

IL SEGRETO DI STATO E L'ATTIVITÀ GIURISDIZIONALE

a cura di *Paolo Passaglia*

con contributi di *C. Bontemps di Sturco, C. Guerrero Picó, M. T. Rörig*

PRESENTAZIONE

FRANCIA

1. Aspetti generali

- 1.1. Un fondamento costituzionale implicito
- 1.2. Il quadro legislativo

2. L'apposizione del segreto di Stato

3. Il giudice di fronte al segreto di Stato

- 3.1. La procedura di declassificazione
- 3.2. La limitazione dei poteri dei giudici di fronte al segreto
 - 3.2.1. *Il processo amministrativo*
 - 3.2.2. *Il processo penale*
 - 3.2.3. *La questione prioritaria di costituzionalità sollevata dalla Corte di cassazione il 31 agosto 2011*

GERMANIA

1. Aspetti generali

2. L'apposizione del segreto

3. Gli interessi coinvolti

4. Il controllo parlamentare

5. L'autorità giudiziaria di fronte al segreto di Stato

- 5.1. Il processo penale
- 5.2. Il processo amministrativo

REGNO UNITO

1. Aspetti generali

- 1.1. *L'Official Secrets Act 1989*

2. I soggetti che possono far valere il segreto di Stato

- 2.1. *Il Security Policy Framework*
- 2.2. *I servizi di sicurezza e di intelligence*

3. L'autorità giudiziaria di fronte al segreto di Stato

- 3.1. *L'apposizione del segreto di Stato e la sua sindacabilità in sede giurisdizionale*

- 3.2. L'opposizione del segreto di Stato ...
 - 3.2.1. ... *come impedimento dell'attività giurisdizionale*
 - 3.2.2. ... *come fattore incidente sullo svolgimento del processo*
 - 3.2.2.1. La Public Interest Immunity
 - 3.2.2.2. Lo Special Immigration Appeals Commission e l'uso degli special advocates
 - 3.2.2.3. Le regole di procedura penale e civile
 - 3.2.2.4. Il Contempt of Court Act 1981

SPAGNA

1. Aspetti generali

- 1.1. L'inquadramento normativo del segreto di Stato
 - 1.1.1. *Il segreto di Stato nella Costituzione*
 - 1.1.2. *La Ley de secretos oficiales n. 9/1968 e il decreto n. 242/1969*
 - 1.1.3. *La normativa connessa*

2. La nozione di segreto di Stato

3. Gli organi titolari del potere di opporre il segreto di Stato

4. Cenni sulle misure di controllo del segreto di Stato da parte del Parlamento e del *Defensor del Pueblo*

- 4.1. L'accesso dei deputati ai segreti di Stato
- 4.2. Il limitato accesso del *Defensor del Pueblo*

5. L'autorità giudiziaria di fronte al segreto di Stato

- 5.1. L'apertura nel 1978 al controllo giudiziario
- 5.2. Le sentenze del Tribunale supremo del 4 aprile 1997: i limiti alla potestà giurisdizionale di controllo della decisione del Consiglio dei ministri di non declassificare documenti dichiarati riservati o segreti
 - 5.2.1. *Il conflitto tra il Governo ed i giudici istruttori dei casi Oñederra, Lasa-Zabala e Urigoitia*
 - 5.2.2. *La legittimità costituzionale della legge sui segreti ufficiali*
 - 5.2.3. *La natura giuridica dell'atto del Governo*
 - 5.2.4. *Il controllo giudiziario dell'atto con cui si rifiuta la declassificazione*

STATI UNITI

1. Aspetti generali

- 1.1. L'indifferenza costituzionale
- 1.2. L'inquadramento normativo del segreto di Stato

2. L'apposizione del segreto di Stato: l'*Executive Order* 13526 del 2009

3. Segreto di Stato e *principle of non-justiciability* (la c.d. *Totten rule*)

4. Segreto di Stato e processo penale

- 4.1. Il *Classified Information Procedures Act* del 1980
- 4.2. La *Silent witness rule*

5. Segreto di Stato e processo civile: lo *State secrets privilege*

6. La dilatazione del ricorso allo *State secrets privilege* nella prassi più recente

PRESENTAZIONE

La presente ricerca mira a fornire un sintetico inquadramento dell'incidenza che il segreto di Stato ha sull'esercizio dell'attività giurisdizionale. La delimitazione dell'oggetto, che ha condotto alla pretermissione dall'analisi compiuta della disciplina del segreto di Stato (e di altri "segreti", più o meno affini), si è imposta alla luce della notevole estensione della tematica e, soprattutto, della difficoltà di tracciare di essa confini ben delimitati, stante l'incidenza che può avere la segretezza (e/o la riservatezza) delle informazioni in possesso dei pubblici poteri su molti aspetti dell'esperienza giuridica.

Gli ordinamenti che sono stati trattati hanno confermato l'indefettibilità di un approccio per così dire restrittivo nell'individuazione dell'oggetto della ricerca, giacché dal numero pur ristretto dei sistemi presi in esame sono emerse, non solo – come è ovvio – differenze anche significative relativamente al regime giuridico del "segreto (di Stato)", ma anche – a monte – diverse filosofie che forgiavano la natura del segreto medesimo, indirizzandone gli effetti verso ambiti applicativi non di rado eterogenei. Una dimostrazione eloquente è data dalla circostanza che, in certi casi, neppure è possibile, se non a prezzo di qualche approssimazione, parlare tecnicamente di "segreto di Stato".

Nella diversità delle discipline approntate, un elemento comune è peraltro rintracciabile, anche ad una prima osservazione: in tutti gli ordinamenti considerati, il segreto di Stato è "gestito" (in termini sia di apposizione che di opposizione) dal potere esecutivo. Una volta constatata l'esistenza di questa costante, si deve peraltro immediatamente riscontrare una pluralità di approcci seguiti nella disciplina in concreto della gestione da parte dell'Esecutivo. Ciò vale, innanzi tutto, con riferimento ai soggetti che, all'interno di questo potere, sono titolari del potere di apposizione e/o di opposizione (sebbene possa al riguardo constatarci, in generale, una certa "diffusione" del potere, che è riconosciuto per solito a favore di tutti i ministeri competenti per materia, ma anche a favore di organi amministrativi estranei alla gerarchia ministeriale, nonché – sovente – a favore di funzionari di un certo livello che facciano comunque capo ad un ministero). Di maggiore interesse è comunque il diverso profilo dei rapporti che intercorrono tra la gestione governativa e le possibilità di controllo da parte del Parlamento: in proposito, i sistemi si divaricano in modo marcato, passando da casi nei quali il potere legislativo è sostanzialmente escluso da ogni possibilità di controllo (Stati Uniti) a casi in cui il controllo è tradizionalmente assai debole (Regno Unito), per arrivare ad esperienze dove si è cercata una razionalizzazione dei rapporti tra i due poteri, finalizzata ad un riequilibrio, che si è realizzato in forme variabili (enucleando le esperienze in ordine crescente rispetto al grado di controllo introdotto, possono indicarsi Francia, Spagna e Germania).

Considerazioni in buona parte simili possono essere riprese allorché si passino ad analizzare i rapporti tra la "gestione" da parte del potere esecutivo ed il controllo da parte del potere giudiziario. Sul punto, si è potuto constatare come in nessuna esperienza il giudice sia in grado di sovrapporre le proprie determinazioni a quelle dell'apparato governativo, al quale viene invariabilmente

riconosciuto un margine di discrezionalità piuttosto elevato, segnatamente per quel che concerne, non solo e non tanto l'apposizione formale del segreto (non sempre rilevante in sede processuale), quanto semmai l'opposizione del segreto finalizzata alla mancata produzione di atti o documenti. Sul presupposto di questa comune debolezza del potere giudiziario, può tuttavia constatarsi come il vaglio giurisdizionale assuma caratteri ed intensità significativamente diverse: a fronte della deferenza assai marcata mostrata dai giudici statunitensi o britannici, il controllo esercitato dai giudici tedeschi risulta tutt'altro che trascurabile; l'esperienza spagnola, pur nella limitatezza dei casi giunti alla cognizione degli organi giudiziari, sembra orientarsi chiaramente, tra i due estremi, verso il modello tedesco. Peculiare, anche da un punto di vista procedurale, è l'ordinamento francese, dove si è cercato di attutire le possibili dissonanze tra esecutivo e giudiziario percorrendo la via dell'attribuzione di un ruolo giustiziale ad una autorità amministrativa indipendente.

FRANCIA

di Charlotte Bontemps di Sturco

1. Aspetti generali

Nel diritto francese, la nozione di segreto di Stato non corrisponde ad una categoria giuridica specifica. In effetti, esistono vari tipi di segreto; il segreto della difesa nazionale è sicuramente quello che si avvicina maggiormente alla nozione italiana di “segreto di Stato”.

Nondimeno, la nozione di segreto di Stato o di segreto della difesa nazionale, come prerogativa dell'Esecutivo, è assente dal testo costituzionale, anche se se ne può dedurre un fondamento costituzionale implicito.

A disciplinare i vari tipi di segreto è comunque la legge, che li configura come eccezioni al principio di accesso ai documenti: tali tipologie sono tassativamente elencate all'interno dei diversi codici, vale a dire il codice della difesa, il codice penale, il codice di procedura penale ed il codice del patrimonio.

1.1. Un fondamento costituzionale implicito

Nella Costituzione francese¹, nessun articolo cita esplicitamente il segreto di Stato o il segreto della difesa nazionale. L'articolo 33, comma 2, della Costituzione pone un'eccezione alle sedute pubbliche del Parlamento, prevedendo che ciascuna camera possa riunirsi in comitato segreto, su richiesta del Primo ministro o di un sesto dei suoi membri.

Il segreto della difesa nazionale può però essere ricollegato alle prerogative di cui dispone l'Esecutivo.

Nella decisione n. 2001-456 DC del 27 dicembre 2001, sulla *Legge finanziaria per il 2002*², il *Conseil constitutionnel* ha avuto modo di pronunciarsi in ordine alle modalità di controllo finanziario dei fondi dei servizi segreti. Un emendamento del Governo proponeva che una commissione composta da quattro parlamentari e due magistrati della Corte dei conti potesse verificare che queste risorse, dette “fondi speciali” ed iscritte nel bilancio dei servizi generali del Primo ministro, fossero utilizzate conformemente alla destinazione assegnata dalla legge finanziaria. La legislazione anteriore prevedeva un controllo *a posteriori* sui fondi iscritti in questo capitolo, controllo che era affidato ad uno dei presidenti di sezione della Corte dei conti.

¹ Il testo della Costituzione è consultabile *on line* alla pagina http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/site_italien/constitution_italien.pdf (in lingua italiana).

² Cfr. http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces_-par-date/decisions-depuis-1959/2001/2001-457-dc/decision-n-2001-457-dc-du-27-decembre-2001.514.html.

L'emendamento inserito nella legge finanziaria per il 2002 prevedeva, invece, una comunicazione dello stato delle spese per le operazioni in corso e permetteva ad un membro della commissione di procedere a qualunque indagine o investigazione al fine di controllare i fatti che sarebbero emersi dai documenti contabili sottoposti al suo controllo.

I parlamentari ricorrenti contestavano la violazione delle prerogative del Presidente della Repubblica e del Primo ministro relativamente ai loro compiti relativi alla difesa nazionale nonché allo svolgimento di operazioni affidate ai servizi segreti.

Il *Conseil constitutionnel* ha in parte accolto detta argomentazione, richiamando alcune norme costituzionali concernenti le competenze in materia detenute dai due vertici dell'Esecutivo: così, secondo l'articolo 5 della Costituzione, il Presidente della Repubblica è "garante dell'indipendenza nazionale, dell'integrità del territorio e del rispetto dei trattati" ed è inoltre, ai sensi dell'articolo 15, "capo delle armate"; in base all'articolo 21, poi, il Primo ministro "è responsabile della difesa nazionale".

Il *Conseil* ha quindi richiamato alcune norme costituzionali concernenti il Parlamento, ed in particolare l'articolo 35, secondo il quale il Parlamento autorizza le dichiarazioni di guerra, e gli articoli 34 e 47, in applicazione dei quali il Parlamento vota, in occasione dell'approvazione delle leggi finanziarie, i crediti necessari alla difesa nazionale.

Sulla scorta dell'insieme di queste norme, il *Conseil constitutionnel* ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione denunciata, in quanto, "se spetta al Parlamento autorizzare la dichiarazione di guerra, votare i crediti necessari alla difesa nazionale e controllare l'uso che ne è stato fatto, esso non può invece, in materia, intervenire sulla realizzazione di operazioni in corso" (*Considérant* 45).

Questa decisione ha ripreso uno degli argomenti sollevati dai ricorrenti, che facevano valere – tra l'altro – il carattere esclusivo delle responsabilità del Presidente della Repubblica e del Primo ministro nella condotta degli affari rientranti nella difesa nazionale e la violazione del principio costituzionale di separazione dei poteri. Il *Conseil* ha però dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione impugnata con esclusivo riferimento alla disciplina della tempistica del sindacato, e non ha sanzionato la volontà del legislatore di porre l'uso dei fondi speciali sotto il controllo – finanziario – del Parlamento³.

D'altro canto, l'esistenza di un fondamento costituzionale del segreto (di Stato) emerge anche dalla lettura del parere del 5 aprile 2007 del Consiglio di Stato (CE, Ass., parere n. 374.120 del 5.04.2007⁴), nel quale si è sottolineato che la normativa legislativa in materia di segreto della difesa

³ J.-C. ZARCA, *La décision du Conseil constitutionnel du 27 décembre 2001 relative à la loi de finances 2002*, in *Recueil Dalloz*, 2002, p. 331.

⁴ Cfr. <http://www.conseil-etat.fr/media/document/374120.pdf>.

ha inteso conciliare due obiettivi di valore costituzionale, vale a dire quello della ricerca degli autori di reati con quello della salvaguardia degli interessi fondamentali della nazione.

1.2. Il quadro legislativo

Da alcuni decenni, sicuramente sotto la pressione di un'opinione pubblica turbata da un uso talvolta disinvolto della nozione di "difesa nazionale", si è deciso di rafforzare, dapprima, il principio di trasparenza dell'azione amministrativa e, poi, di legiferare proprio sul segreto della difesa nazionale, con la legge n. 98-567 dell'8 luglio 1998, istitutiva di una Commissione consultiva del segreto della difesa nazionale⁵, da ultimo modificata con la legge n. 2009-928 del 29 luglio 2009, relativa al programma militare per gli anni 2009-2014 e recante diverse disposizioni concernenti la difesa.

Tra le principali leggi, oggetto poi di successive modifiche, possono menzionarsi: la legge n. 78-17 del 6 gennaio 1978, relativa all'informatica, agli schedari ed alle libertà; la legge n. 79-587 dell'11 luglio 1979, relativa alla motivazione dei documenti amministrativi; il decreto n. 79-1038 del 3 dicembre 1979, recante organizzazione dell'accesso agli archivi pubblici; le leggi n. 645, 646 e 647 del 10 luglio 1991, sulle intercettazioni telefoniche. Queste leggi non hanno inciso direttamente sulle funzioni *régaliennes*⁶ dello Stato, rispetto alle quali si dovrà attendere la suddetta legge dell'8 luglio 1998.

La disciplina dell'accesso ai documenti dell'amministrazione è contenuta nella legge n. 78-753 del 17 luglio 1978, recante varie misure di miglioramento delle relazioni tra l'amministrazione ed il pubblico⁷, che ha consacrato "il diritto di ogni persona all'informazione", "la libertà di accesso ai documenti amministrativi" (articolo 1) nonché un vero e proprio "diritto alla comunicazione" (articolo 2).

Sono stati quindi "rivoluzionati" i rapporti con l'Amministrazione (intesa *lato sensu*, a comprendere lo Stato, le autonomie territoriali e altre figure di diritto pubblico o di diritto privato che svolgano una missione di servizio pubblico: articolo 1), fondati ora sul principio di trasparenza, a seguito di un'evoluzione giurisprudenziale che già aveva riconosciuto, entro certi limiti, questo diritto. La normativa ha distinto le procedure di accesso a seconda della natura dei documenti, recanti o meno nomi di persone, ed ha garantito questi diritti e libertà tramite un'autorità amministrativa indipendente, la cosiddetta CADA (*Commission d'accès aux documents administratifs*).

⁵ B. GRASSET, *Secrets défense*, in *Pouvoirs*, 2001/02 n. 97, p. 63.

⁶ Le funzioni *régaliennes* sono quelle individuabili come corollari della titolarità della sovranità, concernenti, essenzialmente, la difesa – esterna ed interna –, l'amministrazione della giustizia ed il potere di battere moneta.

⁷ Da ultimo modificata con la legge n. 2011-525 del 17 maggio 2011.

La legge, oltre a fissare il principio dell'accesso, ha enucleato anche una lista di "documenti non comunicabili", in cui rientrano i vari tipi di segreto di Stato. La normativa che è stata approvata è risultata più restrittiva del testo inizialmente proposto, in quanto questo lasciava una certa discrezionalità all'amministrazione nel rilascio di un documento considerato non comunicabile, mentre il testo che è stato poi approvato ha imposto l'obbligo di rifiuto da parte dell'amministrazione a fornire detti documenti. Nondimeno, non può non rilevarsi che non esiste alcun mezzo per controllare la comunicazione illegittima di un documento iscritto in questa lista, giacché la CADA può pronunciarsi solo con riferimento al rifiuto di comunicazione⁸.

La lista dei "documenti non comunicabili" è stilata all'articolo 6-I, 2° comma, della legge n. 78-753. Si tratta dei "documenti la cui consultazione o comunicazione lederebbe: (a) il segreto delle deliberazioni del Governo e delle autorità responsabili appartenenti al potere esecutivo; (b) il segreto della difesa nazionale; (c) la condotta della politica estera della Francia; (d) la sicurezza dello Stato, la sicurezza pubblica o la sicurezza delle persone; (e) la moneta ed il credito pubblico; (f) lo svolgimento di procedure avviate davanti alle giurisdizioni o di operazioni preliminari a tali procedure, salvo autorizzazione rilasciata dall'autorità competente; (g) la ricerca, da parte dei servizi competenti, di reati doganali e fiscali; (h) con riserva di quanto disposto dall'articolo L 124-4 del codice dell'ambiente, gli altri segreti protetti dalla legge".

L'art. 6-III prevede che qualora la richiesta sia relativa ad un documento che comprenda informazioni che non siano comunicabili, ma che possano essere occultate o separate, il documento deve essere comunicato al richiedente dopo l'occultamento o la separazione di queste parti.

È stato altresì precisato che questi documenti rientrano nella normativa relativa agli archivi e diverranno, dunque, liberamente consultabili dopo un periodo che va dai 25 ai 50 anni (come risulta dagli articoli L 213-1 e L 213-2 del codice del patrimonio⁹).

Per una definizione del segreto della difesa nazionale deve farsi riferimento al codice penale¹⁰, il cui articolo L 413-9 applica la nozione a "processi, oggetti, documenti, informazioni, reti informatiche, dati informatizzati o schedari che interessino la difesa nazionale, che siano stati oggetto di provvedimenti di classificazione destinate a limitare la loro diffusione o il loro accesso".

Possono essere oggetto di provvedimenti di classificazione "processi, oggetti, documenti [ecc.] la cui divulgazione o il cui accesso nuoccia alla difesa nazionale o possa condurre alla scoperta di un segreto della difesa nazionale".

⁸ A. LALLET, *La communication des documents au public*, in *Répertoire de contentieux administratif*, 12212-35.

⁹ Il testo è consultabile *on line* alla pagina http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=6F1EB6D95D47078C99257FBCECE6BEF0.tpdjo03v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006159942&cidTexte=LEGITEXT000006074236&dateTexte=20110925.

¹⁰ Consultabile *on line* alla pagina http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=6F1EB6D95D47078C99257FBCECE6BEF0.tpdjo03v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006165357&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20110925.

Questa definizione, puramente formale, del segreto della difesa nazionale fa sì che la divulgazione di informazioni possa essere sanzionata solo se le informazioni siano state previamente oggetto di classificazione. È stata infatti eliminata dal codice penale la nozione di segreto “per natura”, ed i tentativi di definizione basata su criteri contenutistico-materiali sono falliti, in quanto inadeguati a coprire tutte le informazioni la cui protezione si rivelava necessaria¹¹.

L'articolo L 413-9-1 del codice penale ha ripreso questa concezione formale, estendendo il segreto ai “luoghi”, e prevedendo una procedura di classificazione valida per 5 anni su decisione del Primo ministro pubblicata sulla Gazzetta ufficiale, previo parere della Commissione consultiva del segreto della difesa nazionale.

2. L'apposizione del segreto di Stato

Il decreto n. 98-608 del 17 luglio 1998, relativo alla protezione del segreto della difesa nazionale, ha istituito tre livelli di classificazione: (1) il “*très secret défense*” (TSD), la cui divulgazione potrebbe “nuocere molto gravemente alla difesa nazionale” e che è relativo “alle priorità governative in materia di difesa”; (2) il “*secret défense*” (SD), la cui divulgazione è tale da nuocere gravemente alla difesa nazionale; e (3) il “*confidentiel défense*” (CD), la cui divulgazione può nuocere alla difesa nazionale o potrebbe condurre a far scoprire un segreto della difesa nazionale classificato TSD o SD.

È il Primo ministro che fissa i criteri e le modalità di organizzazione della protezione dei segreti classificati TSD. Sulla base di questo potere generale, stabilisce anche le condizioni fissate nelle quali ogni ministro, per quanto riguarda le proprie attribuzioni, può classificare documenti, informazioni, ecc.

Per le informazioni SD o CD, sono i ministri che determinano, seguendo le indicazioni generali stabilite dal Primo ministro, le informazioni da classificare nonché le modalità di organizzazione della protezione.

L'accesso a questi documenti è limitato alle persone che rispondono a due condizioni: (1) devono essere in possesso di un'abilitazione esplicita per accedere al tipo di documento classificato e (2) devono comunque giustificare la necessità di conoscere le informazioni ed i documenti classificati per il compimento della loro funzione o missione (articolo R 2311-7 del codice della difesa).

Il mancato rispetto di queste disposizioni implica una violazione del segreto. Il codice penale punisce la divulgazione di elementi coperti dal segreto, anche in caso di imprudenza o di negligenza (articolo L 413-10). Ogni persona non abilitata che giunga a conoscenza di un documento o di informazione classificata o che porti tali documenti o informazioni a conoscenza di una persona non qualificata, è punita con cinque anni di reclusione e 75.000 euro di multa (articolo L 413-11).

¹¹ M. GUILLAUME, *Parlements et secret(s)*, in *Pouvoirs*, 2001/2 n. 97, p. 64.

I magistrati, in generale¹², e i parlamentari¹³ non sono abilitati, in quanto tali, ad accedere ad informazioni classificate. Solo i primi, sulla base della legge del 1998, possono chiedere, nell'ambito di una apposita procedura, la de-classificazione e la comunicazione di un documento classificato.

3. Il giudice di fronte al segreto di Stato

3.1. La procedura di declassificazione

A partire dagli anni ottanta si è aperto un acceso dibattito sulle condizioni dell'uso della nozione di segreto della difesa, perché la procedura di classificazione è porsa, in diverse circostanze, ostacolare deliberatamente il lavoro dei magistrati in casi in cui potevano essere coinvolte alte cariche pubbliche¹⁴.

L'utilizzo del segreto della difesa nazionale era talvolta percepito come abusivo. L'assenza di controllo sull'eventuale sviamento dalle finalità del segreto gettavano un'ombra sulla sua stessa previsione in norme giuridiche. Per queste ragioni, si è ritenuto che la creazione di un'autorità amministrativa indipendente potesse offrire una garanzia, per i cittadini e per i giudici, di un uso corretto del segreto della difesa nazionale¹⁵.

Il Consiglio di Stato, nel suo rapporto del 1995, preconizzava la riforma del diritto vigente; la legge n. 98-567 dell'8 luglio 1998 si è mossa in tal senso, introducendo gli articoli da L 2312-1 a L 2312-8 del codice della difesa¹⁶.

¹² L'unica eccezione riguarda i magistrati impegnati nella lotta al terrorismo, i quali, nell'ambito di riunioni aventi ad oggetto questa attività alle quale partecipino, possono venire a conoscenza di segreti della difesa. Il loro utilizzo in sede processuale è comunque escluso. Cfr. SENAT, *Rapport n. 513 fait au nom de la commission des Affaires étrangères, de la défense et des forces armées sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense* (a cura di J. DE ROHAN), 1° luglio 2009, p. 138.

¹³ Le commissioni parlamentari d'inchiesta, in applicazione dell'ordinanza n. 58-111 del 17 novembre 1958, relativa al funzionamento delle assemblee parlamentari, sono abilitate a farsi comunicare ogni documento di servizio, ad eccezione di quelli che hanno un carattere segreto e sono relativi alla difesa nazionale, agli affari esteri, alla sicurezza interna e esterna dello Stato. Restrizioni similari valgono per le commissioni permanenti. Sul tema, v. B. GRASSET, *Secrets défense*, cit. p. 65.

¹⁴ P. TURK, *Six ans d'activité de la Commission consultative du secret de la Défense nationale*, in *Les petites affiches*, 24 giugno 2005, n. 125, p. 4.

¹⁵ M. GUILLAUME, *Parlements et secret(s)*, cit. p. 70.

¹⁶ Il testo è consultabile *on line* alla pagina http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=6F1EB6D95D47078C99257FBCECE6BEF0.tpdjo03v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006166932&cidTexte=LEGITEXT000006071307&dateTexte=20110925.

Scopo della legge è stato quello di conciliare gli obiettivi costituzionali di ricerca degli autori di reati con la salvaguardia degli interessi fondamentali della Nazione. La legge ha così disciplinato le condizioni nelle quali una giurisdizione possa, nell'ambito di una procedura in corso, chiedere la declassificazione e la comunicazione di informazioni classificate come segreto della difesa. I giudici (tra cui il giudice istruttore) non possono, in virtù della disciplina codicistica, accedere a detti segreti, potendo solo richiedere all'autorità amministrativa competente la de-classificazione e la comunicazione di informazioni classificate.

La legge ha istituito un'autorità amministrativa indipendente, la Commissione consultiva sul segreto della difesa nazionale (d'ora in poi, CCSDN), che interviene nella procedura di declassificazione, dal momento che l'autorità cui sono richieste la declassificazione e la comunicazione del documento classificato deve chiedere un parere all'autorità amministrativa indipendente e può decidere solo dopo aver ricevuto questo parere.

Questa commissione è disciplinata agli articoli L 2312-1 a L 2312-8 del codice della difesa (d'ora innanzi anche cod. dif.)¹⁷. Se la sua funzione principale è quella di rilasciare pareri sulla declassificazione e la comunicazione di informazioni coperte dal segreto della difesa nazionale ai sensi dell'articolo L 413-9 cod. pen. (articolo L 2312-1, comma 2, cod. dif.), il Presidente della Commissione è anche incaricato, a seguito della richiesta motivata di un magistrato, di rilasciare un parere sulla declassificazione temporanea, al fine di svolgere perquisizioni in luoghi oggetto di classificazione ai sensi dell'articolo 56-4 del codice di procedura penale (articoli L 2312-1 comma 3, e L 2312-4 cod. dif.).

È poi l'autorità amministrativa che ha opposto il segreto (e non direttamente il magistrato) che adisce la Commissione consultiva del segreto della difesa nazionale.

L'articolo L 2312-5 cod. dif. prevede che il presidente della Commissione possa avviare qualunque investigazione relativa al materiale classificato. I membri della Commissione, nell'esercizio delle loro funzioni, sono autorizzati a conoscere di qualsiasi informazione classificata e di accedere a qualsiasi luogo protetto.

L'articolo L 2312-6 cod. dif. stabilisce che i ministri, le pubbliche autorità, i funzionari non possono opporsi all'azione della Commissione per alcun motivo e adottano ogni misura utile per agevolare la sua azione.

I membri della CCSDN devono mantenere il segreto (come imposto dagli articoli 413-9 e seguenti del cod. pen.) per i fatti, atti o informazioni alle quali abbiano avuto accesso nell'esercizio delle loro funzioni.

¹⁷ La Commissione è composta da cinque membri: tre magistrati (uno del Consiglio di Stato, uno della Corte di cassazione ed uno della Corte dei conti, scelti dal Presidente della Repubblica in una lista di sei magistrati redatta congiuntamente dai primi presidenti delle tre giurisdizioni sopramenzionate) e due parlamentari (un deputato ed un senatore). La Presidenza e la vice presidenza della Commissione è assunta da un magistrato (articolo L 2312-2 del codice della difesa).

La Commissione deve emettere il suo parere nel termine di due mesi dal momento in cui è stata adita.

L'articolo L 2312-7, comma 1, precisa che questo parere deve prendere in considerazione la funzione di servizio pubblico propria della giustizia, il rispetto della presunzione di innocenza ed i diritti della difesa, nonché gli obblighi internazionali della Francia e la necessità di preservare le capacità di difesa e di sicurezza delle persone.

Il parere, che può essere favorevole, favorevole ad una declassificazione parziale oppure sfavorevole, è trasmesso all'amministrazione che ha operato la classificazione.

Quest'ultima amministrazione, entro quindici giorni dal ricevimento del parere della CCSDN (o allo scadere del termine di due mesi dal ricorso alla Commissione) rende la sua decisione (dando conto del parere della CCSDN) alla giurisdizione richiedente.

Il parere della CCSDN è pubblicato sulla Gazzetta ufficiale.

Di regola, il Governo segue sempre il parere della Commissione, la pubblicità del quale sembra avere contribuito a conferire una maggiore autorità all'attività della Commissione¹⁸.

La dottrina ha rilevato che, se in Francia la competenza per opporre il segreto difesa non è, in teoria, completamente discrezionale, il suo esercizio rimane largamente affidato alla discrezionalità del ministro. Ciò posto, l'esistenza di un'autorità amministrativa indipendente può costituire una garanzia, ma la garanzia appare ancora insufficiente, non fosse altro perché rappresenta una tutela comunque non giurisdizionale in una materia in cui vengono in gioco diritti fondamentali¹⁹.

¹⁸ M. GUILLAUME, *Parlements et secret(s)*, cit. p. 70.

¹⁹ E. CARPENTIER, *Le juge d'instruction face au secret de la Défense nationale*, in *La Gazette du Palais*, 3 febbraio 2004, n. 34, p. 6.

3.2. La limitazione dei poteri dei giudici di fronte al segreto

Nei suoi primi due pareri in tema di segreto della difesa nazionale, adottati il 19 luglio ed il 29 agosto 1974, il Consiglio di Stato ha precisato i poteri di cui godono i giudici (amministrativi e penali) quando chiedono, nell'ambito di un processo, la comunicazione di documenti, oggetti ed altri materiali classificati come segreto della difesa o quando richiedono la testimonianza di funzionari su elementi classificati.

Tre orientamenti fondamentali sono emersi da questi pareri:

(1) chiunque abbia conoscenza di un segreto della difesa nazionale non può divulgarlo; questo divieto può essere opposto anche in sede giurisdizionale;

(2) spetta all'autorità competente decidere le comunicazioni da fare e designare, se necessario, le persone che risponderanno alle convocazioni dell'autorità giudiziaria procedente;

(3) di fronte ad un rifiuto di comunicazione o di testimonianza, l'autorità giudiziaria deve prenderne atto²⁰.

Questi principi valgono ancora oggi. Il rifiuto di declassificare un documento, in particolare, è tuttora insindacabile.

3.2.1. Il processo amministrativo

Nel diritto francese, il giudice, davanti all'opposizione del segreto della difesa nazionale, deve in arrestarsi, in quanto non può contestarne né valutarne la legittimità.

Nondimeno, questa opposizione non implica di per sé l'incompetenza del giudice: il rifiuto di declassificare può, in alcuni casi, risolversi in uno svantaggio per la pubblica amministrazione o comunque essere preso in considerazione come uno degli elementi su cui il giudice fonda il proprio convincimento.

Secondo una giurisprudenza consolidata, il giudice amministrativo (ma anche quello ordinario) può infatti inserire il rifiuto di declassificazione nel fascicolo di causa. Così, nella sentenza *Coulon* (CE, Ass., 11 marzo 1955, *Secrétaire d'Etat à la guerre c/ Coulon*, Rec. P. 149), il Consiglio di Stato ha ritenuto che "il giudice amministrativo ha la facoltà di invitare l'autorità responsabile a fornirgli tutte le indicazioni utili a permettergli di pronunciarsi con piena cognizione di causa, senza ledere, in modo diretto o indiretto, i segreti garantiti dalla legge; al giudice spetta, nel caso in cui un rifiuto sia opposto ad una sua richiesta, integrare ugualmente questo elemento nel fascicolo, al fine di pronunciarsi".

²⁰ Prima della legge del 1998, la giurisdizione poteva effettuare un ricorso gerarchico al fine di verificare la legittimità del rifiuto. Nel caso in cui il rifiuto fosse confermato, lo stesso era inoppugnabile.

Questa giurisprudenza pragmatica ha sempre permesso al giudice amministrativo di trarre conseguenze negative per l'amministrazione dal rifiuto che gli sia stato opposto. Questa soluzione ha sovente permesso di garantire i diritti delle persone lese: ad esempio, sono stati annullati, in vari casi, atti amministrativi che sanzionavano (anche con il licenziamento) funzionari o militari.

Certo, quando il documento classificato permetterebbe di esonerare da responsabilità il funzionario, si pongono problemi particolari, dal momento che il rifiuto di declassificazione finisce per ledere il suo diritto di difesa, non potendo il giudice prendere avere cognizione diretta di quanto dal documento emerge. In particolare, come rilevato da parte della dottrina, talvolta le indicazioni fornite dalla difesa appaiono inconsistenti, mentre, al contrario, quelle del ricorrente risultano verosimili e precise: in questo caso, l'invocazione del segreto non può tradursi in una acritica accettazione delle tesi difensive basata sul mero rifiuto di declassificare²¹.

Una soluzione che si è affermata, dapprima in via pretoria e poi con legge, in talune circostanze, è quella della richiesta da parte del giudice di prendere visione in via esclusiva del documento coperto dal segreto, senza che gli interessati o le controparti possano fare altrettanto.

