

Către Biroul Permanent al Camerei Deputaților

D.P. Nr. 1113..... din 24.09.2010

**Informare privind ședința Comisiei pentru Afaceri Juridice și
Drepturile Omului a APCE desfășurată la Tbilisi – Georgia – în
perioada 16-17 septembrie 2010.**

APROBAT

În ședința Biroului permanent al
Camerei Deputaților

Pe ordinea de zi a ședinței au fost incluse următoarele probleme din data de 17.11.2010



1. Schimb de opinii privind evoluțiile legislative în Georgia.

La acest subiect au făcut informări șeful Comisiei Constituționale de Stat a Georgiei și președintele Comitetului Juridic al Parlamentului georgian. După informările prezentate, membrii Comitetului au formulat întrebări. Întrebările au avut în vedere gradul de independență a justiției în Georgia, dar și propunerile Comisiei Constituționale privind viitoarele competențe ale instituției prezidențiale în statul georgian. De menționat că, actualmente, președintele Georgiei deține competențe foarte largi, inclusiv nominalizarea judecătorilor Curții Supreme de Justiție și Procurorului General, care este încadrat în Ministerul Justiției.

Atât reprezentantul organizației neguvernamentale **Georgian Young Lawyers' Association**, cât și membrii Comisiei Juridice a APCE au considerat actualele competențe prezidențiale excesive și că acestea creează dezechilibru între puterea executivă și cea legislativă.

2. A doua problemă a fost schimbul de opinii a Comisiei Juridice a APCE cu doamna Heidi Hautala, președinte a Subcomisiei pentru Drepturile Omului a Comisiei Afacerilor Externe a Parlamentului European.

Pe lângă aprecierea colaborării bune dintre APCE și Parlamentul European și a asigurărilor de accedare a Uniunii Europene la Convenția Europeană, doamna Hautala a ținut să aprecieze foarte înalt activitatea domnului Dick

Marty, cu privire la investigarea problemei centrelor secrete de detenție a suspecților de terorism în statele Europei. Doamna Hautala s-a angajat să reia discuția acestui subiect în subcomisia pe care o conduce și să facă tot posibilul ca această chestiune să fie repusă pe agenda Parlamentului European. Doamna Hautala l-a invitat pe membrul Comisiei Juridice a APCE, domnul Dick Marty, la discuțiile din cadrul Subcomisiei pentru Drepturile Omului privind chestiunea abuzului secretului de stat și securității naționale.

3. La chestiunea privind pedeapsa capitală în statele membre și cele cu statut de observator la Consiliul Europei s-a discutat despre inacceptabilitatea tolerării acestui fenomen în Statele Unite și Republica Belarus.

4. Cu privire la tema ***Drepturile Omului și afacerile*** s-a aprobat un proiect de rezoluție preliminară care va fi pus în dezbateră sesiunii parlamentare a APCE din luna octombrie a.c. (Proiectul de rezoluție se alătură acestei informări).

5. Privind tema ***The need for a Global Consideration of human rights implications of biometrics (Necesitatea unei examinări globale a implicațiilor biometriei asupra drepturilor fundamentale ale omului)*** s-au discutat următoarele:

- utilizarea datelor biometrice de „primă generație” (amprente de degete și scanarea pupilei ochiului) și implicațiile acestora asupra drepturilor fundamentale, deși au născut controverse, se consideră necesare;
- introducerea etapei următoare a datelor biometrice intitulată „soft biometrics”, care include genul persoanei, greutatea, înălțimea, vârsta și etnia pentru „clasificare automată”, s-a dovedit a fi mult mai controversată, obiectându-se faptul că ar putea constitui o discriminare din punct de vedere al profilului social;

- datele biometrice numite de „a doua generație” ținesc identificarea persoanei pe baza comportamentelor sau activităților acesteia. Această „a doua generație” poate să includă date privind ritmul cardiac, temperatura corpului, modul de gândire (*brain activity patterns*), dilatarea pupilei. Acestea ridică întrebări cu privire la noțiunea de „**date cu caracter personal**”. Utilizarea acestor tehnologii biometrice avansate pot afecta grav dreptul la viață privată și demnitate umană. (Memoriul introductiv la tema dată este anexat).

6. Tema ***Abuzul secretului de stat și securității naționale: obstacol în calea controlului parlamentar și judiciar privind violarea drepturilor fundamentale ale omului.***

La acest subiect s-au organizat audiențe cu participarea domnului Armando Spataro, Procuror general adjunct din Milano – Italia, domnul Ian Leigh, profesor de drept – Universitatea Durham - Marea Britanie și domnul Adam Bodnar – director – **Observatory of the Freedom of Media**, Polonia. La începutul audiențelor, raportorul Dick Marty a ținut să menționeze că evoluțiile după raportul său din 2007 au confirmat pe deplin concluziile raportului. În acest sens el s-a bazat pe evoluțiile din Italia, Polonia și parțial Germania, referitoare la investigarea centrelor de detenție a suspectilor de terorism, deținuți de armata americană pe teritoriul acestor state. A menționat, de asemenea, că există indicii că astfel de centre au existat și pe teritoriul României. Experții invitați din partea Italiei și Marii Britanii au descris modul în care executivile abuzează de conceptele de *secret de stat* și *securitate națională*, cu consecințe grave asupra drepturilor fundamentale. S-a dezbătut și problema comisiilor parlamentare pentru controlul activităților în domeniul securității naționale care, în cele mai multe state, sunt inexistente, ori ineficiente și formale. S-au propus moduri de eficientizare a controlului parlamentar și judiciar asupra executivelor în domeniul asigurării

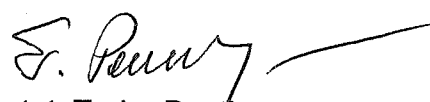
securității naționale. (Discursurile celor doi experți, britanic și italian, le anexăm prezentei informări).

Invitatul polonez a menționat că, în ultimul timp, autoritățile poloneze dau dovadă de deschidere, un procuror special investigând această chestiune, iar organizația pe care o conduce a primit de la autoritățile poloneze date detaliate privind zborurile aviației americane și numărul de pasageri aflat la bordurile avioanelor. Acesta a mai spus că deține informații din care reiese că, în data de 22 septembrie 2003, un avion american cu 5 pasageri la bord a zburat din Polonia către România. Într-o discuție privată, invitatul polonez a promis să-mi trimită toate datele pe care le deține despre zboruri și deținuți.

S-a decis că Dick Marty va pregăti în baza audiențelor un proiect de raport.

Cu privire la chestiunea numirii raportorilor, am fost numit pe bază de competiție (dintre 3 candidați) raportor pentru chestiunea intitulată ***Combaterea oricăror forme de discriminare sau intoleranță în baza religiei.***

De menționat că tema privind ***Suveranitatea națională și statalitatea în dreptul internațional contemporan*** (domnul Adrian Năstase figura în lista candidaților pentru calitatea de raportor) a fost exclusă și s-a considerat că nu este necesar întocmirea unui raport.


Deputat, Tudor Panțiru
19.09.2010

The Contribution of Parliamentary Oversight

Ian Leigh*

Over the last 30 years many countries have established oversight arrangements designed to make their security and intelligence services more democratically accountable, to bring them under the rule of law, and to prevent abuses.¹ These reforms have taken place in response to a variety or combination of factors: scandals involving interference with domestic politics or protest movements, transition from military to civilian rule, legal challenges to the powers exercised by the agencies, and constitutional reform. Many Council of Europe states now have a committee on which legislators or their nominees sit to exercise a degree of oversight over their security and intelligence agencies. The terms of reference of these bodies vary: some are concerned with policy, administration and finance whereas others are designed to receive sensitive operational briefings. Despite those differences it is a consistent feature of these arrangements that the accountability structures devised (for example parliamentary committees, Inspectors-General, judicial commissioners and so on) track the policies or actions of *national* security and intelligence agencies.

As evidence mounts of abuses by the intelligence services and the military perpetrated since 9/11 it has become clear that a significant feature that has largely evaded control or scrutiny is the collaboration between the agencies of different countries. Frequently, the relevant national legislation contains either express or implied limitations that inhibit oversight or review of arrangements made with the intelligence agencies of other countries. National systems of oversight or accountability were designed for a different era and to guard against different dangers of abuse (for instance, interference in domestic politics or civil society) by the security and intelligence agencies. Accordingly they stress political impartiality and independence but tend to pay less attention to audit of the agencies' actions on human rights' grounds. A clear gap is the failure to address concerns over circumventing human rights standards by international collaboration.

INVESTIGATING HUMAN RIGHTS ABUSES

Domestic Parliamentary Inquiries

Procedures for Parliamentary investigations are common within democracies. The success of these investigations as exercises in accountability depends on a variety of factors such as formal powers, government co-operation, expert and staffing assistance and whether the committee is able to operate across party divides. In addition to ad hoc investigations many countries have established standing Parliamentary security or defence committees in the past three decades. These vary in their size, composition, remit and powers. The best, however, have access to information in the hands of the agencies to match their remit, have the ability to function independently without being dependent on the government, can choose what to publish, and have adequate investigative capacity of their own.²

Recent relevant examples of parliamentary inquiries include the Congressional hearings concerning renditions and their effect on transatlantic relations 2007³, the reports of the UK

* Professor of Law, Durham University. prepared for the hearing of, Council of Europe, Parliamentary Assembly, 'Abuse of state secrecy and national security: obstacles to parliamentary and judicial scrutiny of human rights violations', Committee on Legal Affairs and Human Rights, Tbilisi, 17 September 2010.

¹ Born, Hans, Johnson, Loch and Leigh, Ian (eds.), *Who's Watching the Spies: Establishing Intelligence Service Accountability*, Dulles: Potomac Books, 2005, chapter 1.

² Born, Hans and Johnson, Loch, "Balancing Operational Efficiency With Democratic Legitimacy" in Born, Johnson, and Leigh, *op. cit.*, chapter 12; Born, Hans and Leigh, Ian, "Democratic Accountability of Intelligence Services", *Armaments, Disarmament and International Security, Yearbook of the Stockholm International Peace Research Institute 2007*, Oxford: OUP, 2007, chapter 5.

³ US House of Representatives/Foreign Affairs Committee, "Extraordinary Rendition in U.S. Counterterrorism Policy: The Impact on Transatlantic Relations", Joint Hearing before the Subcommittee on International Organizations, Human Rights, and Oversight and the Subcommittee On Europe of the Committee on Foreign Affairs, House of Representatives, 110th Congress, 1st Session, Serial No. 110-28, 17 April 2007; US Senate

Intelligence and Security Committee on the interviewing of detainees in Afghanistan, Guantanamo Bay and Iraq and on renditions, and the German Parliamentary panel report and committee of inquiry.⁴

In the UK two reports from the Intelligence and Security Committee (the "ISC") have examined limited aspects of cooperation between UK agencies and international partners in the 'global war on terror'. In 2005 the Committee produced a special report into interviewing of detainees in Afghanistan, Guantanamo Bay and Iraq.⁵ It found that Ministers should have been consulted before staff from the agencies had interviewed captives in the hands of the US military in Afghanistan and that Ministers should be informed 'immediately' when an official has concerns about the treatment of such detainees. Although not named in the report at the time it now seems clear that the case that gave rise to these comments was probably that of Binyam Mohammed: the question of whether officials in MI5 had been complicit in torture was referred by the Attorney-General to the police for investigation in March 2009.⁶

The second report was an investigation conducted by the ISC in 2006-7 into the extent of involvement in and knowledge of the UK agencies in US renditions.⁷ The ISC found that there had been no direct UK involvement in the programme but raised concern about one instance of unwitting indirect involvement. The Committee concluded that conditions imposed on information given by the Security Service (MI5) and the Secret Intelligence Service (MI6) to the CIA had been ignored by the latter agency in the cases of Jamil El-Banna and Bisher Al-Rawi, two UK residents who had been taken to Guantanamo Bay from Gambia, via Afghanistan, following apparent collusion between the UK, Gambian and US authorities.⁸

The ISC found that the UK agencies were not informed of the US rendition programme, but rather were left to deduce its existence from a series of individual instances of which they became aware during 2002.⁹ The Committee concluded that they had been slow to do so. It recommended more widespread use of ministerial approval in cases where there was a risk that information shared with an overseas agency could result in torture and that ministerial approval should never be given to the sharing of information that could result in rendition to detention to a secret facility.¹⁰

As the position stands, however, at present there are strong reasons to doubt the adequacy of the ISC investigation into renditions. Following the sustained litigation brought by the former Guantanamo Bay detainee Binyam Mohammed to force the Foreign Secretary to disclose potentially exculpatory material concerning his alleged torture in Pakistan, some 42 documents were disclosed which had previously been 'overlooked' in responding to the ISC's requests. After no fewer than five further hearings in which the UK government sought to maintain the principle of 'originator control' with regard to information about Binyam Mohammed's treatment which had been supplied by the US authorities and had been confirmed in the US courts the Court of Appeal finally published a judgment strongly critical of the government's stance.¹¹

Foreign Relations Committee, "Extraordinary Rendition, Extraterritorial Detention, And Treatment Of Detainees: Restoring Our Moral Credibility And Strengthening Our Diplomatic Standing", Hearing before the Senate Foreign Relations Committee, 26 July, 2007.

