

## **Incontro di studio tra la Corte costituzionale federale tedesca e la Corte costituzionale italiana**

Karlsruhe, 19-21 novembre 2009

### **Decisioni recenti riguardo il conflitto tra la libertà e la sicurezza** di Gaetano Silvestri

1. - Le Corti costituzionali degli Stati democratici, e la stessa Corte di giustizia dell'Unione europea, sono chiamate sempre più spesso a stabilire, nei casi specifici a loro sottoposti, la linea di confine tra limitazioni dei principi e dei diritti fondamentali costituzionalmente protetti, che appaiono accettabili alla luce delle esigenze di tutela della sicurezza esterna ed interna degli Stati medesimi, e vere e proprie violazioni di tali principi e diritti, non tollerabili neppure in vista del perseguimento di finalità di sicurezza.

Si tratta di un bilanciamento difficile tra interessi individuali e collettivi potenzialmente in conflitto, ma che, ad un esame più approfondito, si presentano necessariamente come complementari.

Nessuno può dubitare che non possano esistere libertà e diritti senza sicurezza dello Stato in sé e delle istituzioni destinate a realizzare e garantire le prime ed i secondi. Nessuno può dubitare neppure che la sicurezza dello Stato e delle sue istituzioni non sia un valore assoluto e incondizionato, ma acquisti un senso, negli ordinamenti democratici e pluralisti contemporanei, solo in funzione della effettiva tutela dei diritti fondamentali dei cittadini. È estranea allo Stato costituzionale la valorizzazione pura e semplice dell'ordine mediante affermazione dell'autorità: si devono sempre mettere in relazione i poteri conferiti ad organi o enti pubblici con le concrete esigenze scaturenti dal

necessario mantenimento delle condizioni basilari di libertà ed eguaglianza, che formano il nucleo essenziale delle Costituzioni.

Lo Stato non può essere più concepito come astratta personificazione della sovranità, ma come insieme di poteri e funzioni destinati ad offrire ai cittadini mezzi concreti di tutela delle proprie libertà e dei propri diritti. Per questo motivo, la sicurezza non è valore riferibile allo Stato come persona o come apparato, fini a se stessi, ma come strumento organizzativo a disposizione dei cittadini per affermare le proprie libertà ed i propri diritti. La stessa salvaguardia dell'indipendenza dello Stato rispetto all'esterno non può essere adottata – anche in situazioni di emergenza e pericolo – come ragione sufficiente per l'ingiustificata compressione dei diritti dei cittadini e per alterazioni non strettamente indispensabili dell'equilibrio costituzionale. In sintesi, la sicurezza è sempre sicurezza dello Stato di diritto contemporaneo, basato sulle libertà ed i diritti costituzionali, mentre l'ordine pubblico è sempre situazione che consente il pacifico godimento di quelle libertà e di quei diritti. La libertà ha bisogno della sicurezza e quest'ultima si svuota di significato senza la libertà.

2. Tener ferme le premesse di cui sopra è particolarmente importante in un periodo, come quello attuale, in cui nel mondo si profila minacciosa l'ombra del terrorismo internazionale, che minaccia l'integrità degli Stati, le loro libere istituzioni in nome di fanatismi e fondamentalismi in guerra con i principi liberali e pluralistici delle Costituzioni democratiche contemporanee.

Molti Stati hanno conosciuto, nel recente passato, l'attacco del terrorismo politico, mosso da estremismo ideologico: la Germania e l'Italia si sono dovute difendere dall'azione eversiva di gruppi armati tendenti in modo velleitario a realizzare, con mezzi violenti e sanguinari, immaginarie rivoluzioni sociali e politiche. Per quanto riguarda l'Italia, il fenomeno terroristico interno, noto con il nome di

“Brigate rosse” – che pur poteva contare su alcuni collegamenti internazionali – si è sviluppato per più di due decenni, con alterne fasi di virulenza, sino a spegnersi progressivamente, anche se talora emergono frange isolate di brigatisti ancora potenzialmente in grado di colpire obiettivi singoli, ma prive ormai di pericolosità generale per la sicurezza. Appartiene ugualmente al passato la stagione delle stragi attuate con l’uso di esplosivi, aventi matrici politiche di estrema destra.

