

18 giugno 2009

I «fatti eversivi dell'ordine costituzionale» nella legge n. 801 del 1977 e nella legge n. 124 del 2007

*

di Alessandro Pace

Sommario: 1. *L'art. 39 comma 11 della legge n. 124 del 2007 e il combinato disposto con l'art. 17 comma 4.* - 2. *La ratio dell'art. 12 comma 2 della legge n. 801 del 1977 e l'interpretazione della dottrina.* - 3. *L'apponibilità del segreto di Stato sul rapimento di Abu Omar e sui rapporti tra CIA e SISMI.* - 4. *La tutela dei diritti dell'uomo e l'individuazione dei «fatti eversivi dell'ordine costituzionale»* - 5. *Il § 93.2 (“segreti illegali”) del codice penale tedesco.* - 6. *Fatti eversivi dell'ordine costituzionale e principi supremi dell'ordinamento.* - 7. *Irrilevanza della mancata previsione, nell'art. 17 comma 3 della legge n. 124 del 2007, dei delitti previsti dagli artt. 614 ss. e 616 ss. c.p. come ostativa dell'inapplicabilità delle garanzie funzionali alle violazioni della libertà domiciliare e della libertà di comunicare «riservatamente».*

1. *L'art. 39 comma 11 della legge n. 124 del 2007 e il combinato disposto con l'art. 17 comma 4*

I limiti materiali all'apposizione del segreto di Stato, così come previsti dalla recente legge 3 agosto 2007, n. 124 («*Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto*»), sono i seguenti.

Nell'art. 39, la legge n. 124 indica le finalità, gli oggetti, le modalità di apposizione, la regolamentazione dei criteri, la durata del segreto di Stato, la cessazione (anticipata) del vincolo e, all'ultimo comma (l'undicesimo), dispone che «In nessun caso possono essere oggetto di segreto di Stato notizie, documenti o cose relativi a fatti di terrorismo o eversivi dell'ordine costituzionale o a fatti costituenti i delitti di cui agli articoli 285, 416-bis, 416-ter e 422 del codice penale».

Nell'art. 17 - nel quale vengono disciplinati gli ambiti e i criteri di applicazione delle norme che prevedono una speciale causa di giustificazione per i reati eventualmente commessi nell'esplicazione del servizio [\[1\]](#) - la legge n. 124 specifica invece le ipotesi escluse dall'applicazione delle «garanzie funzionali» (art. 17 commi 2-5) ancorchè le operazioni di *intelligence* fossero state autorizzate.

Le due disposizioni si muovono quindi su due piani diversi: l'uno attinente agli ambiti di apponibilità dei segreti, l'altro attinente ai limiti che incontrano *comunque* le condotte degli agenti nelle operazioni di *intelligence*. Le due disposizioni si incontrano però a proposito dei «fatti eversivi dell'ordine costituzionale», i quali da un lato fuoriescono dall'ambito di apponibilità del segreto di Stato, dall'altro sfuggono a qualsivoglia causa di giustificazione. L'art. 17 comma 4 infatti testualmente dispone che «(n)on possono essere autorizzate, ai sensi dell'articolo 18, condotte previste dalla legge come reato per le quali non è opponibile il segreto di Stato a norma dell'articolo 39, comma 11, ad eccezione delle fattispecie di cui agli articoli 270-bis, secondo comma, e 416-bis, primo comma, del codice penale».

Mentre l'accenno, fatto in questo articolo, ai fatti di terrorismo[2] e ai reati previsti dagli artt. 285[3], 416-bis [4], 416-ter [5] e 422 [6]c.p. è opera della legge n. 124 e costituisce il frutto di una scelta politica il cui significato non solleva particolari problemi interpretativi, il divieto di apporre il segreto di Stato su «fatti eversivi dell'ordine costituzionale» è risalente nel tempo.

Pur essendo già presente nell'art. 12 comma 2 della legge 24 ottobre 1977, n. 801 - che aveva recepito al riguardo una precisa indicazione fatta dalla Corte costituzionale nella sent. n. 86 del 1977 - la locuzione «fatti eversivi dell'ordine costituzionale» ha un significato solo apparentemente scontato. Vale quindi la pena di ripercorrerne tale storia, ancorché brevissimamente.

2. L'art. 12 comma 2 della legge n. 801 del 1977 nell'interpretazione della dottrina

La Corte costituzionale, dopo aver identificato, nella sentenza del 1977, gli interessi istituzionali tutelabili con il segreto di Stato[7] con quei soli interessi che attengono «allo Stato-comunità (rimanendo di conseguenza nettamente esclusi quelli del Governo e dei partiti che lo sorreggono)», concluse tale passaggio con la seguente perentoria affermazione: «Mai il segreto potrebbe essere allegato per impedire l'accertamento di fatti eversivi dell'ordine costituzionale».

Il principio sotteso a questa affermazione - presente, quanto al fine perseguito, già nell'art. 4 comma 1 del progetto di legge Boldrini per l'istituzione di una commissione parlamentare d'inchiesta sul Sifar[8] - è addirittura ovvio, consistendo in ciò, che le disposizioni «poste a tutela del segreto di Stato non possono agevolare la commissione di fatti diretti a minare gli stessi valori che il segreto è chiamato a proteggere»[9].

Sia pure in termini generalissimi, tale divieto era stato significativamente avvertito anche nella risalente letteratura penalistica, dalla quale icasticamente si rilevava che il «segreto di un delitto non può essere un segreto di Stato, che come tale non può delinquere, ma soltanto di chi tale delitto ha ordinato, tollerato o commesso»[10].

Il Parlamento, nell'approvare la legge n. 801 del 1977 - come si è detto - recepì alla lettera, nell'art. 12 comma 2, il suggerimento della Corte costituzionale.

Di fronte alle obiezioni concernenti l'asserita «ripetitività» di tale secondo comma con quanto già disposto nel primo comma (ritenendosi ovvio che mezzi concepiti a difesa dello Stato democratico - e cioè i servizi segreti - non possano essere utilizzati per distruggerlo) [11], il Parlamento decise comunque di inserire tale comma; e ciò fece nella consapevolezza, esternata dall'allora Ministro dell'interno, di dover «voltare drasticamente pagina, con una totale innovazione dell'ordinamento dei servizi» dopo «le lunghe polemiche, giuste o ingiuste»[12] che ne avevano segnato il recente passato.

Da quel che mi risulta, la locuzione non ha però avuto in dottrina un'interpretazione univoca. Da un lato si è rilevato che l'art. 12 comma 2, «pur rappresentando una prima presa di posizione del legislatore su questo complesso problema (e in tal senso va valutata positivamente), ha in concreto una funzione meramente chiarificatrice, non potendosi supporre che illeciti di tale gravità godano di una protezione

giustificabile soltanto in funzione (...) di tutela delle istituzioni poste dalla Costituzione a fondamento dello Stato democratico»^[13] (in questa prospettiva si erano già indicati, dallo stesso a., come esempi di «segreti costituzionalmente illegittimi», quelli intesi a coprire gli atti preparatori di una guerra in violazione dell'art. 11 Cost., di una politica di armamento nucleare e di un mutamento istituzionale in forme non consentite dalla Costituzione^[14]). Da un altro lato, pur specificandosi che la tutela dell'art. 12 comma 2 avrebbe ad oggetto «la personalità interna dello Stato»^[15], si è tuttavia sottolineato - allargando così l'ambito concettuale del bene tutelato - che per «integrità dello Stato democratico» si dovrebbe intendere «il pieno esercizio dei poteri sovrani, la conservazione del territorio (per ogni profilo in cui ciò si qualifica), la pertinenza degli associati alla comunità nazionale». La qualificazione dello Stato in senso democratico si collegherebbe, secondo questa dottrina, «agli organi e agli istituti che concorrono a definire la forma di Stato vigente, compresi i così detti “principi di regime” (sovranità popolare, principio di eguaglianza, libertà fondamentali, pertinenza dei poteri di governo e normativi ad organi della rappresentanza, sistema delle garanzie costituzionali e giurisdizionali)»^[16]. Da un ulteriore versante si è sostenuto, dopo aver giustamente ricordato che per la Corte costituzionale il segreto è posto a tutela dello Stato-comunità, che «l'espressione “integrità dello Stato democratico” assume (...) il significato di “conservazione del corpo sociale”, ove appunto, la collettività sociale oggetto della specifica protezione è costituita dal popolo in senso proprio, dai soggetti cioè che sono legati al potere sovrano da un particolare rapporto, nella specie qualificato in termini di democrazia»^[17]. Infine si è ritenuto che i fatti eversivi dell'ordine costituzionale, tendendo all'abbattimento del medesimo, sarebbero inconcepibili senza la violenza, e che nella giurisprudenza costituzionale (la sent. n. 19 del 1962) «l'ordine costituzionale viene indicato nella “preservazione delle strutture giuridiche della convivenza sociale instaurata mediante le leggi da ogni attentato volto a modificarle o a renderle inoperanti mediante l'uso o la minaccia illegale della forza”»^[18]: conseguentemente l'ordine costituzionale consisterebbe «nell'insieme dei principi fondamentali che nella carta costituzionale servono a definire la struttura e la natura dello Stato»^[19].