⁴ See also investigations by bodies acting for Parliaments: On the Agiza and Alzery case, see Swedish Parliamentary Ombudsmen, "A review of the enforcement by the Security Police of a Government decision to expel two Egyptian citizens", Registration No. 2169-2004, 22 March 2005; on the use of Shannon airport by CIA rendition flights, see Irish Human Rights Commission, "Extraordinary Rendition: A Review of Ireland's Human Rights Obligations", first published in December 2007.

⁵ Intelligence and Security Committee, "The Handling of Detainees by UK Intelligence Personnel in Afghanistan, Guantanamo Bay and Iraq", Cm. 6469, March 2005.

⁶ Baroness Scotland (Attorney-General) HL Debs., 26 March 2009, col. 51(ws); this followed the judgment of the High Court in *R (Binyam Mohammed) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2009] EWHC 152 (Admin), below.

⁷ Intelligence and Security Committee (ISC), "Rendition", Cm. 7171, July 2007.

⁸ *Ibid.*, paragraph 111-47.

⁹ ISC, paragraphs 57-77.

¹⁰ *Ibid.*, 54, 67.

¹¹ *R (Binyam Mohammed) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* (No. 5) [2009] EWHC 2549 (Admin).; ¹¹ *R (Binyam Mohammed) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2010] EWCA Civ 65.

In the light of the revelations in this case and a number of others the Prime Minister announced an inquiry in July 2010, chaired by Sir Peter Gibson into allegations of British complicity in the torture of detainees held by other countries in the wake of the September 11 terror attacks.¹² The inquiry will begin work after the conclusion of outstanding criminal investigations and civil claims into the allegations. At the same time the government published detailed new consolidated guidance for intelligence officials that covers interviewing individuals in detention with liaison services and the passing of information to liaison services where there is a risk of torture or inhuman or degrading treatment or punishment.¹³ This guidance establishes in effect a hierarchy for approval depending on the risk involved or degree of knowledge of improper conduct, with reference of the most serious cases to ministers.

It is notable that these developments came about as a result of disclosures forced by litigation rather than parliamentary inquiry. The ISC's own stance was use its 2009-10 Annual Report to strongly support the government's (unsuccessful) argument for secrecy based on international cooperation¹⁴ rather than to vigorously protest that information had been located which had not previously been disclosed to it. (The Committee has, however, protested at the government's failure to publish its commentary on the draft guidance.)

In principle the advantage of accountability through an existing parliamentary committee such as the ISC is that inquiries in this form utilise the existing democratic and legal framework and relations to influence domestic agencies and ministers. There is no need to establish new structures or institutions. Through reporting and debate in the parliament they may succeed in influencing further domestic legislative reform. It seems clear, however, that these processes have had difficulties in commanding full parliamentary and public confidence, hence the need for further investigations and litigation.

Moreover Parliamentary inquiries have obvious limitations in their investigation of intelligence co-operation. They are one-sided: these committees have no power to obtain information from uncooperative international partner agencies and, as in the case of the Bundestag investigation, domestic agencies may be unwilling to divulge partner information if they fear that to do so may adversely affect future cooperation. It is no surprise therefore that the UK investigations referred to above took place without co-operation of US agencies or testimony from US officials. Parliamentarians who were serious about examining the operation of intelligence cooperation would need first of all to dismantle or challenge the legal impediments to obtaining such information. Reporting by Parliamentary committees may also be stilted for fear of upsetting intelligence partners. The UK ISC has generally been reticent in previous annual reports in discussing intelligence liaison in detail, for example.¹⁵

Could these limitations be overcome to make Parliamentary investigations more effective? In this regard it is noticeable that the Secretary-General of the Council of Europe, the European Parliament and the International Commission of Jurists have called for the strengthening of accountability over security and intelligence services.

One suggestion – proposed by the Council of Europe Secretary-General – is to increase the potential for Parliamentary oversight of the actions of third countries within a state's territory.¹⁶ This is obviously framed against the background of the Abu Omar case in which it is alleged that CIA

¹² *H.C. Debs.*, 6 July 2010.

¹³ Cabinet Office, *Consolidated Guidance to Intelligence Officers and Service Personnel on the Detention and Interviewing of Detainees Overseas, and on the Passing and Receipt of Intelligence Relating to Detainees* (July 2010).

¹⁴ Intelligence and Security Committee *Annual Report for 2009-10*, paragraph 52 ff.

¹⁵ Thomas LJ recognised in *R (Binyam Mohammed) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* (n. 17 above), para 91 that the practice of deleting sensitive passages from ISC reports meant that this would not be a route by which the passages redacted from the judgment could be placed in the public domain.

¹⁶ Council of Europe/Secretary General, "Report by the Secretary-General on the use of his powers under Article 52 of the European Convention on Human Rights, in the light of reports suggesting that individuals, notably persons suspected of involvement in acts of terrorism, may have been arrested and detained, or transported while deprived of their liberty, by or at the instigation of foreign agencies", SG/Inf (2006) 5, 28 February 2006, paragraph 4.

operatives abducted an Egyptian refugee and returned him from Italy to Egypt.¹⁷ However, as with that case, the operations of the overseas agency will either be illegal already or done in cooperation with the country's own agencies. Moreover based on the experience of inquiries in the UK and in Germany it seems improbable that the United States, for example, would cooperate formally with an overseas parliamentary investigation.

It may be more effective instead for national parliamentary oversight and expert oversight bodies to mirror the behaviour of the agencies they oversee and engage in networking. In practice, investigations in several countries have built cumulatively on each other's reports into renditions- the US Congressional Committees, following on from European and Canadian investigations. This, however, is un-coordinated, whereas there is a case for more conscious collaborative oversight by the legislatures of different countries whose intelligence agencies are working closely together. This could take place through joint committees, sharing of information, or the creation of supra-national bodies. If this seems improbable it ought not- it is merely the democratic corollary of the joined-up or interdependent security environment in the common fight against terrorism. There is a parallel perhaps in calls for the strengthened cooperation between financial regulators as a response to the global financial crisis of 2008-9.

Parliamentary inquiries can be described as 'fire-fighting' measures ie designed to deal with allegations of an alleged abuse that have become public. However, it is perhaps more important to consider preventative routine steps that can increase accountability to prevent such abuses. It seems more profitable therefore to look at the terms on which cooperation takes place from the end of the agencies that are subject to domestic laws (whether territorially or extra-territorially¹⁸) and by strengthening control by the executive or Parliament over their links with partner agencies.

Tighter political and legal control over cooperation

Legislators may be able to aid accountability by creating a legal framework in which co-operation between agencies is only permissible according to principles established by law and where authorised or supervised by applicable parliamentary, or expert control bodies.

It is argued that in general cooperation with foreign agencies should only take place in accordance with arrangements approved by democratically accountable politicians, usually the executive. For example the Law of the Intelligence and Security Agency of Bosnia and Herzegovina, Article 64 requires approval from the Chair, before the Agency enters into an arrangement with intelligence and security services of other countries.¹⁹ Apart from the democratic reasons for insisting upon this safeguard this should also aid transparency since it makes plausible deniability by governments harder. Legislation in several countries²⁰- not least the United States (governing the DNI and CIA) - firmly allocates responsibility for intelligence liaison in a way that the UK Acts, for example, do not.

Controlling Information Exchanges

Tighter legal control over cooperation could also profitably address information flows between the agencies of different countries. One safeguard is that both the supply and receipt of data should be required by law to be regulated by agreements in writing made by the proper authorities- a good example being the Netherlands Intelligence Services Act 2002.²¹ Accountability is further

¹⁷ European Parliament, Temporary Committee on the alleged use of European countries by the CIA for the transport and illegal detention of prisoners (Rapporteur G.C. Fava), "Working Document No. 7 on 'extraordinary renditions'", doc. ref. PE 380 593, 16 November 2006, 20-1.

¹⁸ In *Khadir v. Canada* [2008] SCC 28, the Supreme Court of Canada held that the Canadian Charter of Rights applied extraterritorially to interrogation conducted by officers of the Canadian Security Intelligence Service of an inmate held unlawfully by the US at Guantánamo Bay. In order to give effect to s. 7 of the Charter the Canadian Government was obliged to disclose transcripts of the interviews.

¹⁹ Additionally, the Minister for Foreign Affairs must be consulted before an arrangement is entered with an institution of a foreign State, an international organisation of states or an institution thereof. The Chair is obliged to inform the Intelligence Committee of all such arrangements.

²⁰ See also Luxembourg (Article 3 (1) of the Act of 15 June 2004); Greece (Article 4-9 of the Act of 3 March 2008); France (Article 3, decree of 27 June 2008). I am grateful to Philippe Hayez for these references.

²¹ See, the Dutch Intelligence and Security Services Act 2002 (De Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten) Article 36(1)(d), 40(1) and 42.

strengthened if these agreements are submitted to parliamentary or expert oversight bodies- for example in Canada the Canadian Security Intelligence Service Act 1984, section 17(2) requires the Security Intelligence Review Committee be given copies of all CSIS agreements with foreign governments and international organizations.

Conditions may be attached to intelligence transferred to safeguard human rights, although the effectiveness of this approach depends on the willingness of the receiving state to honour such caveats. In Canada the Security Intelligence Review Committee specifically monitors the inclusion of these caveats and their implementation.

The natural tendency of intelligence diplomacy to rest on relatively informal joint understandings concluded on an agency-agency basis between professionals should be resisted. These arrangements give scant protection to human rights and even where they do reflect those concerns may be unenforceable.²²

Several valuable suggestions were made by the Tjudicial commission of inquiry in Canada that examined in detail the background to the sharing of information by the Royal Canadian Mounted Police with US intelligence agencies in the case of Maher Arar. While it stressed the importance of intelligence sharing both by domestic police and security agencies and internationally, the O'Connor Commission nevertheless proposed that in Canada's case it should be governed by clearer principles in future.

The Commission recommended that in future these caveats should be significantly clearer and more specific.²³ Firstly, they should refer to specific agencies to which the information shared can be disseminated, rather than using vague expressions such as 'the intelligence community'. Secondly, it should be explicitly stated that information shared for intelligence purposes is not to be used in legal proceedings (including for this purpose not just criminal proceedings but also immigration and extradition proceedings). Thirdly, the caveat should clearly indicate who can give consent for further distribution of the information or for its use over and above that initially authorised, so establishing proper channels for communication about the use and distribution of intelligence.

Valuable as these recommendations are, they are of course no guarantee that the terms of a caveat will be respected by the agencies of the foreign country with which intelligence is shared. In the absence of a clear practice of reporting back on the use made of intelligence supplied, the disregard of the terms of a caveat may never come to the attention of the supplying state. Even where it does the repercussions will be at most diplomatic, rather than legal, and inevitably coloured by the relative positions of the two countries concerned and the perceptions of each of the importance of the relationship between them.