La risposta delle istituzioni all’offensiva terroristica è stata, in quell’epoca, l’inasprimento della repressione penale e l’incremento dei poteri della polizia e della magistratura nell’opera di contrasto attivo. Si è dato vita, in tal modo, ad una “legislazione dell’emergenza”, che ha prodotto una serie di deroghe all’ordinaria conformazione delle garanzie, ritenute legittime dalla Corte costituzionale sul presupposto della loro temporaneità:

«Se si deve ammettere che un ordinamento nel quale il terrorismo semina morte – anche mediante lo spietato assassinio di “ostaggi” innocenti – e distruzioni, determinando insicurezza e, quindi, l’esigenza di affidare la salvezza della vita e dei beni a scorte armate ed a polizia privata, versa in uno stato di emergenza, si deve, tuttavia, convenire, che l’emergenza, nella sua accezione più propria, è una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea. Ne consegue che essa legittima, sì, misure insolite, ma che queste perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo» (sentenza n. 15 del 1982).

3. Con la legislazione dell’emergenza degli anni ’70 e ’80, pur con le peculiarità dei fenomeni specifici nel tempo e nello spazio, si rimaneva ancora nell’orizzonte classico dell’eccezione alla regola, della compressione transitoria di diritti e garanzie, allo scopo di creare le condizioni per il ripristino delle condizioni normali di convivenza civile e di funzionamento delle istituzioni.

Oggi si profila un tipo di minaccia terroristica che non sembra riassorbibile in tempi prevedibili e si fonda su strumenti e organizzazioni diffusi in tutto il mondo e, cumulando profili di aggressione internazionale e minacce interne, mette in crisi la tradizionale separazione tra stato di guerra e stato di emergenza. Uno dei risvolti negativi di questa nuova situazione è la tendenza delle misure emergenziali a diventare caratteristiche strutturali degli ordinamenti democratici, consentendo al terrorismo di raggiungere l'obiettivo di un abbassamento complessivo del livello di civiltà giuridica di questi ultimi.

Di questo pericolo si sono mostrate consapevoli alcune Corti, come la Corte suprema USA e la Corte di giustizia dell'Unione europea, che stanno tentando di porre argini invalicabili alla tendenza del potere politico di superare i limiti di un ragionevole bilanciamento di libertà e sicurezza. Limitandoci all'Europa, rileviamo come la Corte di giustizia abbia annullato un regolamento, che, pur in esecuzione di una risoluzione del Consiglio di sicurezza delle NU volta al contrasto del terrorismo internazionale, aveva violato i diritti della difesa, il diritto al contraddittorio ed il diritto ad un controllo giurisdizionale effettivo (sentenza *Kadi* del 3 settembre 2008).

La finalità di lotta al terrorismo e di tutela della sicurezza nazionale ed internazionali non può giustificare la lesione ingiustificata di diritti fondamentali delle persone e deve essere pertanto perseguita nell'ambito della legalità costituzionale. Il Presidente della Corte suprema di Israele, Aharon Barak ha giustamente affermato che «la lotta al terrorismo non va condotta *fuori* dalla legge, ma *dentro* la legge, usando gli strumenti che la legge mette a disposizione dello Stato democratico».

4.- Nell'ordinamento giuridico italiano, le emergenze collegate alla lotta al terrorismo internazionale hanno determinato una estensione

dell'ambito operativo delle misure di prevenzione in senso stretto e, in generale, degli atti e dei provvedimenti volti a prevenire la commissione dei reati riconducibili alla criminalità organizzata ed al terrorismo (leggi n. 438 del 2001 e n. 155 del 2005).

In quest'ambito acquistano particolare rilevanza le competenze attribuite ai servizi di informazione e di sicurezza (comunemente intesi "servizi segreti"). Tende ad attenuarsi la distinzione tra polizia di sicurezza e servizi di informazione. L'emergenza terroristica ha fatto sì che tradizionali strumenti di prevenzione siano stati estesi, dalla legge n. 155 del 2005, anche ai servizi di informazione. Si pensi all'art. 4 di tale legge, che estende la competenza ad effettuare "intercettazioni preventive" – attribuita precedentemente alla polizia di sicurezza – anche al personale appartenente ai servizi di informazione, su richiesta del Presidente del Consiglio dei ministri o dei direttori dei servizi stessi, ai fini della «prevenzione di attività terroristiche o di eversione dell'ordinamento costituzionale».