Ad esempio, il Governo ha adottato, nel 2009, due decreti, l'uno relativo all'uso della banca-dati denominata CRISTINA, recante dati personali connessi alla politica di sicurezza interna (*renseignement intérieur*), l'altro attuativo dell'articolo 26-III della legge n. 78-17 del 6 gennaio 1978, che prevede che, in alcuni casi, non sia obbligatoria la pubblicazione di taluni atti. La legittimità di questi due decreti è stata oggetto di contestazione.

Con una sentenza del 31 luglio 2009, il Consiglio di Stato ha ordinato un supplemento di istruzione, chiedendo la produzione del decreto che disciplinava la banca-dati CRISTINA, senza che la comunicazione dei documenti da parte del ministro in risposta a questa richiesta venisse fornita ai ricorrenti.

I ricorrenti hanno lamentato la violazione del principio del contraddittorio, ma il Consiglio di Stato ha ritenuto non potere esigere la divulgazione del decreto sulla banca-dati, in quanto ciò avrebbe implicato la violazione dell'articolo 26 della legge n. 78-17, che ha previsto una dispensa totale dalla pubblicazione di alcuni atti, senza prevedere la possibilità di occultare una parte dei suoi elementi. Il Consiglio di Stato ha ritenuto di non potersi sostituire all'autorità (nel caso di specie, la *Commission nationale de l'informatique et des libertés*), cui il legislatore ha istituzionalmente attribuito il compito di apprezzare la necessità di un'eccezione alla pubblicazione, ma di potersi pronunciare solo sulla legittimità di quest'eccezione e sulle sue conseguenze in termini di opponibilità del testo.

²¹ R. VANDERMEEREN, *La procédure contentieuse administrative et les secrets de l'administration*, in *Actualité juridique du droit administratif*, 1999, p. 61.

Il Consiglio di Stato²² ha ricordato che il potere esecutivo, in virtù dell'articolo 26-I e 26-III della legge del 6 gennaio 1978, possa decidere, a titolo eccezionale, di non pubblicare alcuni dati inerenti alla sicurezza ed alla difesa dello Stato, quando l'impedimento alla pubblicazione debba ritenersi giustificato alla luce della finalità perseguita.

Nel caso di specie, il Consiglio di Stato ha ritenuto che l'istruttoria supplementare gli avesse permesso di valutare adeguatamente il testo, tanto da poter giungere alla conclusione, da un lato, che esso riguardava la sicurezza dello Stato (lotta contro lo spionaggio ed il terrorismo) e, dall'altro, che la sua mancata pubblicazione risultava proporzionata rispetto alle finalità perseguite, oltre che assistita da garanzie sufficienti (pubblicazione della decisione di non pubblicare gli atti, al fine di permettere un diritto al ricorso; acquisizione del parere preliminare ed obbligatorio – anche se non vincolante – della Commissione nazionale dell'informatica e delle libertà, è pubblicato sulla Gazzetta ufficiale; acquisizione del parere preliminare del Consiglio di Stato; previsione dell'accesso ai dati registrati come determinato dalla legge del 6 gennaio 1978).

In definitiva, si è ritenuto che il decreto non ledeva in modo sproporzionato il diritto alla protezione della vita privata e familiare né l'articolo 8 della CEDU.

²² Cfr CE, 9° e 10° sezioni riunite, 10 aprile 2010, n. 320196.

3.2.2. Il processo penale

In assenza di una disciplina organica sulla tutela del segreto nel processo penale, possono qui passarsi in rassegna alcuni elementi che si ritengono più caratterizzanti.

a) Nel suo parere del 5 aprile 2007, il Consiglio di Stato si è concentrato sull'applicazione del segreto nel processo penale, ed in particolare sull'articolo 81 del codice di procedura penale, secondo il quale "il giudice istruttore procede, conformemente alla legge, a tutti gli atti d'informazione che ritiene utili per l'accertamento della verità". Posto questo principio, le prerogative che il codice di procedura penale conferisce al giudice istruttore non gli consentono comunque di accedere ai segreti della difesa nazionale, pena la violazione del divieto sancito dall'articolo L 413-9 del codice penale.

L'oggetto specifico del parere riguardava le perquisizioni effettuate dal giudice istruttorio istruttore in luoghi coperti da segreto.

Prima della legge n. 2009-928 del 29 luglio 2009, le norme relative alle perquisizioni in luoghi coperti da segreto della difesa non erano chiare, come evidenziato dal parere, le cui conclusioni sono state, poi, recepite dal legislatore.

Il Consiglio di Stato ha, in primo luogo, precisato che la perquisizione decisa in applicazione dell'articolo 94 del codice di procedura penale non poteva integrare il reato di cui all'articolo L 413-7 del codice penale, il quale punisce con sei mesi di reclusione e con un'ammenda di 7500 euro il fatto di introdursi senza autorizzazione nei locali e nei terreni dei servizi concernenti la difesa nazionale nei quali la circolazione sia vietata e che siano delimitati per proteggere dei segreti. Il giudice istruttorio non doveva, quindi, richiedere un'autorizzazione per entrare in una zona del genere, anche se doveva assicurarsi che la sua presenza non potesse essere all'origine di una divulgazione del segreto della difesa

Il Consiglio di Stato avvertiva due rischi: quello della conoscenza – da parte del giudice – di documenti classificati e quella del rischio della divulgazione di essi dovuto alla sua presenza nel luogo.

Si poneva, quindi, un problema di fronte alla perquisizione in ambienti in cui documenti classificati fossero presenti: se le risultanze di essa venivano inserite nel fascicolo, diventavano necessariamente accessibili alle parti, ciò che implicava una violazione del segreto sanzionata penalmente; se invece non erano integrate, la conservazione del documento che le conteneva da parte del giudice poteva essere all'origine della nullità della procedura, poiché i principi del diritto di difesa e del processo equo impongono che gli imputati o i loro avvocati abbiano la disponibilità degli stessi documenti di cui è in possesso il giudice.

In risposta alle difficoltà evidenziate, la legge adottata ha previsto, nel corso delle perquisizioni, l'intervento del Presidente della CCSDN, che è stato configurato come il garante dei documenti classificati trovati sul luogo e che dovranno essere sottoposti alla procedura di declassificazione.

b) Alcune sentenze della Corte di cassazione nelle quali si è posto un problema legato al segreto della difesa nazionale possono essere utili per valutare le conseguenze della sovrapposizione di informazioni classificate, declassificate e non classificate.

La sentenza della Corte di cassazione (Crim.) del 30 settembre 2008, n. 07-82.249, ha riguardato un caso che ha avuto un'eco particolarmente importante nei media e nella vita politica francese, ovverosia quello della “*cellula dell'Eliseo*”. Dal 1983 al 1986, il direttore di gabinetto del Presidente della Repubblica, un direttore di gabinetto del Primo ministro, alti dirigenti della funzione pubblica, alti dirigenti della polizia e dei carabinieri (detti cellula dell'Eliseo) avevano avuto il compito di intercettare le linee telefoniche e la corrispondenza di numerose personalità, tra cui giornalisti, artisti ed avvocati.

Nel processo contro questi funzionari, i giudici si basavano, oltre che su dati emersi nella stampa, su documenti provenienti da dati informatici e da bande magnetiche – acquisite durante una perquisizione nel garage del direttore della cellula – che facevano emergere le idee politiche, filosofiche e le appartenenze sindacali degli interessati. I giudici, in ordine al contenuto dei documenti perquisiti, hanno ritenuto che gli imputati non potessero contestarli, in quanto non avevano fatto appello avverso la sentenza che li condannava.

L'istruzione probatoria si basava, dunque, su elementi sequestrati che non erano stati classificati. Non mancavano, però, documenti classificati; ancora, altri documenti erano stati declassificati (tra questi ultimi, però, non pochi erano stati distrutti). In ogni caso, la declassificazione generale del caso ha avuto come conseguenza che gli imputati che invocavano il segreto della difesa per non rispondere ai giudici non hanno più potuto avvalersi di questa facoltà.

In una sentenza del 19 novembre 2008 (Cass. Crim., 19.11.2008, n. 08-80581²³), poi, la Corte di cassazione si è pronunciata su un caso di tangenti su fondi versati da una società a favore di un movimento politico straniero.

L'imputato era Yves X., deputato europeo dal 1989 al 1999 e consigliere municipale di Parigi dal 1993 al 1999, membro di un partito politico che aveva avuto un ruolo importante nelle relazioni con un movimento di opposizione in Angola. Da alcuni documenti bancari, emergevano i movimenti finanziari tra la società Elf e detto gruppo di opposizione angolano. I finanziamenti erano stati posti in essere al fine di assicurare la protezione degli impianti della società e del suo personale: in proposito, era stato concluso un accordo classificato come “segreto della difesa”. Era però emerso che una parte del denaro era stata depositata su un conto corrente in Svizzera intestato dell'imputato. Elf lo aveva quindi denunciato per abuso di beni societari, in quanto queste somme sarebbero state una tangente occulta ottenuta dall'imputato.

²³ Il testo della sentenza è consultabile *on line* alla pagina <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000019922061&fastReqId=301172575&fastPos=1>.

Onde rifiutare di rispondere alle domande rivoltegli, Yves X. si avvaleva del “segreto della difesa” e degli articoli 6 §1 e §2 della CEDU.

I giudici hanno ritenuto l'imputato colpevole, in quanto emergeva dai documenti che questi aveva utilizzato personalmente una parte di quelle somme per acquisire, dopo aver fatto transitare quei fondi su vari conti bancari, un terreno ad Ibiza e per costruirci una villa e non per aiutare a finanziare un movimento politico di opposizione in Angola. I documenti coperti dal segreto di Stato sono stati ritenuti privi di collegamento con le somme ricevute dall'imputato.

Questo esempio dimostra come il giudice penale valuti l'insieme degli elementi di cui dispone; il segreto di Stato, anche se opposto, non ha l'effetto di impedire che il processo sia portato avanti sulla base di altri elementi.

3.2.3. La questione prioritaria di costituzionalità sollevata dalla Corte di cassazione il 31 agosto 2011

Con la decisione del 31 agosto 2011, la Corte di cassazione (Cass. Crim., n. 11-90.065) ha sollevato una questione prioritaria di costituzionalità, in applicazione dell'articolo 61-1 della Costituzione, a proposito delle norme contenute in vari codici concernenti il segreto della difesa nazionale²⁴.

Sono oggetto di contestazione, in particolare, gli articoli da L 2311-1 a L 2312-8 del codice della difesa, da L 413-9 a L 413-12 del codice penale, e L 56-4 del codice di procedura penale.

Si lamenta, in primo luogo, la limitazione delle possibilità per l'autorità giudiziaria di accedere ad informazioni classificate “segreto della difesa”, laddove la loro conoscenza sarebbe necessaria per l'accertamento della verità; in secondo luogo, si contesta il fatto che detta autorità possa acquisire conoscenza di queste informazioni solo dopo la decisione dell'autorità ministeriale e dopo il parere dell'autorità amministrativa; in terzo luogo, si contesta il fatto che l'autorità giudiziaria possa accedere ad alcuni luoghi solo dopo che siano stati declassificati, e che possa procedere a sequestri in questi luoghi solo in presenza del presidente della commissione consultiva del segreto della difesa nazionale.

La Corte di cassazione ha ritenuto che tale disciplina si ponga in contrasto con vari principi costituzionali, quali il diritto ad un processo equo e la separazione dei poteri, nonché con l'obiettivo costituzionale del perseguimento degli autori dei reati.

Il *Conseil constitutionnel* deve pronunciarsi entro tre mesi dal deposito della questione.

²⁴ S. BRONDEL, *Le dispositif du secret-défense soumis au juge constitutionnel*, in *Actualité Juridique du Droit Administratif*, 2011, p. 1655.

GERMANIA

di Maria Theresia Rörig

1. Aspetti generali

Nell'ordinamento tedesco non esiste una normativa organica ed unitaria sul segreto di Stato. Quest'ultimo non trova nemmeno menzione nella Legge fondamentale (LF). La nozione di "segreto di Stato" viene definita solo nel capitolo sul "Tradimento della patria e messa in pericolo della sicurezza esterna" del codice penale (*Strafgesetzbuch*, in breve *StGB*). Ai sensi dell'art. 93 *StGB*: "(1) Sono segreti di Stato fatti, oggetti o conoscenze accessibili solamente ad una limitata sfera di persone e che devono essere mantenuti segreti ad una potenza straniera, per impedire il pericolo di un grave pregiudizio alla sicurezza esterna della Repubblica federale di Germania. (2) Non sono segreti di Stato i fatti che confliggono con i principi fondamentali dell'ordinamento liberal-democratico o con i patti internazionali di limitazione degli armamenti stipulati dalla Repubblica federale di Germania nel rispetto della segretezza nei confronti degli alleati".

Dunque, per il diritto penale, i segreti di Stato sono esclusivamente riferiti alla sicurezza esterna della Germania¹. Non rileva, peraltro, l'apposizione ovvero la qualifica formale di fatti, oggetti o conoscenze come segreto di Stato, ma piuttosto la sussistenza "materiale" di tali segreti, ovvero la necessità di segretezza nel caso concreto. La classificazione formale, comunque, può ovviamente essere un indizio per la segretezza dei fatti, oggetti o conoscenze.

Per quanto riguarda gli altri settori dell'ordinamento, si rintraccia una pluralità di disposizioni sparse (a livello federale e dei *Länder*) potenzialmente riferibili al tema del segreto di Stato, che riguardano, tra l'altro: l'accesso alle informazioni e l'uso delle stesse², l'obbligo di riservatezza in

¹ In tale ottica, è penalmente punibile il tradimento della patria, la divulgazione (colposa) di segreti di Stato, il procacciamento di notizie concernenti la sicurezza dello Stato, la rivelazione di c.d. segreti illegali o di quelli erroneamente ritenuti illegali, l'attività di agente traditore della Patria, etc.; cfr. artt. 94 ss. *StGB* (per una traduzione della *StGB* in italiano, v. S. VINCIGUERRA, *Il codice penale tedesco*, in *Casi, Fonti e Studi per il diritto penale*, serie II, 21, Cedam, Milano 2003).

² Disposizioni al riguardo si ravvisano tra l'altro nel codice di procedura penale (*Strafprozessordnung – StPO*; cfr. l'art. 96 *StPO*; con riguardo all'accesso da parte di autorità pubbliche e persone fisiche ad atti e dati giudiziari ed alla loro trasmissione per scopi estranei al processo penale di appartenenza, v., invece, gli artt. 474 *StPO* ss.); nella legge sulla giustizia amministrativa (*Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO*); nelle leggi sui procedimenti amministrativi (*Verwaltungsverfahrensgesetze – VwVfG*); nella legge sulla libertà di informazione (*Informationsfreiheitsgesetz*); nella legge sulle informazioni ambientali (*Umweltinformationsgesetz – UIG*); nella legge sugli archivi federali (*Bundesarchivgesetz – BArchG*); nella legge per il miglioramento delle informazioni relative alla salute a beneficio dei consumatori (*Gesetz zur Verbesserung der gesundheitsbezogenen Verbraucherinformation – VIG*), etc. V. anche la legge federale sulle telecomunicazioni (*Telekommunikationsgesetz – TKG*) del 22 giugno 2004, da ultimo modificata il 24 marzo 2011. In merito ad intercettazioni effettuate su richiesta dei servizi segreti federali, v. la legge sulla limitazione del segreto epistolare, postale e delle telecomunicazioni (costituzionalmente tutelato), la c.d. legge

capo a determinati soggetti³, la segretezza di determinate informazioni ed il diverso grado della segretezza⁴, il trattamento ed il controllo dei soggetti in contatto con determinate informazioni o atti segreti o riservati, il diritto di rifiutare la consegna di informazioni o atti che, se resi noti, potrebbero pregiudicare il bene comune e quello della Repubblica federale di Germania o dei *Länder*, il controllo giudiziario sul rifiuto di esibire atti ed informazioni da parte delle autorità; i vari servizi segreti (*Militärischer Abschirmdienst*⁵ e *Bundesnachrichtendienst*⁶) e le autorità di tutela costituzionale (*Verfassungsschutzbehörden*)⁷, il controllo parlamentare dei servizi segreti, etc.

In sostanza, le disposizioni potenzialmente attinenti anche al tema del segreto di Stato sono assai numerose e, spesso, difficilmente riconducibili a sistema, anche a causa di clausole (con formulazioni molto) generali. Ne discende l'auspicio di un intervento legislativo razionalizzatore.

Alla luce di quanto fin qui esposto, emerge che in questa sede si potrà solo dare un quadro sintetico di ciò che si intende in Germania per informazioni e atti segreti dello Stato, e su come viene disciplinato il loro utilizzo e l'accesso alle stesse. Al riguardo si deve, infatti, ulteriormente limitare l'attenzione sulla descrizione delle principali norme costituzionali e sub-costituzionali che riguardano il *controllo* del segreto di Stato, con particolare riferimento alla funzione giurisdizionale (dall'accesso delle autorità giudiziarie alle informazioni segrete al controllo giudiziario del rifiuto della produzione di informazioni o di atti ritenuti confidenziali dalle autorità amministrative competenti).

2. L'apposizione del segreto

Come accennato, la nozione specifica di "segreto di Stato" figura solo nel codice penale e la sua tutela prescinde da una formale apposizione. Ciò non significa però che vi sia una rinuncia ad una qualsiasi forma di classificazione (anche formale) della riservatezza sulle informazioni o sui

sull'articolo 10 della Costituzione (*Artikel G-10 Gesetz*) del 26 giugno 2006, da ultimo modificata il 31 luglio 2009. V., ancora, la *Stasi-Unterlagen-Gesetz - StUG* del 20 dicembre 1991, nella sua versione del 5 febbraio 2009, che ha permesso l'apertura di tutti i *dossiers* in mano al Ministero per la Sicurezza di Stato (MfS), su cui, tuttavia, in questa sede non ci si potrà soffermare.

³ V., ad es., la legge sui funzionari federali (*Bundesbeamtengesetz - BBG*) del 5 febbraio 2009, da ultimo modificata il 28 aprile 2011.

⁴ V., in particolare, la legge federale che disciplina i presupposti e la procedura del controllo di sicurezza (*Sicherheitsüberprüfungsgesetz*) del 20 aprile 1994, nella versione del 26 febbraio 2008, ed i relativi regolamenti, come la *Verschlusssachen-Anweisung (VSA)* del Ministero federale dell'Interno.

⁵ Disciplinato nella *Gesetz über den militärischen Abschirmdienst (MAD-Gesetz - MADG)*, del 20 dicembre 1990 nella sua versione del 5 gennaio 2007.

⁶ Disciplinato nella *Gesetz über den Bundesnachrichtendienst (BND-Gesetz - BNDG)*, del 20 dicembre 1990, da ultimo modificata il 31 luglio 2009. Il BND opera come "un sistema di allarme" per quanto riguarda minacce ad interessi tedeschi all'estero (o dall'estero), raccogliendo e valutando informazioni in materia di terrorismo internazionale, proliferazione delle armi di distruzione di massa, spionaggio industriale, crimine organizzato, traffico di droga o armi, riciclaggio di valuta, immigrazione illegale e informazione militare.

⁷ V. la *Bundesverfassungsschutzgesetz (BVerfSchG)*, del 20 dicembre 1990 nella versione del 31 luglio 2009.

documenti in possesso dei pubblici poteri. Infatti, l'art. 4, comma 1, del *Sicherheitsüberprüfungsgesetz (SÜG)* del 20 aprile 1994, e successive modifiche, che disciplina il trattamento ed il controllo di tutte le persone che sono in contatto con informazioni segrete/confidenziali definisce la nozione di "*Verschlusssache (VS)*", cioè della "informazione classificata" (letteralmente "oggetto sotto chiusura"). *Verschlusssachen* sono fatti, oggetti o conoscenze che devono essere mantenuti segreti nell'interesse pubblico, a prescindere della loro forma (documenti scritti, grafici, mappe, fotografie, dati elettronici, segnali elettrici, apparecchi, impianti tecnici, comunicazioni in forma orale, etc.).

Il sistema di protezione di tali *Verschlusssachen* si basa, in prima battuta, sul livello di confidenzialità che esse rivestono, giacché dal livello di segretezza/confidenzialità attribuita alle stesse dalla rispettiva autorità competente discendono conseguenze soprattutto in ordine alle modalità di conservazione e di trattamento delle informazioni *de quibus*.

L'art. 4, comma 2, *SÜG*, nonché la *Allgemeine Verwaltungsvorschrift des Bundesministeriums des Inneren zum materiellen und organisatorischen Schutz von Verschlusssachen (Verschlusssachenanweisung - VSA)*, ovvero l'atto amministrativo del Ministero federale dell'Interno per la tutela materiale ed organizzativa di *Verschlusssachen* del 31 marzo 2006 (nella versione del 26 aprile 2010), individuano quattro livelli di classificazione, in rapporto alla gravità delle conseguenze che una eventuale divulgazione potrebbe avere: (i) quello dei *Verschlusssachen* "segretissimi" (*streng geheim*), la cui conoscenza da parte di terzi non autorizzati potrebbe mettere in pericolo l'esistenza o interessi d'importanza vitale della Repubblica federale di Germania o di un *Land*, (ii) quello dei *Verschlusssachen* "segreti" (*geheim*), dalla cui conoscenza da parte di terzi non autorizzati potrebbe attendersi un pericolo per la sicurezza della Repubblica federale di Germania o di un suo *Land* o un grave danno per i suoi interessi, (iii) quello dei *Verschlusssachen* "riservatissimi/confidenziali" (*vertraulich*), dalla cui conoscenza da parte di terzi non autorizzati potrebbe attendersi un pregiudizio per gli interessi della Repubblica federale di Germania o di un suo *Land*, e (iv) quello dei *Verschlusssachen* "riservati", ovvero destinati solo ad uso interno del servizio (*nur für den Dienstgebrauch*), la cui conoscenza da parte di terzi non autorizzati potrebbe essere svantaggiosa per gli interessi della Repubblica federale di Germania o di un suo *Land*.

Vale il principio secondo cui una persona deve avere conoscenza di una *Verschlusssache* solo se necessario per l'esercizio delle sue funzioni. Il grado della classificazione deve corrispondere alla reale necessità di riservatezza. Vengono regolarmente effettuati controlli sulle classificazioni e sull'adeguata attuazione delle disposizioni di legge da parte dei singoli responsabili per la tutela della segretezza (*Geheimschutzbeauftragte*).

Simili disposizioni circa la definizione e la classificazione dei c.d. *Verschlusssachen* si rinvencono in alcune leggi dei *Länder* ed anche nel Regolamento per la tutela della segretezza (*Geheimschutzordnung - GSO*) del *Bundestag* tedesco del 25 giugno 1980, con successive modifiche, relativamente ai *Verschlusssachen* che provengono dal *Bundestag* o che vengono comunicati al *Bundestag*, alle sue commissioni o ai suoi membri.

Quanto ai soggetti coinvolti in sede di apposizione del segreto, l'art. 4 *SÜG* e gli artt. 2 e 3 *VSA* prevedono semplicemente che i *Verschlussachen* vengano classificati in ragione della necessità della loro tutela *da un ufficio* (c.d. "*amtliche Stelle*") o *su iniziativa* dello stesso. Ai sensi dell'art. 8 *VSA*, spetta all'ufficio da cui proviene la *Verschlusssache* la determinazione della necessità di apposizione del segreto e del livello di classificazione. La direzione di ogni ufficio è comunque responsabile per la corretta attuazione della *VSA* ed incarica, se si tratta di determinate autorità del *Bund*, un c.d. *Geheimschutzbeauftragten* (un responsabile per la tutela della segretezza).

La *VSA* contiene disposizioni dettagliate sulle rispettive competenze e responsabilità, sull'eventuale coinvolgimento del *Geheimschutzbeauftragten* presso i vari servizi o uffici (presso le autorità superiori del *Bund*), sul ruolo del c.d. Ufficio federale per la sicurezza, sul trattamento delle *Verschlusssachen* (modifiche di livello, annullamento della classificazione, conservazione, riproduzione, trasmissione, accesso da parte di persone autorizzate – soggetti al controllo ai sensi dell'*SÜG* –, archiviazione, misure tecniche di sicurezza, etc.).

L'ufficio competente circa la classificazione ha un margine di valutazione discrezionale in merito alla determinazione della necessità di segretezza; su tale determinazione, il controllo giurisdizionale ha una portata limitata⁸.

I soggetti competenti alla classificazione ai sensi della *GSO* del *Bundestag* sono invece il Presidente del *Bundestag* o quello di una Commissione parlamentare nonché altri uffici autorizzati dal Presidente stesso.

3. Gli interessi coinvolti

L'art. 5 della Legge fondamentale (LF)⁹ garantisce la libertà di informazione – anche intesa come diritto all'accesso all'informazione – nei limiti previsti dalle leggi "generalì" (*allgemeinen Gesetze*) vigenti.

Tale diritto fondamentale viene rafforzato dalla previsione costituzionale di una efficace tutela giudiziaria, che trova in generale la sua base nel postulato dello Stato di diritto e che viene, con riferimento agli atti dei pubblici poteri, espressamente sancita nell'art. 19, comma 4, LF¹⁰: "*Chiunque è leso nei suoi diritti dal potere pubblico può adire l'autorità giudiziaria. Qualora non*

⁸ Tuttavia si segnala che la mera qualifica di una informazione come *Verschlusssache* non giustifica l'esclusione del diritto all'accesso ad informazioni ai sensi della legge federale sul libero accesso alle informazioni. La classificazione deve piuttosto basarsi sugli specifici motivi che giustificano l'adozione della qualificazione in esame; cfr. BVerwGE del 29 ottobre 2009, 7 C 21.08.

⁹ Cfr. versione italiana della LF (aggiornata al 2006): <http://www.comites-monaco.de/documentazione/60Costituzioni.pdf>.

¹⁰ V., inoltre, l'art. 103, comma 1, LF, che sancisce il diritto di essere ascoltati, il che presuppone, tra l'altro, l'accesso a determinate informazioni.

sia stata stabilita una diversa competenza, il ricorso è proposto innanzi alla giurisdizione ordinaria. È fatto salvo il disposto dall'articolo 10, secondo comma, secondo periodo”.

D'altro canto, il segreto di Stato, come altri segreti ufficiali, merita tutela in quanto è essenziale o comunque mira alla protezione dell'ordinamento liberale democratico, della sicurezza nazionale e di altri beni, interessi o valori di rango costituzionale.

Gli interessi contrapposti devono essere conciliati nella logica della c.d. “*praktische Konkordanz*” (bilanciamento dei diritti e degli interessi potenzialmente in contrasto).

Al riguardo, si nota, al livello sub-costituzionale, la presenza di numerose leggi e disposizioni (sia di diritto sostanziale che di diritto processuale) che limitano l'accesso, l'esibizione e l'utilizzo di informazioni o documenti anche in ragione della loro natura segreta o della loro classificazione.

L'obbligo di segretezza vincola in particolar modo i funzionari¹¹ – non solo quelli oggetto di controllo ai sensi dell'*SÜG* poiché sono in contatto con informazioni sensibili – cui la legge impone di tenere segrete, in linea generale¹², (tutte) le vicende di cui hanno avuto conoscenza durante o in occasione del loro servizio, e di non deporre o fare dichiarazioni in merito a tali vicende, né davanti all'autorità giudiziaria né in ambito stragiudiziale, senza il previo consenso del proprio superiore gerarchico (art. 67 *BBG*¹³ – Legge federale sui funzionari federali)¹⁴. Quest'ultimo può, tuttavia, rifiutare il consenso solo in limitati casi (ovvero quando la deposizione pregiudica il bene del *Bund* o di un *Land*, o mette seriamente in pericolo o rende notevolmente gravoso l'esercizio di cariche pubbliche, art. 68 *BBG*).

I funzionari che non rispettano l'obbligo di segretezza rischiano l'applicazione di una sanzione penale (art. 353b *StGB*¹⁵).

¹¹ Ivi inclusi gli agenti sotto copertura, se svolgono come professione principale quella di funzionario. Un simile dettato normativo si applica anche agli impiegati pubblici, v. anche l'art. 9 *BAT* (contratto collettivo per gli impiegati pubblici del *Bund*).

¹² Escluse dal divieto di divulgazione sono, ad esempio, le informazioni già pubblicamente note o quelle che non necessitano di essere tenute segrete, le semplici comunicazioni nell'ambito del servizio, etc.

¹³ *Bundesbeamtenengesetz – BBG* – del 5 febbraio 2009.

¹⁴ V. anche l'art. 54, comma 1, *StPO*, che riguarda il diritto dei testimoni di astenersi dall'obbligo di deporre e che rinvia, per l'interrogatorio di funzionari pubblici, alle disposizioni del *BBG* e, per i membri degli organi superiori del *Bund*, dei Governi e dei parlamentari, alle rispettive norme specifiche. Il Presidente del *Bund* e del *Bundesrat*, nella sua veste di Vice, possono decidere autonomamente di non deporre, se la loro testimonianza possa pregiudicare il *Bund* o un *Land*.

¹⁵ Art. 353b *StGB* (Violazione del segreto d'ufficio o di uno speciale dovere di segretezza)

(l) Chiunque, senza autorizzazione, rivela un segreto che gli è stato confidato o altrimenti reso noto in quanto

1. pubblico ufficiale,

2. incaricato di un pubblico servizio, oppure

Dal momento che, senza la previa autorizzazione del loro superiore gerarchico, i funzionari non sono legittimati a fornire informazioni o a rendere dichiarazioni circa vicende segrete attinenti al loro servizio, la magistratura, nel corso di un giudizio, non ha di per sé il potere di assumere una dichiarazione o una testimonianza in merito ad informazioni relative ai segreti dello Stato¹⁶.

Anche alcune norme processuali (ad es., gli artt. 99 *VwGO* e 96 *StPO*)¹⁷, di cui si parlerà *amplius infra*, prevedono in capo alle autorità pubbliche il diritto di rifiutare la produzione di documenti ed

3. persona che esercita funzioni o poteri secondo la normativa sulla rappresentanza del personale,

ponendo in tal modo in pericolo importanti interessi pubblici, è punito con la pena detentiva fino a cinque anni o con la pena pecuniaria. Se l'autore, con tale fatto, ha posto colposamente in pericolo importanti interessi pubblici, è punito con la pena detentiva fino ad un anno o con la pena pecuniaria.

(2) Chiunque, fuori dei casi di cui al comma 1, senza autorizzazione, lascia che pervenga ad altri o rende pubblicamente noto un oggetto o una notizia alla cui segretezza egli

1. è vincolato, in ragione della deliberazione di un organo legislativo federale o di un *Land* o di una loro commissione, o

2. è formalmente vincolato, in ragione di un altro ufficio pubblico, dall'indicazione della punibilità per la violazione dell'obbligo al segreto,

ponendo in tal modo in pericolo importanti interessi pubblici, è punito con la pena detentiva fino a tre anni o con la pena pecuniaria.

(3) Il tentativo è punibile.

(4) Il fatto viene perseguito previa su autorizzazione. L'autorizzazione viene concessa

1. dal presidente dell'organo legislativo

a) nei casi di cui al comma 1, qualora il segreto sia stato rivelato all'autore durante la sua attività presso o per un organo legislativo federale o di un *Land*,

b) nei casi di cui al comma 2, n. 1;

2. dalla superiore autorità federale

a) nei casi di cui al comma 1, qualora il segreto sia stato rivelato all'autore durante la sua attività presso o per un'autorità pubblica o presso o per un altro ufficio pubblico federale,

b) nei casi di cui al comma 2, n. 2, qualora l'autore sia obbligato al mantenimento del segreto in ragione di un ufficio pubblico ricoperto;

3. dall'autorità superiore del *Land* in tutti gli altri casi previsti dai commi 1 e 2, n. 2.

¹⁶ Il rifiuto dell'autorizzazione – che può anche essere revocato – è quindi in generale vincolante per il giudice (v. *infra*, par. 5). Ciò nonostante, detto rifiuto, in quanto atto amministrativo (*Verwaltungsakt*), può essere oggetto di impugnazione da parte delle parti interessate (ma non da parte del giudice) dinnanzi alla giustizia amministrativa. Inoltre, se il giudice ritiene che il rifiuto sia palesemente illegittimo, può presentare una c.d. rimostranza e, se del caso, presentare un ricorso gerarchico.

¹⁷ Altre disposizioni sono l'art. 26, comma 2, *BVerfGG* (legge sul tribunale costituzionale), relativo ai documenti che riguardano la sicurezza dello Stato; l'art. 116 *SGG* (legge sulla giustizia sociale), con una struttura simile a quella di cui all'art. 99 *VwGO*, ma senza possibilità di adire un giudice nel caso di rifiuto di produzione, che in questo caso

informazioni, in particolare quando dalla loro divulgazione potrebbe derivare un pregiudizio per il *Bund* o un *Land*.

L'art. 96 *StPO* impone, anzi, ai giudici di astenersi dal richiedere documentazione quando le autorità competenti considerino che da tale richiesta possa derivare un pregiudizio per lo Stato. In questo senso, l'ultima parola in ordine alla tutela dei segreti spetta all'Esecutivo con ciò venendosi a realizzare un certo contrasto con i principi di libertà di informazione e della tutela giudiziaria contemplati della Legge fondamentale (art. 19, comma 4, LF). Comunque, esistono strumenti processuali che permettono un limitato controllo giudiziario della decisione dell'Esecutivo proprio al fine di bilanciare gli interessi in conflitto.

Oltre al controllo giudiziario, l'ordinamento tedesco conosce un pur limitato controllo parlamentare in materia di segreto¹⁸. La c.d. Legge sul controllo parlamentare delle attività dei servizi segreti federali (ovvero del *Militärischer Abschirmdienst*, del *Bundesnachrichtendienst* e del *Bundesamt für Verfassungsschutz*) del 4 agosto 2009 (in breve: *PKGrG* che riforma quella precedente del 1978, nella sua versione del 2001). Sebbene tale legge non impedisca al Governo federale di rifiutare il rilascio di informazioni in merito a determinati fatti, in particolare quelli attinenti il "nucleo della auto-responsabilità dell'Esecutivo" (v. *infra*), richiede tuttavia che il rifiuto venga motivato e giustificato davanti ad una apposita Commissione parlamentare di controllo.

Concludendo, dalle varie norme di livello sub-costituzionale emerge un certo contrasto tra le garanzie della libertà di informazione e della tutela giudiziaria, da un lato, e la possibilità di veto dell'Esecutivo circa la divulgazione al Parlamento o alla magistratura, dall'altro. Tramite la previsione di un (limitato) controllo del veto, che sarà illustrato nel prosieguo, il legislatore tedesco ha cercato di conciliare tale contrasto.