Thus, when US agencies apparently disregarded caveats imposed by MI5 and MI6 on intelligence supplied to them concerning UK residents the parliamentary Intelligence and Security Committee correctly observed that this should cause UK agencies to re-evaluate the supply of intelligence in future.²⁴ In Canada the O'Connor Commission noted, objections by the supplying state to breaches of caveats give opportunities to enquire about the use made of intelligence supplied and to correct misunderstandings.²⁵

Safeguards over intelligence sharing would be strengthened if domestic legislation contained specific prohibitions on the avoidance of national controls by out-sourcing. These would help meet the frequently-made allegation that in the global intelligence economy intelligence gathering through surveillance or interrogation flows to the least regulated regimes. Information should only be

²² Note the recommendation of the ICJ Eminent Jurists Panel: "States should establish clear policies, regulations and procedures covering the exchange of information with foreign intelligence agencies. Where such procedures exist, by way of binding instruments or understandings, they should be reviewed in light of all relevant human rights standards. In particular, information should never be provided to a foreign country where there is a credible risk that the information will cause or contribute to serious human rights violations." International Commission of Jurists (ICJ), "Assessing Damage, Urging Action: Report of the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-terrorism and Human Rights", 2009, 90.

²³ Arar Report: "Analysis and Recommendations", 339-42.

²⁴ ISC, "Rendition", Cm. 7171, July 2007, paragraphs 111-47.

²⁵ Arar Commission: "Analysis and Recommendations", 344.

disclosed to foreign security and intelligence agencies or to an international agency if they undertake to hold and use it subject to the same controls that apply in domestic law to the agency which is disclosing it (in addition to the laws that apply to the agency receiving it). Limits should be placed on the type of intelligence which can be transferred and there should be a requirement to check the reliability and accuracy of the intelligence, before it is transferred.²⁶ German legislation, for example, contains a provision making clear that in the decision to supply information the foreign concerns of the Federal Republic of Germany or the pre-eminent interests of the affected private persons deserve to be protected must take priority and that all information supplied in this way must be recorded. Moreover it is transferred subject to limited purposes.²⁷ These are important safeguards – lacking in the legislation of many states- but arguably even these do not go far enough.

A similar duty should apply for a receiving agency, to check reliability and accuracy when information is received from another state. In its 2007 *Report on Democratic Oversight of the Security Services in Council of Europe States* the Venice Commission has suggested that where information is received from a foreign or international agency, it should generally be held subject both to the controls applicable in the country of origin and those standards which apply under domestic law.²⁸ Ideally this would mean information being subject to the oversight mechanism in full in the country that receives foreign-derived intelligence. In some cases a powerful State on whose flow of intelligence other countries are dependent may be unwilling to agree to such conditions. A possible workable fall-back arrangement may be, however, to establish a system of certification- where the oversight institution in the state supplying intelligence at least warrants that it has been collected and handled according to local standards of legality.

Conditions like these on information exchanged between agencies might go some way to addressing concerns that have now arisen in several documented cases of information supplied by an agency upon its own nationals or residents leading to their 'extraordinary rendition' - for example the Arar and Al-Rawi cases in Canada and the UK.

Restricting Information Exemptions

Another contribution that Parliaments can make is by tightening the statutory exemptions that are frequently granted to protect intelligence collaboration from public disclosure- for example in freedom of information or data protection legislation. This may help to make exposure of wrongdoing by NGOs and journalists more likely. It involves dismantling what is in effect a protective wall of statutory duties and exemptions that has been erected in each country to enable cooperation to continue away from public scrutiny. Despite the clear rationale for freedom of information exceptions like these they also have the collateral effect of largely rendering legally invisible exchanges of information between the security and intelligence institutions of different countries.

Ostensibly, the purpose of such exemptions is the sensitivities of the partner agency in an overseas country: the fear of the consequences if co-operation were to be withdrawn is regularly invoked as official justification. Statements referring to the adverse impact on efforts to safeguard national security if foreign-derived intelligence were to dry up can be found in official documents and evidence given in litigation in several countries. However, the very fact that such similar statements are tendered in partner countries (each invoking the threat of the other withdrawing cooperation) raises a suspicion that the alleged sensitivities of the other state may be no more than a convenient proxy for a more generalised unwillingness to allow scrutiny of intelligence cooperation as such. Arguably there is a case for greater scepticism, both by legislators and by the courts and information commissioners over claims that disclosures will damage such cooperation.

²⁶ *Ibid.*, 334.

²⁷ Bundesverfassungsschutzgesetz (BVErfSchG), Germany, November 2002, Article 19.

²⁸ European Commission for Democracy for Law (Venice Commission), "Report on Democratic Oversight of the Security Services in Council of Europe States", Study 388/2006, CDL_DEM 2007-016, June 2007, 39-40.

Conclusion

While the need for increased networking between the security and intelligence agencies of different countries is undeniable there are also some clear risks. These include the possibility of compromising domestic standards of constitutionalism, legality and propriety through unregulated cooperation. At worst, cooperative arrangements may be consciously used to circumvent domestic legal controls on the obtaining of information or for protection of privacy. Moreover, there is the question of transparency - decisions may be taken that profoundly affect an individual's rights on the basis of information that is not traceable to an agency in another country and without adequate safeguards as to its accuracy or how it was collected. There can also be strong incentives for the agency that receives such information not to inquire closely into how it was gathered - lack of excessive curiosity may even be the price of continuing to receive intelligence from overseas partner agencies.²⁹ It is therefore essential that international cooperation of intelligence services should be properly authorised and subject to minimum safeguards.³⁰

The prospect of formal cooperation by Parliamentarians in different countries in overseeing intelligence diplomacy and its abuses may be years away, perhaps even decades. Nevertheless, in the meantime, there are steps that national authorities can take to control and scrutinise intelligence cooperation more closely to prevent human rights abuses. Parliamentarians and security and intelligence overseers should treat claims of damage to intelligence cooperation with due scepticism. A useful beginning would be to regulate more closely how cooperation takes place, the terms on which information is exchanged, and the exemptions that have kept intelligence cooperation in the shadows up until now. Steps like these might not prevent the intelligence agencies of a determined super- power from flouting human rights in future. They might erect hurdles to slow them down, though, and allow for speedier exposure, scrutiny and accountability of those responsible.

²⁹ Cf. Lord Hoffmann in *A (No 2) v Secretary of State for the Home Department* [2005] UKHL 71 at para 98: "It appears to be the practice of the Security Services, in their dealings with those countries in which torture is most likely to have been used, to refrain, as a matter of diplomatic tact or a preference for not learning the truth, from inquiring into whether this was the case. It may be that in such a case the Secretary of State can say that he has no knowledge or belief that torture has taken place. But a court of law would not regard this as sufficient to rebut real suspicion. [...]"

³⁰ The ICJ Eminent Jurists Panel concluded: "European governments have yet to move forward on the recommendations to develop a legal framework that would facilitate intelligence cooperation compliant with European and international human rights standards" ICJ, *op. cit.*, 88.

Parliamentary **Assembly**
Assemblée parlementaire



Committee on Legal Affairs and Human Rights

Meeting in Tbilisi (Georgia), 16-17 September 2010

***Abuse of state secrecy and national security: obstacles to parliamentary
and judicial scrutiny of human rights violations
(Rapporteur: Mr. Dick Marty, Switzerland)***

Contribution by

***Armando Spataro
Deputy Chief Prosecutor, Milan (Italy)
Coordinator Counterterrorism Branch***

1. INTRODUZIONE

Questa relazione non aspira a costituire un compiuto intervento giuridico sul tema del segreto di Stato, né ad analizzarne tutti gli aspetti che coinvolgono la comunità internazionale. Più modestamente riassume la disciplina giuridica italiana del segreto di Stato, i seri problemi che l'apposizione di tale segreto ha determinato in Italia nella conduzione di una importante indagine per un crimine che ha violato palesemente i diritti umani (sequestro e tortura di un presunto terrorista egiziano, Abu Omar, rapito a Milano il 17 febbraio 2003: vedi appresso); contiene anche una valutazione di una serie di problemi connessi all'abuso del segreto di Stato, quali quelli relativi all'efficacia del controllo parlamentare ed ai rapporti di collaborazione internazionale contro la criminalità. Il tutto nella prospettiva di un pubblico ministero, funzione rivestita da chi scrive da oltre 34 anni: un ruolo che in Italia – come è noto – è del tutto indipendente dal Governo e dal potere politico e che comporta l'obbligo di indagare per ogni reato di cui lo stesso p.m. abbia notizia, senza alcuna possibilità di scelte discrezionali. Dall'obbligo di indagare, deriva ovviamente quello di procedere nei confronti di chiunque sia raggiunto da prove sufficienti a dimostrare la sua responsabilità per i reati commessi. Un principio questo – la obbligatorietà dell'azione penale – che è anche, secondo la Costituzione italiana, garanzia del principio di eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge.

L'utilizzo del segreto di Stato negli ultimi decenni – in Italia ed in altre parti del mondo – ha suscitato numerose e motivate critiche perché ha spesso impedito o grandemente ritardato l'accertamento della verità in ordine alla ricostruzione storica e giudiziaria di gravi episodi che avevano turbato le coscienze di milioni di persone: stragi, attentati, golpe e progetti di golpe militari etc..

Ciò ha creato una generale avversione per l'uso del segreto di Stato ritenuto incompatibile con gli assetti delle democrazie avanzate. Si tratta di una opinione non condivisibile perché anche le democrazie hanno il dovere di tutelare la propria sicurezza e quella dei propri cittadini: **il problema, dunque, non è quello della esistenza e dell'uso del segreto di Stato, ma quello del suo eventuale abuso con modalità e per finalità non previste dalla legge.**

La disciplina del segreto di Stato si fonda, infatti, sulla – difficile ma necessaria – ricerca di un punto di equilibrio tra due interessi parimenti essenziali e insopprimibili della collettività: da un lato, **la sicurezza dello Stato** e, dall'altro, **la tutela giurisdizionale dei diritti e la perseguibilità dei reati.**

Proprio per questa ragione, in deroga al principio generale di conoscibilità dei fatti e degli atti da parte dell'autorità giudiziaria, l'apposizione del segreto di Stato – per le finalità e nelle forme previste dalla legge – costituisce un **rilevante limite alla “naturale” potestà del giudice di acquisire e utilizzare fonti di prova** su cui fondare il proprio libero convincimento.

E' quindi evidente che l'eccezione di segretezza su una notizia possa costituire occasione di **“fisiologica tensione”** tra i due Poteri dello Stato portatori di istanze che possono talvolta trovarsi in conflitto tra loro:

- da una parte, l'Esecutivo, chiamato ad assicurare la massima tutela dell'integrità e dell'indipendenza dello Stato, anche attraverso l'attuazione di doveri di segretezza;
- dall'altra, il Potere Giudiziario, nel suo ruolo di garante delle esigenze di giustizia.

Peraltro, tale “confronto” tra poteri è venuto concretamente in rilievo, in Italia e negli ultimi trent'anni, solo in poche occasioni : si ricordano non più di dieci casi di interventi della Corte Costituzionale per giudicare della conformità ai principi della Costituzione di alcune norme di legge coinvolgenti il tema del segreto di Stato o per risolvere conflitti di attribuzione sollevati dal

Governo italiano nei confronti della Magistratura, per presunte violazioni del segreto stesso o per contrastare la volontà della Magistratura di conoscere ed utilizzare notizie o documenti destinati a rimanere "coperti". Tutti questi conflitti, peraltro, si sono manifestati nel corso di procedimenti penali ed in almeno sette casi riguardavano il *modus operandi* dei Servizi di Intelligence che, in alcuni casi, aveva portato ad indagare su ipotesi di reato addebitabili proprio ad appartenenti a tali servizi. I più recenti conflitti hanno avuto ad oggetto la clamorosa violazione dei diritti umani già ricordata in premessa.

2. DISPOSIZIONI DI LEGGE CHE REGOLANO IL SEGRETO DI STATO IN ITALIA

La normativa riguardante il segreto di Stato è contenuta nella **Legge 3 agosto 2007, n.124 (Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto)**, che sostituisce la precedente normativa, risalente a trent'anni prima (l. n. 801/1977) e che ha modificato anche alcune norme del Codice di Procedura Penale.