Sono state pure introdotte di recente (con la legge di riforma dei servizi di informazione e di sicurezza) le cosiddette "garanzie funzionali", che consistono nell'esclusione di responsabilità per attività formalmente illegali finalizzate alla raccolta di informazioni utili per la sicurezza nazionale. Viene prevista espressamente una causa di giustificazione, in base alla quale non sono perseguibili gli agenti che hanno commesso fatti previsti dalla legge come reati, specificamente autorizzati dal Presidente del Consiglio dei ministri, indispensabili e proporzionati in relazione agli obiettivi istituzionali dei servizi di sicurezza. È importante sottolineare il limite imposto dalla legge a questa speciale forma di esclusione della responsabilità. Dispone infatti l'art. 17 della legge n. 124 del 2007 che essa «non si applica se la condotta prevista dalla legge come reato configura 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 e

l'incolumità di una o più persone». Non possono essere autorizzate condotte inerenti a fatti di terrorismo o eversivi dell'ordine costituzionale.

La giustificazione dei comportamenti formalmente illegali è, in generale, subordinata a quattro condizioni: a) devono essere posti in essere nell'esercizio o a causa di compiti istituzionali dei servizi 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 effettuati in modo tale da comportare il minor danno possibile per gli interessi lesi.

Si tratta, come si vede, di uno sforzo del legislatore italiano di porre in equilibrio le pressanti esigenze informative per la sicurezza in un'epoca di terrorismo diffuso e organizzato su basi internazionali ed i diritti giuridicamente protetti delle persone. Ovviamente non è questa la sede per valutare il successo di questo tentativo in rapporto alla sua legittimità costituzionale.

5. - Il dibattito sui limiti delle attività di *intelligence*, nell'ambito di un ordinamento democratico ispirato ai principi delle garanzie dei diritti fondamentali, si è recentemente riaperto, in seguito al "caso" Abu Omar, un procedimento penale per sequestro di persona, nel corso del quale è stato sollevato dal Presidente del Consiglio dei ministri conflitto di attribuzione nei confronti dell'autorità giudiziaria per asserita violazione del segreto di Stato apposto su alcuni documenti e notizie dall'autorità governativa.

La Corte costituzionale italiana, con la sentenza n. 106 del 2009, ha deciso il conflitto di cui sopra, ricollegandosi alla sua precedente giurisprudenza sul segreto di Stato, che richiama, a sua volta, la problematica più generale sulla sicurezza in rapporto alle garanzie costituzionali.

Il fatto da cui era sorto il processo penale si inquadrava nelle cosiddette “consegne straordinarie” (*extraordinary renditions*), organizzate, secondo l'accusa, dai servizi di sicurezza USA, in collaborazione con quelli italiani, allo scopo di prelevare sul territorio nazionale persone, sospettate di attività terroristiche, da tradurre *manu militari* in altri Paesi, per ivi essere interrogate con l'uso di violenza fisica o morale.

Nell'effettuazione delle indagini, l'autorità giudiziaria procedeva sia all'intercettazione delle comunicazioni telefoniche di alcuni agenti dei servizi di sicurezza, sia al sequestro di documenti in una sede dei predetti servizi. In riferimento a queste attività investigative, il Presidente del Consiglio dei ministri ha sollevato conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, lamentando che la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano aveva utilizzato come prova la documentazione sequestrata in una sede dei servizi, ignorando che, successivamente al sequestro, era stato opposto il segreto di Stato su parte dei documenti mediante l'apposizione di *omissis* miranti a non rivelare nominativi di agenti stranieri, sigle segrete dei relativi servizi e rapporti tra servizi italiani e stranieri. Il Presidente del Consiglio lamentava pure che la medesima Procura avesse svolto attività investigativa – ed esattamente intercettazioni telefoniche ed interrogatori degli indagati – le cui specifiche modalità erano da considerarsi lesive del segreto da lui apposto.