4. Il controllo parlamentare

Uno dei principi fondamentali del diritto parlamentare tedesco è che il *Bundestag* debba disporre di informazioni sufficienti per poter esercitare in modo efficace il controllo sul potere esecutivo (controllo radicato nel principio democratico di cui all'art. 20, comma 1, LF)¹⁹.

necessita invece di una dichiarazione da parte del Governo; art. 86 *FGO* (legge sulla giustizia in materia finanziaria), che corrisponde essenzialmente a quanto disposto dall'art. 99 *VwGO*; e l'art. 142 *ZPO* (codice di procedura civile), che esonera i terzi dall'obbligo di esibire la documentazione se l'esibizione risulti irragionevole o nel caso in cui questi possano astenersi dalla facoltà di deporre (come nel caso dei soggetti tenuti alla segretezza: v. anche *infra*).

¹⁸ *Gesetz über die parlamentarische Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeit des Bundes*. Ai sensi dell'art. 45d LF – introdotto a seguito degli eventi dell'11 settembre 2001 – il *Bundestag* nomina una commissione per il controllo dei servizi segreti del *Bund*. I particolari vengono disciplinati da una legge federale, il *PKGrG*.

¹⁹ Il controllo è svolto ad opera, non del *plenum* o delle commissioni, ma anche del singolo parlamentare. Il *Bundesverfassungsgericht* desume, infatti, dall'art. 38, comma 1, LF (garanzia dello *status* dei parlamentari) il diritto all'accesso ad informazioni (BVerfGE 70, 324, 355).

Il *Bundestag* controlla anche certe attività dei servizi segreti²⁰. Si tratta fondamentalmente di un controllo “politico” e non giuridico. Con particolare riferimento alle informazioni attinenti ai servizi segreti, esercita in primo luogo un “controllo ordinario” mediante le Commissioni parlamentari permanenti che controllano ogni Ministero, poiché ogni servizio dell’*intelligence* dipende da un Ministero. Il Parlamento può inoltre creare c.d. Commissioni d’inchiesta (*Untersuchungsausschüsse*) su materie di pubblico interesse, se lo ritiene opportuno. Attraverso il Comitato di fiducia del *Bundestag* (c.d. *Vertrauensgremium*) controlla, poi, i bilanci dei servizi segreti²¹. Questo Comitato, dovendo approvare il bilancio dell’*intelligence*, ha evidentemente un potere non trascurabile.

Di particolare rilievo è, infine, la c.d. Commissione parlamentare di controllo dei servizi dell’*intelligence*, che viene disciplinata dalla già citata legge sul controllo parlamentare dei servizi segreti (*PKGrG*). Ai sensi di tale legge, la maggioranza dei membri del *Bundestag* elegge nel proprio seno i membri della Commissione di controllo. Viene così garantita, da un lato, l’elezione dei soli parlamentari che godono personalmente della fiducia della maggioranza e, dall’altro, la tutela del segreto e della sicurezza, limitando il numero delle persone che hanno accesso alle informazioni ed alle questioni segrete.

Il Governo deve regolarmente informare tale Commissione – che a sua volta è obbligata a tenere riservate le informazioni ricevute – sull’attività generale dei servizi dell’*intelligence* (quindi sullo svolgimento e sugli esiti delle attività tipiche) nonché sulle operazioni di particolare rilevanza (nell’interesse pubblico). Inoltre, la stessa Commissione può esigere dal Governo informazioni sulle altre attività, nonché la consegna dei relativi documenti, atti e dati. Può anche interrogare le persone che appartengono ai servizi segreti o membri del Governo o personale di altre autorità federali, previa notificazione al Governo.

Il Governo può solo rifiutare il rilascio ovvero la produzione di informazioni e documenti relativi alle attività dei servizi segreti (i) per motivi cogenti relativi alla trasmissione di notizie segrete (ad esempio, tramite agenti sotto copertura) o (ii) per motivi di tutela di diritti di personalità di terzi (tutela di dati personali sensibili) o, ancora, (iii) se riguardano il nucleo dell’auto-responsabilità dell’Esecutivo (*Kernbereich der exekutiven Eigenverantwortung*)²². L’ambito così protetto riguarda in particolar modo il processo di formazione della volontà del Governo (iniziativa, consultazione ed

²⁰ Essendo la Germania uno Stato federale, sia il *Bund* che i *Länder* hanno i propri servizi segreti, che devono ovviamente collaborare e scambiarsi informazioni rilevanti.

²¹ In merito, v. BVerfGE 2 BvE 14/83 e 4/84 del 14 gennaio 1986, che ha tra l’altro ritenuto che non sia in contrasto con la Costituzione il fatto che, per motivi cogenti connessi alla tutela di segreti ufficiali, alcuni gruppi parlamentari non siano rappresentati in detto Comitato.

²² Disposizioni simili si ravvisano anche nelle leggi dei *Länder* sulle loro commissioni parlamentari d’inchiesta. La legge federale sulla commissione d’inchiesta del *Bundestag* si riferisce, invece, in maniera più generica ad un diritto di rifiuto del Governo e delle autorità federali nei “limiti costituzionali”, evidenziando comunque la necessità di una sua motivazione.

azione): “più una richiesta parlamentare per informazioni incide sul nucleo della formazione della volontà del Governo, più importante la domanda di informazioni deve essere”²³. L’autonomia del potere decisionale politico del Governo, la sua capacità di adempiere ai compiti costituzionalmente attribuitigli e la sua responsabilità nei confronti del popolo e del Parlamento deve quindi essere garantita²⁴. La tutela del nucleo dell’auto-responsabilità si estende anche all’attività dei servizi segreti se la capacità del Governo di gestire e preparare le attività governative dipendono dalla discussione aperta delle conoscenze dei servizi.²⁵ Da ciò non deriva un’esclusione di determinati strumenti parlamentari, ma solo una loro limitazione. Pertanto, l’interrogazione di collaboratori dei servizi segreti non è necessariamente esclusa; questi, però, se una domanda riguarda il nucleo dell’auto-responsabilità del potere esecutivo, devono astenersi dal rispondere. È controverso se questa forma di tutela si estenda anche all’identità di agenti sotto copertura, visto che ciò non dovrebbe incidere, in linea di massima, sui concreti processi decisionali del Governo.

Nei tre casi sopraindicati, e solo in questi, il Governo ha la possibilità di impedire la deposizione delle persone sottoposte ad interrogatorio. Il Governo deve, però, giustificare specificamente, ed in maniera plausibile, il rifiuto opposto alla Commissione parlamentare.

Nel caso in cui insorga una controversia tra la Commissione e il Governo, può essere adito il *Bundesverfassungsgericht*²⁶.

Al riguardo, si segnalano due sentenze del Tribunale costituzionale federale che sottolineano la necessità che il potere esecutivo giustifichi in maniera dettagliata nei confronti del Parlamento e dei suoi membri la propria decisione di rifiutare determinate informazioni segrete, non essendo sufficiente un mero richiamo formale dell’apposizione del segreto.

In un’ordinanza del 17 giugno 2009 (2 BvE 3/07)²⁷ relativa ad una Commissione parlamentare d’inchiesta (*Untersuchungsausschuss*) su alcune attività (illegali) dei servizi segreti che riguardavano la sicurezza nazionale, il Tribunale ha affermato una violazione del diritto d’inchiesta del *Bundestag* di cui all’art. 44 LF²⁸, poiché il Governo aveva limitato le autorizzazioni per la

²³ Cfr. BVerfGE del 1 giugno 2009, 2 BvE 307 (v. anche *infra*); BVerfGE 67, 100, 139.

²⁴ BVerfGE 9, 268 (281), BVerfGE 677, 100 (139).

²⁵ BVerfGE del 1 giugno 2009, 2 BvE 307; MEHDE in EPPING/HILLGRUBER, *Beck’scher Online-Kommentar, Grundgesetz*, art. 45d GG, n. 10.1, ed. 1° luglio 2011, con ulteriori richiami.

²⁶ Art. 14 PKGrG.

²⁷ V. il comunicato stampa in inglese: <http://www.bverfg.de/pressemitteilungen/bvg09-084en.html>.

²⁸ Art. 44 LF: (I) Il *Bundestag* ha il diritto e, su richiesta di un quarto dei suoi membri, l’obbligo di costituire una Commissione d’inchiesta che raccolga le prove necessarie in seduta pubblica. Il dibattito può avvenire a porte chiuse.

(II) Per la raccolta delle prove si applicano, per quanto è possibile, le norme di procedura penale. Sono fatti salvi il segreto epistolare, postale e delle telecomunicazioni.

(III) I tribunali e le autorità amministrative sono obbligate a prestare assistenza legale e sostegno di carattere burocratico.

deposizione di testi e rifiutato la consegna di documenti senza fornire un'adeguata giustificazione. Un richiamo generico ad un motivo potenzialmente giustificativo dal punto di vista costituzionale, come "il nucleo dell'auto-responsabilità dell'Esecutivo" o le "ragioni del bene dello Stato", non è in alcun caso sufficiente per rifiutare le autorizzazioni e le informazioni. Il Tribunale si è espresso quindi, nel dovuto rispetto del principio della separazione dei poteri, a favore di un ampliamento dei diritti del Parlamento ed ha evidenziato come, in ogni caso, l'interesse del Governo alla protezione del processo decisionale interno debba essere ponderato con l'interesse del Parlamento ad essere informato. L'interesse del Parlamento all'accesso alle informazioni segrete ha, ad avviso del Tribunale, un peso particolare, se le informazioni si riferiscono ad indagini che potrebbero rivelare la violazione del diritto e la commissione di abusi da parte del Governo (v. già *BVerfGE* 110, 199, del 30 marzo 2004). Il Governo deve pertanto fornire una spiegazione dettagliata e specifica e non può rifarsi in termini generici al "segreto di Stato" come giustificazione del rifiuto di fornire l'informazione richiesta. Deve anzi fornire una motivazione che renda possibile verificarne – da ultimo anche da parte del *Bundesverfassungsgericht* – la fondatezza. È stato inoltre ribadito che la tutela degli interessi dello Stato (ivi incluso quello alla sicurezza) è stata attribuita dalla Legge fondamentale in parti uguali e congiuntamente al Governo ed al Parlamento. Il Parlamento ed i suoi organi non devono pertanto essere considerati alla stregua di un terzo da cui bisogna tenere lontane certe informazioni segrete (soprattutto considerando che in capo alla Commissione di controllo sussiste a sua volta un obbligo di segretezza). Il Tribunale ha altresì sottolineato la rilevanza della componente temporale con riferimento al "nucleo di auto-responsabilità": mentre durante il processo decisionale del Governo tale nucleo può apparire meritevole di tutela, ciò non si constata necessariamente dopo la conclusione di tale processo.

Similmente, con ordinanza del 1° luglio 2009 (2 BvE 5/06)²⁹, il Tribunale costituzionale federale si è pronunciato in merito all'obbligo del Governo di fornire informazioni sull'attività dell'agenzia di *intelligence* tedesca (*BND*), la quale aveva raccolto informazioni "segrete" su alcuni parlamentari che successivamente avevano promosso un'inchiesta in merito. Il giudice costituzionale ha ritenuto che il Governo dovesse adeguatamente motivare il rifiuto di fornire le informazioni richieste per non porsi in contrasto con la Costituzione, cosa che non aveva fatto nel caso di specie, essendosi limitato a fornire motivazioni superficiali o solo formali.

Quanto sopra non implica, ovviamente, che l'interesse alla segretezza delle attività dei servizi segreti abbia di per sé o necessariamente un peso inferiore rispetto alla necessità del controllo parlamentare³⁰. La funzionalità dei servizi segreti contribuisce in maniera importante alla tutela dell'ordinamento liberale democratico, alla continuità ed alla sicurezza del *Bund* e dei *Länder* e

(IV) Le decisioni delle Commissioni d'inchiesta sono sottratte ad ogni discussione davanti ai tribunali. I tribunali sono del tutto liberi in ordine all'apprezzamento ed al giudizio dei fatti sui quali si è svolta l'inchiesta.

²⁹ Cfr. il relativo comunicato stampa del Tribunale in lingua inglese: <http://www.Bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/bvg09-087en.html>.

³⁰ V. anche Bull, DÖV 2008, 751, 756; BVerfGE 70, 324, 358.

rappresenta pertanto un compito costituzionalmente protetto. Si devono, allora, considerare e ponderare nel caso concreto i beni e gli interessi tutelati dai servizi e le loro necessità funzionali. Il mero fatto che le informazioni richieste riguardino la formazione della volontà del Governo non basta comunque per ritenerle inaccessibili, dovendosi verificare, in base alle circostanze concrete, se la consultazione delle informazioni richieste possa pregiudicare la funzionalità e la auto-responsabilità del Governo³¹.

Il controllo parlamentare, in ogni caso, ha un rilievo particolare, dal momento che il controllo giudiziario (su cui v. *infra*) è spesso, di fatto, inesistente o pregiudicato dal fatto che il soggetto cui si riferiscono le indagini segrete non è solitamente a conoscenza delle stesse. In questo senso, il controllo parlamentare, creando in maniera trasparente una certa distanza tra Governo e servizi segreti, completa o compensa, almeno in certa misura, il controllo giudiziario, che spesso non può esplicare la sua piena efficacia per via della segretezza delle attività dell'*intelligence*.

³¹ Cfr. anche BVerfGE, 2 BvK 101, del 30 marzo 2004.

5. L'autorità giudiziaria di fronte al segreto di Stato

Sebbene il legislatore federale non sia intervenuto a disciplinare specificamente gli aspetti processuali connessi al segreto di Stato, ha comunque previsto nei vari codici di diritto processuale norme attinenti, per un verso, all'accesso ed all'utilizzo da parte delle autorità giudiziarie delle informazioni, delle testimonianze e dei documenti ufficiali (ivi inclusi quelli classificati o con contenuto segreto) e, per l'altro, al controllo giudiziario sull'eventuale rifiuto di produzione opposto da parte dell'Esecutivo. Di seguito si fornisce un quadro sintetico delle disposizioni che appaiono di maggiore interesse, e quindi di quelle inerenti alla procedura penale (art. 96 *StPO*³²) ed alla procedura amministrativa (art. 99 *VwGO*³³).

Se, nell'ordinamento tedesco, la decisione dell'autorità amministrativa di *non* fornire accesso ad informazioni, testimonianze e documenti segreti può, in certi limiti, essere oggetto di controllo giudiziario, i presupposti di tale controllo variano a seconda del tipo di procedura in cui il rifiuto venga opposto.

5.1. Il processo penale

Ai sensi dell'art. 96 *StPO* i giudici devono astenersi dal chiedere la consegna di atti e documenti³⁴ ufficiali da parte delle autorità e dei funzionari pubblici quando la suprema autorità competente gerarchicamente superiore (rispetto ai funzionari: il ministro competente ovvero il Presidente del Parlamento od i loro rispettivi rappresentanti) ritenga e dichiari che “dalla conoscenza del contenuto di questi atti o documenti possa derivare un pregiudizio per il *Bund* o per un *Land*” (c.d. *Sperrerklärung*)³⁵. In questo caso l'autorità suprema può quindi impedire la consegna di detti documenti³⁶.

In materia di segreto di Stato, si ritiene che sussista un simile pericolo di pregiudizio, tra l'altro, con riferimento all'esercizio delle funzioni delle cariche dello Stato che sono costituzionalmente

³² Cfr. la versione inglese della *StPO*: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/index.html.

³³ Cfr. la versione inglese della *VwGO*: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_vwgo/index.html.

³⁴ Per “documenti” si intendono, non solo atti scritti, ma anche dati elettronici (non però intere banche dati), video, etc. La nozione deve quindi essere interpretata in senso lato. La norma può trovare applicazione estensivamente anche ad altri oggetti od anche alle informazioni sull'identità dei testimoni nonché degli agenti sotto copertura, ma non può applicarsi agli atti facenti parte del procedimento penale pendente.

³⁵ La previsione riguarda anche gli atti e documenti custoditi dai membri del *Bundestag* o dei parlamenti dei *Länder*.

³⁶ È controverso se l'art. 96 *StPO* limiti il principio della cooperazione ufficiale per la salvaguardia del bene comune o se intenda disciplinare l'obbligo di consegna che, nel caso in cui non venga rispettato senza addurre valide giustificazioni, possa comportare anche il sequestro della relativa documentazione.

legittimate ed alle vicende repressive e preventive del diritto penale³⁷. Anche un pericolo per la vita, la salute o la libertà di un importante o indispensabile agente che si trovi sotto copertura può, eccezionalmente, rappresentare un pregiudizio ai sensi dell'art. 96 *StPO*, sebbene il pericolo riguardante singole persone non sia solitamente considerato una giustificazione tale da legittimare il rifiuto³⁸. Né, infine, si può opporre legittimamente il rifiuto semplicemente sostenendo che la documentazione richiesta concerne fascicoli dell'Agenzia federale della tutela costituzionale (*Bundesverfassungsschutzbehörde*)³⁹.

L'autorità suprema, al fine di autorizzare o meno la consegna della documentazione richiesta, deve ponderare, nell'esercizio della discrezionalità che le è propria, tutte le circostanze e gli interessi coinvolti ed in particolare l'interesse, costituzionalmente tutelato, ad un efficace sistema di tutela penale (che presuppone, appunto, l'accessibilità a tutte le prove), da un lato, e l'interesse dello Stato a mantenere certe vicende segrete (in quanto la loro divulgazione potrebbe pregiudicare particolari funzioni statali), dall'altro: una simile evenienza si riscontra, ovviamente, anche in riferimento alla produzione dei segreti di Stato.

L'autorità suprema deve inoltre motivare la dichiarazione di rifiuto in maniera dettagliata e comprensibile, in modo tale che il giudice penale possa condividere la decisione e la sua motivazione nonché esaminarne la fondatezza sul piano della legittimità⁴⁰.

Infatti, nonostante il silenzio della norma sul punto, giurisprudenza e dottrina sono concordi nell'attribuire al giudice il potere di controllare, entro determinati limiti, la decisione assunta dalla suprema autorità amministrativa, quantomeno sotto il profilo motivazionale e quindi sulla plausibilità dei motivi addotti a sostegno della decisione assunta. Ciò corrisponde al postulato di un'efficace tutela giudiziaria nei confronti di ogni atto adottato da qualsiasi autorità amministrativa, ovvero rispetto ad ogni atto del potere pubblico, anche del potere esecutivo (art. 19, comma 4, LF). La sussistenza, nei casi concreti, di un pregiudizio per la sicurezza dello Stato deve, di conseguenza, essere bilanciata con il pregiudizio che potrebbe arrecarsi al principio della tutela giudiziaria, tenuto conto anche della gravità della fattispecie delittuosa sottoposta al vaglio del giudice penale.

Secondo l'opinione prevalente⁴¹, l'esame della giurisdizione penale deve tuttavia limitarsi a valutare la motivazione della decisione amministrativa circa gli eventuali errori commessi

³⁷ BVerfGE 57, 250, 284, del 26 maggio 1981; BVerfGE 67, 100, 139; BGHSt 29, 109, BGHSt 31, 155; BGHSt 32, 35.

³⁸ V. *supra*; Si noti, al riguardo, che ove sia opposto un rifiuto in simili fattispecie, l'agente sotto copertura (*V-Person*) potrebbe comunque essere ascoltato in video o in audio-conferenza camuffando la sua voce ed occultando il suo aspetto (cfr. BVerfG, 2 BvR 547/08 del 8 ottobre 2009).

³⁹ BVerfG NJW 1987, 202.

⁴⁰ BVerfGE 57, 250, 290, del 26 maggio 1981; BGHSt 29, 109, 112; BGH NStZ 2000, 265 s.; BVerfG NJW 1983, 638.

⁴¹ BGH NStZ 1989, 282.

dall'autorità nell'interpretazione della disposizione e dei fatti sottostanti e nel (mancato) rispetto dei limiti entro cui può svolgersi la valutazione da parte dell'autorità stessa.

Ove nella decisione assunta dall'autorità amministrativa manchi la motivazione ovvero quando il giudice la ritenga erronea ovvero limitata a "frasi fatte", è possibile sollevare una contestazione. Allo scopo, il giudice deve⁴² presentare la c.d. rimostranza (*Gegenvorstellung*), a mezzo della quale tenta di convincere l'autorità a rivedere la propria posizione. Se tale rimostranza non ha esito (fatto che va comunque preso in considerazione nell'ambito della valutazione delle prove) e se ciò potrebbe compromettere il regolare svolgersi del giudizio, si dovrà coinvolgere il Ministero federale di giustizia affinché, a sua volta, presenti una sua rimostranza presso la suprema autorità amministrativa responsabile del rifiuto e se, del caso, insistere affinché, in merito, sia adottata una delibera da parte del gabinetto (*Kabinettsbeschluss*)⁴³.

Se la dichiarazione di rifiuto è addirittura palesemente erronea ed arbitraria⁴⁴ (o se manca del tutto e la consegna viene comunque *de facto* negata⁴⁵), la prova rifiutata può essere oggetto di sequestro. In tali evenienze, infatti, la dichiarazione di rifiuto si considera inesistente o invalida e comunque non vincolante per il giudice.

Problematica e controversa è, tuttavia, la questione se una dichiarazione di rifiuto che non appaia palesemente errata, ma che venga comunque ritenuta erronea dal giudice penale, possa giustificare l'adozione di una misura di sequestro del materiale rifiutato, e se, da una tale dichiarazione, possa emergere un impedimento per la ricerca e l'utilizzo dei c.d. surrogati per la ricerca delle prove. La Corte suprema federale (*BGH*) non ha chiarito la questione in modo definitivo (*BGHSt* 38, 237).

Diversamente, ove ad avviso del giudice penale la dichiarazione di rifiuto resa dall'autorità amministrativa sia priva di errori (quindi legittima), quest'ultima è in ogni caso vincolante per il giudice⁴⁶. Il documento, ovvero la prova richiesta, deve quindi considerarsi "irraggiungibile" (art. 244, comma 3, per. 2, *StPO*). Ovviamente, i riflessi che un legittimo rifiuto possano avere sulla cognizione del giudice dei fatti di causa e sul diritto di difesa dell'imputato devono essere tenuti in massima considerazione nell'ambito della valutazione delle prove risultanti nel processo, se del caso anche applicando il principio "*in dubio pro reo*".

Il giudice, tuttavia, nell'ambito dell'accertamento della verità, deve verificare se sussistono ulteriori ed alternativi mezzi per l'accertamento della prova (c.d. "surrogati", come ad esempio

⁴² BGHSt 32, 115, 125; BGHSt 33, 178, 180; BGHSt 36, 159, 161; BGH NStZ 2010, 445.

⁴³ BGH NStZ 2007, 649.

⁴⁴ Si tratta di casi eccezionali: è il caso, ad esempio, di quando si cerca di rendere difficoltoso l'esame dei fatti verificatisi presso l'autorità coinvolta (si pensi a vicende di corruzione).

⁴⁵ In questo caso, il giudice deve però sollecitare l'autorità suprema a presentare una dichiarazione entro un determinato termine.

⁴⁶ BGHSt 29, 109, 112.

l'interrogazione di "testi indiretti"⁴⁷, l'interrogatorio in videoconferenza del teste oggetto della dichiarazione di rifiuto a condizione che gli venga garantito l'anonimato⁴⁸, etc. In proposito, il giudice di merito è invitato ad un esame particolarmente scrupoloso e critico.

Da un rifiuto legittimo non deriva peraltro un impedimento all'utilizzo delle prove (anche di quelle oggetto di rifiuto), ove – ad esempio – queste siano state *aliunde* svelate⁴⁹.

In ogni caso sussiste, per le parti del processo (non, però, per la Procura della Repubblica né per il giudice), la possibilità di impugnare la dichiarazione di rifiuto davanti al giudice amministrativo⁵⁰ pur quando la dichiarazione sia stata resa dal Ministero della giustizia (v. anche *infra*, par. 5.2.). Si può quindi promuovere un'azione di annullamento (*Anfechtungsklage*) o un'azione di adempimento (*Verpflichtungsklage*) contro tale atto amministrativo (*Verwaltungsakt*)⁵¹.

Nel caso di impugnazione, le parti non possono comunque esigere la sospensione del processo penale in attesa della decisione del giudice amministrativo sulla legittimità del rifiuto⁵². La sospensione può però rivelarsi necessaria alla luce dell'obbligo di ricerca della verità da parte del giudice penale, ciò che gli impone di porre in essere tutte le misure ammissibili per accedere alle prove rilevanti. Si osserva, infatti, che la mancata insistenza del giudice penale presso le autorità amministrative ai fini della consegna del materiale ritenuto rilevante per il processo (anche tramite la c.d. rimostranza), può essere oggetto di una censura per carente esplorazione dei fatti (ai sensi dell'art. 244, comma 2, *StPO*), che rappresenta a sua volta un motivo di ricorso in cassazione (*Revision*).

⁴⁷ Testimonianze indirette da parte di soggetti (funzionari) che riferiscono su informazioni ricevute da altri (come da agenti segreti che devono appunto rimanere anonimi).

⁴⁸ BVerfG NStZ 1991, 445; BVerfG NStZ 2007, 534.

⁴⁹ Spesso si pone, infatti, il problema della utilizzabilità processuale di prove (anche informazioni o dati, ad esempio di quelli rilevati tramite intercettazioni in base alla Legge dell'art. 10 della Costituzione), in presenza di una *Sperrklärung* dei servizi segreti.

⁵⁰ BGHSt 44, 407; BVerwG NStZ 1987, 520.

⁵¹ Con riguardo ai limiti imposti all'impugnazione da parte del giudice, da notare è che, analogamente a quanto rilevato nel testo, nel caso in cui un funzionario non deponga per la mancanza della necessaria autorizzazione del superiore gerarchico (art. 54 *StPO* in combinazione con gli artt. 67 s. *BBG*), le autorità giudiziarie responsabili per l'azione penale non possono impugnare la *Sperrklärung*.

⁵² Il giudice amministrativo valuta se il potere discrezionale dell'autorità in merito al rifiuto è stato esercitato nell'ambito dei presupposti giuridici (necessità di segretezza in ragione dei fatti sottostanti; sussistenza, in caso di divulgazione, di un pregiudizio per il *Bund* o un *Land*, che aggravi ad esempio la futura realizzazione delle funzioni delle autorità responsabili per la sicurezza e la loro cooperazione con altre autorità statali). Nella valutazione circa la sussistenza del requisito della segretezza, si deve tenere conto di tutte le circostanze del caso concreto, quali la gravità del reato in questione, il possibile "peso" che possano avere le informazioni segrete ed i relativi pregiudizi che possano prodursi in capo all'imputato, il pericolo per la vita e la salute degli agenti sotto copertura, etc.

L'interpretazione dell'art. 96 *StPO* che si è venuti descrivendo tiene conto del fatto che il potere esecutivo ha dei compiti che possono porsi in contrasto con quelli dell'autorità giudiziaria penale, e vuole tutelare, entro certi limiti, importanti segreti ufficiali nell'ambito del processo penale⁵³. Per altro verso, l'indipendenza della magistratura fa sì che la c.d. *Sperrerklärung* non conduca ad un impedimento (processuale) per l'utilizzo delle prove ottenute (magari senza l'aiuto dell'autorità). Una valida dichiarazione di rifiuto significa solamente che il giudice penale debba valutare la correttezza, nei limiti sopra indicati, della scelta assunta dall'autorità amministrativa.

Per quanto specificamente attiene alla possibilità dei giudici di esigere testimonianze e deposizioni da parte di funzionari, quindi da parte di soggetti potenzialmente a conoscenza dei segreti di Stato, si è già fatto cenno agli artt. 67 e 68 *BBG* e 37, comma 4, *BeamStG*, cui l'art. 54 *StPO* rinvia⁵⁴. In base a tali disposizioni, l'interrogatorio di un funzionario, per essere espletato, necessita della previa autorizzazione del suo supremo superiore gerarchico (v. *supra*)⁵⁵. Similmente a quanto esposto con riferimento all'art. 96 *StPO*, l'autorizzazione alla deposizione può essere negata solo se dalla stessa possa derivare un pregiudizio per il *Bund* o per un *Land* o un serio pericolo per od aggravio nell'adempimento di funzioni pubbliche (cfr. art. 68 *BBG*⁵⁶).

L'autorità amministrativa, nello stabilire se sussistano i presupposti per opporre il rifiuto ai sensi dell'art. 68 *BBG*, non ha un potere totalmente discrezionale, ma solo un margine di valutazione circa la nozione di "serio" pericolo o aggravio. Al riguardo non deve tener conto solamente del proprio ambito di competenze, ma deve altresì tenere conto dell'alto rango riconosciuto alla ricerca della verità, che spetta al giudice per garantire la giustizia e dell'interesse alla libertà dell'imputato⁵⁷. Anche in questo caso, quindi, vi deve essere una ponderazione degli interessi e dei beni in conflitto nel caso concreto. La decisione deve orientarsi verso lo svolgimento di una procedura che sia conforme ai principi dello Stato di diritto. Il rifiuto dell'autorizzazione deve essere motivato in maniera plausibile e comprensibile e deve fornire al giudice tutti gli elementi per rimuovere eventuali impedimenti. Per quanto possibile, l'autorità è tenuta ad opporre il rifiuto solo

⁵³ BVerfGE 57, 250, 282.

⁵⁴ Cfr. anche l'art. 376 *ZPO*, che rinvia ugualmente al *BBG*. L'art. 98 *VwGO*, recante la normativa rilevante nell'ambito della procedura amministrativa, rinvia invece all'art. 376 *ZPO* e quindi al *BBG*. In altre parole, l'ammissibilità dell'escussione di funzionari come testimoni viene disciplinata nello stesso modo nelle varie procedure.

⁵⁵ Con riferimento al processo penale, si noti tuttavia come spetti in primo luogo al teste decidere se deporre o meno e quindi valutare l'ambito del suo diritto di astenersi dalla deposizione per motivi di segretezza. Se ha dubbi in merito *deve* rifiutarsi di rendere testimonianza. Se è invece disposto a deporre, il giudice non può comunque interrogarlo in merito a fatti che siano evidentemente da tenere segreti. Se il teste depone stesso ugualmente, non ne deriva comunque un impedimento per l'utilizzo della prova.

⁵⁶ Nel caso in cui il funzionario stesso sia parte ovvero sia l'imputato del processo, il rifiuto dell'autorizzazione – in presenza di un pericolo per il *Bund* o per *Land* – può essere giustificato solo per motivi cogenti di rispetto del servizio cui il funzionario è incaricato.

⁵⁷ Cfr. anche BVerfGE 56, 250, 284.

a singole domande o singoli temi oggetto del previsto interrogatorio. Spesso sarà sufficiente che non vengano indicati i dati personali degli agenti sotto copertura ovvero che venga tenuta segreta l'identità dei testi. L'autorizzazione, in ogni caso, può anche essere revocata (ma non con effetto retroattivo).

La decisione di negare l'autorizzazione da parte dell'autorità è vincolante per il giudice. Nel caso di rifiuto, il teste non può essere interrogato: non è più, dunque, un "mezzo di prova". In presenza dell'autorizzazione, il teste deve, di contro, essere obbligatoriamente sentito.

Se il rifiuto si basa tuttavia su una motivazione apparentemente insufficiente od erronea, l'obbligo del giudice penale di chiarire ed esplorare i fatti (*Aufklärungspflicht*) comporta che questi debba presentare una c.d. rimostranza (*Gegenvorstellung*) e, se necessario, promuovere un ricorso gerarchico (*Dienstaufsichtsbeschwerde*).

Un legittimo rifiuto non comporta comunque, in genere, un impedimento processuale per l'utilizzo di prove, ad esempio testimonianze, ottenute *aliunde*.

Anche con riferimento alla testimonianza, le parti del processo (tranne il giudice e la Procura della Repubblica) – quindi i funzionari, l'imputato o le parti civili – possono impugnare la decisione dell'autorità suprema davanti al giudice amministrativo.

Deve, infine, rimarcarsi la presenza di altre norme processuali che sono in grado di contribuire, entro certi limiti, alla tutela della segretezza dei fatti oggetto di interrogazione. L'art. 172, n. 1, *GVG* (*Legge sull'organizzazione della magistratura*) permette l'esclusione del pubblico dall'udienza quando si discuta di fattispecie o vicende attinenti alla sicurezza dello Stato. In tal caso, la stampa in particolare è tenuta al rispetto del divieto di pubblicazione (art. 174, comma 2, *GVG*), peraltro penalmente sanzionato (art. 353d *StGB*). Inoltre, nel caso in cui si teme un pericolo per la sicurezza dello Stato, la presenza dello stesso difensore può essere esclusa, se il giudice lo ritiene opportuno (art. 138b *StPO*).

5.2. Il processo amministrativo

Come accennato, ai sensi dell'art. 99, comma 1, della Legge processuale amministrativa tedesca (*VwGO*)⁵⁸, le autorità amministrative sono tenute (su richiesta dei giudici amministrativi di merito) alla presentazione di atti o documenti, alla trasmissione di documenti elettronici ed al rilascio di informazioni. Le autorità superiori di vigilanza competenti possono tuttavia rifiutare tale presentazione⁵⁹, trasmissione o rilascio (i) se la divulgazione del contenuto degli atti, documenti ed

⁵⁸ La norma si riferisce a tutti procedimenti del processo amministrativo (di tutti gradi, ivi inclusi quelli relativi al controllo di legittimità). Con riferimento al diritto delle telecomunicazioni esiste una apposita disciplina: l'art. 138 *TKG*.

⁵⁹ La norma si limita a disciplinare il diritto al rifiuto della presentazione ma non prevede, per i casi di rifiuto tardivo nessun obbligo di restituzione o impedimento per l'utilizzabilità della prova.

informazioni possa pregiudicare il *Bund* o un *Land* oppure (ii) se le vicende debbano essere, per legge o per loro natura, tenute segrete.

Circa la nozione del “pregiudizio per il *Bund* o un *Land*”, si può fare riferimento alla disposizione dell’art. 96 *StPO* (v. *supra*), pur sempre considerando il fatto che non si tratta di un procedimento penale⁶⁰. Il pregiudizio si può affermare in presenza di pregiudizi o pericoli per gli interessi essenziali del *Bund* o di un *Land*, per la loro esistenza e funzionalità, per la sicurezza esterna ed interna, per rapporti d’amicizia con Stati esteri etc. Il pregiudizio deve inoltre essere probabile.