2.a Definizione del Segreto di Stato

E' utile verificare subito la definizione ed i limiti che la predetta Legge prevede per il Segreto di Stato. L'art.39 della citata Legge n.124/2007 definisce l'oggetto del segreto di Stato, prescrivendo che *"Sono coperti dal segreto di Stato gli atti, i documenti, le notizie, le attività e ogni altra cosa la cui diffusione sia idonea a recare danno:*

- *all'integrità della Repubblica, anche in relazione ad accordi internazionali,*
- *alla difesa delle istituzioni poste dalla Costituzione a suo fondamento,*
- *all'indipendenza dello Stato rispetto agli altri Stati e alle relazioni con essi,*
- *alla preparazione e alla difesa militare dello Stato".*

A tal proposito, la Corte Costituzionale ha avuto modo di affermare che la disciplina sul segreto di Stato *involge «il supremo interesse della sicurezza dello Stato nella sua personalità internazionale, e cioè l'interesse dello Stato-comunità alla propria integrità territoriale, alla propria indipendenza e – al limite – alla stessa sua sopravvivenza» (sentenza n. 82 del 1976; nello stesso senso sentenze n. 86 del 1977 e n. 110 del 1998 ed altre successive).*

La riportata definizione dei limiti del segreto di Stato appare dunque accettabile ed anche in linea, visti i suoi contenuti, con i principi su cui si fonda ogni democrazia cui non è certo estranea la necessità di tutela della sicurezza dello Stato. E' anche compatibile con l'obbligo di tutela delle vittime dei reati, in particolare delle violazioni dei diritti umani.

La storia, però, insegna che molto spesso il segreto in questione è diventato più un segreto di natura politica in senso stretto piuttosto che un vero segreto coinvolgente l'intero apparato statale e la sicurezza della nazione.

Dunque, il problema non è quello della definizione legislativa del segreto di Stato, ma della sua applicazione .

2.b La dilatazione del Segreto di Stato attraverso atti amministrativi

Spesso, però, la nozione di segreto si è dilatata anche attraverso atti non aventi forza di legge e, dunque, provenienti dal potere Esecutivo senza essere passati attraverso l'approvazione parlamentare. Il che non pare certo fatto positivo.

Ad esempio, in sede di discussione del disegno di legge sul segreto di stato (poi diventato, con l'approvazione, la Legge n. 124/2007), -dopo molte polemiche, si era deciso di escludere che il segreto potesse ricomprendere l'area degli *interessi economici* del Paese (come originariamente previsto nel testo), a causa dell'eccessiva ampiezza del segreto che da tale previsione sarebbe

derivata. Nella specie, tale riferimento era stato soppresso a seguito del parere della commissione Giustizia della Camera dei Deputati del 1° febbraio 2007: per questo non figura nella legge poi approvata.

Senonchè, è avvenuto che il presidente del Consiglio *pro tempore* Romano Prodi ha emanato il **Decreto del Presidente del consiglio dei ministri 8 aprile 2008**, che – come la legge 124/2007 prevede - indica i criteri per l'individuazione delle notizie, delle informazioni, dei documenti, degli atti, delle attività, delle cose e dei luoghi suscettibili di essere oggetto di segreto di Stato. L'**art.5** di tale regolamento di attuazione rinvia però ad un allegato per l'elencazione delle materie in relazione alle quali può essere apposto il segreto di Stato. Orbene, proprio l'allegato in questione ha previsto la estensione del segreto di Stato anche alla "**tutela di interessi economici, finanziari, industriali, scientifici, tecnologici, sanitari ed ambientali**", così reintroducendo un'area di possibile segretezza che era stata espressamente esclusa dal testo di legge: questa parte del citato regolamento, quindi, appare in contrasto con le disposizioni della legge n. 124/2007, eludendo, in sede regolamentare, la specificità dei suoi scopi (indicati all'art.39). Come a dire che ciò che era stato espulso attraverso la porta è rientrato attraverso la finestra.

2.c La competenza del Presidente del Consiglio dei Ministri ad apporre il segreto di Stato

La legge n. 124/2007, all'**art.1**, attribuisce al Presidente del Consiglio il ruolo di assoluto protagonista della procedura inerente l'opposizione del segreto di Stato.

Infatti, al Presidente del Consiglio dei ministri sono attribuiti, in via esclusiva:

- **l'apposizione del segreto di Stato**, che:

- a) **deve riguardare atti e fatti specifici;**
- b) **deve essere necessariamente motivata** (lo ha ribadito anche la Corte Costituzionale fin dalla sentenza n. 86 del 1977: è necessario «*che l'Esecutivo indichi le ragioni essenziali che stanno a fondamento del segreto*»);
- c) potrà ovviamente provenire da una disposizione verbale, ma, per essere efficace, **dovrà essere poi documentata in un provvedimento amministrativo formale, cioè con atto recante la firma autografa di chi ha apposto il segreto e con data certa** (secondo la prevalente dottrina in materia¹);
- d) inoltre, è evidente che **l'atto amministrativo contenente l'apposizione del segreto di Stato**, essendo assoggettato – come si dirà – al controllo parlamentare ed al possibile sindacato della Corte Costituzionale, **non può a sua volta essere segreto**.

- **la conferma dell'opposizione del segreto di Stato**, a seguito di richiesta dell'Autorità Giudiziaria, alla quale il segreto stesso sia stato opposto da un pubblico ufficiale nell'ambito di un processo penale. Anche la conferma manifestata all'autorità giudiziaria deve essere **motivata** (art. 202, comma 5 codice di procedura penale così come modificato dall'art. 40 della legge n. 124 del 2007).

2.d Controllo politico

Da questa disciplina si deduce che in materia di segreto di Stato il Presidente del Consiglio dei ministri è investito di un **ampio potere**, pur se egli è politicamente responsabile del modo in cui lo esercita.

E' il Parlamento l'organo cui costituzionalmente compete l'ultima parola in tema di responsabilità sul segreto; **responsabilità – si ripete - strettamente politica**, giacché il giudizio parlamentare (espresso attraverso un voto negativo) non ha per effetto la cessazione del segreto ma l'eventuale

¹ Ciò è del resto chiaramente desumibile dall'art. 39, comma 4 della citata legge: «*Il vincolo derivante dal segreto di Stato è apposto e, ove possibile, annotato, su espressa disposizione del Presidente del Consiglio dei ministri, sugli atti, documenti o cose che ne sono oggetto, anche se acquisiti all'estero*».

attivazione dei meccanismi ulteriori di responsabilità, fino alla crisi di fiducia nei confronti del Presidente del Consiglio.

Pertanto, il potere del Premier è limitato solo dalla **necessità che siano esplicitate, al Parlamento, le ragioni essenziali poste a fondamento delle determinazioni assunte e dal divieto di opporre il segreto in relazione a fatti eversivi dell'ordine costituzionale e su altre materie** (come si vedrà appresso).

In particolare, il controllo parlamentare, ai sensi dell'**art. 31** della legge 124/2007, è effettuato dal **COPASIR**, il "Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica" organo politico, la cui presidenza è affidata per prassi ad un membro dell'opposizione politica.

E' infatti previsto che i provvedimenti di conferma della opposizione del segreto di Stato all'Autorità Giudiziaria siano trasmessi dal Presidente del Consiglio al Comitato parlamentare (art. 40, c. 5 L. 124/2007), il quale adotterà un provvedimento di valutazione delle ragioni dell'opposizione e investirà il Parlamento ove la ritenga infondata. Il Parlamento potrà a sua volta valutare la responsabilità politica del Presidente del Consiglio, ma in nessun caso, tuttavia, la decisione originaria del Presidente potrà essere revocata o modificata dal Comitato e neppure dallo stesso Parlamento.

La funzione ed il risultato del controllo parlamentare sono dunque esclusivamente di natura politica e toccherà semmai al Presidente del Consiglio di rivedere le proprie decisioni

2.e Durata del Segreto di Stato

Il **comma 7 dell'art. 39 della L. 124/2007** prevede che il segreto di Stato abbia durata massima di 15 anni, prorogabile con provvedimento motivato, fino ad un massimo di 30 anni, da parte del Presidente del Consiglio ove ritenga ancora sussistenti le ragioni del segreto.

Al contrario, la precedente normativa (in vigore dal 1977) non prevedeva alcun limite di durata per il segreto di Stato, che si protraeva pertanto finché l'autorità competente non avesse revocato il vincolo.

Quindi, con la legge di riforma del segreto di Stato del 2007, il legislatore italiano ha ritenuto di prevedere un limite, oltre il quale l'interesse alla segretezza si presume venuto meno e il diritto/interesse alla conoscenza dell'informazione prevale su quello alla segretezza.

Fanno eccezione i casi di segretezza derivanti da accordi internazionali (cd. "segreto sovranazionale") nei quali il provvedimento per la cessazione della segretezza è assunto "previa intesa con le autorità estere o internazionali competenti" (art. 39, c. 11 L. 124/2007).

Peraltro, il termine introdotto dal legislatore italiano è piuttosto stringente, se paragonato alla media di quelli previsti in altri Stati europei.

3. SEGRETO DI STATO E PROCEDURE PREVISTE PER LE INDAGINI GIUDIZIARIE. IN PARTICOLARE, DOPO L'APPOSIZIONE DEL SEGRETO, LA PROCEDURA DI "OPPOSIZIONE/INTERPELLO/CONFERMA"

Si devono ora esaminare le procedure previste dalla legge italiana per garantire la protezione delle notizie coperte da segreto di Stato nell'ambito di attività d'indagine giudiziaria. Come si vedrà, sono norme più che sufficienti a garantire la dichiarata segretezza di certe notizie, così come – reciprocamente – a garantire la possibilità che l'Autorità Giudiziaria si rivolga sia al Presidente del Consiglio che alla Corte Costituzionale per l'accertamento della effettiva esistenza del segreto di Stato e della sua legittimità.

I problemi, come sempre, nascono dalla applicazione in concreto delle leggi.

3.a Segreto di Stato e dichiarazioni di testimoni e persone informate sui fatti. Segreto di Stato ed esercizio del diritto di difesa degli imputati

La procedura di opposizione del segreto di Stato è disciplinata dall'**art. 202 codice di procedura penale** (d'ora in avanti indicato come "cpp"). Il testo originario di questo articolo è stato modificato dall'art. 40 L. 3 agosto 2007, n.124.

Il **I comma** configura un obbligo di astensione dal deporre su fatti coperti da segreto di Stato in capo ai pubblici ufficiali, ai pubblici impiegati e agli incaricati di un pubblico servizio.

La circostanza che la norma parli di "deporre" implica che essa sia univocamente diretta ai testimoni o persone informate sui fatti, non invece agli imputati (del resto, l'originario testo di quest'articolo conteneva espressa menzione del suo riferimento anche agli imputati, riferimento che è stato invece cancellato in sede di approvazione del testo finale).

I **commi successivi (II al VI)** descrivono la procedura che si instaura dal momento in cui il testimone **oppone** un segreto di Stato.

Quando ciò accade, il giudice deve informarne il Presidente del Consiglio, al fine di chiedere la **conferma** della sussistenza di quel segreto.

Detto ciò, bisogna analizzare le **conseguenze processuali, a seconda delle possibili risposte fornite dal Presidente del Consiglio**:

- 1) se egli **CONFERMA** – entro il termine di 30 giorni (tale termine è stato ridotto, prima era di 60 gg.) con atto necessariamente motivato – l'esistenza del segreto su quella specifica notizia, all'autorità giudiziaria sarà vietata l'acquisizione e l'utilizzazione anche indiretta delle notizie coperte da segreto. Con la conseguenza che:
 - il processo si blocca e il giudice dichiara "*non doversi procedere per l'esistenza del segreto di Stato*", **qualora il giudice reputi essenziale, ai fini della definizione del processo, la conoscenza delle notizie così inibite alla sua sfera cognitiva**;
 - il processo prosegue in tutti gli altri casi, **non essendo precluso all'autorità giudiziaria di procedere in base a elementi autonomi e indipendenti dagli atti, dai documenti e dalle cose coperte da segreto**;
 - **vi è, poi, naturalmente, una terza alternativa, cioè che il giudice ricorra alla Corte Costituzionale, sollevando conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato** (ai sensi del comma 7), qualora ritenga che il segreto di Stato sia stato apposto fuori dai casi previsti dalla legge, o al di fuori delle procedure previste o che non sussista sulle notizie e sugli atti che si intendono utilizzare
- 2) se il Presidente del Consiglio **NEGA** la sussistenza del segreto (o non si pronunci entro il relativo termine di 30 giorni), l'autorità giudiziaria potrà acquisire la notizia e il processo proseguirà senza ulteriori problemi.

