEMENTI- EMENUSCI, *Il segreto di Stato. Dal caso Sifar alla "giustizia negata" di Ustica e Bologna. Profili giuridici e prospettive di riforma*, editori riuniti, 1990; F. CASSON, *Stragi della trasparenza*, in *Il sole 24 ore* del 29 ottobre 1995; G. FLAMINI- AMINUNZIATA, *Segreto di Stato, uso e abuso*, Editori Riuniti, 2002.

²⁴⁹ Per un approfondimento di tali riflessioni, G. FASANELLA, G. PELLEGRINO, C. SESTRIERI, *Segreto di Stato*, Sperling & Kupfer, 2008.

²⁵⁰ Sentenza della Corte Costituzionale n. 86 del 24 Maggio 1977: "mai il segreto potrebbe essere allegato per impedire l'accertamento di fatti eversivi dell'ordine costituzionale".

costituzionale, sarebbe illogico e pericoloso poter fruire della medesima facoltà di astensione per finalità opposte²⁵¹. L'indicazione rimarrà tralattizia, rappresentando una costante di tutti gli interventi normativi che incideranno sulla materia. Tracima immediatamente nell'art. 12 l. 24 ottobre 1977, n. 801, che spezza l'immobilismo legislativo su uno dei temi istituzionalmente più sensibili dell'ordinamento positivo a quasi trent'anni dall'introduzione della Costituzione. Immediatamente dopo averne fornito la definizione sostanziale, la norma precisa che "in nessun caso possono essere oggetto di segreto di Stato fatti eversivi dell'ordine costituzionale". Trattasi di precisazione "a rigore pleonastica", secondo la migliore dottrina, "dal momento che fatti del genere non potrebbero assolutamente rientrare nell'area protetta dal primo comma dello stesso art. 12"²⁵², ma, senza dubbio, di altissimo valore simbolico e ideologico.

Evidenti le conseguenze processuali: posta la piena sovrapponibilità tra estensione sostanziale e processuale dell'area del segreto (almeno nel regime *ante* '89), fatti eversivi dell'ordine costituzionale non possono mai ostacolare l'acquisizione di una prova nel processo penale non godendo più, la notizia che ad essi si riferisce, di alcuna possibilità di tutela. "In termini concreti ciò significa che l'autorità procedente, ove si avveda, delibando l'attendibilità della dichiarazione fatta dal testimone in ordine alla segretezza del tema della deposizione, che il vincolo circonda situazione di pericolo per lo Stato, in luogo di garantirne la difesa, ha il dovere di acquisire *manu militari* il documento, ovvero di disporre che il teste deponga senza avviare la procedura di interpello del Presidente del Consiglio"²⁵³.

Il quadro è cristallino. Il vincolo di segretezza non può mai riguardare né direttamente, né indirettamente fatti legati alla fenomenologia dell'eversione. Nessuno sbarramento della funzione giurisdizionale è, dunque, recepito nel sistema processuale in queste ipotesi. Opposto il vincolo di segretezza su tali fatti, il giudice respinge l'eccezione, ordinando al teste di deporre. Non si tratta di una valutazione giudiziale sul merito dell'eccezione di segretezza, bensì del rigetto di un'eccezione in carenza di potere, esorbitando l'area dell'eversione dai temi di prova che potrebbero

²⁵¹ C. BONZANO, cit., pag. 6; P. PISA, *Il segreto di Stato, profili penali*, Giuffrè, 1977, pag. 241.

²⁵² V. GREVI, cit., pag. 77.

²⁵³ G. PAOLOZZI, cit., pag. 301- 302.

legittimamente essere secretati. Nessuna attivazione della procedura d'interpello, dunque, e la macchina giudiziaria fa il suo corso.

L'entrata in vigore dell'attuale codice di rito introduce nell'ordinamento una specifica disposizione processuale che rinsalda il principio, dandone una declinazione più ampia. L'art. 204 c.p.p. sancisce, a tutte lettere, che “non possono essere oggetto del segreto previsto dagli articoli 201, 202, 203 fatti, notizie o documenti concernenti reati diretti all'eversione dell'ordinamento costituzionale”²⁵⁴. A prescindere dalle valutazioni di ordine sostanziale, sui fatti in questione, nessuna preclusione probatoria è tollerata dall'ordinamento. La previsione in esame pone, contemporaneamente, un duplice ordine di limiti: “il segreto non può certamente avere ad oggetto episodi di eversione, ma non è consentito neppure che un segreto

²⁵⁴ Ragioni di completezza sistematica esigono una breve digressione. F. CORDERO, *Procedura*, cit., pag. 700, formula un interessante rilievo in merito all'art. 204 c.p.p. Questo sarebbe “costituzionalmente eccezionale” per essersi il legislatore discostato dalle indicazioni contenute nella legge delega per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale (l. 16 febbraio 1987, n. 81). In particolare, lo scostamento riguarderebbe l'art. 2, numero 70, della stessa, il quale prevedeva che “nessun tipo di segreto” potesse coprire “fatti, notizie o documenti concernenti reati diretti all'eversione dell'ordinamento costituzionale”. Nel tradurre in norme codicistiche tali direttive, il legislatore introduce, infatti, una clausola di esclusione relativa ai soli segreti di cui agli “art. 201, 202, 203 c.p.p.”, eccettuando, dunque, il segreto professionale. L'Autore, pur rilevando tale profilo d'illegittimità costituzionale, riconosce, tuttavia, come “ragionevole” la riduzione apportata, risultando l'indicazione contenuta nella legge delega, “massima estremistica”.

Non si può che concordare, considerando l'aberrazione cui si sarebbe andati incontro laddove si fosse impedito al professionista di serbare una sfera di segretezza in merito alle informazioni ricevute nell'esercizio della propria attività. Ne sarebbe, infatti, conseguito il pregiudizio di fondamentali diritti della persona umana, quali, ad esempio, il diritto alla salute o alla difesa, il cui pieno esercizio, preme precisare, prescinde da qualsivoglia valutazione circa la gravità o la natura dei fatti addebitabili. Sostanzialmente su questa linea interpretativa, *ex pluribus*, C. DI MARTINO, *La prova testimoniale: contenuto e limiti soggettivi*, in C. DI MARTINO- RTINROCACCANTI *di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, Utet, 1993- 1998, II, pag. 478., *La prova testimoniale nel processo penale*, Cedam, 1999, pag. 110; G. SPANGHER, *sub art. 204 c.p.p.*, in *Commento al codice*

Per un'interpretazione volta a ricomprendere il segreto professionale nella clausola di esclusione di cui all'art. 204 c.p.p., E. FORTUNA, *Le prove*, in E. FORTUNA- RTUNRAGONE- AGONIUSTOZZI, *Manuale pratico del processo penale*, Cedam, 2007, pag. 410; A. SCALFATI, *Interessi in conflitto: testimonianza e segreti*, in *Verso uno statuto del testimone nel processo penale*, Atti dal convegno Pisa- Lucca del 28- 30 novembre 2003, Giuffrè, 2005, pag. 161.

gravante su fatti di tutt'altra natura possa essere validamente opposto per impedire l'accertamento di attività, quelle sì, volte a minare le fondamenta della Repubblica"²⁵⁵.

L'art. 204 c.p.p. introduce, dunque, un limite oggettivo all'opposizione del segreto, valutabile dal giudice in sede di deliberazione, non già sul merito (essendogli preclusa), bensì sulla ricevibilità dell'eccezione stessa. Ne risulta, di conseguenza, che non sia opponibile il segreto di Stato laddove il fatto oggetto di accertamento penale sia un reato contro l'ordine costituzionale, o laddove, pur essendo oggetto di accertamento un reato di altra natura, il tema della testimonianza ammessa abbia ad oggetto essa stessa "fatti eversivi dell'ordine costituzionale". In altri termini, non è tollerato dall'ordinamento né che l'*arcanum* riguardi esso stesso fatti di aggressione all'ordine costituzionale, né tantomeno che sia strumentalmente rivolto ad impedirne l'accertamento in sede processuale. La limitazione all'operatività del segreto in ambito processuale emerge come più estesa di quella deducibile *ex art. 12* (l. n. 801 del 1977), essendo evidente che, nel nuovo assetto normativo "oggetto del segreto e fatti eversivi possano non coincidere"²⁵⁶.

Effettuata l'opposizione, sarà il giudice procedente²⁵⁷ a valutare la natura del reato per il quale si procede o effettivamente coperto da segreto. Con riguardo a quest'ultima ipotesi deve ritenersi che la valutazione giudiziale debba necessariamente arrestarsi ad una deliberazione circa la conformità dei fatti oggetto di segreto con le fattispecie oggettive descritte nelle norme incriminatrici contro l'ordine costituzionale. Non sarebbe, infatti, ragionevole attendersi una cognizione giudiziale estesa all'effettiva integrazione del reato.

²⁵⁵ C. BONZANO, *Il segreto di Stato*, (voce) in *Il diritto, enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, Il Sole 24 Ore, 2007- 2008, pag. 273- 274.

²⁵⁶ C. BONZANO, *cit.*, pag. 274.

²⁵⁷ Opportuna la precisazione dell'art. 204 c.p.p., primo comma, secondo la quale, in merito alla qualificazione della natura del reato, "prima dell'esercizio dell'azione penale provvede il giudice per le indagini preliminari su richiesta di parte".

Dalla lettura della sola disposizione codicistica, si deduce che, ritenuta irricevibile l'eccezione, il giudice debba rigettarla senza avviare l'ordinaria procedura d'interpello e procedere ordinando al teste di deporre²⁵⁸.

L'art. 204 c.p.p., efficacemente rubricato "esclusione del segreto", tuttavia, rappresenta norma delicatissima, in quanto potrebbe costituire un agile strumento "giurisdizionale" di ostacolo e sterilizzazione delle prerogative riconosciute dalla legge al governo, in materia di segreto di Stato. L'utilizzo di capziose qualificazioni giuridiche consentirebbe, infatti, l'agile superamento di ogni barriera all'esercizio della funzione giurisdizionale, legittimamente eretta attraverso l'*arcanum*. E' il comma secondo dello stesso art. 204 c.p.p. a prevedere, implicitamente, tale possibilità e predisporre gli opportuni correttivi: "del provvedimento che rigetta l'eccezione di segretezza è data comunicazione al Presidente del Consiglio dei Ministri"²⁵⁹. La comunicazione appare finalizzata a consentire una eventuale contromossa del vertice dell'esecutivo a tutela delle proprie prerogative eventualmente lese da strumentali qualificazioni giuridiche dei fatti. La reazione non potrà che essere il sollevamento del conflitto tra poteri dello Stato di fronte alla Corte Costituzionale che interverrà sanzionando eventuali comportamenti scorretti e ripristinando l'equilibrio tra poteri e la legalità repubblicana. Il meccanismo, *ictu oculi*, appare poggiare su solide basi costituzionali nonché razionalmente congeniato a tutela di tutti gli interessi coinvolti. Si direbbe, dunque, un'operazione legislativa ben riuscita. Plausi unanimi furono tributati dalla dottrina alla disposizione in esame, all'avvento del nuovo codice.

²⁵⁸ Ritiene che nelle originarie intenzioni del legislatore codicistico, successivamente stravolte (come si dirà nel seguito della trattazione) dall'emanazione delle norme di attuazione, la decisione del giudice di rigetto dell'eccezione di segretezza dovesse configurarsi come immediatamente eseguibile, sicché il teste avrebbe dovuto immediatamente deporre, G. LOZZI, *Lineamenti di procedura penale*, Giappichelli, 2007, pag. 239. Nello stesso senso F. M. GRIFANTINI, *Segreto di Stato e divieto probatorio*, cit., pag. 536, il quale, pochi mesi prima dell'entrata in vigore delle norme di attuazione, scrive: "Spetta sempre al giudice, in questi casi, verificare l'inesistenza del limite: poiché sarebbero illegittime le finalità del segreto e del divieto probatorio, il giudice potrà ordinare l'acquisizione della prova senza informare preventivamente il presidente del consiglio".

²⁵⁹ In questo senso, C. BONZANO, *Commento*, cit., pag. 33.

Il tranello era, tuttavia, dietro l'angolo. Circa dieci mesi dopo l'approvazione del codice, seguono le norme d'attuazione. Spirano venti da *ancient régime* e l'art. 66 disp. att. c.p.p., stravolge l'istituto²⁶⁰.

Pervenuta la comunicazione suddetta, il Presidente del Consiglio può confermare il segreto, smentendo l'ordinanza reiettiva, laddove ritenga che quanto coperto da segreto "non concerne il reato per cui si procede". Trattasi di "formula ambigua, con due possibili significati: che la prova sia irrilevante o l'ipotetico reato non mirasse all'eversione dell'ordinamento costituzionale"²⁶¹.

La razionalità della soluzione normativa è, a questo punto, smarrita. Non spetterebbe al vertice dell'Esecutivo valutare cosa sia o meno rilevante nel procedimento in corso, tantomeno "stabilire quale *nomen delicti* convenga al fatto"²⁶², ma tale osservazione vale soltanto ad aggravare i dubbi di costituzionalità che avvolgono la disposizione, come la migliore dottrina non cessa di rilevare²⁶³, non certo a risolvere i paradossi che vanno emergendo. L'art. 66 att. c.p.p. impone, altresì, al giudice una stasi del procedimento in attesa della valutazione presidenziale: rigettata l'eccezione, egli sospende l'assunzione della prova e notifica relativa comunicazione a Palazzo Chigi. Devono trascorrere trenta giorni (sessanta nell'originaria versione codicistica) dalla comunicazione, termine ultimo per l'esercizio del potere presidenziale di conferma, perché la prova sia acquisita.

²⁶⁰ Pur non attinente allo specifico tema del segreto di Stato, riteniamo necessario segnalare come un ulteriore capovolgimento di quanto disposto dall'art. 204 c.p.p. sia oggetto del primo comma dell'art. 66 att. al c.p.p. Questo, infatti, stabilisce che "nei fatti, notizie e documenti di cui all'articolo 204, comma 1, del codice non sono compresi i nomi degli informatori". La norma, in sostanza, ha l'effetto di reintrodurre, in maniera surrettizia, l'opponibilità del cd. "segreto di polizia" anche sui temi indicati individuati dall'art. 204, rendendo *inutiliter data* la menzione, contenuta nel medesimo, dell'art. 203 c.p.p.

²⁶¹ F. CORDERO, cit., pag. 701.

²⁶² F. CORDERO, cit., pag. 701.

²⁶³ C. BONZANO, cit., pag. 34, secondo il quale "appare indispensabile ricondurre il meccanismo descritto dall'art. 66 disp. att. c.p.p. nell'alveo dei canoni costituzionali scongiurando il rischio che possa essere segreto *quod principi placet*, senza limite alcuno: l'esercizio della funzione giurisdizionale non può cedere il passo alle scelte del Governo, viepiù se sottoposto ad un mero vaglio politico".

A questo punto il meccanismo dell'art. 204 c.p.p. ha subito una completa metamorfosi, trasformandosi in una surrettizia e inaccettabile replica della procedura d'interpello prevista ex art. 202 c.p.p. Nulla più distingue, se non il lessico codicistico, comunicazione dell'ordinanza di rigetto dell'eccezione e interpello. Comuni appaiono i possibili esiti del procedimento: conferma espressa²⁶⁴ o diniego, anche tacito. Identiche devono ritenersi le ricadute sul giudizio in corso: decisione nel merito, ove sia possibile prescindere dalla prova coperta da segreto, o *non liquet*, anche se su questo l'art. 66 att. c.p.p. non si esprime. Inutile girarci attorno: "l'art. 66 dissimula una reimposizione del segreto in materie su cui l'art. 204 lo esclude"²⁶⁵.

L'art. 40, l. 3 agosto 2007, n. 801, è intervenuto sia sull'art. 204 c.p.p., sia sull'art. 66 disp. att., senza porre rimedio alle incongruenze denunciate ma, al contrario, replicandone la struttura e le scelte di fondo. Intatto lo strabismo fra le due disposizioni, così come il meccanismo, appena esposto, di rigetto- comunicazione- conferma, il nuovo art. 204 c.p.p. apporta rilevanti innovazioni sotto altri profili.

La clausola di esclusione del segreto di Stato risulta estesa ai delitti previsti dagli articoli 285 (devastazione, saccheggio e strage), 416- *bis* (associazioni di tipo mafioso anche straniere), 416- *ter* (scambio elettorale politico- mafioso) e 422 (strage) c.p.²⁶⁶

Un apposito comma 1- *bis* introduce un'ulteriore estensione della clausola di esclusione alle "condotte poste in essere da appartenenti ai servizi di informazione

²⁶⁴ Opportuno precisare l'espressa estensione, operata dall'art. 40, quinto comma, l. 124/ 2007, dell'obbligo di comunicazione al Comitato parlamentare di controllo di cui all'art. 30 della legge medesima, dell'atto di conferma del segreto contemplato dall'art. 66 att. c.p.p., al fine di attivare il sindacato politico sull'esercizio governativo delle proprie prerogative in materia di segreto di Stato.

²⁶⁵ F. CORDERO, cit., pag. 701; Decisamente critica sull'operato del legislatore la dottrina assolutamente dominante, per tutti, C. DI MARTINO, *Prova testimoniale*, voce in *Enciclopedia Giuridica*, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 1991, vol. XXV, pag. 14; V. GREVI, *Prove*, in *Compendio di Procedura Penale*, a cura di G. CONSONREVI, Cedam, IV edizione 2008, pag. 337; G. LOZZI, cit., pag. 239; P. P. RIVELLO, cit., pag. 91; A. SCALFATI, cit., pag. 165.

²⁶⁶ La scelta di estendere la clausola di esclusione del segreto di Stato sui fatti concernenti tali reati rappresenta tardivo accoglimento delle istanze di giustizia e di verità di cui si fece portatrice l'Associazione familiari Vittime del 2 agosto e che sfociarono nella presentazione il 25 luglio 1983, al Senato della repubblica, di una proposta di legge di iniziativa popolare che non fu mai approvata dal Parlamento.

per la sicurezza in violazione della disciplina concernente la speciale causa di giustificazione prevista per attività del personale dei servizi di informazione per la sicurezza”. Il riferimento alle mere “condotte” va letto come limitazione della valutazione giudiziale ad un giudizio di corrispondenza tra fattispecie concreta oggetto di accertamento penale o tema oggetto di prova ed elemento oggettivo deducibile dalla norma incriminatrice penale. Si specifica, dunque, a tutte lettere, che l’operatività dell’art. 204 c.p.p. non risulta vincolata ad una cognizione incidentale del giudice precedente circa l’effettiva integrazione di tutti gli elementi costitutivi del reato rispetto al quale risulta preclusa la possibilità di opporre il vincolo di segretezza. Tale restringimento della delibazione giudiziale risultava, ragionevolmente, deducibile già nel sistema previgente, ma la precisazione appare senz’altro chiarificatrice e opportuna.

Quanto all’effettiva estensione della norma di esclusione del segreto, essa viene collegata dal legislatore, non più ad una specifica disposizione penale, bensì, con una formula omnicomprensiva, a tutte le condotte, astrattamente penalmente rilevanti, poste in essere da funzionari dei servizi in violazione (ma non in sua totale omissione) della procedura prevista per accedere alle cosiddette “garanzie funzionali”²⁶⁷. Trattasi di una articolata procedura, introdotta nell’ambito della generale riforma degli apparati di sicurezza compiuta con la stessa l. n. 124 del 2007, la quale consente agli appartenenti ai servizi di sicurezza o, in casi del tutto eccezionali, ai terzi che con essi collaborino, di fruire di una causa di giustificazione in relazione ai fatti di reato commessi nell’esercizio dei propri compiti istituzionali e debitamente autorizzati preventivamente ai sensi degli artt. 17 e 18 della legge medesima. Il corretto completamento del percorso autorizzatorio, culminante con un provvedimento del Presidente del Consiglio dei Ministri²⁶⁸ o dell’autorità delegata, comporta, dunque, l’instaurazione di una sfera di immunità penale rigorosamente circoscritta e finalizzata al compimento di operazioni ritenute indispensabili al perseguimento delle finalità istituzionali degli apparati di sicurezza. L’attribuzione di

²⁶⁷ Per un’esaustiva trattazione dell’argomento, C. MOSCA, G. SCANDONE, S. GAMBACURTA, M. VALENTINI, cit., pag. 208 e ss.

²⁶⁸ R. BRICCHETTI- ICCHISTORELLI, *Il premier autorizza condotte criminose*, in *Guida al diritto*, Il sole 24 ore, 2007, numero 40, pag. 65.

una garanzia ai membri dei servizi di informazione costituisce di per sé una scelta legislativa di estrema delicatezza per l'equilibrio delle istituzioni democratiche e di assoluta sensibilità sotto il profilo della compatibilità costituzionale. Logico, in questo quadro, prevedere l'inopponibilità del segreto di Stato in relazione ai comportamenti di rilevanza penale, compiuti in violazione della procedura autorizzatoria, consentendo al giudice penale l'accertamento in concreto di tutti i requisiti necessari per ritenere applicabile o meno la scriminante in questione²⁶⁹. Si introduce così una reale possibilità di controllo giudiziale circa l'effettivo perseguimento, da parte degli apparati dello Stato, dei propri fini istituzionali, nonché il rigoroso rispetto dei limiti che la legge impone loro. Peccato che anche sul comma 1- *bis* penda la spada di Damocle costituita dall'art. 66 disp. att. c.p.p., norma, che, anche in questo caso, ne stravolge il contenuto precettivo, attraverso il meccanismo già delineato.

Sul comma 1- *ter*, si è già detto nel precedente paragrafo e non vi ritorneremo.

Di nuova introduzione anche i commi 1- *quater* e 1- *quinquies*. La prima disposizione prevede, *expressis verbis*, quanto già deducibile dal sistema e evidenziato dalla dottrina. Smentita l'ordinanza di rigetto dell'eccezione di segretezza attraverso rituale conferma del segreto, unico strumento giudiziale di tutela delle proprie prerogative residua il sollevamento del conflitto tra poteri di fronte alla Consulta. La norma, sotto questo profilo, ricalca pedissequamente l'art. 202 c.p.p., ribadendo, altresì, l'inopponibilità alla Corte del segreto di Stato.

Dissonante e asistemico appare il successivo comma 1- *quinquies* nel disporre che "quando il Presidente del Consiglio dei Ministri non ritenga di confermare il segreto di Stato, provvede, in qualità di autorità nazionale per la sicurezza, a declassificare gli atti, i documenti, le cose o i luoghi oggetto di classifica di sicurezza, prima che siano messi a disposizione dell'autorità giudiziaria competente".

In questa sede, basti accennare che la consegna all'autorità giudiziaria di documenti classificati, non coperti da segreto di Stato, non ne comporta necessariamente la declassificazione (l'autorità giudiziaria sarà, conseguentemente, tenuta a custodire e trattare tale documentazione con particolare cautela e con modalità diverse dai

²⁶⁹ R. BRICCHETTI- ICCHISTORELLI, *Garanzie funzionali agli "007"*, in *Guida al diritto*, Il sole 24 ore, 2007, numero 40, pag. 62.

normali atti giudiziari, fatti salvi i diritti della difesa). Non è agevole dunque comprendere per quale motivo, laddove l'esecutivo non ritenga di confermare il segreto, opposto in giudizio e rigettato *ex art. 204 c.p.p.* sia, invece, tenuto a procedere alla declassificazione.

Delineati i confini materiali entro cui la legge processuale circoscrive la possibilità di eccepire in sede giudiziale il segreto di Stato, occorre soffermarsi sull'analisi di una applicazione giurisprudenziale di tali concetti di scottante attualità. Il riferimento obbligato è alla vicenda giudiziaria, già menzionata, riguardante il procedimento penale per il sequestro dell'imam egiziano Abu Omar, che vede contrapporsi aspramente l'autorità giudiziaria milanese, nella cui sede pende il procedimento, e la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Al centro dello scontro, relativo alla reciproca denuncia di indebito ostacolo all'esercizio dei poteri assegnati dalla Costituzione ai due organi, si pone una questione strettamente collegata agli argomenti appena esaminati.

In particolare il cuore del ricorso presentato dalla Procura di Milano²⁷⁰, nell'ambito del procedimento contenzioso attivato davanti alla Corte Costituzionale, in sede di conflitto tra poteri dello Stato, era rappresentato dalla qualificazione dei fatti oggetto di accertamento come "eversivi dell'ordine costituzionale". Da ciò, a detta del ricorrente, doveva derivare l'illegittimità di qualsiasi opposizione del vincolo di segretezza relativo ad ogni fatto, notizia o documento che fosse ritenuto rilevante ai fini del giudizio. Si teorizzava, dunque, che l'operatività dell'art. 204 c.p.p. potesse travalicare i procedimenti riguardanti reati specificamente diretti al sovvertimento delle istituzioni democratiche poste dalla Costituzione, per estendersi ai giudizi in cui si discutesse di un crimine lesivo di quei "principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale."²⁷¹ in quanto appartenenti "all'essenza dei valori supremi sui quali la Costituzione si fonda".

²⁷⁰ Ricorso in Gazzetta Ufficiale- Prima Serie Speciale- Corte Costituzionale, n. 42 del 31 ottobre 2007, pag. 93 e ss.

²⁷¹ Corte Costituzionale, sentenza n. 1146/ 1988, ma già anteriormente lo stesso concetto può rintracciarsi nelle sentenze n. 183/ 1973 e 180/ 1974.

Il ragionamento della procura è comprensibile. Il concetto di “ordine costituzionale” è più ampio di quello relativo al corretto funzionamento delle istituzioni democratiche e va rintracciato, altresì, nell’aderenza dell’ordinamento ad un quadro di valori, insuscettibili di revisione costituzionale, attinenti alla tutela dei diritti inviolabili della persona umana e costituenti, essi stessi, l’essenza profonda dell’ordinamento costituzionale. Fatta questa premessa, in linea con la cd. dottrina dei “valori supremi” codificata dalla Consulta stessa, non potrebbe negarsi come la “privazione della libertà personale di individui sospettati di terrorismo (non di rado erroneamente) senza alcuna garanzia giurisdizionale, al fine di trasportarli in Paesi terzi, poco sensibili per le garanzie della persona, e per ivi interrogarle sotto tortura”²⁷² non potrebbe che configurarsi quale “fatto eversivo dell’ordine costituzionale”. Ergo, nel relativo procedimento sarebbe impedita, ex art. 204 c.p.p., l’opponibilità del segreto di Stato, un comportamento antitetico costituendo *vulnus* alla sfera di attribuzione dei poteri dell’organo dell’accusa prevista dalla Costituzione²⁷³.

Il ragionamento è affascinante, ma non sarà condiviso dal Giudice delle leggi²⁷⁴, il quale, pur dichiarando inammissibile il ricorso, non oblitererà la questione, negando in radice la fondatezza delle censure mosse dal ricorrente all’operato dell’esecutivo. L’esegesi della Corte è cartesiana. Il fatto oggetto del processo non può considerarsi “come rientrante tra quelli eversivi dell’ordine costituzionale” per un duplice ordine di ragioni. *In primis* sarebbe stata la stessa Procura a contraddire se stessa avendo “ritenuto di ravvisare, nella specie, non la sussistenza del reato di cui all’art. 289- bis del codice penale (sequestro di persona a scopo di terrorismo o eversione), ma

²⁷² In favore dell’esclusione delle cd. *extraordinary rendition* (consegne straordinarie), ma sulla base dell’art. 17 l. 124/ 2007, già P. BONETTI, *Profili costituzionali delle garanzie funzionali per gli agenti dei servizi di informazione per la sicurezza*, in *Percorsi costituzionali*, 2008, n.1, pag. 46.

²⁷³ Per una puntuale esposizione di tale percorso argomentativo, A. PACE, *L’apposizione del segreto di Stato nei principi costituzionali e nella legge n. 124 del 2007*, in corso di stampa su *Giur. Cost.*, n. 5/ 2008, comunque disponibile sul sito www.costituzionalisti.it. Interessante sottolineare come l’Autore abbia rivestito il ruolo di difensore della Procura della Repubblica di Milano, nel corso del giudizio per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato di fronte alla Corte Costituzionale.

²⁷⁴ Il riferimento è alla già menzionata sentenza n. 106/ 2009 della Corte Costituzionale. Dalla stessa pronuncia provengono le citazioni testuali riportate.

soltanto di quello previsto e punito dall'art. 605 c.p. (sequestro di persona)". Inutili le barocche argomentazioni del ricorrente, spiega la Corte, quando egli stesso ha formulato un'imputazione dalla quale esorbita ogni riferimento a reati contro l'ordine costituzionale²⁷⁵: il pubblico accusatore ha, insomma, qualificato i fatti in antitesi con la prospettazione presentata alla Corte. *In secundis*, la Corte costituzionale mostra di condividere la scelta effettuata dalla Procura nel giudizio penale di contestare l'art. 605 e non l'art. 289- *bis* c.p. E', infatti, impossibile "ravvisare, nel reato in questione, il contenuto fondamentale del fatto eversivo" dovendo intendersi con questo il reato volto "a sovvertire l'ordinamento costituzionale e di travolgere l'assetto pluralistico e democratico dello Stato disarticolandone le strutture, impedendone il funzionamento o deviandolo dai principi fondamentali"²⁷⁶, secondo l'insegnamento della giurisprudenza di legittimità.

La lezione è chiara: la clausola di esclusione di cui all'art. 204 c.p.p. opera esclusivamente laddove i "fatti eversivi", oggetto di accertamento penale o di prova, siano tali nel senso tecnico- penalistico del termine, in quanto riconducibili a fattispecie incriminatrici dirette al sovvertimento delle istituzioni democratiche poste dalla Costituzione²⁷⁷. Le norme penali che, invece, tutelassero diritti inviolabili della persona umana di rango costituzionale non rientrano nella nozione, non essendo l'offesa al bene giuridico tutelato rivolta direttamente al sovvertimento o alla soppressione delle istituzioni repubblicane²⁷⁸.

L'interpretazione della Corte costituzionale è ineccepibile per coerenza col dato normativo e con il sistema immaginato dal legislatore penale sostanziale e processuale. In particolare, laddove l'art. 204 c.p.p. richiede espressamente che i fatti, le notizie o i documenti non suscettibili di secretazione debbano essere "diretti" all'eversione, introduce un requisito teleologico che non può che condurre a conclusioni conformi con il ragionamento del giudice costituzionale.

²⁷⁵ Affrontano tale questione P. PISA- SATTECCIOLI, *La nuova tutela penale del segreto di Stato: profili sostanziali e processuali*, in *Diritto Penale e Processo*, 2008, n.1, pag. 18 e ss.

²⁷⁶ Cass., sez. I, 11 luglio 1987, Benacchio, in *Riv. Pen.*, 1988, pag. 897.

²⁷⁷ Su questa linea già C. MOSCA, G. SCANDONE, S. GAMBACURTA, M. VALENTINI, cit., pag. 658.

²⁷⁸ In questo senso già V. VEUTRO, *Segreto di Stato illegale e pseudo- segreto*, in AA.VV., *Il segreto di Stato e i Servizi di Sicurezza in uno Stato di diritto liberale e democratico* (atti dal convegno di Catania- ottobre 1984), 1989, p. 119 e ss.

Tuttavia l'esito della Corte appare insoddisfacente sotto un altro, non secondario, profilo. Se la natura eversiva dei fatti non poteva rilevare ai fini dell'operare dell'art. 204 c.p.p., tuttavia, l'idoneità delle condotte dedotte in imputazione non potrebbero non essere ricondotte ad ipotesi di violazione dei diritti inviolabili dell'uomo, costituenti principi supremi dell'ordinamento costituzionale, di inaudita gravità. L'assunto, innegabile, se non rileva ai fini dell'art. 204 c.p.p., certamente rileva ai fini del sindacato sulla legittimità dell'apposizione, dell'opposizione o della conferma del segreto di Stato. Fatti simili non potrebbero che impattare, infatti, direttamente con la nozione sostanziale del segreto, di cui all'art. 39, l. n. 124 del 2007, restandone necessariamente esclusi. Se, infatti, l'*arcanum* è elevabile solo quale estremo presidio delle istituzioni previste dalla Costituzione, dell'integrità della Repubblica, dell'indipendenza dello Stato o della sua preparazione militare, come può ritenersi l'opposizione di un segreto relativo a condotte lesive dei diritti umani, e dunque radicalmente contrari ai principi supremi della Carta fondamentale, ricompreso in questa definizione e, perciò, legittima? I rilievi della Procura, dunque, pur potendo risultare infondati sul piano strettamente processuale, avrebbero dovuto portare all'attenzione della Corte una questione circa l'intrinseca legittimità del segreto, impedendo così a questo giudice di liquidare frettolosamente il problema come, invece, ha fatto. Il giudizio sulla legittimità del segreto, opposto o confermato, è affare che compete alla Corte costituzionale, in sede di conflitto di attribuzioni. Per espressa previsione normativa essa rappresenta la valvola di sicurezza di un sistema in cui all'autorità giurisdizionale è precluso qualsiasi sindacato di merito come di legittimità sul segreto. In questo quadro, è evidente che la valutazione della Consulta dovrebbe limitarsi ad un controllo sull'effettivo rispetto dei presupposti di legge che soprassedono alle prerogative governative in materia di segreto. Non potrebbe infatti tale sindacato estendersi ad una valutazione sul merito dell'esercizio dei relativi poteri, in quanto consistente in atto di "discrezionalità politica", il cui controllo resta affidato al circuito della responsabilità politica del governo di fronte alle Camere, attraverso il rapporto fiduciario tipico del modello parlamentare. E', dunque, assolutamente necessario e indispensabile che tale circoscritta e minimale forma di controllo venga effettivamente esercitata, rischiando, in sua assenza, di lasciare alla insindacabile valutazione dell'esecutivo, l'esercizio di uno strumento idoneo a

produrre uno sbarramento alla funzione giurisdizionale, la quale ne risulterebbe facilmente asservita. Una rinuncia ad esercitare tale controllo appare, dunque, la pericolosa e discutibile linea di tendenza del giudice delle leggi, come rileva la dottrina più avvertita, che sottolinea, altresì, come “portando alle estreme conseguenze il principio dell’insindacabilità della decisione politica, se non in sede parlamentare, la Corte non potrebbe neppure valutare se il segreto è opposto in casi non consentiti dalla legge, cosicché la previsione del conflitto sarebbe in ogni caso inutile”²⁷⁹.

3.4 *Testimonianza de relato e segreto di Stato*

Una breve digressione s’impone allo scopo di mettere in luce una delle questione più oscure e controverse concernenti lo “statuto processuale” del segreto di Stato.

Il vigente codice di rito dedica una disposizione apposita e articolata all’annosa questione circa l’ammissibilità ed i criteri di valutazione giudiziale della testimonianza indiretta. Il fenomeno sotteso è noto: il soggetto chiamato a deporre “si riferisce, per la conoscenza dei fatti, ad altre persone”. In altri termini, il teste dichiara di non aver avuto conoscenza o percezione diretta dei fatti oggetto di prova, ma di esserne venuto in possesso all’esito di un fenomeno informativo che individua un soggetto terzo quale fonte, a sua volta, diretta o indiretta, delle conoscenze medesime.

La questione è molto seria, e non attiene *tout court* ad una valutazione di attendibilità del dichiarante: un teste certamente attendibile potrebbe riferire una circostanza falsa appresa da un terzo. Il problema necessita, dunque, di una valutazione *ex ante* di idoneità della deposizione *de auditu* a costituire prova nel processo penale.

Il codice di rito affronta e risolve l’intricata e delicata questione partendo da un presupposto di fondo di altissimo rilievo in termini di civiltà giuridica. Deve essere esclusa dal materiale valutabile ai fini del giudizio ogni notizia anonima, in relazione alla quale, cioè, non sia possibile individuare la fonte, saggiarne l’attendibilità, verificare le circostanze in cui la notizia oggetto di prova è pervenuta alla sua

²⁷⁹ G. SALVI, *Ne scaturisce un approccio interpretativo*, cit., pag. 82.

conoscenza. In un ordinamento processuale civile e democratico, nessuno spazio può esservi, dunque (si badi bene, a fini probatori, non investigativi), per informazioni non verificabili attraverso il meccanismo del contraddittorio dibattimentale.

Da ciò, tuttavia, il legislatore non deduce l'estrema conseguenza di negare *in toto* l'ammissibilità e, successivamente, l'utilizzabilità delle testimonianze indirette. La scelta, ragionevole e intermedia, dell'art. 195 c.p.p. è quella di stabilire un generale principio di ammissibilità dei *relata*, salvo introdurre gli opportuni e rigorosi correttivi.

Radicalmente inutilizzabile la testimonianza indiretta di chi "si rifiuta o non è in grado di indicare la persona o la fonte da cui ha appreso la notizia" (comma settimo). Sono dunque vietate le notizie anonime in senso stretto.

Laddove invece il testimone identifichi con precisione la sua fonte, l'ordinamento processuale apre nuovi scenari al procedimento probatorio. *In primis* le parti vantano un diritto all'ammissione della testimonianza dei soggetti indicati come fonte. Tale previsione ha un duplice effetto sull'ordinario fluire del procedimento istruttorio: le parti riacquistano il diritto di effettuare richieste di prova²⁸⁰ (in assenza dell'art. 195 c.p.p., primo comma, sarebbe inammissibile la richiesta in quanto tardiva) ed il giudice non potrà negare loro, a pena di inutilizzabilità dei *relata*²⁸¹, l'ordinanza ammissiva della testimonianza del soggetto- fonte, salvo il suo esame non risultasse

²⁸⁰ G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in P. FERRUA- RRUANATRIFANTINI- IFANLLUMINATI- LUMORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, III edizione, 2007, pag. 79.

