

“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

SEGRETO DI STATO E PROCESSO PENALE

La preservazione di una sfera occulta, che garantisca l'inconoscibilità e l'indicibilità dell'esercizio dei pubblici poteri costituisce una deroga ai principi fondamentali dello Stato di diritto, costituzionale e democratico. La tradizione filosofica e giuspolitica occidentale, la stessa idea di democrazia rappresentativa, non può prescindere dalla trasparenza, dalla conoscibilità e controllabilità degli atti di governo. L'interposizione di una cortina fumogena nel rapporto governanti (eletti)- governati (elettori), pone, immediatamente, al giurista una serie di interrogativi dei più gravi nonché dei più affascinanti.

L'apparente anomalia, costituita dalla sussistenza nell'ordinamento di un istituto come il segreto di Stato, dunque, conduce lo studioso ad affrontare, nel suo percorso di approfondimento, questioni di assoluta sensibilità costituzionale e ideologica, in quanto legati ad una concezione complessiva dello Stato democratico e apparentemente collidenti con i suoi capisaldi giuridico- culturali. Si è portati ad interrogarsi, fin da subito, sulla possibilità di concepire un sistema di deroghe all'ordinario fluire del meccanismo democratico, nonché a riflettere sulla legittimità giuridica di uno "scambio diabolico" tra esigenze di sicurezza nazionale e "forma" democratica, tema, peraltro, centrale nella discussione pubblica e costituzionale nell'"era del terrorismo" globale.

Affrontare tale oggetto di studio sotto una prospettiva processualpenalistica, poi, complica le cose. L'esigenza "decisionista" sottesa al funzionamento della macchina processuale, infatti, impone un abbassamento della riflessione dall'iperuranico mondo di una discussione sui "principi", ad un, più terraneo, sforzo interpretativo. Tuttavia, è proprio il particolare punto di osservazione da cui muove il nostro lavoro a consentire l'emergere, in filigrana, della complessità dei temi trattati, nonché dei paradossi e dei punti di crisi dell'ordinamento giuridico.

Se poi si allarga la prospettiva alla scottante attualità giudiziaria e legislativa che il segreto di Stato indubbiamente presenta, non può non comprendersi l'interesse per lo studio e l'approfondimento di tale istituto.

La l. n. 124 del 3 agosto 2007, infatti, introduce una riforma complessiva del segreto in questione, nell'ambito di una organica operazione di riorganizzazione del "sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica".

Il segreto di Stato, inoltre, costituisce lo snodo decisivo del procedimento milanese, salito agli onori della cronaca come "caso Abu Omar", concernente la supposta partecipazione degli apparati di sicurezza italiani alle "consegne straordinarie" della CIA statunitense, che tanto clamore hanno suscitato in importanti sedi internazionali. Tale procedimento vede numerosi membri del servizio militare italiano (nonché della stessa CIA) e, *in primis*, il suo Direttore all'epoca dei fatti, indagati per il presunto sequestro, in territorio italiano, di Abu Omar, al fine di consentirne la deportazione coatta in un Paese straniero, piuttosto indulgente in merito al rispetto dei diritti umani, per esservi sottoposto a tortura.

L'aspro scontro istituzionale determinatosi tra la Procura ed il Tribunale lombardi e la Presidenza del consiglio dei ministri, e sfociato in plurimi e contrapposti ricorsi per conflitto tra poteri dello Stato, ha reso necessario l'intervento della Corte costituzionale. Oggetto del conflitto e della susseguente sentenza, n. 106, dell'11 marzo 2009, della Consulta è ancora una volta la disciplina del segreto di Stato, che, a detta di ambo le parti ricorrenti, si poneva quale norma interposta, la cui violazione o falsa interpretazione, aveva determinato un *vulnus* alla sfera di attribuzione costituzionale dei poteri in conflitto.

I motivi di interesse per il tema oggetto della nostra trattazione, dunque, non mancano.

Da una prospettiva propriamente processuale, si è ritenuto di ricercare un inquadramento teorico dell'istituto, di cui all'art. 202 c.p.p., all'interno delle varie tipologie di segreti cui le norme di rito riconoscono rilevanza. La riflessione proposta ha preso avvio nell'identificazione, quale fulcro operativo della disciplina dei segreti, nei divieti probatori deducibili dalle relative disposizioni e, conseguentemente, da un'analisi teorica generale del meccanismo di funzionamento di tali peculiari norme di diritto probatorio, con particolare riferimento alla categoria dell'inutilizzabilità di cui all'art. 191 c.p.p.