La esposta panoramica dei diversi significati che la dottrina ha ricavato dall'interpretazione dell'art. 12 comma 2 della legge n. 807 - ancorché probabilmente incompleta - è tuttavia sufficiente per ricavarne due importanti rilievi.

Il primo punto fermo è dato dalle convergenti conclusioni delle prime tre tesi: che il divieto del secondo comma vada ben oltre la mera tutela delle istituzioni poste dalla Costituzione a fondamento dello Stato democratico (prima tesi)^[20] può infatti anche essere espresso nel senso che il concetto di Stato democratico vada interpretato identificandolo con lo Stato-comunità, e quindi includendovi anche la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali (seconda e terza tesi).

Il secondo punto fermo è che l'oggetto del comma 2 dell'art. 12 cit. non è identificabile con l'oggetto del comma 1; e ciò per il semplice fatto che il concetto di «ordine costituzionale», sia nella giurisprudenza costituzionale che in dottrina, ha una portata notoriamente ben più comprensiva dei concetti di Stato democratico, di istituzioni costituzionali ecc. (v. la quarta tesi e la dottrina ivi richiamata).

3. L'apponibilità del segreto di Stato sul rapimento di Abu Omar e sui rapporti tra CIA e SISMI

L'occasione per meditare sul significato di «fatti eversivi dell'ordine costituzionale» è stato il ricorso per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato sollevato in data 14 febbraio 2007 dal Presidente del Consiglio dei ministri nei confronti della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano (reg. ric. n. 2 del 2007) e giudicato ammissibile con ord. n. 124 del 2007. In esso veniva, tra l'altro, contestata alla Procura di Milano - con riferimento sia all'attività di indagine svolta a carico dei funzionari del SISMI e della CIA, sia alla richiesta di rinvio a giudizio a carico dei medesimi (successivamente disposto dal GIP) - l'avvenuta utilizzazione di documenti sui quali sarebbe stato in precedenza

(asseritamente) opposto il segreto di Stato ai sensi dell'art. 256 c.p.p. e che comunque la Procura avrebbe dovuto ritenere coperti da tale segreto anche a prescindere dalla formale opposizione del medesimo[21].

Poiché il reato contestato agli imputati ai sensi degli artt. 110, 112 n. 1, 605 commi 1 e 2 c.p. consisteva nell'aver «privato della libertà personale, sequestrandolo, Nasr Osama Mustafa Hassan *alias* Abu Omar immobilizzandolo con la forza e con la forza facendolo salire su un furgone, così trasportandolo prima presso la base militare aeronautica di Aviano, sede del 31° FW (*Fighter Wing*) dell'Aviazione degli Stati Uniti d'America e successivamente in Egitto», e poiché il Presidente del Consiglio affermava di aver apposto il segreto di Stato se non sul fatto «sequestro di persona», quanto meno sulle relazioni intrattenute al riguardo dal SISMi con gli organi informativi di altri Stati [ancorché tali relazioni fossero «in qualche modo collegat(e) o collegabil(i) con il fatto storico meglio noto come “sequestro Abu Omar”»] [22], si poneva comunque il problema se, ai sensi dell'art. 12 comma 2 della legge n. 801 del 1977, fosse possibile opporre il segreto di Stato sugli eventuali rapporti di *intelligence* strettamente connessi al rapimento di Abu Omar.

A questo problema, nel conflitto dinanzi alla Corte, se ne aggiungeva un altro - però irrilevante in questa sede - e cioè se nel giudizio di merito fosse possibile, per il magistrato giudicante, valutare i fatti del rapimento di Abu Omar e irrogare le relative sanzioni ai singoli imputati prescindendo dalla conoscenza del contenuto degli accordi intercorsi tra la CIA e il SISMi [23] nella progettazione e nell'attuazione del fatto criminoso; e se quindi fosse legittima l'apposizione del segreto di Stato ancorché limitatamente ai rapporti CIA-SISMi.

Da un lato, ciò che induceva a porsi il problema dell'applicabilità alla specie dell'art. 12 comma 2 era la qualificazione («*extraordinary rendition*») comunemente data dalla stampa a quel fatto criminoso: non già una semplice *rendition* - si fa per dire! - avente la finalità di sottoporre Abu Omar al giudizio di una corte di giustizia di un altro Stato (come nel caso, anch'esso deprecabile dal punto di vista del diritto internazionale, del celebre rapimento in Argentina di Adolf Eichmann da parte del *Mossad* israeliano)[24], ma addirittura una «*extraordinary rendition*» intesa a “delocalizzare” le torture a cui Abu Omar sarebbe stato, se del caso, sottoposto in Egitto[25].

Dall'altro lato, la rilevanza nella specie dell'art. 12 comma 2 derivava da ciò, che il rapimento in questione configurava non solo una gravissima violazione della libertà personale di un cittadino straniero in Italia da parte di funzionari italiani e statunitensi (sequestro di persona: art. 605 c.p.), ma suscitava un'istintiva ripugnanza essendo tale «*extraordinary rendition*» finalizzata ad ottenere informazioni da Abu Omar sotto tortura. E la tortura - a cui Abu Omar è stato effettivamente sottoposto in Egitto - non solo è vietata per espressa disposizione costituzionale, ma «deve» essere «punita» (art. 13 comma 4 Cost.).

Inoltre il divieto di sottoporre una persona a tortura fa parte dello *jus cogens* a livello internazionale[26], costituendo l'oggetto della «*Convenzione internazionale contro la tortura e le altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti*» (New York, 10 dicembre 1984)[27], il cui art. 3 dispone che «Nessuno Stato espellerà, respingerà o estraderà una persona verso un altro Stato nel quale vi siano seri motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta alla tortura»[28].

4. La tutela dei diritti dell'uomo e l'individuazione dei «fatti eversivi dell'ordine costituzionale»

Di qui la tesi, in parte diversa dalle sopra ricordate impostazioni dottrinali, secondo la quale per «fatti eversivi dell'ordine costituzionale» devono intendersi non solo i delitti contro la personalità interna e internazionale dello Stato, ma anche le più gravi violazioni dei diritti umani.

Mi è infatti subito sembrato - nella disamina della dottrina che si era occupata della questione - a dir poco, stupefacente che dai nostri governanti, ad oltre duecento anni dalla *Déclaration de droits de*

l'homme del 1789, le violazioni dei diritti umani, soprattutto se effettuate con la violenza - come appunto il sequestro di una persona da parte di un funzionario del nostro stesso Stato (ma, come si vedrà, anche le violazioni dei diritti umani poste in essere col subdolo inganno[29]) - non fossero istintivamente considerati fatti eversivi dell'ordine costituzionale, quando proprio in conseguenza della *Déclaration* del 1789 si è invertito «il rapporto fra potere e libertà, facendo precedere la libertà rispetto al potere»[30].

Mi è altresì sembrato addirittura stupefacente che il c.d. «compromesso» raggiunto in sede di Assemblea costituente sull'«anteriorità» della persona rispetto allo Stato[31] o, detto diversamente, la «centralità» dei diritti individuali nell'esperienza giuridica[32] non svolgessero, nonostante le esplicite e ripetute affermazioni in tal senso della Corte costituzionale[33], alcuna conseguenza rilevante per l'individuazione dei fatti eversivi dell'ordine costituzionale.

