

La Consulta “suggerisce” una tutela oggettiva ed assoluta del segreto di Stato nel processo penale

(Carlo Bonzano)

A meno di due anni dall'entrata in vigore della legge di riforma, la Corte fa registrare il più consapevole, maturo e “coraggioso” intervento in materia di segreto di Stato. Il filo rosso sotteso all'intero impianto motivazionale, infatti, coincide con l'inequivoco riconoscimento della *salus rei publicae* quale valore di primario rilievo, insuscettibile dunque di essere sacrificato a vantaggio di altri interessi (pure rilevanti per l'ordinamento, ma eccezionalmente comprimibili). Ne deriva, all'evidenza, che gli *arcana imperii* vanno riconosciuti come strumento non solo lecito, ma addirittura necessario per garantire la sicurezza dello Stato-istituzione, potendo (*rectius*, dovendo) fungere da autentico “sbarramento” anche all'efficace esercizio del potere giurisdizionale. In un rapporto di adeguatezza del mezzo al fine, pertanto, non può che avvertirsi l'esigenza di garantire al segreto di Stato una tutela assoluta, imposta come tale dall'oggetto sul quale esso ricade: peccato che, sotto tale profilo, la normativa vigente presenti tuttora pericolose lacune.

I. La decisione in commento segna la risoluzione dei ben cinque conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato, insorti “a margine” del procedimento penale relativo al sequestro di persona, asseritamente consumato in danno di Nasr Osama Mustafa Hassan (*alias* Abu Omar), ad opera di personale del Servizio per le informazioni e la sicurezza militare (oggi Agenzia per le informazioni e la sicurezza esterna) in concorso con alcuni agenti dell'omologa struttura statunitense (Central Intelligence Agency).

Orbene, non v'è dubbio che la Corte sia approdata a conclusioni condivisibili; è altrettanto evidente, tuttavia, come la pronuncia *de qua* sia espressione di una Consulta che non è Giudice delle leggi, ma del conflitto. Sarebbe lecito ipotizzare, pertanto, una rilevanza del tutto marginale dei relativi *dicta*, in quanto destinati a produrre effetti circoscritti alla vicenda giudiziaria da cui hanno tratto origine. A ben vedere, invece, la sentenza esprime più d'un principio capace di incidere, quantomeno in chiave ermeneutica, sull'esatta portata delle disposizioni processuali vigenti nella *subjecta materia*.

Fin da subito, se ne ricava l'impressione che la Corte si sia spinta ben oltre il percorso timidamente intrapreso dal Legislatore: la legge 124/07 – pur avendo il pregio di riaffermare la centralità del segreto di Stato quale irrinunciabile strumento di garanzia per l'ordinamento democratico ed avendo significativamente rivalutato il fondamentale apporto istituzionale che i Servizi di informazione e sicurezza sono chiamati ad offrire nell'interesse della Nazione – ha mantenuto in termini soggettivi e tutt'altro che assoluti il disarticolato impianto normativo volto a garantire la tutela processuale degli *arcana imperii*.

2. La tripartizione dei poteri dello Stato fa sì che l'ordinamento costituzionale conservi inalterato il proprio equilibrio fin quando ciascuno di essi operi nella lucida consapevolezza di essere "parte" di un'entità giuridica più ampia e di maggior rilievo. Ove, invece, si ceda alla deprecabile tentazione di identificare la parte con il tutto - riconoscendo ad uno dei tre poteri una più naturale ed autorevole inclinazione a tutelare e garantire gli interessi dello Stato - non può che finirsi con l'esprimere una sineddoche tanto implausibile da segnare il fallimento del sistema: se è vero che lo Stato non avrebbe ragion d'essere se anche uno solo dei poteri venisse indebitamente arginato a vantaggio degli altri; è altrettanto vero che nessun potere potrebbe autonomamente sopravvivere allo Stato.

La questione, pertanto, come da sempre sostenuto, si riduce al difficile raggiungimento di un punto di equilibrio tra l'esigenza di tutela del segreto, da una parte, e quella di garanzia dell'efficace esercizio del potere giurisdizionale dall'altra. Pertanto, appare evidente che per calibrare correttamente il bilanciamento occorre tener conto del peso specifico di ciascun segreto, vale a dire dell'oggetto sul quale esso ricade. Al riguardo, la Corte non ha dubbi e si esprime senza mezzi termini: «la sicurezza dello Stato costituisce *interesse essenziale, insopprimibile* della collettività, con palese carattere di *assoluta preminenza su ogni altro*, in quanto tocca, come si è ripetuto, la esistenza stessa dello Stato, *un aspetto del quale è la giurisdizione*». Ne deriva che «il segreto di Stato funge effettivamente da "sbarramento" al potere giurisdizionale».

È proprio questo il punto: alcune tra le pagine più buie della storia repubblicana hanno fatto sì che la collettività si sia vista costretta a guardare con diffidenza a tutto ciò che è stato sottratto alla conoscenza dei cittadini in ossequio ad una ragion di Stato apoditticamente affermata e tristemente abusata. Fuori d'ogni metafora, gli *arcana imperii* sono stati percepiti per anni come il più formidabile ed odioso degli strumenti atti a consentire che *quod principi placet legis habet vigorem*.

Ad oltre sessant'anni dalla definitiva affermazione dei canoni costituzionali, tuttavia, la maturità dell'ordinamento democratico sembra aver offerto alla Consulta la giusta consapevolezza per superare tale vizio d'origine, approdando ad una coraggiosa distinzione del fisiologico rispetto al patologico: è solo il primo dei suddetti momenti a dover guidare l'attività nomopoietica del legislatore; mentre il secondo non può che fungere da monito per apprestare una adeguata serie di limiti e di controlli, tali da scongiurare eventuali abusi da parte di chi "gestisce" il segreto. In altri termini, per un verso, occorre tutelare in senso assoluto gli *arcana imperii* legittimamente apposti, opposti e confermati, in quanto solo così si garantisce la sicurezza dello Stato; per altro verso, onde evitare deprecabili deviazioni, è indispensabile escludere dal secretabile ciò che non attiene alla *salus rei publicae* e sottoporre la segretezza ad un vaglio di legittimità da parte di organo diverso rispetto a quello titolare dell'apposizione.