²⁸¹ Giurisprudenza e dottrina assolutamente maggioritarie concordano nel ritenere che il presupposto di utilizzabilità non sarebbe costituito necessariamente dall'escussione del testimone diretto: l'inutilizzabilità sarebbe comminata solo qualora, nonostante l'espressa richiesta di una parte processuale, pur risultando possibile l'esame, il giudice abbia omissso la citazione del testimone diretto. *Ex pluribus*, Cass., sez. IV, 04 ottobre, 2004, Biancoli, in *Nuova Proc. Pen.*, 2006, pag. 341; Cass., sez. VI, 24 ottobre, 2003, De Rose, in *Arc. Nuova Proc. Pen.*, 2004, pag. 677; Cass., III sez., 2 luglio 2003, Baini, in *Arc. Nuova Proc. Pen.*, 2004, pag. 591; Cass., III sez., 28 novembre 2001, Muscas, in *Le Leggi d'Italia, Repertorio on line*. In dottrina, in tal senso, A. BALSAMO- LSAMO PIPARO, *La prova per sentito dire: la testimonianza indiretta tra teoria e prassi applicativa*, Giuffrè, 2004, pag. 348; A. FURGIUELE, *La prova per il giudizio*, in G. RICCIO- CCIOPANGHER, *La procedura penale*, Edizioni scientifiche italiane, pag. 462; V. GREVI, in *Compendio di Procedura Penale*, cit., pag. 317; P. TONINI, *La prova penale*, Cedam, 2000, pag. 102.

“impossibile per morte, infermità o irreperibilità”. *In secundis* al giudice è attribuito il potere di ammettere *ex officio* la testimonianza del soggetto- fonte. Laddove il giudice non ritenesse di esercitarlo e le parti restassero acquiescenti, la giurisprudenza pacifica ritiene integrato *per facta concludentia* un accordo tacito volto a consentire l'utilizzabilità processuale della testimonianza indiretta, in ossequio al principio dispositivo nell'ammissione della prova accolto nell'art. 190 c.p.p.²⁸²

Riassunti, così, sommariamente, gli snodi processuali che consentono l'ingresso nel giudizio ai *relata*, occorre menzionare la scelta legislativa, compiuta nei commi successivi del medesimo art. 195 c.p.p., di restringerne ulteriormente l'utilizzabilità, in casi di particolare delicatezza o a tutela dell'unità del sistema. Riguardo al tema dei segreti rilevanti nel processo penale, centrale resta il comma sesto dell'articolo in questione. Esso prevede uno specifico divieto d'esame “sui fatti comunque appresi dalle persone indicate negli artt. 200 e 201 in relazione alle circostanze previste nei medesimi articoli”.

Il contenuto di tale divieto probatorio è immediatamente leggibile: vietata l'ammissione e, *a fortiori*, l'acquisizione di una testimonianza *de relato* di soggetti non qualificati, che siano venuti a conoscenza di fatti coperti da segreto professionale, giornalistico o d'ufficio, da parte di soggetti- fonte tenuti alla preservazione del segreto²⁸³. Il legislatore, in tal modo, intende prevenire il sacrificio dei valori tutelati agli artt. 200 e 201 c.p.p. attraverso la loro pubblicizzazione in sede di testimonianza indiretta, non essendo, nemmeno, certa l'effettiva possibilità di acquisire al giudizio tali conoscenze. L'esito incongruo di ogni previsione alternativa è evidente. Il segreto sarebbe svelato, con pregiudizio dei fondamentali interessi alla cui tutela è preordinato e la macchina giudiziale potrebbe tuttavia non essere validamente implementata, laddove il soggetto titolare del segreto fosse chiamato a deporre quale fonte della conoscenza e si avvalsesse della facoltà d'astensione che la legge gli accorda. Logico, allora, il divieto d'esame: solo il soggetto titolare del

²⁸² Cass., VI sez., 15 dicembre 1998, Leone, in *in Giur. It.*, 1999, pag. 132; Cass., VI sez., 24 ottobre 2003, in *Cass. Pen.*, 2005, pag. 151; Cass., IV sez., 24 ottobre 2005, in *Cass. Pen.*, 2007, pag. 718; Cass., II sez., 10 gennaio 2006, in *Cass. Pen.*, 2007, pag. 718.

²⁸³ A. FURGIUELE, *La prova*, cit., pag. 462.

segreto potrebbe utilmente scegliere di non esercitare la facoltà d'elisione *de quo*, assumendosene i rischi penali. Coerente con tali asseriti le ipotesi derogatorie alla regola d'esclusione: legittima la deposizione *de auditu* allorché il soggetto fonte abbia già deposto sui fatti coperti dal segreto o li abbia in altro modo divulgati. Venuto meno il rischio di un effimero pregiudizio agli interessi tutelati dal segreto, si riepande l'interesse all'accertamento dei fatti tipico del procedimento probatorio. A compendio di ciò, utile precisare l'estensione applicativa di tali regole, dovendosi intendere testimone *de relato*, il soggetto che sia venuto a conoscenza dell'informazione in qualunque modo: direttamente, tramite una confidenza di qualunque tipo dei depositari della notizia, indirettamente (caso fortuito, ecc.) o illecitamente.

La questione circa la deposizione *de relato*, con riferimento ai segreti professionale o d'ufficio, può dirsi, con ciò, risolta, ed efficacemente, dal legislatore. Residuano, tuttavia, forti dubbi circa il segreto di Stato che non è menzionato nel novero di cui all'art. 195 c.p.p., sesto comma.

Stando al dettato letterale, ai *relata* concernenti fatti coperti dal segreto di Stato, dovrebbe, dunque, applicarsi la disciplina generale della testimonianza indiretta. Il teste, sfornito della qualifica soggettiva idonea a legittimarlo ad astenersi, potrebbe essere chiamato, perciò, a deporre, non potendo riscontrarsi alcun divieto d'esame nelle norme processuali. Ammissibile la sua testimonianza, egli sarebbe comunque esposto penalmente *ex art. 261 c.p.* (reato comune). A questo inconveniente porrebbe rimedio la causa di giustificazione dell'art. 51 c.p.: la deposizione costituisce ufficio doveroso, la divulgazione di notizie segrete in adempimento del dovere giuridico di deporre sarebbe, dunque, scriminata. Il teste indiretto è, dunque, tenuto a "rispondere secondo verità" di fronte al giudice, lo voglia o meno. Un rifiuto ingiustificato lo renderebbe teste reticente e, perciò, penalmente perseguibile. Supponendo che parli, divulga lecitamente informazioni che potrebbero nuocere alla *salus reipublicae*. La sua deposizione non sarebbe, tuttavia, validamente utilizzabile. Un giudice assennato potrebbe disporre d'ufficio l'escussione del soggetto fonte indicatogli. Lo stesso avverrebbe ove fosse una parte a richiederlo. Il soggetto in questione, munito della opportuna qualifica soggettiva *ex art. 202 c.p.p.* e penalmente tenuto al segreto, potrebbe scegliere d'astenersi, rendendo inutilizzabile *i relata*. Il meccanismo ha

dato luogo ad un esito paradossale e aberrante: sacrificati i supremi interessi dello Stato, senza che la macchina giudiziaria abbia potuto avanzare nella ricerca della verità. Questo è quanto desumibile dall'art. 195 c.p.p.

Difficile non leggervi un autentico refuso del legislatore, un *lapsus calami* consistito, in sede di redazione della norma, nella mancata menzione dell'art. 202 c.p.p. accanto agli artt. 200 e 201 c.p.p. Trattasi, probabilmente, della semplice "dimenticanza" di un legislatore distratto. La dottrina, concorde nell'individuare l'assurdità di tutto ciò, è tuttavia, divisa sui risvolti applicativi della stessa.

I partiti che si affrontano sono essenzialmente tre.

Un primo filone dottrinario, pur rilevando la contraddittorietà di quanto emergente dalle norme in esame, propende per una lettura tassativa degli articoli menzionati nel suddetto sesto comma²⁸⁴. Prescrivendo una deroga, consistente nell'introduzione di un perentorio divieto d'esame, al regime generale della testimonianza indiretta, che la vuole ammissibile, costituisce norma speciale e, perciò, insuscettibile di applicazione analogica. L'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale parla chiaro: le leggi "che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati". Per quanto aberrante l'applicazione di tale principio al caso in esame possa sembrare, l'interprete deve inchinarsi, *de iure condito*, di fronte ad una statuizione di assoluta chiarezza del legislatore sovrano. Residuerrebbero i margini per valutazioni di politica legislativa o per un possibili rilievi d'incostituzionalità della norma, così formulata, sotto il profilo della ragionevolezza.

Un secondo, maggioritario, fronte dottrinario ritiene, al contrario, l'art. 195 c.p.p., sesto comma, "senza dubbio comprensivo del segreto di Stato"²⁸⁵. L'assunto si regge su un ragionamento *ad absurdum*, data l'assoluta contraddittorietà cui un'interpretazione letterale, come visto, conduce, non ultimo, escludendo l'applicabilità del divieto d'esame al segreto preordinato a proteggere interessi vitali dello Stato, che finirebbe col risultare meno protetto del segreto d'ufficio o professionale. Ritenendo, al contrario, il segreto di Stato incluso analogicamente nel

²⁸⁴ F. CORDERO, *Procedura*, cit., pag. 686.

²⁸⁵ V. GREVI, in *Compendio di Procedura Penale*, cit., pag. 326.

divieto d'esame, si restituirebbe coerenza complessiva al sistema sanando, altresì, ogni dubbio di costituzionalità della norma²⁸⁶.

Ulteriori spunti di riflessione fornisce la dottrina che, a monte, presceglie una lettura del segreto di Stato in chiave oggettiva. Esclusi da quanto legittimamente possa costituire oggetto di accertamento probatorio i fatti, i documenti e le notizie, coperte da segreto di Stato, il comma sesto cesserebbe di evidenziare l'imprecisione di un legislatore sprovvisto²⁸⁷. Si tratterebbe di mera economia legislativa. Un divieto d'esame, dedotto *ultra litteram* dall'art. 202 c.p.p., esteso anche a soggetti sorniti di opportuna qualifica, non avrebbe alcun bisogno di essere replicato in sede di testimonianza *de relato*, in quanto già esistente²⁸⁸. La diversità qualitativa tra segreto professionale e, soprattutto, d'ufficio e segreto di Stato, giustificherebbe la menzione dei primi due soltanto, essendo immanente al segreto di Stato un divieto d'esame trasversale e indiscriminato²⁸⁹.

Respinta quest'ultima tesi per la fallacia che, a giudizio di chi scrive, deve attribuirsi ai suoi presupposti ermeneutici di fondo, resterebbero in campo le prime due tendenze della dottrina. Tra di esse, è probabilmente la prima e non la seconda che riteniamo di sposare. Innegabili e condivise le assurdità cui una interpretazione letterale del disposto conduce, riteniamo, tuttavia, che l'interprete debba fermarsi di fronte all'evidenza del tenore legislativo. Assolutamente meritori appaiono gli sforzi

²⁸⁶ C. DI MARTINO, *Prova testimoniale*, cit., pag. 3; G. DI PAOLO, *La testimonianza de relato nel processo penale: un'indagine comparata*, Università degli studi di Trento, 2002, pag. 297; A. FURGIUELE, *La prova*, cit., pag. 462; V. GREVI, in *Compendio di Procedura Penale*, cit., pag. 326; ”; A. SCALFATI, *Interessi*, cit., pag. 160.

²⁸⁷ N. TRIGGIANI, *sub art. 202*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA-G. SPANGHER, Ipsoa, III edizione 2007, pag. 1414. L'autore sottolinea come “la lacuna del testo è probabilmente dovuta ad un difetto di coordinamento, in quanto originariamente il segreto di Stato era tutelato da un divieto oggettivo rivolto chiunque potesse rivelarlo (art. 193 progetto preliminare al c.p.p. 1978), ben diverso dalla versione finale dell'articolo 202 c.p.p.”.

²⁸⁸ F. M. GRIFANTINI, *Segreto di Stato e divieto probatorio*, cit., c. 539; G. RICCIO- CCIOE STEFANO, *La tutela processuale del segreto di Stato tra interventi giurisprudenziali e proposte di riforma*, in *PD*, 1998, 383.

²⁸⁹ G. AZZALL, *Prove penali e segreti*, Giuffrè, 1967, pag. 117; G. MAGGIORE, *A proposito del segreto militare: appunti sui divieti probatori e l'inammissibilità nel processo penale*, in *Riv. Pen.* 1969, pag. 468.

di quanti tentino un'operazione analogica, volta ad estendere l'applicabilità dell'art. 195 c.p.p., sesto comma, al segreto di Stato. Tuttavia l'ostacolo a qualsiasi operazione analogica, costituito dalla qualificazione come eccezionale della disposizione in esame, ci sembra risolutivo e insuperabile. Allo stesso modo non riteniamo percorribile un'interpretazione costituzionalmente orientata che si tradurrebbe più in un'operazione nomopoietica che concretamente interpretativa. Non spetta dunque all'interprete, in un contesto siffatto, che denunciare, *de iure condendo*, le anomalie del testo normativo e rilevare i non secondari dubbi di costituzionalità, sotto il profilo della ragionevolezza, da esso emergenti.

3.5 *La procedura d'interpello*

Lo sbarramento alla funzione giurisdizionale, che l'applicazione delle norme sul segreto di Stato comportano, si realizza attraverso l'integrazione di una fattispecie a formazione progressiva, compiutamente descritta nell'art. 202 c.p.p.

Il primo snodo procedurale, come visto, consiste nel sollevamento dell'eccezione di segretezza da parte di un soggetto legittimato. Si apre, a questo punto, una delibazione giudiziale volta ad accertarne la legittimazione (sotto il profilo soggettivo) e la "ricevibilità" (sotto il profilo oggettivo). Conclusa tale delibazione in senso positivo, i poteri istruttori giudiziali ne risultano intaccati. Il comma secondo dell'articolo in esame impone la sospensione di "ogni iniziativa volta ad acquisire la notizia oggetto di prova".

Scatta, già in questa fase, un divieto probatorio relativo in capo al giudice, consistente nell'impossibilità di coartare l'oppositore alla deposizione. L'effettivo cristallizzarsi di tale divieto, avverrà laddove pervenisse tempestivamente la conferma presidenziale del segreto ma, pendente la questione circa l'effettiva sussistenza dell'impedimento e, quindi, nelle more del procedimento d'interpello, deve ritenersi precluso al giudice ogni possibilità di esercitare pressioni sul testimone. La testimonianza estorta rappresenterebbe, già in questa fase, un atto probatorio inutilizzabile ai fini della decisione.

Con questa paralisi immediata dei poteri istruttori, coincide l'insorgenza di un vero e proprio obbligo giuridico, in capo all'autorità procedente, di attivare la procedura d'interpello. La notifica a Palazzo Chigi della richiesta di conferma o diniego dell'opposizione, dovendo considerarsi, fin dall'introduzione del vigente codice di rito, atto dovuto. Nessuna discrezionalità, dunque, può riconoscersi in capo al giudice, il quale procederà con interpello a prescindere da personali convinzioni circa l'effettiva fondatezza o meno dell'atto oppositivo²⁹⁰.

I testi legislativi non prevedono particolari formalità dell'atto d'interpello. Tuttavia, deve ritenersi, che la sua formulazione debba essere concretamente idonea a rendere edotta la Presidenza del Consiglio dei termini essenziali della questione e, in particolare, della natura e dello stato di avanzamento del procedimento, dell'identità del soggetto oppositore, dei temi oggetto di prova in relazione ai quali sia stata sollevata l'eccezione. La necessità di individuare dei requisiti minimi di contenuto, in assenza dei quali sarebbe impossibile qualificare come esistente l'atto d'interpello, è, inoltre, giustificato in ragione dei non secondari effetti giuridici da esso discendenti.

Il vertice dell'esecutivo sarà sottoposto, infatti, al termine perentorio (ridotto dalla l. n. 124 del 2007) di trenta giorni, per l'esercizio del suo potere di conferma del segreto, il decorso del quale, è legislativamente equiparato al diniego espresso. Una conferma tardiva non sortirà, dunque, effetto alcuno sul procedimento in corso e consentirà al giudice di procedere anche ordinando al teste di deporre.

Due le questioni problematiche che meritano una riflessione in questa sede.

La nuova formulazione normativa pone, infatti, un serio quesito interpretativo. In particolare, occorre domandarsi se la sospensione dell'attività istruttoria, conseguente all'eccezione, riguarderà esclusivamente l'acquisizione della specifica prova nel corso della quale il segreto viene opposto o, piuttosto, ogni attività probatoria volta all'allegazione al processo del tema, oggetto di prova, rispetto al quale l'oppositore ha ritenuto di astenersi. Assodato che l'acquisizione testimoniale, nel corso della quale si fosse verificata l'opposizione, ben potrebbe proseguire su

²⁹⁰ In tal senso, *ex pluribus*, C. BONZANO, *Segreto- Tutela processuale del Segreto di Stato*, pag. 4; F. CORDERO, *Procedura*, cit., pag. 697; C. DI MARTINO, *Prova testimoniale*, cit., pag. 13; F. M. GRIFANTINI, *Segreto di Stato e divieto probatorio*, cit., pag. 534; G. LOZZI, cit., pag. 239; T. PROCACCIANTI, *Testimonianza*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, III, Utet, 2005, pag. 1670.

themata probandi rispetto ai quali non sussista alcun vincolo di segretezza, residua l'ulteriore interrogativo circa la possibilità di procedere all'acquisizione di diversi mezzi di prova aventi ad oggetto proprio i fatti in relazione ai quali l'eccezione è stata effettuata. A giudizio di chi scrive, quest'ultima pare la soluzione più corretta, in coerenza con il più generale orientamento interpretativo già espresso.

Un'ulteriore e risalente questione, merita di essere accennata. L'attivazione della procedura d'interpello, nel vigente codice di rito, sembra collegarsi strettamente al precedente sollevamento dell'eccezione di segretezza. In altri termini, l'obbligo di interrogare il vertice dell'esecutivo, al fine di ottenere conferma o smentita circa la sussistenza di un ostacolo all'accertamento penale, sembra presupporre necessariamente un atto di opposizione del segreto, operato dal soggetto chiamato a deporre. Atto di opposizione e procedura d'interpello sarebbero, così, momenti ineludibili di una sequela procedimentale volta a dare rilevanza processuale al segreto in questione. Laddove l'ordinamento ha ritenuto, per ovvie ragioni di buon senso, che saranno meglio esaminate, di prescindere da tale concatenazione di atti, lo ha previsto espressamente. Il riferimento obbligato è all'art. 270 *bis* c.p.p., recentemente introdotto dalla l. n. 124 del 2007 che, evidentemente, per la peculiarità del mezzo di prova cui si riferisce e del relativo procedimento acquisitivo, rappresenta disciplina eccezionale rispetto all'ordinario meccanismo procedurale idoneo a dare ingresso nel procedimento al vincolo di segretezza. Tale digressione è funzionale ad affrontare il quesito circa la possibilità di una attivazione *ex officio* della procedura d'interpello, che, cioè, possa prescindere o precedere l'atto di opposizione.

Inevitabile addivenire ad una soluzione negativa, in quanto "l'atto di opposizione del segreto, esternato con la dichiarazione, resta il presupposto inderogabile per la consultazione del Presidente del Consiglio, nonché per l'emissione dell'atto deliberativo che questi emana ove ritenga di opporre il segreto di Stato²⁹¹". Come la migliore dottrina ha esattamente sottolineato, dunque, "in questa ipotesi e solo in questa ipotesi la legge configura l'atto oppositivo"²⁹².

²⁹¹ G. PAOLOZZI, cit., pag. 380.

²⁹² S. LABRIOLA, *Le informazioni per la sicurezza dello Stato*, Giuffrè, 1978, pag. 198; *Contra*, ma in relazione alla normativa precedente all'adozione del vigente codice di rito, L. VIOLANTE, in *Segreti e*

Se ne dovrebbe desumere, altresì, l'assoluta irrilevanza processuale dell'atto presidenziale di apposizione del segreto di Stato che precedesse l'ammissione o l'acquisizione di una prova, astrattamente riconducibile all'area del segreto, laddove quest'ultimo non venisse ritualmente eccepito in giudizio. L'impedimento ai poteri istruttori giudiziali non può, dunque, che ritenersi connesso all'integrazione di una fattispecie a formazione progressiva costituita, imprescindibilmente, dalla sequela opposizione- interpello- conferma.

3.6 *L'atto di conferma del segreto*

La cristallizzazione dell'effetto ostativo ai poteri istruttori del giudice penale si realizza, senz'altro, con la tempestiva conferma dell'eccezione di segretezza da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri. L'atto confermativo si pone, dunque, come momento conclusivo della fattispecie a formazione progressiva summenzionata, idonea a dare rilevanza in sede processuale al segreto di Stato. Requisiti minimi previsti dalla legge, perché possa dirsi integrata la fattispecie, sono, dunque, la tempestività della conferma (deve essere effettuata nel termine perentorio di trenta giorni dall'interpello dell'autorità procedente), la riconducibilità dell'atto al vertice dell'esecutivo, la motivazione del provvedimento.

Quanto alla eventuale carenza del primo requisito, è lo stesso art. 202 c.p.p. a disporre una automatica e piena riespansione dei poteri istruttori giudiziali, equiparando, *iuris et de iure*, l'ipotesi di tardività della conferma all'espresso diniego presidenziale della fondatezza dell'opposizione.

Per ciò che concerne l'ipotesi estrema di un atto di conferma emesso da un organo diverso dal Presidente del Consiglio, deve concludersi che il giudice procedente non possa ritenersi a ciò vincolato, dovendosi fare riferimento più alla categoria dell'inesistenza dell'atto, in quanto posto in essere in carenza assoluta di potere, che ad un vizio di legittimità dello stesso. L'esclusiva attribuzione al Presidente del

prova penale (atti dal convegno), 1979, pag. 131, il quale osserva: "se il giudice dovesse acquisire in qualsiasi modo una notizia apparentemente coperta dal segreto, non potrebbe esimersi dall'interpellare il Presidente del Consiglio nella sua qualità di autorità nazionale per la sicurezza".

Consiglio dei Ministri, renderebbe, dunque, irrilevante, nel procedimento in corso, ogni atto confermativo non riconducibile ad esso, il quale non potrebbe valere né ad interrompere il decorso del termine di trenta giorni, né, tantomeno, ad integrare l'ipotesi di conferma dell'eccezione di segretezza.

Discorso parzialmente diverso necessita l'ipotesi, parimenti estrema, di un atto presidenziale di conferma totalmente carente di motivazione. In prima approssimazione, occorre rammentare, come il requisito motivazionale, non recepito nel testo legislativo fino alla recente riforma (l. n. 124 del 2007), fosse stato indicato dalla Corte costituzionale già nella fondamentale sentenza n. 86 del 1977 e, successivamente, ribadito con giurisprudenza pacifica. Nell'attuale testo di legge, la motivazione dell'atto di conferma rappresenterebbe, dunque, un elemento imprescindibile ed essenziale dello stesso. Da ciò, tuttavia, non può dedursi che il giudice interpellante, a fronte di un atto di conferma tempestivo ma non motivato, possa, *sic et simpliciter*, ritenere non integrata la fattispecie di cui all'art. 202 c.p.p. La questione investe, infatti, il problema, di ardua soluzione e di assoluta rilevanza, della sindacabilità, da parte dell'autorità giudiziaria, dell'atto di conferma presidenziale del segreto. Tale possibilità deve ritenersi tendenzialmente esclusa alla luce del testo normativo e della giurisprudenza costituzionale, assolutamente monolitica sul punto. Ciò premesso, occorre, tuttavia, approfondire l'annosa questione circa la qualificazione giuridica dell'atto di conferma medesimo. Il problema ha assunto un rilievo centrale nel corso della tribolata storia applicativa e giurisprudenziale del segreto di Stato, costituendo il presupposto dogmatico per ritenere ammissibile o negare un sindacato incidentale del giudice procedente sulla conferma governativa. Tale questione, come diremo, ha, probabilmente, oggi trovato un punto di arresto, ma non cessa, per ciò solo, di rivestire un notevole interesse sul piano della ricostruzione teorica dell'istituto.

Punto di partenza imprescindibile non potrebbe che essere la configurazione, operata dal giudice delle leggi, delle determinazioni governative sul merito dell'apposizione e della conferma del segreto di Stato, in chiave di discrezionalità politica. L'assunto, che resterà tradizionale nella giurisprudenza della Corte²⁹³, è formulato, a chiare lettere, nella stessa pronuncia n. 86 del 1977, nella quale si dice espressamente che la

²⁹³ La stessa sentenza n. 106/ 2009 della Corte riporta testualmente gli stralci menzionati nel testo.

valutazione governativa “non può non consistere in un’attività ampiamente discrezionale e, più precisamente, di una discrezionalità che supera l’ambito e i limiti di una discrezionalità puramente amministrativa, in quanto tocca la *salus reipublicae*”. A definitiva specificazione del suo pensiero la Corte ribadisce più avanti che “il giudizio sui mezzi idonei e necessari per garantire la sicurezza dello Stato ha natura squisitamente politica e, quindi, mentre è consono agli organi ed alle autorità politiche preposte alla sua tutela, certamente non è consono alla attività del giudice”. Il discorso sembrerebbe chiudersi qui. La Corte, senza mai dirlo apertamente, sembrerebbe favorevole ad una qualificazione della conferma quale atto avente natura politica, non amministrativa²⁹⁴. L’opzione in tal senso è decisiva, essendo l’atto politico sottratto a qualunque sindacato giurisdizionale, sia in via diretta che incidentale, e finanche all’area del principio di legalità²⁹⁵. Nessuna cognizione giurisdizionale spetterebbe al giudice procedente come al giudice amministrativo. La ricostruzione della Corte sarebbe idonea a troncane in radice ogni discussione e incertezza.

Tuttavia, un indirizzo dottrinario sottoporà a serie critiche tali approdi²⁹⁶, giungendo, altresì, a negare che, dalle parole del giudice delle leggi, si possa desumere una qualificazione in termini politici dell’atto di conferma²⁹⁷. Tali tesi dottrinarie affondano le proprie radici nella distinzione tra atto politico e atto

²⁹⁴ Nettamente favorevoli a qualificare l’atto di conferma come avente natura politica, S. M. CICONETTI, *I codici e il segreto*, in *Astrolabio*, 1968, pag. 14; C. MOSCA, G. SCANDONE, S. GAMBACURTA, M. VALENTINI, cit., pag. 514 e ss. Seppur in forma più dubitativa F. MASTROPAOLO, *La disciplina dei segreti di Stato e d’ufficio e i suoi riflessi nel processo e nell’inchiesta parlamentare*, in *Riv. It. di sc. Giur.*, 1971, pag. 245; P. RODRIGUEZ, *Sicurezza dello Stato e pubblici segreti nella prospettiva dei rapporti fra poteri*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, pag. 88.

²⁹⁵ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, settima edizione, Giuffrè, 2005, pag. 39.

²⁹⁶ G. PAOLOZZI, cit., pag. 400. L’autore ritiene che “l’atto con cui il Presidente del Consiglio comunica all’organo giurisdizionale che lo ha interpellato la propria decisione in ordine al mantenimento del segreto... formalmente e sostanzialmente ha la struttura di un atto amministrativo di conferma”. *Contra*, S. LABRIOLA, *Segreto di Stato*, voce in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Giuffrè, 1989, pag. 1032; A. ANZON, *Segreto di Stato e Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1976, pag. 1770 e ss.; V. GREVI, *Segreto di Stato e processo penale*, cit., pag. 72; i quali esprimono comunque un certo scetticismo sulla soluzione proposta dalla Corte.

²⁹⁷ A. PACE, *L’apposizione*, cit.

amministrativo, formulata dal diritto amministrativo. Il primo si distinguerebbe dal secondo in quanto atto “libero nel fine” e, pertanto, caratterizzato da insindacabilità giurisdizionale e assenza di motivazione²⁹⁸ dovendosi, invece, ritenere il segreto di Stato strettamente vincolato alle finalità di cui alla legge sostanziale. Pur consistendo in un’attività a carattere ampiamente discrezionale, in quanto consistente nell’individuazione degli strumenti e delle modalità necessarie alla preservazione della *salus reipublicae*, non potrebbe, tuttavia, essere utilizzato per il raggiungimento di finalità diverse da questa. Ciò che connoterebbe la discrezionalità governativa sarebbero, dunque, le valutazioni circa l’opportunità di avvalersi del segreto in questione, e le modalità di esercizio delle proprie prerogative in materia, non certo l’individuazione di interessi meritevoli di protezione esogeni rispetto a quelli che la legge sostanziale ritiene tutelabili attraverso l’*arcanum* (nel vigente regime codificati dall’art. 39 l. n. 124 del 2007).

Dottrina autorevole e recente, riprendendo le argomentazioni qui, sommariamente, riportate, rileva come gli approdi scientifici, concernenti il *discrimen* tra atto politico e amministrativo, certamente non potevano essere ignoti alla Corte costituzionale. Da ciò, considerato che in nessun passo della sentenza si qualifica espressamente l’atto confermativo quale atto politico, potrebbe desumersi che l’intenzione della Corte fosse quella di bandire dall’orizzonte processuale la possibilità di un sindacato giurisdizionale, piuttosto che pervenire ad un inquadramento dogmatico definitivo dell’atto di conferma²⁹⁹. In questo quadro potrebbe ritenersi che “la Corte costituzionale, pur con qualche parola di troppo, non ritenesse di qualificare come atti politici l’apposizione del segreto di Stato o la sua conferma”³⁰⁰. Tale ricostruzione dottrina ha il pregio di conciliare questioni attinenti al rigore dogmatico con l’evidente intenzione legislativa di “disarmare” l’organo giurisdizionale destinatario di un atto di conferma, blindando, in tal modo, l’esercizio

²⁹⁸ E. GUICCIARDINI, *Giustizia amministrativa*, III edizione, Cedam, 1957, pag. 202; A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, 1989, pag. 15 e ss; G. B. GARRONE, *Atto politico*, voce in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. I, Utet, 1987, pag. 544 e ss.

²⁹⁹ Per un’interpretazione delle parole della Corte nel senso di una precisa qualificazione della conferma presidenziale quale atto politico, al contrario, P. P. RIVELLO, *Segreto (Profili processuali)*, cit., pag. 90.

³⁰⁰ A. PACE, *L’apposizione*, cit.

delle prerogative governative in materia di segreto di Stato da ogni interferenza giudiziaria.

I termini del dibattito risultano attualmente notevolmente affievoliti per una ragione fondamentale. La qualificazione dottrinarina dell'atto di conferma quale atto amministrativo conduceva, infatti, i suoi sostenitori a porsi il successivo problema circa la possibilità di ritenere tale atto sindacabile, almeno in termini di legittimità, *incidenter tantum*, dall'autorità giurisdizionale precedente³⁰¹. Nel vigore dell'attuale normativa, tale *impasse* può ritenersi positivamente risolta. Nulla vieta, infatti, di considerarsi l'atto di conferma quale atto amministrativo e, contemporaneamente, riconoscerne l'insindacabilità giurisdizionale. L'elemento di novità, rispetto al recente passato, sarebbe rintracciabile nell'espressa devoluzione, in chiave di esclusività, di tale sindacato al giudice costituzionale in sede di conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, evidenziando così una chiara scelta legislativa in questo senso³⁰². Ogni possibilità giurisdizionale di sindacare l'atto di conferma, ove mai fosse deducibile precedentemente è da ritenersi, dunque, assorbita nel giudizio sul conflitto di attribuzione davanti alla Corte costituzionale, alla quale "in nessun caso è opponibile il segreto di Stato". Solo in questo quadro possono valutarsi le conseguenze sul procedimento in corso di un eventuale atto di conferma totalmente carente di motivazione. Riteniamo che, integrando tale carenza un vizio di legittimità dell'atto amministrativo da considerarsi assorbito nella valutazione sulla legittimità dell'atto di conferma demandata alla Corte, sia preclusa al giudice ogni possibilità di disapplicare o contestare l'atto in questione, se non a mezzo del ricorso per conflitto di attribuzione di fronte ai giudici di Palazzo della Consulta.

Residua, a questo punto, l'analisi puntuale degli effetti giuridici che l'atto di conferma esplica sul procedimento in corso. Sul punto, il quinto comma dell'art. 202 c.p.p. sembra affermare chiaramente l'insorgenza di un divieto probatorio assoluto e oggettivo concernente "l'acquisizione e l'utilizzazione, anche indiretta, delle notizie

³⁰¹ In quest'ordine di idee, G. PAOLOZZI, cit., pag. 477. L'autore, giunge "in sede di primo approccio al problema" a "ritenere possibile un sindacato di legittimità esperito dal giudice precedente sull'atto di conferma del segreto di Stato, escluso, ovviamente, il cosiddetto sindacato di legalità sostanziale vertente sulla convenienza e sulla opportunità del provvedimento"

³⁰² A. PACE, *L'apposizione*, cit.

coperte dal segreto”. Nel primo paragrafo si è già espressa la necessità di una lettura sistematica di tutti i commi della norma in esame, nonché l’esigenza di addivenire ad una interpretazione costituzionalmente orientata, volta a circoscrivere l’effetto preclusivo al singolo mezzo di prova nel corso del quale si sia integrata la fattispecie di opposizione- interpello- conferma del segreto. Si ritiene, dunque, che l’atto di conferma determini l’integrazione di un divieto probatorio che non preclude all’indagine dibattimentale di alimentarsi attraverso l’acquisizione di mezzi di prova, non coperti dal segreto, pur attinenti ai medesimi temi di prova, in relazione ai quali lo stesso fosse stato precedentemente eccepito e confermato³⁰³.

Procedendo con ordine, riteniamo che il divieto probatorio debba certamente riguardare il soggetto che ha effettuato l’opposizione, spogliandosi, così, definitivamente della possibilità di scegliere se deporre o esercitare la facoltà d’astensione che la legge gli riconosce. Nessun ripensamento è, infatti, concesso al teste una volta effettuata l’opposizione e, *a fortiori*, laddove questa fosse stata confermata con atto presidenziale.

L’atto di conferma, dunque, determinerebbe, questo sì, l’insorgenza di un divieto d’esame di colui che ha eccepito il segreto, costituendo prova inutilizzabile, rilevabile in ogni stato e grado, la sua escussione, a prescindere da una sua volontà in tal senso.

A nostro giudizio, tuttavia, il divieto resterebbe circoscritto nella sfera soggettiva dell’opponente, ben potendo il giudice ammettere ed acquisire l’esame testimoniale tanto di soggetti sforniti della qualifica soggettiva legittimante l’opposizione, quanto di soggetti qualificati che non intendessero avvalersi della facoltà d’elisione dell’obbligo testimoniale suddetta. In tal senso, d’altra parte, può leggersi il successivo comma sesto, il quale dispone che “non è, in ogni caso, precluso all’autorità giudiziaria di procedere in base ad elementi autonomi e indipendenti dagli atti, documenti o cose coperti dal segreto”, fornendo, con ciò, una chiara indicazione circa l’afferenza del divieto probatorio ai singoli mezzi di prova e non già al relativo contenuto informativo.

Necessario, ciononostante, dare ulteriormente conto dell’opposta tesi secondo la quale, a segreto confermato, il divieto probatorio si estenderebbe ad ogni mezzo di

³⁰³ C. BONZANO, *Commento*, cit., pag. 31.

prova avente ad oggetto i *themata probanda*, che si assumono preclusi al giudice penale, a prescindere dal loro *status* soggettivo o dalla loro volontà di deporre³⁰⁴.

Non volendo replicare su temi già affrontati in apertura del presente capitolo, si ritiene opportuno spostare l'attenzione su un'altra questione particolarmente problematica. Il testo legislativo, infatti, sembra dare ingresso nel diritto positivo ad una categoria giurisprudenziale, formulata dalla Corte costituzionale, che lungamente aveva interrogato gli interpreti. Trattasi della cosiddetta "inutilizzabilità indiretta" della prova³⁰⁵. Il legislatore, infatti, pur senza mai affrontare direttamente la questione, sembra fare continuo riferimento ad un supposto rapporto di dipendenza, contiguità, concatenazione che potrebbe legare le prove nel procedimento penale. Tale nesso di dipendenza, in particolare, comporterebbe una innovativa via di propagazione del vizio di inutilizzabilità gravante sulla prova vietata, all'esito dell'atto confermativo. Suscita tali riflessioni il continuo accenno, quale criterio idoneo a considerare ammissibili le prove non coperte dal segreto, all'autonomia o all'indipendenza delle stesse rispetto a quelle effettivamente vietate. La questione è delle più serie, in quanto sembrerebbe postulare un contagio del vizio di inutilizzabilità al materiale probatorio che fosse, in qualche modo, dipendente dalla prova vietata. Come identificare le prove suscettibili di tale contagio, resta un enigma, stante l'assoluta vaghezza e genericità delle espressioni utilizzate dal legislatore. Un'analisi retrospettiva, probabilmente, aiuterà a dipanare il mistero. Difficile non leggere in questi oscuri passi normativi un riferimento diretto alle sentenze 110/ 1998 e 410/ 1998 della Corte Costituzionale, risolutive di un aspro e reiterato scontro istituzionale che contrappose la Procura della Repubblica di Bologna al Presidente del Consiglio dei Ministri. Tali pronunce saranno oggetto di specifica trattazione laddove ci occuperemo del difficile rapporto tra segreto e indagini preliminari.

Basti, in questa sede, sapere che la Corte inventò una specifica patologia della prova fino ad allora sconosciuta. Essa teorizzò l'idoneità del vizio di inutilizzabilità a

³⁰⁴ G. SALVI, *Pubblici ufficiali*, cit., pag. 80; F.M. GRIFANTINI, *Il segreto*, cit., pag. 28.