Infine, mi è sembrato in contrasto con la premessa, diffusamente condivisa, che nelle democrazie pluralistiche i diritti costituzionali dell'individuo costituiscono «il fondamento, il pilastro portante, di tutto l'ordinamento giuridico e dello stesso Stato»[34], non dovesse discendere anche l'ovvia conseguenza che l'ordine costituzionale è pregiudicato anche da una singolo delitto avente ad oggetto tali diritti...

Detto questo a mo' di premessa, deve inoltre sottolinearsi che, in favore della tesi secondo la quale tra i «fatti eversivi dell'ordine costituzionale» devono includersi anche i delitti contro i diritti umani, giocano numerosi argomenti.

In primo luogo c'è l'esplicito riferimento, fatto dalla Corte costituzionale nella citata sent. n. 86 del 1977 (per l'appunto poco prima della menzione dei «fatti eversivi dell'ordine costituzionale»), al collegamento della disciplina del segreto di Stato con i valori dello Stato-comunità[35], e quindi l'implicito riferimento (anche) ai diritti individuali dei singoli cittadini da parte dell'ordine costituzionale.

In secondo luogo, è a tutti noto come l'«ordine costituzionale» normalmente identifichi i principi costituzionali «condizionanti» e «caratterizzanti» l'ordinamento giuridico, ancorché non lo fondino[36]; ed equivalga quindi al c.d. «ordine pubblico costituzionale»: equivalga cioè all'ordine costituzionale in senso normativo[37] che, com'è noto, impedisce la ricezione nel nostro ordinamento di principi e regole ad esso antitetici[38]. In questo senso merita di essere ricordato che il ricorso, da parte della Corte costituzionale, ai «principi supremi» è stato, in un primo momento, effettuato proprio allo scopo di evitare l'ingresso nel nostro ordinamento, per il tramite di leggi ordinarie d'esecuzione di accordi internazionali[39], di norme antitetiche al nostro ordine costituzionale.

In terzo luogo, l'ordine costituzionale, nel senso qui sostenuto, è - come già anticipato nella premessa - in linea con i caratteri distintivi dello «Stato costituzionale» a cui appartiene la nostra forma di Stato, la quale, in continuità assiologica con l'art. 16 della *Déclaration* del 1789, ritiene essenziale che, per aversi una costituzione, sia assicurata la garanzia dei diritti e determinata la separazione dei poteri, ma che, in aggiunta a ciò, prevede che tali garanzie siano giustiziabili e che i limiti legislativamente posti ai diritti della persona siano vagliati con particolare rigore[40].

Infine, in favore dell'interpretazione qui sostenuta viene in considerazione la nota dottrina dei «principi supremi» elaborata dalla Corte costituzionale, secondo la quale «La Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori

supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana» [41].

Il che sta appunto a significare che non le sole istituzioni repubblicane dovrebbero dirsi, per la Corte costituzionale, ineliminabili ex art. 139 Cost., ma anche quei diritti che, nella sua giurisprudenza, essa è venuta via via includendo in tale novero.

5. Il § 93.2 (“segreti illegali”) del codice penale tedesco

Un’importante conferma dell’interpretazione qui seguita ci viene dalla Germania[42]. Analogamente a quanto qui sostenuto, nell’interpretazione del § 93.2 (“segreti illegali”) del codice penale tedesco, secondo il quale «Non costituiscono segreti di Stato i fatti che trasgrediscono l’ordine fondamentale liberaldemocratico (*freiheitliche demokratische Grundordnung*)...», giurisprudenza e dottrina tedesche rilevano, nella scia della risalente (ma tuttora attuale) *SRP-Urteil* del Tribunale costituzionale federale tedesco[43], che l’ordine fondamentale (*Grundordnung*) liberaldemocratico di cui all’art. 21 comma 2 GG (per l’appunto concettualmente più ristretto dell’ordinamento costituzionale: § 92 n. 3) è trasgredito da tutti quei fatti che violino «i diritti dell’uomo così come concretizzati nella Legge fondamentale, la sovranità popolare, la separazione dei poteri, la responsabilità governativa, la legalità amministrativa, l’indipendenza dei giudici, il principio di maggioranza e la possibilità per tutti i partiti politici di costituire ed esercitare un’opposizione»[44].

Di qui la conseguenza che il segreto di Stato eventualmente apposto su tali fatti eversivi dell’ordine fondamentale liberaldemocratico è, in Germania, nullo ed inefficace, posto che - come ha successivamente sottolineato la Corte suprema federale in materia penale nella *Pätsch-Urteil* dell’8 novembre 1965 [45] - «Tutto l’agire politico è sottomesso alla idea superiore del diritto e da questa limitato; e dunque il diritto non è strumento di potere. Solo questa differenza di rango(*Rangverhältnis*)corrisponde al concetto di Stato di diritto, quale è stato costituito dalla Legge fondamentale della Repubblica federale di Germania. La salvaguardia di questo supremo diritto e di questi supremi valori costituzionali deve avere quindi la precedenza in qualsivoglia decisione politica».

In conclusione, il concetto di «fatti eversivi dell’ordine costituzionale» non identifica specifiche fattispecie criminose nominativamente individuate[46]. Anzi, si può tranquillamente affermare che non è così perché...così non potrebbe mai essere.

Infatti, quando la Corte costituzionale fece, per prima, riferimento, nella sent. n. 86 del 1977, ai «fatti eversivi dell’ordine costituzionale», non esisteva alcuna fattispecie criminosa che fosse così identificata. Né una siffatta (pretesa) lacuna potrebbe (o avrebbe potuto) essere colmata dal successivo legislatore, perché il suo intervento non sarebbe mai conclusivo. Il concetto di fatti eversivi dell’ordine costituzionale, sia nell’art. 12 comma 2 della legge n. 801 del 1977 sia nell’art. 39 comma 11 della legge n. 124 del 2007, non individua infatti una specifica fattispecie criminosa (e quindi è davvero un fuor di luogo individuare *ex ante* le fattispecie delittuose cui esso è applicabile)[47]. Invece esso persegue lo scopo, ben diverso, di «qualificare» le più varie e disparate fattispecie di reato che, in sede interpretativa, siano ritenute suscettibili di pregiudicare i «principi supremi» del nostro ordinamento costituzionale, quali si andranno evolvendo nella giurisprudenza costituzionale in una con la mutata sensibilità dei consociati.

6. Fatti eversivi dell’ordine costituzionale e principi supremi dell’ordinamento

Seguendo un’impostazione diversa da quella qui seguita, si è eccepita l’insuperabile incostituzionalità dell’art. 17 comma 3 della legge n. 124 là dove implicitamente consentirebbe «condotte lesive di beni costituzionalmente rilevanti, che la Costituzione tutela prevedendo non soltanto una riserva di legge, ma anche una riserva di giurisdizione per le misure limitative degli stessi»[48].

Con il che tale dottrina evidentemente allude alla libertà domiciliare (art. 14 Cost.) e alla libertà di comunicare “riservatamente” (art. 15 Cost.), i quali non costituiscono oggetto di espressa tutela da parte del citato art. 17 comma 3 della legge n. 124, diversamente dalla libertà personale (art. 13 Cost.) e dal diritto alla vita (art. 2 Cost.), entrambi oggetto di espressa tutela da parte del precedente art. 17 comma 2[49].

Questa obiezione, di per sé assai seria, viene però meno qualora si acceda all’interpretazione della nozione di fatti eversivi dell’ordine costituzionale in precedenza prospettata. La quale, se vale ad escludere dai fatti segretabili i delitti contro la libertà personale (qualificata principio supremo dalla sent. n. 238 del 1996) e il diritto alla vita (qualificato principio supremo dalla sent. n. 35 del 1997), vale altresì ad escludere dai fatti segretabili anche i delitti a danno della libertà domiciliare (art. 14 Cost.) e della libertà di comunicare «riservatamente» (art. 15 Cost.).

Si legge infatti nella sent. n. 81 del 1993, a proposito di quest’ultima, che «a partire dalla sentenza n. 34 del 1973, è costante affermazione di questa Corte che "la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altro mezzo di comunicazione costituiscono un diritto dell'individuo rientrante tra i valori supremi costituzionali, tanto da essere espressamente qualificato dall'art. 15 della Costituzione come diritto inviolabile" (v., da ultimo, sent. n. 366 del 1991). *Come la stessa Corte ha ribadito di recente (v. sent. n. 10 del 1993), la stretta attinenza della libertà e della segretezza della comunicazione al nucleo essenziale dei valori della personalità - attinenza che induce a qualificare il corrispondente diritto "come parte necessaria di quello spazio vitale che circonda la persona e senza il quale questa non può esistere e svilupparsi in armonia con i postulati della dignità umana"* (v. sent. n. 366 del 1991) - comporta un particolare vincolo interpretativo, diretto a conferire a quella libertà, per quanto possibile, un significato espansivo».