3. La circostanza che la Corte - una volta riconosciuta la sicurezza dello Stato come interesse «essenziale» ed «insopprimibile» - miri ad assicurare al relativo segreto una tutela oggettiva è provata da due passaggi emblematici: la sentenza in commento, infatti, per un verso, qualifica il segreto di Stato quale «"sbarramento" al potere giurisdizionale»; per altro verso, rileva come, proprio in ragione della essenza di detto

segreto, possano addirittura verificarsi ipotesi in cui «la caratteristica della segretezza è intrinseca all'atto» (secondo la Corte, in particolare, «se è vero che – di regola – la sussistenza dei presupposti del segreto di Stato è riconosciuta in un atto proveniente da determinati soggetti abilitati dalla legge a farlo valere (atto che, in tal caso, assume valore ricognitivo, da un lato, e costitutivo, dall'altro, del vincolo del segreto), nondimeno, il documento, la cosa, la notizia o i rapporti, che vengono in rilievo di volta in volta, possono presentare caratteristiche di contenuto o di forma tali da indurre a ritenere che essi, *ictu oculi*, rivestono connotazioni di per sé coperte dal segreto di Stato»).

Pertanto, se è vero che quello “sbarramento” non può che concretizzarsi in un divieto probatorio; è altrettanto vero che quest'ultimo deve essere calibrato in ragione dell'oggetto sul quale ricade e non già dei soggetti che ne dispongano. In altri termini, il segreto disegna una invalicabile cinta muraria, eretta al precipuo fine di precludere qualsivoglia accesso a quanto è ivi racchiuso: gli “estranei” devono astenersi da improvvisi tentativi di intrusione (o, peggio, d'irruzione), anche in assenza di un esplicito monito da parte di chi sia legittimato all'ingresso.

Il mirabile progetto della Consulta, tuttavia, non sembra adeguatamente sorretto dalla instabile impalcatura normativa apprestata dal legislatore.

La carenza strutturale parte dalle fondamenta: come noto, infatti, la disciplina *de qua* è incentrata sui limiti alla testimonianza (art. 202 c.p.p.), che – in ragione di una serie di richiami normativi – precludono l'accesso agli *arcana* anche con riguardo ad altri strumenti probatori (artt. 256 e ss. c.p.p.) ed in fasi processuali diverse dal giudizio (artt. 351 e 362 c.p.p.). Orbene, a prescindere dalla frammentarietà del sistema (aggravata dalle disposizioni *extra-codicem* introdotte dalla legge 124/07), non v'è chi non veda come le disposizioni dianzi richiamate tendano tutte indistintamente ad esaltare la dimensione soggettiva del divieto probatorio, a discapito di quella oggettiva suggerita dalla Corte.

Basti ricordare, in proposito, la disciplina relativa alla testimonianza, in base alla quale, «i pubblici ufficiali, i pubblici impiegati e gli incaricati di un pubblico servizio hanno l'obbligo di astenersi dal deporre su fatti coperti dal segreto di Stato» (art. 202, comma 1 c.p.p.). «Hanno l'obbligo di astenersi dal deporre e non debbono essere interrogati» recitava l'art. 352 c.p.p. 1930: pertanto, perso quel riferimento al divieto probatorio – che, qualora violato, imponeva al giudice di escludere dal quadro decisorio quanto illegittimamente acquisito - oggi la norma sembra incidere sulla sola sfera sostanziale della questione, lasciandone impregiudicati gli aspetti processuali. Anche dopo la recente riforma, pertanto, la norma prescrive solamente un obbligo di sottrarsi al dovere di deporre che normalmente incombe sul testimone (art. 198 c.p.p.), così liberando lo stesso dal conflitto tra le possibili incriminazioni per falsa testimonianza (anche nella forma della reticenza), da un lato, e per rivelazione di segreti di Stato, dall'altro. Tuttavia, nulla impedisce al teste di contravvenire all'obbligo impostogli da detta norma, così rivelando quanto coperto da segreto di Stato; ma soprattutto – e questo è il punto dolente - nulla vieta al giudice di acquisire quella libera deposizione, che, anzi, in assenza di un divieto esplicito, diviene necessariamente fruibile ai fini della decisione (quella del testimone non sarebbe di certo una scelta felice, poiché la deposizione

coinciderebbe con la violazione delle norme sostanziali poste a tutela del segreto; la testimonianza rimarrebbe tuttavia pienamente utilizzabile. In altri termini, la norma – perso il previgente divieto – è volta ad offrire delle garanzie al testimone, ma non appare idonea a tutelare l'ordinamento dall'eventuale danno che la noncurante loquacità di quello stesso teste potrebbe arrecargli).

Alla carenza non sembra potersi supplire neppure mediante il ricorso all'ostica categoria dei divieti probatori impliciti: infatti - anche a voler superare, in mancanza di un'espressa previsione al riguardo, il preliminare rilievo per cui detta categoria risulterebbe inconciliabile con il criterio di tassatività, che informa di sé il delicato tema delle sanzioni processuali – sarebbe comunque assai complicato ricostruire un divieto implicito sulla scorta di una interpretazione sistematica. Al riguardo, non v'è chi non veda come il codice - anche nella versione interpolata dalla legge 124/2007 – nel vietare esclusivamente l'utilizzo di quegli *arcana* che abbiano ricevuto il crisma della conferma, ometta qualsivoglia prescrizione normativa con riferimento alla fase anteriore alla eventuale opposizione: dal che non può certo desumersi una scelta volta in maniera inequivoca alla esclusione dei segreti svelati dalla immediata loquacità del testimone.