³⁰⁵ C. BONZANO, *Commento*, cit., pag. 31.

propagarsi ad ogni elemento d'indagine³⁰⁶ che fosse astrattamente collegabile alla conoscenza di notizie coperte da segreto. In questo quadro, giunse a ritenere inutilizzabile ogni atto investigativo, cui il pubblico ministero fosse pervenuto prendendo spunto dalla conoscenza di notizie segrete. L'assunto, assolutamente discutibile, esige, dunque, che l'inquirente rimuovesse dal suo cervello la conoscenza di qualsiasi elemento riconducibile all'area dell' *arcanum* o, comunque, non utilizzasse tali conoscenze nell'espletamento dei suoi compiti istituzionali. Si immaginava, così, l'esistenza di un rapporto di consequenzialità fra gli atti d'indagine, fino a quel momento sconosciuto sul piano tecnico- giuridico, e operante, semmai, negli sfondi mentali dell'attività inquirente. Sarebbe dunque l' "origine psichica impura"³⁰⁷ delle scelte investigative a minare alla base ogni atto d'indagine. Le incongruenze di questa lettura sono molteplici e saranno denunciate a tempo debito.

Tale digressione è, tuttavia, fondamentale per tentare di dare un significato alla impropria redazione normativa dell'art. 202 c.p.p., come risultante dalla l. n. 124 del 2007. L'operazione legislativa ha, infatti, risentito dell'eco di tali pronunce ma, come sovente accade, senza compiere delle scelte di organica revisione degli istituti. La categoria dell' "inutilizzabilità indiretta" sembra, ora, trasportata, a pieno titolo, nell'area del diritto probatorio. Con quali esiti non è facile prevederlo. Come lucidamente illustrato dalla migliore dottrina "l'invalidità derivata alligna sul terreno degli atti meccanicamente necessari, in particolare, propulsivi...le prove sfuggono a questa dinamica: supponendo invalido l'atto *x*, il procedimento non ne è affetto; basta eliminare *x* dal quadro decisorio; e se vi influisse, la decisione non sarebbe invalida, ma errata, quindi ingiusta; l'accusato senza prove finisce assolto"³⁰⁸. Alla luce di queste considerazioni l'interprete sembra trovarsi in un vicolo cieco. Suo

³⁰⁶ Sulla possibilità che l'istituto dell'inutilizzabilità trovi applicazione non solo con riguardo alle prove dibattimentali, ma anche in relazione agli atti d'indagine del pubblico ministero, P. FERRUA, *Studi sul processo penale*, Giappichelli, 1990, pag. 102; F. M. GRIFANTINI, *Inutilizzabilità*, (voce in) *Digesto delle discipline penali*, vol. VII, Utet, 1993, pag. 247; M. NOBILI, *Commento all' art.191 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Commento al nuovo c.p.p.*, II, Utet, 1991, pag. 410.

³⁰⁷ F. CORDERO, *Procedura*, cit., pag. 659.

³⁰⁸ F. CORDERO, *Procedura*, cit., pag. 658.

compito è, tuttavia, di sforzarsi di cercare un senso, compatibile col sistema normativo, alle parole legislative, per quanto queste risultino contorte e irragionevoli. Desumibile, *ex art. 202 c.p.p.*, l'insorgenza di un vizio d'inutilizzabilità della prova in due ipotesi: che il giudice abbia coartato illegittimamente l'opponente alla deposizione; che la testimonianza, a segreto confermato, sia stata comunque acquisita. In tali casi opera l'art. 191 c.p.p.: le prove dovranno essere escluse dal corredo decisorio, anche *ex officio*, in ogni stato e grado del procedimento. Giungiamo, a questo punto, al problema di configurare le modalità con le quali tale patologia possa propagarsi. Non valutabili ai fini del decidere, riesce difficile immaginare che tali elementi possano ancora esplicitare una qualche influenza sul procedimento probatorio, tale da instaurare un meccanismo di consequenzialità giuridica tra atti processuali³⁰⁹. Resteranno registrate nell'interno psichico dei partecipanti all'udienza e del giudice, ma quest'ultimo sa di non doverne tener conto ed ogni sua decisione dovrà essere correttamente motivata. Come, allora, configurare questo rapporto di dipendenza tra atti probatori, *ab origine*, inutilizzabili, e atti, da essi dipendenti, cui tale vizio dovrebbe propagarsi?

Trattasi di domanda cui è molto difficile fornire una risposta definitiva.

³⁰⁹ Favorevoli, in linea generale, ad attribuire una capacità di propagazione della sanzione di inutilizzabilità in tutti i casi in cui la prova successiva non sarebbe stata scoperta senza la prova acquisita in violazione di legge processuale, F. M. GRIFANTINI, *Inutilizzabilità*, cit., pag. 253; V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere*, Giuffrè, 1972, pag. 369; L. P. COMOGLIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro*, in *Cass. Pen.*, 1996, pag. 1547.

Necessario, tuttavia, precisare, a questo proposito, che, in fase dibattimentale, non esistono prove "da scoprire", venendo (nel nostro caso) in rilievo l'opposizione del segreto e la sua conferma (e quindi i relativi divieti probatori connessi) in un momento successivo alla *discovery* dibattimentale del materiale che si intende allegare al giudizio e all'ammissione stessa delle prove, su richiesta di parte. Molto difficile ipotizzare, dunque, che un nesso di tipo giuridico leghi atti probatori, la cui ammissione sia già avvenuta in giudizio. Discorso parzialmente diverso potrà farsi con riferimento a prove, di cui non sia avvenuta l'ammissione, la cui rilevanza emergesse a seguito dell'acquisizione di prove inutilizzabili. Con riferimento a queste ipotesi, come si dirà, potrebbe rintracciarsi un nesso di dipendenza, non di carattere psicologico, bensì giuridico, in quanto la sopravvenuta rilevanza o conoscenza di fonti di prova, esplica non secondari effetti di tipo processuale, in particolare, sotto il profilo dell'ammissibilità di richieste di prove tardive.

A giudizio di chi scrive, mentre sarebbe impossibile immaginare una propagazione del vizio di inutilizzabilità tra gli elementi propri della sequela investigativa, per ciò che concerne il giudizio, un'ipotesi del genere potrebbe sussistere.

Riteniamo che un concetto di dipendenza sul piano processuale possa instaurarsi solo in relazione a eventuali prove, non originariamente richieste dalle parti nella parentesi dibattimentale a ciò preordinata, la cui rilevanza fosse emersa dall'acquisizione di prove inutilizzabili in ragione del vincolo di segretezza. In assenza del riferimento al criterio d'indipendenza nell' art. 202 c.p.p., le parti sarebbero legittimate a formulare ulteriori richieste di prova laddove ne fosse emersa l'esistenza o la rilevanza a seguito delle acquisizioni dibattimentali³¹⁰. Allo stesso modo, le risultanze dibattimentali costituirebbero la piattaforma conoscitiva per l'esercizio, da parte del giudice, dei poteri istruttori officiosi riconosciutigli *ex art.* 507 c.p.p.³¹¹. La codificazione della cd. "inutilizzabilità indiretta" avrebbe, dunque, quale unico effetto, quello di estendere la sanzione di inutilizzabilità ad ogni mezzo di prova ammesso ed acquisito fruendo di tale rimessione in termini (formula linguistica da intendersi, ai nostri fini, in senso atecnico, quale legittimazione attiva delle parti a proporre nuove richieste di prove, altrimenti inammissibili) o di tali poteri officiosi. Non potendo un fatto appreso all'esito dell'acquisizione di una prova vietata, produrre effetti, a qualunque titolo, nel procedimento, dovrebbe ritenersi che gli unici effetti ulteriori, rispetto all'introduzione di un elemento valutabile sul piano decisorio, discendenti dall'acquisizione di una prova, possano configurarsi nel rendere ammissibile una richiesta di prova, altrimenti tardiva, o nel motivare il giudice procedente ad attivare i propri poteri officiosi. Il divieto probatorio deducibile dal canone dell' "inutilizzabilità indiretta" concernerebbe, allora, la rimessione delle parti in termine per ulteriori richieste di prova o l'esercizio, sulla base di risultanze dibattimentali vietate, da parte del giudice medesimo dei suoi poteri officiosi. Lo stesso ragionamento potrebbe farsi in relazione alla possibilità

³¹⁰ La migliore dottrina ritiene ammissibili le richieste di prova tardive, laddove la rilevanza o l'esistenza delle stessa sia emersa per la prima volta in base ai risultati dell'istruzione dibattimentale, attraverso una estensione analogica dell'art. 506 c.p.p., primo comma. In questo senso, G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, cit., pag. 79; D. MANZIONE, *Commento agli artt. 506- 507*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Commento al nuovo c.p.p.*, V, Utet, 1991.

³¹¹ G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, cit., pag. 93 e ss.

(prevista *ex art.* 493 c.p.p., secondo comma) che i risultati di un'escussione testimoniale consentano di estendere i temi, oggetto d'esame, al di là delle circostanze indicate nelle liste predibattimentali di cui all'art. 468 c.p.p., o, al giudice, di indicare alle parti ulteriori temi di prova o di rivolgere personalmente delle domande al teste, secondo il disposto dell'art. 506 c.p.p. Allo stesso modo dovrebbe ritenersi preclusa la possibilità di ammettere, su richiesta di parte, o d'ufficio, la citazione del soggetto, indicato come fonte nel corso di una deposizione *de relato* acquisita in violazione dei divieti probatori desumibili *ex art.* 202 c.p.p. Solo in questi casi sarebbe, dunque, da ritenersi possibile la propagazione dell'inutilizzabilità dagli atti probatori cui strettamente afferisse alle ulteriori acquisizioni, la cui rilevanza o ammissibilità dipendesse dai risultati conoscitivi di quella vietata.

3.7 L'esito del procedimento: decisione nel merito o improcedibilità dell'azione penale

Delineati gli effetti dell'atto di conferma sul procedimento in corso nonché i confini del divieto probatorio, da esso discendente, residua la questione circa il possibile esito del giudizio il cui accertamento fattuale risulti minato dall'allegazione del segreto di Stato. L'impossibilità di acquisire una prova, ritenuta rilevante ai fini del decidere, infatti, limita il diritto alla prova che l'ordinamento riconosce alle parti, ponendo in dubbio la legittimità di una decisione fondata su un corredo probatorio monco o incompleto. La criticità della questione si acuisce laddove si osservi che l'incompletezza dell'istruttoria dibattimentale deriva dalla rilevanza che il rito penale riconosce ad interessi pubblici extraprocessuali, in nessun modo riconducibili all'esercizio del potere dispositivo delle parti né, tantomeno, ad un'impossibilità materiale di acquisire la prova. Lo stesso principio del contraddittorio, vero baricentro dell'accertamento processuale, ne risulterebbe, irrimediabilmente, compromesso, stante l'impossibilità della parte, a ciò interessata, di acquisire una prova, in ragione dell'operare delle norme sul segreto di Stato e non potendosi configurare, come detto, nessuna di quelle ipotesi, previste dall'art. 111 Cost., quarto

comma, che legittimerebbero una deroga al suddetto principio. Potrebbe, dunque, rilevarsi un profilo di criticità costituzionale ulteriore rispetto a quelli già menzionati della norma in esame. L'interesse alla preservazione della *salus reipublicae*, infatti, finirebbe col comprimere principi supremi dell'ordinamento costituzionale, dal principio del contraddittorio, sino al diritto di "difendersi provando"³¹² dell'imputato, potendo, quest'ultimo finire condannato, per non aver potuto acquisire una prova a lui favorevole in quanto coperta da segreto. Riemerge lo scenario del bilanciamento tra principi costituzionali cui più volte si è fatto cenno nel corso della trattazione.

Ciò che più interessa, in questa sede, è, tuttavia, la soluzione "compromissoria" che la legge processuale ha inteso rintracciare. Fin dalla riforma del 1977, il punto di equilibrio è stato individuato nella possibilità che il giudice penale dichiari "di non doversi procedere per l'esistenza del segreto di Stato", *sub specie* di sentenza di non luogo a procedere in udienza preliminare o di sentenza di proscioglimento per improcedibilità dell'azione in fase dibattimentale.

Riemerge, dunque, dal passato un'ipotesi di *non liquet*, in cui il giudice procedente afferma di non potersi pronunciare nel merito, consentendo all'imputato di "uscire non giudicato"³¹³ dal procedimento. Interessante analizzare i presupposti, sulla cui base, l'autorità procedente possa ricorrevi. Si richiede che la prova preclusa risulti "essenziale" per la definizione del procedimento.

Immediati sorgono i dubbi sulle modalità con cui l'organo giudicante possa ritenere tale la prova ancora non acquisita, il cui contenuto informativo, cioè, non gli sia noto³¹⁴. La questione sembra ricalcare le incertezze relative alla valutazione, richiesta in sede di ammissione, circa la non superfluità della prova (art. 191 c.p.p.). Analogamente, nell'ipotesi in esame, sembra sussistere un'aporia logica consistente nel richiedere al giudice una valutazione di essenzialità di un dato informativo, sconosciutogli al momento della decisione, e non conoscibile in seguito. Come per la

³¹² V. GREVI, *Prove*, cit., pag. 310.

³¹³ F. CORDERO, cit., pag. 698.

³¹⁴ A questo proposito già la dottrina risalente esprimeva forti dubbi sulla possibilità del giudice di esprimere una valutazione di essenzialità relativamente ad un elemento la cui conoscenza gli è preclusa, in tal senso, V. CAVALLARI, *Dal segreto politico- militare al segreto di Stato*, in *Segreto e prova penale* (atti dal convegno), 1979, pag. 41; P. PISA, *Il segreto di Stato*, cit., pag. 342.

valutazione di non superfluità, sembra doversi fare ricorso più al canone del buon senso che al rigore interpretativo.

Sarà qualificabile come essenziale quella prova, la cui acquisizione al processo, potesse dirimere l'alternativa fra condanna e assoluzione, sottesa al giudizio penale³¹⁵. Tale valutazione non potrà che basarsi su un giudizio ipotetico e prognostico operato dal giudice, sulla base dei dati legittimamente acquisiti in giudizio. Occorre, inoltre, rilevare come tale singolare regola decisoria non tenga conto di quelle risultanze istruttorie non decisive a dirimere l'alternativa suddetta, ma, comunque, di assoluto rilievo sul piano della qualificazione giuridica del fatto o sul riconoscimento di eventuali circostanze del reato. In questo contesto, si imporrebbe una decisione di merito anche qualora l'imputato fosse interessato all'acquisizione di una prova (coperta dal segreto) che, pur non essendo idonea a negare le sue responsabilità in ordine al capo d'imputazione, potesse dimostrare l'erroneità del titolo del reato per cui si procede o la sussistenza di attenuanti³¹⁶. L'ordinamento considera, in sostanza, perfettamente fisiologico al sistema che la preclusione probatoria, discendente dal segreto, possa impedire, in particolare all'imputato, di allegare al giudizio fatti idonei ad incidere sensibilmente sulla determinazione della pena concretamente irrogabile nell'ipotesi condannatoria. Già da queste osservazioni impossibile non rilevare un ennesimo punto di attrito tra il diritto di difesa e la norma in esame.

Una precisazione è necessaria. Nessuna norma impone al giudice di valutare la decisività dell'atto probatorio vietato nell'immediatezza dell'atto di conferma e sulla base di quanto, in quel momento, fosse venuto a sua conoscenza, quale risultato dell'istruttoria, fin lì, espletata. Non sarebbe del resto ragionevole ritenere che la delicatissima scelta giudiziale nel senso dell'improcedibilità fosse legata all'eventualità, del tutto casuale, che l'eccezione di segretezza fosse sollevata (e poi confermata) in un momento o in un altro della sequenza dibattimentale. Sono le parti, all'interno delle indicazioni di cui all'art. 496 c.p.p., a decidere sull'ordine di acquisizione delle prove ammesse. Se l'art. 202 c.p.p. imponesse una decisione immediata del giudice penale, la parte che volesse lucrare un *non liquet*, avrebbe

³¹⁵ V. GREVI, *Segreto*, cit., pag. 81.

³¹⁶ F. CORDERO, cit., pag. 698.

buon gioco nel citare in giudizio il prima possibile i soggetti intenzionati ad opporre il segreto. Al di là di tali valutazioni ermeneutiche è, comunque, la norma stessa a consentire, implicitamente, al giudice destinatario dell'atto di conferma di procedere nell'istruttoria dibattimentale, schivando le prove vietate e rinviando al termine della stessa ogni determinazione sul merito, ivi compresa quella sull'opportunità di pronunciare il non doversi procedere. La paralisi dell'accertamento processuale dovrebbe, dunque, seguire ad una indagine a tutto campo, secondo percorsi probatori alternativi all'area del segreto, all'esito della quale soltanto potrà risolversi la triplice alternativa tra assoluzione o condanna nel merito o declaratoria di non doversi procedere³¹⁷.

Conclusa l'istruttoria e ritenuta decisiva la prova vietata, dunque, seguirà il *non liquet*. La sussistenza del segreto integra, lo si è già accennato, una causa d'improcedibilità affatto particolare, in quanto attinente al merito, non già alla sussistenza di un ostacolo processuale all'esercizio del potere di azione o all'eventualità di una sua consumazione³¹⁸. Fatte queste considerazioni, deve dunque accogliersi la tesi dottrina che rintraccia nell'integrazione di quella fattispecie a formazione progressiva costituita dalla sequenza eccezione- interpello- conferma, un eventuale e ulteriore effetto giuridico e, precisamente, la genesi di un'atipica condizione d'improcedibilità dell'azione penale³¹⁹.

³¹⁷ G. PAOLOZZI, cit., pag. 423 e ss., offre una ricostruzione piuttosto efficace del percorso che il giudice dovrebbe seguire: "l'organo giurisdizionale trae le premesse del sillogismo dal materiale probatorio raccolto...il ragionamento va impostato sulle relazioni esistenti tra le risultanze istruttorie già acquisite e la possibilità di pervenire ad una pronuncia di merito anche in mancanza del documento o notizia di cui è preclusa l'acquisizione. In altri termini, l'autorità procedente, delibera l'essenzialità...entro i limiti del risultato conoscitivo ottenuto dopo aver assunto tutte le prove che si palesano utili ai fini della decisione di merito...Tirando le somme, sarà essenziale quella prova il cui 'occultamento' determina una deficienza tale del contesto probatorio da impedire al giudice di prendere partito a favore dell'uno o dell'altro dei termini dell'alternativa condanna- proscioglimento". Il medesimo autore, inoltre, evidenzia il rischio che, le difficoltà insite in una valutazione siffatta, possano condurre, nella prassi applicativa, ad una sorta di "automatismo" nel disporre l'improcedibilità dell'azione, la quale finirebbe per trasformarsi in aprioristica scelta di principio o agevole formula liberatoria.

³¹⁸ F. CORDERO, *Codice di procedura*, cit., pag. 245.

³¹⁹ F. M. GRIFANTINI, *Segreto di Stato*, cit., pag. 531, nota n. 66.

Trattasi di *non liquet*, si diceva, e, dunque, di pronuncia in rito inidonea al giudicato. Senza addentrarsi nel dibattito sulla nozione di giudicato, valga, in questa sede, la più cauta qualificazione del provvedimento come non irrevocabile. Nulla vieta, dunque, che una successiva rimozione dell'ostacolo all'esercizio dell'azione penale, determini una riattivazione della macchina processuale. L'eventualità è da ritenersi consentita *ex art.* 345 c.p.p., secondo comma, da leggersi in combinato disposto con l'art. 649 c.p.p., primo comma, di cui costituisce deroga espressa. Non irrevocabile il *non liquet*, fosse successivamente integrata la condizione di procedibilità venuta a mancare a seguito di conferma del segreto, ben potrebbe riattivarsi il procedimento, a mezzo di un'istanza apposta di un pubblico ministero perseverante. Tutt'altro che teorica un'ipotesi del genere, molte potendo essere le cause di sopravvenuta decadenza del segreto di Stato: revoca presidenziale dell'atto confermativo, decorso dei termini di decadenza dello stesso, rimozione del vincolo operato dalla Corte costituzionale, ecc..

Illustrato il disposto del terzo comma dell'art. 202 c.p.p., giungiamo alle più serie perplessità dogmatiche che questo solleva e che vanno ad aggiungersi a quelle finora già menzionate. Un primo profilo di criticità della soluzione legislativa si pone in relazione all'art. 27 Cost., secondo comma³²⁰. Evidenti i termini della questione. Due i corollari della presunzione d'innocenza dell'imputato che vengono immediatamente in collisione con l'esito assolutorio per non doversi procedere.

³²⁰ F. M. GRIFANTINI, *Segreto di Stato*, cit., pag. 530. L'autore precisa che l'allegazione del segreto, potendo impedire un'assoluzione nel merito, non soltanto si porrebbe in contrasto col diritto di difesa dell'imputato, ma lascerebbe residuare "almeno sul piano dell'opinione collettiva, le conseguenze di un'accusa non verificabile, a causa delle quali non può rivivere la situazione iniziale dell'accertamento che la presunzione d'innocenza si preoccupa di salvaguardare". Rilevano un contrasto tra sentenza di non doversi procedere con il diritto di difesa dell'imputato anche C. DI MARTINO, *Prova testimoniale*, cit., pag. 13; G. SPANGHER, sub *art. 202 c.p.p.*, cit., pag. 472; P. P. RIVELLO, *Segreto (Profili processuali)*, cit., pag. 80.

V. GREVI, *Segreto di Stato*, cit., pag. 81, invece, sottolinea come il *non liquet* tuteli "sia pur in parte, poiché non gli consente di ottenere una pronuncia assolutoria nel merito, la posizione dell'imputato...ma non risolve per nulla il problema che si profila quando quel segreto venga impiegato per coprire delle prove di contenuto accusatorio".

In primis l'art. 27 Cost. viene in rilievo come regola di giudizio³²¹. Mancanti elementi probatori idonei a ritenere provata la responsabilità dell'imputato "al di là di ogni ragionevole dubbio" (art. 533 c.p.p.), egli vanterebbe il diritto ad una assoluzione nel merito, dovendo equipararsi, sia a livello normativo che concettuale, l'inidoneità probatoria (art. 530, comma secondo) ad una affermazione d'innocenza con formula piena.

In secundis, ulteriore attrito potrebbe porsi con la presunzione suddetta intesa quale regola di ripartizione dell'onere probatorio. Dovendo radicarsi sulla pubblica accusa l'onere di accertare la colpevolezza dell'imputato, non potrebbe andare a detrimento di quest'ultimo l'impossibilità del pubblico ministero di addurre al procedimento elementi probatori sufficienti all'affermazione di responsabilità, indipendentemente dalle ragioni di tale lacuna probatoria.

Da qualunque aspetto si voglia osservare il rapporto tra *non liquet* e presunzione d'innocenza, resta la sensazione che sia il secondo a subire un'indebita e ingiustificata compressione. Pur potendo, infatti, ammettersi che siano la funzione giurisdizionale e l'interesse all'accertamento processuale, ad uscire sconfitti dal bilanciamento tra valori costituzionali che il segreto di Stato impone, non può, al contrario, ritenersi costituzionalmente ammissibile una negazione del diritto dell'imputato a vedersi assolto con formula di merito. In caso contrario risulterebbe intaccato un punto nevralgico e di enorme valore tecnico e ideologico dell'ordinamento costituzionale, sul quale l'intero sistema processuale penale trova fondamento.

Un ulteriore profilo di criticità va, a parere di chi scrive, rilevato, sotto il profilo di un possibile attrito tra la disciplina del segreto di Stato, con riferimento alla posizione dell'imputato prosciolto con sentenza di non doversi procedere, e principio del *ne bis in idem* sostanziale. La questione non è stata affrontata dalla dottrina, in quanto assolutamente pacifico che l'esclusione espressa dall'area del divieto di *bis in idem*

³²¹ G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, 1979, pag. 91. L'autore sottolinea come la regola di giudizio, discendente dalla presunzione d'innocenza, sia "per lo più intesa come espediente per evitare un *non liquet*, e per predeterminare il contenuto della decisione in caso di prova incompleta o insufficiente".

dei provvedimenti non irrevocabili³²², contenuta nel medesimo art. 649 c.p.p., possa ricomprendere il provvedimento di cui al terzo comma dell'art. 202 c.p.p.

Revocabile il *non liquet*, laddove venisse a cadere il segreto di Stato, il procedimento potrebbe riattivarsi, non incontrando più il limite all'accertamento probatorio che ne aveva causato lo stallo. Nessuna norma del codice di rito impedisce, dunque, che il procedimento, integrata la condizione di procedibilità mancante, ricominci a carico del medesimo imputato e per il medesimo fatto, non essendo riscontrabili violazioni dell'art. 649 c.p.p. Su un piano strettamente tecnico, non v'è spazio per ulteriori discussioni in merito. Tuttavia, constando la sentenza di non doversi procedere per l'esistenza del segreto di Stato in un provvedimento del tutto particolare, qualche riflessione ulteriore merita di essere sviluppata.

La preclusione probatoria, concernente una prova, ritenuta essenziale, rappresenta una condizione d'improcedibilità atipica e ontologicamente differente dalle altre ipotesi previste dalla legge. L'integrazione della condizione di procedibilità dell'azione (rintracciabile nella mancata secretazione o nella rimozione di tale vincolo sulla prova essenziale al decidere) è, in questo caso, rimessa ad una valutazione altamente discrezionale (politica o amministrativa che sia) dell'autorità governativa. Ne deriva che l'improcedibilità dell'azione penale dipende dalle determinazioni presidenziali in merito all'esercizio delle proprie prerogative in materia di segreto. Allo stesso modo, il successivo ripristino delle condizioni di procedibilità della stessa, con conseguente *bis in idem*, resta subordinato alla medesima valutazione del vertice governativo, una valutazione, si badi bene, esercitabile in ogni tempo e, sostanzialmente, insindacabile.

La prospettiva è, insomma, che il soggetto prosciolto *ex art. 202 c.p.p.*, terzo comma, possa rimanere "ostaggio" di una scelta ad amplissima discrezionalità del vertice governativo che, in qualunque momento, potrebbe revocare l'atto confermativo, consentendo la reviviscenza dell'azione penale. Chiare, a questo punto, le nostre perplessità. Un avvicendamento politico dell'esecutivo, un semplice ripensamento, e, finanche, un'abusiva strumentalizzazione dei poteri governativi, al fine di sanzionare

³²² Nel senso che l'esistenza di una sentenza irrevocabile costituisca condizione tassativa ed inderogabile per l'applicazione dell'art. 649 c.p.p., Cass., sez. III, 23 febbraio 2005, Massa, in *Riv. Pen.*, 2006, n. 2, pag. 230.

comportamenti politicamente “non graditi” da parte del prosciolto, ben potrebbero condurre alla reiterazione dell’azione penale.

Emerge, allora, sul piano dei principi costituzionali, l’ulteriore dubbio circa la compatibilità di una norma che ponga un imputato prosciolto per l’esistenza del segreto di Stato in una posizione di tale debolezza e soggezione nei confronti dell’esecutivo frustrandone, così, tanto il diritto alla ragionevole durata del processo (art. 111 Cost., secondo comma), quanto il diritto a non essere perennemente esposto al rischio di una reiterazione del procedimento penale per il medesimo fatto. La giurisprudenza di legittimità riconosce, infatti, al *ne bis in idem* la dignità di “principio di ordine pubblico processuale”³²³, che troverebbe nell’art. 649 c.p.p. mero punto di emersione positiva di un più ampio diritto civile e politico del cittadino, certamente ricompreso nella tavola dei diritti di cui in Costituzione, nonché riconosciuto in numerosi convenzioni internazionali in materia di diritti umani³²⁴.

Alla luce di tali considerazioni non sembra sufficiente il combinato disposto degli art. 649 e 345 c.p.p. a tacitare le perplessità (che, anzi per vero, forse le esaltano) in merito al rapporto tra terzo comma dell’art. 202 c.p.p. e *ne bis in idem* sostanziale, inteso, a più ampio raggio, come principio ricollegabile agli artt. 2 e 111 della Cost. D’obbligo la formula dubitativa, stanti le incertezze, i dubbi e la mobilità di un tema tradizionale nella riflessione processualpenalistica, che oggi, tuttavia, vive nuove contrapposizioni e declinazioni.

³²³ Cass., S.U., 28 giugno 2005, Donati, in *Dir. e giust.*, 2005, n. 41, pag. 45. In tale pronuncia le Sezioni Unite hanno stabilito la possibilità di dare un’applicazione dell’art. 649, in via analogica, più ampia rispetto al mero dato letterale, proprio in quanto espressione di un principio generale dell’ordinamento con un solido radicamento in Costituzione. Nello stesso senso Cass., sez. VI, 18 novembre 2004, Fontana, in *Nuova Proc. Pen.*, 2006, n. 3, pag. 326.

³²⁴ *Ex pluribus* si veda l’art. 14, paragrafo 7, della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo.

CAPITOLO IV

SEGRETO DI STATO E MEZZI DI RICERCA DELLA PROVA NON TESTIMONIALI

4.1 L'art. 256 c.p.p.: ordine di esibizione e sequestro **4.2** L'art. 256- *bis* c.p.p.: una disposizione di difficile lettura **4.3** L'art. 256- *ter* c.p.p.: il segreto di Stato exceptio dal titolare dell'ufficio detentore **4.4** Segreto e intercettazioni di comunicazioni: disciplina vigente e prospettive di riforma.

4.1 L'art. 256 c.p.p.: ordine di esibizione e sequestro

Lo “statuto processuale” del segreto di Stato, come anticipato, trova il suo fulcro nelle disposizioni concernenti la testimonianza e, in particolare, nell'art. 202 c.p.p.

Ciò, tuttavia, non circoscrive la rilevanza processuale dell'istituto solo in quest'ambito.

La categoria dei segreti (in particolare di quello professionale, d'ufficio e di Stato) è, infatti, espressamente richiamata in varie disposizioni concernenti i mezzi di prova non testimoniali, che risultano costruite in costante parallelismo con le norme già esaminate. Può, dunque, affermarsi che la disciplina testimoniale dei segreti costituisca un vero e proprio archetipo legislativo, che tutte le norme in materia di prove penali presuppongono e cui fanno costante riferimento.

Una premessa è d'obbligo. La rilevanza, in sede processuale, del segreto di Stato costituisce un ostacolo alle possibilità cognitive delle parti e del giudice, rappresentando un limite al legittimo esercizio dei poteri istruttori previsti dalla legge.

Le fattispecie che lo prevedono si atteggiano, dunque, quali deroghe all'ordinario esercizio di tali poteri. Nessuna preclusione può, di conseguenza, ritenersi operante all'interno del libro terzo del c.p.p. laddove la disciplina del segreto in questione non sia espressamente richiamata nelle disposizioni codicistiche. Tale operatività risulta, quindi, circoscritta ai richiami di cui agli artt. 256, 256- *bis* e *ter* (in materia di ordine di esibizione e sequestro) e 270- *bis* (in materia di intercettazione di comunicazioni) c.p.p.

Tali considerazioni comportano l'impossibilità di ritenere sussistente il segreto in questione laddove non sia opposto e, successivamente, confermato sulla base della disciplina tracciata in tali disposizioni. Solo in questo quadro può interpretarsi il riferimento, di cui ai commi sesto e settimo dell'art. 202 c.p.p., ai "documenti" ed alle "cose" coperti da segreto di Stato, sulla cui asistematicità³²⁵, nel contesto della disciplina della testimonianza, si è già detto. Possono, dunque, considerarsi coperti da segreto "cose" e "documenti" solo all'esito delle procedure che passeremo ad analizzare, a nulla rilevando, ai fini processuali, l'apposizione del segreto ad opera dell'autorità competente al di fuori del contesto procedimentale delineato dal codice di rito.

La scelta del legislatore sembra essere quella di limitare l'operatività del segreto, e la sua opponibilità *in primis*, alle attività di apprensione coattiva di elementi probatori

³²⁵ G. SALVI, *Pubblici ufficiali vincolati all'astensione*, in *Guida al diritto*, 2007, numero 40, pag. 81.

da parte dell'autorità giudiziaria, in esercizio dei poteri istruttori autoritativi previsti dalla legge. Questa la ragione della predisposizione di una procedura di opposizione-interpello- conferma, modellata sull'art. 202 c.p.p., esclusivamente nell'ambito del sequestro, mentre nessuna rilevanza al segreto è riconosciuta laddove il documento o la cosa, astrattamente rientrante nella nozione di cui all'art. 39 della l. n. 124 del 2007, fosse prodotto spontaneamente in giudizio da una parte processuale³²⁶.

Il sequestro penale (art. 253 e ss.) è un mezzo di ricerca della prova funzionale all'imposizione di un vincolo d'indisponibilità materiale sul corpo del reato o su cose ad esso pertinenti, finalizzato esclusivamente a preservare tali reperti da ogni possibile alterazione, occultamento o sottrazione, in quanto destinati ad essere acquisiti al giudizio e utili alla decisione. Connotato fondamentale di tale mezzo di ricerca della prova è il suo carattere autoritativo, consistendo nella sottrazione (se del caso anche *manu militari*) del bene oggetto di sequestro al suo detentore, con conseguente compressione dei suoi diritti di natura patrimoniale. Il codice procede a disciplinare il sequestro secondo un ordine che potremmo definire "scalare": alla disciplina generale, segue quella speciale concernente peculiari forme di sequestro (di corrispondenza, di dati informatici, presso istituti bancari)³²⁷.

Alle forme speciali di sequestro, anche per la collocazione topografica prescelta, può equipararsi il disposto dell'art. 256 c.p.p.

A stretto rigore, tuttavia, la norma si differenzia qualitativamente dal sequestro, introducendo un modulo procedimentale più complesso e più ampio. Si ritiene univocamente, in particolare, che l'articolo in questione impedisca all'autorità giudiziaria di procedere ad immediato sequestro delle carte, dei documenti o delle altre cose che si trovino presso i soggetti indicati agli artt. 200 e 201 c.p.p., dovendo richiederne preventivamente l'esibizione a chi abbia la titolarità di detto materiale³²⁸.

³²⁶ Circa la possibilità di estendere la disciplina di cui all'art. 202 c.p.p. all'esame dei periti o ai consulenti tecnici e, finanche, all'esame delle parti private, si dirà in seguito, analizzando il controverso rapporto tra segreto di Stato e posizione dell'imputato.

³²⁷ V. GREVI, in *Compendio di Procedura Penale*, a cura di G. CONSO E V. GREVI, Cedam, quarta edizione 2008, pag. 363 e ss.

³²⁸ P. P. RIVELLO, *sub art. 256*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA-G. SPANGHER, Ipsoa, III edizione 2007, pag. 1842 e ss.; U. DE CRESCIENZO, *Il sequestro penale e civile*, Utet, 1997, pag. 43.

Il legislatore ha scelto, dunque, di prevedere una procedura differenziata da quella generale del sequestro, solo laddove l'autorità giudiziaria intenda acquisire "atti", "documenti" o "cose" che "si trovano in particolare relazione con determinati soggetti, i quali hanno il dovere di mantenere il segreto su quanto di loro conoscenza"³²⁹. Le ragioni della soluzione legislativa sono lapalissiane, potendo la tutela processuale dei segreti risultare del tutto erosa dalla mancata estensione della stessa anche ai reperti detenuti dai titolari del vincolo di riservatezza, già facoltizzati ad astenersi dalla deposizione in sede testimoniale.

L'art. 256 c.p.p. prescrive, dunque, l'onere per l'autorità giudiziaria, intenzionata ad acquisire del materiale detenuto dai soggetti di cui agli artt. 200 e 201 c.p.p., di emanare un ordine di esibizione dello stesso. L'emissione del relativo decreto comporta l'obbligo da parte dei suoi destinatari di esibire quanto richiesto. Si prevede, dunque, una "*servitus iustitiae*"³³⁰ in capo a tali soggetti che, se da un lato sono sottratti ad una immediata attività di apprensione coattiva di quanto detenuto e reputato pertinente al reato dagli organi giudiziari, dall'altro sono investiti dell'obbligo giuridico di adempiere al suddetto ordine di esibizione. Unica alternativa è l'opposizione del segreto. La norma specifica la necessità che tale eccezione venga sollevata con atto scritto.

La dottrina³³¹ precisa che, benché non più espressamente esentati dal motivare le ragioni dell'opposizione³³², anche ai sensi della vigente previsione di legge la motivazione non possa ritenersi requisito di validità dell'opposizione stessa. La qualificazione soggettiva sarebbe di per sé sufficiente a motivare la tipologia di nesso funzionale che lega il reperto, di cui è richiesta l'esibizione, con l'attività svolta o la posizione ricoperta dall'opponente. Tale impostazione suscita qualche perplessità. In parallelismo con quanto affermato in relazione all'eccezione di segretezza in sede testimoniale, deve invece ritenersi componente indefettibile dell'atto l'esposizione di elementi idonei a consentire un controllo, da parte dell'autorità procedente, circa la

³²⁹ U. DE CRESCIENZO, cit., pag. 35.

³³⁰ F. CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, Utet, 1990, pag. 291.

³³¹ U. DE CRESCIENZO, cit., pag. 44.

³³² L'art. 342 c.p.p., primo comma, del 1930 prevedeva espressamente la possibilità dei soggetti titolari destinatari dell'ordine di esibizione di sollevare con atto scritto "anche senza motivazione" l'eccezione di segretezza. La precisazione è scomparsa con l'introduzione del c.p.p. del 1989.

sussistenza dei requisiti minimi, soggettivi ed oggettivi, che legittimino il soggetto all'eccezione di segretezza. In mancanza di questi, una opposizione del segreto di Stato, ancorché non sindacabile dall'autorità giudiziaria nel merito, non dovrebbe ritenersi validamente effettuata, non potendo una limitazione dei poteri istruttori risultare da una dichiarazione apodittica, da cui non sia in alcun modo desumibile la legittimazione processuale del soggetto che la pone in essere.