Alla luce di tali considerazioni e di una analisi storico- legislativa e giurisprudenziale del segreto di Stato, si è giunti alla considerazione dell'unitarietà e compattezza della

categoria processuale dei segreti nell'attuale ordinamento. Se i segreti professionale, d'ufficio, di Stato, come ovvio, divergono per fondamento costituzionale, legittimazione soggettiva, nonché (e *in primis*) possibilità di un sindacato giurisdizionale sulla loro opposizione, comune appare il meccanismo procedurale che ne consente la rilevanza e la cogenza processuale.

Il segreto di Stato, in particolare, che pacificamente veniva ritenuto, per l'assolutezza e l'oggettività del divieto probatorio da esso deducibile, una categoria *sui generis* di segreto, risulta, a seguito dell'introduzione del vigente codice di rito, riallineato alle altre tipologie menzionate agli artt. 199, 200, 201 e 203 c.p.p. La recente riforma legislativa, con la doverosa registrazione di autorevoli opinioni dissenzienti, risulta, non discostarsi dalla struttura delineata dal legislatore dell'89.

La natura relativa e soggettiva dei divieti probatori deducibili dai segreti disciplinati nel codice, determina, dunque, la unitarietà di una categoria processuale assolutamente peculiare e derogatoria rispetto all'ordinario fluire del procedimento.

Tali disposizioni, in particolare, 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 all'acquisizione della prova in capo alle parti interessate. 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 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*.

Ulteriore elemento che accomuna le fattispecie processuali di segreto è la *ratio* alla base delle scelte del legislatore codicistico. La titolarità di un vincolo di segretezza ed il suo perimetro sono determinati dalle norme sostanziali e, in particolare, penali che prescrivono al soggetto attivo di cui in fattispecie un dovere di non divulgazione di determinate notizie. Essendo la testimonianza ufficio doveroso, anch'esso penalmente sanzionato, il titolare di un segreto professionale, d'ufficio o di Stato, sarebbe destinatario di obblighi giuridici dicotomici, frutto di una vera e propria antinomia normativa dall'esito lacerante: ottemperare all'obbligo di rispondere "secondo verità" in giudizio violando il vincolo di segretezza, o viceversa.

A poco vale sottolineare come, nell'ipotesi *de qua*, dovrebbe intendersi che il vincolo di segretezza si arresta alle soglie del processo, restando il teste scriminato *ex art. 51 c.p.*, dall'aver adempiuto all'obbligo testimoniale. I paradossi della situazione resterebbero intatti, e il pregiudizio all'interesse (di rilievo costituzionale prioritario) tutelato dal segreto, sarebbe inevitabile. I titolari di un obbligo di segretezza, in altri termini, si troverebbero in una situazione che non abbiano esitato a definire "kafkiana", in quanto destinatari di obblighi giuridici contrapposti.

Il legislatore processuale, dunque, interviene a sciogliere tale contrapposizione, riconoscendo, a salvaguardia dell'interesse tutelato dal segreto, una facoltà di astensione dalla testimonianza, liberamente attivabile dal chiamato a deporre.

Nell'ipotesi del segreto di Stato, l'art. 202 c.p.p. si risolve nell'attribuzione al soggetto qualificato, e penalmente esposto, di una facoltà d'astensione dalla deposizione, tramite l'eccezione di segretezza. L'efficacia preclusiva riconosciuta dall'ordinamento all' *arcanum* è, inoltre, limitata sia in senso soggettivo, in quanto

eccepibile solo dalle persone tassativamente indicate, sia in senso oggettivo, *ex art.* 204 c.p.p. In più l'opposizione del segreto in questione, pur costituendo sul piano sostanziale un obbligo giuridico penalmente sanzionato, nel processo rappresenta una mera facoltà, rimessa all'apprezzamento del teste. La testimonianza spontanea di costui, secondo l'interpretazione accolta nella trattazione, costituirà contemporaneamente una condotta penalmente rilevante (*ex art.* 261 c.p.) e una prova valida nel giudizio in cui è stata resa. Le limitazioni dei poteri istruttori giudiziali scaturiscono solo a seguito dell'opposizione e si traducono nel divieto, sancito a pena di inutilizzabilità, di coartare l'opponente alla deposizione che si trasforma, in caso di esito confermativo del procedimento d'interpello, in vero e proprio divieto d'esame. Nella disciplina testimoniale, dunque, il segreto di Stato consta quale limite probatorio solo laddove venga ritualmente opposto in giudizio nel corso dell'esame da un soggetto a ciò legittimato. L'art. 202 c.p.p. opera, non già impedendo, *sic et simpliciter*, l'acquisizione al processo della notizia segreta, bensì neutralizzando l'obbligo del teste di rispondere alle domande che gli sono rivolte.