Né, d'altronde, appare condivisibile una lettura del quadro normativo di riferimento volta ad individuare un divieto processuale proprio nell'obbligo di astensione sancito dall'art. 202 c.p.p.. Si è osservato, infatti, che la limitazione del potere istruttorio del giudice – concretizzantesi nella inammissibilità della prova incisa dal segreto – deriverebbe proprio dall'esigenza di offrire al segreto medesimo una garanzia oggettiva, condensata nella scelta di imporre in capo al testimone un obbligo di astensione e non già una mera facoltà: il sistema così congegnato non avrebbe senso se si volesse garantire il singolo esaminando dai rischi dell'astensione, piuttosto che preservare la particolare delicatezza del *thema probandum*. Tuttavia, occorre considerare che l'obbligo di astensione imposto al testimone non produce alcun effetto limitativo in relazione ai poteri-doveri istruttori del giudice, in quanto il fatto che le scelte dell'esaminando siano influenzate dall'imposizione di un obbligo di astensione, piuttosto che da una facoltà, rappresenta la necessità di impedire che il teste divenga il padrone incontrastato della scena, capace di privilegiare l'uno o l'altro valore costituzionale. In breve, se l'ordinamento avesse accordato al testimone una facoltà di elezione in merito all'astensione, egli avrebbe potuto scegliere a suo piacimento di deporre – così violando il segreto, ma favorendo il regolare esercizio della funzione giurisdizionale ed il conseguente accertamento della verità – ovvero di astenersi, così preservando il segreto e le esigenze di tutela della sicurezza dello Stato ad esso sottese. L'imposizione di un obbligo di astensione rappresenta, dunque, una doverosa presa di posizione da parte del Parlamento - unico organo deputato a stabilire quale degli interessi in gioco debba prevalere sull'altro – nel senso di prediligere le esigenze di tutela del segreto sul regolare esercizio della funzione giurisdizionale; ciò non toglie che - in mancanza di un esplicito divieto probatorio, capace di limitare il potere istruttorio del giudice - quanto eventualmente riferito dal testimone, pur coincidendo con una rivelazione penalmente illecita, dia comunque vita ad una prova utilizzabile.

A conclusioni difformi non sembra potersi pervenire neppure facendo ricorso alla teoria della inutilizzabilità processuale della prova penalmente illecita: ciò non tanto perché,

secondo la dottrina maggioritaria, nel nostro ordinamento i divieti stabiliti dalla legge, che determinano l'esclusione dal quadro decisorio della prova acquisita in violazione degli stessi, hanno natura esclusivamente processuale; quanto, piuttosto, in ragione delle inequivoche indicazioni offerte dalla Consulta con riguardo al caso di specie: «la perquisizione ed il sequestro di documentazione [...] hanno rappresentato – *in assenza di qualsiasi opposizione* da parte dei funzionari presenti o, anche successivamente [...], mediante una espressa comunicazione – *atti di indagine legittimi sul piano processuale*; alla legittima acquisizione dei documenti è quindi seguita l'immissione del materiale stesso nel fascicolo delle indagini preliminari [...]». È fin troppo evidente, dunque, come – secondo la Corte – l'Autorità giudiziaria non possa dirsi gravata da un generale divieto di accesso al segreto, tant'è vero che «sulla base della documentazione acquisita in seguito alla suddetta perquisizione, la Procura avrebbe potuto – in ipotesi – svolgere tutta la attività di indagine conseguente e, finanche, richiedere ed ottenere dal Giudice per le indagini preliminari l'adozione di una misura cautelare a carico degli indagati». In particolare, «ad ulteriore conferma della *legittima acquisizione ed utilizzazione dell'intero materiale reperito*, va anche posto in rilievo come la perquisizione ed il sequestro [...] fossero stati eseguiti presso un ufficio del Servizio ed alla presenza di funzionari dello stesso organismo, sì da radicare, in capo al SISMi, la conoscenza dell'attività svolta dal pubblico ministero e, soprattutto, dell'esatta natura del materiale rinvenuto e sottoposto a sequestro. Peraltro, *la mancata opposizione del segreto di Stato* in quella circostanza, *non comportando*, a quel momento, *la configurabilità del vincolo*, ha precluso l'eventuale attivazione del conseguente iter, consistente nell'interpello del Presidente del Consiglio dei ministri per la conferma o meno del segreto di Stato».

In via di estrema sintesi, le vigenti disposizioni volte a garantire la tutela processuale del segreto di Stato lasciano intravedere delle vistose falle sullo stesso muro che la Corte immagina impenetrabile: l'ontologia del segreto imporrebbe di ricorrere a divieti probatori inerenti al *thema probandum*, assimilabili, dunque, a veri e propri *Beweisthemaverboten* di tradizione tedesca; il difforme approccio del legislatore, viceversa, ha finora prodotto una tutela processuale frammentaria, soggettiva e “rinunciabile”.

4. Alla luce di quanto fin qui considerato, dunque, appare evidente come l'interprete, *de iure condito*, sia costretto a rassegnarsi all'idea che la prova avente ad oggetto fatti coperti dal segreto di Stato, ove ritualmente acquisita, possa (*rectius*, debba) risultare utilizzabile ai fini processuali. D'altronde, neppure la Corte – chiamata non già a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della normativa vigente, ma a risolvere i conflitti *de quibus* – ha potuto ravvisare nel caso di specie violazioni probatorie sanzionabili ai sensi dell'art. 191 c.p.p.: pertanto, la decisione di disporre comunque l'annullamento di alcuni atti del procedimento – pur alla luce di un principio di “retroattività” del segreto che ne disvela l'auspicata natura oggettiva ed assoluta - è motivata «*non in applicazione di norme processuali, bensì in ragione dei principi costituzionali posti a tutela del segreto di Stato e del principio di correttezza e lealtà* che deve ispirare i rapporti tra Autorità giudiziaria e Presidente del Consiglio dei ministri, assunti a parametro per la risoluzione dei conflitti di attribuzione sollevati da

quest'ultimo, *non potendo i conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato essere definiti in applicazione di scelte rimesse al legislatore ordinario*».