Effettuata ritualmente l'opposizione, la norma richiama la procedura di verifica del segreto prevista dall'art. 202 c.p.p. Risulterà dunque doveroso l'interpello da parte dell'autorità giudiziaria al Presidente del consiglio dei ministri. Dalla notifica a Palazzo Chigi decorrerà il termine perentorio di sessanta giorni, entro cui l'autorità competente potrà confermare o negare la sussistenza del segreto. L'eventuale decorrenza del termine suddetto è equiparata ad un provvedimento negativo e consentirà all'autorità giudiziaria di procedere all'acquisizione del reperto, mentre il Presidente del consiglio perderà la possibilità di confermare il segreto³³³.

La discrasia quantitativa tra il termine perentorio summenzionato e quello, minore (di trenta giorni), previsto *ex art.* 202 c.p.p., suona irragionevole ed è, probabilmente, dovuta ad un difetto di coordinamento legislativo. *Ante* l. n. 124 del 2007, tutti i termini attinenti alla procedura di interpello erano di sessanta giorni. La riforma, modificando l'art. 202 c.p.p., ha abbassato il termine ivi previsto, senza però apportare idoneo correttivo anche nell'art. 256 c.p.p., che è rimasto invariato.

La tempestiva conferma presidenziale inibisce ogni possibilità giudiziale di acquisire l'atto, il documento, la cosa oggetto del decreto di esibizione, restando comunque acquisibili *aliunde* i dati conoscitivi in esso contenuti. Per l'analisi puntuale degli effetti dell'atto di conferma si rinvia a quanto già detto a proposito della testimonianza, dalla cui disciplina l'art. 256 c.p.p. replica altresì l'eventuale esito atipico, consistente nel "non doversi procedere per la sussistenza di un segreto di Stato", allorché l'acquisizione del reperto fosse prova decisiva.

Ulteriore rinvio alla disciplina testimoniale è operato dal comma quarto della stessa disposizione, allorché si prescrive l'applicabilità della clausola di esclusione del segreto di cui all'art. 204 c.p.p.

³³³ E. SELVAGGI, *sub art.* 256 c.p.p. in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, II, Utet, 1991, pag. 746.

Analizzata così, la disciplina dell'art. 256 c.p.p., s'impone una precisazione, concernente i rapporti tra sequestro e ordine di esibizione. Ciò che li differenzia, come anzidetto, è solamente il carattere autoritativo del primo, che difetta nel secondo. Identico il possibile oggetto materiale (corpo del reato o cose ad esso pertinenti), come pure l' "effetto acquisitivo"³³⁴ consistente nell'allegazione al giudizio del bene oggetto di sequestro o di ordine di esibizione³³⁵.

Nei confronti dei soggetti titolari di segreto, l'autorità agisce in prima battuta emanando con decreto un ordine di esibizione, consentendo loro una facoltà di scelta. In particolare, il soggetto tenuto al segreto di Stato può liberamente consegnare all'autorità richiedente il reperto. Ove quest'ultimo fosse effettivamente coperto dal segreto, ai sensi della legge sostanziale, il bene sarebbe ritualmente acquisito al

³³⁴ P. P. RIVELLO, in A. GIARDA- ARDAPANGHER, cit., pag. 1843. Quantomeno in sede di indagini preliminari l'uso di tale terminologia dovrebbe considerarsi atecnica. A stretto rigore, infatti, dovrebbe distinguersi, almeno qualora il sequestro abbia ad oggetto documenti "che non siano essi stessi corpo del reato", tra allegazione al fascicolo delle indagini, prima, e del dibattimento, in seguito (art. 431 c.p.p., comma primo lettera h), e atto di acquisizione probatoria in senso stretto. L'acquisizione di tali documenti, in particolare, dovrebbe avvenire solo in un secondo momento, secondo il disposto dell'art. 495 c.p.p. e, dunque, su richiesta di parte. In tal senso G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, III edizione, 2007, pag. 147- 148.

³³⁵ Per completezza della trattazione è necessario ricordare come la giurisprudenza sia concorde (Cass., VI sez., del 29/ 01/ 1998, Ramazzotti, in *Cass. Pen.* 1999, pag. 1228; Cass., V sez., del 26/ 05/ 1994, Maltauro, in *Riv. Pen.*, 1995, n. 3, pag. 284; Cass., VI sez., del 14/ 04/ 1994, Sordo, in *Giust. Pen.*, 1995, n. 3, pag. 421; Cass., VI sez., del 30/ 10/ 1991, Cattaneo, in *Cass. Pen.*, 1993, pag. 144.) nell'escludere l'opponibilità del decreto di esibizione attraverso riesame, mezzo di gravame, al contrario, previsto avverso il provvedimento di sequestro (art. 257 c.p.p.). Le ragioni di tale esclusione vanno ricercate nel principio di tassatività dei mezzi d'impugnazione e nella circostanza che "l'esecuzione del decreto di esibizione scaturisce (a differenza del sequestro) dal volontario, anche se doveroso, adempimento di un obbligo di legge" (U. DE CRESCIENZO, cit., pag. 44).

Data per acquisita l'opponibilità del decreto di esibizione, residua l'ulteriore questione circa la necessità che l'atto sia adeguatamente motivato, come espressamente prevede l'art. 253 c.p.p., con riferimento al decreto di sequestro. Partendo dalla regola generale sancita dall'art. 125 c.p.p., comma terzo, e tenuto conto della *ratio* del prescritto obbligo di motivazione del decreto di sequestro, da individuarsi nella sua opponibilità attraverso riesame, sembra di doversi negare che la motivazione costituisca elemento essenziale, nonché causa di nullità, del decreto di esibizione, di cui all'art. 256 c.p.p.

procedimento, e perciò utilizzabile, pur potendo costituire la condotta un fatto penalmente illecito *ex art. 261 c.p.p.* Si riproduce lo schema secondo cui una prova valida costituisce un fatto penalmente perseguibile. L'opposizione del segreto, apre, al contrario, la procedura d'interpello e inibisce all'autorità giudiziaria ogni apprensione coattiva, a pena di inutilizzabilità. Un eventuale esito negativo dell'interpello, o la scadenza infruttuosa del termine previsto per la conferma, come pure la semplice inerzia del soggetto destinatario del decreto, producono una piena riespansione dei poteri istruttori dell'autorità procedente che procede, questa volta, autoritativamente con sequestro.

L'art. 256 c.p.p., alla luce di ciò, può considerarsi come una parentesi procedimentale, posta a presidio dei segreti processualmente rilevanti, volta a prevenire l'esercizio di poteri di apprensione coattiva da parte dell'autorità giudiziaria (che, tuttavia, possono riattivarsi in un secondo momento) e, dunque, a pieno titolo, afferente alla disciplina del sequestro.

4.2 L'art. 256- bis: una disposizione di difficile lettura.

Gli artt. 15 e 16 della l. n. 124 del 2007, introduttivi degli artt. 256- *bis* e *ter* c.p.p., rappresentano uno degli aspetti più controversi e di difficile collocazione sistematica dell'intera novella legislativa. La formulazione linguistica, farraginosa e ambigua, l'assoluta mancanza di un tentativo di raccordo con il sistema delle prove penali e dei segreti in particolare, l'assoluta vaghezza lessicale impiegata pongono all'interprete un intreccio di questioni di ardua soluzione. Se alla pessima tecnica di redazione normativa si aggiunge che non risultano pronunce giurisdizionali, essendo recentissima l'introduzione delle suddette disposizioni, che abbiano affrontato i temi problematici che andremo ad analizzare, risulta evidente la difficoltà di prospettare delle soluzioni ermeneutiche di qualche attendibilità.

L'art. 256- *bis* c.p.p. che, per la sua collocazione, potrebbe far pensare ad una norma speciale, inquadrabile nel contesto del precedente art. 256 c.p.p., in realtà tange solo marginalmente e, precisamente, con riferimento ai commi quarto, quinto e sesto, il tema del segreto di Stato.

I primi tre commi nulla hanno a che vedere con il nostro oggetto di studio. A riprova di ciò, occorre sottolineare come possibili sovrapposizioni applicative con il successivo art. 256- *ter* c.p.p. siano scongiurate proprio dalla circostanza che, nell'ambito delle attività di "acquisizione di documenti, atti o altre cose da parte dell'autorità giudiziaria presso le sedi dei servizi per l'informazione e la sicurezza" (di cui all' art. 256- *bis* c.p.p.), nessun segreto di Stato risulti opposto.

Tuttavia esigenze di completezza della trattazione, nonché di comprensione delle disposizioni ivi contenute in materia di segreto, esigono un rapido esame dell'intero articolo.

Il legislatore della riforma è mosso dall'intento di limitare l'invasività dei poteri istruttori e investigativi, che la legge riconosce all'autorità giudiziaria, con riferimento ai luoghi in cui i servizi di informazione e soggetti equiparati svolgono le proprie attività. La *ratio* di fondo delle disposizioni in esame è quella di approntare una tutela avanzata di taluni luoghi, in cui si svolgono funzioni latamente riconducibili all'attività di *intelligence*.

Non può farsi a meno di constatare che l'esigenza sentita dal legiferante non appaia il frutto di una seria valutazione di politica legislativa ma, piuttosto, di eclatanti vicende giudiziarie, concernenti l'accesso dell'autorità giudiziaria in locali risultati in uso a strutture del servizio militare.

L'articolo in questione ribadisce la necessità dell'autorità giudiziaria, che intenda acquisire presso le sedi dei servizi o luoghi ad esse equiparati³³⁶ del materiale

³³⁶ Il novero dei luoghi, in relazione ai quali deve considerarsi applicabile la disciplina dell'articolo in esame appare suscettibile di ampissima estensione. La norma fa riferimento all'attività di acquisizione di materiale probatorio "presso le sedi dei servizi di informazione per la sicurezza, presso gli uffici del Dipartimento delle informazioni per la sicurezza o comunque presso uffici collegati all'esercizio delle funzioni di informazione per la sicurezza della Repubblica". L'elencazione risulta, dunque, amplissima e quanto mai vaga.

La redazione definitiva del testo legislativo differisce dalla versione originariamente proposta dal relatore (Atti Camera. I Commissione Permanente. Resoconto della seduta del 9 gennaio 2007, Allegato 1, pag. 35), come dalla versione adottata come testo base dalla Commissione legislativa (Atti Camera. I Commissione Permanente. Resoconto della seduta del 9 gennaio 2007, Allegato 2, pag. 56), essendo frutto di un emendamento (Emendamento 15200, in Atti Senato. Assemblea. Resoconto della seduta del 25 luglio 2007), proposto dal relatore e approvato l'ultimo giorno di dibattito in Aula.

probatorio, di procedere attraverso un decreto di esibizione nel quale devono essere indicati “in modo quanto più specifico possibile, i documenti, gli atti e le cose oggetto della richiesta”. Rispetto al modello previsto dal precedente art. 256 c.p.p., dunque, è necessario che il decreto risulti specifico, dovendo considerarsi escluse richieste di esibizione generiche, laddove ciò sia possibile.

E' previsto, inoltre, data la delicatezza delle attività svolte nei luoghi in questione, che l'autorità giudiziaria agisca “direttamente” in prima persona e “sul posto” all'esame dei reperti esibiti, acquisendo esclusivamente quelli “strettamente indispensabili ai fini dell'indagine”. Sembra, dunque, doversi desumere una deroga al principio generale sancito dall'art. 55 c.p.p., secondo comma, circa la delegabilità

Per una puntuale individuazione dei luoghi astrattamente riconducibili al disposto del primo comma dell'art. 256- *bis*, C. MOSCA, G. SCANDONE, S. GAMBACURTA, M. VALENTINI, *I servizi di informazione e il segreto di Stato -legge 3 agosto 2007, n.124*, Giuffrè, 2008, pag. 660 e ss.. Gli Autori, in particolare ritengono certamente ricompresi nella formula legislativa, le sedi riconducibili: al DIS (Dipartimento delle informazioni per la sicurezza) di cui all'art. 4 della l. n. 124 del 2007; all'AISE (Agenzia informazioni e sicurezza esterna), all'AIISI (Agenzia informazioni e sicurezza interna), quest'ultimi menzionati dall'art. 2 della legge medesima; al Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica, di cui all'art. 2, primo comma, a sua volta composto dal Presidente del Consiglio dei Ministri, dal CISR (Comitato interministeriale per la sicurezza della Repubblica), dall'autorità delegata di cui all'art. 3, dagli altri enti già menzionati. Quanto all'individuazione degli uffici “collegati all'esercizio delle funzioni”, potrebbero ricomprendersi: gli uffici del Ministero dell'interno, degli esteri e della difesa, individuati come destinatari delle informazioni raccolte dai servizi; gli uffici del RIS (Reparto informazioni e sicurezza dello stato maggiore della difesa; gli uffici delle Forze di polizia (Polizia di Stato, Arma dei Carabinieri, Corpo della Guardia di Finanza, Corpo Forestale dello Stato, Corpo di Polizia Penitenziaria); gli uffici delle Forze Armate; finanche “tutte le amministrazioni e...i soggetti che erogano, in regime di autorizzazione, concessione o convenzione servizi di pubblica utilità...nonché...le Università e gli enti di ricerca” con i quali il DIS, l'AISE e l'AIISI “possono stipulare convenzioni” (art. 13, comma 1, l. n. 124 del 2007).

L'elencazione, come riconosciuto dagli Autori medesimi, è impressionante per estensione. Pur dovendo accogliersi la proposta di limitare interpretativamente il novero alle sedi di quegli enti istituzionalmente, e non occasionalmente, preposti allo svolgimento delle attività istituzionali proprie dei servizi di informazione per la sicurezza o di supporto continuativo ad esse, questo resta straordinariamente ampio. Anticipando quanto sarà successivamente riportato nel corpo del testo, dovendosi accogliere la tesi che esclude la possibilità dell'autorità giudiziaria di disporre la perquisizione e il conseguente sequestro in questi luoghi, la compressione dei suoi poteri istruttori e investigativi, risulta assolutamente abnorme e indiscriminata.

alla polizia giudiziaria, da parte dell'autorità procedente, di ogni attività investigativa o probatoria. Nell'ambito dell'art. 256- *bis* c.p.p., l'autorità medesima, conseguentemente, può soltanto "avvalersi della collaborazione degli ufficiali di polizia giudiziaria", mai delegare *in toto* le attività di "esame e acquisizione" ivi menzionate.

Fin qui, le innovazioni al regime generale dell'art. 256 c.p.p., non sembrano decisive. E' il successivo comma terzo dell'art. 256- *bis* ad apportare il vero elemento di novità nella disciplina, e a sollevare le maggiori perplessità interpretative.

L'ipotesi è che, esaminati i reperti esibiti, l'autorità procedente li ritenga (avendone "fondato motivo") "incompleti" o diversi da quelli di cui aveva richiesto l'ostensione.

In mancanza della novella in esame, non essendo stato opposto alcun segreto, ma semplicemente sussistendo il fondato dubbio che tali soggetti occultino del materiale pertinente al reato o, addirittura, il corpo del reato, l'autorità giudiziaria avrebbe potuto procedere, *ex artt.* 247, 250, 252, 253 c.p.p., a perquisizione locale delle sedi in cui tali reperti fossero custoditi e conseguente sequestro degli stessi, ricorrendone i presupposti di legge. L'inadempimento totale o parziale dell'ordine di esibizione, da parte di soggetti titolari della summenzionata *servitus iustitiae*, senza che nessuna eccezione di segretezza fosse stata ritualmente sollevata, comportava la piena legittimità dell'esercizio dei poteri autoritativi di accesso e apprensione coattiva da parte dell'autorità giudiziaria.

Il comma terzo dell'art. 256- *bis* c.p.p. muta radicalmente la prospettiva.

Si prescrive che l'autorità giudiziaria, convinta dell'inadempimento (totale o parziale) dell'ordine di esibizione, debba rivolgersi al Presidente del consiglio dei ministri, il quale "provvede a disporre la consegna di ulteriori documenti, atti o cose o, se ne ricorrono i presupposti, a confermare l'inesistenza di ulteriori documenti, atti o cose".

La norma in esame, sembra, dunque, escludere la possibilità dell'autorità giudiziaria di procedere alla perquisizione delle sedi dei servizi e degli altri luoghi equiparati ed

all'eventuale sequestro conseguente di quanto, in tal modo, rintracciato³³⁷. In altri termini, sembra configurarsi una immunità di tali luoghi dall'esercizio dei poteri autoritativi di accesso³³⁸ e apprensione coattiva, da parte degli organi giudiziari.

La conclusione ermeneutica appare sinistra e costituzionalmente eccezionale, ma difficilmente smentibile nel suo tenore letterale.

La previsione non può non destare gravi perplessità, anche in relazione alla possibile indiscriminata estensione applicativa insita nel riferimento, di cui al primo comma, agli uffici "comunque.. collegati all'esercizio delle funzioni di informazione per la sicurezza della Repubblica" (su cui in nota).

Pur non attinendo al tema del segreto di Stato, come anzidetto, la disciplina appena tratteggiata, può sollevare interessanti spunti di riflessione ai fini della nostra trattazione.

Il meccanismo con cui il vertice dell'Esecutivo viene investito delle perplessità in merito all'effettivo adempimento dell'ordine di esibizione, infatti, è mutuato dal modello della procedura d'interpello prevista per la conferma del segreto. In più i reperi oggetto dell'interesse giudiziario potrebbero coincidere con quelli potenzialmente oggetto dell'eccezione di segretezza di cui al successivo art. 256- *ter* c.p.p.

Il sospetto che emerge dall'intreccio di discipline, apparentemente lontane, è che la procedura delineata dall'art. 256- *bis* c.p.p. possa costituire un facile espediente a copertura di prassi illecite, o di vere e proprie deviazioni istituzionali, che nulla hanno a che fare con esigenze di tutela del legittimo esercizio da parte dei servizi di informazione delle proprie funzioni istituzionali.

Se l'effettivo obiettivo fosse stato quello di proteggere la riservatezza o la segretezza delle attività legittimamente svolte da quest'ultimi, allora l'innovazione legislativa apparirebbe fuori fuoco, essendo sufficiente, a tali fini, un corretto esercizio delle

³³⁷ G. SALVI, *Conflitti di attribuzione dietro l'angolo*, in *Guida al diritto*, Il sole 24 ore, 2007, numero 40, pag. 72. Nello stesso senso, C. MOSCA, G. SCANDONE, S. GAMBACURTA, M. VALENTINI, cit., pag. 662- 663.

³³⁸ Dovrebbe ritenersi tale immunità circoscritta alla perquisizione finalizzata alla ricerca del corpo del reato o di cose ad esso pertinenti, lasciando sussistere le possibilità di accesso ai luoghi tutelati nell'ipotesi in cui l'autorità muova alla ricerca del latitante o dell'evaso.

prerogative riconosciute agli appartenenti ai servizi di informazione e al Presidente del consiglio in materia segreto di Stato.

In realtà l'unico risultato dell'innovazione sembra quello di impedire ogni forma di controllo sull'attività dei servizi, risultando le possibilità di acquisizione di atti, cose o documenti da parte dell'autorità giudiziaria, sostanzialmente filtrata dall'adempimento del dovere di esibizione da parte dei destinatari del decreto (che potrebbero avere tutto l'interesse a tenere allo scuro l'autorità di eventuali comportamenti illeciti), nonché dall'insindacabile discrezionalità del Presidente del consiglio dei ministri. L'asservimento della funzione giurisdizionale, il *vulnus* alla sua indipendenza sono poi evidenti se si riflette adeguatamente sulla circostanza che la procedura *ex art. 256- bis c.p.p.* ben potrebbe, nei fatti, soppiantare il legittimo utilizzo dello strumento del segreto di Stato, risultandone ben più efficace. La sequela opposizione- interpello- conferma del segreto di Stato, costituisce, infatti, una procedura complessa, che vede coinvolti una pluralità di attori e che, se può criticarsi come insufficiente, senz'altro garantisce un livello minimo di controllabilità dell'esercizio dei poteri governativi in materia.

In particolare, il vertice dell'esecutivo è tenuto a fornire una risposta all'autorità interpellante in un termine perentorio, sufficientemente ristretto, a motivare il proprio atto di conferma, a informare il Comitato Parlamentare di controllo dell'avvenuta conferma, assumendosene la piena responsabilità politica di fronte alle Camere. In più è oggi espressamente prevista la possibilità del giudice *a quo* di sollevare il conflitto tra poteri dello Stato di fronte alla Corte Costituzionale, nei cui confronti nessun segreto è opponibile. A ciò si aggiunga che l'atto di conferma del segreto in questione comporta, come visto, un termine di quindici anni, prorogabile una sola volta, decorso il quale "chiunque vi abbia interessa" potrà avere accesso al materiale secretato.

La conferma presidenziale dell'inesistenza di ulteriori reperti nella disponibilità dei servizi, prevista dall'articolo in esame, invece, non consta di nessuna possibilità di controllo giurisdizionale, tantomeno postula l'assunzione di una responsabilità politica chiara di fronte al Parlamento, che ben potrebbe non esserne in nessun modo informato. Logico immaginare come un Presidente del consiglio dei ministri connivente, avrebbe buon gioco nell'occultare del materiale probatorio, detenuto

presso i luoghi summenzionati, eventualmente concernente comportamenti illeciti posti in essere dagli apparati di informazione *motu proprio*, o, finanche, su mandato politico.

In un quadro siffatto, chiaramente estremo ed ipotetico ma, certamente, non ignoto alla memoria storica italiana, naturale immaginare come ad un esercizio disinvolto dei poteri di secretazione e conferma, di per sé di difficile controllabilità, potrebbe prediligersi l'abusivo inadempimento dell'obbligo di esibizione con conseguente conferma presidenziale.

In altri termini, l'art. 256- *bis* c.p.p., terzo comma, offre un'agevole strada di aggiramento delle procedure e dei controlli previsti in materia di segreto di Stato ad apparati devianti o Presidenti del consiglio infedeli o semplicemente poco informati e, pertanto, incapaci (ipotesi non secondaria, data la concreta autonomia operativa degli apparati di sicurezza) di esercitare in proprio un'attività di effettiva verifica sull'operare dei servizi stessi.

In una democrazia funzionante, basata sull'equilibrio dei poteri, nonché tutelata da un opportuno sistema di pesi e contrappesi, a garanzia del suo funzionamento, una possibilità siffatta, non può certo essere obliterata.

In questo quadro, impossibile non avvedersi dei pesanti dubbi di legittimità costituzionale che gravano sul terzo comma dell'art. 256- *bis* c.p.p. sotto il profilo della violazione degli artt. 101, comma 2, 104, comma 1, 112 Cost.

Effettuata tale sommaria analisi dei primi tre commi dell'art. 256- *bis* c.p.p., occorre passare ad esaminare i restanti quarto, quinto e sesto comma, che attengono, invece, strettamente al tema del segreto di Stato.

L'ipotesi disciplinata prevede che l'ordine di esibizione emanato dall'autorità giudiziaria precedente investa un "documento, atto o una cosa, originato da un organismo informativo estero"³³⁹, trasmesso con vincolo di non divulgazione".

³³⁹ Qualche incertezza pone, altresì, la nozione di "organo informativo estero". Secondo C. MOSCA, G. SCANDONE, S. GAMBACURTA, M. VALENTINI, cit., pag. 664, "il criterio più prudente andrebbe individuato nella circostanza oggettiva che il soggetto estero abbia intrattenuto rapporti e scambiato corrispondenza a carattere informativo con i nostri apparati di informazione per la sicurezza o con gli uffici collegati" di cui al primo comma della medesima disposizione.

In questa ipotesi, si prescrive la sospensione immediata della consegna e dell'esame del reperto, cui segue l'automatica e doverosa trasmissione dello stesso al Presidente del consiglio dei ministri. Questi, "assunte le necessarie iniziative presso l'autorità estera" pone in essere le determinazioni di sua competenza in merito alla conferma o al diniego del segreto di Stato³⁴⁰. Anche in questo caso, un termine perentorio, di sessanta giorni³⁴¹, decorre dall'atto trasmissivo. In parallelo con la disciplina generale sul segreto di Stato, la decorrenza del termine, è legislativamente equiparata al provvedimento negativo in ordine alla sussistenza dell'*arcanum*. Ne deriva la riespansione del potere giudiziario di acquisire validamente il reperto, nonché l'automatica caducazione, in capo alla massima autorità governativa, del potere confermativo.

La norma, dunque, si discosta nettamente dall'archetipo normativo delineato dall'art. 202 c.p.p. L'obbligo, in capo all'autorità procedente, di attivazione della procedura d'interpello, in questo caso, prescinde da una rituale opposizione dell'eccezione di segretezza posta in essere da soggetto a ciò abilitato. Inoltre si dà eccezionalmente rilevanza, in ambito procedimentale, al mero atto amministrativo, per di più posto in essere da un'autorità estera, consistente nella trasmissione del reperto con "vincolo di non divulgazione". Ne scaturisce un meccanismo, volto a dare rilevanza al segreto di

³⁴⁰ E' opportuno sottolineare come nessuna limitazione all'esercizio della funzione giurisdizionale possa in alcun modo derivare da atti posti in essere da un'autorità straniera, restando l'atto di conferma o di diniego del segreto di esclusiva competenza del Presidente del consiglio dei ministri italiano. L'apposizione, da parte dell'ente straniero, di un vincolo di non divulgazione determina l'insorgenza di una presunzione di esistenza del segreto solo in quanto richiamato dalla legge processuale interna, quale presupposto di operatività dell'art. 256- *bis* c.p.p., comma quarto.

La precisazione valga anche in relazione alle affermazioni riportate nel seguito della trattazione.

³⁴¹ Anche in questo caso, non può che rilevarsi il pessimo coordinamento legislativo del regime dei termini concernenti la procedura di interpello. Un termine di trenta giorni è attualmente previsto ex art. 202 e, lo anticipiamo, art. 356- *ter* c.p.p. , mentre gli art. 256 e 256- *bis* menzionano un termine di sessanta giorni. Nell'ipotesi di cui all'art. 356- *bis*, parte della dottrina, tuttavia, ritiene ragionevole la predisposizione di un termine più ampio (rispetto a quello di trenta giorni), in ragione della necessaria attivazione, da parte del governo, "delle necessarie iniziative presso l'autorità estera", adempimento che potrebbe comportare un particolare dispendio di tempo. In questo senso, , C. MOSCA, G. SCANDONE, S. GAMBACURTA, M. VALENTINI, cit., pag. 670.

Stato, deviante rispetto al modello riassumibile nella sequela opposizione- interpello- conferma, fin qui, costantemente richiamato. Può, a buon ragione, ritenersi che il comma quarto introduca una sorta di presunzione *iuris tantum* circa la sussistenza, in ambito procedimentale, del segreto in questione.

La ragione di tale previsione derogatoria è facilmente comprensibile. L'esigenza di preservare la cooperazione e gli accordi internazionali con organismi informativi esteri comporta l'introduzione di una disciplina più stringente. In particolare, il legislatore ha inteso impedire che la decisione circa la divulgazione di una notizia segreta, trasmessa nell'ambito di rapporti di collaborazione con organismi di altri Paesi o in adempimento di accordi internazionali, possa essere rimessa all'apprezzamento del responsabile dell'ufficio detentore del reperto.

L'attivazione della procedura d'interpello non è, dunque, consequenziale all'avvenuta opposizione del segreto di Stato, ma ad una verificabile caratteristica intrinseca del reperto di cui si vuole l'acquisizione. Due i requisiti che paralizzano l'attività giurisdizionale. Il primo attiene alla provenienza del documento, dell'atto o della cosa, da individuare in un "organismo informativo esterno". Il secondo, alle modalità trasmissive agli apparati di sicurezza nazionali, dovendo sussistere un "vincolo di non divulgazione".

L'acquisizione della cosa, del documento o dell'atto, in violazione del dovere di interpello del Presidente del consiglio, porterebbe alla inutilizzabilità della prova in tal modo acquisita, nonché costituirebbe condotta giudiziaria sindacabile attraverso ricorso alla Corte Costituzionale, per conflitto tra poteri, in quanto lesiva delle prerogative governative in materia di segreto di Stato.

Il segreto di Stato, in questo caso eccezionale, non opera quale elisione di un obbligo giuridico gravante sul soggetto destinatario di un provvedimento dell'autorità giudiziaria: l'obbligo testimoniale nell'art. 202 c.p.p., il dovere di esibizione nell'art. 256 c.p.p., bensì quale limite oggettivo, benché non assoluto, ai poteri istruttori e investigativi.

Rappresenta un limite probatorio oggettivo, in quanto la sua attivazione non può considerarsi rimessa alla libera scelta del soggetto detentore, in merito all'eccezione di segretezza, ma dipende da una caratteristica intrinseca all'oggetto dell'atto probatorio. Non riteniamo di poterlo, tuttavia, qualificare come limite assoluto, per

evidenti ragioni sistematiche. Una volta adottata la tesi che circoscrive l'operatività del segreto di Stato al singolo mezzo di prova, e non già ai temi di prova in esso celati, riteniamo non sussistenti riferimenti normativi tali da condurre ad un ribaltamento di tale prospettazione interpretativa. L'eventuale conferma presidenziale, di conseguenza, impedirà definitivamente l'apprensione coattiva e l'acquisizione al processo dello specifico reperto oggetto della procedura d'interpello. Ove la conoscenza dei fatti oggetto della prova vietata, quindi, venissero allegati al processo a mezzo di acquisizioni probatorie valide e indipendenti, questi sarebbero legittimamente utilizzabili ai fini del decidere.

Un ulteriore elemento distingue la procedura d'interpello prevista dal quarto comma dell'articolo in esame da quella di cui all'art. 256 c.p.p. Si prevede, infatti, che il reperto, alla cui acquisizione l'autorità giudiziaria fosse interessata, debba essere "trasmesso immediatamente" a Palazzo Chigi. Dal tenore letterale, tuttavia, non risulta a chi competa effettuare tale operazione, né le modalità della stessa. Verrebbe da pensare all'autorità giudiziaria se la disposizione non menzionasse subito prima del suddetto adempimento, l'immediata sospensione della consegna, lasciando immaginare che l'autorità non sia ancora venuta in possesso del reperto da trasmettere. Nella confusione normativa, la soluzione più ragionevole dell'*impasse*, sembra doversi ricercare in una operazione congiunta di apposizione di sigilli (sul modello dell'art. 260 c.p.p.) e trasmissione del reperto. Evidenti ragioni di buon senso, infatti, impongono che gli organi giudiziari possano, quantomeno, assistere a tali adempimenti onde accertarsi dell'effettiva coincidenza tra il bene di cui ha richiesto l'acquisizione e quello trasmesso, nonché della sussistenza di condizioni minime di certezza in merito alla non alterabilità dello stesso nel corso dell'operazione di trasmissione³⁴².

L'obbligo di immediata trasmissione del reperto pone un'ulteriore delicata questione. La procedura ideata dal legislatore, come visto, prevede la decorrenza del termine

³⁴² Nello stesso senso, C. MOSCA, G. SCANDONE, S. GAMBACURTA, M. VALENTINI, cit., pag. 665, i quali ritengono che "debbano essere assicurate alla Magistratura idonee garanzie di legale certezza in ordine al fatto che proprio quel documento sia trasmesso, così come al fatto che sia stato effettivamente ricevuto, con chiara individuazione delle persone officiate di un così delicato adempimento, sulle quali incombono specifiche responsabilità.

perentorio, ai fini dell'eventuale conferma del segreto di Stato. *Dies a quo* deve ritenersi l'atto trasmissivo del reperto³⁴³. Trascorsi inutilmente i sessanta giorni previsti, "l'autorità giudiziaria acquisisce il documento, l'atto o la cosa".

Tale previsione è evidentemente mutuata dagli artt. 202 e 256 c.p.p. e trasfusa nel sesto comma dell'art. 256- *bis* c.p.p. La differente *sedes materiae*, tuttavia, determina effetti applicativi del tutto contraddittori. Come potrebbe, infatti, decorso il termine suddetto, l'autorità giudiziaria procedere ad acquisire un reperto detenuto presso la Presidenza del consiglio dei ministri, in quanto ivi trasmesso in adempimento delle norme di legge?

La *ratio* alla base dell'equiparazione del vano decorso del termine al provvedimento presidenziale negativo in ordine alla sussistenza del segreto di Stato è quella di impedire comportamenti ostruzionistici o meramente dilatori da parte dell'autorità governativa. Decorso il termine, nell'art. 202 c.p.p., l'autorità giudiziaria procede ordinando al teste di deporre, nell'art. 256 c.p.p., sequestrando il reperto se già nella sua disponibilità, o a seguito di perquisizione ove non lo sia. In ambo i casi, gli organi giudiziari competenti agiscono di propria iniziativa, esercitando poteri autoritativi, che consentono il superamento della situazione di "stallo" del procedimento venutasi a creare.

Nell'ipotesi di cui al sesto comma dell'art. 256- *bis* c.p.p. nulla di tutto ciò è possibile. L'esercizio del potere di acquisizione del reperto ivi previsto è, nei fatti, subordinato alla sua riconsegna da parte della Presidenza del consiglio. L'autorità procedente risulta del tutto sguarnita di poteri di apprensione coattiva del reperto in quanto esso è detenuto (a seguito della suddetta trasmissione) presso la Presidenza del Consiglio, cui pacificamente si riconosce l'immunità totale della sede³⁴⁴, a tutela

³⁴³ In questo senso, G. TRANCHINA (a cura di), *Codice di procedura penale*, vol. I, Giuffrè, 2008, pag. 1918. L'autore menzionato rileva, altresì, come, nonostante l'articolo qualifichi come immediata la trasmissione del reperto, "in assenza della previsione di un termine entro cui la trasmissione deve avvenire ed in mancanza di espressa sanzione per la mancata trasmissione, le esigenze investigative potrebbero essere frustrate e, dunque, recedere rispetto ad esigenze di natura diversa, anche ove sulla *res* non sia posto il segreto di Stato". L'affermazione non può che condividersi e aggrava le perplessità sull'introduzione nel libro terzo degli art. 256- *bis* e *ter*.

³⁴⁴ *Ex pluribus* T. MARTINES, a cura di G. SILVESTRI, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, 2003, pag. 167.

del libero ed autonomo esercizio delle funzioni costituzionali assegnate al Presidente del consiglio dei ministri.

La situazione appare paradossale. L'inerzia governativa, consentirebbe all'autorità giudiziaria di acquisire il reperto che va considerato non coperto dal segreto. Ciò al fine di evitare che l'esercizio della giurisdizione possa essere ostacolato da condotte ostruzionistiche o dilatorie. Tuttavia, essendo stato il reperto trasmesso al Presidente del consiglio, come previsto dal quarto comma dell'articolo medesimo, tale potere acquisitivo resta, in concreto, subordinato ad una attività discrezionale e incoercibile del vertice dell'esecutivo stesso, consistente nella riconsegna della cosa, dell'atto o del documento (ora acquisibile) all'autorità medesima. L'esercizio della funzione giurisdizionale finisce, dunque, per essere subordinato al *placet* dell'esecutivo.

All'interprete non resta che denunciare un ulteriore elemento di irragionevolezza della disposizione che, nella prassi applicativa, potrebbe costituire un serio ostacolo ad una corretta dinamica dei rapporti tra poteri dello Stato.

4.3 L'art. 256- ter c.p.p.: il segreto di Stato eccetto dal titolare dell'ufficio detentore.

L'art. 256- ter c.p.p. completa il disegno della riforma del 2007 volto ad accrescere la tutela della riservatezza delle attività svolte in particolari luoghi da parte dei servizi di informazione per la sicurezza della Repubblica. L'ambito applicativo sembra essere sostanzialmente coincidente con quello delineato nell'articolo precedente. L'ipotesi disciplinata è l'esercizio, da parte dell'autorità giudiziaria, dei propri poteri di acquisizione di atti, documenti o cose, *in primis* attraverso l'emanazione di un decreto di esibizione, presso le sedi dei servizi o luoghi ad essi equiparati.

Elemento differenziale rispetto all'art. 256- bis c.p.p. è, come accennato, l'avvenuta opposizione del segreto di Stato³⁴⁵ posta in essere dal "responsabile dell'ufficio detentore". L'individuazione di tale soggetto non è del tutto chiara. Difficile comprendere se di tale nozione debba darsi una lettura restrittiva, dovendosi ritenere

³⁴⁵ V. GREVI, in *Compendio*, cit., pag. 367.

tale solo la persona istituzionalmente preposta alla direzione dell'ufficio medesimo o se, piuttosto, possa ritenersi responsabile anche il soggetto cui tale funzione di direzione sia stata temporaneamente delegata. Non si comprende chiaramente, inoltre, quale disciplina dovrebbe applicarsi nel caso in cui l'eccezione di segretezza fosse sollevata non già dal diretto responsabile dell'ufficio, ma da un suo componente di livello inferiore, essendo indubbia la legittimazione attiva di qualunque "pubblico impiegato, pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio", destinatario del decreto di esibizione, all'opposizione medesima. In tale ipotesi, in particolare, si applicherà la disciplina speciale di cui all'art. 256- *ter* c.p.p. (che andremo ad esaminare) o quella generale dell'art. 256 c.p.p.?

Stante la natura speciale e derogatoria della disposizione in esame rispetto all'ordinario regime previsto in materia di "dovere di esibizione e segreti", sembra doversi propendere per la seconda soluzione tenendo, altresì, in debito conto la precisione con cui il legislatore ha inteso individuare il soggetto opponente nel primo comma della disposizione in esame.