Con il che può ben dirsi che la Corte costituzionale, con le parole qui riportate in corsivo, non si è limitata ad includere nel novero dei principi supremi la libertà di comunicare “riservatamente” (v. esplicitamente, in tal senso, già la sent. n. 366 del 1991)[50], ma ha esteso tale tutela anche alla libertà di domicilio, per la quale è ricorrente, in dottrina, una lettura congiunta di tali tre libertà, le più intimamente connesse all’individualità umana [51].

7. Irrilevanza della mancata previsione, nell’art. 17 comma 3 della legge n. 124 del 2007, dei delitti previsti dagli artt. 614 ss. e 616 ss. c.p. come ostativa dell’inapplicabilità delle garanzie funzionali alle violazioni della libertà domiciliare e della libertà di comunicare «riservatamente»

Si potrebbe però obiettare che mentre l’art. 17 comma 2 della legge n. 124 esplicitamente esclude la speciale causa di giustificazione con riferimento ai reati diretti a mettere in pericolo o a ledere la libertà fisica e morale della persona, altrettanto non viene previsto con riguardo ai reati previsti dagli artt. 614 ss., 616 ss. c.p.

L’obiezione non convince. Una cosa infatti è che il legislatore abbia escluso le garanzie funzionali per i «delitti diretti a mettere in pericolo o a ledere la vita, l’integrità fisica, la personalità individuale, la libertà personale, la libertà morale, la salute o l’incolumità di una o più persone», forse proprio perché i parlamentari avevano ben presente il rapimento di Abu Omar (ne danno atto i lavori preparatori), altra cosa è che le fattispecie rientranti nei fatti eversivi, perché possano dirsi vietate, debbano necessariamente essere escluse dai reati a cui si applicano le garanzie funzionali (come fa l’art. 17 comma 2 con riferimento alla libertà personale e al diritto alla vita, e come fa l’art. 17 comma 3 con riferimento all’attentato contro gli organi costituzionali e contro i diritti politici del cittadino).

Vera che fosse questa seconda tesi - secondo la quale le condotte finalizzate al compimento di fatti eversivi, per essere vietate, dovrebbero essere espressamente previste nell’art. 17 commi 2 e 3 della legge n. 124 -, si dovrebbe allora inammissibilmente sostenere, ad esempio, che sarebbero autorizzabili dal Presidente del Consiglio (o chi per lui), ex art. 18 della legge n. 124 del 2007, i reati di attentato

contro la Costituzione dello Stato (art. 283 c.p.) e di insurrezione armata contro i poteri dello Stato (art. 284 c.p.), ancorché tali previsioni criminose costituiscano sicuramente fatti eversivi dell'ordine costituzionale; e ciò per il solo fatto che né l'uno né l'altro reato sono inclusi nell'elenco dell'art. 17 comma 3.

L'assoluta inattendibilità di tale ipotesi revoca quindi in dubbio la stessa premessa da cui muove la tesi in esame e induce a mantenere ferma la conclusione, secondo la quale *quanto meno* i diritti costituzionali attinenti al «nucleo essenziale dei valori della personalità» fanno parte, in quanto principi supremi, dell'«ordine costituzionale»; e quindi eventuali loro restrizioni possono avvenire - per espressa e (sotto questo profilo) inderogabile previsione costituzionale - solo in conformità con le garanzie giurisdizionali previste in Costituzione, pur con gli eventuali «adattamenti» legislativi atti a salvaguardare l'efficacia delle operazioni di *intelligence* [52].

Comunque sia, tanto che la nozione di fatto eversivo dell'ordine costituzionale sia ristretta alla tutela dello Stato democratico e delle sue istituzioni costituzionali, quanto che essa venga estesa alla tutela della sola libertà personale o anche degli altri diritti costituzionali rientranti nello stretto novero dei principi supremi del nostro ordinamento, resta ferma la conseguenza, d'ordine processuale, che ne discende.

I fatti eversivi dell'ordine costituzionale non possono, né devono «mai essere sottratti alla cognizione del giudice e non possono mai ostacolare l'acquisizione della prova nel processo penale». E quindi, se su di essi non può essere apposto «un qualsiasi vincolo di segretezza che possa celarle», la conseguenza che ne discende è che la notizia che ad essi si riferisce non gode della tutela speciale del segreto di Stato legittimamente apposti.

Pertanto l'autorità giudiziaria procedente potrà, adeguatamente motivando, «acquisire *manu militari* il documento ovvero disporre che il teste deponga senza avviare la procedura di interpello al Presidente del Consiglio»[53], limitandosi a comunicare al medesimo il provvedimento di rigetto dell'eccezione di segretezza[54].

(6 marzo 2009)

[1] Art. 17 comma 6: «La speciale causa di giustificazione si applica quando le condotte:

a) sono poste in essere nell'esercizio o a causa di compiti istituzionali dei servizi di informazione per la sicurezza, in attuazione di un'operazione autorizzata e documentata ai sensi dell'articolo 18 e secondo le norme organizzative del Sistema di informazione per la sicurezza;

b) sono indispensabili e proporzionate al conseguimento degli obiettivi dell'operazione non altrimenti perseguibili;

c) sono frutto di una obiettiva e compiuta comparazione degli interessi pubblici e privati coinvolti;

d) sono effettuate in modo tale da comportare il minor danno possibile per gli interessi lesi».

[2] ...«anche internazionale». In tal senso v. **G. Salvi**, *Interpretazione estensiva della fattispecie*, in *Guida del diritto*, n. 40, 13 ottobre 2007, 73.

[3] ...che punisce i reati di devastazione, saccheggio e strage commessi allo scopo di attentare alla sicurezza dello Stato.

[4] ...che punisce il reato di associazione di tipo mafioso.

[5] ...che punisce il reato di scambio elettorale politico-mafioso.

[6] ...che punisce il reato di strage.

[7] Una delle principali statuizioni - se non addirittura la più importante - su cui la Corte costituzionale fondò, nella sentenza n. 86 del 1977, la dichiarazione d'incostituzionalità degli artt. 342 e 352 c.p.p. è infatti che gli interessi istituzionali che giustificano l'apposizione del segreto di Stato «devono attenersi allo Stato-comunità e, di conseguenza, rimangono nettamente distinti da quelli del Governo e dei partiti che lo sorreggono». E quindi «solo nei casi nei quali si tratta di agire per la salvaguardia di questi supremi, imprescindibili interessi dello Stato (...) può trovare legittimazione il segreto in quanto mezzo o strumento necessario per raggiungere il fine della sicurezza».

[8] Atti Cam., V leg., doc. n. 3, presentato il 5 giugno 1968: «Non possono costituire oggetto di segreto di Stato notizie, atti o attività che siano in contrasto con l'interesse pubblico o con un retto funzionamento dell'ordinamento giuridico o volte ad un turbamento delle istituzioni democratiche».

[9] **C. Bonzano**, voce *Segreto*, XI) *Tutela processuale del segreto di Stato*, in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, Ist. Enc. it., Roma, 2001, 6.

[10] **V. Manzini**, *Diritto penale italiano*, vol. IV, Utet, Torino, 1950, 235, che citava, a conforto della sua tesi, l'inapplicabilità del segreto di Stato agli «assassinii compiuti dal tenente Livraghi in Eritrea». V. nello stesso senso **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, 232 s., secondo il quale «non possono, comunque, mai essere coperte dalla tutela del segreto, di Stato o d'ufficio, notizie relative a situazioni o ad attività che siano in contrasto con l'interesse dello Stato alla propria esistenza, indipendenza, sicurezza e che siano dirette all'eversione delle istituzioni democratiche: in questo modo il segreto servirebbe a fini antitetici a quelli per i quali è previsto e garantito dall'ordinamento giuridico». Tale a ribadire questo giusto rilievo in un commento alla legge n. 801 del 1977, in **Id.**, *Nozione e disciplina del segreto di Stato*, in **AA.VV.**, *Segreto di Stato e Servizi per le informazioni e la sicurezza*, Veschi, Roma, 1978, 54. Nello stesso senso v. anche **P. Pisa**, *Il segreto di Stato. Profili penali*, Giuffrè, Milano, 1977, con riferimento al segreto inficiato da illegittimità aventi un riferimento diretto in Costituzione (213 ss.; diversamente il segreto illegale non avente un riferimento diretto in Costituzione: 114 ss.).