La questione – del tutto trascurabile con riguardo alla vicenda giudiziaria nel cui ambito si inseriscono i suddetti conflitti – offre, invece, in termini più generali, un interessante spunto di riflessione. Non v'è dubbio, infatti, che l'ossequio al principio di lealtà e correttezza, cui devono ispirarsi i rapporti tra poteri dello Stato, imponga all'Autorità giudiziaria di non mettersi alla ricerca di fatti che *ictu oculi* risultano coperti dal segreto, in quanto posti a tutela della «esistenza stessa dello Stato, un aspetto del quale è la giurisdizione». Ne deriva l'ovvia conseguenza, in caso di conflitto, di dover privare di qualsivoglia effetto giuridico l'atto compiuto in spregio dei suddetti parametri di lealtà e correttezza; in difetto, infatti, un comportamento, pur riconosciuto come illegittimo, resterebbe pericolosamente privo di sanzione.

Se, dunque, la declaratoria di inutilizzabilità pronunciata dalla Corte trova piena legittimazione nella funzione riequilibratrice che essa sortisce rispetto al sistema, altrettanto non può dirsi nell'ipotesi in cui alla medesima sanzione processuale sia costretto a ricorrere il giudice ordinario (ovviamente, ai sensi dell'art. 191 c.p.p.): in tal caso - in assenza di una adeguata tutela preventiva - l'inutilizzabilità operante *a posteriori*, risulta inidonea allo scopo, giacché entrambi gli interessi in conflitto (la tutela del segreto, da una parte, e l'accertamento della verità processuale, dall'altra) finiscono con l'essere inutilmente compressi.

Come noto, infatti - pur incidendo sulle attività e sulle conseguenti determinazioni del pubblico ministero - l'inutilizzabilità finisce perlopiù per essere dichiarata dal Giudice; orbene, anche a voler considerare il più rapido degli interventi giurisdizionali, non può che immaginarsi il vaglio del g.i.p. sulla richiesta di archiviazione, piuttosto che quello del g.u.p. sulla richiesta di rinvio a giudizio: in un caso come nell'altro gli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero - ivi compresi quelli coperti da segreto di Stato, che l'inquirente ritenga di aver legittimamente compiuto - entrano nella disponibilità di soggetti terzi. La eventuale declaratoria di inutilizzabilità, pertanto, non potrebbe che sottrarre alla cognizione del giudice ciò che ormai non è più segreto. Siamo alla *débacle* del sistema: la sicurezza dello Stato sarebbe posta in serio pericolo dalla rivelazione degli *arcana* e, al contempo, l'accertamento di un fatto penalmente rilevante sarebbe precluso dal venir meno di una prova decisiva.

L'ipotesi – apparentemente stravagante – trova più d'un precedente; ma, soprattutto, rappresenterebbe la regola da seguire ove si volesse riconoscere efficacia processuale, oltre che sostanziale, all'obbligo di astensione sancito dall'art. 202 c.p.p.: la testimonianza resa in una *pubblica* udienza dibattimentale dal teste bendisposto alla rivelazione del segreto integrerebbe un attentato alla *salus rei publicae*, eppure non sarebbe fruibile dal giudice per dirimere l'alternativa tra condanna e proscioglimento.

5. Esclusa definitivamente la possibilità di ricorrere a soluzioni interpretative che – mantenendo un'adeguata valenza logica e pari dignità ermeneutica – consentano di attribuire valenza oggettiva a quanto il legislatore ha scritto in chiave soggettiva, non resta che verificare il livello di eventuale compatibilità tra il vigente quadro normativo e

le imprescindibili indicazioni offerte dalla Consulta in tema di tutela processuale del segreto di Stato.

Detto accertamento presuppone che sia raggiunta l'intesa sul cardine del sistema: in altri termini, si tratta innanzitutto di stabilire se sia condivisibile l'assunto in base al quale gli *arcana* rappresentano uno strumento posto a tutela dello Stato e non a danno dello stesso. Aderendo, come pare doveroso, a tale impostazione, occorre altresì convenire sulla centralità dell'istituto: la sicurezza dello Stato – *id est* l'oggetto del segreto – costituisce un interesse essenziale ed insopprimibile.

Sulla scorta di tali premesse, il rapporto di adeguatezza del mezzo al fine non può che imporre un'unica soluzione: il segreto di Stato legittimamente apposto, opposto e confermato – ove l'avverbio sta ad indicare il rispetto dei limiti ontologici e l'efficacia dei controlli *ab extra* - necessita di una tutela oggettiva ed assoluta, capace cioè di resistere a qualsiasi istanza conoscitiva.

Per evidenti ragioni di economia espositiva, resta preclusa in questa sede un'analisi che si spinga ad esaminare anche la coerenza, rispetto al sistema dianzi delineato, dei limiti (art. 204 c.p.p.) e dei controlli (art. 202, commi 2, 3, 4, 7 e 8 c.p.p.; art. 66 disp. att. cp.p.) che il legislatore ha previsto in tema di tutela processuale del segreto di Stato. Si impone, viceversa, un attento vaglio in ordine alla oggettività ed alla absolutezza della tutela medesima, tanto più che, in ultima analisi, esse rappresentano due facce della stessa medaglia: tutelare ciò su cui il segreto ricade significa impedirne la divulgazione a prescindere dalle scelte di chi ne sia il depositario.