Oscuro, per certi versi, anche il concetto di "ufficio detentore". Se infatti il riferimento, per ragioni di sistema, deve considerarsi comprensivo dei luoghi indicati nel precedente art. 256- *bis* c.p.p., meno chiaro risulta il rapporto tra questi luoghi ed il reperto, oggetto dell'interesse giudiziario, che la norma individua quale suo presupposto applicativo. In particolare, il concetto di "detenzione" richiama nozioni non perfettamente coincidenti in ambito civilistico e penalistico³⁴⁶. A fini processuali, la soluzione più ragionevole sembrerebbe quella di limitare l'operatività dell'art. 356- *ter* c.p.p. solo alle ipotesi in cui il bene da esibire si trovi fisicamente custodito presso la sede dell'ufficio dei servizi o luoghi ad essi collegati. Non sufficiente a ritenere operante la disposizione suddetta, dunque, che l'ufficio possa vantare una mera titolarità del reperto (avendolo formato o in altro modo acquisito) laddove questo risulti rinvenuto o custodito al di fuori dell'ufficio stesso.

Circoscritto l'ambito applicativo della disposizione, passiamo ad analizzarne i tratti salienti. Opposto il segreto di Stato, la norma prevede (in parallelismo con la procedura di cui al comma quarto dell'articolo precedente) l'immediata sospensione

³⁴⁶ *Ex pluribus*, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, parte speciale vol. I, Giuffrè, XI edizione integrata e aggiornata a cura di C. F. GROSSO, 2008, pag. 293 e ss.

dell'esame e della consegna all'autorità giudiziaria. Il documento, l'atto o la cosa va, a questo punto, "sigillato in appositi contenitori e trasmesso prontamente al Presidente del consiglio dei ministri"³⁴⁷. L'inadempimento di tali oneri o l'acquisizione coattiva del reperto, ne comporta l'inutilizzabilità probatoria.

Si ricalca, dunque, la particolare procedura d'interpello già analizzata, consistente nella trasmissione a Palazzo Chigi di quanto l'autorità ritiene corpo del reato o cosa ad esso pertinente e su cui il segreto di Stato risulta opposto. Ricevuto il materiale, il vertice dell'esecutivo ha trenta giorni di tempo per confermare o negare la sussistenza dell'*arcanum*. La decorrenza del termine, anche in questo caso, consentirebbe all'autorità procedente di acquisire il reperto al procedimento. Il condizionale è d'obbligo, dato che la collocazione del materiale, a seguito di trasmissione, presso la sede del Presidente del consiglio, impedisce un'autonoma iniziativa giudiziaria volta ad acquisirlo. Valgono gli stessi ragionamenti già formulati: la perentorietà del termine di cui sopra sfuma, nei fatti, in una mera affermazione di principio.

Le evidenti analogie che legano, con tutta evidenza, gli ultimi tre commi dell'art. 256- *bis* c.p.p. con il disposto del successivo art. 256- *ter* c.p.p., trascinano con sé comuni problemi interpretativi.

Mentre il quinto comma dell'art. 256 c.p.p., dichiara espressamente applicabile l'art. 204 c.p.p. in rapporto alla disciplina del sequestro, nulla di simile si rinviene nei due articoli successivi. E' legittimo, perciò, porre la questione in merito all'operatività della clausola di esclusione del segreto di cui all'art. 204 c.p.p. nell'ambito dell'attività di acquisizione di atti, documenti o cose presso le sedi dei servizi e luoghi ad esse collegati. Si tenga conto della circostanza ulteriore che l'articolo 204 c.p.p., non soltanto esclude la possibilità di opporre il segreto su fatti concernenti i gravi reati ivi menzionati ma sancisce, a tutte lettere, l'inopponibilità del segreto alla Corte Costituzionale (comma 1- *quater*) laddove fosse chiamata a decidere di un eventuale conflitto tra poteri.

La questione riveste, dunque, grande importanza, ai fini di un corretto inquadramento degli articoli di recente introduzione nel "sistema" dei segreti rilevanti nel processo

³⁴⁷ In merito all'individuazione del soggetto competente all'apposizione dei sigilli ed alla trasmissione del reperto, si rinvia a quanto già esposto nel precedente paragrafo.

penale. La soluzione, in carenza di riferimenti normativi precisi, non può che muoversi sulle tracce di un'interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata, dalla quale non possono che considerarsi applicabili le norme richiamate anche nell'ambito degli articoli di recente introduzione³⁴⁸. Gravissimi sarebbero i profili d'incompatibilità costituzionale laddove si considerassero tali articoli sottratti alle previsioni di cui all'art. 204 c.p.p.

Costituisce arresto risaltante e traluzio del giudice delle leggi l'affermazione secondo cui “mai il segreto potrebbe essere allegato per impedire l'accertamento di fatti eversivi dell'ordine costituzionale”³⁴⁹. La stessa nozione giuridica del segreto di Stato, di cui all'art. 39 della legge n. 124 del 2007, esclude decisamente la possibilità che fatti illeciti del tipo di quelli richiamati dall'art. 204 c.p.p., possano costituire legittimamente oggetto di secretazione. L'intrinseca ragionevolezza del sistema dei segreti processualmente rilevanti risulterebbe, poi, compromessa, dall'accoglimento di ogni opzione ermeneutica alternativa. Non sarebbe giustificabile, infatti, sotto il profilo dell'art. 3 Cost., la disparità di trattamento di situazioni del tutto simili, se non identiche, ed in relazione a disposizioni di così centrale rilievo sotto il profilo della compatibilità costituzionale degli istituti cui afferiscono.

Ulteriori problemi pone, infine, il mancato richiamo negli articoli di recente introduzione, al terzo comma dell'art. 256 c.p.p. Tale disposizione estende all'eventualità della conferma presidenziale, prevista nell'articolo, l'esito atipico già disciplinato nell'art. 202 c.p.p., terzo comma. L'ipotesi è che il reperto, di cui sia definitivamente preclusa l'acquisizione, costituisca “prova decisiva” nel procedimento in corso. Se la possibilità dell'autorità giudiziaria di procedere autonomamente in base ad elementi non coperti dal segreto, non necessiterebbe di apposita previsione legislativa, l'esito assolutorio “per non doversi procedere per la sussistenza di un segreto di Stato”, risulta di più difficile estensione in via ermeneutica.

L'introduzione nell'ordinamento di una atipica condizione di procedibilità, che si risolve nel *non liquet*, necessiterebbe, dunque, di apposita previsione normativa. Ciononostante, sulla base di considerazioni sistematiche, e tenuto conto del costante

³⁴⁸ In questo senso, C. MOSCA, G. SCANDONE, S. GAMBACURTA, M. VALENTINI, cit., pag. 673 e ss.

³⁴⁹ Sentenza della Corte Costituzionale n. 86 del 1977.

parallelismo che connota i rapporti tra le fattispecie menzionate, nonché dell'irragionevolezza di una asimmetria legislativa su questioni di tale importanza, non si può che propendere per una estensione in via analogica delle norme che disciplinano l'esito del procedimento penale (di cui agli artt. 202 e 256 c.p.p.) conseguente alla conferma del segreto di Stato. Ogni ricostruzione alternativa contrasterebbe con la logica, prima ancora che suscitare, ancora una volta, gravi dubbi d'incostituzionalità. Basti pensare ai profili di contrasto con la presunzione d'innocenza dell'imputato e con il suo diritto di difesa che si verrebbero a profilare ove si ritenesse non estensibile agli artt. 256- *bis* e *ter* c.p.p., l'esito assolutorio summenzionato.

4.4 Segreto di Stato e intercettazioni di comunicazioni: disciplina vigente e prospettive di riforma

La più volte menzionata l. n. 124 del 2007 ha introdotto, all'interno della disciplina processuale delle intercettazioni di comunicazioni, l'art. 270- *bis* c.p.p. Lo scopo perseguito dalla disposizione è quello di apprestare una tutela rafforzata della riservatezza delle comunicazioni "di servizio" intercorrenti tra gli appartenenti ai servizi di informazione per la sicurezza della Repubblica. Ancora una volta, la novella legislativa appare tagliata sulle vicende giudiziarie relative al caso del presunto sequestro Abu Omar, che avevano visto un ampio utilizzo, da parte della Procura della Repubblica di Milano, dello strumento delle intercettazioni³⁵⁰.

³⁵⁰ Utilizzo, peraltro, ritenuto perfettamente legittimo dalla Corte Costituzionale investita della questione nell'ambito del conflitto di attribuzione sollevato dalla Presidenza del consiglio dei ministri e risolto, come già accennato, con l'accoglimento parziale dei relativi ricorsi con la sentenza n. 106 dell'11 marzo 2009, previa unificazione dei giudizi.

In proposito, il Presidente del consiglio dei ministri si doleva di una presunta lesione della propria sfera di attribuzione che assumeva essere stata provocata dall'intercettazione (ad opera della Procura milanese) "a tappeto" delle utenze telefoniche intestate al SISMI. Il *vulnus* lamentato avrebbe riguardato la competenza dell'organo governativo "a dirigere ed a coordinare la politica informativa e di sicurezza nell'interesse e per la difesa dello Stato".

L'articolo menzionato risulta, poi, destinato ad essere nuovamente modificato, nel quadro di una più generale riforma del Capo IV del c.p.p., attualmente all'esame del Parlamento. Le difficoltà legate all'analisi di tali norme sono dunque, da un lato, collegate all'assenza di interventi giurisprudenziali sul punto per la recentissima introduzione dell'articolo in questione, dall'altro, risultano acuite dall'esistenza di un testo legislativo di riforma in corso di approvazione.

Per una migliore comprensione delle delicate questioni che saranno toccate, si ritiene necessario un breve inquadramento storico del dibattito concernente il rapporto tra intercettazioni e segreto di Stato. Fino all'introduzione del c.p.p. dell'89, come visto, la sussistenza di un esplicito divieto d'esame del soggetto tenuto al segreto, poneva le premesse per affermare la natura assoluta ed oggettiva del divieto probatorio deducibile *ex art. 352 c.p.p.* Impedito al giudice di attingere ai *themata probandi*, oggetto del segreto, a prescindere dal "veicolo" della sua conoscibilità, si desumeva l'estensione del divieto probatorio a tutti i mezzi prova codificati. Logico che, anche in tema di intercettazioni, ogni notizia riconducibile ad essi, dovesse risultare spuria e, ove già ammessa o acquisita, dovesse essere espunta dal materiale probatorio. Nessuna restrizione vigeva circa la intercettabilità delle comunicazioni tra membri dei servizi. Tuttavia, una volta che il giudice si fosse reso conto che l'intercettazione, chiunque ne fossero i protagonisti, potesse riguardare notizie coperte da segreto, si riteneva suo dovere procedere *ex officio* ad interpello presidenziale. La procedura di interpello- conferma era, dunque, attivabile officiosamente dall'organo procedente, il segreto constando come limite invalicabile della sua conoscenza. Il meccanismo rapidamente delineato era, peraltro, simile a quello applicabile alle ipotesi in cui l'intercettazione fosse caduta su notizie coperte da segreto professionale o d'ufficio, con l'unica differenza che, in questi casi, il giudice avrebbe potuto sindacare nel

La Corte respingerà siffatta doglianza sul presupposto che "l'esistenza di particolare riservatezza contrattuale, fatte presenti dal gestore del servizio telefonico...potesse surrogare la mancata opposizione del segreto di Stato, stante anche l'inesistenza di un divieto *ex lege* in relazione all'intercettabilità delle comunicazioni intervenute su utenze telefoniche in uso a soggetti appartenenti ai Servizi. Inesistenza del divieto, del resto, significativamente confermata anche dalla sopravvenuta legge n. 124 del 2007, in base a quanto emerge dal testo dell'art. 270- *bis* da essa inserito nel c.p.p., che prevede un particolare regime soltanto in relazione alla utilizzazione delle risultanze di intercettazioni di tale genere".

merito l'effettiva sussistenza dei segreti in questione, in parallelo con la disciplina testimoniale³⁵¹.

L'introduzione del c.p.p. del 1989, come detto, segna la svolta.

Caduto il divieto d'esame, si fa strada la tesi che propende per una interpretazione in chiave soggettiva e relativa del divieto probatorio deducibile *ex art. 202 c.p.p.* Accolta tale linea interpretativa, l'assenza di un riferimento normativo espresso al segreto di Stato, in materia di intercettazioni, escludeva che potessero ritenersi inutilizzabili informazioni riconducibili alla nozione di cui all'art. 12 della l. n. 801 del 1977 (che forniva la nozione sostanziale del segreto in questione).

E', dunque, con la l. n. 124 del 2007 che il segreto di Stato assume rilevanza in sede di intercettazioni di comunicazioni nel vigente codice di rito.

Il *novum* è apportato dall'introduzione dell'art. 270- *bis* c.p.p. La norma presenta un ambito applicativo rigidamente delineato. Ha ad oggetto le intercettazioni di comunicazioni "di servizio" tra "appartenenti" al sistema dei servizi di sicurezza. I due requisiti di operatività della disposizione sono da considerarsi cumulativi, dovendo sussistere contemporaneamente per potersi ritenere l'autorità procedente vincolata alla disciplina dei commi successivi. La precisione terminologica, adoperata dal legislatore, è, senz'altro apprezzabile ed esclude che il segreto possa rilevare sia laddove la comunicazione intercettata si svolga tra un membro dei servizi

³⁵¹ G. ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Giuffrè, 1983, pag. 87 e ss.. L'autore dopo aver ricordato che, a differenza dei segreti d'ufficio e professionale, quello di Stato comporta un "divieto probatorio assoluto", rileva come "all'atto pratico, il segreto di Stato viene trattato nello stesso modo di quello d'ufficio o professionale. In particolare viene lasciata al giudice la possibilità di valutare quali conversazioni debbano ritenersi coperte dal segreto e quali no. Ciò, naturalmente, non comporta alcuna modifica della fattispecie sostanziale di violazione: come si è accennato, rimane invariato il dovere di rispettare il segreto. Non si può non rilevare, però, la differenza dalle ipotesi di sequestro e testimonianza, nelle quali è la sola dichiarazione del pubblico ufficiale o del pubblico impiegato ad impedire l'indagine (ovvero a determinare la necessità del procedimento di controllo). Quando il giudice si renda conto che l'intercettazione è caduta su notizie che possono costituire segreto di Stato, dovrà verosimilmente chiederne conferma, di propria iniziativa...Ai fini del divieto probatorio sembra irrilevante che le persone sottoposte a controllo abbiano la qualità indicata dagli artt. 342 e 352...La tutela del segreto si estende chiaramente al di là di questa cerchia soggettiva: il divieto è determinato dall'oggetto della notizia, non dalle persone che ne sono a conoscenza".

ed un soggetto che non rivesta tale qualifica³⁵², sia laddove, pur intercorrendo tra appartenenti degli apparati di sicurezza, la comunicazione non possa qualificarsi come strettamente inerente alle funzioni svolte. Da sottolineare, inoltre, come le comunicazioni, oggetto della disposizione, non vadano circoscritte a quelle intercorse su utenze, o avvenute utilizzando strumenti tecnici o informatici, riconducibili ai servizi.

Più problematico è, invece, stabilire se l'art. 270- *bis* c.p.p. si applichi all'ipotesi in cui la comunicazione abbia ad oggetto fatti illeciti compiuti o di cui si prospetta il compimento, nell'esercizio del proprio ufficio o della propria funzione. Pur riguardando atti inerenti al "servizio" prestato, comunicazioni siffatte si tradurrebbero piuttosto in una strumentalizzazione e in una "deviazione" dei compiti istituzionalmente affidati a tali soggetti. L'intricata questione va probabilmente risolta in senso negativo, non potendosi qualificare la pianificazione o la narrazione di fatti illeciti già compiuti come comunicazioni "di servizio", fatta salva la commissione di reati per cui può considerarsi operante la speciale causa di giustificazione di cui agli art. 17 e ss. l. n. 124 del 2007 (cd. "garanzie funzionali").

Ricorrendone i presupposti applicativi summenzionati, l'art. 270- *bis* c.p.p. prescrive enfaticamente l' "immediata secretazione e la custodia in luogo protetto dei documenti, dei supporti e degli atti concernenti tali comunicazioni". Nulla di nuovo, in realtà, sotto questo profilo, essendo le intercettazioni in questa fase, già ordinariamente, sottoposte al vincolo di segretezza funzionale per l'operare del combinato disposto tra gli artt. 329 e 114 c.p.p.

I veri profili di novità apportati dall'articolo in questione si colgono nei successivi commi secondo e terzo. Concluse le operazioni³⁵³, l'autorità giudiziaria dovrà

³⁵² In senso parzialmente differente, G. SALVI, *Alla Consulta il ruolo di ultimo garante*, in *Guida al diritto*, Il sole 24 ore, 2007, numero 40, pag. 84. Secondo l'autore "le comunicazioni oggetto della procedura finalizzata al segreto non sono solo quelle 'di servizio', con ciò dovendosi intendere non solo quelle che avvengano su apparati tecnici a ciò specificamente preposti o tra soggetti qualificati, ma tutte le comunicazioni che abbiano comunque ad oggetto materie relative all'attività dell'apparato di informazione".

³⁵³ "Non sono dunque posti limiti né previste forme specifiche per l'adozione dei provvedimenti di autorizzazione all'ascolto, che quindi possono essere adottati con le forme ordinarie e senza preventivo interpello": l'accertamento circa l'eventuale sussistenza dell' *arcanum* risulta demandata in

trasmettere al Presidente del consiglio dei ministri copia della documentazione ritenuta rilevante per il procedimento in corso e di cui intende chiedere l'acquisizione. Anche in questo caso, assistiamo ad una attivazione officiosa della procedura d'interpello, all'esito della quale il vertice dell'esecutivo viene investito dell'alternativa circa la conferma del segreto di Stato o il suo diniego.

E' possibile scorgere, in parallelo con quanto previsto al comma quarto dell'art. 256-*bis* c.p.p. già esaminato, l'introduzione di una presunzione *iuris tantum* di sussistenza del segreto che comporta l'obbligo, per l'autorità giudiziaria, di attivare la suddetta procedura d'interpello. Nonostante manchi un atto di formale opposizione del segreto, la trasmissione della documentazione costituisce, dunque, un atto dovuto.

La *ratio* della disposizione è di immediata evidenza e, nonostante il parallelismo con la disciplina dell'art. 256-*bis* c.p.p., se ne differenzia nettamente. In quella sede, l'attivazione officiosa della procedura era connessa ad esigenze di particolare tutela della riservatezza di reperti detenuti dai servizi ma formati da organismi esteri, in ragione dei rapporti di reciproca collaborazione tra apparati di sicurezza nazionali e stranieri, o in adempimento di accordi internazionali. A ciò deve aggiungersi che l'intenzione perseguita dal legislatore in quella sede era quella di svincolare la rilevanza di tali esigenze di riservatezza in ambito processuale dall'effettivo adempimento dell'obbligo di eccipirne la segretezza ad opera dei destinatari dell'ordine di esibizione. Nel caso delle intercettazioni di comunicazioni, invece, non sono esigenze di rafforzamento della tutela, quanto le intrinseche caratteristiche dello strumento utilizzato a comportare l'introduzione di un'ulteriore ipotesi di procedura d'interpello officiosa. L'effettività dello strumento, come ovvio, ne presuppone la segretezza: è, in altri termini, necessario che il soggetto "ascoltato" non sappia di esserlo. Ciò determina l'impossibilità che il medesimo soggetto eccipisca l'esistenza del segreto di Stato sul contenuto di conversazioni della cui intercettazione dovrebbe essere allo scuro. Di qui, l'esigenza normativa di imporre una presunzione relativa di segretezza su di esse e, conseguentemente, l'obbligo dell'autorità di attivare, *motu proprio*, la procedura di verifica. L'omissione di tale atto dovuto, comporterebbe l'inutilizzabilità delle intercettazioni eventualmente acquisite, nonché un evidente

un momento successivo all'autorizzazione delle intercettazioni e al loro effettivo svolgimento. Così G. SALVI, cit., pag. 84.

vulnus alle prerogative governative in materia di segreto di Stato, suscettibile di essere fatto valere di fronte alla Consulta in sede di conflitto tra poteri.

Dall'atto trasmissivo decorrerà, come di consueto, un termine perentorio, in questo caso fissato in sessanta giorni, entro cui il Presidente del consiglio è tenuto a confermare o negare la sussistenza del segreto in questione. Il decorso del termine determina la caducazione del potere presidenziale di conferma, e l'autorità giudiziaria potrà procedere legittimamente all'acquisizione delle intercettazioni.

Qualche problema pone l'esatta collocazione cronologica dell'atto trasmissivo all'interno della complessa procedura, concernente l'acquisizione delle intercettazioni.

L'interpello dovrebbe essere successivo alla conclusione delle operazioni. Ai sensi dell'art. 268 c.p.p., tuttavia, lo stesso momento, rileva come *dies a quo* di un termine di cinque giorni, entro cui i verbali (i cd. "brogliacci" di p. g.) e le registrazioni devono essere depositati in segreteria insieme ai decreti che hanno autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione. Il deposito è funzionale alla *discovery* del materiale raccolto in favore della parti private, ed, in particolare, dell'indagato. Il pubblico ministero, avvisati i difensori delle parti, fissa un termine, prorogabile dal giudice su istanza di parte, entro cui possono prendere conoscenza del materiale raccolto. Il termine di cinque giorni summenzionato può essere, tuttavia, posticipato, su autorizzazione del giudice "non oltre la chiusura delle indagini preliminari", qualora dal deposito possa "derivare grave pregiudizio per le indagini". La sovrapposizione dei due termini, di interpello e di deposito del materiale, conduce ad una questione interpretativa piuttosto intricata. A nostro avviso, nel silenzio della legge, potrebbe ritenersi, nella pendenza della procedura di trasmissione- conferma presidenziale del segreto, sospeso il termine per il deposito della documentazione. L'accoglimento di tale prospettazione, tuttavia, pone un secondo ordine di problemi. L'art. 270- *bis* c.p.p., infatti, postula una selezione del materiale oggetto di comunicazione sulla base della rilevanza processuale dello stesso. Si prescrive dunque che la procedura d'interpello debba limitarsi al materiale di cui l'autorità giudiziaria "intenda avvalersi nel processo".

Non essendo avvenuto il deposito (in quanto sospeso il relativo termine), dunque, la difesa dell'indagato risulta del tutto allo scuro di tale attività di selezione.

Quid iuris se tra il materiale non selezionato e non trasmesso, figurino intercettazioni, ritenuti rilevanti in un secondo momento dalla difesa o da altra parte privata?

A questo proposito, deve ritenersi che la selezione operata dall'autorità non escluda l'obbligo della stessa di depositare, una volta conclusasi la procedura d'interpello, l'intero materiale raccolto, con l'unica eccezione di quello su cui l'autorità governativa abbia confermato il segreto. Laddove, nella successiva udienza- stralcio (ma la situazione potrebbe riproporsi in udienza dibattimentale), una parte privata dovesse chiedere l'ammissione- acquisizione di un'intercettazione, che fosse stata ritenuta dal pubblico ministero non rilevante al procedimento, e perciò non trasmessa a Palazzo Chigi, si proporrebbe nuovamente il problema circa la sussistenza o meno del segreto. Unica soluzione possibile sembra quella di ritenere interpretativamente obbligato il giudice procedente ad attivare nuovamente *ex officio* la procedura d'interpello di cui all'art. 270- *bis* c.p.p., in relazione all'intercettazione, inizialmente "scartata", la cui rilevanza sia emersa in un secondo momento³⁵⁴.

Il terzo comma dell'articolo in esame, si occupa di disciplinare il possibile utilizzo delle intercettazioni nelle more del procedimento d'interpello descritto. Brogliacci e registrazioni, su cui ancora penda la presunzione di segretezza sono utilizzabili solo a fini cautelari e, in particolare, "solo se vi è pericolo di inquinamento delle prove, o pericolo di fuga, o quando è necessario intervenire per prevenire o interrompere la commissione di un delitto per il quale sia prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni". E' fatta salva la disciplina relativa alle cd. "garanzie funzionali". Quest'ultima previsione suona come un pleonasma³⁵⁵ dovuto alla consueta ansia nomopoietica del legislatore.

I commi successivi al quarto, non fanno che replicare le regole già esaminate in sede testimoniale in riferimento agli effetti della conferma presidenziale, nonché in

³⁵⁴ F. CORDERO, *Procedura Penale*, Giuffrè, VIII edizione, 2006, pag. 860- 861. L'autore spiega che "il giudice acquisisce, a richiesta delle parti, quanto risulti rilevante e ammissibile: supponendo che i contraddittori tacciano, i dati raccolti restano fuori, sepolti nel fascicolo del pubblico ministero; niente vieta che emergano poi, se qualcuno lo chiede (ad esempio, una parte eventuale allora assente); né appare esclusa l'acquisizione *ex officio* al dibattimento (art. 507) quando i contenuti sommersi siano trapelati (ad esempio, dall'esame d'una parte)".

³⁵⁵ In tal senso, G. SALVI, cit., pag. 84.

relazione alla possibilità di un ricorso per conflitto tra poteri, da parte delle autorità coinvolte, alla Corte Costituzionale, dinanzi alla quale il segreto di Stato non può essere opposto.

L'art. 270- *bis* c.p.p. si chiude senza nulla disporre in merito all'applicabilità dell'art. 204 c.p.p. La questione è del tutto simile a quella già esaminata in relazione agli art. 256- *bis* e *ter*, cui si rinvia, per le argomentazioni in favore di una estensione interpretativa della clausola di esclusione del segreto.

Il tema del segreto di Stato è, poi, al centro di un'ulteriore controversia dottrinarla.

La norma che suscita perplessità è l'art. 271 c.p.p. che, al secondo comma, sancisce una regola di esclusione probatoria di tutte le intercettazioni "relative a conversazioni o comunicazioni delle persone indicate nell'articolo 200 comma 1, quando hanno ad oggetto fatti conosciuti per ragione del loro ministero, ufficio o professione..".

La previsione è "simmetrica"³⁵⁶ a quella del sesto comma dell'art. 195 c.p.p. Il divieto d'esame di soggetti non vincolati al segreto su fatti appresi da persone tenute a preservarlo, in sede di testimonianza *de relato*, si traduce, in materia di intercettazioni, in inutilizzabilità probatoria delle comunicazioni tra i medesimi soggetti, concernenti fatti oggetto di protezione *ex art.* 200, primo comma.

La regola ha una sua ragionevolezza. Non può surrettiziamente aggirarsi la protezione accordata dall'ordinamento a certi rapporti (professionali, confessionali, d'ufficio) in sede testimoniale, consentendosi l'acquisizione della testimonianza di soggetti non legittimati all'opposizione del segreto, cui le informazioni sensibili siano state comunicate dal titolare del segreto stesso. Allo stesso modo non può consentirsi che le comunicazioni di questo tipo siano captate e legittimamente acquisite, attraverso lo strumento delle intercettazioni. In entrambi i casi, esclude la limitazione probatoria un contegno del titolare del segreto incompatibile con la protezione dello stesso. Legittima la testimonianza indiretta, nonché l'intercettazione, laddove il soggetto fonte dell'informazione abbia già depresso sugli stessi fatti o li abbia, in altro modo, divulgati. Sesto comma dell'art. 195 c.p.p. e secondo comma dell'art. 271 c.p.p. sono, dunque, speculari e condividono la medesima aporia logica. In ambo i casi la protezione è, a tutte lettere, accordata esclusivamente ai soli segreti

³⁵⁶ F. CORDERO, *Procedura*, cit. pag. 863.

professionale e confessionale e, nella sola disciplina della testimonianza indiretta, anche al segreto d'ufficio.

Nel disciplinare i “divieti di utilizzazione”, in materia d'intercettazioni, il legislatore ha “dimenticato”, dunque, di menzionare gli artt. 201 e 202 c.p.p., concernenti segreto d'ufficio e di Stato. Il contrasto dottrinario cui si accennava è una replica di quello già rilevato in sede di trattazione della testimonianza *de auditu*³⁵⁷.

E' possibile estendere analogicamente il divieto di utilizzazione menzionato anche ai segreti d'ufficio o di Stato? Il novero contenuto nel sesto comma dell'art. 195 c.p.p., quasi identico a quello del secondo comma dell'art. 271 c.p.p., è da considerarsi tassativo?

La questione è aperta³⁵⁸. A nostro avviso, per la natura speciale dei divieti probatori di cui ci occupiamo, sarebbe impossibile una loro estensione analogica³⁵⁹, nonostante l'irragionevolezza cui porterebbe una conclusione siffatta e che, lo ribadiamo, necessiterebbe di un intervento legislativo, prima che del Giudice delle leggi. Per una disamina più approfondita si rinvia a quanto detto in tema di testimonianza indiretta.

³⁵⁷ Con l'unica, già segnalata, differenza che in sede di testimonianza indiretta la “dimenticanza” del legislatore investe esclusivamente il segreto di Stato, essendo, invece, correttamente menzionato l'art. 201 c.p.p.

³⁵⁸ A. CAMON, *sub art. 271*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA-G. SPANGHER, Ipsoa, III edizione 2007, pag. 2013- 2014. La problematicità della questione emerge chiaramente laddove si sostiene che “in mancanza di un esplicito divieto legislativo sono invece utilizzabili le intercettazioni di notizie costituenti segreto d'ufficio e di Stato, per le quali è previsto solo l'obbligo d'astensione dalla testimonianza e di opposizione al sequestro” salvo, successivamente, sostenere che “l'irragionevolezza della disciplina consiglia di considerare questi limiti impliciti all'accertamento giudiziale”.

³⁵⁹ F. CORDERO, *Procedura*, cit. pag. 863. Secondo l'Autore la regola di esclusione menzionata “non vale rispetto al segreto d'ufficio o di Stato: *legibus sic stantibus*, dunque, niente osta all'uso di eventuali intercettazioni”. *Contra* V. GREVI, in *Compendio*, cit., pag. 379- 380, in cui si rileva che “non può non sorprendere che tale normativa di salvaguardia indiretta sia stata dettata per i soli segreti professionali, con esclusione del segreto d'ufficio, non sembrando convincente che quest'ultimo... venga dichiaratamente discriminato sul terreno delle intercettazioni telefoniche, perché posto a tutela degli interessi della pubblica amministrazione, e non a garanzia di diritti fondamentali”.

CAPITOLO V

ASPETTI PATOLOGICI O PROBLEMATICI

5.1 Il controverso rapporto tra segreto di Stato e indagini preliminari **5.2** La posizione dell'imputato tenuto al segreto **5.3** L'opposizione tardiva del segreto di Stato.

5.1 Il controverso rapporto tra segreto di Stato e indagini preliminari

E' giunto il momento di analizzare le modalità con cui l'ordinamento riconosce rilevanza al segreto di Stato all'interno del libro V del c.p.p., cioè nella fase delle indagini e dell'udienza preliminari. Come visto, il tema oggetto di studio è scolpito dal legislatore come istituto di diritto probatorio e, all'interno delle disposizioni dedicate alle prove, è, in particolare, l'art. 202 c.p.p., in materia di testimonianza, a costituire il quadro normativo di riferimento fondamentale. Necessario, dunque,

esaminare la questione circa l'applicabilità della disciplina già analizzata in riferimento alla fase predibattimentale.

La prima considerazione che s'impone riguarda la stretta afferenza della disciplina del segreto alla fase delle indagini, con riferimento alle disposizioni in materia di mezzi di ricerca della prova. Ordine di esibizione, sequestro e intercettazioni di comunicazioni, rappresentano atti processuali solitamente svolti proprio in fase investigativa piuttosto che dibattimentale. Essi sono preordinati strutturalmente ad addurre al giudizio prove precostituite, esistenti, cioè, nella realtà extraprocessuale ovvero, nel caso delle intercettazioni, prove costituite dagli organi giudiziari al momento della captazione della comunicazione ma, in quanto atti a sorpresa, intrinsecamente irripetibili in sede dibattimentale. Lo stesso codice, nel fare costante riferimento all' "autorità giudiziaria", piuttosto che al giudice, quale destinatario della disciplina *de quo*, segnala i mezzi ricerca della prova quali "attività tipiche della fase delle indagini preliminari"³⁶⁰. In queste ipotesi, la rilevanza processuale del segreto di Stato, è ancorata alle norme applicabili già esaminate (artt. 256, 256- *bis* e *ter*, 270- *bis*, 271 c.p.p.) e nessuna differenziazione di disciplina può rilevarsi in relazione alla differente fase del procedimento in cui venisse espletata la relativa attività istruttoria.

Più complessa appare l'analisi dell'operatività del segreto in questione in relazione alle attività investigative del pubblico ministero e della polizia giudiziaria disciplinate nel libro V.

Unico riferimento normativo espresso al segreto di Stato è contenuto nell'art. 362 c.p.p., primo comma, a proposito dell'assunzione di informazioni, ad opera del pubblico ministero, dalle persone informate sui fatti. La disposizione, a tutte lettere, sancisce l'applicabilità, in quella sede, (fra gli altri) dell' art. 202 c.p.p.

Evidenti i parallelismi tra le due fattispecie. Identica l'esigenza di accordare protezione ad un interesse extraprocessuale di rango costituzionale e di salvaguardare una sfera di riservatezza di cui la legge sostanziale determina oggetto, natura e limiti. Altresì perfettamente sovrapponibile la situazione soggettiva della persona chiamata a rispondere alle domande del pubblico ministero, come a deporre in giudizio.

³⁶⁰ V. GREVI, *Prove*, in *Compendio di Procedura Penale*, a cura di G. CONSO- NSORREVI, Cedam, IV edizione 2008, pag. 302.

Entrambi i soggetti si trovano in una situazione che abbiamo definito “kafkiana”, in quanto penalmente esposti ad un vincolo di non divulgazione della notizia oggetto di segreto ai sensi della legge sostanziale (art. 261 c.p.) e, contemporaneamente, investiti di un obbligo di verità davanti agli organi giudiziari, anch’esso penalmente sanzionato (*ex art. 371- bis c.p. in sede di sommarie informazione rese al pubblico ministero*)³⁶¹. Le similitudini imponevano una omogeneità di trattamento normativo. L’ordinamento risolve la questione con un rinvio recettizio alla disciplina testimoniale del segreto. Anche in tale ipotesi, dunque, la situazione antinomica tra norme venutasi a creare è risolta accordando una facoltà d’astensione dal rispondere in capo al soggetto titolare del vincolo di segretezza. Quanto già detto in materia di testimonianza, dunque, vale anche in sede di “sommarie informazioni”, con l’ovvia precisazione che le attività che, in giudizio, vengono svolte dal giudice, in fase investigativa saranno ripartite tra il pubblico ministero e il giudice per le indagini preliminari. Sarà, in particolare, il giudice per le indagini preliminari a disporre, su richieste del pubblico ministero, l’archiviazione della notizia di reato per non doversi procedere per l’esistenza di un segreto di Stato, così come spetterà al giudice dell’udienza preliminare l’emanazione di sentenza di non luogo a procedere per lo stesso motivo, laddove l’azione penale fosse stata incongruamente esercitata.

La rilevanza del segreto in fase investigativa è, dunque, accordata da questa norma di rinvio.

La stessa tecnica è adoperata in tema di “sommarie informazioni” raccolte dalla polizia giudiziaria. Questa volta, siamo in presenza di un doppio rinvio: l’art. 351 c.p.p. rinvia al “secondo e terzo periodo del 1 comma dell’art. 362”, quest’ultimo, come detto, all’art. 202 c.p.p. Nonostante la pessima tecnica legislativa, pacifica l’applicabilità, operati gli opportuni aggiustamenti³⁶² in relazione alla fase del

³⁶¹ Stesso discorso può farsi in relazione al disposto dell’art. 351 c.p.p. La falsità o reticenza del soggetto chiamato a rendere sommarie informazioni davanti alla polizia giudiziaria, potrebbe integrare, infatti, i requisiti del favoreggiamento personale (art. 378 c.p.). In questo senso, la giurisprudenza maggioritaria: *ex pluribus*, Cass., sez. VI, 19 febbraio 1997, in *Cass. Pen.*, 1998, pag. 100; Cass., sez. VI, 27 novembre 1992, Donisi, in *Giur. It.*, 1994, II, pag. 408.

³⁶² Pur nel silenzio dell’art. 351 c.p.p., deve, implicitamente, ritenersi che sia sempre il pubblico ministero, titolare dell’indagine, tenuto ad attivare la procedura d’interpello, nel caso in cui il soggetto informato sui fatti avesse opposto l’*arcanum* alla polizia giudiziaria.

procedimento in questione, della disciplina testimoniale del segreto di Stato in tutte le attività volte all'assunzione di dichiarazioni da parte di "potenziali testimoni" contemporaneamente vincolati al segreto e obbligati a rispondere secondo verità davanti agli organi inquirenti.

Probabilmente da ascrivere ad un difetto di coordinamento normativo la mancata menzione dell'art. 204 c.p.p. tra le norme richiamate nell'art. 362 c.p.p. La questione è del tutto simile a quanto già detto a proposito degli art. 256- *bis* e *ter*. La "dimenticanza" del rinvio alla clausola di esclusione del segreto sembra essere, insomma, il reiterato errore di un legislatore distratto. Senonché, come visto, l'art. 204 c.p.p. rappresenta una norma fondamentale la cui applicabilità va ermeneuticamente affermata in tutte le sedi in cui possa riconoscersi rilevanza all'*arcanum*. Se così non fosse, si rischierebbe un palese contrasto, oltretutto con la logica del sistema, con i *dicta* della Corte Costituzionale, potendosi incorrere in declaratorie di illegittimità per omessa previsione. E', dunque, opportuno, in questo caso, propendere per un'interpretazione costituzionalmente orientata, che ritenga applicabile, anche in sede investigativa, tale norma. La tesi prospettata, d'altra parte, trova nella lettera dell'articolo in questione un fondamento testuale difficilmente eludibile. E', infatti, lo stesso art. 204 c.p.p. a sancire, *expressis verbis*, che "prima dell'esercizio dell'azione penale" la natura del reato è definita dal "giudice per le indagini preliminari". Alla luce delle considerazioni suesposte e del dettato positivo, risulterebbe arduo sostenere che tale previsione vada interpretata restrittivamente e, quindi, con esclusivo riferimento all'incidente probatorio, in quanto in tutto equiparabile ad un vero e proprio atto di acquisizione probatoria (benché anticipato rispetto al giudizio), e non, invece, all'intera fase predibattimentale.