Nel decidere il conflitto, la Corte ha fissato alcuni principi necessari per la delimitazione delle reciproche sfere di attribuzioni del Governo e dell'autorità giudiziaria, in relazione al segreto di Stato. Richiamando la sua precedente giurisprudenza, la Corte ha ribadito che la disciplina giuridica del segreto di Stato involge «il supremo interesse alla sicurezza dello Stato nella sua personalità internazionale, e cioè l'interesse dello Stato-comunità alla propria integrità territoriale, alla propria indipendenza e – al limite – alla sua sopravvivenza»

(sentenza n. 82 del 1976). Si tratta di un interesse che, «presente e preminente su ogni altro in tutti gli ordinamenti statali, quale ne sia il regime politico» trova espressione, nel testo costituzionale, «nella formula solenne dell'art. 52, che afferma essere sacro dovere del cittadino la difesa della Patria» Proprio per questo, per dare contenuto alla nozione di segreto, «vanno tenuti presenti la indipendenza nazionale, i principi di unità e indivisibilità dello Stato (art. 5) e la norma che riassume i caratteri essenziali dello Stato stesso nella formula di “Repubblica democratica” (art. 1)» (sentenza n. 86 del 1977).

In relazione al segreto di Stato, si pone un problema di raffronto e di interferenza con altri principi costituzionali, inclusi quelli che reggono la funzione giurisdizionale. Da ciò deriva che l'opposizione del segreto di Stato da parte del Presidente del Consiglio dei ministri non può avere «l'effetto di impedire che il pubblico ministero indaghi su 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 utilizzare gli elementi di conoscenza e di prova coperti dal segreto» (sentenza n. 110 del 1998).

Le modalità di esercizio del potere di segretazione, da parte del Presidente del Consiglio dei ministri, sono frutto di un'amplissima discrezionalità politica, assoggettata al sindacato del Parlamento, davanti al quale il Governo deve giustificare il proprio comportamento.

L'art. 39, comma 1, della recente legge n. 124 del 2007 stabilisce che il segreto di Stato copre «gli atti, i documenti, le notizie, le attività e ogni altra cosa la cui diffusione sia idonea a recare danno all'integrità della Repubblica, anche in relazione ad accordi internazionali, alla difesa delle istituzioni poste dalla Costituzione a suo fondamento, all'indipendenza dello Stato rispetto ad altri Stati e alle relazioni con essi, alla preparazione e alla difesa militare dello Stato». L'apposizione del segreto di Stato da parte dell'autorità governativa ha quindi un



valore ricognitivo di una qualità oggettiva del dato coperto da segreto, derivante dalla sua intrinseca idoneità, se rivelato, a ledere interessi essenziali della Repubblica. L'opposizione del segreto di Stato inibisce, come abbiamo visto, all'autorità giudiziaria l'acquisizione e l'utilizzazione, anche indiretta, delle notizie coperte da segreto, ma «non è, in ogni caso, precluso all'Autorità giudiziaria di procedere in base ad elementi autonomi e indipendenti dagli atti, documenti e cose coperti dal segreto» (art. 202 del codice di procedura penale, nel testo introdotto dall'art. 40 dalla legge n. 124 del 2007). Il segreto non copre pertanto i fatti illeciti, ma solo, eventualmente, le fonti di prova che si identifichino con dati che non possono essere rivelati, nella necessaria pubblicità del procedimento giurisdizionale, senza danno per la Repubblica.

6. – Senza entrare in una esposizione dettagliata delle vicende processuali che hanno condotto alla trattazione e decisione del conflitto di attribuzioni di cui sopra, possiamo sintetizzare quanto ha deciso la Corte in questa occasione, con riferimento agli aspetti principali della controversia ed alle specifiche motivazioni addotte nella citata sentenza n. 106 del 2009.

A) La perquisizione e il sequestro di documentazione effettuati in una sede dei servizi di sicurezza, da parte dell'Autorità giudiziaria, hanno rappresentato, in assenza di qualsiasi opposizione, in quel momento, da parte dei funzionari presenti, atti di indagine legittimi sul piano processuale.

B) 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 al Presidente del Consiglio dei ministri, per la conferma o meno, del segreto.

Solo in un momento successivo, il Presidente del Consiglio dei ministri, nel frattempo informato, aveva imposto la segretazione di alcuni dei documenti inviati e l'obliterazione di alcune parti di essi.

L'autorità giudiziaria non ha eliminato dal processo i documenti coperti da segreto, ma ha continuato ad utilizzarli. La Corte costituzionale ha stabilito che spettava alla stessa «il compito di adottare tutte le cautele del caso per impedire che le copie non “omissate” di quegli stessi documenti permanessero nel normale circuito divulgativo del processo, vulnerando di fatto quel segreto e, con ciò stesso, esponendo a rischio di compromissione le esigenze di sicurezza nazionale ed i valori primari che quel segreto è destinato presidiare; oltre, naturalmente a porre in pericolo la stessa incolumità fisica dei vari soggetti, i cui nominativi erano stati “nascosti” mediante la obliterazione della documentazione in questione».