E' importante ricordare che la Corte costituzionale ha avuto modo di affermare più volte che *«l'opposizione del segreto di Stato da parte del Presidente del Consiglio dei ministri» non può avere «l'effetto di impedire che il pubblico ministero indagli sui fatti di reato cui si riferisce la notizia criminis in suo possesso, ed eserciti se del caso l'azione penale», ma solo quello «di inibire all'Autorità giudiziaria di acquisire e conseguentemente di utilizzare gli elementi di conoscenza e di prova coperti dal segreto»* (sentenza n. 110 del 1998 ed altre conformi).

Dunque il segreto di Stato non costituisce – o non dovrebbe costituire -una ragione di impunità per alcuno, neppure per gli appartenenti ai Servizi di Informazione.

Il **comma VII dell'art. 202 del Codice di procedura penale** si preoccupa di descrivere, a grandi linee, quali siano le possibili alternative nell'ipotesi in cui, a seguito della conferma della sussistenza del segreto di Stato da parte del presidente del Consiglio, venga sollevato ad opera

dell'autorità giudiziaria **conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato**, di fronte alla Corte Costituzionale. Al riguardo, va precisato:

- qualora il conflitto venga risolto nel senso dell'insussistenza del segreto, si stabilisce che il presidente del Consiglio non possa più opporlo con riferimento al medesimo oggetto, sicché il procedimento potrà proseguire senza ulteriori ostacoli sotto questo profilo;
- qualora, invece, il conflitto venga risolto nel senso della sussistenza del segreto, si stabilisce che l'autorità giudiziaria non possa nè acquisire, nè utilizzare (direttamente o indirettamente) gli atti o i documenti rispetto ai quali il medesimo segreto sia stato opposto.

Infine il **comma VIII dello stesso art. 202 del Cpp** prescrive che il segreto di Stato non può mai essere opposto alla Corte Costituzionale, onde consentire a questa di assumere decisioni pienamente consapevoli.

La conseguenza è che nessun documento potrebbe essere sottratto alla conoscenza della Corte costituzionale, per il conseguente giudizio di legittimità dell'opposizione (e dell'apposizione) del segreto.

L'inopponibilità del segreto implica, inoltre, che la valutazione della Corte non potrà esser limitata al controllo tecnico sulla sussistenza dei presupposti del segreto e della sua opposizione, ma dovrà estendersi a valutare le ragioni dell'opposizione e l'effettiva sussistenza dei presupposti sostanziali del segreto, cioè la sua indispensabilità per la tutela delle finalità di cui all'art. 39 della legge in esame.

In complesso, il conflitto di attribuzioni dinanzi alla Corte Costituzionale si configura come lo strumento più incisivo di controllo istituzionale sul segreto di Stato. Mentre infatti il potere di controllo attribuito al Parlamento ha come effetto esclusivamente la messa in moto del meccanismo della responsabilità politica, restando impregiudicato il segreto, quello operato dalla Corte incide molto più in profondità, potendo giungere fino alla soppressione del segreto.

Il problema dell'obbligo dei testimoni di opporre il segreto di Stato si è però arricchito di un altro capitolo. Infatti, in sede di approvazione della L.124/07 il Parlamento ha introdotto nella legge stessa una norma che non era contemplata nel testo originario del Disegno di Legge, cioè l'**art.41**, che così recita al I comma:

1. Ai pubblici ufficiali, ai pubblici impiegati e agli incaricati di pubblico servizio è fatto divieto di riferire riguardo a fatti coperti dal segreto di Stato...

(poi segue la previsione di una procedura sostanzialmente simile a quella già descritta a proposito dell'art.202, che riguarda i testimoni).

Si è discusso se questo divieto riguardasse anche gli imputati e la Corte Costituzionale, con la sentenza che ha risolto nell'aprile del 2009 i conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato a proposito del caso Abu Omar (se ne parlerà appresso), **ha dato al quesito una risposta affermativa.**

Tuttavia la legge italiana prevede (art. 51 del Codice Penale) che "l'esercizio di un diritto..esclude la punibilità" e poiché il diritto di difesa è riconosciuto dall'art. 24 della Costituzione, ne deriva che **l'imputato che decide di difendersi in un processo penale violando per questo il segreto di Stato – come affermato in passato dalla Corte Suprema di Cassazione – non sarà per questo punibile.**

3.b Segreto di stato e documenti o atti

L'art 16 l. n. 124/2007 ha introdotto nel cpp l'art.256 ter del Codice di Procedura Penale che prevede, per il caso di opposizione del segreto di Stato su documenti, atti o altre cose che l'Autorità Giudiziaria intende acquisire, una disciplina sostanzialmente analoga a quella prima descritta a proposito dell'art.202 cpp.

Questo è il testo della norma:

«Art. 256-ter. - (*Acquisizione di atti, documenti o altre cose per i quali viene eccepito il segreto di Stato*). – 1. Quando devono essere acquisiti, in originale o in copia, documenti, atti o altre cose per i quali il responsabile dell'ufficio detentore eccepisce il segreto di Stato, l'esame e la consegna sono sospesi; il documento, l'atto o la cosa è sigillato in appositi contenitori e trasMESSO prontamente al Presidente del Consiglio dei ministri.

2. Nell'ipotesi prevista al comma 1, il Presidente del Consiglio dei ministri autorizza l'acquisizione del documento, dell'atto o della cosa oppure conferma il segreto di Stato entro trenta giorni dalla trasmissione.

3. Se il Presidente del Consiglio dei ministri non si pronuncia nel termine di cui al comma 2, l'autorità giudiziaria acquisisce il documento, l'atto o la cosa».

3.c Segreto di Stato e Intercettazioni telefoniche

L'art 28 l. n. 124/2007 ha introdotto anche l'art.270-bis del Codice di Procedura Penale per disciplinare il caso in cui, attraverso intercettazioni telefoniche, siano state acquisite *comunicazioni di servizio di appartenenti al Dipartimento delle informazioni per la sicurezza o ai servizi di sicurezza*.

In proposito, la legge non prevede alcun divieto di intercettare le conversazioni di appartenenti ai Servizi, ma stabilisce che, in tal caso, l'Autorità Giudiziaria:

- dispone l'immediata segretezza e la custodia in luogo protetto dei documenti, dei supporti e degli atti concernenti tali comunicazioni;
- terminate le intercettazioni, trasmette al Presidente del Consiglio dei ministri copia della documentazione contenente le informazioni di cui intende avvalersi nel processo, per accertare se taluna di queste informazioni sia coperta da segreto di Stato.

Segue una procedura analoga a quella descritta dall'art. 202 cpp.

Nessuna disciplina è, naturalmente, prevista per l'intercettazione di conversazioni private (non attinenti all'ambito lavorativo) degli appartenenti ai Servizi Segreti, che seguono le normali regole in materia di intercettazioni.

4. LIMITI ALL'APPOSIZIONE DEL SEGRETO DI STATO

Il potere di segretezza, come si può ben vedere alla luce della disciplina di legge sin qui illustrata, è suscettibile d'incidere, in via eccezionale, sul pieno esplicarsi di una funzione essenziale dello Stato di diritto quale è la funzione giurisdizionale, con conseguenze anche clamorose in tema di accertamento delle responsabilità per molti reati e rispetto alla tutela dei diritti delle vittime.

L'esercizio del potere attribuito dalla legge al Presidente del Consiglio, per questa ragione, non è affatto "*sciolto da qualsiasi vincolo*", ma deve correlarsi alla tutela di un bene costituzionalmente protetto ed essere in qualche modo "*controllabile*" (come si è visto) e rispettare alcuni divieti e fondamentali principi

4 a. Divieti

L'art. 39 co.11, della legge n.124/2007 (come già l'art. 12 della Legge n. 801/1977 precedentemente in vigore), afferma che in nessun caso possono essere oggetto di segreto di Stato notizie, documenti o cose relativi a fatti di terrorismo o eversivi dell'ordine costituzionale o a fatti costituenti i delitti di devastazione e saccheggio (art. 285 codice penale), di associazione di stampo mafioso (art 416 bis c.p.), di scambio elettorale politico-mafioso (art.416 ter) e di strage (art. 422 c.p.).

Ai fini che qui interessano – e con particolare riferimento a ciò che si dirà appresso in ordine al caso Abu Omar – è opportuno soffermarsi sulla locuzione “fatti di terrorismo o eversivi dell'ordine costituzionale”: se è chiaro il significato del riferimento al “terrorismo”, è bene ricordare che l’“ordine costituzionale” è concetto che va ben oltre quella di ordinamento democratico - con cui si individua il mero assetto democratico-parlamentare dell'ordinamento italiano (cioè la forma repubblicana, l'assetto parlamentare etc.).

Come ripetutamente sottolineato dalla Corte Costituzionale, il segreto di Stato mira per vero a tutelare lo Stato comunità e non il Governo e i partiti che lo sorreggono (Corte cost., sentt. nn. 82 del 1976, 86 del 1977 e 110 del 1998), e quindi le strutture istituzionali. Pertanto esso non può essere opposto contro la comunità stessa e in pregiudizio dei «principi supremi» del nostro ordinamento, tra i quali le norme costituzionali che garantiscono i diritti inviolabili dell'uomo (v. la sent. n. 1146 del 1988, ma già prima anche le sentenze nn. 183 del 1973 e 180 del 1974).

In altre parole l'art. 39, comma 11, della legge n. 124 del 2007 mira ad evitare che il segreto di Stato sia apposto in spregio di quell'insieme di principi e di regole che identificano lo Stato costituzionale, i quali così come rifiutano, senza eccezioni, «ogni violenza fisica o morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà»², così altrettanto non possono tollerare che siano effettuati sequestri di persone da tradurre *manu militari* in altri Paesi, per essere ivi interrogate con l'uso, appunto, di violenza fisica o morale.

4 b. Altri principi da osservare nell'apposizione del segreto di Stato : la proporzionalità; la correttezza e lealtà; l'anteriorità dell'atto di apposizione del segreto di Stato (o la irretroattività del medesimo)

Secondo la dottrina, il rispetto del principio di proporzionalità impone una distinzione tra:

- informazioni inerenti modalità organizzative ed operative dei Servizi, ovvero rapporti di carattere generale e istituzionale con i Servizi stranieri, comprese ovviamente eventuali intese che definiscano linee di condotta condivise, da un lato,
- e condotte concretamente poste in essere dai singoli agenti/imputati e che abbiano avuto incidenza causale sui fatti criminosi, oggetto della pretesa conoscitiva dell'Autorità Giudiziaria, dall'altro.

Le prime devono rimanere riservate. **Le seconde**, invece, devono essere conoscibili dall'autorità giudiziaria, non essendovi alcuna incompatibilità tra garanzia della riservatezza delle istituzioni e conoscibilità delle condotte delittuose poste in essere da singoli soggetti che ad esse appartengono: tali condotte, infatti, proprio per il loro carattere eventualmente illegale, si pongono al di fuori di quella cornice istituzionale che può essere – e deve essere – destinataria di tutela.

Il potere di segretezza, inoltre, importando, nell'interesse alla sicurezza dello Stato una preclusione al pieno esercizio della funzione giurisdizionale – e, quindi, una limitazione all'altrettanto fondamentale interesse alla giustizia – deve essere esercitato in modo **chiaro, esplicito ed univoco**, nell'ottica di una **leale collaborazione tra poteri dello Stato**

Non pare accettabile, dunque, che nell'ambito del provvedimento motivato di apposizione o di conferma dell'opposizione del segreto di Stato, non sia possibile per l'Autorità Giudiziaria distinguere il discrimine tra fatti conoscibili e fatti secretati. In nome di quel dialogo leale e corretto che dovrebbe improntare i rapporti tra poteri dello Stato, ciò deve essere evitato quale imprescindibile garanzia per ciascuno di essi.