L'istituto del segreto di Stato opera, dunque, in perfetta simmetria nelle diverse fasi del procedimento³⁶³, e ciò appare del tutto ragionevole alla luce della omogeneità delle situazioni soggettive in cui si verrebbero a trovare i titolari del segreto.

Un'ulteriore questione, sebbene non afferente esclusivamente al tema del segreto di Stato, merita attenzione. L'ipotesi, su cui occorre soffermarsi, è che il soggetto tenuto al segreto, in sede di sommarie informazioni, non si astenga dal rispondere

³⁶³ C. BONZANO, *Segreto- Tutela processuale del Segreto di Stato*, voce in *Enciclopedia Giuridica*, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 1992, vol. XXVIII, pag. 1.

alle domande degli inquirenti, proponendo, solo successivamente, l'eccezione di segretezza, in sede di escussione dibattimentale.

Laddove il segreto fosse confermato dall'autorità competente, si è posta la questione circa la possibilità di addurre al fascicolo del dibattimento i verbali d'indagine ex art. 512 c.p.p. Tale interrogativo, da considerarsi definitivamente risolto in senso negativo, tuttavia, è stato al centro di un contrasto giurisprudenziale che ha visto su posizioni contrapposte la Corte di Cassazione e la Corte Costituzionale.

Il *casus belli* non ha riguardato direttamente l'opposizione dibattimentale del segreto di Stato, bensì di quello "famigliare". Il problema, in ogni caso, è, sul piano giuridico, del tutto analogo. Il punto centrale è rappresentato dalla possibilità di configurare l'esercizio della facoltà di astensione dalla deposizione, una ipotesi di irripetibilità sopravvenuta delle dichiarazioni rilasciate al pubblico ministero in fase d'indagine senza che nessuna eccezione fosse sollevata.

Tale prospettazione è da sempre negata dalla giurisprudenza di legittimità. L'impossibilità di applicare l'art. 512 c.p.p. all'ipotesi *de qua* si fonda sull'impossibilità di ritenere "imprevedibile", come richiesto dalla norma, l'impossibilità di acquisire la testimonianza conseguente all'eccezione di segretezza. Non può, infatti, qualificarsi come tale l'esercizio di "una facoltà debitamente prevista e garantita dalla legge"³⁶⁴.

Inutile sottolineare quanto questa sia l'unica interpretazione coerente con i capisaldi del sistema processuale nonché coi principi costituzionali che lo ispirano. La prova si forma in dibattimento nel contraddittorio tra le parti. Gli atti d'indagine non debbono avere accesso alla fase del giudizio, pena la violazione del principio di separazione delle fasi. Le norme che consentono tale ingresso si collocano in un rapporto di eccezione alla regola e devono essere restrittivamente interpretate. Non può considerarsi imprevedibile la circostanza che un soggetto si avvalga di una facoltà d'astensione che l'ordinamento gli riconosce. Il pubblico ministero che teme un mutamento di atteggiamento processuale del dichiarante ha uno strumento a sua disposizione, potendo chiedere che si proceda con incidente probatorio.

³⁶⁴ Cass., sez. VI, 16 febbraio 1994, Grandinetti, in *Le Leggi d'Italia, Repertorio on line*. Nello stesso senso: Cass., sez. I, 23 gennaio 2003, in *Cass. Pen.*, 2005, pag. 1352; Cass., sez. II, 29 marzo 1999, Femia, in *Cass. Pen.*, 2000, pag. 2376.

L'interpretazione della Corte di Cassazione appare convincente ed ha finito col prevalere sull'antitetica posizione della Corte Costituzionale³⁶⁵ che ha, infine, sposato la tesi invalsa nella giurisprudenza di legittimità³⁶⁶.

Su un piano strettamente ricognitivo delle disposizioni di legge, i limiti e le modalità operative dell'istituto in fase predibattimentale non sembrano, dunque, sollevare particolari questioni interpretative, derivando da un mero adattamento della disciplina codificata nel libro III. Tuttavia, l'esperienza giurisprudenziale, anche recente, identifica proprio nelle indagini preliminari la fase del procedimento in cui più aspre sono state le contrapposizioni tra l'autorità procedente e quella competente sull'apposizione e la conferma del segreto e più frequente il ricorso al Giudice delle leggi in sede di conflitto tra poteri dello Stato.

Ai fini della presenta trattazione, occorre ripercorrere una vicenda giurisprudenziale affatto particolare, che rappresenta l'antecedente logico della recente sentenza della Corte Costituzionale n. 106 del 2009, nonché un interessante punto di osservazione di alcuni aspetti patologici e problematici che connotano, nei fatti, i rapporti tra fase investigativa e segreto di Stato.

Ci riferiamo ad una vicenda giudiziaria che contrappose, assumendo i contorni di uno scontro istituzionale particolarmente acceso, la Procura della Repubblica di Bologna

³⁶⁵ Corte Cost., sentenza n. 179 del 1994, in *Giur. Costit.*, 1994, pag. 1589. In tale pronuncia, da annoverarsi tra le sentenze interpretative di rigetto, il Giudice delle leggi, formulò il principio secondo cui “una volta che, nella fase delle indagini preliminari o nell'udienza preliminare, il prossimo congiunto dell'imputato, avvertito, com'è d'obbligo, della facoltà di tacere, non se ne sia avvalso, la dichiarazione è legittimamente assunta e pertanto, se il dichiarante decida successivamente di astenersi dalla testimonianza dibattimentale, si determina, pur se in seguito all'esercizio di un diritto, quella oggettiva e non prevedibile impossibilità di ripetizione dell'atto dichiarativo che ai sensi dell'art. 512 consente di darne lettura al dibattimento”.

³⁶⁶ Corte Cost., sentenza n. 440 del 2000, in *Giur. Cost.*, 2000, pag. 3302. Con tale pronuncia la Corte ha modificato il proprio precedente orientamento, accogliendo l'orientamento della Corte di Cassazione. Il *revirement* è stato, tuttavia, giustificato in virtù delle modifiche introdotte all'art. 111 Cost. da parte della l. cost. 23 novembre 1999, n. 2. Nel mutato contesto costituzionale, infatti, ad avviso della Corte, l'esercizio della facoltà d'astensione non può essere compreso tra le cause “di natura oggettiva” di impossibilità di formazione della prova in contraddittorio previste dall'art. 111, quinto comma.

e la Presidenza del consiglio dei ministri, sfociando in ben tre conflitti di attribuzione di fronte alla Consulta³⁶⁷.

La vicenda giudiziaria di nostro interesse trasse origine dal sequestro da parte della Procura della Repubblica di Roma presso gli archivi del ministero degli Interni di registrazioni di conversazioni illegalmente effettuate. L'iscrizione nel registro degli indagati riguardò alcuni funzionari della polizia di Stato (e in forza all'UCIGOS³⁶⁸) e del SISDE, individuati come i presunti autori delle intercettazioni illegali nell'ambito delle attività da loro svolte nel settembre del 1991.

E' necessario precisare che in sede di sequestro nessuna eccezione di segretezza fu sollevata dai soggetti legittimati. L'opposizione dell'*arcanum*, infatti, avvenne in un momento successivo, nel corso di ulteriori attività d'indagine poste in essere dalla Procura ed, in particolare, a seguito di un ordine di esibizione documentale. La procedura di interpello, opportunamente attivata dal pubblico ministero titolare dell'inchiesta, sfociò in una tempestiva conferma presidenziale³⁶⁹, atto su cui il Comitato Parlamentare per i servizi di informazione e sicurezza, non ebbe nulla da eccepire³⁷⁰.

La Procura romana, ritenutasi incompetente a causa del luogo di esecuzione delle condotte contestate, trasmise gli atti al pubblico ministero presso il Tribunale di Bologna. Questi proseguì nelle indagini, in particolare, emanando un ordine di esibizione dal contenuto del tutto identico a quello posto in essere dall'autorità giudiziaria romana e paralizzato dall'eccezione di segretezza, questa volta, indirizzato alla DIGOS della locale questura. La questura ottemperava parzialmente

³⁶⁷ Conflitti che furono affrontati e risolti dalla Corte Costituzionale con le sentenze n. 110 del 10 aprile 1998, in *Diritto Penale e Processo*, n. 8, 1998, pag. 977, con commento di G. DI CHIARA; n. 410 del 16 dicembre 1998, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, I, 2000, pag. 318, con commento di C. BONZANO; n. 487 del 10 novembre 2000, in *Giurisprudenza costituzionale*, III, pag. 3760, con commento di G. SPANGHER.

Sulla questione, anche G. SALVI, *Conversazioni non autorizzate*, in *Guida al diritto*, Il sole 24 ore, 2007, numero 40, pag. 80.

³⁶⁸ Ufficio centrale investigazioni generali operazioni speciali: trattasi del Servizio antiterrorismo della Direzione centrale della polizia di prevenzione.

³⁶⁹ Provvedimento di conferma del 12 giugno 1997.

³⁷⁰ Deliberazione assunta all'unanimità dal Co. Pa. Co. Il 22 luglio 1997.

al decreto di esibizione ricordando che sui medesimi documenti era già stato opposto all'autorità giudiziaria e confermato il segreto di Stato. Tuttavia, un errore di trasmissione della documentazione, comportò l'allegazione di materiale secretato che venne, così, a disposizione della Procura. Tale errore materiale costituì lo spunto investigativo per ulteriori indagini, che convinsero il pubblico ministero procedente ad esercitare l'azione penale.

La richiesta di rinvio a giudizio risultava corredata sia da documenti secretati, quelli erroneamente trasmessi dalla Questura bolognese, sia da atti d'indagine frutto delle successive investigazioni poste in essere dall'inquirente.

Il Presidente del consiglio dei ministri investì la Corte costituzionale della questione, lamentando che le condotte del pubblico ministero avrebbero comportato una lesione della sfera di attribuzioni costituzionali riconosciutegli, in materia di segreto di Stato. “L'avvocatura dello Stato sviluppa teoremi intonati al più puro *ancient régime*³⁷¹” chiedendo alla Corte di dichiarare che “non spetta al pubblico ministero, una volta preso atto della opposizione e della conferma del segreto di Stato, procedere oltre nelle indagini strumentali all'esercizio dell'azione penale e compiere ulteriori atti d'indagine diretti ad acquisire *aliunde* elementi di conoscenza sui fatti incisi dal segreto di Stato”. L'affermazione dell'avvocatura è quanto mai criticabile.

Potrebbe concordarsi sull'inutilizzabilità, ai fini di rappresentare al giudice dell'udienza preliminare la sostenibilità dell'accusa in giudizio, degli atti ritualmente coperti da segreto ed erroneamente trasmessi alla Procura dalla Questura di Bologna³⁷². Tutt'altro discorso dovrebbe farsi, invece, in relazione alla possibilità del pubblico ministero di proseguire nelle indagini relative alla *notitia criminis* ricercando e reperendo elementi non secretati, ed, eventualmente, sulla base di questi, di esercitare l'azione penale.

Preclusi dal quadro conoscitivo gli elementi coperti dall'*arcanum*, sulla base delle regole processuali che danno rilevanza al segreto, nulla vieta all'inquirente di

³⁷¹ F. CORDERO, *Procedura Penale*, Giuffrè, VIII edizione, 2006, pag. 658.

³⁷² Condivisibile, in particolare quanto rileva G. DI CHIARA, in *Diritto Penale e Processo*, cit., pag. 985, secondo il quale “l'itinerario percorso dall'autorità procedente non tenda (in chiave fisiologica) all'individuazione di fonti alternative di prova ma all'acquisizione *aliunde* della medesima *res* su cui era già avvenuto un provvedimento di conferma del vincolo del segreto”.

muoversi in altre direzioni e strutturare la richiesta di rinvio a giudizio su atti d'indagine su cui non fosse opposto o opponibile il vincolo di segretezza. L'organo dell'accusa sarebbe, infatti, tenuto a proporre richiesta di archiviazione solo laddove ritenesse l'atto investigativo precluso dal segreto, elemento decisivo ai fini del determinarsi in merito all'esercizio dell'azione penale. Al contrario, potendo fondare le sue determinazioni *aliunde*, sarebbe, addirittura, obbligato (ai sensi dell'art. 112 Cost.) a procedere *ex art. 416 c.p.p.* La tesi sposata dal ricorrente si discosta nettamente da tali considerazioni e ripercorre schemi incompatibili con una corretta interpretazione delle norme del rito penale, nonché manifesta una concezione dei poteri dello Stato incompatibili con l'assetto costituzionale. Il veto politico, in questo quadro, "non cade sulla prova *x* o *y*, ma sotterra i *themata probandi*, sicché ogni prova risulta inammissibile"³⁷³.

La Corte non si lascia irretire da tali argomentazioni sconfessando platealmente l'interpretazione prospettata dal ricorrente: "la tesi prospettata...secondo la quale l'opposizione del segreto inibirebbe in modo assoluto all'autorità giudiziaria la conoscenza dei fatti ai quali il segreto si riferisce, e quindi precluderebbe al pubblico ministero di compiere qualsiasi indagine, anche se fondata su elementi di conoscenza altrimenti acquisiti, non può essere condivisa. Tale impostazione altererebbe in questa materia l'equilibrio dei rapporti tra potere esecutivo e autorità giudiziaria, che debbono essere improntati al principio di legalità"³⁷⁴.

L'affermazione della Corte risulta cristallina e pienamente coerente con l'interpretazione da noi accolta in merito agli effetti della conferma del segreto legittimamente opposto e confermato in fase dibattimentale, ricostruzione che, in fase investigativa, non può che essere riproposta nei medesimi termini. Approfondendo la propria riflessione, la Corte rileva, inoltre, che "l'opposizione del segreto non ha l'effetto di impedire che il pubblico ministero indaghi sui fatti di reato cui si riferisce la *notitia criminis*...ed eserciti se del caso l'azione penale, ma ha l'effetto di inibire all'autorità giudiziaria di acquisire e conseguentemente di utilizzare elementi di conoscenza e di prova coperti dal segreto"³⁷⁵.

³⁷³ F. CORDERO, *Procedura*, cit., pag. 658 e ss.

³⁷⁴ Corte Cost., sentenza n. 110 del 1998.

³⁷⁵ Corte Cost., sentenza n. 110 del 1998.

Tali affermazioni sono confortanti, tuttavia, il *thema decidendum* del conflitto è ben più complesso ed il giudice delle leggi, pur negando l'impostazione cripto-autoritaria del ricorrente, non lesina critiche alla condotta del convenuto pubblico ministero bolognese. Il ragionamento della Corte, infatti, prosegue circoscrivendo puntualmente l'estensione e la natura dei limiti che la rilevanza processuale dell'*arcanum* pone all'attività investigativa, statuendo che il "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 d'indagine, le cui eventuali risultanze sarebbero a loro volta viziate dall'illegittimità della loro origine"³⁷⁶.

Siamo al cuore del problema.

Conseguenza di tale affermazione è l'accoglimento nel merito del ricorso presidenziale. Il pubblico ministero avrebbe violato le prerogative governative in materia di segreto, non già intendendo proseguire nelle indagini, alla ricerca di elementi non intaccati dal segreto, bensì fondando la propria richiesta di rinvio a giudizio su atti d'indagine secretati, nonché su atti d'indagine ulteriori, reperiti sfruttando spunti investigativi forniti dalla lettura dei primi. L'esito è l'annullamento degli atti viziati, nonché della richiesta di rinvio a giudizio formulata.

La sentenza in commento, dunque, esordisce con statuizioni del tutto condivisibili, ma, all'atto del decidere, appare sbandare.

Due i punti di maggior interesse ai fini del nostro oggetto di studio.

L'inutilizzabilità degli atti d'indagine consistenti nell'acquisizione di dichiarazioni o materiale documentale sui quali fosse stato ritualmente opposto e confermato il segreto di Stato è ineccepibile.

Ciò che sconcerta è, tuttavia, la teorizzazione di una possibilità di propagazione del vizio *de quo* ad atti d'indagine successivi e diversi da quelli vietati. Veicolo del contagio, ad avviso della Corte, sarebbe un preteso nesso di consequenzialità tra atti del procedimento, dalla difficile definizione. Si postula la dipendenza tra un atto viziato ed un atto successivo, la cui scoperta e acquisizione fosse stata propiziata proprio dalla conoscenza del precedente.

³⁷⁶ Corte Cost., sentenza n. 110 del 1998.

Formuliamo un esempio che si rivelerà utile anche ai fini del seguito del discorso. Certamente inutilizzabili le dichiarazioni dell'opponente a segreto confermato, anche qualora costui decidesse in un momento successivo di parlare. Tuttavia costui parla, e rende nota all'inquirente l'esistenza di un testimone oculare dei fatti oggetto d'indagine, non vincolato al segreto. Le informazioni assunte da tale soggetto terzo, sarebbero anch'esse inservibili?

Il nesso che lega le dichiarazioni vietate a quelle astrattamente legittime, contaminandole, andrebbe identificato, dunque, nell'aver le prime consentito all'organo inquirente la scoperta di un testimone fino ad allora sconosciuto. Questa la ricostruzione della Corte costituzionale, a quanto sembra di potersi capire³⁷⁷.

La pronuncia schiude l'ordinamento all'introduzione di una nuova categoria finora sconosciuta, qualificabile come "inutilizzabilità indiretta o derivata"³⁷⁸. La categoria avrà un discreto successo, almeno con riferimento al tema del segreto di Stato, dato il richiamo legislativo, cui si è già accennato, all'interno del sesto comma dell'art. 202 c.p.p. (frutto della riforma dello stesso operata con l. 124 del 2007).

Il teorema descritto è comprensibile, tuttavia, non può sottrarsi a fondate critiche dottrinarie. In particolare, non può non rilevarsi l'assoluta mancanza di fondamento

³⁷⁷ G. DI CHIARA, in *Diritto Penale e Processo*, cit., pag. 985, dà una lettura delle parole della Corte che ne ridimensiona nettamente la portata, e che risulta palesemente smentita dalle successive prese di posizione della stessa, laddove ritiene che, alla luce della sentenza n. 110 del 1998, "l'ufficio del pubblico ministero avesse finito col godere di una posizione, per dir così, di privilegio cognitivo, di cui avrebbe ben potuto far uso senza indulgere a non consentite invasioni di campo che hanno, poi, propiziato l'odierna pronuncia...la conoscenza senza dubbio infeconda, sotto il profilo probatorio, avrebbe, perciò, in modo assai più agevole, potuto instradare verso dati alternativi e surrogatori, idonei ad approdare *recta via* al medesimo risultato già conseguito per effetto del supporto documentale noto ma inutilizzabile".

In realtà sembra proprio che la pronuncia della Corte sia indirizzata a precludere non solo l'utilizzabilità del materiale coperto da segreto, ma, altresì, e da qui emergono le legittime critiche della migliore dottrina, a colpire proprio lo sfruttamento, a fini investigativi, di quel "privilegio informativo" che si ritiene illegittimo. L'assunto, come vedremo, sarà confermato dai successivi interventi della Corte nel corso della tribolata vicenda giudiziaria di cui ci occupiamo.

³⁷⁸ Categoria la cui esistenza nell'ordinamento è sostanzialmente negata da Cass., S.U., 27 marzo 1996, Sala, in *Cass. Pen.*, 1996, pag. 3268, laddove si stabilisce che l'illegittimità della perquisizione non incide sulla validità del "sequestro conseguente" (art. 252 c.p.p.), negando, così, ogni rilevanza nell'ordinamento alla cd. *poisoned tree doctrine*, di matrice statunitense.

dell'impostazione siffatta nelle norme del rito penale³⁷⁹. L'inutilizzabilità è un vizio che afferisce alle prove (e agli atti d'indagine³⁸⁰) “acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge” (art. 191 c.p.p.). La lettera del codice utilizza una terminologia tecnica difficilmente smentibile. Si fa riferimento all'acquisizione della prova. I divieti menzionati non potrebbero che riferirsi, dunque, a divieti, espressi o impliciti, concernenti, appunto, l'attività acquisitiva delle prove.

Nessun riferimento è riconoscibile nelle norme codificate alle modalità con cui l'inquirente perviene ad individuare elementi utili ai fini dell'indagine prima, della prova in seguito. Non può ritenersi, in altri termini, sussistente nell'ordinamento processuale un principio che subordina la legittimità di un atto d'indagine all'ostensione dello spunto investigativo che ha condotto gli inquirenti ad individuarlo come potenzialmente utile. Stesso discorso va fatto in relazione alla liceità dell'origine dell'informazione che orienta l'attività d'indagine.

Deve ritenersi, allora, che il veicolo del contagio del vizio, teorizzato dalla Corte, non abbia natura giuridico- processuale, bensì storica e psicologica³⁸¹. Sul piano giuridico, il presupposto tecnico perché il pubblico ministero ritenga di assumere informazione da una persona informata sui fatti o di richiedere una esibizione documentale *et similia*, è individuabile nella mera convinzione, che tali atti possano addurre elementi utili alle proprie determinazioni. Che tali convinzioni derivano da visioni oniriche o da informazioni anonime o confidenziali, o dai consigli di una chiromante, non rileva ai fini della validità degli atti espletati³⁸². Ogni atto d'indagine

³⁷⁹ F. CORDERO, *Procedura*, cit., pag. 638 e ss.

³⁸⁰ Sulla possibilità che l'istituto dell'inutilizzabilità trovi applicazione non solo con riguardo alle prove dibattimentali, ma anche in relazione agli atti d'indagine del pubblico ministero, P. FERRUA, *Studi sul processo penale*, Giappichelli, 1990, pag. 102; F. M. GRIFANTINI, *Inutilizzabilità*, (voce in) *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. VII, Utet, 1993, pag. 247; M. NOBILI, *Commento all' art.191 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Commento al nuovo c.p.p.*, II, Utet, 1991, pag. 410.

³⁸¹ F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi sul processo penale*, Giuffrè, 1963, pag. 142, secondo il quale “la prova illegittimamente appresa e quella successivamente rinvenuta, grazie alle notizie procurate dalla prima, non sono enti dei quali si possa dire che uno dipende giuridicamente dall'altro: il filo che li collega, risiede in un atteggiamento psicologico degli inquirenti, del quale il diritto si disinteressa”.

³⁸² F. CORDERO, *Procedura*, cit., pag. 634. L'Autore, efficacemente, sostiene che “non interessa l'anamnesi psicologica dell'operazione investigativa: è indifferente che l'idea fosse venuta *ab extra*

è autonomo dai precedenti o dai successivi in quanto posto in essere sulla base di autonomi presupposti di legge, in esercizio di poteri che la legge processuale riconosce agli organi giudiziari.

L' "invalidità derivata alligna sul terreno degli atti meccanicamente necessari, in particolare, propulsivi; quando sia nulla la richiesta d'un rinvio a giudizio, lo è anche l'udienza preliminare; *idem* il dibattimento, essendo nulla la *la vocatio in iudicium...*, e via seguitando. Le prove sfuggono a questa dinamica: supponendo invalido l'atto *x*, il procedimento non ne è affetto; basta escludere *x* dal quadro decisorio; e se vi influisse la decisione non sarebbe invalida ma errata, quindi ingiusta.." ³⁸³. Nell'analisi della Corte, tutto ciò viene capovolto ³⁸⁴. L'inutilizzabilità

(sussurri del confidente, voci captate al telefono, missive anonime, corrispondenza intercettata, sedute spiritiche: le cronache dell'affare Moro ne vantano una) o sia nata in testa all'investigante".

³⁸³ F. CORDERO, *Procedura*, cit., pag. 658. Sia consentito ripetere tale citazione, già riportata nel terzo capitolo, per la chiarezza espositiva con cui i concetti sono esposti e la stretta afferenza al tema oggetto di analisi.

Come già accennato *supra*, favorevoli, in linea generale, ad attribuire una capacità di propagazione della sanzione di inutilizzabilità in tutti i casi in cui la prova successiva non sarebbe stata scoperta senza la prova acquisita in violazione di legge processuale, V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere*, Giuffrè, 1972, pag. 369; L. P. COMOGLIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro*, in *Cass. Pen.*, 1996, pag. 1547; F. M. GRIFANTINI, *sub Inutilizzabilità*, (voce in) *Digesto*, cit., pag. 247 e ss. In particolare, quest'ultimo Autore chiarisce come due siano i filoni dottrinari che si contendono il campo sulla questione della cd. inutilizzabilità derivata, "a seconda che il rapporto esistente tra le prove venga considerato di tipo meramente occasionale e perciò psicologico, oppure, secondo una diversa tesi, di natura logico giuridica". L'Autore si attesta su quest'ultima posizione dichiarando che "l'inutilizzabilità non ha senso se non viene correlata ad atti successivi: in questa regola, quindi, è implicito, per definizione, che il difetto si propaghi. L'inutilizzabilità impedisce di tener conto di una prova nel corso successivo del procedimento, risolvendosi nel divieto insanabile di porre la stessa come presupposto, a qualunque fine e per qualunque effetto, degli atti che ne possano derivare". Lo stesso, tuttavia, non potrà che constatare come "il nodo principale del problema", insolubile a nostro avviso, sarebbe quello "di fissare i criteri in base ai quali, se non è possibile far leva sul controllo della motivazione, si possa decidere quando un atto dipende da una prova vietata, senza impedire l'uso di ogni dato che ad essa sia, in qualche modo, collegato".

³⁸⁴ In tal senso, anche C. BONZANO, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, cit., pag. 335-336, il quale precisa che "secondo la giurisprudenza di legittimità, il principio fissato dall'art. 185, comma primo, c.p.p., in base al quale la nullità di un atto rende invalidi gli atti consecutivi che

si propaga agli atti successivi, veicoli del contagio sono “gli sfondi mentali delle mosse investigative”³⁸⁵. Il pubblico ministero dovrebbe estrarre dal suo interno psichico la conoscenza delle carte vietate, ed eliminarla. Gli spunti investigativi non possono essere inquinati da precedenti acquisizioni inutilizzabili³⁸⁶. Individuare confini e limiti di questa propagazione risulta attività psicoterapica. In particolare, distinguere atti autonomi da atti dipendenti da quelli inutilizzabili appare impossibile, oltretutto giuridicamente infondato.

La Consulta sembra, in conclusione, incorrere in un infortunio.

L'estensione della barriera, costituita dal segreto, alla cognizione giudiziale, questa volta, non si realizza mediante una dichiarata afferenza del divieto ai *themata probandi*, come ipotizzato dall'Avvocatura dello Stato, ma configurando una propagazione del vizio di inutilizzabilità che non può condividersi e che, ove generalizzata, costituirebbe un imprevedibile strumento di paralisi dell'attività giurisdizionale, tanto più dirompente, laddove si ipotizzasse che la propagazione del vizio potesse vanificare eventuali elementi di conoscenza a discarico, e, quindi, favorevoli per l'indiziato.

dipendono da quello dichiarato nullo, non trova applicazione in materia di inutilizzabilità, riguardando quest'ultima solo le prove illegittimamente acquisite e non le altre ancorché collegate a quelle inutilizzabili, la cui acquisizione sia avvenuta in modo autonomo e nelle forme consentite: le categorie della nullità e della inutilizzabilità, pur operando nell'area della patologia della prova, restano distinte ed autonome, in quanto correlate a presupposti diversi. Da tale orientamento giurisprudenziale, largamente condiviso anche in dottrina, emerge, dunque, l'impossibilità di enucleare dal sistema giuridico vigente un principio di inutilizzabilità indiretta della prova, cosicché la soluzione prospettata dai giudici costituzionali, almeno *de visu*, sembrerebbe contrastare con i principi dell'ordinamento”.

In questo senso anche Cass., sez. I, 11 luglio 1994, in *Cass. Pen.*, 1995, pag. 2627; Cass., S.U., 16 maggio 1996, in *Cass. Pen.*, 1996, pag. 3268; Cass., sez. II, 25 giugno 1998, in *Cass. Pen.*, 1998, pag. 900; Cass., sez. VI, 4 settembre 1996, in *Arch. Nuo. Proc. Pen.*, 1996, pag. 739; Cass., sez. I, 21 gennaio 1998, in *Cass. Pen.*, 1999, pag. 629.

³⁸⁵ F. CORDERO, *Procedura*, cit., pag. 659.

³⁸⁶ In senso diametralmente opposto a tali prospettazioni della Corte costituzionale, Cass., sez. VI, 10 febbraio 2004, in *Cass. Pen.*, 2005, pag. 3945, secondo cui l'operatività della garanzia d'inutilizzabilità dei mezzi probatori illegittimi è riservata al momento giurisdizionale, da intendersi non solo come fase dibattimentale, ma come ogni fase o sede nella quale il giudice assume le proprie decisioni. Pertanto le informazioni assunte mediante mezzi di prova illegittimi, inutilizzabili per il giudice, possono essere utilizzate legittimamente dal p.m. e dalla p.g. per il prosieguo delle indagini.

Tuttavia, le critiche alla pronuncia in esame non si esauriscono nella denunciata creazione di una nuova patologia della prova.

Forti perplessità, infatti, suscita la decisione di annullare la richiesta di rinvio a giudizio formulata dal pubblico ministero. Tale esito suona, ancora una volta, figlio di una confusione concettuale di fondo tra vizi di nullità degli atti processuali e inutilizzabilità della prova.

Pur ritenendo spuri gli elementi di conoscenza a sostegno della richiesta, abnorme risulta l'esito annullatorio. Inutilizzabili taluni atti d'indagine, questi andrebbero esclusi dal quadro decisorio: *tanquam non esset*. A questo punto, non resterebbe che la valutazione del giudice dell'udienza preliminare in merito alla idoneità degli atti presentati e legittimamente acquisiti, a sostenere l'accusa in giudizio. L'accusato sulla base di elementi inutilizzabili, e in quanto tali esclusi dal corredo probatorio, merita l'emissione del non luogo a procedere rappresentando "caso tipico d'imputazione infondata"³⁸⁷, non certo una ritrasmissione degli atti al pubblico ministero.

La discutibile pronuncia della Corte, tuttavia, non risolve il conflitto istituzionale.

Il pubblico ministero bolognese, incassato l'annullamento della richiesta, la riformula. Eliminati gli atti acquisiti in violazione del segreto e arricchito il quadro investigativo, propone una nuova richiesta per la medesima imputazione dedotta nella precedente.

La reazione presidenziale è immediata. Un nuovo conflitto di attribuzione è portato all'attenzione della Corte costituzionale. La doglianza del ricorrente si basa esattamente sull'ipotesi di inutilizzabilità derivata degli atti d'indagine allegati alla richiesta. L'avvocatura dello Stato rileva che "l'individuazione, con successiva escussione come persone informate sui fatti, di due dipendenti dell'albergo nel quale l'operazione oggetto d'indagine..era stata eseguita è avvenuta attraverso la lettura dei documenti segreti...Le ulteriori indagini, non sarebbero pertanto autonome, ma consequenziali e di approfondimento rispetto a notizie apprese attraverso la lettura di documenti segreti"³⁸⁸.

³⁸⁷ F. CORDERO, *Procedura*, cit., pag. 659.

³⁸⁸ Corte Costituzionale, sentenza n. 410 del 1998.

Si concretizza in storia giudiziale l'esempio teorico summenzionato. Il fuoco delle critiche del ricorrente è proprio quel nesso di consequenzialità tra atto vietato e atto formalmente lecito. Il legame storico- psicologico, non giuridico, che li lega, sarebbe idoneo alla propagazione del vizio processuale di inutilizzabilità. Che da valutazioni empiriche e naturalistiche, peraltro di difficilissimo riscontro, possano derivare sanzioni di inutilizzabilità della prova, è ipotesi bizzarra, e andrebbe respinta, ma risulta conforme al precedente arresto della Corte.

L' "abusiva lettura delle carte è il baco che rode la sequela investigativa; l'imputazione sarebbe valida solo se gravitasse su elementi del tutto autonomi dalle fonti spurie"³⁸⁹. Quando possa dirsi sufficientemente autonomo un atto dall'altro, la Corte non lo spiega e, in assenza di riscontri normativi, è impossibile prevederlo.

Il conflitto è risolto a pochi mesi dal precedente e l'esito è del tutto analogo: inutilizzabili gli atti presentati al giudice, va annullata la richiesta di rinvio a giudizio. La seconda sentenza replica perplessità e criticità della prima.

La vicenda non si conclude nemmeno con il secondo intervento del giudice costituzionale e finisce per assumere risvolti paradossali. Il terzo conflitto di attribuzione, tuttavia, esorbita dal tema strettamente oggetto della nostra trattazione, nell'economia della quale, ci limiteremo a brevi accenni.

Il pubblico ministero titolare dell'indagine, parendo rassegnato alle statuizioni della Corte, propone richiesta di archiviazione al giudice per le indagini preliminari, trasmettendogli il relativo fascicolo. Il giudice competente, poco persuaso sul merito della richiesta³⁹⁰, fissa l'udienza *ex art.* 409 c.p.p., secondo comma. E' a questo

³⁸⁹ F. CORDERO, *Procedura*, cit., pag. 659.

³⁹⁰ Esigenze di completezza, impongono di ricordare che, in prima battuta, ricevuta la richiesta di archiviazione, il giudice delle indagini preliminari competente aveva sollevato una questione di legittimità costituzionale. Il giudice rimettente dubitava della legittimità dell'art. 256 c.p.p., in relazione agli artt. 3, 101 e 112 Cost. "nella parte in cui consente di opporre il segreto di Stato anche in relazione ad atti privi del connotato della segretezza in quanto già contenuti ed acquisiti al fascicolo processuale, o comunque ad atti che, venendo contestualmente trasmessi all'autorità giudiziaria perdono le loro caratteristiche di segretezza, ovvero laddove non prevede che il segreto in precedenza ritualmente e correttamente opposto diventi inefficace nel caso in cui l'atto da esso coperto abbia perso il suo carattere di segretezza".

La Corte costituzionale, dal canto suo, dichiarò la manifesta inammissibilità della questione in quanto l'inutilizzabilità deriva inequivocabilmente ed in via definitiva dalle citate sentenze (n. 110 e 410 del

punto del procedimento che, per la terza volta, la Corte costituzionale è investita di un ricorso presidenziale per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato. Palese la preoccupazione del vertice dell'Esecutivo: la presenza nel fascicolo di schiacciati elementi d'accusa, benché ritenuti inutilizzabili dalla Consulta, potrebbero aprire il varco ad una "imputazione coatta" (art. 409, comma quinto) da parte di un giudice petulante.

Motivo del ricorso è che la richiesta di archiviazione risulta "corredata di tutta la documentazione, anche secretata, la quale accompagnava le precedenti richieste di rinvio a giudizio" annullate dalla Corte. Ad avviso del ricorrente, la Procura avrebbe dovuto espungere dal fascicolo delle indagini la predetta documentazione, restituendola all'esecutivo, al fine di impedire, in tal modo, "l'ulteriore effetto di rendere conoscibile al giudice per le indagini preliminari...emergenze documentali di cui il medesimo giudice non dovrebbe prendere cognizione e di offrire la documentazione segreta alla pubblicità dell'udienza"³⁹¹.

Resistono in giudizio sia il pubblico ministero che il giudice investito della richiesta di archiviazione. Comune il punto di vista: impossibile sottrarre, sulla base di una selezione operata discrezionalmente e unilateralmente dall'organo dell'accusa, alcuni atti dal fascicolo delle indagini. Il codice non prevede una tale possibilità. Al contrario, rappresenterebbe un preciso dovere del pubblico ministero quello di trasmettere al giudice l'intero fascicolo investigativo³⁹², a garanzia della effettività,

1998) della Corte medesima e non già dalla norma sospettata di illegittimità (Corte Cost., ordinanza n. 344 del 2000).

Si potrebbe, in conclusione, affermare che il terzo conflitto di attribuzione, sollevato dalla Presidenza del consiglio avverso il pubblico ministero ed il giudice procedente (di cui nel corpo del testo), in realtà, rappresenta il quarto capitolo di uno scontro istituzionale particolarmente aspro.

³⁹¹ Corte Cost., sentenza n. 487 del 2000.

³⁹² A sostegno di tale tesi, il pubblico ministero resistente nel giudizio, fa esplicita menzione di una precedente sentenza della Corte Costituzionale, la quale aveva affermato "l'obbligo inderogabile dell'integrale trasmissione degli atti processuali, comunque compiuti, al G.i.p. per le sue valutazioni", precisando, inoltre, da un lato che "nessun atto inerente alle indagini espletate fino all'udienza preliminare possa essere sottratto alla piena conoscenza delle parti"; dall'altro, che nessuna indebita limitazione possa essere opposta alla cognizione del giudice...ai fini dell'adozione delle determinazioni ad esso spettanti" (Corte cost., sent. n. 145 del 1991).

correttezza e completezza delle valutazioni di quest'ultimo. Infine, come non rilevare che le valutazioni sulla pretesa inutilizzabilità degli atti e dei documenti allegati, non può essere di competenza del pubblico ministero³⁹³, spettando esclusivamente al giudice “applicare la sanzione” *de quo*?

Il Giudice costituzionale, sordo alle prospettazioni dei resistenti, accoglie, ancora una volta, il ricorso.