Nell'interpretazione proposta in tesi, inoltre, si giunge ad una definitiva restrizione della rilevanza del segreto al singolo procedimento di acquisizione probatoria cui afferisce e nel corso del quale è opposto, rimanendo conoscibili *aliunde* i fatti oggetto dell'eccezione. L'oggetto del divieto probatorio risultante dall'opposizione e rituale conferma del segreto si ritiene, dunque, non afferisca ai temi di prova oggetto della testimonianza, bensì, esclusivamente, all'acquisizione della singola deposizione, nel corso della quale sia venuto in rilievo il segreto. Da ciò consegue il favore per un'opzione ermeneutica volta ad affermare la possibilità che la macchina processuale sia validamente implementata tanto dalla testimonianza spontanea del teste astrattamente legittimato ad astenersi, quanto dalla possibile acquisizione di mezzi di prova alternativa ma aventi ad oggetto i medesimi *themata probanda*, già oggetto di astensione *ex art.* 202 c.p.p.

Dall'esplicazione di tali, fondamentali approdi interpretativi, si è passati all'analisi dei meccanismi procedurali con cui legge disciplina la sequela opposizione-interpello- conferma del segreto di Stato, nonché ad una analisi della giurisprudenza, soprattutto costituzionale, che ha profondamente segnato l'evoluzione normativa dell'istituto.

Di fondamentale importanza, per una comprensione dell'istituto, altresì, una riflessione sull'ipotesi di *non liquet* di cui al comma 3 dell'art. 202 c.p.p.

L'esito assolutorio in rito, "per non doversi procedere per l'esistenza del segreto di Stato", infatti, rappresenta la soluzione "compromissoria" individuata dall'ordinamento, al fine di ovviare agli esiti aberranti dell'ipotesi in cui risulti preclusa (in ragione del segreto) l'acquisizione di una prova decisiva al decidere. Ipotesi, nient'affatto di scuola, che coinvolge e sottopone a gravissima "tensione" i capisaldi dell'ordinamento processuale, quali la presunzione d'innocenza, la ripartizione dell'onere della prova conseguente, il diritto di difesa.

L'*escamotage*, individuato dal legislatore (già con la l. n. 801 del 1977), in quest'atipica condizione di procedibilità dell'azione penale (atipica, in quanto riguardante valutazioni di merito circa la rilevanza della prova sul tema del giudizio), tuttavia, appare ben lungi dal sanare ogni perplessità, anche di compatibilità costituzionale. Da rilevarsi, in particolare, la negazione, per questa via operata, del diritto dell'imputato ad una sentenza assolutoria in merito (e quindi al pieno ed effettivo riconoscimento del suo *status* di presunto innocente), nonché, a nostro avviso, i profili d'incompatibilità col principio del *ne bis in idem* sostanziale. A compendio di quest'ultima osservazione, si rammenta la qualificazione del principio *de quo*, ad opera della giurisprudenza di legittimità, quale principio di ordine pubblico processuale con solide basi costituzionali, di cui l'art. 649 c.p.p. rappresenterebbe un mero punto di emersione normativo, nonché la sua menzione in numerose carte internazionali, quale diritto inviolabile della persona.

Fatte queste premesse, l'inidoneità al giudicato della sentenza assolutoria di cui all'art. 202, comma 3, potrebbe porsi in contrasto col divieto di *bis in idem*, tanto più che il secondo giudizio risulterebbe condizionato al compimento, da parte del Presidente del consiglio dei ministri, di un atto altamente discrezionale, esercitabile in ogni tempo (la revoca dell'atto di conferma o la risposta negativa ad un nuovo interpello). Con tali precisazioni non si intende sollevare dubbi di costituzionalità in merito alla inidoneità al giudicato dei provvedimenti non irrevocabili (perplessità, del resto, già sollevate e rigettate dalla Corte costituzionale). Al contrario, preme porre l'attenzione sulla specificità del *non liquet* previsto in materia di segreto di Stato e sui suoi esiti abnormi e, primo fra tutti, il rischio che l'imputato prosciolto (pur in rito)

resti esposto *sine die* ad un possibile *bis in idem*, la cui attivazione dipende esclusivamente da una valutazione (sostanzialmente insindacabile) dell'autorità politica.