[11] Osservò infatti **V. Grevi**, *Segreto di Stato e processo penale: evoluzione normativa e questioni ancora aperte*, cit., 77 che la precisazione del secondo comma, pur essendo «significativa», sarebbe, «a rigore, pleonastica dal momento che fatti del genere non potrebbero assolutamente rientrare nell'area "protetta" dal primo comma dello stesso art. 12». Nello stesso senso v. anche **G. Paolozzi**, *La tutela processuale del segreto di Stato*, Giuffrè, Milano, 1983, 300 e **S. Labriola**, voce *Segreto di Stato*, in *Enc. dir.*, vol. XLI, Giuffrè, Milano, 1989, p. 1031.

[12] Così l'allora Ministro degli interni on. Cossiga, in Atti Sen., VII leg., Comm. Affari costituzionali, 12 ottobre 1977, 39 (cit. da **V. Grevi**, *Segreto di Stato e processo penale: evoluzione normativa e questioni ancora aperte*, in **M. Chiavario** (cur.), *Segreto di Stato e giustizia penale*, Zanichelli, Bologna, 1978, 77 nota 141, ed ivi ulteriori richiami ai lavori preparatori).

[13] Così **P. Pisa**, voce *Segreti di Stato (diritto penale)* in *Noviss. Dig. it.*, Appendice, Utet, Torino, 1987, 30. Nello stesso senso **Id.**, *Dal segreto politico-militare al segreto di Stato*, in **AA.VV.**, *Segreti e*

prova penale, Atti del convegno organizzato dal Centro Nazionale di prevenzione e difesa penale, Giuffrè, Milano, 1979, 56.

[14] **P. Pisa**, *Il segreto di Stato. Profili penali*, cit., 236 ss.

[15] Così **S. Labriola**, voce *Segreto di Stato*, in *Enc. dir.*, vol. XLI, Giuffrè, Milano, 1989, p. 1031.

[16] Così ancora **S. Labriola**, voce *Segreto di Stato*, cit., 1030:

[17] In questo senso **G. Paolozzi**, *La tutela processuale del segreto di Stato*, cit., 290, che si ricollega, sul punto, a **G. de Vergottini**, *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1971, 50 s.

[18] Così **R. Minna**, *Giudice penale e servizi segreti. Brevi note sullo stato della questione*, in *Questione giustizia*, n. 4, 1985, 799 ss., seguito sul punto da **F. Clementi** e **A. Musco**, *Il segreto di Stato*, supplemento a *Dem e dir.*, nn. 5-6, 1990, p. 31.

[19] Così ancora **R. Minna**, *Giudice penale e servizi segreti*, cit., 800, che cita in proposito **E. Gallo -E. Musco**, *I delitti contro l'ordine costituzionale*, Patron, Bologna, 1984, 42, e che, con riferimento al concetto di ordine costituzionale, cita **C. Lavagna**, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Dem. dir.*, 1967, 359; **L. Paladin**, voce *Ordine pubblico*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XII, Utet, Torino, 1965, 130 ss.; **G. Corso**, voce *Ordine pubblico (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Giuffrè, Milano, 1980, 1057; **C. Fiore**, voce *Ordine pubblico (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, cit., 1092; **P.L. Vigna**, *La finalità di terrorismo ed eversione*, Giuffrè, Milano, 1981, 31 ss.

[20] Più di recente **P. Pisa**, insieme con **A. Peccioli**, in un commento a *La nuova tutela penale del segreto di Stato: profili sostanziali e processuali*, in questa *Rivista*, n. 1/2008, 20, ha però sostenuto che «sarebbe stato forse preferibile limitare l'esclusione solo alla prima delle due categorie [e cioè ai delitti di terrorismo] in modo da garantire un coordinamento della disciplina del segreto di Stato con la recente riforma del 2005» (e cioè il d.l. 27 luglio 2005, n. 144 contenente *Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale*). Il che mi rende perplesso sull'esattezza dell'idea, che mi ero fatta leggendo i precedenti scritti di P. Pisa, dai quali sembrava che egli propendesse per un tesi che non identificasse i fatti eversivi dell'ordine costituzionale con i fatti eversivi delle strutture istituzionali dell'ordinamento democratico.

[21] Corte cost., ord. n. 124 del 2007 in *Giur. cost.*, 2007, 1186 ss. V. anche l'ord. n. 125 del 2007, *ivi*, 2007, 1190 ss. relativa ad analogo conflitto sollevato dal Presidente del Consiglio (Prodi) contro il g.u.p. del Tribunale di Milano (reg. ric. n. 3 del 2007) per aver disposto il rinvio a giudizio degli imputati Pollari + 30. Su tali ricorsi, nonché sui ricorsi reciprocamente prospettati dalla Procura di Milano (reg. ric. n. 6 del 2007) dichiarato ammissibile con l'ord. n. 337 del 2007 e dal g.u.p. di Milano (reg. ric. n. 7 del 2008) dichiarato inammissibile con l'ord. n. 338 del 2007, v. **M. Perini**, *Segreto di Stato, avanti con leggerezza: due ordinanze, quattro ricorsi e un probabile assente, il conflitto tra poteri*, *ivi* 2007, 2311 ss. e di **A. Russo**, *I "metodi" antiterrorismo al vaglio della Corte costituzionale, brevi riflessioni sull'ordinanza n. 337 del 2007 e sulla riforma del segreto di Stato*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it e www.consultaonline.it

A questi tre ricorsi se ne aggiungeranno altri due nel 2008: uno del Presidente del Consiglio contro il giudice monocratico del Tribunale di Milano, sez. IV (reg. ric. n. 14 del 2008), e uno del giudice monocratico contro il Presidente del Consiglio (reg. n. 20 del 2008), a cui si accennerà in chiusura della nota successiva.

[22] Va infatti ricordato che mentre in un primo momento (note dell'11 novembre 2005 del Presidente Berlusconi, del 26 luglio 2006 del Presidente Prodi, del 5 giugno 2007 del portavoce del Presidente Prodi) il Presidente del Consiglio aveva sempre affermato che sul fatto «rapimento di Abu Omar» non era mai stato apposto alcun segreto di Stato, il Presidente Berlusconi, con circolare n. 6000.1/42025/GAB del 15 novembre 2008, indirizzata al Ministro dell'Interno, al Ministro della difesa, al Direttore generale del Dipartimento delle Informazioni per la Sicurezza, al direttore dell'Agenzia Informazioni e Sicurezza Esterna e al Direttore dell'Agenzia Informazioni e Sicurezza Interna, avente ad oggetto: *Divieto di riferire su fatti coperti da segreto di Stato incombente ai pubblici ufficiali, pubblici impiegati ed incaricati di pubblici servizi ai sensi e per gli effetti degli artt. 39 legge 3.8.2007 n. 124, 202 c.p.p. e art. 44, 2° comma, DPCM 1.8.2008 n. 1*, così disponeva:

«Ai sensi e per gli effetti della normativa citata in oggetto rammento alle SS.LL. che, in relazione al sequestro Abu Omar, dapprima il Presidente del Consiglio dei Ministri p.t. Silvio Berlusconi, con nota 11.11.2005 indirizzata al Procuratore della Repubblica di Milano, poi il Presidente del Consiglio succedutogli Romano Prodi, con nota 26.7.2006 pure indirizzata allo stesso Procuratore e con note 18.11.2006, 26.1.2007 e n. USG/2SP/696/50/347 del 2.10.2007 indirizzate al Procuratore della Repubblica di Brescia, hanno affermato con assoluta chiarezza che sul fatto del sequestro di Abu Omar non esisteva alcun segreto di Stato ma che rimaneva, invece, coperto da segreto di Stato ogni e qualsiasi rapporto fra servizi italiani e servizi stranieri nel quadro della tutela della relazioni internazionali. Prescrizione, questa, quanto mai attuale in fase di recrudescenza del terrorismo internazionale.