² L'ordinamento costituzionale italiano non solo vieta tali violenze, ma impone anche la punizione di chi si sia macchiato di siffatti reati (art. 13, comma 4, Costituzione)

Corollario di tale affermazione, ma egualmente importante è il principio dell'anteriorità della segretazione (o dell'irretroattività dell'atto di apposizione del segreto di Stato) rispetto al momento in cui si manifesti l'esigenza conoscitiva dell'Autorità Giudiziaria

In sostanza il segreto di Stato deve **necessariamente essere opposto prima** dell'acquisizione della notizia/cosa/fonte di prova da parte dell'Autorità giudiziaria e non ex post, con efficacia retroattiva, determinando in tal modo l'inutilizzabilità del materiale probatorio correttamente raccolto.

Unica eccezione a questo criterio, che è anche di ragionevolezza, può essere quella della dimostrata impossibilità per l'Autorità competente di apporre il segreto di Stato in momento anteriore alla esigenza conoscitiva dell'Autorità Giudiziaria

4 c. Ancora sui principi da osservare nell'apposizione del segreto di Stato : il rispetto delle Convenzioni e principi internazionali, primo tra tutti il rispetto dei diritti umani

Ove già non lo si ritenesse implicitamente compreso tra i divieti sin qui sommariamente elencati, appare del tutto evidente che mai il segreto di Stato potrebbe essere apposto – ed opposto – su fatti, documenti e notizie in violazione dei doveri derivanti da convenzioni internazionali, primo tra tutti il rispetto dei diritti umani, peraltro imposto all'Italia dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) e da altre note convenzioni e dichiarazioni.

Su quest'argomento, vedasi più avanti quanto precisato nel commento relativo alla vicenda Abu Omar, sin d'ora dovendosi comunque precisare che il divieto di sottoporre una persona a tortura fa parte della **jus cogens a livello internazionale**, costituendo l'oggetto della *Convenzione internazionale contro la tortura e le altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti* (New York, 10 dicembre 1984), il cui art. 3 dispone che “Nessuno Stato espellerà, respingerà o estraderà una persona verso un altro Stato nel quale vi siano seri motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta alla tortura”. A maggior ragione nessuno Stato può rapire – o agevolare il rapimento da altri consumato – di una persona allo specifico scopo di trasferirla in un altro Stato per farla torturare.

4. IL CASO ABU OMAR E IL SEGRETO DI STATO

E' opportuno far riferimento, a questo punto, alla nota vicenda giudiziaria relativa al sequestro dell'ex imam della moschea di V.le Jenner, Abu Omar: rappresenta il caso più noto a livello internazionale, almeno negli ultimi anni, in cui l'apposizione del segreto di Stato ad opera di un Governo ha impedito il pieno dispiegarsi della giurisdizione pur di fronte ad una palese violazione dei diritti umani.

Nel caso-Abu Omar, la Procura di Milano ha indagato sul sequestro (avvenuto a Milano il 17 febbraio 2003) dell'ex imam di una moschea di Milano, l'egiziano Hassan Mustafa Osama Nasr, detto appunto “Abu Omar”, pervenendo - attraverso intercettazioni telefoniche, analisi dei tabulati di telefoni mobili, perquisizioni ed altre attività – all'individuazione dei presunti autori materiali ed organizzatori del grave delitto, cioè 26 cittadini statunitensi, nella gran parte agenti della CIA e un maresciallo italiano dei carabinieri (reo confesso).

Ma, nel corso delle indagini emergevano ad un certo punto elementi di responsabilità anche a carico di alcuni alti funzionari del SISMI (Servizio per le Informazioni e la Sicurezza Militare), tra cui il suo direttore, per avere cooperato con gli americani – secondo il Pubblico Ministero ed i Giudici che hanno emesso provvedimenti restrittivi e disposto il loro rinvio a giudizio - nell'organizzazione del sequestro.

Il 16 febbraio del 2007, il Giudice per le Indagini Preliminari di Milano, ritenendo sufficienti gli elementi di prova raccolti a loro carico, disponeva il rinvio a giudizio di tutti gli imputati (compresi

gli italiani) fissando per l'8 giugno 2007 l'inizio del pubblico dibattimento dinanzi al Tribunale di Milano.

I gravissimi reati oggetto dell'accusa principale consistono nella privazione della libertà personale di un cittadino egiziano, presunto terrorista, mediante il suo sequestro e il suo trasferimento illegale in Egitto. Il sequestro avvenne a Milano, il 17.2.2003, nei pressi di una moschea dove l'egiziano – **che godeva in Italia dello status di rifugiato politico** - si recava tutti i giorni. Questi fatti, già di per sé gravissimi e contrari all'ordine costituzionale, vanno però ulteriormente valutati alla luce delle successive vicende concernenti il sequestrato, il quale, ristretto senza accusa alcuna in un carcere egiziano, vi fu "interrogato" per oltre un anno, subendo tortura e violenze fisiche, venendo definitivamente liberato solo quattro anni dopo il sequestro..

Sono fatti che si iscrivono nel più ampio contesto delle c.d. *extraordinary renditions* («consegne speciali»), stigmatizzate a livello ufficiale **sia dal Parlamento Europeo** (risoluzione 2006/2200 del 14 febbraio 2007 «*sul presunto uso dei paesi europei da parte della CIA per il trasporto e la detenzione illegali di prigionieri*»), **sia dal Consiglio d'Europa** (Rapporti, Risoluzioni e Raccomandazioni approvati nel giugno 2006 e nel giugno del 2007).

Le c.d. «*consegne speciali*» identificano infatti uno dei più discutibili strumenti escogitati dalla Amministrazione statunitense ed attuati dalla CIA, dopo l'11 settembre 2001, per combattere il cosiddetto terrorismo di radice islamica: uno strumento che consiste nella privazione della libertà personale di individui sospettati di terrorismo (non di rado, erroneamente), senza alcuna garanzia giurisdizionale, al fine di trasportarle in paesi terzi - poco sensibili per le garanzie delle persona – e per ivi farli interrogare sotto tortura.

Uno strumento che ha prodotto danni incalcolabili alla lotta al terrorismo, ha favorito il proselitismo di terroristi e che, fortunatamente, è stato ripudiato dall'Amministrazione Obama.

Si deve ritenere, comunque, che rapimenti e torture, in quanto contrari ai principi fondanti di ogni democrazia, configurano sempre, come anche il mondo accademico sostiene, «fatti eversivi» dell' «ordine costituzionale» italiano (anche se finalizzati al contrasto del terrorismo) per impedire il cui accertamento non sarebbe «in nessun caso» opponibile il segreto di Stato (così può dedursi dalla sentenza della Corte Cost., n. 86 del 1977, oltre che dai già ricordati art. 12, comma 2 legge 24 ottobre 1977, n. 801 - ora abrogata - e c. 11 dell'art. 39 della legge n. 124/2007 ora vigente).

All'indomani del rinvio a giudizio degli imputati disposto dal Giudice per le Indagini Preliminari di Milano, però, il Presidente del Consiglio dei ministri, on.le Romano Prodi, sollevava nel febbraio del 2007 conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato rispetto sia alla Procura della Repubblica di Milano (il 14 febbraio del 2007) che al Giudice per le Indagini Preliminari (il 14 marzo del 2007), lamentando le seguenti menomazioni delle sue attribuzioni costituzionali :

a) la Procura di Milano avrebbe utilizzato a fini di indagine documenti sui quali sarebbe stato opposto il segreto di Stato ai sensi dell'art. 256 c.p.p. o che, comunque, la Procura avrebbe dovuto ritenere coperti da segreto di Stato a prescindere da ogni formale opposizione del medesimo;

b) i pubblici ministeri titolari del procedimento avrebbero esercitato indebite pressioni morali su persone sottoposte ad indagini - così prevaricandole - al fine di ricevere le loro dichiarazioni, affermando, contrariamente al vero, che sui fatti non era stato opposto alcun segreto di Stato o invitandole a violarlo;

c) l'attività di indagine esperita dalla Procura della Repubblica tramite intercettazioni telefoniche di numerose utenze in uso a funzionari ed agenti del SISMi, avrebbe comportato il "disvelamento" dei nominativi di 85 di loro, nonché delle strutture organizzative del servizio. Tali intercettazioni **sarebbero state illegali perché autorizzate in violazione della normativa sul segreto di Stato.**

Va ricordato che, durante la fase delle indagini, il Presidente Prodi aveva comunicato alla Procura che *«sul fatto del sequestro di Abu Omar non esisteva alcun segreto di Stato»*, presente invece su *«qualsiasi rapporto tra servizi italiani e servizi stranieri nel quadro della tutela delle relazioni internazionali»* in tema di lotta al terrorismo. Una frase che la Procura non aveva ritenuto di ostacolo all'acquisizione di tutte le prove contro i responsabili del sequestro di Abu Omar. La Procura, infatti, non era interessata alla conoscenza di accordi politici tra Stati o rispettivi Servizi di informazione nella lotta al terrorismo, ma ad un grave reato su cui il Governo aveva negato l'esistenza di segreti di Stato.

Successivamente, anche un altro Presidente del Consiglio, l'on.le Silvio Berlusconi, mentre il dibattimento era in corso, **sollevava il 30 maggio del 2008 conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato nei confronti del Tribunale di Milano** (dinanzi al quale il dibattimento si stava svolgendo), lamentando – quali lesioni delle sue prerogative - sia **la revoca della sospensione del procedimento prima disposta** (in attesa delle decisioni della Corte Costituzionale sui conflitti sollevati dal Governo Prodi), sia **l'ammissione di prove raccolte e richieste dal PM in violazione del segreto di Stato**. In attesa delle decisione della Corte Costituzionale, il Presidente Berlusconi, in data 6 ottobre 2008, alla vigilia delle testimonianze in Tribunale di importanti appartenenti o ex appartenenti al Sismi, faceva notificare loro, nonché a tutti gli imputati facenti parte del SISMi, una nota a sua firma in cui estendeva ulteriormente i confini del segreto di Stato fino a quel momento segnati dalle parole di Prodi: infatti, nel confermare la precedente posizione del governo Prodi (*«sul fatto del sequestro di Abu Omar non esiste alcun segreto di Stato»*), presente invece su *«qualsiasi rapporto tra servizi italiani e servizi stranieri nel quadro della tutela delle relazioni internazionali»*) Berlusconi aggiungeva che *«tale ultima precisazione va confermata e ribadita con conseguente dovere per i pubblici dipendenti in oggetto di opporre il segreto di Stato in relazione a qualsiasi rapporto tra i servizi italiani e stranieri ancorché in qualche modo collegato o collegabile con il fatto storico meglio noto come 'sequestro Abu Omar'»*. Un lessico non facilmente comprensibile poiché relativo ad affermazioni che apparivano logicamente contraddittorie: da un lato, *«non esiste segreto di Stato sul sequestro di Abu Omar»* e, dall'altro, *«il segreto di Stato esiste sui rapporti tra servizi italiani e stranieri nella lotta al terrorismo anche se riguardanti il sequestro Abu Omar»*.

Tale apparente contraddittorietà induceva il Tribunale di Milano ad interpellare il Presidente del Consiglio, invitandolo a chiarire i dubbi derivanti dalla sua missiva del 6 ottobre 2008: *«perché non può dirsi che su un fatto/reato non esiste segreto e poi non consentire l'accertamento del fatto medesimo in tutte le sue componenti, oggettive e soggettive»*. Il Presidente del Consiglio confermava la sua precedente posizione ed il Tribunale di Milano, allora, in data 3 dicembre 2008, sollevava a sua volta conflitto di attribuzione nei suoi confronti poiché, pur essendosi sforzato di rispettare i limiti derivanti dal segreto di Stato così come apposto dal precedente premier Prodi:

«...è di palmare evidenza che tali limiti, in concreto, appaiono ulteriormente ristretti dalla ultima interpretazione che la presidenza del Consiglio ha inteso dare della formula «rapporti tra servizi segreti italiani e servizi segreti stranieri a fini di contrasto del terrorismo internazionale»...

In particolare, deve ritenersi che vi sia stata, da parte della PdC [presidenza del Consiglio], sicuramente una dilatazione della sfera di non conoscibilità dei fatti relativi al reato per cui si

procede [...]. L'evidente illogicità di tale dilatazione comporta di conseguenza una estrema difficoltà, sia per il giudice procedente che per le altre parti processuali, di tracciare un limite certo nella ammissibilità delle domande e nella possibilità ».