Quanto alle vicende che devono essere tenute segrete, l’obbligo di riservatezza dei funzionari non viene considerato alla stregua di una segretezza “per legge”, nemmeno in presenza dei presupposti che giustificano il rifiuto della deposizione. Circa la determinazione delle vicende che devono ritenersi riservate “per loro natura”, si impone un’interpretazione restrittiva. I fascicoli della *Bundesverfassungsschutzbehörde* o dei servizi segreti, ad esempio, non vengono di per sé considerati documenti che devono essere tenuti segreti “per loro natura”, ma solo se la loro divulgazione o conoscenza possa causare un pregiudizio per il *Bund* o un *Land* (ad esempio nel caso della rivelazione dell’identità di agenti sotto copertura, etc.).

Tra gli atti, le informazioni ed i documenti il cui contenuto potrebbe pregiudicare il bene del *Bund* o di un *Land* oppure che devono essere, per legge o per loro natura, tenuti segreti, si ricomprendono comunque regolarmente i c.d. segreti di Stato⁶¹.

In presenza dei presupposti per un rifiuto di esibizione dei documenti o al rilascio di informazioni richieste, l’autorità superiore (il Ministro federale o del *Land* ovvero un suo rappresentante⁶²) può comunque decidere a sua discrezione di presentarli ugualmente nel rispetto del principio di proporzionalità⁶³.

Se l’autorità decide di non presentarli si parla, come nel processo penale, di una c.d. “*Sperrerklärung*”, che deve però essere fondatamente motivata. Neppure in questo caso è sufficiente la semplice allegazione di possibili pregiudizi⁶⁴; è necessario, invece, che si spieghi in maniera chiara e concreta in cosa consistano i temuti e probabili pregiudizi, tenendo conto degli eventuali interessi del ricorrente che richiede l’informazione e della necessità di accertare i fatti da

⁶⁰ BVerwG NVwZ 1994, 72 (73).

⁶¹ Cfr. i commenti relativi all’art. 96 *StPO*.

⁶² Per questioni che riguardano il diritto delle telecomunicazioni (*TKG*), l’autorità competente è la *Bundesnetzagentur*. Esiste inoltre una particolarità in ordine al procedimento incidentale, che si svolge con trattazione “*in camera*” davanti al giudice di merito (l’art. 138 *TKG*), con le conseguenti problematiche circa l’utilizzabilità di materiale segreto nel processo di merito.

⁶³ L’estensione della detta discrezionalità è controversa; dipende anche da quanto è disciplinato dalle leggi speciali sull’obbligo di segretezza e dalle esigenze del caso concreto.

⁶⁴ Cfr. BVerfG, ordinanza del 19 aprile 2010 – 20 F 1309, 7 A 6/08.

parte del giudice. Non si deve quindi semplicemente ripetere la formulazione della norma, altrimenti il controllo giudiziario della decisione discrezionale non sarebbe nemmeno possibile.

La dichiarazione con cui si rifiuta la presentazione è vincolante per il giudice di merito.

Un controllo giurisdizionale può avvenire solo ai sensi di un particolare procedimento incidentale *su richiesta delle parti*, ed a condizione che la documentazione o informazione non rivelata risulti rilevante ai fini della decisione.

Se risulta evidente, in seguito ad una *Sperrklärung* o ad un altro rifiuto inequivoco da parte dell'autorità amministrativa suprema, che gli atti, i documenti o le informazioni richieste non verranno forniti, le parti del procedimento amministrativo possono istaurare un c.d. procedimento con trattazione "*in camera*".

Tale procedimento incidentale è anche ammissibile se la legittimità del rifiuto ai sensi dell'art. 96 *StPO*⁶⁵ è oggetto del ricorso amministrativo (v. *supra*). Come si è visto, il processo penale non conosce un simile procedimento incidentale, che alla luce del principio "*in dubio pro reo*" non appare necessario. Tuttavia, il contenuto di documenti mantenuti riservati dalle autorità amministrative può essere importante per la difesa di un imputato: in tal caso, quest'ultimo può quindi adire il giudice amministrativo al fine della rimozione del rifiuto (*Sperrwirkung*) ed esigere la presentazione dei documenti.

Il procedimento incidentale⁶⁶ non si svolge davanti ai giudici di merito, ma presso una sezione speciale della corte amministrativa superiore (*Oberverwaltungsgericht – OVG*) o, in determinati casi, presso la corte amministrativa federale (*Bundesverwaltungsgericht - BVerwG*): tale ultima evenienza si ha se il rifiuto viene dichiarato da un'autorità suprema del *Bund* o se la controversia risulta già in primo grado di competenza del *BVerwG* come avviene per quelle concernenti questioni relative ai servizi segreti federali.

Su richiesta della sezione speciale dell'*OVG* o del *BVerwG*, l'autorità amministrativa suprema di vigilanza *deve esibire* i documenti o le informazioni oggetto del rifiuto per permettere di decidere sulla sua legittimità. Alla procedura si applicano le disposizioni di cui alla c.d. segretezza materiale (*materieller Geheimschutz*), che riguardano le misure necessarie per tutelare il materiale classificato come segreto/confidenziale; se il rispetto di tale procedura non può essere garantito, i documenti o le informazioni vengono resi accessibili negli spazi indicati dalla stessa suprema autorità amministrativa. Il diritto delle parti – che partecipano peraltro al procedimento incidentale – di

⁶⁵ Con riferimento all'art. 96 *StPO*, il *BVerwG* (NJW 1987, 202, 205 con rif. a *BVerfG* NJW 1981, 119) ha in tal senso affermato l'esistenza di un "pregiudizio" nel caso in cui la divulgazione del contenuto in discussione poteva aggravare il futuro compimento di alcune funzioni statali o mettere in pericolo la vita, la salute o la libertà di persone.

⁶⁶ Il procedimento ricorda il c.d. "*Zwischenstreit*" (controversia incidentale) ai sensi dell'art. 387 *ZPO*, relativo al diritto dei testimoni di astenersi dal deporre; trattasi di un procedimento contraddittorio autonomo *sui generis*.

prendere visione degli atti processuali (l'art. 100 *VwGO*) non sussiste con riferimento agli atti "segreti" forniti alla sezione speciale (v. l'art. 99 comma 9, n° 9, *VwGO*)⁶⁷.

La sezione speciale decide con ordinanza – senza udienza – sulla legittimità della decisione discrezionale dell'autorità di rifiutare la presentazione di informazioni o dei documenti richiesti per asseriti motivi di segretezza. Si accerta, quindi, la (il)legittimità del rifiuto da parte dell'autorità suprema (la sezione può anche solo accertare la sussistenza di carenze sotto il profilo motivazionale, dando all'autorità la possibilità di rimediare al vizio).

Onde addivenire alla decisione, si valuta se l'autorità abbia diligentemente e correttamente considerato i fatti alla base del rifiuto, le valutazioni e le prognosi richieste dalle norme giuridiche, nonché gli interessi delle parti coinvolte, nella logica di un corretto bilanciamento. Quanto questo esame possa essere approfondito è oggetto di controversia, in giurisprudenza ed in dottrina.

Come è chiaro, la motivazione dell'ordinanza della sezione speciale non deve far riconoscere il tipo ed il contenuto delle informazioni segrete. I membri della corte sono tenuti alla riservatezza.

Se la sezione ritiene che il rifiuto sia legittimo, le informazioni ed i documenti non devono essere utilizzati nel processo di merito (il cui giudice attende solitamente la decisione della sezione speciale). Il giudice di merito decide quindi, in base alle regole sull'onere della prova⁶⁸, con la conseguenza che il diritto ad una effettiva tutela giudiziaria può risultarne compromesso.

Se il rifiuto è dichiarato illegittimo, l'autorità – cui vengono comunque restituiti i documenti "segreti" in seguito alla decisione – è generalmente tenuta alla presentazione del materiale al giudice di merito⁶⁹, ma non è comunque escluso che si avvalga della facoltà di emettere una nuova decisione discrezionale, motivando il rifiuto in maniera diversa e correggendo quella precedente.

L'ordinanza della sezione speciale non è comunque un titolo (esecutivo) al fine dell'esibizione dei documenti o delle informazioni. La presentazione non è quindi soggetta ad esecuzione coattiva. Il rifiuto può però essere considerato a sfavore dell'autorità nell'ambito della valutazione delle prove.

⁶⁷ Tale limitazione, che incide sul diritto costituzionale di essere ascoltati (art. 103, comma 1, LF), discende dalla esigenza di conciliare un'efficace tutela giudiziaria con la tutela della segretezza, valore comunque protetto dal punto di vista costituzionale (v. anche BVerfGE 101, 106 del 27 ottobre 1999).

La limitazione non implica, tuttavia, che non si debbano notificare alle parti gli atti e le memorie presentate dinanzi alla sezione speciale. Ciò implica, tra l'altro, che l'autorità amministrativa deve provvedere ad una stesura dei suoi atti che non comprometta il contenuto segreto delle informazioni o dei documenti della cui presentazione si discute.

⁶⁸ In tal senso è l'opinione prevalente. Il BVerfG (ordinanza del 14 marzo 2006 - 1 BvR 2087, 2111/03) si è mostrato contrario ad un procedimento *in camera* davanti al giudice di merito o l'impiego di c.d. *Beweismittler* (intermediatori per le prove).

⁶⁹ Il giudice di merito non deve valutare se sia necessario od opportuno che i documenti consegnati o le informazioni rese debbano essere tenuti segreti (anche nel caso in cui l'autorità li abbia erroneamente esibiti). Solo se la necessità di segretezza è palese, ad esempio nel caso di segreti di Stato importanti, oppure se una simile eccezione viene sollevata da altre parti, il giudice è tenuto alla restituzione della documentazione all'autorità amministrativa, trovandosi così impedito nell'utilizzazione in giudizio delle dette informazioni e dei detti documenti.

In seguito alla decisione della sezione speciale, quest'ultima consegna gli atti processuali al giudice di merito con eccezione di quelli segreti (che vengono, come detto, in ogni caso restituiti all'autorità amministrativa suprema).

La decisione dell'*OVG* o *BVerwG* può a sua volta essere oggetto di impugnazione (*Beschwerde*). Si applicano in merito al processo di impugnazione le disposizioni relative al già citato procedimento *in camera*.

La formulazione attuale della disposizione di cui all'art. 99 *VwGO*, che disciplina il procedimento *in camera*, è il frutto di un invito del Tribunale costituzionale federale al legislatore a modificare la versione precedente della norma (BVerfGE, 1 BvR 385/90, del 27 ottobre 1999) che era stata ritenuta in contrasto con l'art. 19, comma 4, LF, in quanto limitava in maniera eccessiva il controllo giudiziario a favore della tutela del segreto. Anche la versione vigente è già stata oggetto di scrutinio da parte del Tribunale, che la ha ritenuta conforme alla costituzione (BVerfGE 115, 205 ss., del 14 marzo 2006: 1 BvR 2087/03, 1 BvR 2111/03⁷⁰).

Da sottolineare, infine, è che, se l'art. 99 *VwGO* concretizza il principio della cooperazione ufficiale (*Amtshilfe*) di cui all'art. 35, comma 1, LF, non è comunque estraneo alla sua disciplina il diritto costituzionale di essere ascoltati di cui all'art. 103, comma 1, LF (diritto connesso a quello di prendere visione degli atti del processo di cui all'art. 100 *VwGO*). Inoltre, la disposizione può essere interpretata come il portato del diritto ad una efficace tutela giudiziaria, che deriva, in generale, dal principio dello Stato di diritto, e che si basa, nella misura in cui tratta di atti del potere pubblico, sull'art. 19, comma 4, LF.

Gli interessi ad una efficace tutela giudiziaria ed il diritto di essere ascoltati, da un lato, e lo scopo della tutela del segreto, dall'altro, vengono conciliati secondo una logica di "*praktischer Konkordanz*". È indubbio che, nel procedimento con trattazione *in camera*, il diritto ad essere ascoltati venga meno a favore della tutela della segretezza (tanto che si esclude anche la possibilità di prendere visione degli atti del processo), ma ciò è giustificato, in ultima analisi, dal perseguimento dell'obiettivo di una efficace tutela giudiziaria⁷¹.

⁷⁰ La decisione ha riguardato il conflitto tra la compiuta ricerca della verità da parte del giudice e la rivelazione di segreti commerciali, potenzialmente lesiva dell'interesse tutelato dall'art. 12, comma 1, LF (libertà di professione) vantato da una parte del processo. Nel caso di specie, il Tribunale ha deciso a favore di quest'ultimo, sebbene non fossero in gioco possibili pregiudizi esistenziali.

⁷¹ Si noti che nel processo penale non esiste una procedura con trattazione *in camera*. Tuttavia, in tale processo, la tutela giudiziaria nel merito può essere garantita applicando il principio secondo cui *in dubio pro reo*. Inoltre, sussiste per le parti la possibilità di adire il giudice amministrativo al fine di una decisione sulla legittimità del rifiuto, aprendosi pertanto la via per la trattazione *in camera*.

REGNO UNITO

di Sarah Pasetto

1. Aspetti generali

La disciplina britannica relativa al segreto di Stato è contrassegnata da una marcata deferenza nei confronti del potere esecutivo. L'invocazione, da parte di quest'ultimo, di considerazioni relative alla sicurezza o all'interesse nazionale conferiscono, in via quasi del tutto insindacabile ed inappellabile, immunità e riservatezza all'operato del Governo, in ordine ad una delle ultime sfere, quella della sicurezza ed interesse nazionale, nelle quali la prerogativa regia – se pure in un'accezione moderna, tesa ad indicare più che l'operato del monarca quello dell'Esecutivo – ha ripercussioni concrete. Ciò emerge da un'analisi dei testi legislativi sull'argomento, che peraltro non sono chiamati a disciplinare l'apposizione stessa del segreto (materia riservata a documenti redatti dall'Esecutivo ad uso interno dei ministeri ed enti affini), oppure sono solamente afferenti in via incidentale all'argomento. Le leggi di contenuto “costituzionale”, a tutela della libertà di informazione, pure ritenute “l'altra faccia della medaglia” rispetto al segreto di Stato, prevedono eccezioni proprio ad esenzione degli atti dell'Esecutivo volti a garantire la sicurezza nazionale¹.

Anche le corti si sono da sempre mostrate deferenti nei confronti delle considerazioni di sicurezza ed interesse nazionale avanzate dal Governo, astenendosi, in linea di massima, da qualsiasi forma di indagine o giudizio in merito alle singole rivendicazioni. Verranno di seguito descritti i punti salienti dell'*Official Secrets Act 1989*, in base al quale viene promossa la maggior parte dei ricorsi relativi al segreto di Stato.

¹ Il *Freedom of Information Act 2000* conferisce, al cittadino britannico, il diritto di accedere alle informazioni in mano alle autorità pubbliche. Tuttavia, la *Section 23* prevede che le informazioni poste sotto segreto e quelle relative ai servizi di sicurezza non debbano per forza essere rese pubbliche. Il *Public Interest Disclosure Act 1998* è stato emanato allo scopo di proteggere i funzionari pubblici qualora decidessero di agire da informatori in relazione a pretese irregolarità nella funzione pubblica, ma non fornisce alcuna tutela nei confronti della divulgazione di informazioni o materiale attinenti alla sicurezza o all'interesse pubblico.

Gli *Acts of Parliament* e la normativa secondaria sono tutti reperibili al sito Internet <http://www.legislation.gov.uk/>.

1.1. L'*Official Secrets Act* 1989

La divulgazione del segreto di Stato è disciplinata per legge sin dal 1889, anno nel quale è stato emanato il primo *Official Secrets Act*, il primo di una lunga serie, di cui gli interventi principali sono stati posti in essere nel 1911 e, da ultimo, nel 1989². È proprio quest'ultimo intervento ad essere oggi la fonte di disciplina maggiormente rilevante, essendo stato adottato per rettificare un complesso normativo e giurisprudenziale divenuto assai complicato, vago ed oscuro.

A differenza della normativa organica posta dall'*Act* precedente, la legge del 1989 reca disciplina di aspetti specifici, attinenti, segnatamente, alla punibilità per la divulgazione di informazioni rientranti in una delle sei categorie seguenti: sicurezza ed *intelligence*; difesa; relazioni internazionali; crimini e poteri speciali di indagine; informazioni ricevute in via riservata da altri Stati ed organizzazioni internazionali; informazioni affidate in via riservata ad altri Stati od organizzazioni internazionali³.

L'*Act* disciplina atti compiuti, non solo dai *Crown servants*⁴, ma anche da privati cittadini (rendendo così soggette all'*Act* le divulgazioni operate dai *mass-media*). L'*Act* non prevede alcuna possibilità di giustificare le divulgazioni effettuate adducendo un interesse pubblico; dunque, la divulgazione di informazioni, anche se motivata dal desiderio di agire nell'interesse pubblico, non è immune da sanzione penale.

Una nozione basilare del sistema posto in essere dall'*Act* è quella delle divulgazioni autorizzate, nell'ambito delle quali assume, a sua volta, una rilevanza centrale la figura del ministro. Una divulgazione, infatti, si può ritenere autorizzata solamente se è avvenuta nell'estrinsecazione di un "dovere ufficiale". Con tale locuzione, nell'interpretazione comune, si intendono i doveri che i funzionari pubblici hanno nei confronti del proprio superiore gerarchico, il quale, nella maggior parte dei casi, farà capo ad un ministro. I ministri hanno dunque il potere di autorizzare la divulgazione; tale potere spetta anche ai massimi funzionari pubblici (*senior civil servants*) che siano a capo di organizzazioni non rientranti all'interno di una gerarchia che fa capo ad un ministero (le c.d. agenzie dello Stato).

² Per un resoconto storico della cronologia di *Acts*, si consultino MAER e GAY, *Official Secrecy, Standard Note* SN/PC/02023, Parliament and Constitution Centre, House of Commons Library, aggiornato al 30 dicembre 2008 e reperibile alla seguente pagina Internet: <http://www.parliament.uk/briefing-papers/SN02023>.

³ La prova del danno varia a seconda della categoria di informazione. In alcuni casi, deve essere comprovata l'esistenza di un danno all'interesse pubblico. In altri, è l'atto stesso della divulgazione ad essere automaticamente suscettibile di sanzione penale.

⁴ Ai fini dell'applicazione dell'*Act*, per *Crown servants* si intendono i ministri, i funzionari pubblici, i membri delle forze armate, gli agenti di polizia e qualsiasi altro individuo impiegato, anche per contratto, nell'ambito delle forze armate. Il ministro competente può annoverare tra i *Crown servants* qualsiasi altro ufficiale o persona di enti governativi che ritenga opportuno, previa autorizzazione da parte della *House of Commons*.

La divulgazione operata da qualsiasi altro individuo è legalmente autorizzata solamente se rivolta a funzionari della Corona nell'interesse delle mansioni svolte da questi ultimi e deve comunque aver ricevuto l'autorizzazione ufficiale.

Le linee-guida per la condotta dei funzionari pubblici impongono loro il dovere di “servire il Governo, quale che sia il suo orientamento politico” ed “agire in modo tale da meritare e mantenere la fiducia dei Ministri”. La conservazione della segretezza delle informazioni riservate acquisite nel corso della propria attività è, infatti, indispensabile per assicurare il rapporto di fiducia tra ministri e funzionari pubblici e, per tale via, l'efficienza del governo.

Può essere interessante notare, a tal riguardo, che l'*Act* non inficia il privilegio parlamentare.

2. I soggetti che possono far valere il segreto di Stato

2.1. Il *Security Policy Framework*

L'apposizione del segreto di Stato non è disciplinata in un atto legislativo. Il Governo britannico ha redatto un documento contenente delle linee-guida al riguardo, intitolato *Security Policy Framework*. I singoli ministeri e le agenzie governative devono emanare proprie misure a tutela delle informazioni o dei beni riservate che producano o che custodiscano, attenendosi a tale *Framework*.

Il *Government Protective Marking Scheme* è il sistema amministrativo posto in essere dal Governo al fine di assicurare la corretta ed adeguata gestione e salvaguardia dell'accesso ad informazioni e ad altri dati, con l'obiettivo ultimo di sostenere l'operato del Governo britannico. Il sistema di classificazione del materiale è circoscritto alle sole informazioni prodotte o nel possesso del Governo; infatti, al di fuori del Governo, non esiste alcun sistema univoco per la classificazione di materiali riservati.

Il sistema di classificazione prevede cinque categorie. In ordine discendente di riservatezza, si enucleano le seguenti: *Top Secret*, *Secret*, *Confidential*, *Restricted* e *Protect*. Il materiale privo di protezione è denominato *Unclassified*⁵. Le classificazioni vengono solitamente apposte su

⁵ I criteri relativi a ciascuna classe di riservatezza possono essere così sintetizzati:

Top Secret – la violazione della sicurezza di tali informazioni o materiali comporta: una minaccia diretta per la stabilità interna del Regno Unito o di Paesi amici; la perdita di un numero elevato di vite umane; un danno eccezionalmente grave all'efficacia o sicurezza del Regno Unito o di forze alleate o all'efficacia di operazioni di sicurezza o *intelligence* estremamente importanti; un danno eccezionalmente grave ai rapporti con governi amici; un grave danno a lungo termine per l'economia del Regno Unito.

Secret – la compromissione della riservatezza di tali informazioni comporta, con alta probabilità: l'aumento delle tensioni internazionali; un grave danno ai rapporti con governi amici; una minaccia alla vita umana oppure un grave pregiudizio per l'ordine pubblico o per la sicurezza o libertà degli individui; un grave danno all'efficacia o sicurezza di forze armate britanniche o di Paesi alleati oppure l'efficacia di operazioni di sicurezza o *intelligence* estremamente importanti; un grave danno alle finanze del Regno Unito o ai suoi interessi economici e commerciali.

informazioni in forma elettronica o cartacea, ma possono applicarsi a qualsiasi bene del Governo. Solamente chi produce il materiale o chi è autorizzato a possederlo può apporre o modificare una classificazione di riservatezza. Se tali soggetti non sono identificabili, la classificazione può essere alterata solamente con il consenso di coloro che sono in concreto responsabili dell'informazione.

Il *Security Policy Framework* raccomanda, in ogni caso, che la classificazione di un documento avvenga in considerazione di una valutazione del danno (c.d. *harm* o *damage test*), al fine di accertare il probabile effetto della compromissione del materiale.

Rileva, naturalmente, in tale ambito l'*Official Secrets Act 1989* e, in particolar modo, la possibilità per il personale dei servizi di sicurezza e della funzione pubblica di essere indicati come "individui avvisati" (c.d. *notified persons*), venendo così ad essere assoggettati all'operato dell'*Act* o di taluni provvedimenti dello stesso⁶.

Confidential – la divulgazione di queste informazioni ha, come conseguenze: un grave danno ai rapporti diplomatici (ovvero può dar luogo a proteste formali o ad altre sanzioni); un pregiudizio alla sicurezza o alle libertà individuali; un danno all'efficacia operativa o alla sicurezza di forze armate britanniche o di Paesi amici o a quella di operazioni di sicurezza o *intelligence* importanti; l'azione contro le risorse finanziarie del Regno Unito oppure contro i suoi interessi economici e commerciali; la messa a repentaglio della stabilità finanziaria delle organizzazioni principali; un ostacolo all'indagine su gravi reati o un'agevolazione della loro commissione; l'impedimento grave all'attuazione o all'efficacia di importanti *policies* del governo; il blocco o il disturbo sostanziale di operazioni nazionali importanti.

Restricted – la divulgazione di queste informazioni influisce in negativo sulle relazioni diplomatiche; provoca un danno sostanziale ad individui; rende maggiormente difficile il proseguimento dell'efficacia operativa o la sicurezza delle forze armate britanniche od alleate; provoca un importante danno economico o la perdita di potenziali guadagni oppure facilita operazioni di guadagno o arricchimento indebito per individui o società; pregiudica l'indagine sulla commissione di reati o ne agevola la commissione; viola gli impegni presi al fine di conservare la riservatezza delle informazioni fornite da terzi; impedisce l'attuazione o l'efficacia di *policies* governative; viola le limitazioni stabilite per legge alla divulgazione di informazioni; pone il Governo in una posizione di svantaggio nei negoziati commerciali o politici; mette a repentaglio la corretta gestione del settore pubblico e delle sue attività.

Protect – la divulgazione delle informazioni comporta pericolo per individui; viola impegni volti a preservare la riservatezza di informazioni fornite di terzi; viola le limitazioni stabilite per legge alla divulgazione di informazioni; provoca un danno economico o la perdita di potenziali guadagni, o facilita l'arricchimento indebito; conferisce un vantaggio indebito per taluni individui o società; pregiudica l'indagine sulla commissione di reati o ne facilita la commissione; pone il Governo britannico in una posizione di svantaggio nell'ambito di negoziati commerciali o politici con altre parti. Inoltre, il personale addetto ha a disposizione una serie di ulteriori definizioni volte a limitare l'accesso al materiale, operanti, ad es., in base alla nazionalità ("*For British Eyes Only*") o al settore operativo. In genere, tali ulteriori classificazioni vengono apposte su materiale almeno di livello *Confidential*.

Il *Security Policy Framework* è reperibile alla pagina Internet <http://www.cabinetoffice.gov.uk/resource-library/security-policy-framework>.

⁶ L'"avviso" deve essere notificato per scritto ed è soggetto a rinnovo quinquennale. Il ministero o l'agenzia governativa interessata deve controllare periodicamente la necessità di confermare lo *status* di notifica, nonché il numero di persone destinatarie della stessa.

Il *Freedom of Information Act 2000* non contiene alcun riferimento allo schema di classificazione adottato dal Governo, ma, come sottolineato nello stesso *Security Policy Framework*, la presenza di una classificazione può essere indicativa dell'impedimento alla divulgazione⁷. In ogni caso, l'accesso ad informazioni o ad altro materiale riservato deve essere concesso solamente a coloro che ne dimostrino la necessità per lo svolgimento delle proprie mansioni e che abbiano la necessaria autorizzazione a trattare materiali riservati. L'accesso è comunque improntato al principio del *need-to-know*.

2.2. I servizi di sicurezza e di *intelligence*

I servizi di sicurezza ed *intelligence* devono la loro esistenza agli aspetti più riservati della prerogativa regia. I servizi sono costituiti da tre agenzie principali: lo MI5, il servizio segreto per la sicurezza, lo MI6, quello per l'*intelligence*, e la *General Communications Headquarters* (GCHQ), l'organizzazione per la raccolta di informazioni di *intelligence*. I loro poteri non derivano dal *common law* ma sono – ora – sanciti da *Acts of Parliament*, che attribuiscono loro ampi poteri di raccolta di informazioni su mandato. I servizi sono coordinati dal *Joint Intelligence Committee* e dal *Security and Intelligence Co-ordinator*.

Notevoli sviluppi si sono avuti nell'ultimo decennio con riguardo alla rimozione della segretezza più assoluta che circondava questi servizi; ciò nondimeno, sono stati avanzati numerosi appelli per ulteriori riforme (soprattutto a causa di una molteplicità di casi in cui *ex-agenti* dei servizi hanno tentato di pubblicare autobiografie e memorie⁸), ma tali richieste non sono state accolte e rimangono tuttora problematiche significative.

La posizione fondamentale dei servizi di sicurezza nella difesa del Regno Unito fanno sì che né il Primo ministro né il Ministro degli interni risponda in Parlamento a domande dettagliate riguardo ai servizi: i bisogni della “sicurezza nazionale”, infatti, impongono di non discutere, in sede parlamentare, delle operazioni da questi condotte. Il Primo ministro può fornire risposte alle

⁷ L'apposizione di una classificazione non è prova conclusiva della non-divulgabilità del documento, poiché la classificazione stessa potrebbe essere obsoleta oppure eccessiva. Ai sensi del *Freedom of Information Act 2000*, il detentore dell'informazione è responsabile per la valutazione delle ed il responso alle richieste di informazione; se il detentore è favorevole alla divulgazione, chi ha prodotto l'informazione, oppure il detentore specificato, deve essere consultato preventivamente. Qualsiasi dubbio in materia di divulgazione, ai sensi del *Freedom of Information Act*, può essere risolto in via interna, attraverso consultazione del proprio superiore gerarchico, oppure di una divisione apposita del Ministero di giustizia, la *Ministry of Justice FOI Clearing House*.

⁸ Basti pensare alla vicenda *Spycatcher* (sentenza della *High Court* australiana del 1988, *A-G (UK) v Heinemann Publishers Australia* 10 NSWLR 86 [1987]), nella quale il governo britannico ha perso un'azione presso le corti australiane per impedire la pubblicazione in Australia dell'autobiografia di Peter Wright, *ex-agente* dell'MI5, il quale aveva scritto il resoconto delle proprie attività nel servizio (senza tralasciare il racconto del presunto complotto di assassinare il presidente egiziano Nasser e la ammissione di aver monitorato Harold Wilson, allora Primo ministro del Regno Unito, sospettato di essere una spia del KGB). Per un altro caso (*Shayler*), v. *infra*, nel testo.

domande di natura generale, ed ha, in astratto, la responsabilità finale dei servizi; tuttavia, tale responsabilità viene in concreto meno, dal momento che l'istituzione al quale il Primo ministro è tenuto a rendere conto, il Parlamento, non è a conoscenza dei dettagli delle operazioni. Sin da prima dell'epoca Blair, la Commissione parlamentare sull'*intelligence* e sulla sicurezza si riunisce solo sporadicamente e gode di minori poteri rispetto alle altre Commissioni parlamentari. Dunque, audizioni parlamentari riguardanti questioni di natura segreta e relative ai servizi segreti ed alla sicurezza non si tengono, anche se un tale divieto non è stabilito nel codice di condotta e pratica parlamentare. I poteri discrezionali dei ministri hanno permesso loro di eludere domande precise sul tema. Dunque, i *Select Committees* (le Commissioni) all'interno del Parlamento si trovano dinanzi ad un silenzio più o meno invalicabile; tuttavia, rimane vero che è in ambito parlamentare che si ha il maggior grado di controllo possibile, costituito dalle c.d. *inquiries*, indagini *ad hoc* compiute su temi di particolare attualità. Tra le *inquiries* recenti più importanti si segnalano quelle relative alla scomparsa del Dott. David Kelly, su cui i *Lords* Hutton e Butler hanno ottenuto informazioni dai capi dei servizi di sicurezza e da testimoni che hanno scelto l'anonimato. La discussione dei dati di *intelligence* e del materiale connesso è avvenuto a porte chiuse, e solamente le conclusioni delle commissioni d'inchiesta sono state pubblicate.

Le corti hanno mantenuto un divieto assoluto di pubblicare resoconti o atti non autorizzati. Ciò è avvenuto nel caso *Shayler*, del 2001, nel quale la *House of Lords* ha stabilito che l'art. 10 della CEDU non era incompatibile con il divieto di divulgazione imposto dall'*Official Secrets Act 1989*, in quanto quest'ultimo era proporzionato alla tutela degli interessi pubblici⁹.

Ora, nonostante la massima riservatezza circa le operazioni intraprese dai servizi di sicurezza ed *intelligence*, questi dispongono di propri siti *Internet*, dove sono pubblicate non poche informazioni circa la gestione quotidiana dei servizi. La pagina *Web* dedicata al finanziamento del MI5, ad esempio, afferma che il bilancio del servizio è soggetto a controllo da parte del *National Audit Office* alla stessa stregua delle altre organizzazioni del settore pubblico, e che il personale dell'*Office* dispone del necessario accesso agli archivi¹⁰.

⁹ Il divieto di divulgazione, peraltro, non era configurato come assoluto, poiché era possibile rivolgersi a taluni soggetti, quali l'*Attorney General*, il Procuratore generale (il c.d. *Director of Public Prosecutions*), il Primo ministro o altri ministri, nel caso di dubbio circa la legittimità del divieto opposto, oppure di preoccupazioni circa irregolarità, cattiva amministrazione, spreco di risorse o incompetenza. Se la segnalazione interna non avesse avuto alcun seguito, l'ufficiale avrebbe potuto allora rivolgersi ad un pubblico più ampio. La sentenza ha precisato che qualsiasi richiesta deve essere vagliata in modo adeguato e qualsiasi restrizione eventualmente imposta deve essere "necessaria, valida per soddisfare un bisogno sociale urgente, e proporzionata" (*R v Shayler* [2002] UKHL 11).

¹⁰ Dato reperibile alla seguente pagina *Internet*: <https://www.mi5.gov.uk/output/funding.html>. Per i dati analoghi dell'MI6, si consulti l'indirizzo seguente: <https://www.sis.gov.uk/about-us/legislation-and-accountability/funding-and-financial-controls.html>.

3. L'autorità giudiziaria di fronte al segreto di Stato

3.1. L'apposizione del segreto di Stato e la sua sindacabilità in sede giurisdizionale

Come accennato, le corti mostrano, a proposito del segreto di Stato, una marcata deferenza nei confronti dell'Esecutivo. Ciò avviene nonostante il riconoscimento, in linea generale, del valore della trasparenza dell'operato del governo e della libertà d'informazione, quali aspetti fondamentali ed imprescindibili di una società democratica: per usare le parole del *Lord Bingham*, “la pubblicità è un disinfettante potente”¹¹. Nella prassi, però, in materia di *national security*, le corti hanno fatto uso di un indubbio *self-restraint*, a favore del libero operato del Governo.

A differenza della libertà di espressione o del diritto alla vita, la libertà di accesso alle informazioni detenute dal Governo non è stata percepita alla stregua di un diritto umano incompressibile. Neppure nella CEDU, del resto, è assoluta, ma è qualificata da talune condizioni, enumerate all'art. 10, par. 2°, che devono comunque essere stabilite per legge, essere necessarie, proporzionate ad obiettivi legittimi ed essere interpretate restrittivamente.

Altro aspetto da tener presente è quello delle eccezioni alla pubblicità del giudizio. Nonostante il valore costituzionale del principio della pubblicità del giudizio fosse già stato riconosciuto nel 1913¹², una eccezione è sempre stata posta per quei casi che, in ragione della natura del tipo di processo o delle questioni da valutare, sarebbe stato più opportuno trattare *in camera*, ovvero “a porte chiuse”; tra tali casi si annoverano naturalmente quelli relativi all'*Official Secrets Acts* o quelli nei quali si trattano informazioni di carattere riservato a tutela della sicurezza pubblica. La sentenza, tuttavia, non è riservata: lo è soltanto, per previsione legislativa, nella procedura di fronte allo *Special Immigration Appeals Commission*, che può riunirsi in camera chiusa e pronunciare *judgments* in parte riservati.