«In particolare nella nota da ultimo citata il Presidente Prodi testualmente così si esprimeva: “*Peraltro, in un contesto più ampio – ma afferente a detto fatto storico – e generale riguardante la politica degli alleati contro il terrorismo internazionale e la questione delle cd renditions, sussiste il dovere di salvaguardare, la riservatezza di documenti e cose coperti da segreto di Stato, particolarmente di atti e rapporti con organi informativi di altri Stati*”.

«Tale ultima prescrizione va confermata e ribadita con conseguente dovere per i pubblici dipendenti in oggetto di opporre il segreto di Stato in relazione a qualsiasi rapporto fra i servizi italiani e stranieri ancorché in qualche modo collegato o collegabile con il fatto storico meglio noto come “sequestro Abu Omar”. (Sottolineature mie).

Vorranno le SS.LL. adottare le opportune iniziative di competenza affinché quanto sopra sia portato a conoscenza del personale interessato con l'urgenza che il caso richiede».

F.to Silvio Berlusconi

Merita di essere sottolineato che con questa circolare il Presidente del Consiglio Berlusconi ha ribadito nei confronti delle competenti amministrazioni quanto già dal medesimo Presidente del Consiglio era stato comunicato al giudice dott. Oscar Magi, magistrato della sezione IV del Tribunale di Milano, giudicante del processo per il rapimento di Abu Omar, in due note del 6 ottobre 2008. In tali due note il Presidente del Consiglio aveva confermato il segreto di Stato opposto da due testimoni, conseguentemente precludendo l'esame dei medesimi anche con riferimenti a profili attinenti al rapimento. Le note hanno costituito l'oggetto di un ulteriore conflitto di attribuzioni tra poteri (reg. ric. n. 20 del 2008) sollevato per l'appunto dal dott. Magi.

[23] In quanto ciò avrebbe reso impossibile al giudicante di determinare la gravità del reato (art. 133 c.p.) e le relative aggravanti. Inoltre avrebbe surrettiziamente introdotto delle cause soggettive di impunità legislativamente non previste.

[24] Cfr. **V. Fanchiotti**, *Sequestri, servizi, segreti. Il caso Abu Omar e le sue anomalie*, in *Questione giustizia*, n. 2, 2008, p. 9 s.

[25] **V. Fanchiotti**, *Sequestri*, cit., p. 8 ss. parla appunto di delocalizzazione della tortura. Per ulteriori indicazioni sulle *extraordinary renditions* in lingua italiana v. **J-C. Paye**, *Un sistema globale di non diritto*, in *Behemot*, n. 40, 2006, 17 ss.; **Amnesty International**, *Voli segreti* con prefazione di A. Spataro, Ega, Torino, 2006; **G. Salvi**, *Ciò che non dobbiamo imparare dall'America*, in *Limes*, 2007, n. 1, 71 ss.; **C. Fava**, *Quei bravi ragazzi*, Sperling & Kupfer, Milano, 2007.

[26] **C. Tomuschat**, *Human Rights Between Idealism and Realism*, Oxford Univ. Press, Oxford-New York, 2004, 32, che include questa Convenzione, insieme con quella sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, nell' «inner circle of human rights instruments. Together with the two Covenants, the conventions form the core element of the legal tool kit for the protection of human rights at world level».

[27] Entrata in vigore internazionale: 26 giugno 1987. Firmata dall'Italia il 4 febbraio 1985 e ratificata il 12 gennaio 1989 in seguito ad autorizzazione disposta con legge 3 novembre 1988, n. 498. Sul punto v. **G. Conso** e **A. Saccucci**, *Codice dei diritti umani*, Cedam, Padova, 2001, 311.

[28] I fatti contestati nel processo di Milano per il rapimento di Abu Omar risultano altresì spressamente vietati dagli artt. 3, 4, 5 e 9 della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* (ONU, 1948), dall'artt. 7 e 9 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici* (ONU, 1966); dagli artt. 3 e 5 della *Convenzione europea per la salvaguardia, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*[28] e dagli artt. 4 e 6 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*.

Vanno inoltre ricordate, al riguardo, la risoluzione del Parlamento europeo del 14 febbraio 2007 relativa al «presunto uso dei Paesi europei da parte della CIA per il trasporto e la detenzione illegali di prigionieri» (2006/2200 INI); il rapporto n. 10957 (in lingua italiana) del sen. Dick Marty (Presidente della Commissione Affari Legali e Diritti Umani del Consiglio d'Europa), approvato dal Consiglio d'Europa il 12 giugno 2006, concernente «Le detenzioni segrete ed il trasferimento illegale di detenuti con il coinvolgimento di Stati membri del Consiglio d'Europa»; la risoluzione n. 1507, approvata dal Consiglio d'Europa, il 27 giugno 2006 a seguito del Rapporto del medesimo sen. Dick Marty di cui al punto precedente; la raccomandazione n. 1754, pure approvata dal Consiglio d'Europa, il 27 giugno 2006 a seguito del Rapporto del sen. Dick Marty; la risoluzione n. 1551, approvata dal Consiglio d'Europa, il 19 luglio 2007, concernente anche l'uso del *Segreto di Stato*; il secondo Rapporto (n. 11302) del sen. Dick Marty, approvato dal Consiglio d'Europa il 27 luglio 2007, concernente «Le detenzioni segrete ed il trasferimento illegale di detenuti con il coinvolgimento di Stati membri del Consiglio d'Europa»; la raccomandazione n. 1801 su «Le detenzioni segrete ed il trasferimento illegale di detenuti con il coinvolgimento di Stati membri del Consiglio d'Europa», approvata dal Consiglio d'Europa, il 27 luglio 2007 a seguito del secondo Rapporto Marty; la risoluzione n. 1562, concernente «Le detenzioni segrete ed il trasferimento illegale di detenuti con il coinvolgimento di Stati membri del Consiglio d'Europa», approvata dal Consiglio d'Europa, il 27 luglio 2007 a seguito del Secondo Rapporto Marty e la «Risoluzione sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione Europea 2004-2008» approvata dal Parlamento europeo il 14 gennaio 2009.

[29] V. *infra* il n. 6.

[30] Così **N. Bobbio**, *La rivoluzione francese e i diritti dell'uomo*, in **Id.**, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1997, 115. Sull'attualità dei principi della *Déclaration* v. anche **L. Carlassare**, *La «dichiarazione dei diritti» del 1789 e il suo valore attuale*, in **Id.** (cur.), *Principi dell'89 e Costituzione democratica*, Cedam, Padova, 1991, 3 ss.

[31] Sul punto v. **P. Ridola**, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in **R. Nania e P. Ridola** (cur.), *I diritti costituzionale*, II ed., vol. I, Giappichelli, Torino, 2006, 127 s.

[32] **A. Pace**, *Problematica delle libertà costituzionali*, III ed., Cedam, Padova, 2003, 4 ss.

[33] V. , tra le molte, le sentenze nn. 11 del 1956, 252 del 1983, 356 del 1991, 81 del 1993, 293 del 1996, 35 del 1997, 167 del 1999

[34] **A. Baldassarre**, *I diritti fondamentali nello Stato costituzionale*, negli *Scritti in onore di Alberto Predieri*, tomo I, Giuffrè, Milano, 1996, 63 ss. Tra i molti, nello stesso senso v. **E. Cheli**, *I fondamenti dello "Stato costituzionale"*, relazione al Convegno su «*Lo Stato costituzionale. I fondamenti e la tutela*», organizzato dall'Istituto dell'Enciclopedia Italiana; **A. Ruggeri** e **A. Spadaro**, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, IV ed., Giappichelli, Torino, 2009, 8; **M. Luciani**, *Corte costituzionale e unità nel nome dei valori*, in **AA.VV.**, *La giustizia costituzionale ad una svolta*. Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990 (a cura di R. Romboli), Giappichelli, Torino, 1991, 173; importanti precisazioni successive dello stesso a. sono in **Id.**, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1658 ss. Per la tesi che i diritti fondamentali costituirebbero il criterio di misura della giuridicità, v. **N. Lipari**, *Diritti fondamentali e categorie civilistiche*, in **AA.VV.**, *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali* (a cura di L. Lanfranchi), Ist. Enc. italiana, Roma, 1997, 330 ss., 344 ss.