Il 10 marzo del 2009 la Corte Costituzionale emetteva la sentenza n. 106/2009 con la quale risolveva i cinque conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato connessi alla vicenda Abu Omar: i due sollevati dal Presidente Prodi contro Procuratore e Giudice delle indagini preliminari; quello del Procuratore contro il Presidente Prodi; quello del Presidente Berlusconi contro il Tribunale di Milano e quello del Tribunale contro il Presidente Berlusconi.

La Corte, con una sentenza che sarebbe stata successivamente criticata nella comunità accademica, riconosceva sia la correttezza dell'operato della Procura che la sussistenza del segreto di Stato nella forma dilataata adottata da Silvio Berlusconi: veniva ribadito, cioè, che la Procura della Repubblica di Milano aveva disposto correttamente intercettazioni telefoniche su utenze di appartenenti ai servizi e altrettanto correttamente aveva esaminato testimoni, interrogato indagati³ ed eseguito perquisizione e sequestro di documenti in una sede del Sismi di via Nazionale a Roma. Ma veniva riconosciuta corretta anche la successiva apposizione ed estensione del segreto di Stato da parte dei Presidenti del Consiglio Prodi e Berlusconi con la conseguente inibizione a usare determinate prove o parte di esse, pur se regolarmente acquisite dal PM ed in buona parte circolanti nel web da molto tempo⁴. L'individuazione delle prove inutilizzabili era però rimessa al Tribunale sulla base dei principi affermati dalla Corte stessa, che peraltro ribadiva **gli orientamenti giurisprudenziali in tema di segreto di Stato, già espressi in precedenti sentenze** tra i quali il seguente:

«l'opposizione del segreto di Stato da parte del Presidente del Consiglio dei ministri» non può avere «l'effetto di impedire che il pubblico ministero indaghi sui fatti di reato cui si riferisce la notizia criminis in suo possesso, ed eserciti se del caso l'azione penale», ma solo quello «di inibire all'Autorità giudiziaria di acquisire e conseguentemente di utilizzare gli elementi di conoscenza e di prova coperti dal segreto» (sentenza n. 110 del 1998).

Ciononostante, ad avviso del Pubblico Ministero, mancava nella sentenza della Corte, la necessaria ed attesa chiarezza su un punto centrale della controversia, quello relativo all'identificazione di quali rapporti tra Cia e parallelo servizio italiano (il Sismi) fossero coperti da segreto, così che tali rapporti sembravano tutti esserlo. Persino quelli consistenti nel preparare e studiare le modalità di possibile esecuzione del sequestro, che non possono in alcun modo considerarsi scambio di informazioni tra Servizi di paesi alleati.

³ la Corte Costituzionale ha peraltro affermato che era da considerarsi parzialmente inutilizzabile il solo verbale di incidente probatorio del 30 settembre 2006 (dichiarazioni PIRONI), nonché la relativa richiesta del PM e la relativa ordinanza di ammissione, ma solo nella parte in cui l'incidente "era diretto ad accertare anche circostanze attinenti alle relazioni intercorse tra il Servizio di intelligence italiano e quelli di Stati stranieri", pur se il PM si era riferito alle sole relazioni concernenti il sequestro di persona.

⁴ Dalla sentenza della Corte Costituzionale: "Il segreto di Stato, dunque, non ha mai avuto ad oggetto il reato di sequestro in sé, accertabile dall'Autorità giudiziaria competente nei modi ordinari, bensì, da un lato, i rapporti tra i Servizi segreti italiani e quelli stranieri e, dall'altro, gli assetti organizzativi ed operativi del Sismi, con particolare riferimento alle direttive e agli ordini che sarebbero stati impartiti dal suo Direttore agli appartenenti al medesimo organismo, pur se tali rapporti, direttive ed ordini fossero in qualche modo collegati al fatto di reato stesso; con la conseguenza, quanto alla fonte di prova in questione, dello "sbarramento" al potere giurisdizionale derivante dalla opposizione e dalla conferma, ritualmente intervenuti, del segreto di Stato."

La Corte trascurava poi che la volontà del presidente del Consiglio Berlusconi, espressa nel novembre del 2005, cui attribuiva valore di prima e originaria apposizione del segreto di Stato, non si era affatto tradotta in atti emessi nei modi e nelle forme normativamente previsti, ma in un documento anch'esso non di facile interpretazione.

Sul piano costituzionale, inoltre, la Corte escludeva il proprio sindacato di costituzionalità sulla motivazione dell'atto di segretazione, confinandola nel terreno dei rapporti politici e rimettendo al Comitato di controllo parlamentare (COPASIR) ogni valutazione in merito.

Ma, al di là del fatto che la motivazione appare una condizione di legittimità della segretazione e un'indispensabile garanzia del principio di legalità, il **COPASIR** (e prima il COPACO, come era chiamato lo stesso organismo di controllo parlamentare fino all'approvazione della Legge n. 124/2007), **ad oltre quattro anni di distanza dall'opposizione del segreto di Stato da parte del Presidente Prodi, non ha ancora espresso le sue valutazioni.**

Veniva anche rigettata la tesi della Procura della Repubblica di considerare il sequestro di Abu Omar come rientrante tra i fatti-reato «eversivi dell'ordine costituzionale», con la conseguenza della inopponibilità del segreto di Stato⁵: non venivano valorizzati, ad avviso del Pubblico Ministero, gli elementi pure noti alla Corte – e, comunque, presenti anche nelle Risoluzioni del Parlamento europeo che la Corte aveva citato e dichiarato di condividere – secondo cui il sequestro di Abu Omar non era certo un fatto isolato, ma un episodio inserito in una precisa e dimostrata strategia generale di contrasto del terrorismo, incompatibile con i principi fondamentali di uno Stato democratico e costituzionale oltre che con il diritto internazionale.

Infine, riconoscendosi la **legittimità di un'apposizione tardiva del segreto di Stato su notizie e prove correttamente acquisite**, già utilizzate nelle fasi precedenti del processo e per questo note formalmente alle parti, si determinava il paradosso logico – effettivamente realizzatosi nel caso Abu Omar come lo stesso Tribunale di Milano ha sottolineato nella motivazione della sentenza - di impedire l'utilizzazione processuale di atti ed elementi di prova ampiamente noti perché già depositati e regolarmente acquisiti dalle parti private, posti a fondamento di provvedimenti cautelari, trasmessi alle più diverse autorità ed istituzioni nazionali ed internazionali, resi pubblici dalla stampa nazionale ed internazionale e da molto tempo circolanti nel web.

Notizie e documenti, tra l'altro, che erano state fornite dal SISMI o da testimoni e indagati appartenenti al SISMI, senza che alcuno avesse mai opposto il segreto di Stato

Alla luce della sentenza della Corte Costituzionale, dunque, il Tribunale Monocratico di Milano, ha dovuto di conseguenza decidere, per ogni atto del procedimento, se esso fosse in tutto o in parte travolto dal segreto e dalla inutilizzabilità secondo i generici parametri della Corte Costituzionale. E' così pervenuto a conclusioni sul punto non condivise dal PM: ha ritenuto inutilizzabili alcune delle prove acquisite al dibattimento, dichiarando in sentenza di essere stato *"costretto"* ad osservare *"i dettami della Corte"*, anche se *"ne avrebbe fatto volentieri a meno se solo avesse potuto seguire i dettami della propria coscienza professionale e della propria volontà conoscitiva"*. Per questa ragione, a causa di quest'anomala estensione del segreto di Stato, il 4 novembre del 2009, il Tribunale di Milano ha, da un lato, condannato a pene tra i cinque e gli 8 anni ventritre imputati americani e, dall'altro, ha dichiarato *"non doversi procedere"* nei confronti di cinque funzionari del SISMI, imputati di concorso nel sequestro di persona di Abu Omar perché *"l'azione*

⁵ Nonostante la condivisione delle affermazioni del Parlamento Europeo, la Corte ha infatti osservato – ai fini che qui interessano e tralasciando altri argomenti attinenti la specifica vicenda - che un singolo atto, per quanto grave, non può essere ritenuto eversivo dell'ordine costituzionale se non è idoneo a disarticolare le Istituzioni democratiche (non ha pertanto rilevato la esistenza di una violazione dei "principi supremi" - tra cui i diritti inviolabili dell'uomo - ai fini dell'integrazione di un fatto eversivo dell'ordine costituzionale in quanto il sequestro Abu Omar è stato giudicato un episodio isolato)

penale, per quanto legittimamente iniziata, non può essere proseguita per l'esistenza del segreto di Stato apposto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri e confermato con la sentenza della Corte Costituzionale n. 106/2009". Un inciso – quello dell' "azione penale legittimamente iniziata" – che significa logicamente e giuridicamente che vi erano prove sufficienti per chiedere il rinvio a giudizio di quegli imputati. Altri due appartenenti al SISMi venivano condannati a tre anni di reclusione per favoreggiamento, mentre il maresciallo dei carabinieri reo confesso della partecipazione materiale al sequestro aveva già chiesto ed ottenuto, in base ad una procedura speciale, l'applicazione di una pena concordata con l'Accusa di poco inferiore ai due anni di reclusione.

Il Pubblico Ministero non ha condiviso le conclusioni del Tribunale a proposito degli imputati italiani del SISMi, ritenendo che alcune prove a loro carico fossero comunque utilizzabili (tanto che ne aveva chiesto la condanna) : ha conseguentemente proposto appello avverso la sentenza del Tribunale di I grado. Il dibattimento di II grado inizierà tra pochi giorni innanzi alla III Corte d'Appello di Milano, con ovvia possibilità di pervenire a conclusioni difformi da quelle del giudice di I grado.

5. CONSIGLIO D'EUROPA E PARLAMENTO EUROPEO

Il Consiglio d'Europa, sulla base di due rapporti entrambi redatti del Presidente della Commissione Affari Legali e Diritti Umani, sen. Dick Marty prima nel giugno 2006 e poi del 7.6.07, ha criticato aspramente il Governo italiano per gli ostacoli frapposti alla indagine della magistratura italiana⁶. In particolare, il 27.6.07 il Consiglio d'Europa, prendendo spunto dal citato secondo rapporto Marty, ha approvato una Risoluzione (n. 1562) ed una Raccomandazione (n. 1801) che inequivocabilmente condannano la prassi delle cd. extraordinary renditions e l'uso del segreto di Stato per coprire così gravi violazioni dei diritti umani.

Il 14.2.07, peraltro, anche il Parlamento Europeo ha approvato a larghissima maggioranza una risoluzione (relatore on.le Claudio Fava) con cui, condannando la prassi delle cd. extraordinary renditions, deplorava la passività del Governo Italiano che non aveva inteso rispondere all'invito ad inviare il Sottosegretario competente a rispondere alle domande della Commissione che indagava sui sequestri e sui voli e prigionieri illegali della CIA e lo invitava a richiedere l'estradizione dei 26 latitanti statunitensi

⁶ la Commissione Affari Legali e Diritti Umani del Consiglio d'Europa presentava un rapporto aggiornato sul coinvolgimento degli Stati membri del Consiglio d'Europa nei trasferimenti illegali di detenuti e prigionieri segreti ("Secret detentions and illegal transfers of detainees involving Council of Europe member States : second report"). Nella Risoluzione conseguentemente approvata, l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa deplora che i concetti di segreto di Stato e sicurezza nazionale vengano invocati da molti Governi, tra cui l'Italia, per ostacolare indagini giudiziarie e parlamentari aventi per obiettivo l'accertamento delle responsabilità dell'esecutivo in relazione a gravi accuse di violazioni dei diritti umani (punto n. 8) ed afferma esplicitamente che il ricorso al segreto di Stato da parte del Governo italiano costituisce un ostacolo allo svolgimento del giudizio penale a carico dei sequestratori di Abu Omar. L'Assemblea manifesta al riguardo profonda preoccupazione, considerando tali iniziative governative come intollerabili ostacoli all'indipendenza della Giustizia (punto 14). Infine nella Raccomandazione pure approvata la Commissione afferma, tra l'altro, la necessità di specifiche iniziative per evitare che l'indebito utilizzo del segreto di Stato possa servire a coprire gravi violazioni dei diritti umani (punto n. 3). Analoghi principi erano stati affermati dal Consiglio d'Europa il 27 giugno 2006, con le precedenti Risoluzione n. 1507 e Raccomandazione n. 1754, entrambe adottate sulla base del rapporto del 12 giugno 2006 doc. n. 10957 della Commissione Affari Legali e Diritti Umani, relatore Dick Marty, nel quale si faceva espresso riferimento al caso Abu Omar

Il Governo italiano non ha in alcun modo commentato tali decisioni, né risulta avere in qualche modo replicato. Anzi, proprio nel giorno in cui il Parlamento Europeo discuteva ed approvava la citata Risoluzione - cioè il 14 febbraio 2007 - il Governo Prodi sollevava conflitto contro la Procura della Repubblica di Milano.