¹¹ Caso *Shayler*, pronunciato dalla *House of Lords* nel 2003.

¹² Caso *Scott v Scott*, della *House of Lords*.

3.2. L'opposizione del segreto di Stato ...

3.2.1. ... come impedimento dell'attività giurisdizionale

L'ossequio delle corti britanniche nei confronti dell'Esecutivo affonda le sue radici in tempi risalenti, ben anteriori alla sentenza sul c.d. *Zamora case*, pronunciata dalla *House of Lords* nel 1916, secondo la quale “coloro che sono responsabili per la sicurezza nazionale devono essere gli unici giudici delle condizioni di salvaguardia della sicurezza nazionale. Sarebbe ovviamente indesiderabile che tali questioni venissero sottoposte in quanto prove dinanzi ad una corte, o discusse in altro modo in pubblico”. Su questioni di sicurezza nazionale, le corti si attengono senz'altro alla valutazione della Corona (*id est*, del Governo); in questi casi, “anche la giustizia naturale deve sistemarsi nel sedile del passeggero” e la sicurezza nazionale “è, per eccellenza, una questione non giustiziabile”, ma piuttosto una questione di fatto, la cui valutazione non è adatta a scrutinio da parte del potere giudiziario¹³.

È vero che le corti richiedono prove che indichino l'incidenza della questione su interessi di sicurezza nazionale. Tuttavia, non si coglie da questo l'opportunità per un riequilibrio nei confronti dell'esecutivo, giacché si ammette che a dimostrazione della rilevanza dell'interesse nazionale sia sufficiente un attestato del Governo. In tal senso, è significativo il caso conosciuto come *GCHQ*¹⁴. Nella specie, si impugnava il divieto imposto unilateralmente dal Governo britannico alla sindacalizzazione dei funzionari pubblici del GCHQ, alla luce di alcuni disordini avvenuti negli anni precedenti. Il Governo aveva invocato, a fondamento del divieto, motivazioni relative alla sicurezza nazionale. La *House of Lords* ha affermato che le corti non erano idonee a valutare i bisogni relativi alla sicurezza nazionale degli Stati, ma di fronte ad atti posti in essere sulla base tanto della legge quanto dalla prerogativa regia, che influiscono sui diritti umani, sugli interessi o su legittime aspettative che si sono venute a creare, le corti avrebbero tratto prove a sostegno dell'affermazione che l'atto in questione era necessario per evitare un danno alla sicurezza nazionale. Tuttavia, nonostante una apparente assertività, la prova ritenuta sufficiente era costituita semplicemente da un attestato (*affidavit*) redatto dal Segretario del Gabinetto, il quale riportava talune preoccupazioni che la consultazione con i rappresentanti del sindacato allora attivo nel GCHQ avrebbe potuto comportare disordini. L'attestato è stato accolto senza esame e senza domande¹⁵. Alla luce di una tale impostazione, non può non suscitare qualche perplessità

¹³ I brani citati sono, rispettivamente, di Lord Denning e di Lord Diplock, nell'ambito della vicenda *Hosenball* del 1977 (*R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Hosenball* [1977] 1 W.L.R. 766).

¹⁴ *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* [1985] AC 374, pronunciato dalla *House of Lords* nel 1985: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1983/6.html>.

¹⁵ Ad ulteriore riprova dell'impostazione storicamente seguita si pone anche il caso *Rehman* (*House of Lords*, 2001). La *Special Immigration Appeals Commission* aveva deliberato che il ministro competente nel caso non aveva prove

l'opposizione manifestata dal Governo ad escludere con l'*Official Secrets Act 1989* il potere dei ministri di emettere attestati ministeriali (c.d. *ministerial certificates*) idonei a fornire prova insindacabile ed assoluta della riservatezza dell'informazione in questione¹⁶.

Nella sentenza *Cheblak*, del 1991, la *Court of Appeal* ha stabilito che l'operato dell'Esecutivo (che aveva espulso un cittadino libanese per motivi collegati alla sicurezza nazionale) era da presumersi in buona fede; qualsiasi affermazione del contrario doveva essere provata. Poiché il ministro non ha l'obbligo di fornire alcuna spiegazione se non che l'espulsione era avvenuta in base a motivi di sicurezza nazionale, la confutazione della decisione dell'esecutivo risultava di fatto impossibile. Il caso ha suscitato molte critiche in dottrina, tanto da parlarsi del “*nadir* della rinuncia del potere giudiziario”¹⁷.

Successivamente, le corti hanno introdotto alcune salvaguardie, in ottemperanza allo *Human Rights Act 1998* ed a quanto emerso dal caso *Chahal*, pronunciato dalla Corte EDU nel 1996. La Corte di Strasburgo ha stabilito che deve sussistere un controllo indipendente ed efficace delle principali questioni di fatto e, sebbene possano sussistere motivi fondati per non divulgare certe

sufficienti a dimostrare che l'espulsione del richiedente, Rehman, fosse fondata su interessi della sicurezza nazionale. Ad avviso di Lord Hoffmann, non era la *Commission*, bensì il Ministro degli interni, a detenere in via principale il potere decisionale. È quest'ultimo a godere dell'accesso ad un'ampia serie di consulenze da parte di personale coinvolto quotidianamente in questioni relative alla sicurezza, che la *Commission*, per quanto specialistica, non può avere. La *Commission* gode, sì, di poteri di controllo, ma è necessario conferire un peso adeguato alle valutazioni ed conclusioni del ministro competente alla luce delle sue responsabilità, dei suoi mezzi di informazione e della sua conoscenza dei fatti. La necessità di limitazioni non è fondata su un argine alla giurisdizione della *Commission*, ma piuttosto su un riconoscimento ragionevole della natura della questione e sulle diversità dei processi decisionali e delle responsabilità detenute, da una parte, dal Ministro degli interni e, dall'altra, dalla *Commission*.

Di nuovo, nella sentenza *R v Ministry of Defence, ex p. Smith*, del 1995, la *Divisional Court* (corte di primo grado) ha affermato che l'esercizio della prerogativa regia per difendere il Regno è suscettibile di controllo giudiziario in tutti i casi, ad eccezione di quelli che sollevano chiaramente questioni relative alla sicurezza nazionale, questioni sulle quali, tra l'altro, le corti non possiedono l'esperienza o il materiale adeguato per pronunciarsi.

¹⁶ Da notare è che l'uso dei c.d. attestati ministeriali è stato respinto dalla Corte europea di giustizia. Nella sentenza *Johnston v Chief Constable of the R.U.C.* (del 1987) una donna ufficiale di polizia aveva impugnato la decisione di non rinnovarle il contratto a causa di una *policy* che impediva alle donne di portare armi durante il servizio, con il che ad esse era precluso lo svolgimento di “doveri generali di polizia”. Nel tribunale del lavoro, dinanzi al quale la donna aveva asserito di essere stata vittima di discriminazione sessuale, il ministro competente aveva emesso un “attestato” nel quale dichiarava che la decisione era stata compiuta nell'interesse della sicurezza nazionale e dell'ordine pubblico, il che impediva ulteriori indagini e valutazioni da parte del tribunale. La Corte di giustizia ha affermato che, anche se l'attestato si presentava come motivo sufficiente per derogare alle disposizioni sulla parità di trattamento sancite dai Trattati comunitari, lo stesso certificato aveva comunque l'effetto di privare un individuo dei propri diritti e di negare il principio di un controllo giudiziale efficace nei confronti del potere di deroga.

La sentenza riguardante il caso C-222/84, *Marguerite Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* è reperibile nella banca dati <http://eur-lex.europa.eu/>.

¹⁷ BIRKINSHAW, *op. cit.*, nota 4, cap. 11, in riferimento alla sentenza *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Cheblak* [1991] 2 All ER 319.

prove, devono comunque essere previste ulteriori misure a tutela dei diritti umani. Nella prassi, ciò si è tradotto in un più approfondito esame giudiziario nei casi in cui siano coinvolti i diritti umani, con una sottoposizione delle decisioni ministeriali alla prova di proporzionalità con riguardo all'obiettivo prefissato.

Nonostante la maggiore attenzione delle corti al riguardo, è innegabile che permangano lacune importanti. Anche in casi quali *R (Binyam Mohamed) v Secretary of State for Foreign Affairs*, del 2010 (v. *infra*, par. 3.2.3.1.) nei quali il potere giudiziario è giunto ad una vera e propria condanna sul piano *morale* del Governo, l'esito del giudizio è comunque stato essenzialmente favorevole all'Esecutivo.

3.2.2. ... come fattore incidente sullo svolgimento del processo

3.2.2.1. La Public Interest Immunity

Nell'ambito del procedimento giudiziario, l'accusa ha il dovere di divulgare le informazioni in proprio possesso, ma tale dovere è condizionato dall'immunità dalla divulgazione se lo richiede il pubblico interesse. Una tale immunità è stata riconosciuta nel *common law*. Il caso *Ward*, del 1993, della *Court of Appeal* ha stabilito che la decisione finale circa l'accoglimento dell'immunità dalla divulgazione è una questione su cui devono decidere le corti, e non l'accusa. Nel caso di specie, l'imputata era stata accusata di omicidio plurimo e reati connessi ad armi esplosive. L'accusa aveva omesso di divulgare materiale circa la confessione rilasciata dall'imputata ed alcune prove scientifiche. La *Court of Appeal* ha stabilito che, se l'accusa riteneva di avere il diritto a tenere riservati documenti sulla base dell'immunità fondata sul pubblico interesse, la corte doveva decidere circa la legittimità di una tale richiesta. Se l'accusa non desiderava un tale vaglio ad opera delle corti, allora avrebbe dovuto rinunciare all'azione legale.

Il *Criminal Proceedings and Investigations Act 1996* ha confermato le norme del *common law* in materia dell'immunità. Nella *Section 3*, comma 6°, le divulgazioni dell'accusa sono assoggettate alla sussistenza dell'immunità; la *Section 8*, comma 5°, impedisce alle corti di disporre la divulgazione nei casi in cui ciò sarebbe contrario al pubblico interesse.

A tal fine, gli ufficiali incaricati della divulgazione devono elencare, in una lista apposita, qualsiasi materiale la cui divulgazione potrebbe dare luogo ad un reale rischio di grave pregiudizio ad un interesse pubblico importante, ed il relativo motivo; tra i motivi figura, ovviamente, la sicurezza nazionale. L'inclusione nell'elenco non stabilisce definitivamente se il divieto di divulgazione è o meno nel pubblico interesse, poiché una tale questione sarà definita dalle corti. Nel caso *H and C* del 2004, la *House of Lords* ha stabilito una serie di questioni che i giudici devono prendere in considerazione nelle determinazioni relative all'immunità fondata sull'interesse

pubblico. In particolare, la *House of Lords* ha stabilito la c.d. *Golden Rule*¹⁸, ovvero che qualsiasi informazione che indebolisca le tesi dell'accusa, oppure rafforzi quelle della difesa, deve essere divulgata.

Nel caso *R (Binyam Mohamed) v Secretary of State for Foreign Affairs*¹⁹, del 2010, in cui il Governo si è opposto alla divulgazione di alcuni dati relativi alla commissione di atti di tortura in base all'immunità fondata sul pubblico interesse (c.d. *public interest immunity*), il materiale in questione comprendeva un riassunto di informazioni trasmesse dai servizi di *intelligence* statunitensi al Governo britannico sulle circostanze della detenzione del ricorrente, avvenuto nel carcere di Guantánamo. Il Ministro degli esteri ha sottolineato la conseguenza che, se la sentenza fosse stata interamente pubblicata, si correva un grave rischio che gli Stati Uniti avrebbero rivalutato in negativo la loro prassi di condivisione di informazioni riservate col Regno Unito. La Corte ha stabilito che l'MI5 aveva agito in modo contorto e disonesto ed aveva partecipato ad atti di tortura. Ciononostante, ha affermato che il Governo aveva agito in buona fede e che l'invocazione della riservatezza era fondata sul fatto che la minaccia di diminuita cooperazione da parte degli USA fosse reale ed effettiva.

3.2.2.2. *Lo Special Immigration Appeals Commission e l'uso degli special advocates*

La *Commission* è stata creata allo scopo di valutare i ricorsi contro le decisioni sull'immigrazione (nel sistema britannico, prese dall'Esecutivo) di cui, ad avviso del Ministro competente, i dettagli non dovrebbero essere divulgati per evitare di provocare un danno al pubblico interesse²⁰. L'*Act* di istituzione della *Commission* stabilisce che procedimenti dinanzi alla *Commission* possano avvenire senza che l'individuo ricorrente riceva tutti i particolari sui motivi a fondamento della decisione impugnata, oppure anche in assenza del ricorrente stesso.

L'argomento dei processi riservati e la riservatezza delle prove dedotte contro un imputato emerge sovente nei procedimenti dinanzi alla *Commission*. Tali misure sono stabilite per legge e sono diverse dagli attestati emessi in seguito ad invocazioni dell'immunità fondata sul pubblico interesse, anche quanto l'informazione venga ritenuta riservata in base a motivi attinenti al pubblico interesse.

La normativa secondaria di attuazione dello *Special Immigration Appeals Commission Act 1997* ha stabilito la procedura per la nomina e l'operato degli avvocati speciali, i c.d. *special advocates*, i

¹⁸ Trattasi di una regola da tener distinta dall'omonimo criterio interpretativo applicato dai giudici nella *statutory interpretation* (e secondo il quale la terminologia impiegata nelle leggi deve assumere la loro definizione letterale, a meno che ciò non conduca ad un risultato assurdo o contrario alla *policy* implementata dal governo): *R v H, R v C*, [2004] UKHL 3.

¹⁹ La sentenza è reperibile alla pagina *Internet* <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2010/158.html>.

²⁰ I ricorsi possono avere come oggetto sia asserite violazioni della legge ma anche un preteso esercizio erroneo della discrezionalità in capo al ministro competente.

quali hanno il compito di rappresentare e tutelare gli interessi del ricorrente nel contesto di procedimenti riservati dinanzi alla *Commission*. Essi sono sottoposti a controlli di sicurezza e possono procedere ad un esame in contraddittorio dei testimoni. Uno *special advocate* può consultare e ricevere istruzioni dall'individuo rappresentato e dai suoi rappresentanti legali solamente fino al momento in cui viene a conoscenza del materiale riservato, a meno che non riceva un'autorizzazione in tal senso da parte della *Commission*. Da notare è che il materiale viene definito "riservato" se il Ministro competente desidera produrlo a sostegno della propria tesi nel corso di qualsiasi procedimento dinanzi alla *Commission*, ma non intende o non può portarlo a conoscenza del ricorrente o del rappresentante legale di quest'ultimo; in ogni caso, il materiale può essere prodotto solamente previa nomina di uno *special advocate* per tutelare gli interessi del ricorrente. Se il Ministro desidera opporsi alla divulgazione al ricorrente di qualsiasi materiale, deve darne avviso allo *special advocate*; la *Commission* è quindi incaricata di determinare, in seguito alle argomentazioni dello *special advocate* e dell'avvocato del Ministro, se la divulgazione sia contraria al pubblico interesse. Se l'obiezione del Ministro viene accolta, il materiale riservato è portato dinanzi al *tribunal* nel corso di un'udienza privata, cui il ricorrente ed i suoi rappresentanti legali non possono presenziare. In loro vece, presenzierà lo *special advocate*. Se la *Commission* respinge l'obiezione, può dare al Ministro istruzioni affinché il materiale venga divulgato in tutto o in parte al ricorrente; in tal caso, l'unico modo per non portare a conoscenza del ricorrente il materiale è quello di produrlo in giudizio. La decisione della *Commission* è appellabile dinanzi alla *Court of Appeal* (in particolare, sono impugnabili le questioni di diritto pertinenti alla determinazione in merito al materiale riservato).

La figura degli *special advocates* è stata estesa anche ai processi civili per il risarcimento danni ed alle procedure disciplinari in ambito di lavoro, laddove sussistono motivi per invocare il segreto di Stato²¹. Una procedura simile è prevista anche nei casi relativi ai *control orders*, cioè misure anti-terrorismo che comportano, in sostanza, gli arresti domiciliari ed altre misure restrittive della libertà. Nel caso *Secretary of State for the Home Department v MB*²², del 2007, la *House of Lords* ha stabilito che se, nel contesto di una tale procedura, un giudice si vede essenzialmente imposta la scelta di confermare l'attestazione ministeriale circa il mantenimento del segreto su informazioni fondamentali, deve ritenersi allora sussistente una violazione dell'art. 6 CEDU. La *House of Lords* ha stabilito che, per evitare questa violazione, si deve interpretare la normativa in modo tale da conferire alle corti il potere di disporre il ritiro del caso dalla considerazione della corte, allorché un ministro non accetti di divulgare il materiale, rifiutandosi di ottemperare ad una disposizione in tal senso della corte.

²¹ V., rispettivamente, le sentenze *Al Rawi v Security Service* [2011] UKSC 34, e *Tariq v Secretary of State for Home Affairs* [2011] UKSC 35, entrambe del luglio 2011, rese dalla Corte suprema del Regno Unito; le sentenze sono entrambe oggetto di segnalazione nel *Bollettino di attualità giurisprudenziale* del mese di settembre 2011.

²² La sentenza è reperibile alla pagina *Internet* <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200607/ldjudgmt/jd071031/home-1.htm>.

3.2.2.3. *Le regole di procedura penale e civile*

Nel corso dei processi penali, i testimoni possono avvalersi della facoltà di rimanere anonimi, come stabilito dalle disposizioni del *Criminal Evidence (Witness Arrangements) Act 2008* e confermato nella sentenza sul caso *R v Davis* (2008, della *House of Lords*).

In materia civile, le *Civil Procedure Rules 1998* stabiliscono che, in linea di principio, le udienze (ed i processi) debbono avvenire in pubblico. Le udienze, o parti di esse, possono svolgersi in via riservata se, tra l'altro, la pubblicità dell'evento priverebbe l'udienza del suo obiettivo, se la questione riguarda la sicurezza nazionale, informazioni riservate, o se il venir meno della pubblicità sia necessaria per proteggere gli interessi di soggetti deboli, quali ad esempio i minori.

Le *Civil Procedure Rules (Part 31, paragrafo 22)* stabiliscono che la corte ha il potere di disporre la restrizione o il divieto dell'uso di un documento che è stato divulgato, anche se letto nel corso di un'udienza pubblica. Nella prassi, la libertà di parola o la trasmissione di informazioni dovrà essere limitata solamente là dove sussista un impellente bisogno sociale o per perseguire un altro obiettivo parimenti importante.

3.2.2.4. *Il Contempt of Court Act 1981*

Il *Contempt of Court Act 1981* conferisce alla corte il potere di disporre il rinvio della pubblicazione di questioni relative ad un dato procedimento per il periodo di tempo che ritiene necessario, al fine di prevenire un rischio sostanziale di pregiudizio alla giustizia del processo in questione o di qualsiasi altro processo, in corso o imminente. Inoltre, le corti possono proibire la pubblicazione di nomi o prove se queste non sono state divulgate apertamente presso la corte nel corso di un processo pubblico (l'*Act* tace, tuttavia, sulle circostanze precise in cui ciò è permesso). La *Court of Appeal*, nel caso *Re Crook's Appeal* (del 1992), si è pronunciata a favore di una interpretazione restrittiva di una tale facoltà, affermando che un giudice si possa ritirare *in camera* per valutare la necessità di un rinvio della pubblicazione, ma che debba imporre la pubblicità del processo "non appena emerga che il bisogno di escludere il pubblico non è più palesemente necessario". Le decisioni rese dal giudice in proposito possono essere oggetto di impugnazione.

Il *Contempt of Court Act* è rilevante anche nel caso delle fonti giornalistiche: le corti possono disporre la rivelazione delle fonti giornalistiche se ciò è necessario nell'interesse della giustizia, della sicurezza nazionale o per la prevenzione di disordini sociali o di reati (*Section 10*).

SPAGNA

di Carmen Guerrero Picó

1. Aspetti generali

La disciplina del segreto di Stato in Spagna risale all'epoca franchista; non è stata riformata dopo l'approvazione della Costituzione e, nella prassi, si è rivelata insufficiente per risolvere i conflitti che si sono presentati, legati fundamentalmente al rifiuto da parte del Consiglio dei ministri di declassificare documenti qualificati di riservati o segreti in risposta alle richieste di accesso all'informazione avanzate da taluni giudici istruttori.

L'apertura di indagini giudiziarie per diversi casi di abusi commessi dai vecchi servizi di *intelligence* (il Cesid: Centro superiore di informazione della difesa) ha posto sotto una lente di ingrandimento la normativa in materia di segreto di Stato, provocando l'intervento del Tribunale supremo¹ per la risoluzione dei conflitti sorti tra il Governo e i giudici. Approfittando di questa congiuntura, la dottrina ha richiamato più volte la necessità della modifica della normativa in vigore, richiesta che è stata tuttavia disattesa dal legislatore, la cui attenzione si è soffermata, piuttosto, sulla approvazione di una legge regolatrice dei nuovi servizi di informazione: il *Centro Nacional de Inteligencia*.

Recentemente l'argomento del segreto di Stato ha attirato nuovamente l'attenzione dell'opinione pubblica per la divulgazione di fatti riguardanti i voli della Cia sul territorio nazionale²,

¹ Il riferimento va alle sentenze dell'aprile 1997, oggetto di studio nell'ultima parte di questo lavoro, che hanno prodotto una quantità ingente di letteratura. Si vedano, a titolo di esempio: N. GARRIDO CUENCA, "El episodio judicial de la desclasificación de los papeles del CESID: las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997. Paradojas y paralogramas de un conflicto entre la función de gobierno y el derecho a la tutela judicial efectiva", in *Revista de Administración Pública*, n. 143, maggio-agosto 1997, pp. 229-263; B. LOZANO, "En los confines del Estado de Derecho: el control judicial de los secretos de Estado", in *Jueces para la democracia*, n. 29, 1997, pp. 20-28; M. BACIGALUPO SAGGESEEL, "Control judicial de los actos del Gobierno por los que se acuerda clasificar o no desclasificar secretos oficiales", in *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, n. 13, 1998, pp. 203-247; J. J. TORRES VENTOSA, "La regulación legal de los secretos oficiales", in *Anuario de la Facultad de Derecho de Extremadura*, n. 16, 1998, pp. 357-387; F. SANTAOLALLA LÓPEZ, "Actos políticos, inteligencia nacional y Estado de Derecho", in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 65, maggio-agosto 2002, pp. 107- 13; e H. WILKINSON MORERA DE LA VALL, *Secretos de Estado y Estado de Derecho: régimen jurídico de los secretos oficiales en España*, Atelier, Barcellona, 2007 (consultato in versione elettronica).

² L'*Audiencia Nacional* sta indagando sulla sosta a Palma di Maiorca dell'aereo-prigione usato nel gennaio 2004 per deportare a Kabul un cittadino tedesco, Khaled Al-Masri (sul cui caso v. anche *infra*, nella parte relativa agli Stati Uniti). Il Consiglio di Europa ha chiesto alla Spagna di perseverare nel tentativo di chiarire i fatti e di stabilire la verità sulle denunce delle detenzioni segrete della Cia (D. MARTY, *Abuse of state secrecy and national security: obstacles to parliamentary and judicial scrutiny of human rights violations* [Provisional version], Parliamentary Assembly, 7 settembre 2011).

informazione che il Governo socialista ha deciso di declassificare il 9 febbraio 2007, e – più di recente – per i documenti pubblicati sul sito di Wikileaks³.

1.1. L'inquadramento normativo del segreto di Stato

1.1.1. Il segreto di Stato nella Costituzione

La Costituzione del 1978 conferma che il principio democratico di trasparenza o di pubblicità, che si proietta sui tre poteri dello Stato (artt. 9, 20, 22, 24, 51, 76, 80, 91, 94, 105, 109, 111, 120 o 164 Cost.), è una pietra miliare in uno Stato di diritto com'è la Spagna e, al contempo, mette in risalto l'essenzialità del diritto fondamentale a dare e ricevere informazioni (art. 20 Cost.), senza il quale non si avrebbe una società libera né, tanto meno, una reale sovranità popolare (STC 6/1981, del 16 marzo, FJ 3). Peraltro, il costituente ha riconosciuto che è possibile stabilire limiti al principio democratico di pubblicità per tutelare i beni giuridici della sicurezza e della difesa dello Stato.

Secondo l'art. 105, lettera *b*), Cost., “la legge disciplinerà l'accesso dei cittadini agli archivi e registri amministrativi⁴, eccezion fatta per ciò che riguarda la sicurezza e la difesa dello Stato, l'accertamento dei reati e l'intimità delle persone”. Si dota, così, di base costituzionale la possibilità di opporre il segreto di Stato, nonostante la Legge fondamentale non contenga una disciplina esplicita della materia.

1.1.2. La Ley de secretos oficiales n. 9/1968 e il decreto n. 242/1969

La prima *Ley de secretos oficiales*, tuttora in vigore, è stata la legge n. 9/1968, del 5 aprile (d'ora in avanti, LSO)⁵, ed il suo regolamento di attuazione fu approvato con decreto n. 242/1969, del 20 febbraio⁶. La LSO è stata modificata in una sola occasione, ad opera della legge n. 48/1978, del 7 ottobre. I cambiamenti introdotti riguardavano essenzialmente la riduzione dei soggetti autorizzati ad opporre il segreto, l'esclusione delle limitazioni all'accesso all'informazione classificata da parte del Parlamento e l'eliminazione della norma che prevedeva l'impossibilità di qualunque controllo giudiziario sul segreto di Stato.

³ Cfr. A. CASASOLA GÓMEZ-AGUADO, “*Legislación española sobre secretos oficiales y su comparación con otras legislaciones OTAN. A propósito de Wikileaks*”, in *Diario La Ley*, n. 7584, 8 marzo 2011 (versione elettronica).

⁴ Uno dei punti centrali del programma elettorale dell'attuale Governo, con cui si intendeva rispondere alle denunce di mancanza di trasparenza amministrativa, era il progetto di legge sulla trasparenza e sull'accesso all'informazione pubblica, il cui testo è stato reso noto soltanto nello scorso mese di agosto, ma che non potrà essere approvato per l'imminente scioglimento del Parlamento in vista delle elezioni politiche del prossimo novembre.

⁵ Cfr. http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/act.php?id=BOE-A-1968-444.

⁶ Cfr. http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE-A-1969-263.

La disciplina del segreto di Stato è molto criticata, tra l'altro, per i dubbi riguardanti la sua conformità alla Costituzione, perché anacronistica ed eccessivamente sintetica, tanto da lasciare senza risposta numerosi interrogativi legati ai meccanismi di controllo del potere dell'Esecutivo, consustanziali ad uno Stato democratico di diritto.

Nel 1989 il gruppo parlamentare popolare presentò una istanza al *plenum* della Camera dei deputati in cui si chiedeva al Governo socialista di elaborare e depositare un progetto di legge sui segreti ufficiali, ma non ottenne alcuna risposta. Tuttavia, la prima bozza di progetto di legge *orgánica* regolatrice dei segreti ufficiali⁷, presentata dal Governo popolare il 23 agosto 1996, non fu ben accolta perché, in pratica, garantiva all'Esecutivo una piena immunità (per la mancata definizione delle materie che potevano essere classificate come segreto, per i termini molto lunghi per la declassificazione, per l'obbligo dei deputati di non deporre dinanzi il giudice sull'informazione classificata cui avevano avuto accesso, ecc.). Tutto ciò, unito alla scoperta di casi molto gravi di abuso di potere dei servizi di *intelligence*, che evidenziavano anche la partecipazione dello Stato nella guerra "sporca" all'Eta⁸, e di fughe importanti di informazioni segrete, generò un clima di profonda sfiducia sociale. Il progetto di riforma della LSO del 1996 fu così sostituito dal Governo con un progetto di legge sui segreti di Stato, presentato a fine marzo 1997⁹, ma ben presto abbandonato. Legislatore ed Esecutivo ritennero che la priorità fosse quella della riforma della legislazione sui servizi di *intelligence*¹⁰, sottoposti ad una normativa regolamentare, precostituzionale nella maggior parte ed assai frammentaria. Ciò portò all'approvazione della legge *orgánica* n. 2/2002, del 6 maggio, regolatrice del controllo giudiziario preventivo del CNI (Centro nazionale di *intelligence*) e della legge n. 11/2002, del 6 maggio, regolatrice del CNI.

1.1.3. La normativa connessa

La LSO è da porre in relazione con altri testi normativi, come la legge n. 30/1992, del 26 novembre, sul regime giuridico delle amministrazioni pubbliche e del procedimento amministrativo comune, la legge n. 16/1985, del 25 giugno, sul patrimonio storico spagnolo, e la legge *orgánica* n. 15/1999, del 13 dicembre, sulla protezione dei dati di carattere personale. Tali normative, al fine di tutelare il bene giuridico costituzionalmente protetto della sicurezza e difesa dello Stato, vietano l'accesso a documenti il cui contenuto possa riguardare le materie classificate o possa presupporre,

⁷ A questo proposito, si veda M. BACIGALUPO SAGGESEEL, "Control judicial de los actos del Gobierno por los que se acuerda clasificar o no desclasificar secretos oficiales", cit., pp. 226-233.

⁸ Cfr. L. E. GARZÓN LOZANO, "El combate al terrorismo y la guerra sucia en España: el caso de los grupos antiterroristas de liberación (GAL)", in P. SALAZAR UGARTE (coord.), *El poder de la transparencia: nueve derrotas a la opacidad*, seconda ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Messico, pp. 175-217.

⁹ Cfr. H. WILKINSON MORERA DE LA VALL, *Secretos de Estado y Estado de Derecho: régimen jurídico de los secretos oficiales en España*, cit., pp. 116-124.

¹⁰ Si veda A. ABA CATOIRA, "El secreto de Estado y los servicios de inteligencia", cit., pp. 133-168.

con la divulgazione, rischi per la sicurezza e difesa dello Stato; ancora, nel caso dei dati personali, la legge esclude espressamente questa materia del suo ambito di applicazione.

Da segnalare è poi che il codice penale punisce, al titolo XXIII (artt. 589-604), le ipotesi costitutive di reato concernenti le materie classificate, distinguendo tra il tradimento, la scoperta e la rivelazione di segreti ed informazioni relative alla difesa nazionale, da un lato, e gli attentati contro mezzi e risorse della difesa nazionale, dall'altro. Altrettanto fa, per l'ambito militare, il titolo primo del libro secondo del codice penale militare.

Infine, sono da menzionare gli accordi bilaterali di protezione di informazioni classificate tra la Spagna ed una serie di Stati¹¹ e la ratifica da parte della Spagna all'Accordo NATO del 21 settembre 1960, sulla reciproca salvaguardia del segreto delle invenzioni che interessano la difesa e che sono state oggetto di domanda di brevetto, e del 19 ottobre 1970, sulla comunicazione di informazioni tecniche allo scopo di difesa.

2. La nozione di segreto di Stato

In virtù dell'art. 2 LSO, “potranno essere dichiarate «materie classificate» gli affari, atti, documenti, informazioni, dati ed oggetti¹² la cui conoscenza da parte di persone non autorizzate possa danneggiare o mettere a repentaglio la sicurezza e la difesa dello Stato”. Il concetto di difesa

¹¹ In particolare, Germania, Bulgaria, Corea del Sud, Slovacchia, Stati Uniti, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia. Olanda, Israele, Italia, Lettonia, Norvegia, Polonia, Portogallo, Romania, Svezia e Regno Unito.

¹² L'art. 2 del regolamento definisce cosa debba intendersi per affari, atti, documenti, informazioni, dati e oggetti ai sensi dell'art. 2 LSO:

“1. Per affari, tutti i temi che si riferiscano alle materie che si specificano negli stessi.

2. Per atto, qualunque manifestazione o accordo della vita politico-amministrativa tendente all'ottenimento di fini specifici.

3. Per documenti, qualunque supporto grafico o di qualunque altra natura ed in special modo: *a)* i moduli, manoscritti, carte dattiloscritte o stenografate e le copie degli stessi, quali che siano i procedimenti usati per la loro riproduzione; i piani, progetti, schemi, abbozzi, disegni, bozzetti, diagrammi, lettere, schizzi e mappe di qualsiasi indole, nella loro totalità, o le parti o frammenti degli stessi; *b)* le fotografie ed i loro negativi, le diapositive, i positivi e negativi di filmati, impressi per mezzo di camere cinematografiche e le loro riproduzioni; *c)* le registrazioni sonore di tutti i tipi; *d)* le lastre, gli stampi, le matrici, le composizioni tipografiche, le pietre litografiche, le registrazioni in filmini cinematografici, le bande scritte o perforate, la memoria transistorizzata di un cervello elettronico e qualsivoglia altro materiale usato per riprodurre documenti.

4. Per informazioni, le conoscenze di qualunque classe di affari o materiali classificati dall'art. 2 LSO.

5. Per dati ed oggetti, gli antecedenti necessari per la conoscenza completa o incompleta delle materie classificate, i brevetti, le materie prime ed i prodotti elaborati, l'utensileria, i conii, le matrici ed i francobolli di tutte classi, nonché i luoghi, le opere, gli edifici e le installazioni di interesse per la difesa nazionale o per la ricerca scientifica.

6. Si intenderanno anche come materiali propri di questo decreto tutti quelli che, senza essere enumerati nel presente articolo, per la loro natura, possano essere qualificati come affari, atti, documenti, informazioni, dati od oggetti in conformità all'art. 2 LSO”.

dello Stato comprende la difesa della sovranità e dell'indipendenza della Spagna, nonché la difesa dell'ordine costituzionale proprio di uno Stato di diritto¹³. Inoltre, “avranno natura segreta, senza necessità di previa classificazione, le materie così dichiarate dalla legge” (art. 1, comma 2, LSO). Naturalmente, ciò non implica che il legislatore possa dichiarare segreto qualsivoglia materia: è necessario il coinvolgimento de (e un possibile rischio o danno per) la sicurezza e la difesa dello Stato.