Sulla artificiosità della separazione delle considerazioni e dei problemi attinenti all'aspetto strutturale dello Stato di diritto (la nomodinamica) dalle considerazioni e dai problemi relativi alle sue caratteristiche di contenuto, ossia i problemi attinenti alla dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto v. **B. Celano**, *Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, in www.dirittoquestionipubbliche.org

[35] Corte cost., sent. n. 86 del 1977, cons. in dir. n. 5: «...In tal modo si caratterizza sicuramente la natura di questi interessi istituzionali, i quali devono attenere allo Stato-comunità e, di conseguenza, rimangono nettamente distinti da quelli del Governo e dei partiti che lo sorreggono. // È solo nei casi nei quali si tratta di agire per la salvaguardia di questi supremi, imprescindibili interessi dello Stato che può trovare legittimazione il segreto in quanto mezzo o strumento necessario per raggiungere il fine della sicurezza. Mai il segreto potrebbe essere allegato per impedire l'accertamento di fatti eversivi dell'ordine costituzionale». Si ricollega a questo passaggio della sentenza della Corte anche **G. Paolozzi**, *La tutela processuale del segreto di Stato*, cit., 290.

[36] **V. Crisafulli**, *La continuità dello Stato*, in *Riv. dir. internaz.*, 1964, 386 ss., 405 s. (ora in **Id.**, *Stato, popolo, governo*, Giuffrè, Milano, 1986, 3 ss., 35 ss.). Applicazioni di questo esatto principio sono nel mio *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, II ed., Cedam, Padova, 2002, dove, a più riprese (ma spec. 100 ss.), parlo per l'appunto, di «ordine costituzionale» per distinguerlo dall'«ordinamento giuridico», e per evitare l'errore (nel quale sono caduti studiosi anche insigni) di identificare il fatto costitutivo della nascita (e della morte) della costituzione con il fatto costitutivo della nascita (e della morte) dell'ordinamento giuridico, e di ritenere quindi che le modifiche costituzionali spieghino effetti determinanti sulla continuità dello Stato.

[37] Si ricordi che la Corte costituzionale, nella sent. n. 168 del 1971, ebbe ad affermare che «la locuzione "ordine pubblico" ricorrente in leggi anteriori al gennaio 1948 debba intendersi come ordine pubblico costituzionale che deve essere assicurato appunto per consentire a tutti il godimento effettivo dei diritti inviolabili dell'uomo», rinviando sul punto alla sent. n. 19 del 1962; e tale sentenza così si esprimeva: «L'esigenza dell'ordine pubblico, per quanto altrimenti ispirata rispetto agli ordinamenti autoritari, non è affatto estranea agli ordinamenti democratici e legalitari, né è incompatibile con essi. In particolare, al regime democratico e legalitario, consacrato nella Costituzione vigente, e basato sull'appartenenza della sovranità al popolo (art. 1), sull'eguaglianza dei cittadini (art. 3) e sull'impero della legge (artt. 54, 76-79, 97-98, 101, ecc.), è connaturale un sistema giuridico, in cui gli obbiettivi

consentiti ai consociati e alle formazioni sociali non possono esser realizzati se non con gli strumenti e attraverso i procedimenti previsti dalle leggi, e non è dato per contro pretendere di introdurvi modificazioni o deroghe attraverso forme di coazione o addirittura di violenza. Tale sistema rappresenta l'ordine istituzionale del regime vigente; e appunto in esso va identificato l'ordine pubblico del regime stesso. // Non potendo dubitarsi che, così inteso, l'ordine pubblico è un bene inerente al vigente sistema costituzionale, non può del pari dubitarsi che il mantenimento di esso - nel senso di preservazione delle strutture giuridiche della convivenza sociale, instaurate mediante le leggi, da ogni attentato a modificarle o a renderle inoperanti mediante l'uso o la minaccia illegale della forza - sia finalità immanente del sistema costituzionale».

Le critiche allora rivolte in dottrina a tale decisione consistevano in ciò, che la Corte, così argomentando, confondeva il concetto (“materiale”) di ordine e di sicurezza pubblica di cui all’art. 650 c.p. con un concetto di ordine pubblico “normativo” (appunto quello di cui si parla qui nel testo). V. infatti, in tal senso, **A. Pace**, *Ordine pubblico, ordine pubblico costituzionale, ordine pubblico secondo la Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1971, 1780. Sulla necessità di tener distinto il concetto di ordine pubblico in ambito penalistico (concetto normativo) e in ambito amministrativistico (materiale) v. più di recente **M. Manetti** in **A. Pace** e **M. Manetti**, *Art. 21*, in *Commentario della Costituzione* a cura di Gius. Branca e A. Pizzorusso, Zanichelli-Foro it., Bologna-Roma, 2006, p. 249 ss.; **A. Pace**, *Libertà individuali e qualità della vita*, Ed. scientifica, Napoli, 2008, p. 80.

[38] In questo senso v., tra le altre, le famose sentenze della Corte costituzionale nn. 98 del 1965 (con riferimento alla normativa comunitaria) e 30 del 1971 (con riferimento al Concordato del 1929). In questo senso è appunto il rilievo di **S. Labriola**, *Le informazioni per la sicurezza dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1978, 90 s., secondo il quale tale nozione sarebbe stata «assunta dal *genus* dell’ordine pubblico, alla elaborazione del quale è dunque lecito rifarsi nella ricostruzione del concetto di ordine costituzionale». Detto questo, l’a. aggiunge però che tale concetto andrebbe «evidentemente inteso come comprensivo di principi, norme ed istituti in virtù dei quali viene assicurato il normale svolgimento delle funzioni degli organi costituzionali e di ogni altra funzione di diritto pubblico prevista e disciplinata dalle norme costituzionali», con il che resterebbero del tutto fuori i principi costituzionali posti a tutela della persona.

Ricollegano il concetto di ordine costituzionale al concetto di ordine pubblico anche **E. Gallo** e **E. Musco**, *Delitti contro l’ordine costituzionale*, cit., 42; **R. Minna**, *Giudice penale e servizi segreti*, cit., 800 (v. *supra* la nota 19), richiamandosi alla citata sent. n. 19 del 1962, ma senza distinguere tra ordine normativo e ordine materiale, come avvertito nella nota precedente.

[39] In questo senso v. già il mio *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., 51 ed ivi il richiamo alle decisioni di questa prima fase della dottrina dei principi supremi, tra cui le sentenze nn. 30 del 1971, 195 del 1972, 1 del 1977, 18 del 1982 (relative ai patti lateranensi) e le sentenze nn. 98 del 1965, 183 del 1973, 170 del 1984 (relative alle leggi di esecuzione dei trattati di Roma).

[40] Costituisce una acquisizione generale che lo Stato costituzionale di diritto sia «connotato da principi fondamentali di dignità, di libertà, di eguaglianza, di separazione dei poteri, di legalità, cui venga riconosciuta la portata di un diritto più alto della legge». Da ultimo, in tal senso, v. **C. Pinelli**, *Forme di Stato e forme di governo*, Jovene, Napoli, 2006, 119 ss. Il merito maggiore per la costruzione del concetto di Stato costituzionale è di **C. Friedrich**, *Governo costituzionale e democrazia (Constitutional Government and Democracy*, III ed., 1950), trad. it. M. Grego, Neri Pozza, Vicenza, s.d., 248 ss., 319 ss. (non a caso la traduzione tedesca dell’ultima edizione americana del 1951, è intitolata *Der Vergassungsstaat der Neuzeit*, Springer, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1953). Più noti, in Italia, sono i numerosi contributi di **P. Häberle**, voci *Stato costituzionale*: I) *Principi generali*; II) *Sviluppo storico*; III) *La Costituzione dello Stato costituzionale*; V) *Prospettive future*, in *Enc. giur.*, vol. XXX, Ist. Enc. it., Roma, 2001, ed ivi la identificazione del *Vergassungsstaat* con le democrazie pluralistiche. Pur senza

parlare di «Stato costituzionale», ad esso allude, con riferimento alla nostra forma di Stato, **L. Carlassare**, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 1995, 33 ss. La ricorrenza, dei caratteri indicati nel testo, nello Stato costituzionale e la identificazione con questo della forma di Stato del nostro ordinamento è, tra gli altri, in **G. Zagrebelsky**, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, 39 ss.; **A. Baldassarre**, *I diritti fondamentali nello Stato costituzionale*, cit., 63 ss., 73 ; **P. Ridola**, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, cit., 57.