C) Sono legittimamente coperti dal segreto di Stato tutti i dati attinenti ai rapporti tra servizi italiani e stranieri, per la necessità, invocata dal Presidente del Consiglio dei ministri, di preservare la credibilità dei servizi italiani nei loro rapporti con gli organismi collegati di quelli di altri Stati e l'esigenza di garantire l'esigenza di riserbo che deve tutelare gli *interna corporis* di ogni servizio, ponendo al riparo da indebita pubblicità le sue modalità organizzative ed operative.

7. – La Procura di Milano aveva eccepito che il segreto, nella fattispecie, fosse destinato a coprire “fatti eversivi dell'ordine costituzionale” e pertanto fosse inopponibile ai giudici, secondo l'art. 12, comma 1, della legge n. 801 del 1977, che ha trovato identica riproduzione nell'art. 39, comma 11, della legge n. 124 del 2007.

La *ratio* di questa norma è evidente. Se il vincolo del segreto potesse essere imposto su fatti eversivi dell'ordine costituzionale, verrebbe meno il titolo di legittimazione costituzionale di tutta la disciplina sul segreto di Stato. Anziché essere posto a tutela della Repubblica e

dell'integrità delle sue istituzioni – oltre che dell'indipendenza dello Stato – esso si potrebbe trasformare in strumento per distruggere la Repubblica stessa, intesa, come si accennava prima, come tutto inscindibile di territorio, popolo e principi costituzionali di libertà e democrazia. Non qualsiasi Stato è degno di tutela, secondo la Costituzione italiana vigente, ma solo quello che assicura le garanzie dei diritti fondamentali, l'eguaglianza dei cittadini, le libere istituzioni democratiche. La sicurezza costituzionalmente tutelata è sicurezza di tutto questo e non di un puro apparato di potere autoreferenziale.

La Corte ha negato che, nella specie, ricorresse un fatto eversivo dell'ordine costituzionale. Dopo aver affermato di condividere le risoluzioni del Parlamento europeo circa l'illiceità delle “consegne straordinarie”, perché contrarie alle tradizioni costituzionali e ai principi di diritto degli Stati membri dell'Unione europea, la Corte ha osservato che il segreto di Stato non era stato apposto sul reato di sequestro di persona, bensì esclusivamente sulle fonti di prova attinenti ai rapporti tra servizi italiani e stranieri. Peraltro, richiamando la giurisprudenza della Corte suprema di cassazione, la Corte costituzionale ha definito la finalità di eversione, come quella «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» (Cass., Sez. I penale, n. 11382 del 1987). Da questo presupposto interpretativo, la Corte ha tratto la conseguenza che «un singolo atto delittuoso, per quanto grave, non è di per sé suscettibile di integrare un fatto eversivo dell'ordine costituzionale, se non è idoneo a sovvertire, disarticolandolo, l'assetto complessivo delle istituzioni democratiche».

8. – La dottrina costituzionalistica italiana che si è occupata dell'argomento ha posto in rilievo che «le attività connesse alla

sicurezza nazionale, e in particolare le attività di *intelligence*, per loro natura sfuggono alla trasparenza e alla pubblicità che caratterizzano tradizionalmente le manifestazioni dei pubblici poteri in un ordinamento democratico. (...) da sempre ci si trova, in questi casi, all'interno di una sorta di zona grigia dello Stato di diritto, in cui le ragioni della politica e quelle della legalità sono di difficile contemperamento» (Giupponi). Il compito arduo della Corte costituzionale è quello di esaminare, nei singoli casi, il punto di equilibrio tra esigenze della sicurezza ed esigenze della legalità, senza assolutizzare né le prime né le seconde, ma anche senza sacrificare in modo eccessivo nessuna delle due. I risultati dei singoli bilanciamenti – quale quello effettuato con la sentenza n. 106 del 2009 – possono essere più o meno soddisfacenti. Per questo motivo, le osservazioni critiche possono essere di aiuto alla Corte per trovare nuove e migliori soluzioni in casi futuri, che, a loro volta, saranno considerate insoddisfacenti, proprio perché alla chiarezza e nettezza dei principi non corrisponde uguale chiarezza e nettezza nelle soluzioni dei casi concreti, come sempre accade nella pratica quotidiana del diritto.