Il grado di coinvolgimento della sicurezza e della difesa dello Stato motiva la qualificazione di ciò che è stato classificato come “segreto” o “riservato”, ma né la LSO né il suo regolamento di attuazione stabiliscono criteri nitidi di differenziazione tra le due qualificazioni. Il regolamento indica soltanto che procede alla classificazione come “segreto” quando il materiale in questione ha bisogno del “più alto grado di protezione per la sua eccezionale importanza”, mentre si rientra nella categoria “riservata” di fronte alla minor rilevanza del materiale (art. 3.I e II del decreto n. 242/1969). In base a questa differenziazione, il regolamento è chiamato a stabilire regimi giuridici differenziati riguardanti la perdita, la rivelazione, la custodia, lo spostamento o la trasmissione dell'informazione.

Non è obbligatorio fissare un termine di durata per la classificazione dell'informazione “segreta” o “riservata”. L'organo incaricato della qualificazione potrà fissare un termine “purché ciò sia possibile” (art. 3.III del decreto n. 242/1969). Nel caso si opti per fissare il termine, questo non deve essere incluso nel testo dell'atto di classificazione, ma in un appunto precedente o successivo.

Allo stesso modo, non è obbligatorio fissare un termine di revisione dell'informazione classificata per determinare se è possibile la declassificazione, per il venir meno delle circostanze che motivarono la classificazione, o se è possibile l'abbassamento del grado di qualificazione, per il minor coinvolgimento della sicurezza e della difesa dello Stato. Tuttavia, il regolamento sottolinea l'opportunità di un controllo effettuato periodicamente, per evitare l'accumulo di materie classificate (art. 3.IV del decreto n. 242/1969).

Una volta che l'informazione è qualificata come “segreta” o “riservata”, si producono i seguenti effetti (art. 8 LSO): *a*) possono conoscere questi materiali solamente gli organi e le persone opportunamente autorizzate¹⁴, con le formalità e le limitazioni che si determinino; *b*) si può vietare

¹³ Così si desume dalla definizione di “difesa nazionale” dell'art. 2 della legge *orgánica* n. 5/2005, del 17 novembre, sulla difesa nazionale: “la politica di difesa ha come finalità la protezione dell'insieme della società spagnola, della sua Costituzione e dei valori superiori, dei principi e delle istituzioni che sancisce, dello Stato sociale e democratico di diritto, del pieno esercizio dei diritti e libertà, e della garanzia, indipendenza ed integrità territoriale della Spagna. Parimenti, [la difesa nazionale] ha come obiettivo quello di contribuire alla preservazione della pace e della sicurezza internazionali, nel quadro degli impegni assunti dal Regno di Spagna”.

¹⁴ Il regolamento non indica con precisione quali siano le persone che possono essere autorizzate ad accedere all'informazione o all'esame del materiale classificato. Dispone che potranno accedere al materiale classificato solo le persone i cui doveri ufficiali richiedano tale accesso, e che siano state autorizzate dall'organo incaricato della classificazione. In ogni caso, il Servizio di protezione delle materie classificate avrà un registro delle persone che

l'accesso o stabilire limitazioni alla circolazione di persone non autorizzate nei locali, nei luoghi o nelle zone in cui siano ubicati i materiali classificati; c) il personale dell'amministrazione dello Stato e delle Forze armate è obbligato a rispettare le misure di sicurezza che si prevedano per proteggere i materiali classificati.

La persona che si trovi a conoscenza o in possesso di materiale classificato (purché le consti tale condizione) è obbligata a conservare il segreto ed a consegnare il materiale alla autorità civile o militare più vicina. Se ciò non fosse possibile, dovrà notificarle la sua scoperta. Questa autorità lo comunicherà a sua volta al Ministero interessato o alla Presidenza del Governo, adottando le misure di protezione che ritenga opportune. Quando, invece, si prevede che un materiale classificato possa giungere a conoscenza dei mezzi di informazione, si notificherà a questi la classificazione del segreto o della riserva (art. 9 LSO).

Il mancato rispetto delle limitazioni alla comunicazione o alla divulgazione stabilite dalla LSO sarà sanzionato in via penale o amministrativa, a seconda dei casi (art. 13 LSO).

3. Gli organi titolari del potere di opporre il segreto di Stato

Il legislatore può dichiarare segreta una materia attraverso la legge (art. 1 LSO) e si riconosce capacità di classificazione, entro la sfera della loro competenza e mediante un atto formale (art. 10, comma 1, LSO), al Consiglio dei ministri e alla *Junta de Jefes de Estado Mayor*¹⁵ (art. 4 LSO). Non è previsto che situazioni di urgenza permettano la classificazione da parte di altre autorità. Inoltre, è vietato il trasferimento o la delega della competenza a classificare (art. 5 LSO). La cancellazione delle classificazioni spetta all'organo che ha operato la rispettiva dichiarazione (art. 7 LSO).

A titolo di esempio, può citarsi l'*acuerdo* del Consiglio dei ministri del 28 novembre 1986¹⁶, in cui si includono due elenchi. L'elenco delle materie classificate qualificate "segrete" concerne essenzialmente informazioni di natura strettamente militare: i piani per la difesa nazionale, le deliberazioni degli alti comandi dell'esercito o i dati delle infrastrutture militari spagnole (forze e unità, navi e aeronavi). Nell'elenco delle materie "riservate" si fa riferimento ai piani di sicurezza degli organismi pubblici, ai piani di protezione delle persone, ai dati concernenti il personale militare, le destinazioni speciali e le ricerche scientifiche di natura militare. Due di queste materie

abbiano ottenuto l'autorizzazione per l'accesso e farà in modo che un membro del Servizio sia presente durante l'esame del materiale (art. 27 del decreto n. 242/1969).

¹⁵ L'inclusione della *Junta*, organo di assistenza militare al Presidente del Governo e al Ministero della Difesa, si ritiene illegittima dalla maggior parte della dottrina.

L'*acuerdo* del Consiglio dei ministri del 28 novembre 1986 concede, nel comma A.6, natura segreta alle deliberazioni della *Junta de Jefes de Estado Mayor* e nel comma C dispone che tutto ciò che serva di preparazione ai suoi accordi o convenzioni (atti, documenti, materiale) godrà ugualmente della classificazione di segreto o riservato (*Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, III Legislatura, serie D*, n. 122, del 6 novembre 1987, http://www.congreso.es/public_oficiales/L3/CONG/BOCG/D/D_122.PDF).

¹⁶ Cfr. <http://www.intelpage.info/web/acuerdo28nov86.htm>.

sono state assai controverse: l'inclusione come informazione "segreta" della "struttura, dell'organizzazione e dei procedimenti operativi specifici dei servizi di *intelligence*, nonché le loro fonti e le informazioni o i dati possano rivelare"¹⁷; e l'inclusione come "riservata" della informazione legata alla "produzione, acquisizione, somministrazione e trasporto di armamenti, munizioni e materiale bellico"¹⁸.

La *Junta de Jefes de Estado Mayor* dichiarò segreti, tra il maggio 1985 ed il luglio 1987, ventidue affari, tra cui gli accordi su due poligoni di tiro e l'acquisto di aerei per il trasporto di personalità pubbliche¹⁹.

¹⁷ Cfr. H. WILKINSON MORERA DE LA VALL, *Secretos de Estado y Estado de Derecho: régimen jurídico de los secretos oficiales en España*, cit., pp. 106-110.

¹⁸ Si veda, a questo proposito, E. MELERO ALONSO, "El control judicial de los secretos de Estado en España. A propósito de las exportaciones de armamento", in *Opinión Jurídica*, vol. 7, n. 14, luglio-dicembre 2008, pp. 15-31.

¹⁹ Dati appresi dal *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, IV Legislatura*, n. 23, del 13 marzo 1990, p. 872, http://www.congreso.es/public_oficiales/L4/CONG/DS/PL/PL_023.PDF.

4. Cenni sulle misure di controllo del segreto di Stato da parte del Parlamento e del *Defensor del Pueblo*

4.1. L'accesso dei deputati ai segreti di Stato

La LSO rinvia ai regolamenti delle Camere la disciplina dell'accesso da parte del Parlamento ai segreti ufficiali: “la dichiarazione di «materie classificate» non interesserà la Camera dei deputati né il Senato, che avranno sempre accesso alle informazioni che richiedano, nella forma determinata dai rispettivi regolamenti e, se del caso, in sedute segrete” (art. 10, comma 2, LSO)²⁰. Tuttavia, i regolamenti non disciplinano una procedura specifica per l'accesso alle materie classificate e solo la Camera ha emanato norme a questo proposito. D'altra parte, c'è da rilevare che non esiste formalmente alcuna commissione specifica sui segreti ufficiali, mentre ne esiste una per il controllo delle spese riservate dello Stato²¹.

Il regolamento della Camera (d'ora in avanti, RCD) sancisce il diritto di accesso alle informazioni (in generale), senza riferimento esplicito ai segreti ufficiali; l'art. 7 stabilisce che i deputati avranno la facoltà di ottenere dalle Pubbliche amministrazioni i dati, le relazioni o i documenti in possesso di queste, e l'art. 44 contiene una previsione di accesso all'informazione parlamentare da parte delle commissioni, che potranno ottenere specifiche informazioni e documenti dal Governo e dalle Pubbliche amministrazioni tramite il Presidente della Camera. Lo scarso dettaglio della normativa del RCD ha reso necessaria l'emanazione di una risoluzione della Presidenza della Camera sull'accesso alle materie classificate, approvata il 18 dicembre 1986.

Questa risoluzione, al suo art. 1, escludeva il diritto del singolo deputato all'accesso alle materie classificate ed è stata oggetto di un ricorso di *amparo* presentato da più di sessantasei deputati, secondo i quali, quando la LSO sancisce il diritto della Camera all'accesso alle materie classificate, non si riferisce ad un organo o ad una istituzione, “bensì a tutti i deputati, nel loro insieme o singolarmente, che la compongono”. Dal ricorso non si è ottenuto alcun chiarimento, perché il Tribunale costituzionale, con STC 118/1988, del 20 giugno²², non è entrato nel merito,

²⁰ Sull'argomento si veda J. CANO BUESO, “*Información parlamentaria y secretos oficiales*”, Institut de Ciències Polítiques i Socials, *Working Paper* n.133, Barcellona, 1997.

²¹ La legge n. 11/1995, dell'11 maggio, che disciplina l'utilizzo e controllo dei crediti destinati a spese riservate, prevede la costituzione di una commissione specifica di controllo delle spese riservate, presieduta dal Presidente della Camera e integrata dai deputati qualificati per conoscere i segreti ufficiali. La dottrina ha ipotizzato che la ragione per cui non si creò una commissione specifica sui segreti ufficiali poggia sulla convinzione che ciò che si pretendeva con la risoluzione del 1992 era soddisfare il diritto all'informazione sui segreti ufficiali dei parlamentari, non il controllo dei segreti ufficiali. L'idea di fondo era che il Parlamento doveva conoscere i segreti ufficiali, non che fosse necessario qualcosa di simile ad una commissione d'inchiesta. Queste già esistevano e potevano costituirsi in relazione ad un'indagine che vedesse coinvolto il segreto di Stato (H. WILKINSON MORERA DE LA VALL, *Secretos de Estado y Estado de Derecho: régimen jurídico de los secretos oficiales en España*, cit., p. 140).

²² Cfr. http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTEN_CIA-1988-0118.

considerando che la risoluzione della Presidenza è una norma con rango di legge e, dunque, non suscettibile di *amparo*. Si sarebbe dunque dovuto presentare un ricorso di legittimità in via principale²³.

In seguito, il 2 giugno 1992, è stata approvata una seconda risoluzione della Presidenza sull'accesso ai segreti ufficiali²⁴ (tuttora in vigore), che ha continuato a precludere l'accesso al deputato singolo. Solo le commissioni ed uno o più gruppi parlamentari che comprendano, almeno, un quarto dei membri della Camera, potranno richiedere, attraverso la Presidenza della Camera, informazioni su materiali che siano stati classificati conformemente alla LSO.

Una volta richiesta l'informazione, il Governo deve agevolare l'esercizio del diritto all'informazione a seconda che il materiale in questione appartenga alla categoria "segreto" o "riservato", ma solo ai deputati specialmente qualificati per accedere all'informazione.

Se il materiale in questione è classificato nella categoria "segreto", il Governo fornisce l'informazione richiesta ad un deputato per ogni gruppo parlamentare. I deputati sono allo scopo eletti dall'Assemblea della Camera a maggioranza dei tre quinti. Se qualcuno dei designati cessa di appartenere, nel corso della legislatura, al gruppo parlamentare per il quale è stato eletto, si procede alla elezione del suo sostituto con uguale procedimento.

Se, invece, il materiale in questione è classificato come "riservato", il Governo fornisce l'informazione richiesta ai portavoce dei gruppi parlamentari o ai rappresentanti degli stessi nella commissione, quando l'iniziativa della richiesta sia partita da una di queste.

Eccezionalmente, il Governo può richiedere, in maniera motivata, all'Ufficio di Presidenza della Camera che l'informazione su un determinato materiale dichiarato segreto venga fornita esclusivamente al Presidente della Camera, o a quello della commissione, quando l'istanza sia stata formulata da quest'ultima. Spetta, in ogni caso, all'Ufficio di Presidenza del Congresso, la decisione definitiva sulla richiesta del Governo.

Il Governo può ugualmente richiedere che l'informazione su un determinato materiale classificato venga fornita in seduta segreta, alla commissione che l'ha richiesta o a qualunque commissione competente, nel caso in cui l'iniziativa sia partita dai gruppi parlamentari. In tali ipotesi, possono partecipare alla seduta informativa solo i membri della commissione.

Nel caso in cui l'informazione richiesta si riferisca al contenuto di un documento, l'autorità che deve fornirla esibisce ai deputati l'originale o la fotocopia della documentazione, allorché sia ritenuta imprescindibile la presa visione diretta.

I deputati possono esaminare la documentazione, in presenza della autorità che la fornisce, e prendere appunti, ma non ottenere copie né riproduzioni. L'esame della documentazione si effettua

²³ Il giudice costituzionale RUBIO LLORENTE ha espresso il proprio dissenso rispetto alla decisione in un *voto particular*.

²⁴ Cfr. http://www.congreso.es/public_oficiales/L4/CONG/BOCG/E/E_208.PDF.

nella Camera dei deputati o, quando a giudizio del Presidente ciò agevolerebbe l'accesso all'informazione, nel luogo in cui la documentazione si trovi archiviata o depositata.

Il punto nono della risoluzione stabilisce il dovere di riserva dei deputati scelti per conoscere i segreti ufficiali, in applicazione del dovere generale di non divulgazione sancito nell'art. 16 RCD, ma non è chiaro come debba interpretarsi il suddetto dovere quando è in corso un'indagine giudiziaria. Si potrebbe intendere che cessi, in modo simile a quanto previsto nell'art. 76, comma 1, Cost., secondo cui: "la Camera e il Senato e, se del caso, entrambe le Camere congiunte, potranno nominare commissioni d'inchiesta su qualsiasi argomento di pubblico interesse. Le loro conclusioni non saranno vincolanti per i tribunali, né influenzeranno le decisioni giudiziarie, senza impedire che il risultato dell'inchiesta sia comunicato al Pubblico ministero per l'esercizio, ove necessario, delle azioni opportune".

4.2. Il limitato accesso del *Defensor del Pueblo*

Il *Defensor del Pueblo* (l'*Ombudsman* spagnolo) può chiedere l'accesso all'informazione classificata, ma non può esigerlo: l'ultima decisione spetta infatti al Consiglio dei ministri. Secondo l'art. 22 della legge *orgánica* n. 3/1981, del 6 aprile (d'ora in avanti, LODP)²⁵, il *Defensor* "potrà richiedere ai poteri pubblici tutti i documenti che consideri necessari per lo sviluppo della sua funzione [la difesa dei diritti fondamentali], inclusi quelli classificati come segreti in conformità alla legge". Il Consiglio dei ministri si può rifiutare, ma deve notificare il suo rifiuto al *Defensor del Pueblo*. Quando la risposta negativa incida in maniera decisiva sulla sua inchiesta, il *Defensor* potrà comunicarlo alla commissione mista Camera-Senato, aprendo così la via al controllo politico degli atti di classificazione.

Alcuni autori segnalano che, poiché la legge nulla dispone sulla *Junta de Jefes de Estado Mayor*, si deve interpretare che essa è obbligata a consegnare l'informazione richiesta²⁶.

Il *Defensor del Pueblo* ha l'obbligo di riserva in tutte le attività riguardanti il materiale segreto (artt. 22, comma 1, e 31, comma 2, LODP) e non può informare la persona coinvolta del risultato delle sue indagini quando siano di natura segreta. Sussistono dubbi su come debba procedere nel caso in cui venga a conoscenza di indizi di reato, visto che l'art. 25 LODP obbliga il *Defensor del Pueblo* a comunicare alla Procura generale (*Fiscal General del Estado*) le condotte o i fatti presumibilmente criminali che conosca per ragioni del suo incarico.

5. L'autorità giudiziaria di fronte al segreto di Stato

5.1. L'apertura nel 1978 al controllo giudiziario

²⁵ Cfr. http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/act.php?id=BOE-A-1981-10325.

²⁶ Cfr. J. J. TORRES VENTOSA, "La regulación legal de los secretos oficiales", cit., pp. 373.

La LSO del 1968 vietava esplicitamente alla giurisdizione amministrativa la “conoscenza delle questioni che [venissero poste] riguardo alle classificazioni cui si riferiva la legge” (art. 10, comma 2). Uno degli aspetti più salienti della riforma operata nel 1978 è stato proprio quello della soppressione di questo comma. Il legislatore ha così reso possibile il controllo giudiziale del segreto di Stato, pur senza porre una norma esplicita al riguardo.

In effetti, dalla lettura sistematica dell’art. 7 e dell’art. 10 LSO, ove si è eliso deliberatamente il divieto preesistente, nonché dai dibattiti parlamentari che hanno preceduto la riforma²⁷, si evidenzia molto chiaramente l’intenzione del legislatore di attribuire il declassamento o la cancellazione del segreto solo all’organo competente per classificare, senza che ciò sia incompatibile con il controllo giudiziario della decisione dell’Esecutivo. Inoltre, la Costituzione sancisce che la Pubblica amministrazione deve agire nel pieno rispetto della legge e del diritto (art. 103), il che impone l’esistenza di un controllo della legalità dell’azione amministrativa (art. 106), tanto più che l’amministrazione deve prestare collaborazione agli organi giudiziari quando questa le venga richiesta (art. 118).

La LSO non contiene, però, alcuna indicazione circa la condotta che il giudice deve tenere di fronte a testimonianze o documenti coperti dal segreto di Stato. Il progetto di legge sui segreti di Stato del marzo 1997 prevedeva una procedura specifica per il controllo giudiziario del segreto di Stato²⁸. Secondo il suo art. 7, dinanzi ad una richiesta giudiziaria di declassificazione, il Consiglio di ministri avrebbe dovuto ponderare gli interessi generali protetti dal segreto ed il rispetto dei diritti fondamentali coinvolti e, di conseguenza, accogliere o respingere la proposta. Successivamente la decisione avrebbe potuto essere oggetto di ricorso dinanzi alla *sala* amministrativa del Tribunale supremo, la cui decisione non avrebbe potuto essere oggetto di ricorso tranne che di un ricorso di *amparo*.

Altro elemento su cui si appuntano critiche è che i riferimenti al segreto nella legge processuale civile (LEC) e nella legge processuale penale (LECrin) siano tuttora palesemente insufficienti²⁹;

²⁷ In questo senso, emblematiche sono le parole di Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, senatore del Gruppo dei progressisti e socialisti indipendenti, per difendere l’emendamento riguardante l’art. 10, comma 2, LSO dinanzi al *plenum*: “La LSO del 1968 vietava che le dichiarazioni [di segreto] potessero essere impugnate di fronte alla giurisdizione amministrativa. Orbene, è palese la possibilità che i tribunali entrino in tutti i settori della pubblica amministrazione, senza che questo paralizzi l’attività di questa, e senza che ciò significhi pubblicità quando essa non sia auspicabile, ma si deve dare accesso ai tribunali a proposito di tutte le attività della pubblica amministrazione. E questa è una legge che aveva impedito questo tipo di azioni. Con la modifica che ora si introduce nulla impedirà che le dichiarazioni in relazione ai segreti ufficiali possano essere giudicate dai tribunali amministrativi” (*Diario de Sesiones, Senado, n. 34*, 20 giugno 1978, p. 1364, http://www.congreso.es/public_oficiales/L0/SEN/DS/S_1978_034.PDF).

²⁸ Cfr. H. WILKINSON MORERA DE LA VALL, *Secretos de Estado y Estado de Derecho: régimen jurídico de los secretos oficiales en España*, cit., p. 98.

²⁹ La legge processuale civile prevede che se la parte chiamata a deporre si rifiuta di farlo, il giudice può dare per riconosciuti i fatti, a meno che non esista l’obbligo legale di conservare il segreto (art. 307 LEC). Sempre nel processo civile, gli enti ufficiali hanno l’obbligo di esibire la documentazione richiesta dai tribunali, ma non quando si tratti di

inoltre, mancava anche una prassi giudiziaria, perché fino alle sentenze del Tribunale supremo del 4 aprile 1997, quasi non vi erano stati conflitti giudiziari in cui fosse direttamente coinvolta l'apposizione del segreto di Stato, nonostante quest'ultimo apparisse sullo sfondo in diverse cause. Ad alimentare le incertezze, il Tribunale costituzionale non si è mai pronunciato direttamente su questo argomento³⁰.

documentazione legalmente dichiarata o classificata come riservata o segreta (art. 332 LEC). L'art. 371 LEC è dedicato ai testimoni con dovere di mantenere segreto, e stabilisce che: “1. Quando, per il suo stato o la sua professione, il teste abbia il dovere di mantenere il segreto rispetto ai fatti per i quali è interrogato, lo affermerà motivatamente ed il tribunale, considerando il fondamento del rifiuto di deporre, deciderà, mediante ordinanza, nel senso imposto dalle norme giuridiche. Se il testimone è liberato dal dover rispondere, se ne darà conto negli atti. – 2. Se il teste afferma che i fatti su cui gli vengono rivolte le domande riguardano un materiale legalmente dichiarato o classificato come di carattere riservato o segreto, il tribunale, nei casi in cui lo ritenga necessario per la soddisfazione degli interessi dell'amministrazione di giustizia, chiederà, d'ufficio, mediante ordinanza, all'organo competente il documento ufficiale che accrediti tale carattere. Il tribunale, comprovato il fondamento dell'affermazione del carattere riservato o segreto, farà unire il documento agli atti, dando conto delle domande riguardanti il segreto ufficiale”.

Il solo riferimento al “segreto” che si trova nella legge processuale penale è all'art. 417, secondo paragrafo, LECrim secondo cui non potranno essere obbligati a deporre come testi: “i funzionari pubblici, civili e militari, di qualunque categoria, quando non possano deporre senza violare il segreto che in ragione dei loro incarichi siano obbligati a mantenere, o quando, agendo in virtù dell'obbedienza dovuta, non siano autorizzati a deporre dal loro superiore gerarchico”.

³⁰ Nella recente STC 111/2011, del 4 luglio, la *sala* seconda del Tribunale costituzionale ha respinto il ricorso di *amparo* sollevato da un *ex* Direttore generale della Polizia contro la sentenza del Tribunale supremo che aveva confermato la sua condanna per un reato continuato di malversazione di fondi pubblici. Tra gli altri motivi, il ricorrente adduceva la violazione del diritto ad un processo equo e del diritto all'utilizzo dei mezzi di prova pertinenti per la difesa (art. 24, comma 2, Cost.), perché era stata presa in considerazione come prova nella causa un'informativa sui fondi riservati classificata come segreta senza che il Governo la avesse de-segretata.

Il Tribunale ha dichiarato che, “nella fattispecie, la censura della prova [...] si [è] basata essenzialmente sul modo irregolare con cui è stata ottenuta, perché non c'è stato un atto preventivo per rimuovere il carattere segreto della documentazione consegnata all'organo giudiziario”. Ci si è trovati, dunque, “non già davanti ad un'ipotesi di violazione dei diritti fondamentali o di alcuna delle garanzie processuali essenziali sancite nell'art. 24, comma 2, Cost., bensì ad un'ipotetica violazione di determinati articoli della legge sui segreti ufficiali, in particolare dei suoi artt. 3, 4 e 7, che, se fosse [stata] ammessa la tesi proposta dal ricorrente, [avrebbe costituito] un'infrazione di natura processuale, per avere il tribunale inserito tale documentazione nel fascicolo di causa senza rispettare i requisiti imposti [...]. [Tuttavia, questa] presunta irregolarità riguardante i presupposti processuali [avrebbe difettato], in ogni caso, di rilevanza costituzionale, conformemente alla nostra giurisprudenza (per tutte, STC 174/2003, del 29 settembre, FJ 4), poiché non si [è] osserva[to] che, con la sua condotta, l'organo giudiziario abbia causato una *indefensión* sostanziale” (FJ 4). I tribunali avevano basato la condanna sulla dichiarazione incriminante di un coimputato, corroborata da una serie di dati o elementi indiziari, inferiti da un'ampia documentazione probatoria, dai periti e da testimoni (FJ 10).

5.2. Le sentenze del Tribunale supremo del 4 aprile 1997: i limiti alla potestà giurisdizionale di controllo della decisione del Consiglio dei ministri di non declassificare documenti dichiarati riservati o segreti

5.2.1. Il conflitto tra il Governo ed i giudici istruttori dei casi Oñederra, Lasa-Zabala e Urigoitia

Il furto da parte di un agente dell'*intelligence* di informazioni segrete (i c.d. *papeles del Cesid*) e la successiva messa a disposizione dei mezzi di comunicazione di parte di questa documentazione, che riconosceva l'implicazione dello Stato nella creazione dei Gal, Gruppi antiterroristici di liberazione, allo scopo di contrastare (illegalmente) l'azione dei separatisti baschi dell'Eta, aveva motivato l'apertura di diverse indagini per omicidio.

I giudici istruttori dei casi *Oñederra* (*Juzgado Central de Instrucción* n° 5 della *Audiencia Nacional*), *Lasa-Zabala* (*Juzgado Central de Instrucción* n° 1 della *Audiencia Nacional*) e *Urigoitia* (*Juzgado de Instrucción* n° 2 di San Sebastián) richiesero in diverse occasioni al Governo socialista la declassificazione di certi documenti segreti del Cesid ritenuti rilevanti per i processi.

Il giudice del *Juzgado Central de Instrucción* n° 5 della *Audiencia Nacional* aveva ordinato al Ministero della difesa la consegna dei documenti richiesti; di fronte al rifiuto opposto, aveva quindi adito il Tribunale dei conflitti di giurisdizione. Questo, con sentenza del 14 dicembre 1995, aveva negato ogni possibilità di controllo giudiziario dei documenti, adducendo la necessità di una previa declassificazione. In questo senso, aveva dichiarato che “il giudice dell'istruzione che ritenga necessari, ai fini dell'istruttoria, determinati documenti classificati, non può imporre al Ministro responsabile la loro consegna. Per mezzo di un atto motivato (art. 187 LECrim), il giudice può rivolgersi al Ministro, richiedendogli di inoltrare, a sua volta, la richiesta all'organo competente, il Consiglio dei ministri, affinché questo possa valutare, nell'ambito delle sue funzioni direttive del Governo, gli interessi in gioco, e principalmente quello alla sicurezza dello Stato, su cui il Governo è interprete esclusivo e titolare della potestà decisionale” (FJ 5).

Contro questa pronuncia si era interposto un ricorso di *amparo*, dichiarato inammissibile dal Tribunale costituzionale, con *providencia* del 20 maggio 1996, perché non erano state seguite le indicazioni del Tribunale dei conflitti e, quindi, non si era avanzata alcuna richiesta al Consiglio di ministri: non essendosi, di conseguenza, esauriti i rimedi ordinari, non si potevano ritenere violati il diritto alla prova o il diritto alla difesa di cui all'art. 24 Cost.

Il giudice dell'istruzione aveva allora chiesto al Governo la declassificazione dei documenti, richiesta che però era stata respinta.

Dopo le elezioni del 1996, i tre giudici istruttori dei casi *Oñederra*, *Lasa-Zabala* e *Urigoitia* si erano rivolti al nuovo Governo del partito popolare, che aveva ugualmente rifiutato di declassificare i documenti richiesti con *acuerdo* del Consiglio dei ministri del 2 agosto 1996.

Successivamente, la *acusación particular*³¹ che si era costituita nei tre casi penali aveva presentato altrettanti ricorsi contro il suddetto *acuerdo* dinanzi alla *sala* amministrativa del Tribunale supremo, utilizzando la via preferenziale e sommaria prevista nella legge n. 62/1978, del 26 dicembre, di protezione giurisdizionale dei diritti fondamentali della persona, invocando la violazione del diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.), in relazione ai mezzi di prova richiesti e dichiarati rilevanti dai giudici istruttori.

Ammessi i ricorsi, nell'incertezza causata dal vuoto di regolamentazione processuale in cui si è trovato ad agire, il Tribunale supremo ha deciso di importare la tecnica anglosassone della “*in camera inspection*”, facendo sì che i trentatré giudici che compongono il *plenum* della *sala* amministrativa esaminassero i documenti, senza la presenza delle parti.

Il 4 aprile 1997, con tre sentenze di tenore sostanzialmente identico³², il Tribunale supremo ha decretato l'annullamento parziale dell'*acuerdo* del Consiglio dei ministri che aveva negato la declassificazione dei documenti giudizialmente richiesti, ordinando inoltre al Governo di cancellare la qualificazione come “riservati” di diciotto documenti.

³¹ La figura si inquadra nell'assenza di un monopolio della azione penale a favore dello Stato.

³² I riferimenti che seguono sono tratti dalla motivazione (*Fundamentos de Derecho*, FD) della prima sentenza (caso *Oñederra*). Le sentenze del Tribunale supremo sono reperibili in <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>.

I relatori delle sentenze sono stati i giudici TRILLO TORRES (caso *Oñederra*), CÁNCER LALANNE (caso *Urigoitia*) e LESCURE MARTÍN (caso *Lasa-Zabala*). Le sentenze recano sei *votos particulares* nel caso *Oñederra*, cinque nel caso *Lasa-Zabala* e tre nel caso *Urigoitia*.

5.2.2. *La legittimità costituzionale della legge sui segreti ufficiali*

La prima delle questioni che ha dovuto affrontare il Tribunale supremo era quella della costituzionalità della LSO (trattasi, infatti, di una legge precostituzionale³³). I ricorrenti adducevano che l'*acuerdo* del Consiglio dei ministri era invalido, poiché l'autorità che lo aveva emanato non era competente: una volta promulgata la Costituzione, la LSO doveva intendersi abrogata per incostituzionalità sopravvenuta, poiché impediva al giudice dell'istruzione di ricavare la totalità del materiale istruttorio rilevante per proseguire la causa penale, violando il principio del pieno controllo giudiziario e la difesa dei diritti processuali di cui all'art. 24 Cost.

La *sala* amministrativa ha ammesso che, “certamente, l'attuale redazione degli artt. 24, 103, 106 e 117, comma 3, della Costituzione, sembra entrare in conflitto con il contenuto degli artt. 4, 7, 11 e 13 LSO, che attribuiscono al Consiglio dei ministri la potestà di classificare o declassificare come «segreti» gli affari o i materiali che il giudice reclama, o di imporre restrizioni alla loro conoscenza o al loro spostamento fuori dai centri ufficiali di custodia, giacché mentre le norme costituzionali citate concedono un pieno potere processuale di indagine ai giudici, i suddetti articoli della LSO restringono queste potestà giurisdizionali” (FD 5).

Ciò nondimeno, “le stesse esigenze di efficacia dell'azione amministrativa, cui allude l'art. 103, comma 1, della Costituzione, o la necessità di preservare l'esistenza stessa dello Stato, in quanto presupposto logico della sua configurazione come Stato di diritto, possono giustificare l'imposizione di limiti alla pubblicità dell'azione statale e, più concretamente, [possono giustificare] che si affidi al Governo, cui spetta la direzione della difesa dello Stato (art. 97 Cost.), una competenza primaria, nei termini fissati dal legislatore (art. 105, *b*, Cost.), per decidere sull'imposizione della restrizione alla pubblicità dell'azione statale nei confronti di qualsivoglia autorità; a maggior ragione quando la Convenzione EDU del 1950 prevede la possibilità che l'esercizio di certi diritti possa essere sottoposta a restrizioni che costituiscano misure necessarie, in una società democratica, per la sicurezza nazionale (artt. 10, comma 2, e 11, comma 2), per cui deve riconoscersi che è valida, dal punto di vista costituzionale, la LSO del 1968, *almeno*³⁴ nelle parti in cui attribuisce al Consiglio dei ministri la competenza a classificare o declassificare come «segreti» determinati affari o attività statali, attraverso il procedimento che la legge medesima stabilisce, ma senza che ciò voglia dire che quegli atti del Consiglio dei ministri sulla classificazione o sulla declassificazione non possano, a loro volta, essere sottoposti al controllo di questo Alto tribunale (*sala* amministrativa), cui compete, conformemente all'art. 58, comma 1, della legge *orgánica* sul

³³ Il contrasto tra la Costituzione ed una legge precostituzionale determina l'incostituzionalità sopravvenuta di quest'ultima, rendendola invalida ed inapplicabile. I giudici possono disapplicare le norme precostituzionali che ritengano in contrasto con la Costituzione oppure porre la questione di legittimità in via incidentale dinanzi al Tribunale costituzionale.

³⁴ Corsivo aggiunto.

potere giudiziario, il controllo giurisdizionale degli atti di quella Autorità, al fine di controllare la loro conformità alle norme giuridiche” (FD 5).

5.2.3. *La natura giuridica dell'atto del Governo*

La seconda questione ha riguardato la natura dell'atto governativo di rifiuto della declassificazione³⁵: atto amministrativo pienamente controllabile o atto politico immune dal controllo giudiziario ordinario³⁶?

L'Avvocato dello Stato negava la possibilità del controllo giudiziario dell'atto del Governo, adducendo, in sostanza, che l'intervento giudiziario richiesto avrebbe integrato un controllo da svolgersi entro i termini previsti nella LSO, attesa la configurazione legale (*id est*, la non applicabilità diretta della relativa norma costituzionale) che la giurisprudenza del Tribunale costituzionale riconosceva al diritto alla tutela giurisdizionale effettiva (art. 24 Cost.). Così, se la LSO restringeva la pubblicità del materiale dichiarato “segreto”, fino al punto che permetteva l'accesso unicamente alla Camera dei deputati, al Senato e al *Defensor del Pueblo*, il Tribunale supremo non avrebbe potuto pretendere di giudicare in ordine alla validità dell'atto che rifiutava la declassificazione, sulla base della superiorità dell'interesse giudiziario per la ricerca della verità materiale sulla sicurezza nazionale o difesa dello Stato.