[41] In questo senso v. Corte cost., sent. n. 1146 del 1988. Ma v. *supra*, alla nota 39, la giurisprudenza della “prima fase” della dottrina dei principi supremi.

[42] Per talune indicazioni in tal senso v. già **P. Pisa**, *Il segreto di Stato*, cit., 109 s.

[43] Bundesverfassungsgericht, sentenza del I senato del 23 ottobre 1952, concernente la costituzione, nel 1949 del *Sozialistische Reichspartei*, in *BVerfGE*, 2, 13

[44] In questo senso v. la unanime dottrina penalistica tedesca. Così, tra i molti, v. **R. Maurach – F.-C. Schroeder**, *Strafrecht. Besonderer Teil*, Vol. II, VI ed., Müller, Heidelberg-Karlsruhe, 1981, p. 251; **K. Lachner – K. Kühl**, *Strafgesetzbuch*, XXII ed., Beck, München, 1997, p. 591, n. 8; **T. Fischer** ed altri, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, L ed., Beck, München, 2001, p.755, nn. 12 e 13; **U. Kindäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen**, *Strafgesetz*, vol. I, II ed., Nomos, Baden Baden, 2005, p. 2432, nn. 32 e 33. Sul punto v. anche **H.-H. Jescheck**, *La protezione penale dei segreti di Stato illegali nella Repubblica federale tedesca*, in *Rass. della Giustizia militare*, nn. 4-5, 1982, p. 370 ss.

[45] Sui fatti che determinarono la *Pätsch-Urteil* v. **H.-H. Jescheck**, *La protezione penale dei segreti di Stato illegali*, cit., p 371.

[46] **R. Minna**, *Giudice penale e servizi segreti*, cit., 801 s. tenta di individuare talune fattispecie criminose riconducibili all’eversione dell’ordine costituzionale e le individua negli artt. 241-244, 283-286 e 289 c.p. Ma è di tutta evidenza che, se si parte, come fa l’a., dalla tesi (esatta) che il concetto di ordine costituzionale dovrebbe coprire l’unità e indivisibilità dello Stato, la tutela del cittadino anche come inserito nelle formazioni sociali, l’effettività della partecipazione di tutti alla vita pubblica, la regolarità e ritualità dello svolgimento dell’attività degli organi dello Stato, ivi incluso il legale e legittimo cambiamento degli stessi, è di tutta evidenza che ben altre dovrebbero essere le fattispecie criminose rientranti in tale concetto.

Analogamente **N. Triggiani**, *Art. 204*, in **A.Giarda e G. Spangher** (cur.), *Codice di procedura penale commentato*, Ipsoa, Milano, 2007, secondo il quale tra «i fatti diretti all’eversione dell’ordinamento costituzionale» (non dell’ordine!) rientrerebbero gli artt. 270, 270 bis, 289 bis c.p., la legge 29 maggio 1982 n. 304 sulle misure per la difesa dell’ordinamento costituzionale, gli artt. 21 e 29 della legge 18 aprile 1975 n. 110 sul controllo delle armi. Ma, come si è detto nel testo, un’indagine del genere non è, per definizione, risolutiva dovendo sempre tale qualificazione essere di volta in volta parametrata ai principi supremi dell’ordine costituzionale. Per tale ragione, non persuade l’opinione di **Scalfati**, *Interessi in conflitto: testimonianza e segreti in AA.VV.*, *Verso uno statuto del testimone nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2005, 149(cit. da Triggiani), secondo il quale il concetto di ordinamento costituzionale, essendo difficilmente inquadrabile, «sarebbe censurabile sotto il profilo della legalità». Come se l’art. 204 c.p.p. prevedesse una fattispecie penalmente sanzionatoria!

[47] Di qui la manifesta improprietà del richiamo - fatto dalla Presidenza del Consiglio (ric. n. 2 del 2007) per contestare che il rapimento di Abu Omar configurasse un fatto eversivo dell’ordine costituzionale - sia all’art. 270 bis c.p. in tema di associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell’ordine democratico; sia alla legge 29 maggio 1982, n. 304 che, disciplina talune misure per la difesa dell’ordinamento costituzionale; sia alla legge 18 aprile 1975 n.

110 (art. 21 e 29) sul controllo delle armi; sia alla legge 5 giugno 1989 n. 219 (art. 6) in tema di reati ministeriali, sia infine alla legge 29 ottobre 1997 n. 374 (art. 10) sulla messa al bando delle mine antipersona.

Del pari sarebbe è assolutamente irrilevante il richiamo all'art. 270 c.p., concernente il reato di associazione sovversiva. Il fatto che la Corte di cassazione, sez. I pen., abbia affermato in proposito che «la finalità di eversione si identifica (...) nel fine più diretto di 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 che costituiscono l'essenza dell'ordinamento costituzionale» (sent. 11 luglio 1987, ric. *Benacchio*, in *Cass. pen.*, 1989, sub n. 7, 42) non significa che qualsiasi fatto eversivo debba presentare tali caratteri; ma che tali sono gli elementi costitutivi del reato di associazione sovversiva di cui la S.C. si è occupata in tale sentenza.

[48] **P. Bonetti**, *Profili costituzionali delle garanzie funzionali per gli agenti dei Servizi di informazione per la sicurezza*, in *Percorsi costituzionali*, 2008, n. 1, 49.

[49] L'art. 17 comma 4 sarebbe la fonte che, secondo **P. Bonetti**, *Profili costituzionali delle garanzie funzionali*, cit., 46, escluderebbe l'applicabilità delle garanzie funzionali a fatti quali le *extraordinary renditions*, laddove, a mio parere, l'art. 17 comma 4 si limita a confermare tale conclusione, a cui piuttosto si perviene sulla base del divieto di apposizione del segreto di Stato sui fatti eversivi dell'ordine costituzionale (art. 39 comma 11).

[50] L'inclusione della libertà di comunicare riservatamente tra i diritti la cui violazione costituirebbe un fatto eversivo dell'ordine costituzionale revoca in dubbio la tesi (v. *supra* la nota 18) secondo la quale i fatti eversivi sarebbero necessariamente caratterizzati da violenza.

[51] V. in tal senso **A. Pace**, *Problematica delle libertà costituzionale. Parte speciale*, II ed., Cedam, Padova, 1992, 245, e, già prima, **P. Barile** e **E. Cheli**, *Corrispondenza (libertà di)*, in *Enc. dir.*, vol. X, Giuffrè, Milano, 1962, 744.

[52] Ad esempio, con riferimento alla libertà di comunicare riservatamente, è operativa, a favore dei Servizi, la deroga delle normali garanzie dell'art. 15 comma 2 Cost, prevista dall'art. 4 del decreto legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito con modificazioni dall'art. 1 della legge 31 luglio 2005, n. 155 (il cui primo comma è stato per l'appunto modificato dall'art. 13 comma 3 della legge n. 124 del 2007).

Il testo completo di tale articolo è il seguente:

«1. Il Presidente del Consiglio dei Ministri può delegare i direttori dei Servizi informativi e di sicurezza di cui agli articoli 4 e 6 della [legge 24 ottobre 1977, n. 801](#), a richiedere l'autorizzazione per svolgere le attività di cui all' articolo 226 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al [decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271](#), quando siano ritenute indispensabili per la prevenzione di attività terroristiche o di eversione dell'ordinamento costituzionale o del crimine organizzato di stampo mafioso.

«2. L'autorizzazione di cui al comma 1 è richiesta al procuratore generale presso la corte di appello del distretto in cui si trova il soggetto da sottoporre a controllo ovvero, nel caso in cui non sia determinabile, del distretto in cui sono emerse le esigenze di prevenzione. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui ai commi 2, 3, 4 e 5 dell' articolo 226 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al [decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271](#)».

[53] Tutte le frasi virgolettate sono di **G. Paolozzi**, *La tutela processuale del segreto di Stato*, cit., 301 s.

[54] Cfr. agli artt. 204 c.p.p. e 66 disp. att. c.p.p. Ne segue che sarà il Presidente del Consiglio, ove ritenga di insistere sulla natura non eversiva dei fatti, a dover ricorrere alla Corte costituzionale sollevando al riguardo un conflitto tra poteri.

* Saggio destinato agli «Studi in onore di Lorenza Carlassare»