Procedendo con ordine, dunque, occorre in primo luogo stabilire quale sia l'oggetto del segreto. Orbene, non vi è dubbio che esso coincida con un fatto: gli atti, i documenti, le notizie, le cose e quant'altro viene di regola messo in relazione con gli *arcana* altro non sono che lo strumento attraverso il quale viene rappresentato un determinato accadimento naturale (*id est*, un fatto). Al riguardo, soccorre il lessico processuale: l'art. 187 c.p.p. indica quali sono i *fatti* oggetto di prova; il testimone è esaminato sui *fatti* medesimi (art. 194, comma 1 c.p.p.), ma ha l'obbligo di astenersi dal deporre sui *fatti* coperti dal segreto di Stato (art. 202, comma 1 c.p.p.). Seguendo il percorso a ritroso, appare lecito affermare che questi ultimi non possono costituire oggetto di prova testimoniale; viene naturale, dunque, domandarsi che senso abbia impedire che un dato fatto possa essere provato con un mezzo e consentire che lo sia con un altro. Le perplessità aumentano quando ci si rende conto che quel divieto probatorio non si giustifica in ragione della inadeguatezza del mezzo di prova interessato, bensì a fronte dell'oggetto della prova medesima. Se è dunque quest'ultimo ad imporre il divieto, ragionevolezza vuole che i fatti coperti dal segreto di Stato siano esclusi *tout court* dal novero del "probabile". Tanto vale, in sostanza, introdurre un limite probatorio volto ad incidere non sulla prova, ma sull'oggetto della stessa: d'altronde è proprio detto oggetto che l'ordinamento mira a tutelare, riconoscendolo quale valore essenziale ed insopprimibile e sottraendolo, dunque, alla "conoscenza" processuale.

Al riguardo, preme sottolineare che la stessa Corte costituzionale, con la sentenza in commento, ha riaffermato il principio secondo cui «l'opposizione del segreto di Stato non può avere l'effetto di impedire che il pubblico ministero indaghi sui fatti di reato cui si riferisce la *notitia criminis* in suo possesso, ed eserciti se del caso l'azione penale,

ma solo quello di inibire all'Autorità giudiziaria di acquisire e conseguentemente di utilizzare gli *elementi di conoscenza e di prova* coperti dal segreto». Anche sotto questo profilo, dunque, la Consulta sembra prediligere una accezione oggettiva del divieto: esso incide non già sul singolo mezzo di prova, ma, come dianzi ricordato, su tutti gli elementi di conoscenza (notizie) e di prova (fatti) coperti dal segreto.

La questione era ben nota al legislatore della riforma, posto che correva l'anno 1998 quando il Giudice delle leggi, in due diverse occasioni, si esprimeva già in questi termini. Tuttavia, l'art. 202 c.p.p. – come riscritto dalla legge 124/07 – presenta delle gravi incoerenze logiche, ascrivibili per lo più all'inutile proliferare dei sostantivi volti ad indicare il secretabile. In particolare, all'immutato riferimento *ai fatti coperti dal segreto* (art. 202, comma 1 c.p.p.) seguono espressioni quali «la notizia oggetto del segreto» (art. 202, comma 2 c.p.p.), «quanto coperto dal segreto» (art. 202, comma 3 c.p.p.) e, senza specificazione alcuna, «la notizia» (art. 202, comma 4 c.p.p.). Poco male: per un verso, la notizia (al pari dell'informazione) non può che avere ad oggetto un fatto, per l'altro non può che intendersi la locuzione «quanto coperto dal segreto» come comprensiva anche del fatto su cui esso ricade; sicché, sia pure con qualche incertezza, fin qui la norma potrebbe leggersi come impositiva di un divieto probatorio incidente sull'oggetto della prova e non più sul singolo mezzo. Una simile lettura, peraltro, sembra confortata dall'inedita previsione di cui all'art. 202, comma 5 c.p.p.: «l'opposizione del segreto di Stato, confermata con atto motivato dal Presidente del Consiglio dei ministri, inibisce all'autorità giudiziaria l'acquisizione e l'utilizzazione, anche indiretta, delle *notizie* coperte dal segreto». Peccato che il legislatore non abbia tardato ad imbattersi in un dedalo di contraddizioni: «non è, in ogni caso, precluso all'autorità giudiziaria di procedere in base a elementi autonomi e indipendenti dagli *atti, documenti e cose* coperti dal segreto» (art. 202, comma 6, c.p.p.).

Siamo all'impasse: o l'opposizione e la successiva conferma precludono *in toto* la conoscenza di quanto coperto dal segreto e dunque l'acquisizione di qualunque prova che abbia ad oggetto gli *arcana*; oppure hanno un'efficacia preclusiva relativa, cioè tale da consentire comunque l'accesso alla notizia segreta mediante l'acquisizione di prove ulteriori e diverse rispetto a quella nell'ambito del cui procedimento formativo sia stato opposto il segreto; *tertium non datur*. Probabilmente, il legislatore non se n'è accorto: come osservato, infatti, da un lato, il comma 5 del novellato art. 202 c.p.p. impone - anche in via indiretta - un autentico divieto probatorio; dall'altro, il comma 6 dello stesso articolo nega che si possa impedire «all'autorità giudiziaria di procedere in base a elementi autonomi e indipendenti dagli *atti, documenti e cose* coperti dal segreto».

Non basta: la stessa disposizione che, stando alle prime battute, sembrava voler garantire una tutela oggettiva al segreto, offre, al penultimo comma, argomenti formidabili a chi voglia consentire all'Autorità giudiziaria di accedere agli *arcana* con mezzi di prova diversi rispetto a quelli preclusi da un'opposizione cui sia seguita una tempestiva conferma del segreto. In caso di conflitto di attribuzione, infatti, qualora il medesimo «sia risolto nel senso della sussistenza del segreto di Stato, l'autorità giudiziaria non può né acquisire né utilizzare, direttamente o indirettamente», non già la notizia segreta, bensì «atti o documenti sui quali è stato opposto il segreto di Stato» (art. 202, comma 7, c.p.p.). Anche in questo caso, dunque, ciò che viene meno non è il fatto

oggetto di prova (cioè la notizia segreta), ma solo ed esclusivamente la prova stessa. Né a conclusioni difformi può giungersi sostenendo che «qualora il conflitto sia risolto nel senso dell'insussistenza del segreto di Stato, il Presidente del Consiglio dei ministri non può più opporlo con riferimento al medesimo oggetto» (art. 202, comma 7, c.p.p.) e non alla medesima prova. Anzi, proprio dalla diversità delle espressioni utilizzate nell'ambito di uno stesso comma sembra doversi desumere che, mentre il venir meno del segreto su un determinato fatto rende lo stesso acquisibile al panorama cognitivo del giudice attraverso qualsiasi prova, il positivo accertamento del segreto su una determinata prova non preclude l'acquisizione di altre prove che abbiano il medesimo oggetto.