La *sala* amministrativa ha riconosciuto che il fulcro del ricorso consisteva nel determinare i limiti della potestà giurisdizionale propria del Tribunale supremo ai fini del controllo sulla decisione del Consiglio dei ministri di non declassificare i documenti dichiarati segreti mediante l'*acuerdo* del 1996.

Il Tribunale supremo ha ammesso che un primo approccio alla questione avrebbe potuto condurre “all'affermazione della natura di mero atto amministrativo [dell'atto del Governo], in quanto tale soggetto al regime comune di controllo giudiziario di legalità [...] imposto dall'art. 106 Cost.” (FD 7). Tuttavia, si è optato per una diversa conclusione: avendo “l'art. 105, lettera b), Cost. accettato il principio secondo cui per legge sia disciplinato il segreto posto su determinati documenti, «nella misura in cui ciò interessi la sicurezza e la difesa dello Stato», l'importanza dell'eccezione, in quanto apparentemente contraria ai comuni principi di convivenza democratica (escludendo essa *ab initio* il normale controllo da parte di altri poteri ed istituzioni dello Stato sui

³⁵ Cfr. M. BACIGALUPO SAGGESEEL, “Control judicial de los actos del Gobierno por los que se acuerda clasificar o no desclasificar secretos oficiales”, cit., pp. 207-209 (nota 7); N. GARRIDO CUENCA, “El episodio judicial de la desclasificación de los papeles del CESID: las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997. Paradojas y paralogismos de un conflicto entre la función de gobierno y el derecho a la tutela judicial efectiva”, cit., pp. 243-252; e F. SANTAOLALLA LÓPEZ, “Actos políticos, inteligencia nacional y Estado de Derecho”, pp. 112-118.

³⁶ Si noti che, nel caso in cui si fosse trattato di un atto di classificazione della *Junta de Jefes de Estado Mayor* non sussistevano dubbi circa la possibilità del controllo giudiziario, in quanto non si sarebbe potuto in alcun modo trattare di un atto di natura politica, bensì di un atto amministrativo.

documenti relativi a determinate materie riservate, la cui piena conoscenza è preclusa per disposizione legislativa), [ha portato] a considerare che la natura delle decisioni sulla declassificazione [fosse] propria della potestà di direzione politica che l'art. 97 Cost. attribuisce al Governo. La giustificazione della collocazione di questa potestà nell'ambito di attività politica del Governo [è stata rintracciata] nel fatto che una eccezione di tale rilevanza solo può muoversi nelle zone più alte e sensibili, attinenti alla esistenza stessa dell'ordine costituzionale" (FD 7).

Orbene, da questo non si è ritenuto di poter desumere che l'atto di rifiuto non potesse essere sottoposto al controllo giurisdizionale. Una volta riconosciuto "che il nostro sistema normativo ammette l'esistenza oggettiva di alcuni atti di direzione politica del Governo in linea di principio immuni dal controllo giurisdizionale di legalità [...], ma non da altri controlli, come quelli derivati dalla responsabilità politica o dal trattamento giudiziario delle compensazioni che possano originare, ciò non [è stato ritenuto d'ostacolo a] che la vigenza degli artt. 9 e 24, comma 1, della Costituzione [imponga] di procedere a tale controllo quando il legislatore abbia definito mediante *conceptos judicialmente asequibles* i limiti o i requisiti necessari che devono essere rispettati da tali atti di direzione politica, in ipotesi in cui i tribunali debbano porre in essere l'esame di eventuali esorbitanze o del mancato rispetto delle condizioni di base in cui sia incorso il Governo nell'assumere la decisione. Questa idea di "*conceptos judicialmente asequibles*" ci ha portato ad affermare che non sussiste ragione per cui non si consider[asse] che ci risulta[va] possibile determinare la sussistenza degli elementi che o elimina[va]no totalmente il coinvolgimento alla sicurezza [dello Stato] o la riduc[eva]no entro termini che – ponderando gli interessi giuridici in gioco – [permettessero] di dare prevalenza, se del caso, al diritto costituzionale alla tutela giurisdizionale, invocato dai ricorrenti per chiedere la declassificazione" (FD 7).

Sulla base di queste considerazioni si è mosso il Tribunale supremo, disegnando uno "spazio di ponderazione e conformazione di interessi costituzionali che si rivelano in apparenza difficilmente conciliabili. In via di principio poteva accettarsi che l'Esecutivo avesse percepito di non essere giuridicamente obbligato ad ammettere la tesi che la documentazione interessata costituisse un elemento probatorio determinante di un'attività processuale preparata o posta in essere da istanze pubbliche, poiché, sia 'classificandola' che rifiutandosi di 'declassificarla', sarebbe potuto partire dalla convinzione che la propria responsabilità penale non sarebbe potuta venire in gioco, nei termini che cercava di chiarire il giudice dell'istruzione, per cui, in questa ipotesi e giudicando esclusivamente dal punto di vista della tutela della sicurezza dallo Stato, la sua risoluzione sarebbe potuta essere conforme a diritto" (FD 7).

Ma, ad avviso del Tribunale, era precisamente l'altro elemento costituzionale da valutare, e cioè il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva degli *acusadores particulares* (i familiari delle persone assassinate dai Gal), interpretato come il diritto a produrre nel processo penale i mezzi di prova rilevanti, "ad aprire una breccia affinché il criterio seguito dal Governo per non declassificare, apparentemente conforme al diritto, fosse sottoposto a controllo giurisdizionale, in quanto alla sua compatibilità con il menzionato diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva, quale che

fossero state la convinzione del Governo sulla realtà materiale cui quei documenti alludevano o la loro ripercussione attuale sulla sicurezza dello Stato” (FD 7).

Il Tribunale supremo ha limitato, quindi, l’estrinsecazione della discrezionalità governativa, sull’assunto che la limitazione della pubblicità di determinati materiali non costituisce un ambito di immunità giurisdizionale, bensì un’eccezione al regime ordinario che, come tale, deve essere interpretata restrittivamente: nessuna “ragione di Stato”, infatti, può prevalere *sempre* sulle norme costituzionali che sanciscono lo Stato di diritto come uno Stato di giustizia e di piena garanzia dei diritti e delle libertà fondamentali.

5.2.4. Il controllo giudiziario dell'atto con cui si rifiuta la declassificazione

L'*acuerdo* del 1996, con cui si è opposto un rifiuto al declassificazione da parte del Consiglio dei ministri, si fondava su cinque motivi: *a)* i documenti in questione interessavano la sicurezza dello Stato, cioè quella di tutti gli spagnoli; *b)* la declassificazione avrebbe implicato un inammissibile deterioramento dell'immagine della Spagna nelle sue relazioni esterne e, in particolare, nello scambio di *intelligence* o informazioni classificate con i Paesi alleati ed amici; *c)* la declassificazione avrebbe messo in pericolo l'efficacia, le fonti di informazione, i mezzi ed i procedimenti operativi del Cesid, nonché l'integrità fisica e perfino la vita di chi erano o erano stati suoi agenti operativi, o dei loro parenti o persone ad essi legate; *d)* la declassificazione veniva richiesta nel contesto di un'indagine istruttoria, per cui non si sarebbe potuto evitare la divulgazione all'esterno dell'informazione, inserendo i documenti in un processo penale basato sui principi del contraddittorio e della pubblicità; *e)* i documenti trascritti con i numeri 9.i, e 12.l, non si trovavano negli archivi del Cesid, e il resto dei documenti erano stati sottratti del Centro ed erano rimasti fuori dello stesso per due mesi in forma di microfilm suscettibili di manipolazione, ciò che aveva dato luogo all'apertura di istruttorie da parte della giurisdizione militare (FD 1).

Il Tribunale supremo ha precisato che, “nella valutazione [del diritto alla tutela giurisdizionale], in quanto posto come contrappunto dialettico alla prevalenza del principio di sicurezza dello Stato su cui si fondava l'atto impugnato, doveva porre alcune premesse che chiarissero giuridicamente la via da seguire, visto che la tecnica da applicare sarebbe stata quella di giudicare caso per caso quando il suddetto principio dovesse cedere davanti alla speciale rilevanza del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva” (FD 8).

“La prima di tali premesse è stata quella secondo cui, ponendo mente al bene giuridico protetto dalle fattispecie penali nelle quali si sussumeva il fatto oggetto dell'inchiesta istruttoria [omicidio] [...], non sussisteva alcun dubbio in ordine al fatto che la sua rilevanza fosse del massimo livello, consistendo in attentati contro il diritto alla vita delle persone.

La seconda era quella secondo cui, disponendo l'art. 303 LECrim che la formazione dell'istruttoria spetta ai giudici dell'istruzione e disponendo l'art. 311 LECrim che il giudice istruttore acquisisce le prove che gli vengano proposte dal pubblico ministero o dalle parti, a meno che non le ritenga inutili o dannose, doveva ritenersi che, in via di principio, il giudizio sulla rilevanza dei documenti come mezzi adeguati ed idonei per l'indagine istruttoria era di competenza esclusiva del giudice dell'istruzione, [nonostante il rivolgersi al Consiglio dei ministri per chiedere la declassificazione] fosse soggetto alla esigenza di «esposizione motivata», ai sensi dell'art. 187 LECrim, come imposto dalla sentenza del Tribunale dei conflitti di giurisdizione del 14 dicembre 1995. Ciò faceva sì che, a loro volta, le ragioni addotte [dal giudice] entrassero nell'ambito della motivazione alla base dell'atto di rifiuto della declassificazione, sebbene fosse da notare che *nel caso di specie non si fosse fatto riferimento alcuno a questo precetto, non essendo stata la decisione*

motivata né da parte del Governo né da parte del suo rappresentante processuale (corsivo aggiunto).

La terza premessa era che, nonostante i documenti interessati fossero stati sottratti illecitamente al Cesid e fossero rimasti durante un tempo fuori del controllo di questo organismo, la determinazione delle conseguenze che dovevano dedursi da queste circostanze, quanto ad un eventuale deterioramento della loro rilevanza come mezzo di prova, spettava in via esclusiva alla giurisdizione penale.

In quarto luogo, [è stato esplicitato] che la circostanza secondo cui i documenti rientravano nell'istruttoria ed [erano] stati oggetto di diffusione da parte della stampa e di altri mezzi [di comunicazione], non aveva alterato formalmente la loro natura giuridica, ovvero la qualificazione giuridica alla stregua di 'segreti', qualificazione che avrebbero perduto solamente quei documenti che si fosse deciso [formalmente] di declassificare" (FD 8).

Alla luce di questi rilievi, il Tribunale supremo ha affermato che è un dovere per il Governo ponderare i beni e diritti costituzionali in conflitto (sicurezza dello Stato e diritto alla tutela giurisdizionale) al momento di decidere circa la richiesta giudiziaria di declassificazione di segreti di Stato. Da ciò discende la possibilità di un controllo giuridico-costituzionale della decisione medesima, consistente nell'esaminare se gli interessi costituzionali in tensione siano stati adeguatamente ponderati nell'*acuerdo* che si impugna.

Nel caso di specie, la motivazione della decisione del Consiglio dei ministri si era limitata a giustificare il coinvolgimento della "sicurezza e della difesa dello Stato", omettendo ogni riferimento alla necessaria ponderazione tra questo bene costituzionale ed il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale, diritto che neppure veniva menzionato. Il Consiglio dei ministri aveva riconosciuto in maniera palese che l'interesse che aveva tenuto "principalmente" in considerazione al momento di decidere era stato quello della sicurezza dello Stato, per cui la mancanza di ponderazione dei due beni costituzionali in gioco giustificava l'annullamento parziale³⁷ dell'*acuerdo* da parte del Tribunale supremo.

Peraltro, ciò che ha suscitato le maggiori perplessità in dottrina è stato che il Tribunale supremo, invece di limitarsi ad ordinare al Governo di decidere nuovamente sulla declassificazione, ponderando questa volta i valori costituzionali in gioco (cosa che avrebbe potuto portare nuovamente a una decisione di non declassificare), ha ordinato *sic et simpliciter* la declassificazione dei documenti, sostituendo così la propria alla ponderazione che spettava al potere esecutivo³⁸. La sostituzione non era illegittima in ogni caso; tuttavia avrebbe dovuto verificarsi solo per le

³⁷ Alcuni documenti non sono stati declassificati perché la loro rilevanza penale non giustificava il pericolo per gli agenti coinvolti e per i loro familiari (FD 10).

³⁸ Il Governo, adeguandosi, ha proceduto alla declassificazione il 18 aprile 1997.

evenienze in cui esistesse un'unica soluzione giuridicamente accettabile³⁹. Inoltre, l'idea dei "conceptos judicialmente asequibles", utilizzata dal Tribunale per effettuare un giudizio di ponderazione tra gli interessi giuridici in gioco, snaturando la competenza costituzionale del Governo per garantire la sicurezza nazionale, ha fatto sì che la dottrina si augurasse che la sentenza fosse un "caso unico", cioè la risposta specifica ad un conflitto molto particolare, come tale non generalizzabile⁴⁰.

In definitiva, questa vicenda ha confermato l'impellente necessità di approvare una nuova legge sui segreti ufficiali, atta a dare certezza ed a stabilire un procedimento equilibrato che, garantendo il controllo della legalità dell'operato del Governo, non metta a repentaglio la sussistenza stessa dello Stato⁴¹.

³⁹ Cfr. M. BACIGALUPO SAGGESEEL, "Control judicial de los actos del Gobierno por los que se acuerda clasificar o no desclasificar secretos oficiales", pp. 244-245.

⁴⁰ Per tutti, B. LOZANO, "En los confines del Estado de Derecho: el control judicial de los secretos de Estado", cit., p. 28; e N. GARRIDO CUENCA, "El episodio judicial de la desclasificación de los papeles del CESID: las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997. Paradojas y paralogismos de un conflicto entre la función de gobierno y el derecho a la tutela judicial efectiva", cit., p. 230.

⁴¹ Per tutti, si veda M. REVENGA SÁNCHEZ, "Razonamiento judicial, seguridad nacional y secreto de Estado", in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 53, maggio-agosto 1998, p. 61.

STATI UNITI

di Paolo Passaglia

1. Aspetti generali

Nell'ordinamento statunitense, la disciplina del segreto di Stato è la risultante di una compenetrazione tra diritto politico e diritto giurisprudenziale, che vede il primo regolare ambiti specifici ed il secondo agire in funzione integrativa delle lacune emergenti. Anche in conseguenza di questo assetto normativo, la disciplina della materia è in costante divenire, specie dopo che gli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001 hanno indotto l'adozione di una politica fortemente improntata alla tutela delle esigenze connesse alla sicurezza nazionale, politica che ha avuto, ovviamente, marcate ripercussioni anche sull'equilibrio tra pubblicità e segreto nell'esercizio del potere.

1.1. L'indifferenza costituzionale

La difficoltà di individuare punti fermi in tema di segreto di Stato è certamente acuita dall'assenza di disposizioni costituzionali che possano orientare in maniera univoca gli operatori. La Costituzione federale, infatti, oltre ad omettere qualunque riferimento al segreto di Stato, risulta assai parca anche nel fornire orientamenti sulla dicotomia pubblico/segreto: così, se la pubblicità può dirsi in sostanza presupposta dalla democraticità del sistema¹, un riscontro testuale può essere rintracciato soltanto nella garanzia della libertà di espressione e di stampa di cui al I Emendamento; per altro verso, la segretezza nell'esercizio del potere non viene esclusa in maniera assoluta, se è vero che l'art. I, sez. V, par. 3, riconosce alle Camere il potere di riunirsi in seduta segreta.

Trattasi, come è chiaro, di previsioni che hanno una incidenza solo marginale sulla tematica del segreto di Stato, tanto che la loro presenza non osta a che possa affermarsi una sostanziale *indifferenza costituzionale* nei confronti della materia qui in esame.

1.2. L'inquadramento normativo del segreto di Stato

In concreto, ciò che nell'ordinamento italiano è riconducibile al segreto di Stato viene disciplinato, negli Stati Uniti, attraverso atti normativi generali e speciali ed attraverso regole di matrice giurisprudenziale, inerenti per lo più all'ambito dei rapporti tra opponibilità del segreto ed esercizio della funzione giurisdizionale.

¹ Cfr., ad es., J. HABERMAS, *Kultur und Kritik*, trad. it. *Cultura e critica*, Torino, Einaudi, 1980, 53; N. BOBBIO, voce *Pubblico/Privato*, in *Enciclopedia Einaudi*, vol. XI, Torino, 1980, ora in *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, Einaudi, 1985, 18.

Con precipuo riguardo al diritto politico, viene innanzi tutto in rilievo il *Classified Information Procedures Act* (CIPA), del 1980², codificato nel Titolo 18 dello *U.S. Code*, concernente i reati e la procedura penale (18 U.S.C. App. III, sezioni 1-16³), e la relativa normativa di attuazione, posta in essere attraverso *executive orders* (dal 1982, si sono succeduti diversi *orders*, l'ultimo dei quali è stato emanato dal Presidente Obama il 29 dicembre 2009: *Executive Order 13526, Classified National Security Information*⁴), nonché – relativamente ad aspetti specifici della procedura penale ed dell'organizzazione delle corti – dalle *Security Procedures Established Pursuant to PL 96.456, 94 Stat. 2025, by the Chief Justice of the United States for the Protection of Classified Informations*⁵.

Il quadro del diritto politico è poi arricchito da varie altre normative, che hanno ad oggetto aspetti specifici della tematica del segreto di Stato oppure particolari tipi di atti. Tra tutte le fonti, possono citarsi, a titolo meramente esemplificativo, l'*Espionage Act* del 1917 ed il *Freedom of Information Act* del 1966, con le modifiche successivamente intervenute, che non riguardano, tuttavia, in modo diretto il rapporto tra segreto di Stato ed attività giurisdizionale. Ne sono una dimostrazione i casi giurisprudenziali che sono stati originati dalla asserita violazione di queste leggi, e che hanno avuto ad oggetto, principalmente, la diffusione di documenti e notizie presso il pubblico o presso autorità straniere⁶.

Con riferimento specifico all'ambito dei rapporti tra segreto di Stato e funzione giurisdizionale, sono dunque altre le fonti di disciplina rilevanti, ed in particolare, oltre che il *Classified Information Procedure Act*, vengono in gioco alcune regole formulate in via pretoria, quali la c.d. *Totten rule*, lo *State secrets privilege* e la *Silent witness rule*.

² Il testo della legge è consultabile *on line* alla pagina <http://www.fas.org/irp/offdocs/laws/pl096456.htm>.

³ Cfr. http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode18a/usc_sup_05_18_10_sq3.html.

⁴ Il testo è consultabile *on line* alla pagina <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/executive-order-classified-national-security-information>.

⁵ Il testo di questo atto è riportato in calce alla legge, ed è consultabile alla pagina *web* indicata *supra*, nota 2.

⁶ Il caso probabilmente più famoso è quello che ha riguardato i c.d. *Pentagon Papers*, vale a dire uno studio riservato del Dipartimento della difesa sulla storia del coinvolgimento militare degli Stati Uniti in Vietnam tra il 1945 ed il 1967, dal quale emergeva, tra l'altro, l'estensione da parte degli Stati Uniti del conflitto ad altre aree geografiche (come la Cambogia ed il Laos), senza che i *media* fossero stati messi in condizione di informare la popolazione. Ottenuta copia di questo studio, il *New York Times* ed il *Washington Post* decisero, nel 1971, di pubblicarlo. Il Governo federale adì le vie legali per sospendere la pubblicazione, adducendo l'avvenuta «classificazione» del documento come segreto. La Corte suprema, tuttavia, stabilì che i quotidiani erano legittimati alla pubblicazione, offrendo così una tutela privilegiata alla libertà di stampa, protetta dal I Emendamento, rispetto alla riservatezza delle informazioni in possesso del Governo (*New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713, del 1971, consultabile *on line* alla pagina http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0403_0713_ZS.html).

Da notare è che nel precedente elenco non figura l'*Executive privilege*, nonostante la sua invocazione si configuri come l'opposizione di un segreto ed i contenuti protetti possano avvicinarsi (o, al limite, anche coincidere) con quelli che ricadono nel segreto di Stato.

Il *privilege* in discorso si sostanzia nel potere del Presidente degli Stati Uniti e di altri componenti dell'Esecutivo di opporsi ad ordini formulati da organi del potere legislativo o del potere giudiziario. Il suo fondamento è rintracciabile nel principio di separazione dei poteri, ma anche (e, forse, soprattutto) nella primazia dell'Esecutivo rispetto agli altri poteri nell'esercizio delle competenze che gli sono costituzionalmente attribuite.

Sebbene la storia dell'*Executive privilege* venga fatta risalire agli inizi dell'Ottocento, la Corte suprema federale ne ha riconosciuto formalmente l'esistenza soltanto nel 1974, con la decisione sul caso *United States v. Nixon*⁷, nel quadro dello scandalo *Watergate*. Lo *special prosecutor* aveva richiesto la produzione, da parte del Presidente Nixon, delle registrazioni delle conversazioni da questi avute con alcuni collaboratori alla Casa Bianca, relativamente alle accuse penali mosse nei confronti di taluni membri dell'Amministrazione. Il Presidente Nixon aveva però rifiutato di produrre le registrazioni, invocando la protezione offerta dal *privilege*. La Corte suprema riconobbe, in linea di principio, l'esistenza del *privilege*, e dunque la possibilità di un suo utilizzo per opporsi a richieste del tipo di quelle nella specie formulate. Al riguardo, evidenziò la meritevolezza dell'interesse alla riservatezza delle comunicazioni tra alti funzionari del potere esecutivo; al contempo, però, non mancò di rimarcare che «la lettura dei poteri presidenziali di cui all'articolo II [della Costituzione federale] come latori di un privilegio assoluto contro un ordine essenziale all'applicazione di leggi penali, basato solo su una generalizzata rivendicazione del pubblico interesse alla confidenzialità delle discussioni non militari e non diplomatiche, [avrebbe stravolto] il bilanciamento costituzionale di un "governo funzionale" ed indebolito gravemente il ruolo delle corti di cui all'articolo III»⁸: il rigetto della pretesa di Nixon venne dunque argomentato essenzialmente in ragione della genericità degli interessi fatti valere in concreto.

Ora, l'*Executive privilege*, una volta riconosciuto come esistente, ben può essere invocato per proteggere (anche) segreti di Stato; la sua funzione, tuttavia, si apprezza principalmente in rapporto alla tutela dei titolari di cariche di vertice all'interno dell'Esecutivo, ed in questo senso può forse essere avvicinato ad una forma parziale di immunità dalla giurisdizione.

Ne discende, in ultima analisi, che le norme e le *doctrines* riconducibili al segreto di Stato, pur muovendo da fondamenti non troppo dissimili rispetto all'*Executive privilege*, da questo si allontanano per la logica che è ad esse sottesa.

2. L'apposizione del segreto di Stato: l'*Executive Order* 13526 del 2009

⁷ 418 U.S. 683 (1974), consultabile *on line* alla pagina http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0418_0683_ZS.html.

⁸ *United States v. Nixon*, cit., 707.

L'apposizione del segreto (di Stato) non è disciplinata direttamente dal *Classified Information Procedure Act* del 1980, il quale, nel definire la nozione di «*classified information*», fa riferimento a «qualunque informazione o materiale che sia stato indicato dal Governo degli Stati Uniti, in applicazione di un *executive order*, di una legge o di una ordinanza, come richiedente protezione contro la divulgazione non autorizzata, per ragioni di sicurezza nazionale»⁹, con quest'ultima intendendosi «la difesa nazionale e la politica estera degli Stati Uniti»¹⁰.

Alla luce di questo rinvio, è dunque principalmente al precitato *Executive Order* 13526, del 2009, che deve farsi riferimento.

Il sistema di protezione della riservatezza delle informazioni in possesso dei pubblici poteri si basa, in prima battuta, sul livello di confidenzialità che esse richiedono, giacché dal livello di segretezza/confidenzialità che viene attribuito discendono conseguenze soprattutto in ordine alle modalità di conservazione e di trattamento delle informazioni.

La sez. 1.2. dell'*order* 13526 individua infatti tre livelli di «classificazione», in rapporto alla gravità delle conseguenze che una eventuale divulgazione potrebbe avere: quello delle informazioni «*top secret*», dalla cui divulgazione non autorizzata potrebbe ragionevolmente attendersi un «danno eccezionalmente grave» alla sicurezza nazionale; quello delle informazioni «*secret*», la cui divulgazione non autorizzata sarebbe presumibilmente all'origine di un «serio danno» alla sicurezza nazionale; quello delle informazioni «*confidential*», che, se divulgate senza autorizzazione, sarebbero con ogni probabilità foriere di un «danno» alla sicurezza nazionale.

Se il criterio del danno atteso dalla divulgazione è alla base del sistema di protezione, non manca, tuttavia, una elencazione degli oggetti sui quali la restrizione della circolazione può essere applicata. La sez. 1.4. annovera, in proposito: (a) piani militari, sistemi di armamento o operazioni militari; (b) informazioni su governi stranieri; (c) attività di *intelligence* (incluse le operazioni segrete), fonti o metodi dell'*intelligence* o attività di cifratura delle comunicazioni; (d) rapporti internazionali o attività internazionali degli Stati Uniti, incluse le fonti confidenziali; (e) questioni scientifiche, tecnologiche o economiche connesse alla sicurezza nazionale; (f) programmi del Governo degli Stati Uniti per la salvaguardia di materiali e strutture nucleari; (g) vulnerabilità o capacità di sistemi, installazioni, infrastrutture, progetti, piani o servizi di protezione connessi con la sicurezza nazionale; (h) lo sviluppo, la produzione o l'uso di armi di distruzione di massa.

La decisione sulla apposizione degli ostacoli alla divulgazione è di esclusiva spettanza degli organi del potere esecutivo. La sez. 1.3. dell'*order* 13526 individua tre categorie di soggetti: in primo luogo, il Presidente ed il Vicepresidente, che sono i titolari per così dire «originari» del

⁹ Cfr. 18 U.S.C. App. III, sez. 1(a), che annovera nella nozione *de qua* anche «qualunque dato confidenziale, come definito nel par. 11 della sez. 11 dell'*Atomic Energy Act* del 1954», vale a dire qualunque dato concernente «la progettazione, la costruzione o l'utilizzazione di armi nucleari», «la produzione di materiale nucleare speciale» e «l'utilizzo di materiale nucleare speciale nella produzione di energia» (42 U.S.C. 2014(y)).

¹⁰ 18 U.S.C. App. III, sez. 1(b).

potere di «*classify information*»; in secondo luogo, figurano i capi o i funzionari delle agenzie designati dal Presidente; infine, i funzionari del Governo degli Stati Uniti che siano stati specificamente e personalmente delegati con atto scritto¹¹, in ragione della loro necessità, dimostrabile e continuativa, di esercitare tale potere. La delega può riguardare qualunque livello di segreto/confidenzialità e può essere operata dal Presidente o da uno degli altri soggetti titolari del potere di «*classify*»¹².

L'ostacolo alla divulgazione che viene posto ha una durata necessariamente limitata (essendo espressamente vietata la classificazione a tempo indeterminato (sez. 1.5.(d)): la durata non può eccedere, in generale, i dieci anni o, in casi particolari, i venticinque.

L'esercizio in concreto del potere di *classify information* da parte di un qualunque funzionario può essere soggetto a contestazione da parte di altri funzionari che siano in possesso di informazioni dalle quali emerga l'erroneità o l'improprietà della classificazione operata. Per questa evenienza, si prevede che all'interno delle singole agenzie federali vengano approntati procedimenti amministrativi volti all'esame di tali contestazioni. L'*order* 13526, alla sez. 1.8., richiede, in particolare, che nel disciplinare questi procedimenti si garantisca: l'assenza di qualunque forma di retribuzione a favore di chi abbia mosso la contestazione; la presenza di un funzionario o di una commissione imparziale chiamata a svolgere il controllo della classificazione; l'informazione agli interessati circa il loro diritto a far ricorso presso l'*Interagency Security Classification Appeals Panel*, secondo quanto disposto dalla sez. 5.3.

Il *Panel* è competente, tra l'altro, anche per decidere su ricorsi avverso decisioni di agenzie che abbiano respinto una istanza di de-classificazione di una informazione da chiunque presentata, ai termini della sez. 3.5., sull'assunto che l'informazione non necessiti più di essere protetta.

La decisione del *Panel* non può, in linea di principio, essere soggetta ad impugnazione per via giudiziaria. In tal senso, giova sottolineare che la sez. 1.1.(b)(2), dopo aver posto il principio secondo cui alla *classification* non può farsi luogo qualora non se ne possa attestare l'assoluta necessità, ha chiarito che una tale previsione non può intendersi come diretta a «creare un qualunque diritto di natura sostanziale o processuale suscettibile di *judicial review*». Identica avvertenza è riproposta alla sez. 3.5.(d)(2), in tema di de-classificazione, relativamente al potere discrezionale dell'amministrazione di stabilire se l'interesse pubblico alla divulgazione prevalga sul danno che la divulgazione stessa presumibilmente arrecherebbe alla sicurezza nazionale.

¹¹ A questa formalità si collega la comunicazione del nome e della posizione del delegato al *Director of the Information Security Oversight Office*, che deve essere in grado, in ogni momento, di individuare il soggetto deputato a disporre la «classificazione».

¹² Per la classificazione delle informazioni come «*secret*» o come «*confidential*», è possibile che la delega venga effettuata anche da un funzionario anziano designato dal capo di un'agenzia a gestire un determinato programma ed a sua volta delegatario del potere di *classify* sino al livello «*top secret*».

Il controllo in sede giudiziaria della corretta apposizione di ostacoli alla divulgazione non può dunque avvenire attraverso l'impugnazione diretta della decisione di classificazione. Ciò non impedisce, tuttavia, che le corti abbiano modo di svolgere, per altre vie, un controllo dell'operato dell'amministrazione.

3. Segreto di Stato e *principle of non-justiciability* (la c.d. *Totten rule*)

Nell'ambito del *common law* statunitense si è imposta una regola in virtù della quale i contratti «di spionaggio» non possono essere assoggettati a controllo da parte delle corti, in ragione dei danni (anche solo in termini di immagine) che un eventuale giudizio non potrebbe non arrecare all'attività del Governo.

La regola è stata posta dalla Corte suprema federale nella decisione sul caso *Totten v. United States*, del 1875¹³. Nella specie, trattavasi di una controversia civile in cui si faceva valere un contratto concluso oralmente con il Presidente Lincoln, nel 1861, sulla base del quale un agente segreto dell'Unione si era impegnato a viaggiare oltre le linee dell'esercito confederale, per ottenere e trasmettere informazioni circa la situazione di questo; il corrispettivo era stato fissato in \$ 200 al mese. Al termine della missione, però, l'agente segreto si era visto corrispondere soltanto il rimborso delle spese sostenute.

La Corte suprema così rigettò le pretese avanzate: «Può essere affermato come un principio generale che la *public policy* vieta di intraprendere qualunque azione in una corte il cui processo condurrebbe inevitabilmente alla divulgazione di questioni che il diritto stesso considera confidenziali e rispetto alle quali non sarà consentita la violazione della confidenzialità. Sulla base di questo principio, non possono essere intentate azioni che richiederebbero la divulgazione delle confidenze del confessionale e quelle tra marito e moglie o la divulgazione di comunicazioni di un cliente con il suo avvocato per fini professionali o di un paziente con il suo medico per una finalità analoga. Ragioni ancor maggiori esistono per l'applicazione del principio a casi di contratti per servizi segreti con il Governo, poiché l'esistenza di un contratto di questo tipo è, di per sé, un fatto da non divulgare»¹⁴.

La *Totten rule*, a lungo rimasta per così dire quiescente, è stata nuovamente invocata di recente, nel caso *Tenet v. Doe*¹⁵. Durante la Guerra fredda, Doe, un diplomatico russo, era stato reclutato dalla CIA, con la promessa di una nuova sistemazione per lui e per sua moglie negli Stati Uniti, e con la garanzia della sicurezza economica per la vita. Giunto negli Stati Uniti, Doe aveva ottenuto un'occupazione il cui salario era divenuto, ad un certo momento, tale da consentirgli di rinunciare ai finanziamenti diretti della CIA. Una volta licenziato, nel 1997, Doe aveva constatato di essere impossibilitato di fatto a trovare un nuovo impiego consono alle sue aspettative, in ragione dei

¹³ 92 U.S. 105 (1875), consultabile *on line* alla pagina <http://supreme.justia.com/us/92/105/>.

¹⁴ *Totten v. United States*, cit., 107.

¹⁵ 544 U.S. 1 (2005), consultabile *on line* alla pagina <http://www.supremecourt.gov/opinions/04pdf/03-1395.pdf>.

vincoli nella scelta delle attività lavorative che la CIA stessa aveva posto; si era quindi rivolto – evidentemente senza successo – alla CIA per vedersi di nuovo corrispondere il finanziamento cui aveva in precedenza rinunciato.

La Corte suprema ha fatto espressamente applicazione della *Totten rule*, ulteriormente precisando che «imporre al Governo di far fronte a queste azioni lo renderebbe vulnerabile nei confronti di “*graymail*”, cioè di cause individuali intentate per indurre la CIA a chiudere il caso (o a prevenirne la messa a ruolo) per timore che ogni sforzo per contrastare l’azione rivelasse informazioni “classificate” suscettibili di mettere a repentaglio operazioni segrete in corso»¹⁶; d’altro canto, anche «il richiedere al Governo di invocare il *privilege* caso per caso rischi[erebbe] di ingenerare la percezione che si stia confermando o negando la sussistenza di rapporti con gli individui ricorrenti»¹⁷.

4. Segreto di Stato e processo penale

L’incidenza del segreto di Stato sulla dinamica del processo penale è stata oggetto, in larga misura, di un intervento legislativo; non mancano, tuttavia, decisioni che, prendendo spunto dalla disciplina legislativa, hanno elaborato regole ulteriori.

¹⁶ *Tenet v. Doe*, cit., 9 s.

¹⁷ *Id.*, 10.