Dalle precedenti sentenze della Corte deve dedursi “un obbligo di restituzione dei documenti coperti da segreto..non solo da parte del giudice, ma direttamente da parte del pubblico ministero..La permanenza materiale nel fascicolo processuale di documenti non utilizzabili perché coperti da segreto ritualmente opposto e confermato.., successivamente, e in modo irrevocabile, ritenuti inutilizzabili con le sentenze n. 110 e 410 da questa Corte, concreta la lesione delle attribuzioni costituzionali del ricorrente”³⁹⁴.

La richiesta è, dunque, annullata come il provvedimento di fissazione dell'udienza ed il materiale infetto va espunto dal fascicolo d'indagine prima che la richiesta di

In merito, G. SPANGHER, in *Giurisprudenza costituzionale*, cit., pag. 3776, sottolinea come la Corte abbia disatteso tale argomentazione del resistente, ritenendo che la questione si prospettasse in modo del tutto diverso nel caso in esame. L'Autore precisa come “nell'ipotesi qui considerata la trasmissione degli atti non si renderebbe necessaria, non competendo al giudice alcun potere decisorio in materia, in quanto l'inutilizzabilità consegue al *dictum* della Corte costituzionale che ha già definito inoppugnabilmente il punto. In altri termini, lungi dal trattarsi di un comportamento *contra legem*, l'inequivoca e definitiva inutilizzabilità degli atti renderebbe indebito qualsiasi inserimento degli stessi nel fascicolo da trasmettere al giudice, anzi, questi atti andrebbero restituiti, anche indipendentemente dalla richiesta all'autorità responsabile della loro custodia”. Lo stesso Autore tuttavia, nel prosieguo del suo commento, ammetterà, in proposito, che “il discorso appare ben più complesso di quanto i giudici costituzionali prospettino”. In particolare, “i richiami della Corte Costituzionale a quanto previsto dagli artt. 254, comma 3, c.p.p...; 262, comma 1, c.p.p...; 263, comma 4, c.p.p.; possono risultare pertinenti solo alla restituzione dei documenti coperti dal segreto di Stato. La riferita disciplina della restituzione non appare invece congrua..con riferimento ai verbali contenenti dichiarazioni coperte dal segreto di Stato occasionate dai documenti segreti e inutilizzabili. Appare difficile ipotizzare la restituzione al dichiarante”

³⁹³ Il pubblico ministero, a sostegno della sue tesi, precisa, inoltre come “la stessa Corte costituzionale non ha mai ritenuto di indicare espressamente e specificamente i documenti colpiti dalla ricordata sanzione processuale” nei suoi precedenti interventi.

³⁹⁴ Corte cost., sentenza n. 487 del 2000.

archiviazione possa venir rinnovata. In più, implicitamente, è disconosciuta la competenza del giudice procedente a sindacare della utilizzabilità o meno degli atti colpiti dal pronunciamento della Corte. La loro inutilizzabilità è sancita una volta per tutte da questa; sulla questione, dunque, scatterebbe una preclusione endoprocessuale.

Resta il dubbio su cosa accadrebbe nel caso contrario. Laddove, in ipotesi, la Corte costituzionale, dichiarasse legittimo un atto investigativo o probatorio, il giudice penale rimarrebbe vincolato a tale *dictum*, nonostante la prevista rilevabilità, anche d'ufficio, in ogni stato e grado, del vizio d'inutilizzabilità?

5.2 *La posizione dell'imputato tenuto al segreto*

La disciplina processuale del segreto di Stato, deducibile dal codice di rito, individua, quali legittimati all'opposizione, soggetti terzi rispetto al tema del procedimento. I testimoni, costituiscono, infatti, i soli destinatari dell'art. 202 c.p.p. Almeno con riferimento alle prove dichiarative, dunque, sembra potersi desumere che la facoltà d'astensione, connessa all'esigenza di tutela del segreto, spetti esclusivamente a soggetti privi di un interesse diretto alla definizione del giudizio.

Il bilanciamento operato dal legislatore, in tali casi, ha come protagonisti l'interesse all'accertamento processuale, da un lato, e la *salus reipublicae*, dall'altra, in quanto oggetto esclusivo della protezione accordata dal segreto di Stato. In questo quadro, la prevalenza è eccezionalmente accordata, in ambito processuale, al secondo dei due interessi antagonistici.

Le soluzioni concretamente adottate, sul piano tecnico- procedurale, inoltre, limitano tale prevalenza al discrezionale esercizio di una facoltà d'astensione dal deporre, da parte del soggetto qualificato e penalmente esposto al vincolo di segretezza. In tal modo, si risolve quella situazione antinomica tra norme impositive di obblighi contrapposti sul piano sostanziale e processuale a carico della medesima persona.

Non un riferimento codicistico, *in subiecta materia*, alla posizione dell'imputato o dell'indagato vincolato al segreto di Stato ai sensi della legge sostanziale. Egli è titolare di uno *status* processuale del tutto particolare che va nettamente distinto,

come è ovvio, da quello testimoniale. Naturale portatore di un interesse alla definizione del giudizio in senso a sé favorevole, l'imputato è il soggetto in funzione del quale è costruita l'intera architettura del procedimento penale. Cardine di questo è, senz'altro, la predisposizione e la salvaguardia dei meccanismi procedurali atti a consentire il più completo e ampio esercizio del diritto di difesa dell'accusato, presunto innocente fino alla *res iudicata*.

Di conseguenza, disciplina dell'esame testimoniale e dell'imputato, e relative posizioni processuali, divergono considerevolmente. Nessuna confusione concettuale tra i due modelli è, dunque, consentita nonostante la comune natura di mezzi di prova orali, concepiti sul modello della *cross examination*, ne comporti qualche similitudine procedimentale. Proprio l'esigenza di evitare pleonastiche ripetizioni, ha indotto il legislatore a definire importanti aspetti disciplinari propri dell'esame delle parti (art. 209 c.p.p.) mediante rinvio espresso agli artt. 194, 198, comma secondo e 499 c.p.p. Nessun riferimento alle disposizione in tema di segreto di Stato, dunque, trova spazio nel capo II del codice di procedura, che pure richiama altri importanti articoli in materia di testimonianza.

Tali precisazioni, pur meramente ricognitive, sono, tuttavia, importanti al fine di una corretta comprensione di una delle questioni più controverse e problematiche oggetto della nostra analisi. Posta l'assenza di riferimenti normativi sicuri, quale il rapporto tra segreto di Stato e imputato?

Sul punto, l'unico, e ormai risalente, intervento della Corte di Cassazione³⁹⁵ è molto netto. Nessuna possibilità di opposizione del segreto è riconosciuta all'imputato. La sua posizione processuale diverge, come detto, da quella del testimone. Le due situazioni soggettive, ai nostri fini, non sarebbero in alcun modo equiparabili. L'imputato non è titolare di nessun obbligo di rispondere secondo verità davanti all'autorità giudiziaria, potendo legittimamente avvalersi del diritto al silenzio, come pure ricorrere al mendacio. Il suo diritto inviolabile a difendersi (passivamente, serbando il silenzio o attivamente, effettuando dichiarazione anche mendaci), salvo il limite della calunnia e dell'autocalunnia, non subisce ulteriori restrizioni, tantomeno quella di un obbligo di collaborazione con l'autorità giudiziaria.

³⁹⁵ Cass., sez. VI, 10 marzo 1987, Paziienza ed altri, in *Cass. Pen.*, 1988, pag. 1897.

La conseguenza di ciò è lapalissiana. Mai l'imputato, astrattamente titolare di un segreto di Stato, potrebbe trovarsi in una situazione consimile al teste. Il suo diritto di difesa, non potendo subire limitazioni legate ad interessi extraprocessuali, gli consente una piena libertà decisionale. Può avvalersi del silenzio, operando una scelta difensiva ben più ampia e qualitativamente diversa rispetto ad una eccezione di segretezza. Può, al contrario, decidere di rendere dichiarazioni di ogni tipo, anche violando la cortina di segretezza. In tal caso, le sue dichiarazioni, non soltanto costituirebbero materiale utilizzabile ai fini del decidere (così come, a parere di chi scrive, la testimonianza spontanea del pubblico funzionario), ma non integrerebbero alcun illecito sostanziale. La dichiarazione che avesse ad oggetto temi coperti dal segreto sarebbe, infatti, scriminata *ex art. 51 c.p.p.* L'imputato, rendendo dichiarazioni, attua la propria strategia difensiva, esercitando, così, un diritto costituzionale inviolabile. Nessuna situazione dicotomica espone tale soggetto ad una scelta kafkiana: violare il vincolo di segretezza, adempiendo l'obbligo testimoniale o viceversa, come nel caso della titolare del segreto chiamato a deporre.

Queste le argomentazioni della Corte Suprema, che non lasciano spazio ad incertezze. La rilevanza processuale dell'*arcanum* è affare che non può riguardare le dichiarazioni dell'imputato. L'eventuale contrapposizione tra il suo interesse difensivo, irrinunciabile, e gli interessi sottesi al segreto, è risolto, inevitabilmente, con una prevalenza del primo sul secondo.

Come sottolineerà un giudice di merito concorde con la soluzione prospettata, in una recente ordinanza che ha avuto gli onori della cronaca, tale interpretazione ha un duplice merito, in quanto “consente di scongiurare il pericolo di una condanna ingiusta come conseguenza della limitazione del diritto di difesa”, nonché “di impedire che l'imputato discrezionalmente pregiudichi le ragioni della giurisdizione impedendo pretestuosamente la celebrazione del processo”. E inoltre si tratterebbe “di interpretazione che tutela anche l'imputato da eventuali abusi del potere esecutivo ai suoi danni, e che gli consent(irebbe), se innocente, di ottenere una pronuncia di proscioglimento nel merito”³⁹⁶.

³⁹⁶ Tribunale di Milano. Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, ordinanza del 6 febbraio 2007, in *Giur. Cost.*, 2007, pag. 2331, con nota di A. MASARACCHIA, *Diritto alla prova dell'imputato e segreto di Stato: corsi e ricorsi storici di una questione definitivamente chiarita*, pag. 2343.

La soluzione, come accennato, è molto netta, e del tutto condivisibile. Tuttavia, non sono sfuggiti alla dottrina più avvertita, almeno sul piano di una riflessione di politica legislativa, i rischi sottesi alla sua applicazione.

Al cuore delle perplessità, il “dilemma tragico”³⁹⁷ che siffatta interpretazione, indubbiamente, comporta. La contrapposizione tra diritto di difesa e salvaguardia dell’*arcanum* si pongono in termini tali da rendere materialmente impossibile che il pieno soddisfacimento di uno di tali interessi non pregiudichi l’altro³⁹⁸. Tra i due,

Ancora una volta, il riferimento obbligato è alla vicenda giudiziaria in corso di svolgimento presso il Tribunale di Milano riguardante il presunto sequestro dell’imam milanese Abu Omar, cui si è più volte accennato nel corso della trattazione.

In tale vicenda processuale, la questione circa la legittimazione all’eccezione di segretezza da parte dell’indagato- imputato ha avuto particolare risalto. La prima opposizione del segreto di Stato è stata, infatti, sollevata proprio da uno degli indagati, in sede di interrogatorio. L’opposizione, così effettuata, fu rigettata, per carenza di legittimazione, da parte del pubblico ministero titolare dell’indagine (Tribunale di Milano, ufficio del pubblico ministero, provvedimento di rigetto dell’istanza dell’indagato del 15 novembre 2006).

Accolta l’interpretazione data dalla Procura (perfettamente in linea con la giurisprudenza di legittimità), la difesa dell’indagato richiese, allora, al giudice per le indagini preliminari competente di sollevare una questione di legittimità costituzionale dell’art. 202 c.p.p. (in relazione agli artt. 3, 24, 27, e 1, 5 e 52 Cost.) per omessa previsione dell’imputato quale soggetto legittimato all’eccezione di segretezza. L’ordinanza menzionata respinse l’istanza della difesa, argomentando ampiamente sulla legittimità costituzionale dell’interpretazione operata dalla Procura.

La *querelle* non è cessata con l’emissione di tale ordinanza, ma ha costituito la vera origine del conflitto tra poteri dello Stato, che ha visto contrapposti l’autorità giudiziaria milanese ed il Presidente del Consiglio dei ministri, sfociato nella, già menzionata, sentenza n. 109 del 2009 della Corte costituzionale. Delle statuizioni, ivi contenute, in materia di segreto di Stato e posizione dell’imputato, diremo nel prosieguo della trattazione.

³⁹⁷ G. SALVI, *Ne scaturisce un approccio interpretativo che lascia irrisolti i nodi fondamentali*, in *Guida al Diritto*, Il sole 24 ore, 2009, n. 17, pag. 83.

³⁹⁸ G. SALVI, *Ne scaturisce un approccio*, cit., pag. 83. L’Autore evidenzia tutta la problematicità della questione, domandandosi se “la facoltà di non rispondere accordata all’indagato o imputato è idonea a garantire la salvaguardia del diritto di difesa e al contempo dell’interesse supremo della Nazione?”. L’esito del ragionamento successivo è, tuttavia, anch’esso interlocutorio: “se l’indagato non risponde rinuncia a esercitare il diritto di difendersi. Se esercita questo diritto, compromette la sicurezza dello Stato. Questo dilemma tragico non può certo risolversi in pregiudizio del diritto di difesa. Allo stesso tempo non può neppure ammettersi che il diritto di difesa prevalga sulla sicurezza nazionale, risolvendosi la questione sotto il limitato profilo della sussistenza di una causa di giustificazione per le

l'ineludibile esigenza di riconoscere prevalenza al diritto di difesa, annoverabile tra i principi supremi dell'ordinamento costituzionale, finisce col menomare gli interessi vitali dello Stato, tutelati dal segreto. E' in un'ottica problematica³⁹⁹, che comunque

conseguenze penali della rivelazione: il dichiarante sarà immune, ma l'interesse nazionale compromesso".

³⁹⁹ Il tema oggetto di studio, in particolare, troverà soluzioni e criticità del tutto simili, tanto tra i fautori di una ricostruzione della natura del divieto probatorio come oggettivo e assoluto, quanto per i sostenitori della cd. "teoria soggettiva".

In particolare, nella riflessione dottrina *ante* '89, data dalla quale, con l'introduzione del nuovo Codice di rito, le due letture divergono più nettamente, entrambi i filoni dottrinari giungeranno a risultati concordi nel riconoscere prevalenza al diritto di difesa sulle esigenze di tutela del segreto. Sull'argomento, di particolare interesse, le riflessioni di F. M. GRIFANTINI, *Riflessioni sui rapporti tra segreto di Stato e diritto di difesa a proposito dell'interrogatorio dell'imputato*, in *Cass. Pen.*, 1988, pag. 1898 e ss.. L'Autore, partendo da una ricostruzione in termini oggettivi e assoluti del divieto probatorio deducibile dalla disciplina processuale del segreto di Stato (ricostruzione che meritava condivisione alla luce del codice previgente), rileva, in prima battuta, come "dalla natura assoluta del divieto probatorio dovrebbe discendere anche la proibizione per l'imputato di fornire, nell'interrogatorio, risposte che possano incrinare la cortina di segretezza". Conseguenza obbligata di tale ragionamento è ritenere "insuperabile" il divieto probatorio, "tanto da ingabbiare anche il diritto di difesa dell'imputato, cosicché non si direbbe possibile condurre l'operazione di bilanciamento tra i due interessi senza negare l'uno o l'altro dei due termini di questa alternativa rigida. Nessuna delle soluzioni immaginabili è, infatti, immune da critiche". E' lo stesso autore menzionato, allora, ad ammettere di sentirsi in un vicolo cieco affermando che "in questi termini, il dilemma appare insuperabile".

L'esito di tali riflessioni, condurrà, inevitabilmente, a smentire le premesse da cui si era partiti. Non può, infatti, farsi a meno di riconoscere che "l'unica possibilità di bilanciamento degli interessi dovrebbe trovarsi, allora, in una conclusione dall'esito dirompente sul divieto probatorio: il diritto di difesa postula l'impiego di tutte le asserzioni dell'imputato, comprese quelle rese in violazione del segreto di Stato. In tal modo, si salva il diritto di difesa, ma si annulla l'assolutezza del divieto". Il segreto di Stato costituirà pure un divieto probatorio "*ratione materiae*", ma ciò non può pregiudicare il diritto dell'imputato di "difendersi rivelando un segreto di Stato e adducendo prove segrete a sua discolta. L'eventuale violazione del segreto ricade nell'esercizio di un diritto, con i limiti teleologici dell'eccesso della scriminante".

Netta, dunque, anche in tale ricostruzione, la distinzione tra le due posizioni soggettive menzionate. Il *discrimen* tra teste e imputato-indagato costituisce, dunque, il presupposto logico per negare, seppur in termini problematici, l'estensione della legittimazione ad opporre l'*arcanum* al secondo.

non prescinde da una generale condivisione dell'orientamento della Cassazione, che la questione viene discussa in sede dottrina fino all'introduzione della legge di riforma n. 124 del 2007.

La novella, almeno ad una prima lettura, non sembra apportare indicazioni risolutive rispetto al tema trattato. Nessuna disposizione, tra quelle introdotte nel codice di rito, fa riferimento ad una estensione all'imputato della legittimazione ad opporre il segreto di Stato. Semplicissima la soluzione tecnico- legislativa laddove il riformatore avesse inteso perseguire questa strada. Sarebbe stato sufficiente l'inserimento nell'art. 209 c.p.p. di un rinvio agli artt. 202 e 204 c.p.p.. Nulla di tutto ciò può leggersi nel testo di riforma⁴⁰⁰.

La riflessione sembrerebbe chiudersi qui. Tuttavia, seri dubbi interpretativi pone una previsione *extra codicem* introdotta dall'art. 41 della summenzionata legge.

Con riferimento alla dottrina più risalente, in senso conforme alle prospettazioni suesposte, G. PAOLOZZI, *La tutela processuale del segreto di Stato*, Giuffrè, 1983, pag. 234 e ss.; V. GREVI, *Segreto di Stato e processo penale*, in *Segreto di Stato e giustizia penale*, a cura di M. CHIAVARIO, Zanichelli, 1978, pag. 70- 82; F. MASTROPAOLO, *Nozione e disciplina del segreto di Stato*, in AA. VV., *Segreto di Stato e servizi di informazione e sicurezza- commento alla legge 24 ottobre 1977, n. 801*, Roma, 1978, pag. 95- 96; P. PISA, *Il segreto di Stato, profili penali*, Giuffrè, 1977, pag. 253- 255; *contra* G. AZZALI, *Prove penali e segreti*, Giuffrè, 1967, pag. 113.

Sempre in un'ottica problematica, ma fondamentalmente concorde con gli arresti della Suprema Corte, V. GREVI, *Come unire segreto di Stato e diritto alla difesa*, in *Corriere della sera* dell' 8 febbraio 2007, il quale auspica un intervento del legislatore e propone, ad esempio, di "ammettere che l'imputato anche per tale via (la rivelazione della notizia segreta) possa esercitare il suo diritto di difesa, ma soltanto quando si proceda per reati rispetto ai quali non potrebbe mai essere concessa la speciale 'autorizzazione' che, in futuro, spetterà al Presidente del Consiglio, quale garanzia 'funzionale' degli appartenenti dei servizi".

⁴⁰⁰ Tale il senso di una proposta di emendamento al testo di legge all'esame della competente Commissione parlamentare proposto dall' On.le D'Alia, nel quale poteva leggersi l'inserimento di un terzo comma nell'art. 209 c.p.p. di rinvio alle disposizioni dell'art. 202 c.p.p. (Emendamento n. 36.1, presentato il 23 gennaio 2007- Atti Camera. I Commissione Permanente. Resoconto della seduta del 23 gennaio 2007, allegato, pag. 58). L'emendamento fu successivamente ritirato dall' On.le Santelli, che lo aveva nel frattempo sottoscritto (Camera. I Commissione Permanente. Resoconto della seduta del 29 gennaio 2007, pag. 18).

La prima battuta del primo comma della disposizione rappresenta un vacuo pleonasma⁴⁰¹, cui nessun profilo innovativo può ricollegarsi, limitandosi a ribadire quanto già disposto, tra l'altro con un ambito applicativo ben più esteso, dalla disciplina sostanziale del segreto.

E' la seconda parte del medesimo comma a sollevare i maggiori problemi ermeneutici. Vi è menzionata una clausola di sussidiarietà espressa rispetto alla prevalente sfera applicativa dell'art. 202 c.p.p. Fuori dai casi di applicazione della norma codicistica, quindi fatta salva la disciplina applicabile al testimone, si dispone che laddove sia "opposto il segreto di Stato, l'autorità giudiziaria ne informa il Presidente del Consiglio dei ministri, nella sua qualità di Autorità nazionale per la sicurezza, per le determinazioni di sua competenza".

Dalla lettura dei successivi commi della disposizione sembra doversi desumere che quella che, *ictu oculi*, potrebbe apparire una mera "informazione di cortesia"⁴⁰², configuri, al contrario, una vera e propria procedura d'interpello (benché, come vedremo, atipica rispetto a quella disciplinata ex 202 c.p.p.) ai fini della conferma del segreto. L'autorità giudiziaria, infatti, "se ritiene essenziale la conoscenza di quanto coperto dal segreto per la definizione del processo" ne chiede la conferma, sospendendo l'acquisizione dell'atto. Si replicano, a questo punto, le previsioni, già esaminate, di cui ai commi da 3 a 8 dell'art. 202 c.p.p. (anche la numerazione dei commi è identica).

L'interrogativo ermeneutico posto da tale previsione è evidente. Dovendosi individuare, quali destinatari della norma, soggetti diversi dai testimoni (cui si applica immancabilmente l'art. 202 c.p.p.) può considerarsi l'imputato (pur sempre in quanto titolare di una delle qualifiche richieste dalla norma, beninteso) compreso tra questi?

In altri termini, occorre domandarsi se il tenore letterale, per vero oscuro, di tale disposizione collocata fuori dal libro terzo del codice, possa consentire

⁴⁰¹ C. BONZANO, *Commento alla l. 3 agosto 2007*, in *Diritto penale e processo*, vol. I, anno 2008, pag. 27, per il quale trattasi di "previsione inutile". Lo stesso Autore precisa come il termine "processo", di cui al primo comma dell'articolo in questione, sia tecnicamente eccepibile, dovendosi intendere come "procedimento", in quanto riferibile, altresì, alla fase precedente l'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero.

⁴⁰² C. BONZANO, *Commento*, cit., pag. 27.

un'innovazione di tale importanza. La questione è resa di più ardua soluzione dall'assenza di un riferimento esplicito alla posizione dell'imputato che, come si accennava, non avrebbe richiesto particolari "sforzi" nomopoietici, purché queste fossero le reali intenzioni del legislatore.

Le prime valutazioni della dottrina, si sono indirizzate nel senso di negare l'applicabilità della norma *de qua* all'imputato⁴⁰³. Varie le argomentazioni di siffatto orientamento. Innanzitutto il riferimento al divieto di "riferire", introduce un indizio testuale che indirizzerebbe verso la limitazione dell'art. 41 l. 124 del 2007, a soggetti diversi dall'imputato. Nel lessico processuale, infatti, "a riferire, di regola, sono i testimoni, i periti, i consulenti tecnici, la polizia giudiziaria", mai l'imputato, il quale piuttosto "dichiara" o "risponde"⁴⁰⁴. Con un argomento certamente non definitivo ai fini della soluzione dell'enigma, ma comunque degno d'attenzione, potrebbe, dunque, limitarsi l'estensione della disciplina dell'art. 202 c.p.p. a soggetti sentiti in sede di perizia o consulenza tecnica, mai in veste di testimoni o imputati (e di parti in generale).

Gli elementi a sostegno di tale tesi non si fermano qui. Centrale risulta un'obiezione di tipo sistematico e costituzionale, che osterebbe al coinvolgimento dell'imputato nel novero dei legittimati all'opposizione. La procedura d'interpello delineata dalla novella, infatti, sconta una fondamentale difformità rispetto a quella prevista in materia di testimonianza. L'onere di richiedere la conferma del segreto, *ex art. 202 c.p.p.*, lo ricordiamo, costituisce un atto dovuto da parte dell'autorità procedente. A questa è preclusa ogni delibazione sul merito dell'eccezione, dovendo limitarsi ad un controllo "formale" sulla mera legittimazione dell'opponente, verificata la quale, sarebbe tenuta ad interpellare il Presidente del consiglio. Il comma 2 dell'art. 41 (l. n. 124 del 2007), al contrario, prevede l'attivazione dell'interpello solo laddove

⁴⁰³ C. BONZANO, *Commento*, cit., pag. 27 e ss.; G. SALVI, *Dubbi sull'opposizione del segreto*, in *Guida al diritto*, Il sole 24 ore, 2007, numero 40, pag. 83; *contra*, pur con notevoli perplessità, C. MOSCA, G. SCANDONE, S. GAMBACURTA, M. VALENTINI, *I servizi di informazione e il segreto di Stato - legge 3 agosto 2007, n.124*, Giuffrè, 2008, pag. 579 e ss..

⁴⁰⁴ C. BONZANO, *Commento*, cit., pag. 27.

L'autorità procedente ritenesse "essenziale" l'acquisizione probatoria alla definizione del procedimento, nel corso della quale l'*arcanum* viene fatto valere⁴⁰⁵.

L'asimmetria non è di poco conto, specie ai fini della posizione dell'imputato.

Una espressa statuizione legislativa sarebbe stata, probabilmente, idonea a tacitare gli interrogativi posti da un imputato tenuto all'opposizione, laddove la procedura conseguente fosse stata quella dell'art. 202 c.p.p. L'impossibilità di ottenere una assoluzione nel merito, laddove la prova liberatoria (decisiva) fosse preclusa dal segreto, avrebbe semmai condotto ad un inasprimento dei profili di criticità costituzionale che già pone il terzo comma dell'art. 202 c.p.p., ma certamente, nessuno avrebbe potuto dubitare del reale contenuto precettivo della scelta legislativa.

L'oscura disposizione introdotta, invece, non può sanare le perplessità riguardanti il pregiudizio che la procedura d'interpello prevista (e divergente da quella *ex art.* 202 c.p.p.) comporterebbe alle ragioni e ai diritti dell'accusato. L'aver legato l'attivazione dell'interpello ad una valutazione *ex ante* di essenzialità della prova, infatti, offre il destro all'autorità procedente per impedire un pieno esercizio del diritto alla prova dell'imputato. Si immagini l'ipotesi, nient'affatto di scuola, che costui dichiarasse di non poter effettuare delle dichiarazioni liberatorie, decisive ai fini del proscioglimento, per l'esistenza del segreto. Ove l'autorità, destinataria dell'opposizione, ritenesse tale affermazione un *bluff* operato dall'accusato con meri fini dilatori o preordinata ad ottenere uno capzioso "soccorso presidenziale", ben potrebbe rifiutarsi di attivare la procedura, motivando sulla non essenzialità dell'atto. Il diritto alla prova dell'imputato risulterebbe, a questo punto, "ostaggio" di una valutazione discrezionale, e del tutto indeterminata quanto ai confini di tale discrezionalità, del giudice procedente o, addirittura, del suo contraddittore (nell'ipotesi in cui l'eccezione fosse mossa al pubblico ministero nel corso dell'interrogatorio investigativo)⁴⁰⁶. In nessun modo, inoltre, sarebbe attivabile un immediato sindacato in merito alla predetta valutazione, potendo l'erroneità della stessa farsi valere, esclusivamente, come motivo di gravame.

⁴⁰⁵ G. SALVI, *Ne scaturisce un approccio interpretativo che lascia irrisolti i nodi fondamentali*, in *Guida al Diritto*, Il sole 24 ore, 2009, n. 17, pag. 83.

⁴⁰⁶ C. BONZANO, *Commento*, cit., pag. 28.

Meno lampante, ma non meno problematica, l'ipotesi inversa. L'imputato, ottenendo una conferma *pro amico* del segreto da lui eccepito, da un vertice dell'esecutivo poco scrupoloso nell'adempimento delle sue alte funzioni in materia, lucrerebbe facilmente un *non liquet*⁴⁰⁷, strumentalizzando, in maniera quantomeno discutibile, uno strumento pensato a salvaguardia del suo *status* di presunto innocente.

Tali considerazioni sistematiche, non scevre di implicazioni costituzionali di assoluto rilievo⁴⁰⁸, aumentano le perplessità in merito all'estensione all'imputato della possibilità di eccepire il segreto di Stato. Dubbi che sono esacerbati dall'obiettivo oscurità del dettato positivo.

In ragione di quanto fin qui affermato, condivisibile, dunque, l'orientamento dottrinario che nega l'applicabilità dell'art. 41 l. n. 124 del 2007 alla posizione dell'imputato.

A complicare ulteriormente la questione, è giunto l'intervento della Corte costituzionale sul punto. In sede di giudizio sul conflitto di attribuzione inerente alle, ormai note, "vicende milanesi" la Consulta si è, infatti, pronunciata affermando che "l'art. 41 della l. n. 124 del 2007 ha inteso conferire portata generale a tale obbligo, stabilendo, infatti, che ai pubblici ufficiali, ai pubblici impiegati ed agli incaricati di

⁴⁰⁷ In questo senso, G. SALVI, *La Corte e il segreto di Stato*, in corso di pubblicazione su *Cass. Pen.*, ottobre 2009, reperibile sul sito www.associazionedeicostituzionalisti.it, pag. 20- 21.

L'Autore, fa riferimento "al caso in cui l'imputato opponga il segreto su informazioni che siano realmente segrete e dunque non ostensibili...dunque il segreto verrà confermato" e "l'imputato aveva dichiarato che quelle informazioni erano essenziali ai fini di escludere la sua responsabilità". Inquadrate l'ipotesi, si chiede "chi valuterà che ciò corrisponda al vero? Non potrà farlo il giudice, cui è preclusa la conoscenza anche incidentale della materia segreta; non potrà farlo l'Esecutivo, cui tale valutazione non è demandata".

La conclusione del ragionamento è, a questo punto, disincantata: "strumentali opposizioni del segreto verrebbero a paralizzare l'accertamento penale".

⁴⁰⁸ C. BONZANO, *Commento*, cit., pag. 28. L'Autore, in particolare, ritiene la possibilità di un contrasto dell'articolo 41 l. n. 124 del 2007, laddove interpretato nel senso di ricomprendervi l'imputato, con l'art. 24, comma 2, Cost., nonché con il principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art 3 Cost. A questo proposito, egli si chiede "come negare un contrasto della norma col principio di uguaglianza, posto che il divieto di riferire opererebbe solo nei confronti di imputati- qualificati e non anche imputati comuni? Perché mai, in ogni caso, questi ultimi, rivelando impunemente il segreto, dovrebbero poter lucrare un'assoluzione nel merito, preclusa *ex lege* ai primi?"

un pubblico servizio è ‘fatto divieto di riferire riguardo a fatti coperti dal segreto di Stato’; la medesima norma, inoltre, pone a carico dell’autorità giudiziaria investita del processo penale nel corso del quale, ‘in qualunque stato e grado’ il segreto sia stato opposto da costoro, anche in qualità di indagati o imputati, il compito di ‘informare il Presidente del Consiglio dei ministri’ affinché assuma le eventuali deliberazioni di sua competenza”.

L’aspetto più sorprendente di tale asserzione è nel metodo con cui la Corte pretenderebbe di risolvere una questione tanto spinosa.

In primis, l’affermazione citata segue alla decisione di escludere la questione circa la legittimazione dell’indagato all’opposizione, dal *thema decidendum*, non costituendo, ad avviso della Corte stessa, materia di conflitto tra poteri dello Stato. *In secundis*, lascia assai perplessi che la Corte dedichi al punto “poche righe, tanto da far pensare che abbia inteso non pregiudicare la questione, trattandola quasi come un *obiter dictum*”⁴⁰⁹. Nessun approfondimento sugli interrogativi, di ardua soluzione, posti dalla dottrina e dalla oggettiva complessità del problema, è dato rintracciarsi nelle argomentazioni del Giudice delle leggi, argomentazioni che, anzi, *in parte qua*, sono del tutto mancanti⁴¹⁰.

⁴⁰⁹ G. SALVI, *La Corte*, cit., pag. 18.

⁴¹⁰ In proposito, V. FANCHIOTTI, *Stato di diritto e ragion di Stato: il caso Abu Omar e la Consulta*, in *Questione giustizia*, n. 3, 2009, pag. 17, sottopone ad aspra critica la superficialità con cui la Corte avrebbe affrontato tali questioni di assoluta importanza e complessità. In particolare l’Autore rileva come la Corte “al di là della affermazione apodittica, che sembra, come si è detto, sostenere una pretesa e del tutto opinabile prevalenza assoluta dei principi posti a tutela del segreto su quelli sottesi all’esercizio dell’azione penale e del diritto di difesa, avrebbe dovuto cimentarsi in un giudizio di bilanciamento tra principi il cui esito, ancora una volta, sarebbe stato tutt’altro che scontato nel caso in esame, come del resto attesta...la storia dell’art. 51 c.p.”. La conclusione di tali ragionamenti è dirimpante: “l’aver imposto una soluzione drastica e immotivata a un problema così delicato e complesso finisce per legittimare il dubbio di trovarsi di fronte ad una adesione o un adeguamento tacito a un mutamento, mai annunciato, né legittimato, né tantomeno legittimo del modello statale...verso la supremazia di fatto riconosciuta al potere esecutivo su quello giudiziario..”. Sempre ad avviso dell’Autore “trattandosi di una presa di posizione fortemente ideologizzata, sarebbe stato auspicabile che, perlomeno, non venisse data per acquisita, cristallizzandola nelle ‘motivazioni’ di un organo cui la Costituzione non attribuisce nessuna competenza in merito né alcuna legittimazione ad interloquire, se non come interprete del diritto vigente”.

Lecito chiedersi, quindi, se la giurisdizione penale possa ritenersi vincolata dalle prospettazioni della Corte costituzionale, almeno in via di fatto. In proposito, a parziale mitigazione della confusione che regna sul punto, probabilmente si potrà addivenire ad una risposta negativa. Ciò, non tanto in ragione dell'assenza di un vincolo di conformazione all'interpretazione del diritto operata dal Giudice costituzionale in capo ai giudici penali, quanto della menzionata estraneità della questione al tema di un possibile conflitto tra poteri dello Stato. Non essendo sindacabile, in tal sede, una differente interpretazione da parte degli organi della giurisdizione penale, sembra, allora, che residui in capo a costoro, ed alla Suprema Corte in particolare, la possibilità di consolidare un diritto vivente di segno contrario rispetto agli orientamenti di Palazzo della Consulta. Resta, in ogni caso, per il prestigio e l'autorevolezza di quel Giudice, la necessità di un approfondimento della questione e di un particolare scrupolo laddove si intendesse perseguire un'interpretazione difforme da quella segnalata.

In ogni caso, non può farsi a meno di constatare come l'imperizia nomopoietica del legislatore, nonché l'assoluta superficialità con cui la Consulta, almeno sotto il profilo della esemplificazione dei suoi percorsi logico- decisionali, ha affrontato la questione, aprano scenari imprevedibili ma, sicuramente, forieri di ulteriori incertezze e conflitti.

5.3 L'opposizione tardiva del segreto di Stato

L'ultima questione che ci proponiamo di affrontare, ancora una volta, trae origine dalle recenti vicende giudiziarie "milanesi", e dal successivo esito del conflitto tra poteri dello Stato.

La cognizione della Corte costituzionale ha riguardato, tra gli altri, un aspetto, ancora non analizzato, che consente di approfondire la riflessione fin qui svolta in tema di segreto di Stato in ambito processuale.

Necessaria una breve sintesi di alcuni antefatti processuali. Nell'ambito dell'attività investigativa svolta dalla Procura della Repubblica di Milano, il pubblico ministero titolare dell'indagine dispose ed effettuò, in data 5 luglio 2006 (in questa vicenda le

date assumono particolare importanza ai nostri fini) la perquisizione di un ufficio romano riconducibile al SISMI.

Il susseguente sequestro di un notevole numero di documenti ivi rintracciati avvenne, pacificamente, senza che nessuna eccezione di segretezza fosse sollevata dai funzionari del servizio militare presenti. All'interno del materiale sequestrato figuravano, in particolare, alcuni documenti che vennero classificati, ai fini del procedimento, come "reperto D- 19".

Nel corso delle successive attività investigative, venne emesso un ordine di esibizione nei confronti del vertice del SISMI medesimo. Tra il materiale trasmesso alla Procura, in data 31 ottobre 2006, in adempimento del decreto di esibizione, comparivano alcuni documenti del tutto identici a quelli già acquisiti dalla Procura e contenuti nel famigerato "reperto D- 19". L'unica differenza va rintracciata nella circostanza che i documenti trasmessi dal SISMI presentavano rilevanti obliterazioni del loro contenuto. Ciò fu motivato dal servizio con l'opposizione del segreto di Stato, limitatamente alle parti omissate.

Al termine della fase investigativa, il pubblico ministero esercitò l'azione penale e ottenne, all'esito dell'udienza preliminare, l'emissione del decreto che dispone il giudizio. All'interno del fascicolo delle indagini, trasmesso al giudice dell'udienza *ex art. 416 c.p.p.*, comma 2, figurava sia il "reperto D- 19", nella forma integrale, acquisito il 5 luglio in seguito alla perquisizione, sia i documenti, del tutto identici a quelli contenuti nel suddetto reperto, ma trasmessi (il 31 ottobre) in forma omissata dal SISMI, in adempimento della richiesta di esibizione formulata dalla Procura.

La prima doglianza ammessa e valutata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 106 del 2009 tocca esattamente questa vicenda.

L'avvocatura dello Stato, nell'estensione del ricorso, parte dall'assunto secondo cui la trasmissione della documentazione parzialmente secretata "travolgerebbe, *ex se* e con portata retroattiva, l'utilizzazione degli identici documenti" precedentemente oggetto di sequestro.