Può darsi che ardite *performances* ermeneutiche consentano la *reductio ad unum*, privando di valenza oggettiva i divieti probatori espressi dai primi cinque commi dell'art. 202 c.p.p.; o, viceversa, forzando il dato letterale dei commi 6 e 7 della stessa disposizione, sì da suggerirne, in un'ottica di sistema, una portata più ampia.

Allo stato, vi è un'unica certezza: una riforma attesa per oltre trent'anni ed intervenuta dopo almeno quattro pronunce costituzionali, delle cui indicazioni ben avrebbe potuto giovare il legislatore, avrebbe dovuto offrire un contributo significativo (*rectius*, risolutivo) nel conferire stabilità ed efficacia a strumenti tanto delicati, quali quelli volti a garantire la tutela processuale del segreto di Stato.

6. Come anticipato, una tutela che incidesse *tout court* sull'oggetto del segreto non potrebbe che operare anche in senso assoluto: ove, infatti, l'ordinamento escludesse gli *arcana* dal novero di quanto può costituire oggetto di prova, si produrrebbe l'immediata conseguenza di rendere la stessa comunque inammissibile, con conseguente inutilizzabilità patologica di quanto acquisito in violazione del divieto probatorio. Una scelta simile, in sostanza, rappresenterebbe non solo un monito per il depositario del segreto – sul quale graverebbe in ogni caso il divieto di rivelazione – ma anche un limite invalicabile per l'Autorità giudiziaria, che – anche a prescindere da una formale opposizione – sarebbe *ab initio* obbligata a precludere l'acquisizione di prove aventi ad oggetto fatti coperti dal segreto di Stato.

La distanza della vigente normativa di riferimento rispetto ad un sistema così congegnato fa sì, come rilevato, che la tutela degli *arcana* finisca col soggiacere ad una duplice condizione: per un verso, occorre che il segreto sia ritualmente opposto e confermato; per l'altro, deve confidarsi che il medesimo fatto non possa essere provato con mezzi ulteriori e diversi.

Inutile confidare che la tutela processuale del segreto di Stato – carente sotto il profilo oggettivo – possa recuperare adeguate garanzie operanti in chiave di assolutezza: il soggettivismo che ossida una faccia della medaglia non può certo impreziosire l'altra.

Al riguardo, sono almeno due i fattori ossidanti: l'imposizione di un dovere di opposizione circoscritto a soggetti qualificati ed il diritto alla rivelazione del segreto che potrebbe riconoscersi all'imputato (quantomeno a quello privo di qualifiche pubblicistiche).

Conviene procedere con ordine. L'obbligo di astenersi dal deporre sancito dall'art. 202 c.p.p. (cui va equiparato il divieto di esibizione documentale, di cui all'art. 256 c.p.p.)

grava non genericamente sul testimone, ma in via esclusiva su pubblici ufficiali, pubblici impiegati ed incaricati di un pubblico servizio: la tassatività dell'elenco impedisce di imporre il silenzio a *chiunque* sia chiamato a testimoniare. Orbene, è certamente vero che nella normalità dei casi sono proprio i soggetti pubblici ad essere depositari dei segreti che il legislatore intende tutelare; tuttavia, non può escludersi che ne siano a conoscenza anche persone prive delle richieste qualifiche: in questo caso, il divieto probatorio rimane del tutto inoperante, esponendo gli *arcana* alla pubblicità del processo. Previsione stravagante, da cui deriva un pericoloso ed ingiustificato vuoto di tutela: si è già denunciata l'irragionevolezza di una disciplina volta ad impedire che i fatti coperti da segreto di Stato possano costituire oggetto di una prova e non di un'altra; ma, a quanto pare, c'è di peggio: la possibilità che lo stesso fatto costituisca legittimo oggetto di una medesima prova dipende dalla qualifica soggettiva della relativa fonte. Né il legislatore della riforma ha ritenuto di porre rimedio alla questione: eppure sarebbe bastato un assai agevole intervento sul primo comma dell'art. 202 c.p.p. per riaffermarne la coerenza sistematica, impedendo la deposizione non già in funzione delle qualità personali del teste, bensì in ragione della presunta pericolosità derivante dalla diffusione del segreto.

All'evidenza, non si tratta dell'unica delusione inflitta all'interprete dalla legge 124/07: tra le tante, la più cocente è forse quella di aver perso l'occasione per compendiare in maniera netta e coerente diritti e doveri dell'imputato depositario del segreto. Come noto, prima della riforma, il pressoché unanime orientamento di dottrina e giurisprudenza mirava ad escludere che l'imputato fosse gravato da un obbligo di astensione assimilabile a quello del testimone: in assenza di espressi divieti, avrebbe potuto difendersi anche rivelando il segreto di Stato, senza incorrere in alcuna sanzione. In altri termini, il bilanciamento tra ragion di Stato e diritto di difesa si risolveva a vantaggio di quest'ultimo. Siamo al punto: nel disegnare una riforma destinata a riordinare l'intera materia *de qua*, occorre stabilire se fosse ragionevole consentire che l'imputato rivelasse impunemente un segreto di Stato, o se non convenisse piuttosto imporre anche all'imputato stesso l'obbligo di astensione, sì da tutelare i superiori interessi della Nazione. Inutile dire che – aderendo ad una doverosa impostazione di matrice oggettiva ed assoluta – ben avrebbe fatto il Parlamento a prediligere la *salus rei publicae*, tanto più che una simile soluzione avrebbe posto la tutela del segreto non già in conflitto con il diritto di difesa (all'imputato, infatti, avrebbe dovuto necessariamente essere consentito di giovare di una sentenza di non doversi procedere, ove ne ricorressero le condizioni), bensì con le esigenze di accertamento della verità proprie del processo penale.