4.1. Il *Classified Information Procedures Act* del 1980

Il legislatore federale è intervenuto a disciplinare gli aspetti procedurali connessi all'utilizzazione (o alla mancata utilizzazione) di informazioni *classified* nel corso di un procedimento penale. È, questo, il contenuto essenziale del *Classified Information Procedures Act*, del 1980, la cui finalità principale è quella di scongiurare forme di ricatto che gli imputati possano porre in essere nei confronti del Governo degli Stati Uniti: il legislatore si è infatti mosso nel senso di precludere ogni divulgazione di informazioni riservate che non si riveli assolutamente necessaria¹⁸.

Lo scopo della normativa è testimoniato anche dal suo essere incentrata principalmente sulla fase predibattimentale, nella quale vengono collocati almeno due momenti in cui è possibile discutere circa l'utilizzo di *classified information*.

Il primo momento è rappresentato dalla convocazione che il giudice, d'ufficio o su istanza di parte, può fare di una *pretrial conference*, volta ad esaminare una questione connessa ad una *classified information* potenzialmente sollevabile nel corso del giudizio. In questa *conference*, si stabiliscono i termini per le richieste di produzione, le modalità attraverso cui l'imputato può comunicare di volersi avvalere di una informazione riservata e l'inizio della procedura che da questa circostanza si origina (18 U.S.C. App. III, sez. 2).

Il secondo momento è contemplato in 18 U.S.C. App. III, sez. 6(a)(b), secondo cui, entro il termine indicato dalla corte, la parte pubblica può richiedere alla corte stessa di tenere un'udienza *ad hoc* per assumere tutte le determinazioni concernenti l'utilizzo, la rilevanza o l'ammissibilità della informazione riservata, onde evitare che siffatte questioni vengano affrontate in sede di dibattimento: generalmente, la richiesta è corredata dall'istanza di trattazione *in camera*, ad evitare che la pubblicità dell'udienza possa arrecare nocimento ad interessi pubblici.

Onde garantire il rispetto del principio del contraddittorio, antecedentemente all'udienza in discorso, la parte pubblica deve dare notizia all'imputato della informazione riservata in questione. L'informazione è descritta in maniera generica, ma, se già è stata messa a disposizione dell'imputato, deve essere specificamente individuata.

Le problematiche connesse all'esistenza di informazioni *classified* possono emergere a seguito dell'attività difensiva dell'imputato oppure di quella della parte pubblica.

Dal primo punto di vista, si stabilisce che, se un imputato prevede ragionevolmente di divulgare o di causare la divulgazione, nel corso di un processo, di una informazione *classified*, deve comunicarlo al giudice ed alla parte pubblica entro il termine stabilito nella *pretrial conference* o, se

¹⁸ Per una analisi del *Classified Information Procedures Act* e della prassi applicativa, si rinvia, sin da ora, a E.C. LIU – T. GARVEY, *Protecting Classified Information and the Rights of Criminal Defendants: The Classified Information Procedures Act*, Congressional Research Service, March 31, 2011, disponibile *on line* alla pagina <http://www.fas.org/sgp/crs/secretcy/R41742.pdf>.

non specificato, entro trenta giorni dall'inizio del dibattimento. La comunicazione deve contenere una breve descrizione dell'informazione *classified*. Si offre, in tal modo, alla parte pubblica l'occasione di opporsi a questa produzione, evidentemente adducendo un interesse pubblico alla segretezza che sia ritenuto preminente rispetto al diritto di difesa. Proprio per questo, se l'imputato omette la suddetta comunicazione, la corte può precludere la divulgazione dell'informazione e può impedire l'esame di qualunque testimone che sia in grado di riferire a proposito di tale informazione (18 U.S.C. App. III, sez. 5).

Nella dialettica tra le parti, quella pubblica è, ovviamente, interessata a limitare quanto più possibile la divulgazione di informazioni classificate come riservate. In quest'ottica, il giudice deve decidere, non solo se le informazioni in possesso dell'imputato possano essere divulgate (attraverso la produzione documentale), ma anche se le informazioni in possesso del Governo degli Stati Uniti debbano entrare a far parte degli atti del processo.

In questa decisione, il giudice dovrà operare in modo tale da minimizzare i rischi di pregiudizio per gli interessi pubblici. Il *Classified Information Procedures Act* è, in proposito, tutt'altro che ellittico, approntando varie forme di tutela cui la parte pubblica può far ricorso.

Innanzitutto, si può richiedere che la corte emani un'ordinanza diretta ad impedire che le informazioni riservate rese note per un processo particolare abbiano una diffusione generalizzata a qualunque processo penale (18 U.S.C. App. III, sez. 3). Una tale cautela si pone in relazione con il principio secondo cui le informazioni *classified* esposte in un giudizio non perdono, per ciò solo, il loro carattere di informazioni *classified* (18 U.S.C. App. III, sez. 8(a)).

Inoltre, la corte, qualora ne sia provata in modo sufficiente l'utilità, può autorizzare la parte pubblica ad elidere le informazioni *classified* specificate da documenti prodotti in giudizio oppure a sostituirle con affermazioni nelle quali si ammettano fatti rilevanti che le informazioni *classified* tenderebbero a provare. La corte può consentire alla stessa parte pubblica di fare richiesta di una tale autorizzazione con uno scritto esaminato soltanto dalla corte medesima senza contraddittorio. Se la corte accoglie la richiesta, il testo della sua deliberazione è escluso dagli atti di causa, ma è messo eventualmente a disposizione della corte di seconda istanza, in caso di appello (18 U.S.C. App. III, sez. 4). Questa tutela è prevista tanto nella fase della *pretrial conference* che in quella della udienza predibattimentale, in merito alla quale si stabilisce, di nuovo, che, qualora autorizzi la divulgazione dell'informazione riservata, la corte – eventualmente anche in base alla produzione di una dichiarazione giurata dell'*Attorney General* attestante il danno alla sicurezza nazionale che la divulgazione arrecherebbe – possa consentire la sostituzione dell'acquisizione dell'informazione riservata con una dichiarazione nella quale si ammettono fatti rilevanti che la specifica informazione tenderebbe a provare. In alternativa, la corte può consentire la sostituzione del documento recante l'informazione riservata con un riassunto della informazione specifica. Affinché tali sostituzioni siano possibili, la corte deve tuttavia valutare se esse non danneggino in modo sostanziale la difesa dell'imputato. L'udienza tenuta e tutte le deliberazioni assunte dalla corte al riguardo sono coperte dal segreto, ma restano utilizzabili in caso di appello e sono comunque

suscettibili di riesame anche in fase dibattimentale, su istanza dell'imputato (18 U.S.C. App. III, sez. 6(c)(d)).

Da segnalare è che anche la stessa corte può procedere nel senso di limitare la pubblicità di informazioni, essendo legittimata, onde evitare la divulgazione non necessaria di informazioni riservate, ad ordinare l'ammissione come prova di una parte soltanto dei documenti o dei documenti nella loro integralità con l'elisione di alcune o di tutte le informazioni riservate ivi contenute (18 U.S.C. App. III, sez. 8(b)).

L'*extrema ratio* nella tutela della riservatezza delle informazioni è costituita da quanto previsto per il caso in cui la corte non accolga le istanze della parte pubblica volte ad impedire la produzione da parte dell'imputato di informazioni *classified* ed una dichiarazione giurata dell'*Attorney General* si opponga (nuovamente) alla produzione dei relativi documenti. Una siffatta dichiarazione impone alla corte di impedire all'imputato la produzione; la conseguenza di questa decisione è però che la corte è tenuta a far cadere le accuse, a meno che non ritenga che con ciò «gli interessi della giustizia non sarebbero soddisfatti», e dunque ordini di intentare una diversa azione. Questa azione può anche essere semplicemente il prodotto del venir meno di taluni capi di accusa o l'eliminazione di talune testimonianze o parti di testimonianze (18 U.S.C. App. III, sez. 6(e)).

A rafforzare il sistema di tutela predibattimentale, si prevede, infine, che la parte pubblica possa impugnare presso una corte d'appello le decisioni assunte dalla corte in merito all'autorizzazione alla produzione di documenti, all'imposizione di sanzioni per la mancata produzione o al rifiuto dell'emanazione di una ordinanza diretta ad impedire la divulgazione delle informazioni riservate (18 U.S.C. App. III, sez. 7).

Se la tutela della riservatezza delle informazioni è radicata nella fase anteriore a quella pubblica del dibattimento, l'esigenza di protezione non viene comunque meno nella fase successiva, come dimostra la disposizione secondo cui, nel corso dell'escussione dei testimoni, la parte pubblica può fare obiezione ad ogni domanda o condotta che possa richiedere al testimone di divulgare informazioni riservate che non siano state previamente ammesse: sulla scorta di tale obiezione, la corte deve stabilire se la risposta del teste sia o meno ammissibile (18 U.S.C. App. III, sez. 8(c)).

Il *favor* che certamente connota la posizione della parte pubblica non può, in ogni caso, giungere sino al punto di prevalere su una esigenza di lealtà: ne è una dimostrazione la previsione in base alla quale, se la corte ha ordinato la produzione di documenti recanti informazioni riservate, la parte pubblica non può avvalersi del controllo che ha del materiale al fine di mostrare soltanto ciò da cui possa trarre profitto, ma è tenuta a fornire all'imputato anche le informazioni che questi ritenga di dover usare al fine di replicare (18 U.S.C. App. III, sez. 6(f)).

4.2. La *Silent witness rule*

Con precipuo riferimento all'assunzione di prove testimoniali, in tempi recenti ha iniziato ad affermarsi una ulteriore forma di tutela di informazioni riservate: la *Silent witness rule*. La

definizione di questa *doctrine* è stata fornita dalla Corte del 4° Circuito, nella decisione sul caso *United States v. Zettl*, del 1987¹⁹, evocando una questione procedurale emersa: «sulla base di questa *rule*, il testimone non avrebbe divulgato l'informazione tratta dal documento *classified* di fronte alla corte in seduta pubblica»; «il testimone, invece, avrebbe avuto una copia del documento *classified* di fronte a sé»; «la corte, gli avvocati e la giuria avrebbero avuto anch'essi copia del documento *classified*»; «il testimone avrebbe fatto riferimento a specifici brani nel documento in risposta alle domande»; «la giuria avrebbe quindi fatto riferimento a quella parte specifica del documento secondo quanto il testimone aveva risposto»; «con questo metodo, l'informazione *classified* non sarebbe stata resa pubblica in dibattimento, ma la difesa sarebbe stata in grado di presentare questa informazione *classified* alla giuria»²⁰. Nella specie, la richiesta di procedere in questo modo, avanzata dal Governo, non venne accolta, ma solo perché ritenuta ininfluenza sull'esito del giudizio.

Dopo quel precedente, e sulla sua base, la *Silent witness rule* è stata invocata a più riprese, ma la prima occasione in cui è stata applicata effettivamente si è avuta nel caso *United States v. Rosen*, deciso dalla Corte distrettuale dell'*Eastern District of Virginia*, nel 2007²¹. Nel giudizio originato da un caso di spionaggio, il Governo statunitense aveva chiesto che la *Silent witness rule* venisse applicata per tutte le informazioni *classified* che venissero in questione. Il giudice ha respinto la richiesta, imponendo una verifica caso per caso della necessità di procedere secondo le forme della suddetta *rule*. Peraltro, di fronte alla contestazione di un imputato dell'incostituzionalità della *rule*, in quanto contrastante con la *Confrontation Clause* di cui al VI Emendamento²², il giudice ha ritenuto che l'applicazione della *rule* fosse possibile ogni qual volta fosse stato superato il c.d. *fairness test*. Sulla scorta di quest'ultimo, all'applicazione si è fatto effettivamente luogo allorché si è constatato che sussistesse una giustificazione insuperabile per l'eliminazione del carattere pubblico del dibattimento, che questa eliminazione avesse la portata minore possibile, che non sussistessero alternative procedurali e, infine, che fosse garantita agli imputati una capacità di svolgere i propri argomenti difensivi sostanzialmente equivalente a quella che avrebbero avuto in caso di divulgazione delle informazioni *classified*²³.

Quest'ultima condizione è stata ulteriormente rinvigorita da quanto affermato, nel 2008, dalla Corte del 4° Circuito nel caso *United States v. Abu Ali*²⁴, che relativamente ad un processo di primo

¹⁹ 835 F.2d 1059 (4th Cir. 1987), consultabile *on line* alla pagina http://scholar.google.com/scholar_case?case=11798777986346891281&hl=en&as_sdt=2&as_vis=1&oi=scholar.

²⁰ *United States v. Zettl*, cit., 1063.

²¹ 487 F. Supp. 2d 703 (E.D. Va. 2007), consultabile *on line* alla pagina <http://www.fas.org/sgp/jud/rosen041607.html>.

²² «In ogni procedimento penale, l'accusato avrà diritto [...] ad essere messo a confronto con i testimoni a carico».

²³ *United States v. Rosen*, cit., 26 ss.

²⁴ 528 F.3d 210 (4th Cir. 2008), consultabile *on line* alla pagina http://scholar.google.com/scholar_case?case=12203419041478970246&hl=en&as_sdt=2&as_vis=1&oi=scholar.

grado in cui il Governo aveva fornito alla giuria documenti riservati nella loro interezza, mentre la difesa dell'imputato aveva avuto documenti con elisioni, ha riconosciuto la sussistenza della violazione della *Confrontation Clause*: «se il Governo non vuole che l'imputato sia privato di informazioni che siano *classified*, può de-classificare il documento, ricercare l'approvazione di un succedaneo procedurale effettivo oppure rinunciare al suo utilizzo»; «ciò che il Governo non può fare è nascondere la prova all'imputato, ma darla alla giuria»; «ciò viola manifestamente la *Confrontation Clause*»²⁵⁻²⁶.

Da questa come da altre affermazioni si trae la conferma che il *Classified Information Procedures Act* e l'applicazione che di esso si è avuta, anche attraverso la *silent witness rule*, pur essendo diretti a proteggere gli interessi alla riservatezza dello Stato, non si discostano (*recte*, mirano a far sì che gli operatori si discostino nella misura minore possibile) dai principi del giusto processo.

La disciplina approntata, tuttavia, non offre indicazioni sull'aspetto fondamentale e condizionante, vale a dire i limiti entro i quali può muoversi la discrezionalità del giudice nell'autorizzare o meno la produzione di documenti. Pare comunque di poter dire che la circostanza è solo apparentemente sorprendente. Essendo l'azione penale discrezionale, è presumibile, infatti, che negli Stati Uniti si tenda a non procedere allorché i fatti contestati vadano ad incidere in maniera troppo marcata su aspetti per i quali si impone una riservatezza; d'altro canto, nella valutazione in ordine all'*an* dell'esercizio dell'azione penale non può non essere inserita anche una prognosi circa la possibilità di evitare di dover rendere pubbliche informazioni riservate: anche in ragione di queste considerazioni, nella prassi non si è formato un significativo *corpus* di precedenti tale da poter orientare i giudici nei casi concreti.

Qualche criterio orientativo sembra, peraltro, che possa emergere alla luce della più recente esperienza, e segnatamente grazie alla *doctrine* di matrice giurisprudenziale relativa allo *State secrets privilege*²⁷.

5. Segreto di Stato e processo civile: lo *State secrets privilege*

Le problematiche connesse alla tutela della riservatezza di informazioni sono emerse, soprattutto nel secondo dopoguerra, anche nell'ambito di processi civili. È, anzi, con precipuo riferimento a tali processi che si è affermato, in giurisprudenza, lo *State secret privilege*, vale a dire una regola sulla

²⁵ *U.S. v. Abu Ali*, cit., 251. Si noti, peraltro, che l'incostituzionalità non è stata riconosciuta essere all'origine di un vizio procedurale sufficiente ad inficiare la condanna pronunciata in primo grado.

²⁶ Un articolato esame dell'emergere e dello sviluppo della *Silent witness rule* è stato condotto da J.M. LAMB, *The Muted Rise of the Silent Witness Rule in National Security Litigation: The Eastern District of Virginia's Answer to the Fight Over Classified Information at Trial*, 36 *Pepperdine Law Review* 213 (2008), disponibile *on line* alla pagina http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1125459.

²⁷ V., in particolare, *infra*, par. 6.

scorta della quale vengono esclusi documenti ed altre prove la cui pubblicità potrebbe arrecare pregiudizio agli interessi pubblici, e segnatamente a quelli connessi alla difesa nazionale.

Il fondamento di una tale prerogativa governativa non è del tutto chiaro: per un verso, si tende a dedurla come corollario dal principio di separazione dei poteri, e dunque dal riconoscimento dovuto alla primazia del Presidente nella gestione della sicurezza nazionale; per altro verso, però, non mancano argomenti per definirla alla stregua di un istituto del *common law* (*recte*, del *case law*), le cui radici sono rintracciabili, nel sistema statunitense, a partire da un accenno contenuto nella sentenza sul caso *Marbury v. Madison*²⁸, ma soprattutto nella giurisprudenza inglese²⁹. L'alternativa non è di ordine puramente speculativo, poiché solo adottando la prima soluzione si conferisce allo *State secrets privilege* un rango costituzionale, ponendolo così al riparo da interventi legislativi che si configurino come eccessivamente restrittivi.

L'ambiguità che ha caratterizzato l'emergere dell'istituto non è stata sciolta neppure dalla Corte suprema federale allorché ne ha formalizzato l'esistenza. Il riferimento va alla decisione sul caso *United States v. Reynolds*, del 1953³⁰, concernente una richiesta di risarcimento danni rivolta contro il Governo federale da parte delle vedove di tre civili membri dell'equipaggio di un aereo militare precipitato.

Le ricorrenti avevano fatto istanza per poter accedere alla relazione sull'incidente e per poter ascoltare le testimonianze dei tre membri dell'equipaggio sopravvissuti. Il Governo federale aveva obiettato che i documenti dovevano restare segreti, al fine di proteggere interessi superiori: la loro produzione avrebbe, infatti, arrecato un «grave intralcio alla sicurezza nazionale», alla sicurezza aerea ed allo sviluppo delle attrezzature altamente tecnologiche e coperte da segreto militare³¹.

In presenza di questa opposizione, la corte distrettuale, in primo grado, aveva ordinato che il Governo federale producesse i documenti *in camera*, per consentire alla corte di valutare la necessità o meno di mantenerne il segreto. Il nuovo rifiuto opposto dal Governo aveva condotto alla pronuncia in favore delle ricorrenti, la quale era poi stata confermata in appello.

Giunto il caso alla Corte suprema federale, questa ha riconosciuto la fondatezza del rifiuto opposto dal Governo, non già sulla base del tipo di documentazione richiesta, bensì alla luce dell'esistenza, in generale, del potere di imporre il mantenimento del segreto su determinati atti o

²⁸ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

²⁹ Sul tema, v. R.M. CHESNEY, *State Secrets and the Limits of National Security Litigation*, 75 *George Washington Law Review* 1249 (2007), spec. 1270 ss., reperibile *on line* alla pagina http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=946676; C. NEWTON LYONS, *The State Secrets Privilege: Expanding its Scope through Government Misuse*, 11 *Lewis & Clark Law Review* 99 (2007), consultabile *on line* alla pagina http://legacy.lclark.edu/org/lclr/objects/LCB_11_1_Lyons.pdf.

³⁰ 345 U.S. 1 (1953), consultabile *on line* alla pagina <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=345&invol=1>.

³¹ *United States v. Reynolds*, cit., 5.

fatti. Nella sentenza si legge, tra l'altro: «Il *privilege* appartiene al Governo e deve essere affermato da questi; non può essere né reclamato né fatto oggetto di rinuncia da parte di una parte privata»; «non deve essere invocato alla leggera» («[i]t is not to be lightly invoked»); «deve essere formulata una istanza formale di *privilege*, presentata dal capo del dipartimento che ha il controllo sulla questione, a seguito di una effettiva considerazione da parte del funzionario in persona»; «la corte, dal canto suo, deve determinare se le circostanze sono idonee alla richiesta di *privilege*, e deve farlo senza imporre una produzione della cosa stessa che il *privilege* è deputato a proteggere»; «quest'ultima condizione è la sola che presenta una reale difficoltà»³².

Dal brano citato emergono almeno tre elementi centrali del regime giuridico dello *State secrets privilege*. Innanzi tutto, la titolarità del potere di invocarlo, che è propria del potere esecutivo, senza che alcun altro potere possa interferire sulle relative determinazioni. In secondo luogo, al riconoscimento del *privilege* si è associata una procedimentalizzazione della sua invocazione, che si articola nella fase della valutazione sull'*an*, affidata in via esclusiva al vertice dell'apparato governativo deputato a gestire le informazioni segrete in questione, e nella fase della presentazione dell'istanza, che deve avvenire in modo formale. Infine, la Corte suprema ha disegnato, per il giudice destinatario dell'istanza, un ruolo che non è meramente notarile, giacché si prescrive un suo vaglio circa la fondatezza della richiesta di non produrre atti; il vaglio, tuttavia, non può essere operato sugli atti medesimi, ma soltanto sulle circostanze in generale, con il che la protezione contro una invocazione ingiustificata del *privilege* finisce per passare in larga misura dal monito relativo alla sua non invocabilità «alla leggera».

In buona sostanza, il segreto di Stato viene ad essere disponibile da parte del potere esecutivo, senza che il Congresso sia in alcun modo coinvolto, né possa esserlo; a limitare la prerogativa governativa si pone il controllo giurisdizionale, che è tuttavia reso problematico, anche sul piano teorico, dalla impossibilità di verificare nello specifico l'attendibilità di quanto asserito dal Governo³³. Ne discende che, in concreto, il superamento del rifiuto di produrre atti potrà darsi soltanto allorché l'invocazione del segreto presenti i caratteri della manifesta arbitrarietà: non stupisce, dunque, che nella prassi si sia constatata una marcata (e crescente, specie negli ultimi anni) deferenza nei confronti di quanto attestato dal Governo, relativamente a «l'indebolimento delle capacità difensive della nazione, la divulgazione di metodi e capacità di raccolta di informazioni di *intelligence*, l'interruzione di relazioni diplomatiche con governi stranieri»³⁴.

³² *Id.*, 7 s.

³³ Con riguardo all'incidenza dello *State secrets privilege* sulla dinamica dei rapporti tra i poteri legislativo, esecutivo e giudiziario, v. A. FROST, *The State Secrets Privilege and Separation of Powers*, 75 *Forsham Law Review* 1931 (2007), spec. 1950 ss., consultabile *on line* alla pagina http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=978808.

³⁴ Il brano citato è tratto dalla sentenza sul caso *Ellsberg v. Mitchell*, 709 F.2d 51, 57 (D.C. Cir. 1983), consultabile *on line* alla pagina http://scholar.google.com/scholar_case?case=

Gli effetti dell'opposizione dello *State secrets privilege*³⁵, in linea di massima, consistono semplicemente nella mancata produzione di un documento o nella mancata assunzione di una prova testimoniale. Ben può darsi, tuttavia, che l'informazione che il Governo intende proteggere rappresenti il nucleo fondamentale dell'azione intentata³⁶, per cui il rispetto del rifiuto opposto dal Governo si traduce in una improcedibilità *de facto* dell'azione, che il giudice provvede a formalizzare.

6. La dilatazione del ricorso allo *State secrets privilege* nella prassi più recente

L'atteggiamento di deferenza delle corti nei confronti del potere esecutivo non ha posto, nei primi decenni successivi al caso *Reynolds*, soverchi problemi, soprattutto per la rarefazione dei casi nei quali il Governo ha opposto lo *State secrets privilege*: il monito sopra ricordato della Corte suprema ha prodotto, evidentemente, per lungo tempo gli effetti auspicati. A partire dalla seconda metà degli anni settanta, però, si è registrato un aumento della frequenza dei casi in cui la prerogativa è stata invocata. Gli avvenimenti successivi all'11 settembre 2001 hanno dato luogo ad un ulteriore, significativo incremento, dal Governo motivato con la necessità di far fronte all'emergenza terroristica³⁷.

Non si è trattato, però, soltanto di un aumento della quantità delle invocazioni del *privilege*, ma anche di un mutamento delle conseguenze che all'invocazione hanno corrisposto, giacché con sempre maggiore frequenza, più che opporsi alla produzione di un atto, il Governo ha richiesto che, onde evitare possibili effetti pregiudizievoli sulla sicurezza nazionale, il processo non avesse luogo, con ciò traslando la valenza dello *State secret privilege* da *doctrine* relativa alla produzione di prove a *doctrine* inerente alla *justiciability* del caso³⁸.

Una siffatta traslazione è, evidentemente, di non poco momento, anche in relazione al tipo di controversie che ha coinvolto. Nella prassi più recente, il *privilege* ha, infatti, avuto un ruolo determinante in alcune controversie che hanno evocato questioni di estrema delicatezza sotto il profilo della tutela dei diritti fondamentali.

[1450198504947629741&hl=en&as_sdt=2&as_vis=1&oi=scholar](#); la sentenza è stata oggetto di impugnazione di fronte alla Corte suprema federale, la quale ha tuttavia negato il *certiorari* (465 U.S. 1038, del 1984).

³⁵ Si noti che l'invocazione dello *State secrets privilege* non richiede la qualità di parte del Governo, che può anche intervenire in giudizio per opporsi alla divulgazione di informazioni la cui riservatezza sia ritenuta essenziale.

³⁶ Si pensi ad un caso limite, quale può essere quello di un'azione intrapresa per contestare il rifiuto opposto avverso l'istanza di accesso ad un atto.

³⁷ V. R.M. CHESNEY, *State Secrets and the Limits of National Security Litigation*, cit., 1315 ss., che ha operato una analisi puntuale (aggiornata al 2006) delle decisioni pubblicate nelle quali lo *State secret privilege* è stato invocato.

³⁸ Cfr., al riguardo, C. NEWTON LYONS, *The State Secrets Privilege: Expanding its Scope through Government Misuse*, cit., spec. 111 ss.

Il riferimento va, in special modo, al c.d. *Extraordinary Rendition Program*, vale a dire alla cattura ed al trasferimento verso Stati stranieri cui si proceda senza il rispetto delle formalità garantistiche ordinariamente richieste. Questo programma, espressamente diretto a fronteggiare l'emergenza terroristica, ha posto una serie di interrogativi relativi alla violazione di alcune delle garanzie costituzionali basilari, come il *due process of law*, l'*habeas corpus* ed il divieto di pene crudeli ed inusuali.

In alcuni casi, le persone che sono state sottoposte a questi trattamenti hanno adito le vie legali, adducendo, in particolare, la privazione illegittima della loro libertà personale e la sottoposizione a torture.

Il caso forse più famoso è stato quello di un cittadino tedesco, Khaled El-Masri, catturato al confine tra Serbia e Macedonia, internato a Skopje per oltre trenta giorni, successivamente ai quali è stato trasferito a Kabul, prima di essere abbandonato in Albania. El-Masri ha convenuto in giudizio l'allora capo della CIA, George Tenet, ed alcuni soggetti privati coinvolti nelle operazioni, deducendo, tra l'altro, la violazione di svariate norme del diritto internazionale.

Il Governo degli Stati Uniti è intervenuto in giudizio per invocare lo *State secrets privilege*, sull'assunto che ciò che El-Masri intendeva porre in questione era, in generale, la legittimità e l'applicazione del programma. Il giudice di primo grado ha riconosciuto la fondatezza della pretesa del Governo³⁹.

In appello, la Corte del 4° Circuito ha confermato questa decisione, non senza precisare che l'opposizione dello *State secrets privilege* impone alle corti di considerare che «la prova è oggetto di *privilege* in base alla *State secrets doctrine* se, alla luce di tutte le circostanze del caso, sussiste un ragionevole pericolo che la sua divulgazione riguardi questioni militari (o diplomatiche o di *intelligence*) le quali, nell'interesse della sicurezza nazionale, non dovrebbero essere divulgate»⁴⁰. La corte ha dunque confermato, nella sostanza, l'orientamento della sentenza *Reynolds*, sottolineando, però, l'esigenza di adottare uno *standard* di giudizio rigoroso, alla luce del quale l'esclusione della *justiciability* di casi riguardanti lo *State secrets privilege* si applichi soltanto ad una categoria molto ristretta di situazioni. In questa ristretta categoria si è ritenuto che rientrasse anche il caso di El-Masri⁴¹⁻⁴².

³⁹ *El-Masri v. Tenet*, 437 F. Supp. 2d 530 (E.D. Va. 2006), consultabile *on line* alla pagina <http://www.fas.org/sgp/jud/statesec/elmasri051206.pdf>.

⁴⁰ *El-Masri v. Tenet*, No. 06-1667 (4th Cir. 2007), consultabile *on line* alla pagina http://www.nytimes.com/packages/pdf/world/20070303_MASRI.pdf, 15.

⁴¹ Per un'analisi, in chiave comparatistica, del caso *El-Masri*, v. F. FABBRINI, *Understanding the Abu Omar Case: The State Secret Privilege in a Comparative Perspective*, paper per il World Congress dell'*International Association of Constitutional Law*, Mexico City, December 2010, consultabile *on line* alla pagina <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/6/96.pdf>.

Un altro ambito nel quale lo *State secrets privilege* è stato invocato ha riguardato il *Warrantless Wiretapping Program*, cioè il programma di intercettazioni posto in essere, senza le ordinarie garanzie di tipo giurisdizionale (e sempre nel quadro della lotta al terrorismo), dal Governo, tramite la *National Security Agency*, con l'ausilio di alcune compagnie telefoniche.

Due casi hanno avuto una particolare eco nei *mass-media*. Nel primo, *Hepting v. AT&T Corp.*⁴³, la Corte del *Northern District of California* ha escluso che la richiesta di risarcimento danni e di distruzione delle registrazioni potesse essere bloccata dall'invocazione dello *State secrets privilege*. All'uopo, si è posta in evidenza soprattutto la conoscenza, divenuta pubblica, del programma di intercettazioni su vasta scala non autorizzate da un giudice⁴⁴. Nel secondo, invece, la Corte d'appello del 6° Circuito, nella sentenza *American Civil Liberties Union v. National Security Agency*⁴⁵, ha riconosciuto l'efficacia dello *State secrets privilege*, al fine di impedire al ricorrente di accedere al *database* delle registrazioni, e, per tal via, di dimostrare di essere stato effettivamente intercettato⁴⁶.

Le problematiche emerse e le critiche mosse alla prassi invertevasi sono state all'origine di una iniziativa legislativa volta a regolare l'invocazione dello *State secrets privilege* in modo tale da evitare l'abuso che si riteneva che di esso fosse stato fatto⁴⁷. Il progetto di legge, intitolato *State Secrets Protection Act*⁴⁸, è stato introdotto al Senato nel gennaio 2008, ma si è scontrato con la forte opposizione dell'Amministrazione Bush, la quale è riuscita a bloccarne l'*iter*. In un quadro politico

⁴² Un altro caso, sotto vari profili analogo a quello di El-Masri, è stato quello di Maher Arar, anch'esso conclusosi con il non luogo a procedere, deciso da una corte distrettuale, confermato da una corte di appello e, infine, confermato dalla stessa corte d'appello in seduta plenaria: *Arar v. Ashcroft*, 585 F.3d 559 (2^d Cir 2009) (*en banc*).

⁴³ 439 F. Supp. 2d 974 (N.D. Cal. 2006), consultabile *on line* alla pagina http://www.eff.org/files/filenode/att/orderhepting6309_0.pdf.

⁴⁴ Il caso è attualmente pendente presso la Corte d'appello del 9° Circuito.

⁴⁵ 493 F.3d 644 (6th Cir. 2007), consultabile *on line* alla pagina <http://www.ca6.uscourts.gov/opinions.pdf/07a0253p-06.pdf>.

⁴⁶ Per una recente decisione della Corte suprema federale in tema di *State secrets privilege*, v. quella sul caso *General Dynamics Corp. v. United States*, 563 U.S. ____ (2011), consultabile *on line* alla pagina <http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-1298.pdf>, nel quale si è stabilito che, quando una corte, per proteggere il segreto di Stato, non dà corso ad una argomentazione del privato *prima facie* fondata che replichi alle allegazioni governative di violazione degli obblighi contrattuali, il rimedio adeguato è quello di lasciare le parti nelle condizioni giuridiche e di fatto in cui versavano al momento in cui hanno adito le vie legali.

⁴⁷ Sulle origini e sulla portata del progetto di legge, v. M. FROST – J. FLORENCE, *Reforming the State Secrets Privilege*, American Constitution Society, *Issue Brief*, consultabile *on line* alla pagina http://www.acslaw.org/files/Frost_FINAL.pdf.

⁴⁸ V. la scheda (ed il testo) alla pagina <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/z?d110:S2533>.

mutato, peraltro, neppure la ripresentazione del testo, nel novembre 2009⁴⁹, ha condotto alla sua approvazione.

Nel frattempo, però, lo *State secrets privilege* sembra destinato ad estendere ulteriormente la sua portata. Nato nel e per il processo civile, di recente il *privilege* è stato invocato anche nel processo penale. E l'invocazione ha avuto, in talune occasioni, successo. In tal senso, la prima decisione di una corte d'appello – a quanto consta – si è avuta nel caso *United States v. Aref*, del 2008⁵⁰, in cui la Corte del 2° Circuito, superando oltretutto un difetto procedurale nella richiesta (che non era venuta dal capo del dipartimento competente), si è rifatta ad un lontano precedente della Corte suprema federale⁵¹, per propugnare *expressis verbis* la necessità di applicare il *privilege* anche nel processo penale.

⁴⁹ V. la scheda ed il testo del progetto alla pagina <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/z?d111:S417>.

⁵⁰ 533 F. 3d 72 (2^d Cir. 2008), consultabile *on line* alla pagina http://scholar.google.com/scholar_case?case=15649618107347802381&hl=en&as_sdt=2&as_vis=1&oi=scholarr.

⁵¹ *Roviaro v. United States*, 353 U.S. 53 (1957), 60 s., dove la Corte affermò, in un processo penale, che il *privilege* per il Governo di non dichiarare l'identità di un informatore non poteva essere riconosciuto allorché l'informazione fosse rilevante e di ausilio alla difesa di un imputato, oppure fosse essenziale per una corretta decisione della causa. Ad avviso della corte distrettuale, il rifiuto del *privilege* doveva leggersi, non già come un indice della sua non configurabilità in astratto, bensì come l'impossibilità di farlo valere in concreto, di talché, dandosene le condizioni, il Governo avrebbe ben potuto invocarlo anche in sede penale.