La tesi, ribatte la Corte, "non trova riscontro, non soltanto nel sistema processuale, ma, soprattutto, nel quadro della positiva disciplina dettata dalla l. n. 801 del 1977, applicabile nella specie⁴¹¹". La riflessione della Corte prosegue ritenendo

⁴¹¹ Corte cost., sentenza n. 106 del 2007.

assolutamente legittima, sul piano processuale, la menzionata attività perquisitiva, nonché l'acquisizione ed utilizzazione dell'intero materiale reperito nel luglio del 2006.

La rilevanza dell'*arcanum*, come condizione ostativa all'ordinario esercizio dei poteri di acquisizione della prova, è circoscritta dalla legge processuale nell'ambito della sequela opposizione- interpello- conferma e scandita dai tempi della sequenza procedimentale. Mancando una rituale e tempestiva eccezione di segretezza, nessun limite dovrebbe riscontrarsi. L'atto sarà espletato e l'informazione, così adottata al procedimento, dovrebbe ritenersi utilizzabile, salvo non sussistano divieti probatori di diversa natura. Si aggiunga che una volta che ciò sia avvenuto, "l'acquisizione al processo è in ogni caso irreversibile"⁴¹².

Le regole che soprassedono all'acquisizione della prova sono contenute in norme processuali, a nulla rilevando la segretezza delle informazioni, per tale via, allegare al giudizio. Il carattere di segretezza è sì un elemento intrinseco alla notizia, sul piano sostanziale, ma la sua inconoscibilità si ferma alle soglie del procedimento laddove il segreto di Stato non sia tempestivamente opposto e confermato.

Tra l'altro, non può farsi a meno di constatare la grossolana svista che soprassiede alle prospettazioni del ricorrente. Il summenzionato "reperto D- 19" ed il materiale successivamente trasmesso e parzialmente obliterato rappresentano sì documenti di identico contenuto ma, sul piano processuale, devono qualificarsi quali "atti" differenti. La circostanza che due acquisizioni probatorie abbiano un identico contenuto conoscitivo, può, forse, comportare che siano da considerare come lo stesso atto probatorio?

Una volta negate le deduzioni del ricorrente, si direbbe, che la questione, sia esaurita. Così non è. La Corte parte da considerazioni assolutamente condivisibili per procedere verso la creazione di una nuova categoria processuale⁴¹³.

Precisiamo che, nelle more del giudizio sul conflitto tra poteri, era entrata in vigore la legge di riforma n. 124 del 2007 ma la Corte, ineccepibilmente, fa applicazione del principio *tempus regit actum* e, conseguentemente, ritiene applicabile la disciplina previgente al momento dei fatti in causa.

⁴¹² G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, III edizione, 2007, pag. 101.

⁴¹³ In tal senso, G. SALVI, *La Corte e il segreto di Stato*, cit, pag. 2.

Pur aderenti al codice di procedura, le attività del pubblico ministero e del giudice dell'udienza, non possono, per ciò solo, considerarsi anche rispettose della sfera di attribuzioni governative in materia di segreto di Stato⁴¹⁴. L'opposizione, pur successiva⁴¹⁵, del segreto di Stato non può, infatti, risultare “indifferente rispetto alle ulteriori attività dell'autorità giudiziaria, requirente e giudicante, e in relazione alle scadenze processuali imposte dal rito penale”.

Ecco, dunque, coniata la figura della “non indifferenza” del segreto di Stato successivamente opposto. Conseguenze all'applicazione di tale principio, l'accoglimento del ricorso presidenziale, la declaratoria d'inutilizzabilità del sequestro (del 5 luglio), nonché l'annullamento della richiesta di rinvio a giudizio e del conseguente decreto che accoglieva tale richiesta.

Il Giudice delle leggi precisa che l'organo inquirente, nel rispetto della sfera di attribuzioni del Presidente del consiglio dei ministri, a fronte della successiva opposizione del segreto (con la trasmissione del 31 ottobre), avrebbe avuto un'unica alternativa: “stralciare dagli atti processuali i documenti non recanti obliterazioni”⁴¹⁶ e “sostituirli con quelli recanti gli *omissis*”, oppure “attivare, se intende(va) continuare ad avvalersi della documentazione non recante le obliterazioni, la procedura diretta alla eventuale conferma del segreto di Stato”.

Il ragionamento della Corte è singolare. Da un lato non si vede quale norma giuridica consenta al pubblico ministero di “stralciare” dal fascicolo alcuni atti d'indagine già

⁴¹⁴ Sulla tautologia insita nell'affermare che un'attività posta in essere nel pieno rispetto della legge, ciononostante, produca un *vulnus* alla sfera di attribuzioni di altro potere dello Stato, senza porsi la questione circa l'intrinseca illegittimità costituzionale della norma applicata, si è già detto nel terzo capitolo, cui si rinvia.

⁴¹⁵ In realtà, l'opposizione in questione, ci pare, non possa configurarsi, *stricto sensu*, come “tardiva”. Infatti, essa non ha ad oggetto l'atto probatorio (il sequestro del reperto D- 19, per intenderci) di cui si predica l'inutilizzabilità, bensì un atto probatorio diverso (l'acquisizione dei documenti trasmessi a seguito di decreto di esibizione) e successivo.

⁴¹⁶ In proposito, di assoluto interesse le osservazioni di V. FANCHIOTTI, cit., pag. 15.

L'Autore non manca di sottolineare come “La Corte sembra ignorare come la così disinvolta condotta suggerita al PM, fosse praticata in ogni caso del genere, arrecherebbe gravi danni alle parti private. In particolare all'imputato, che nell'udienza preliminare, magari dopo aver chiesto il giudizio abbreviato, si potrebbe trovare di fronte ad un mosaico accusatorio privo di alcune tessere utili, se non indispensabili, per la sua difesa (ove combinate secondo una logica diversa da quella del PM)...”

acquisiti. Dall'altro, non si capisce a quale titolo l'autorità procedente sia tenuta ad attivare la procedura d'interpello in mancanza di un'opposizione del segreto effettuata nel corso del procedimento di acquisizione probatoria cui si riferisce, o, nel migliore dei casi, da considerarsi tardiva.

La maggiore questione, che la vicenda in esame pone, dunque, riguarda la possibilità che l'opposizione tardiva (in senso proprio) espliciti effetti retroattivi sul procedimento probatorio, incidendo, così, sull'utilizzabilità delle prove già acquisite⁴¹⁷. Questa deve essere negata in radice per le ragioni suesposte. Ogni ipotesi di segno contrario, oltre che porsi in palese contrasto con la logica del sistema e le cadenze del rito penale, comporterebbe il rischio di una strumentalizzazione della legittimazione all'eccezione di segretezza, sulla base dell'andamento del procedimento in corso. Sarebbe, insomma, paradossale che il soggetto legittimato ad opporre il segreto potesse rendere inutilizzabile la prova precedentemente assunta senza che nulla fosse eccepito, con una dichiarazione dotata di portata retroattiva.

L'abnormità di un'ipotesi siffatta sembrava non sfuggire alla Corte allorché affermava essere “innegabile che il meccanismo della opposizione del segreto di Stato presuppone, per sua natura, che esso, di regola, preceda e non segua sia l'acquisizione sia l'utilizzazione dell'atto, del documento o della notizia da cautelare..anche a scapito delle altrettanto primarie esigenze di accertamento insite nell'esercizio della giurisdizione penale”.

Come la più recente dottrina sottolinea “il diavolo è nel dettaglio. L'inciso ‘di regola’ apre la strada all'eccezione. Questa però non trova espressa giustificazione nella motivazione della Corte che si limita ad affermare che l'opposizione del segreto,

⁴¹⁷ Sul principio di irretroattività dell'atto di apposizione del segreto di Stato, si veda, A. PACE, *L'apposizione del segreto di Stato nei principi costituzionali e nella legge n. 124 del 2007*, in corso di stampa su *Giur. Cost.*, n. 5/ 2008, disponibile sul sito www.costituzionalisti.it.

Occorre ribadire, inoltre, che l'irretroattività dell' “opposizione” e dell' “apposizione” del segreto costituiscono questioni assolutamente differenti (l'una ha dimensione processuale, l'altra sostanziale). Ciononostante nella motivazione della Corte, come già segnalato nel terzo capitolo, si assiste ad un continuo “rimbalzo” fra i due concetti. Ribadiamo, onde evitare ogni incertezza, che i due termini, benché, sul piano lessicale, facilmente confondibili, identificano atti assolutamente diversi per natura, qualità, effetti giuridici.

anche se successiva all'apprensione e all'utilizzazione dell'informazione, non può neppure risultare indifferente⁴¹⁸».

Di fronte a perplessità siffatte, impossibile non discostarsi da tali esiti giurisprudenziali, tanto più in presenza di una motivazione dal carattere “meramente assertivo”, ritenendo, con la dottrina citata, che “estendere oltre i limiti previsti dal legislatore la preminenza del segreto trasforma questo in eccezione allo stato di diritto e pone le basi per il suo trasferimento nell'area dell'indecidibile”⁴¹⁹.

BIBLIOGRAFIA

ALBERICI P., *Eccezioni al dovere di testimonianza*, Utet, 1910;

ALIBRANDI A., *Sul fondamento, l'oggetto ed i limiti del segreto di Stato*, in *Rivista penale*, 1994, pag. 449;

ALOISI U., *Manuale pratico di procedura penale*, Giuffrè, 1932;

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, parte speciale, Giuffrè, XV edizione integrata e aggiornata a cura di GROSSO C. F., 2008;

ANZON A., *Aspetti controversi della normativa sul segreto di Stato*, in *Diritto e società*, 1979, pag. 401;

ANZON A., *Collaborazione e segreti tra autorità giudiziaria e autorità politica*, in *Diritto e società*, 1979, pag. 143;

⁴¹⁸ G. SALVI, *La Corte e il segreto di Stato*, cit, pag. 5.

⁴¹⁹ G. SALVI, *La Corte e il segreto di Stato*, cit, pag. 11.

ANZON A., *Interrogativi sui riflessi sostanziali della nozione di segreto di Stato individuata dalla Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1077, I, pag. 867;

ANZON A., *Segreto di Stato e Costituzione*, in *Giurisprudenza Costituzionale.*, 1976, pag. 1770;

ARENA G., *Le attribuzioni del Parlamento in materia di servizi per le informazioni e la sicurezza in Italia e gli Stati Uniti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1978, pag. 485;

ARENDT H., *La menzogna in politica- riflessioni sui "Pentagon Papers"*, Marietti 1820, 2006;

AZZALI G., *Prove penali e segreti*, Giuffrè, 1967;

BALSAMO A. - LO PIPARO A., *La prova per sentito dire: la testimonianza indiretta tra teoria e prassi applicativa*, Giuffrè, 2004;

BARBA A., *Segreto politico- militare e diritti di libertà*, in *La Giustizia Penale*, 1971, II, c.116;

BARBA M., *Spunti sulla disciplina processuale dell'eccezione di segretezza (in tema di segreto di Stato)*, in *La Giustizia Penale*, 1976, pag. 125;

BARGIS M., *Profili sistematici della testimonianza penale*, Giuffrè, 1984;

BARILE P., *Democrazia e segreto*, in *"Quaderni costituzionali"*, 1987;

BARILE P., *Il soggetto privato nella Costituzione*, Cedam, 1953;

BARILE P., *Libertà di manifestazione del pensiero*, Giuffrè, 1975;

BENTHAM J., *Panopticon*, Marsilio, 2005;

BIANCO E., *Così è cambiata l'intelligence italiana. Approvata in Parlamento la Riforma dei Servizi*, in *Gnosis*, 2007, n. 3, reperibile in www.sisde.it;

- BOBBIO N., *Il futuro della democrazia*, Einaudi, 1995;
- BOBBIO N., *Politica e cultura*, Einaudi 2005;
- BONACCI A., *Un istituto penalistico da riesaminare: il segreto di Stato*, in *Democrazia e diritto*, 1968;
- BONETTI P., *Profili costituzionali delle garanzie funzionali per gli agenti dei servizi di informazione per la sicurezza*, in *Percorsi costituzionali*, 2008, n.1, pag. 46;
- BONZANO C., *Commento alla l. 3 agosto 2007*, in *Diritto penale e processo*, vol. I, anno 2008, pag. 27;
- BONZANO C., *Commento alla sentenza n. 410 del 16 dicembre 1998*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, I, 2000, pag. 318;
- BONZANO C., *Il segreto di Stato*, voce in *Il diritto, enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, Il Sole 24 Ore, 2008;
- BONZANO C., *Nuovi confini processuali della tutela penale del segreto di Stato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, I, 2000, pag. 324;
- BONZANO C., *Segreto (tutela processuale del segreto di Stato)*, voce in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 1992, vol. XXVIII;
- BRICCHETTI R. - IISTORELLI L., *Garanzie funzionali agli "007"*, in *Guida al diritto*, Il sole 24 ore, 2007, numero 40, pag. 62;
- BRICCHETTI R. - IISTORELLI L., *Il premier autorizza condotte criminose*, in *Guida al diritto*, Il sole 24 ore, 2007, numero 40, pag. 65;
- CAIANELLO V., *Segreto e democrazia. Prolusione all'apertura dell'anno accademico 1995- 96 della scuola di addestramento del SISDE. Roma, 27 novembre 1995*, in *Per aspera veritatem*, 1996, n. 4, reperibile in www.sisde.it;

CAMON A., *sub artt. 266- 271*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA- ARDAPANGHER, Ipsoa, III edizione, 2007;

CAPPELLETTI M., in *Democrazia e diritto*, 1971, pag. 433;

CARNELUTTI F., *Lezioni sul processo penale*, vol. II, Ed. dell'Ateneo, 1947;

CARNEVALE, *Lo Stato e la attuazione del diritto nel processo criminale*, 1917;

CARRARA F., *Il diritto penale e la procedura penale*, in *Opuscoli di diritto criminale*, V, 1873;

CASADEI MONTI P., *Giustizia, informazione e segreti di Stato*, in *Giustizia e informazione*, atti dal quindicesimo congresso dell'Associazione nazionale magistrati, a cura di N. LIPARI, Laterza, 1974;

CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, VII edizione, Giuffrè, 2005;

CASSON F., *Stragi della trasparenza*, in *Il sole 24 ore*, 29 ottobre 1995;

CAVALLARI V., *Dal segreto politico- militare al segreto di Stato*, in *La Giustizia Penale*, 1979, c.158 e ss.;

CAVALLARI V., *Dal segreto politico- militare al segreto di Stato*, in *Segreto di Stato e processo penale* (atti del convegno), 1979;

CAVANNA A., *Storia del diritto moderno in Europa*, vol. II, Giuffrè, 2005;

CENCI D., *Contestazione nell'esame testimoniale e facoltà d'astensione dei prossimi congiunti*, in *Giurisprudenza costituzionale.*, 1994, pag. 1601;

CICCONETTI S. M., *I codici e il segreto*, in *Astrolabio*, 1968, pag. 14;

CLEMENTI F. - E USCI A., *Il segreto di Stato. Dal caso Sifar alla "giustizia negata" di Ustica e Bologna. Profili giuridici e prospettive di riforma*, Editori riuniti, 1990;

COLLI G., *Sulla validità dell'attuale disciplina legislativa del segreto di Stato*, in *Rassegna Parlamentare*, 1968, pag. 253;

COLLI G., *Sulla validità della attuale disciplina legislativa del segreto di Stato nelle accezioni politico- militare e di ufficio*, in *Rassegna Parlamentare*, 1968;

COMOGLIO L. P., *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro*, in *Cassazione Penale*, 1996;

CONSO G. E GREVI V. (a cura di), *Compendio di Procedura Penale*, Cedam, IV edizione, 2008;

CONSO G., *Segreto di Stato e prova liberatoria*, in *Giurisprudenza italiana*, 1968, IV;

CORDERO F., *Codice di procedura penale commentato*, Utet, 1990;

CORDERO F., *Ideologie del processo penale*, Giuffrè, 1966;

CORDERO F., *Il diritto nell'era del terrorismo*, in *La Repubblica*, 28 agosto 2006, pag. 18;

CORDERO F., *Procedura Penale*, Giuffrè, VIII edizione, 2006;

CORDERO F., *Riti e sapienza del diritto*, Laterza, 1985;

CORDERO F., *Tre studi sulle prove penali*, Giuffrè, 1963;

CORVI P., *sub art. 187*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA- ARDAPANGHER, Ipsoa, III edizione, 2007;

CRESPI A., *La tutela penale del segreto*, Priulla, 1952;

CRISAFULLI V., *Problematica della libertà d'informazione*, Giuffrè, 1964;

D. MANZIONE, *Commento agli artt. 506- 507*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Commento al nuovo c.p.p.*, V, Utet, 1991;

DAMASKA M., *I volti della giustizia e del potere*, il Mulino, 1986;

DE CASTILLON F., *Bisogna ingannare il popolo?*, De Donato, 1968;

DE CRESCIENZO U., *Il sequestro penale e civile*, Utet, 1997;

DE MARSICO A., *La nozione di “segreto” nei delitti contro la personalità dello Stato*, in *Archivi penali*, 1949, II;

DE STEFANO G., *Sicurezza della Repubblica e processo penale*, Edizioni scientifiche italiane, 2001;

DE STEFANO G., *Spunti per un necessario approfondimento in tema di sicurezza della Repubblica e processo penale*, in *Politica del diritto*, n. 2, 1999, pag. 331;

DI BITONTO M. L., *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Giappichelli, 2004;

DI CHIARA G., *commento alla sentenza n. 110 del 10 aprile 1998*, in *Diritto Penale e Processo*, n. 8, 1998, pag. 977;

DI MARTINO C. - RROCACCIANTI T., *La prova testimoniale nel processo penale*, Cedam, 1991;

DI PAOLO G., *La testimonianza de relato nel processo penale: un'indagine comparata*, Università degli studi di Trento, 2002;

DOBROVOLSKAIA T. N., *Printsipi sovetskogo ugovnogo protsessa*, Mosca, 1971;

DOSI E., *La tutela del segreto nella prova testimoniale del processo penale*, in *Scuola positiva*, 1968, pag. 433;

E. SELVAGGI, *sub art. 256 c.p.p. in Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, II, Utet, 1991, pag. 746;

F. M. GRIFANTINI, *sub Inutilizzabilità*, voce in *Digesto delle discipline penali*, Utet, 1993;

FANCHIOTTI V., *Sequestri, servizi, segreti, il caso Abu Omar e le sue anomalie*, in *Questione Giustizia*, n. 1, 2008, pag. 7 e ss.;

FANCHIOTTI V., *Stato di diritto e ragion di Stato: il caso Abu Omar e la Consulta*, in *Questione giustizia*, n. 3, 2009, pag. 17;

FASANELLA G.- PELLEGRINO G.- SESTRIERI C., *Segreto di Stato*, Sperling & Kupfer, 2008;

FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1989;

FERRAJOLI M., *Segreto e informazione nello Stato contemporaneo*, in *Democrazia e diritto*, 1974, pag. 721;

FERRARI G., *L'avventura del segreto nell'Italia repubblicana tra il '60 e l'80*, atti dal convegno nazionale, Cedam 1983;

FERRUA P.- RIFANTINI F. M.- ILLUMINATI G.- LRLANDI R., *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, III edizione, 2007;

FERRUA P., *Studi sul processo penale*, Giappichelli, 1992;

FIANDACA G. - AUSCO E., *Diritto penale*, parte speciale, vol. I, Zanichelli, 2006;

FILIPPI L., *sub artt. 266- 271*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA- ARDAPANGHER, Ipsoa, III edizione, 2007;

FIORAVANTI L., *Il segreto di Stato nel nuovo codice di procedura penale*, in *Politica del diritto*, XX, n. 2, giugno 1989, pag. 654 e ss;

FIORAVANTI L., *Linee di un nuovo statuto penale degli appartenenti ai servizi segreti*, in *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 1991, pag. 448;

FIORAVANTI L., *Profili penali dei pubblici segreti*, Cedam, 1991;

FLAMINI G.- AUNZIATA C., *Segreto di Stato, uso e abuso*, Editori Riuniti, 2002;

FORTUNA E.- RTUNRAGONE- AGONIUSTOZZI, *Manuale pratico del processo penale*, Cedam, 2007;

FOUCAULT M., *Sorvegliare e punire*, Einaudi, 1976;

G. SCANDONE, *Riflessioni in tema di tutela processuale del segreto di Stato*, in *Rivista di polizia*, 1989;

G. SPANGHER, sub art. 202 c.p.p. in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, II, Utet, 1991, pag. 471;

GAETA P., sub artt. 358- 378, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA- ARDAPANGHER, Ipsoa, III edizione, 2007;

GAITO A., *Notizie segrete e notizie riservate dopo la l. 24 ottobre 1977, n. 801*, in *Giurisprudenza italiana*, 1986, II, pag. 437;

GALANTINI N., *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Cedam, 1992;

GAMBINI MUSSO R., *Uno sguardo alla tematica dei rapporti tra segreto di Stato e processo nell'esperienza angloamericana*, in CHIAVARIO M. (a cura di), *Segreto di Stato e giustizia penale*, Zanichelli, 1978;

GARRONE G. B., *Atto politico*, voce in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. I, Utet, 1987;

GIUVA L., VITALI S., ZANNI ROSIELLO I., *Il potere degli archivi- Usi del passato e difesa dei diritti nella società contemporanea*, Mondadori, 2007;

GODEL K., *Proposizioni formalmente indecidibili dei Principia matematica e di sistemi affini*, in E. AGAZZI, *Introduzione ai problemi dell'assiomatica*, Vita e pensiero, 1961;

GOLDSCHMIDT J., *Der prozess als Rechtslage*, Julius Spinger, 1925;

GREVI V., *Come unire segreto di Stato e diritto alla difesa*, in *Corriere della sera* dell' 8 febbraio 2007;

GREVI V., *I limiti del segreto sugli atti delle inchieste amministrative conseguenti a sinistri ferroviari*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1966, pag. 858 e ss.;

GREVI V., *Nemo tenetur se detegere*, Giuffré, 1972;

GREVI V., *Segreto di Stato e processo penale*, in CHIAVARIO M. (a cura di), *Segreto di Stato e giustizia penale*, Zanichelli, 1978;

GREVI V., *Segreto di Stato e processo penale*, in *Il segreto nella realtà giuridica italiana*- atti dal convegno nazionale, Cedam, 1983;

GREVI V., *Una breccia nel segreto militare*, in *Il giorno*, 15 febbraio 1977;

GRIFANTINI F. M., *Il segreto difensivo nel processo penale*, Giappichelli, 2001;

GRIFANTINI F. M., *Riflessioni sui rapporti tra segreto di Stato e diritto di difesa a proposito dell'interrogatorio dell'imputato*, in *Cassazione Penale*, 1988, pag. 1898 e ss.;

GRIFANTINI F. M., *Segreto di Stato e divieto probatorio nel codice di procedura penale 1988*, in *La Giusizia Penale*, 1989, III, pag. 530;

GRIFANTINI F. M., *sub artt. 187- 191*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di V. GREVI, V edizione, 2007, Cedam;

GUICCIARDINI E., *Giustizia amministrativa*, III edizione, Cedam, 1957;

HEISENBERG W., *La fisica dei nuclei atomici*, Sanzoni, 1952;

HEISENBERG W., *La teoria dei colori di Newton e di Goethe alla luce della fisica moderna*, in *Mutamenti nelle basi della scienza*, Boringhieri, 1944;

ILLUMINATI G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Giuffrè, 1983;

ILLUMINATI G., *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, 1979;

JOLY M., *Dialogue aux enfers entre Machiavel et Montesquieu ou la politique de Machiavel au 19^{ème} siècle par un contemporain*, chez tous les libraires, 1868;

KANT I., *"Dell'accordo della politica con la morale secondo il concetto trascendentale del diritto pubblico"*, in *"Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto"*, a cura di N. BOBBIO, L. FIRPO, V. MATHIEU, Utet, 1956;

KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Edizioni di Comunità, 1952;

KOSTORIS S., *Il "segreto" come oggetto della di tutela penale*, Cedam, 1964;

LABRIOLA S., *Le informazioni per la sicurezza dello Stato*, Giuffrè, 1978;

LATTANZI G. (a cura di), *Codice di procedura penale annotato con la giurisprudenza*, Giuffrè, 2008;

LAVARINI, *Segreto d'ufficio e inutilizzabilità della prova*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2004, pag. 901;

LIBERTINI M., *Una glossa a margine del segreto di Stato*, in *Rivista di polizia*, 1996, pag. 408;

LONG G., *Cenni sulla disciplina del segreto di Stato nella Repubblica Federale di Germania*, in CHIAVARIO M. (a cura di), *Segreto di Stato e giustizia penale*, Zanichelli, 1978;

LOZZI G., *Lineamenti di procedura penale*, Giappichelli, 2007;

MACHIAVELLI N., *Il Principe*, in *Il Principe ed altri scritti*, a cura di V. DE CAPRARIIS, Laterza, 1967;

MAGGIORE G., *A proposito del segreto militare: appunti sui divieti probatori e l'inammissibilità nel processo penale*, in *Rivista Penale*, 1969, pag. 468;

MAGGIORE R., *A proposito del segreto politico- militare: appunti sui divieti probatori e sull'inammissibilità nel processo penale*, in *Rivista penale*, 1969, I, pag. 465;

MANZELLA A., *Il Parlamento*, Il mulino, 1997;

MANZINI V., *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice*, UTET, 1931;

- MARCONI G., *I delitti contro la personalità dello Stato. Profili storico- sistematici*, Giuffrè, 1984;
- MARINI R., *sub art. 66 disp. att.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA- ARDAPANGHER, Ipsoa, III edizione, 2007;
- MARTINES T., a cura di SILVESTRI G., *Diritto costituzionale*, Giuffrè, 2003;
- MASARACCHIA A., *Diritto alla prova dell'imputato e segreto di Stato: corsi e ricorsi storici di una questione definitivamente chiarita*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, pag. 2331 e ss.;
- MASTROPAOLO F., *La disciplina dei segreti di Stato e d'ufficio e i suoi riflessi nel processo e nell'inchiesta parlamentare*, in *Rivista italiana di scienza giuridica*, 1971, pag. 245;
- MASTROPAOLO F., *Nozione e disciplina del segreto di Stato*, in AA. VV., *Segreto di Stato e servizi di informazione e sicurezza- commento alla legge 24 ottobre 1977, n. 801*, Roma, 1978;
- MEZZACAPO S., *Presidenza del Copaco all'opposizione*, in *Guida al diritto*, Il sole 24 ore, 2007, numero 40, pag. 68;
- MIGLIO G., *Il segreto politico*, in *Il segreto nella realtà giuridica italiana- atti dal convegno nazionale*, Cedam, 1983;
- MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. I, Cedam, 1955;
- MOSCA C., SCANDONE G., GAMBACURTA S., VALENTINI M., *I servizi di informazione e il segreto di Stato (legge 3 agosto 2007, n.124)*, Giuffrè, 2008;
- MUSIO A., *Il segreto politico- militare di fronte alla Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1976, I, pag. 588;

MUSIO A., *Il segreto politico militare nella prospettiva di un nuovo codice di procedura penale*, in *Indice penale*, 1975, pag. 477;

NANIA R., “*Termine ragionevole*” e autoapplicatività delle sentenze della Corte, in *Giur. Cost.*, 1977, I, pag. 864 e ss.;

NASTASI A., *La disciplina penale del segreto (parte prima)*, in *Diritto e formazione*, 2002, pag. 1757;

NASTASI A., *La disciplina penale del segreto (parte seconda)*, in *Diritto e formazione*, 2003, pag. 99;

NATALE M., *Catechismo per l’istruzione del popolo e la rovina dé tiranni*, a cura di G. ACOCELLA, Vico Equense, 1978;

NEPPI MODONA G., *Le trame golpiste e il segreto di Stato*, in *La repubblica*, 14 maggio 1976;

NIESE W., *Doppelfunktionelle prozesshandlungen*, Vandenhoeck & Ruprecht, 1950;

CARRARA F., *Un dubbio sulla rivelazione dei segreti*, in *Opuscoli di diritto criminale*, 1903;

NIETZSCHE F., *Frammenti postumi 1885-1887*, in *Opere F. N.*, Adelphi, 1970;

NIETZSCHE F., *Opere*, a cura di G. COLLI e M. MONTINARI, Adelphi, 1970;

NOBILI M., *Commento all’ art.191 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Commento al nuovo c.p.p.*, II, Utet, 1991;

NOFRI M., *sub artt. 326- 378*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di V. GREVI, V edizione, 2007, Cedam;

NUVOLONE P., *Sulla validità dell’attuale disciplina normativa del segreto di Stato, nelle accezioni politico- militare e d’ufficio*, in *Rassegna Parlamentare*, 1968;

ORLANDI R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extra costituite*, Giuffrè, 1992;

PACE A., *L'apposizione del segreto di Stato nei principi costituzionali e nella legge n. 124 del 2007*, reperibile sul sito www.costituzionalisti.it;

PANZAVOLTA M., *sub artt. 196- 206*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di V. GREVI, V edizione, 2007, Cedam;

PAOLOZZI G.- OARACINO N. G., *Segreto (tutela processuale)*, voce in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 1992, vol. XXVIII;

PAOLOZZI G., *La tutela processuale del segreto di Stato*, Giuffrè, 1983;

PAULESU P. P., *sub artt. 347- 357*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA- ARDAPANGHER, Ipsoa, III edizione, 2007;

PERCHINUNNO V., *Limiti soggettivi della testimonianza nel processo penale*, Giuffrè, 1972;

PISA P.- SECCIOLI A., *La nuova tutela penale del segreto di Stato: profili sostanziali e processuali*, in *Diritto Penale e Processo*, 2008, n.1, pag. 18 e ss.;

PISA P., *Il "punto" sui valori e dati normativi dai codici Rocco alla legge del 1977*, in CHIAVARIO M. (a cura di), *Segreto di Stato e giustizia penale*, Zanichelli, 1978;

PISA P., *Il segreto di Stato di fronte alla Corte costituzionale: luci ed ombre in attesa della "riforma"*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1977, I, pag. 1206;

PISA P., *Il segreto di Stato, Profili penali*, Giuffrè, 1977;

PISA P., *La tutela penale del segreto di Stato. Premesse sostanziali*, in *Il segreto di Stato e i Servizi di sicurezza in uno Stato di diritto liberale e democratico*, atti dal convegno- Catania ottobre 1984, Sovigliana, 1989;

- PISA P., *Segreto (tutela penale)*, voce in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 1992, vol. XXVIII;
- PISANI M., *Testimonianza e segreti*, in *La testimonianza nel processo penale*, Giuffrè, 1974;
- PISAPIA G. D., *Questioni di legittimità costituzionale. Questioni sul diritto di difesa in relazione alla tutela del segreto*, in *Archivio Penale*, 1969, II, pag. 168;
- PISAPIA G. D., *Sulla validità dell'attuale disciplina normativa del segreto di Stato*, in *Rassegna Parlamentare*, 1968;
- PITRUZZELLA G., *Segreto (profili costituzionali)*, voce in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 1992, vol. XXVIII;
- PIZZETTI F., *Principi costituzionali e segreto di Stato*, in CHIAVARIO M. (a cura di), *Segreto di Stato e giustizia penale*, Zanichelli, 1978;
- PLATONE, *Le leggi*, Laterza, 1921, vol. I ;
- POPPER K. R., *Logica della scoperta scientifica* (1934), Einaudi, 1970;
- POPPER K. R., *Scienza e filosofia: cinque saggi*, Einaudi, 1991;
- PORCO G., *Prove penali e segreti*, Rubettino, 1999;
- RESNICK D., *Due process and Procedural Justice*, in J.R. PENNOCK E J.W. CHAPMAN, *Nomos*, 1997;
- RICCIO G. - CE STEFANO G., *La tutela processuale del segreto di Stato tra interventi giurisprudenziali e proposte di riforma*, in *Politica del diritto*, 1998, pag. 383;
- RICCIO G. - CPANGHER G., *La procedura penale*, Edizioni scientifiche italiane;
- RIVELLO P. P., *sub artt. 253- 265*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA- ARDAPANGHER, Ipsoa, III edizione, 2007;

RIVELLO P. P., *sub Segreto (profili processuali)*, voce in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. XIII, Utet, 1997;

ROCCO A., sul progetto definitivo del codice penale dal vol. VIII dei *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, a cura del Ministero della giustizia e degli affari di culto, Tipografia delle mantellate, Roma, 1929;

ROCCO F., *Note in tema di segreto di Stato e di accesso ai documenti amministrativi*, in *Diritto e società*, 1992, pag. 179;

RODOTA' S., *Segreti di Stato*, in *La repubblica*, 26 maggio 1977;

RODRIGUEZ P., *Segreto di Stato e servizi di sicurezza nella legge di riforma*, in *Diritto e società*, 1978, pag. 164;

RODRIGUEZ P., *Sicurezza dello Stato e pubblici segreti nella prospettiva dei rapporti fra poteri*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1977, pag. 88;

ROSSI MERIGHI U., *Segreto di Stato tra politica e amministrazione*, Edizioni scientifiche italiane, 1994;

RUGGERI A. - GPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, 2004;

RUGGIERI F., *sub art. 191*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA- ARDAPANGHER, Ipsa, III edizione, 2007;

SALVI G., *Alla Consulta il ruolo di ultimo garante*, in *Guida al diritto*, Il sole 24 ore, 2007, numero 40, pag. 84;

SALVI G., *Confermate le classifiche di riservatezza*, in *Guida al diritto*, Il sole 24 ore, 2007, numero 40, pag. 77;

SALVI G., *Conflitti di attribuzione dietro l'angolo*, in *Guida al diritto*, Il sole 24 ore, 2007, numero 40, pag. 72;

- SALVI G., *Conversazioni non autorizzate*, in *Guida al diritto*, Il sole 24 ore, 2007, numero 40, pag. 80;
- SALVI G., *Interpretazione estensiva della fattispecie*, in *Guida al diritto*, Il sole 24 ore, 2007, numero 40, pag. 73;
- SALVI G., *La Corte e il segreto di Stato*, in corso di pubblicazione su *Cass. Pen.*- ottobre 2009, reperibile sul sito www.associazionedeicostituzionalisti.it, pag. 20- 21;
- SALVI G., *Ne scaturisce un approccio interpretativo che lascia irrisolti i nodi fondamentali*, in *Guida al Diritto*, Il sole 24 ore, 2009, n. 17, pag. 83;
- SALVI G., *Pubblici ufficiali vincolati all'astensione*, in *Guida al diritto*, numero 40, pag. 79 e ss.;
- SANDULLI A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, 1989;
- SANDULLI A. M., *Note minime in tema di segreto di Stato*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1977, I, pag. 1204;
- SANTINI E., *sub art. 195*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di V. GREVI, V edizione, 2007, Cedam;
- SANTORIELLO C., *La sentenza della Corte costituzionale n. 110 del 1998 in tema di opposizione del segreto di Stato: una pronuncia con molte luci e qualche ombra*, in *Giurisprudenza italiana*, 1999, pag. 797;
- SAUER W., *Grundlagen des Prozessrechts*, Verlag von Ferdinand Enke, 1929;
- SCALFATI A., *Interessi in conflitto: testimonianza e segreti*, in *Verso uno statuto del testimone nel processo penale*, Atti dal convegno Pisa- Lucca del 28- 30 novembre 2003, Giuffrè, 2005;
- SCANDONE G., *Riflessioni in tema di tutela processuale del segreto di Stato*, in *Rivista di Polizia.*, 1989, II, pag. 45 e ss.;

SCARPELLI U., *La democrazia e il segreto*, in *Il segreto nella realtà giuridica italiana*- atti dal convegno nazionale, Cedam, 1983;

SCHMIDT E., *Der arzt im Strafrecht*, T. Weicher, 1939;

SCHMITT C., *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, 1928;

SFORZA L., *Sicurezza nazionale, segreto e giurisdizione*, in *Per aspera ad veritatem*, 2004, n. 28, reperibile in www.sisde.it;

SPANGHER G., *Archiviazione e trasmissione al gip degli atti coperti da segreto di Stato*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, III, pag. 3775;

SPANGHER G., *commento alla sentenza n. 487 del 10 novembre 2000*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, III, pag. 3760;

SPIRITO D., *Segreto di Stato e funzione giurisdizionale: bilanciamento o prevalenza di interessi?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1979, pag. 581;

STURLA M. T., *Segreto di Stato e motivazione del provvedimento di conferma e controllo giurisdizionale*, in *Studi parmensi*, Giuffrè, 1979;

STURLA M. T., *Segreto politico- militare e sindacato giurisdizionale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1971, pag. 183;

TONINI P., *La prova penale*, Cedam, 2000;

TOSI S., *Diritto parlamentare*, Giuffrè, 1974;

TOSI S., *Il muro del segreto di stato*, in *La nazione*;

TRANCHINA G. (a cura di), *Codice di procedura penale*, vol. I, Giuffrè, 2008;

TRANFO G., *Illegittimità costituzionale degli artt. 342 e 352 c.p.p.*, in *La Giustizia Penale*, 1972, I, pag. 220;

TRIGGIANI N., *sub artt. 194- 197 e 198- 207*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA- ARDAPANGHER, Ipsa, III edizione, 2007;

VEUTRO V., *Segreto di Stato illegale e pseudo- segreto*, in AA.VV., *Il segreto di Stato e i Servizi di Sicurezza in uno Stato di diritto liberale e democratico* (atti dal convegno di Catania- ottobre 1984), 1989, p. 119;

VIOLANTE L., *Segreti e prova penale* (atti del convegno), 1979;

ZAGREBELSKY G., *La giustizia costituzionale*, Il mulino, 1977.