Questione seria e, almeno in apparenza, assai complessa: non stupisce affatto che la legge 124/07 abbia tentato di imporre il silenzio all'imputato; anzi, l'interprete che miri alla coerenza sistematica del quadro normativo di riferimento non può che compiacersene. D'altronde, si è più volte ricordato come il punto di partenza dell'intera questione si riduca all'individuazione di un corretto criterio di bilanciamento tra interessi contrapposti: ovvio che se «la sicurezza dello Stato costituisce *interesse essenziale, insopprimibile* della collettività, con palese carattere di *assoluta preminenza*

su ogni altro», non possa essere sacrificato dalla pericolosa loquacità di un imputato che predilige un proscioglimento nel merito, piuttosto che il non doversi procedere.

Ciò che appare sorprendente, invece, è lo strumento che il legislatore ha inteso utilizzare: l'art. 41 l. 124/07 è una norma ricca di tali e tante incoerenze ed imprecisioni da aver indotto i primi commentatori ad avanzare seri dubbi sulla possibilità che la stessa possa realmente rivelarsi impositiva di un dovere al silenzio in capo all'imputato. Basti pensare, al riguardo, che una disposizione di tale impatto sulle dinamiche processuali è stata relegata *extra-codicem*, quando sarebbe stato sufficiente introdurre un semplice richiamo normativo nel testo dell'art. 209 c.p.p. Come pure resta inspiegabile perché mai si sia consentita al Presidente del Consiglio dei ministri l'adozione delle «eventuali deliberazioni di sua competenza» solo quando il segreto viene opposto in un procedimento penale e non anche quando l'opposizione intervenga in altra sede (ad esempio, civile o amministrativa). L'elenco delle stranezze sarebbe ancora lungo; inutile scorrelo tutto, posto che la Corte costituzionale sembra aver già risolto la questione di maggiore momento. Nell'affrontare il tema dell'obbligo di astenersi dal deporre, infatti, la Consulta ha precisato che «l'art. 41 della legge n. 124 del 2007 ha inteso conferire *portata generale a tale obbligo*, stabilendo, infatti, che ai pubblici ufficiali, ai pubblici impiegati ed agli incaricati di pubblico servizio è fatto divieto di riferire riguardo a fatti coperti da segreto di Stato; la medesima norma, inoltre, pone a carico dell'Autorità giudiziaria – investita del processo penale nel corso del quale, in qualunque stato e grado il segreto sia stato opposto da costoro, *anche in qualità di indagati o imputati* – il compito di informare il Presidente del Consiglio dei ministri affinché assuma le eventuali deliberazioni di sua competenza».

Sia pure in via incidentale, pertanto, la Corte ha interpretato la norma in commento nel senso di riconoscerle una valenza impositiva dell'obbligo di astensione anche in capo all'imputato. Soluzione coerente, non potendone pervenire di migliori da una Consulta che, a ragione, immagina la tutela del segreto come doverosamente oggettiva ed assoluta. Si tratta di capire, tuttavia, se quel fugace riferimento all'art. 41 l. 124/07 – peraltro operato in veste di Giudice di un conflitto rispetto al quale il tema della eventuale loquacità dell'imputato non appare affatto rilevante ai fini del decidere – possa risultare, com'è auspicabile, tanto efficace da permeare di sé l'intera materia *de qua*, piuttosto che essere sopraffatto dall'assoluta incoerenza con cui il legislatore ha maldestramente cercato di riordinare la stessa.

A ben vedere, infatti, non è facile raccordare il silenzio imposto all'imputato con le rimanenti disposizioni del medesimo art. 41 l. 124/07. In tal senso, occorre innanzitutto rilevare che, a fronte dell'opposizione, l'Autorità giudiziaria sarebbe obbligata ad attivare la procedura di interpellato solo ove ritenesse «essenziale» ai fini del decidere la conoscenza di quanto coperto dal segreto (art. 41, comma 2 l. 124/07). Ne deriverebbe che a frustrare le garanzie difensive dell'imputato sarebbe sufficiente un vaglio negativo in ordine alla potenziale incidenza degli *arcana* sull'esito del procedimento. A quel punto, l'imputato sarebbe spacciato: in quanto assoggettato al divieto di riferire, non potrebbe difendersi dalle accuse a proprio carico rivelando il segreto, pena la violazione dell'art. 261 c.p.; ed in quanto depositario di un segreto insindacabilmente valutato dall'Autorità giudiziaria come non essenziale ai fini del decidere, non potrebbe neppure

“giovarsi” del non doversi procedere. Considerata, altresì, la scarsa incidenza che l’Autorità giudiziaria è solita riconoscere a quanto proviene dall’imputato, non apparirebbe aprioristicamente censurabile la scelta di quello che - vistosi liquidare l’oggetto della propria opposizione come non essenziale per l’esito del procedimento - denunciasse la illegittimità costituzionale dell’art. 41, comma 1 l. 124/07, perché, impedendogli di articolare compiutamente la propria difesa, lo manderebbe incontro ad una condanna, con conseguente limitazione della libertà personale.