Affrontato lo studio del segreto di Stato all'interno della disciplina di cui all'art. 202 c.p.p., che ne costituisce l'archetipo legislativo di riferimento, non si è omessa una puntuale analisi in merito alla rilevanza degli *arcana imperii* nella disciplina dei mezzi di prova non testimoniali, con specifico riferimento a sequestro, perquisizione, intercettazione di comunicazioni. Disciplina, quest'ultima, oggetto di una proposta di legge governativa, attualmente all'esame delle Camere, a riprova della assoluta delicatezza e "politicalità" dell'argomento trattato.

Infine, si è ritenuto necessario uno approfondimento analitico di specifici aspetti problematici: il rapporto tra segreto di Stato e fase investigativa, la posizione dell'imputato tenuto al vincolo di segretezza e la tardività (o pretesa retroattività) dell'atto di opposizione.

Trattasi di questioni che, più di tutte, hanno suscitato difficoltà interpretative e incertezze applicative. Ciascuna di esse, in verità, è stata l'epicentro di conflitti istituzionali particolarmente accesi tra organi giudiziari ed esecutivo, che hanno immancabilmente comportato delle prese di posizione della Corte costituzionale dai contenuti, sovente, anche molto discutibili e discussi.

Per limitarsi ad un riferimento sommario ad una sola di queste questioni, di assoluto rilievo appare l'interrogativo ermeneutico circa la legittimazione dell'imputato, titolare del segreto, ad eccepirlo all'autorità giudiziaria procedente (ipotesi concretamente verificatasi nel corso delle vicende giudiziarie milanesi già menzionate e di cui si occupa, tra le altre, la sentenza della Consulta, n. 106 del 2009). L'interrogativo appariva risolto da una, ormai risalente, pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in senso negativo. L'imputato, argomentava il massimo Collegio, in quanto titolare del supremo ed inviolabile diritto di difesa, non suscettibile di restrizione alcuna, specie in ragione di interessi collettivi quale quello alla *salus reipublicae* tutelato dal segreto di Stato, non poteva ritenersi in alcun modo vincolato al dovere di segretezza. In altri termini, nessuna restrizione al suo diritto di difendersi, effettuando qualunque dichiarazione ritenesse in violazione o meno dell'*arcanum*, era concepibile. D'altra parte, l'assenza di un dovere giuridico di

rispondere, nonché di farlo secondo verità, consentiva all'imputato stesso la facoltà insindacabile di restare in silenzio o, addirittura, di ricorrere al mendacio (con il solo limite della calunnia e dell'autocalunnia), ove ciò rispondesse a proprie scelte difensive. L'eventuale violazione del vincolo di segretezza sarebbe, certamente, risultato scriminato *ex art. 51*.

Di conseguenza la disciplina del segreto di Stato era rigorosamente confinata nell'ambito della testimonianza, non potendo mai riferirsi all'esame dell'imputato. L'esito delle Sezioni Unite, benché inequivocabilmente problematico alla luce del pregiudizio, così arrecato, all'interesse tutelato dal segreto, risultava, tuttavia, coerente e condiviso da tutta la dottrina nota.

Ciò che appariva uno dei pochi punti ermeneutici condivisi in tema di segreto di Stato, è, tuttavia, ritornato al centro dell'attenzione degli studiosi a seguito di una "sibillina" previsione extracodocistica contenuta nella recente legge di riforma. L'art. 41 (l. n. 124 del 2007), infatti, sembra suggerire l'estensione all'imputato della disciplina testimoniale in materia di segreto (seppure con qualche elemento di diversità non di poco conto). L'oscurità del dettato normativo, e l'oggettiva delicatezza e complessità della questione, ha prodotto il riaccendersi del dibattito dottrinario e, soprattutto, giurisprudenziale.

Investita la stessa Corte costituzionale del problema, questa, da un lato, ha inteso disfarsi della questione, ritenendola estranea al *thema decidendum* del giudizio per conflitto di attribuzione al suo esame, dall'altro, ha mostrato, con una affermazione apodittica e non motivata, di propendere per la tesi contraria al traluzio orientamento della giurisprudenza di legittimità. L'interprete si ritrova, dunque, di fronte ad indicazioni giurisprudenziali autorevoli, ma tra loro difformi, e di difficile lettura.

La strada prescelta nel nostro studio, in conformità con la migliore dottrina che si è pronunciata sull'argomento, resta fedele alle prospettazioni più risalenti della Corte di Cassazione, non ritenendo un'affermazione immotivata, quasi un *obiter dictum*, della Consulta, elemento idoneo a sovvertire decenni di riflessioni dottrinarie e giurisprudenziali. E ciò, innanzitutto, per la difficoltà di ammettere una restrizione, di qualunque tipo, al diritto di difesa dell'imputato, tanto più in base ad una oscura ed enigmatica disposizione legislativa *extra codicem*.