Vi è, tuttavia, un ulteriore e più preoccupante profilo sul quale riflettere: l’art. 41 l. 124/07 impone l’obbligo di astensione ai soli imputati qualificati, *id est* pubblici ufficiali, pubblici impiegati ed incaricati di pubblico servizio. *Prima facie* sembrano riemergere le incoerenze sistematiche già stigmatizzate con riguardo al qualificato novero dei testimoni su cui incombe il divieto di deporre: il soggettivismo che, almeno a tratti, sembra guidare la mano del legislatore apre un nuovo *vulnus* sul tessuto normativo volto a garantire la tutela processuale del segreto di Stato. Eppure, a ben vedere, la questione è ancor più seria: mentre i limiti soggettivi imposti dall’art. 202 c.p.p., infatti, producono “soltanto” una pericolosa esposizione del segreto alla pubblicità del processo; i medesimi limiti di cui all’art. 41 l. 124/07 incidono anche sui principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale. Basti rilevare, al riguardo, che il silenzio imposto agli *imputati qualificati* non è affatto preteso dagli *imputati comuni*, sicché questi ultimi - rivelando impunemente il segreto - potrebbero lucrare un’assoluzione nel merito, invece preclusa *ex lege* ai primi. La ingiustificata riduzione delle *chances* difensive, per un verso, incide sul principio di uguaglianza; per l’altro, accentua la distanza tra Stato e cittadino, alimentando il pericoloso convincimento che gli *arcana* possano rappresentare un’entità di comodo piuttosto che di garanzia. Se, infatti, «la sicurezza dello Stato costituisce interesse essenziale, insopprimibile della *collettività*» non è dato comprendere per quale motivo quello stesso interesse, invece di essere tutelato dall’intera collettività, debba fare affidamento sul silenzio del solo *imputato qualificato*; tanto più che la difesa della Patria è sacro dovere del *cittadino* (art. 52 Cost.).

7. Come accennato in premessa, la decisione in commento ha una portata di maggiore ampiezza rispetto a quella che di solito contraddistingue la risoluzione dei conflitti tra poteri dello Stato. La Corte, infatti, dà conto di un conflitto ben più complesso e delicato di quelli sottoposti al suo vaglio: è un conflitto storico, sociale ed ideologico, prima ancora che giuridico. Ne sono protagonisti il Parlamento e la stessa Consulta: non si tratta, beninteso, di affermare la preminenza dell’uno o dell’altra, giacché le rispettive sfere di competenza sono costituzionalmente definite; ciò non toglie che le reciproche interferenze, come possono indurre virtuose spinte sulla stabilità del sistema, così possono “esaltarne” eventuali carenze e contraddizioni.

È quest’ultima la sensazione che si ricava dal raffronto tra la tutela processuale del segreto di Stato immaginata dalla Corte e quella attuata dal legislatore, sia prima che dopo la riforma del 2007. Il Parlamento, infatti, sembra tanto cauto da risultare indeciso: pare non sia ancora riuscito a maturare un fermo convincimento in ordine alla straordinaria rilevanza degli interessi che il segreto mira a tutelare; probabilmente,

riaffiorano i ricordi degli *arcana* troppe volte abusati. Ci si muove, allora, in un'ottica di contemperamento quantitativo più che qualitativo: ad ogni norma volta a sottrarre il segreto alla pubblicità del processo, ne segue un'altra tesa a riaffermare la tanto legittima quanto inconciliabile aspettativa di efficace esercizio del potere giurisdizionale. Vi è forse il timore che il segreto possa trasformarsi in uno strumento incontrollato ed incontrollabile, capace di "coprire" qualsiasi nefandezza. Comprensibile la preoccupazione, inadeguato il rimedio: il confine tra l'uso legittimo e quello "abusivo" del segreto non può essere presidiato, quanto meno in via immediata, dall'Autorità giudiziaria. Le stesse esigenze di tutela degli *arcana* – prima ancora che il doveroso equilibrio tra i poteri dello Stato – impongono che quel presidio sia affidato al Parlamento in via preventiva (mediante l'imposizione dei limiti al segreto) e successiva (attraverso il controllo, che segue alla eventuale conferma da parte dell'esecutivo).

Alle incertezze del legislatore si contrappongono le lucide consapevolezze della Consulta, che con quattro passaggi apre e chiude un sistema coerente ed equilibrato: la *salus rei publicae* è valore destinato a prevalere su ogni altro, ivi compreso l'interesse ad un efficace esercizio del potere giurisdizionale; se ne impone, dunque, una tutela oggettiva ed assoluta; ne derivano, quali ovvi corollari, per un verso, il divieto di acquisire – ove sia stato ritualmente opposto e confermato il segreto di Stato - prove ulteriori aventi il medesimo oggetto; per altro verso, l'imposizione del dovere al silenzio anche in capo all'imputato.

La distanza tra essere e dover essere è segnata dai fatti: per ben quattro volte in poco più di dieci anni la Corte è stata chiamata a risolvere numerosi ed intricati conflitti di attribuzione, tutti, in buona sostanza, aventi ad oggetto gli esatti limiti entro cui può spingersi il potere di accertamento dell'Autorità giudiziaria di fronte al segreto di Stato. Va da sé che un'adeguata e coerente disciplina normativa avrebbe consentito e consentirebbe di ridurre alla eccezionalità le ipotesi di conflitto, riservando al giudice ordinario le determinazioni in tema di inutilizzabilità delle prove eventualmente acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge. Allo stato attuale, viceversa, tale compito è stato di fatto devoluto alla Consulta, le cui decisioni hanno finora sempre determinato l'annullamento degli atti processuali oggetto dei conflitti. Non importa stabilire se ciò abbia giovato o meno ai protagonisti delle vicende giudiziarie lambite dai conflitti medesimi; di certo ha nuociuto al sistema: la prova avente ad oggetto gli *arcana*, per un verso, è stata giustamente sottratta al materiale fruibile per dirimere l'alternativa tra condanna e proscioglimento; per l'altro, è entrata nella disponibilità delle parti, sicché alla originaria segretezza è subentrata una "conoscenza" (o, peggio, una pubblicità) assai rischiosa per la sicurezza dello Stato.