Le citate decisioni delle due massime istituzioni europee, dunque, rischiano di rimanere mere declamazioni di principio senza conseguenze pratiche, nonostante il loro alto valore morale e giuridico.

Spetterà a Consiglio d'Europa, Parlamento Europeo, Commissione Europea, evidentemente, valutare se e quali iniziative adottare (solleciti, procedure d'infrazione o altro).

6. VIOLAZIONE DI PRINCIPI CONTENUTI NELLA CEDU.

L'avvocato difensore di Abu Omar si è rivolto alla Corte Europea per la Tutela dei Diritti dell'Uomo di Strasburgo lamentando le seguenti violazioni di principi ed articoli della Convenzione Europea per la Tutela dei Diritti dell'Uomo:

VIOLAZIONE DELL'ART. 6 CEDU.

L'art. 6 c. 1 della CEDU stabilisce: ***"ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti a un tribunale indipendente e imparziale costituito per legge, al fine della determinazione sia dei suoi diritti e dei suoi doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o una parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la tutela della vita privata delle parti nel processo, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale quando, in speciali circostanze, la pubblicità potrebbe pregiudicare gli interessi della giustizia."***

VIOLAZIONE DELL'ART. 13 IN RELAZIONE ALL'ART. 3 e 5 CEDU.

L'art. 13 CEDU stabilisce *"Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali."*

VIOLAZIONE DELL'ART. 3 CEDU IN RELAZIONE AL SEQUESTRO.

Ai sensi dell'art. 3 CEDU *"Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti."*

VIOLAZIONE DELL'ART. 5 CEDU

L'art. 5 c. 1 CEDU stabilisce: *"Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge."*

VIOLAZIONE DELL'ART. 8 CEDU

L'art. 8 CEDU stabilisce: *"Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine"*

e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.”

Sarà interessante valutare l'esito di tale ricorso quando potrà essere discusso in base alle procedure previste dinanzi a quella Corte Europea.

7. POSSIBILE VIOLAZIONE DI PRINCIPI CONTENUTI NELLA COSTITUZIONE ITALIANA DERIVANTI DA ANOMALA ESTENSIONE DEL SEGRETO DI STATO. RISCHIO DI ESTENSIONE DELLA PRASSI DI APPOSIZIONE DEL SEGRETO DI STATO

L'interpretazione e l'applicazione estensiva del segreto di Stato, anche con possibilità di tardiva sua apposizione, potrebbero determinare anche la violazione di vari principi della Costituzione italiana:

- VIOLAZIONE DEL DIRITTO DI DIFESA (ART. 24, C. 2 COST.) E DEL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO, REGOLA BASE DEL CD. GIUSTO PROCESSO (ART. 111, C. 3 E 4 COST.), qualora si ritenesse che il segreto di Stato possa anche impedire all'imputato di difendersi;
- VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI OBBLIGATORIETA' DELL'AZIONE PENALE, EX ART. 112 COST. per la sostanziale utilizzazione del segreto di Stato come causa di impunità di particolari tipologie di imputati (ad es., gli appartenenti ai Servizi di informazione) e la conseguente impossibilità per il Giudice di pervenire ad una decisione ed emettere la sentenza.
- VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI EGUAGLIANZA DEI CITTADINI DI FRONTE ALLA LEGGE , EX ART. 3 COST. poiché nel caso di più persone imputate dello stesso reato, a causa dell'apposizione del segreto di Stato, alcune di esse potrebbero, opponendolo, giovare grazie alla conferma del Presidente del Consiglio e non venire giudicati, mentre altre potrebbero essere condannate (è quanto avvenuto nel processo Abu Omar, con la condanna degli imputati americani e la decisione di non doversi procedere nei confronti degli italiani accusati del concorso nel sequestro di persona);
- VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DELLA SEPARAZIONE TRA POTERI DELLO STATO, IN PARTICOLARE DELL'AUTONOMIA ED INDIPENDENZA DELLA MAGISTRATURA EX ART. 104 COST., poiché, anche grazie alla possibilità di tardiva apposizione del segreto (cioè quando determinate prove siano state già regolarmente acquisite dall'Autorità Giudiziaria), il potere Esecutivo potrebbe intervenire su una indagine in corso, determinando l'impossibilità di giudicare determinati imputati incriminati sulla base di valutazioni autonome ed indipendenti del Pubblico Ministero (con conseguente impossibilità per il Giudice di pervenire ad una decisione) .

E' quanto già avvenuto in vari processi in Italia dopo che il segreto di Stato è stato opposto nell'inchiesta Abu Omar e dopo che la sua tardiva apposizione (senza alcuna convincente spiegazione della tardività) è stata riconosciuta legittima dalla Corte Costituzionale. **Questi i casi recenti e clamorosi di estensione a macchia d'olio del segreto di Stato anche in casi di reati comuni come peculato, associazione per delinquere, corruzione e, addirittura, di diffamazione a mezzo stampa:**

- a) in un processo pendente a Perugia, a carico di due ex funzionari del SISMi (tra cui il suo ex Direttore, imputato anche nel processo Abu Omar), accusati di peculato a seguito del ritrovamento di documenti vari in una base romana del SISMi (la perquisizione vi era stata effettuata nell'ambito delle indagini sul sequestro di Abu Omar), gli imputati hanno affermato di non potersi difendere senza violare il segreto di Stato. Il Presidente del Consiglio Berlusconi ha confermato l'esistenza del segreto di Stato che hanno così formalmente opposto. Il PM di Perugia ha chiesto comunque il rinvio a giudizio dei due imputati, ma il Giudice competente non ha ancora deciso;
- b) in un processo pendente a Milano a carico di varie persone per associazione per delinquere, corruzione ed altro, uno degli imputati - un alto funzionario del SISMi accusato anche del sequestro di Abu Omar - ha dichiarato di non potersi difendere senza violare il segreto di Stato, anche qui opponendo il segreto di Stato. Il Presidente del Consiglio Berlusconi ha confermato l'esistenza del segreto di Stato. Il Giudice ha quindi dichiarato non doversi procedere a carico di quell'imputato - in ordine a vari reati - per l'esistenza del segreto di Stato. Il P.M. ha proposto ricorso contro tale decisione dinanzi alla Corte Suprema di Cassazione;
- c) in un altro processo pendente a Milano a carico di un giornalista ora parlamentare europeo, accusato di diffamazione nei confronti dell'imam di una moschea di Fermo, il giornalista imputato ha dichiarato che le parti del suo articolo ritenute diffamatorie erano frutto della lettura di un atto offertogli in visione da un funzionario di un Servizio di informazione di cui non ha fatto il nome. La sua difesa ha chiesto ed ottenuto che venisse comunque sentito come testimone un alto funzionario di quel Servizio che ha opposto il segreto di Stato su alcune domande postegli. Il Presidente del Consiglio Berlusconi ha confermato l'esistenza del segreto di Stato. Il Giudice ha quindi dichiarato non doversi procedere a carico di quell'imputato - in ordine a vari reati - per l'esistenza del segreto di Stato. Il P.M. ha proposto impugnazione contro tale decisione dinanzi alla Corte di Appello di Milano.

8. I PROGETTI E GLI STUDI IN CORSO IN ITALIA PER UNA RIFORMA DEL SEGRETO DI STATO

Nonostante i rischi che una estensione dei confini di applicabilità del segreto di Stato potrebbe determinare, la situazione non è in Italia tranquillizzante. Un disegno di legge al momento accantonato dalla maggioranza, ad esempio, prevedeva una modifica del regime legale delle intercettazioni telefoniche su utenze in uso ad appartenenti ai Servizi di informazione: i procuratori della Repubblica dovrebbero avvisare il presidente del Consiglio (onde consentirgli le valutazioni di competenza in ordine alla tutela di possibili segreti), entro cinque giorni, dell'inizio delle intercettazioni autorizzate nei confronti di appartenenti ai Servizi di informazione. Un avviso che vanificherebbe lo scopo stesso delle intercettazioni, utili solo se segrete.

Ma sono ancora più preoccupanti le conclusioni cui è pervenuta, nella sua relazione, la Commissione Granata (così chiamata dal nome del costituzionalista che la presiede), istituita nel settembre del 2008 per studiare la possibile revisione della normativa sul segreto di Stato. La relazione contiene proposte tali da favorirne una pericolosa dilatazione. Vi viene proposta una interpretazione restrittiva del vigente divieto di apporre il segreto di Stato su notizie o documenti o

cose relativi a fatti di terrorismo o eversivi dell'ordine costituzionale, oltre che su alcuni delitti come l'associazione mafiosa e le stragi: la norma andrebbe letta, secondo la Commissione, nel senso che tale divieto riguarderebbe solo i fatti di terrorismo che siano contemporaneamente eversivi dell'ordine costituzionale. Le notizie relative ad un attentato non finalizzato a rovesciare il nostro assetto democratico potrebbero, per effetto di accordi internazionali, essere coperte dal segreto di Stato. In ipotesi, anche se ne fosse derivata la morte di più persone: in tal modo sarebbe leso il diritto alla verità e potrebbero essere pregiudicate le inchieste giudiziarie.

Criticabile è la proposta di un ampliamento del segreto di Stato fino a comprendervi gli accordi tra i servizi di informazione dei vari Stati: la Commissione, infatti, non si è preoccupata di distinguere tra i possibili contenuti di tali accordi posto che non sempre essi sono stati conformi ai principi fondamentali su cui si fondano le democrazie.

Rischi di ulteriore dilatazione derivano anche da un altro suggerimento della Commissione secondo cui il segreto di Stato dovrebbe vincolare non solo, come la legge ora prevede, pubblici ufficiali, pubblici impiegati ed incaricati di pubblico servizio, ma "chiunque ne sia venuto a conoscenza". Tutto il contrario sembra – almeno a giudicare da recenti notizie di stampa⁷ – rispetto a quanto si sta decidendo in Germania a tutela della libertà di informazione.

Vi è poi la questione della durata del segreto. La Commissione Granata ha proposto uno schema di possibile regolamento per l'accesso ai documenti per i quali sia decaduto il segreto di Stato, la cui durata è attualmente fissata dalla legge in quindici anni prorogabili fino ad un massimo di trenta. In tale bozza si prevede che, informate dal premier nei sei mesi precedenti la scadenza del vincolo del segreto di Stato, le autorità che vi hanno dato origine (come i due Servizi d'informazione esistenti in Italia) potranno apporre o reiterare una delle "classifiche" previste dalla legge ("segretissimo" e "segreto"), o acquisirne dal premier la proroga. Questo anche se la loro originaria durata sia venuta meno durante il decorso dei trent'anni previsti come termine massimo per la tutela del segreto di Stato. Come a dire che, attraverso tale meccanismo, verrebbe a configurarsi la possibilità di mantenere il segreto su notizie e documenti ben oltre i trent'anni oggi previsti dalla legge.

La Commissione, invece, non ha formulato altre proposte di modifiche legislative di cui si sente la necessità: sarebbe stato logico, ad esempio, anche per evitare utilizzi impropri del segreto di Stato, prevedere l'impossibilità di una sua apposizione tardiva, dopo l'avvenuta pubblicità degli atti o delle notizie che si intendano preservare e persino – come è avvenuto – dopo la loro acquisizione da parte dell'Autorità Giudiziaria. Inoltre, poiché la legge impone al premier di dare comunicazione di ogni caso di opposizione del segreto di Stato al Copasir (il citato Comitato di controllo parlamentare), sarebbe pure importante prevedere un termine breve entro il quale il Copasir, ove ritenga infondata tale opposizione, ne riferisce a ciascuna delle Camere per le conseguenti valutazioni.

9. GLI OSTACOLI PER LE ATTIVITA' DI CONTROLLO PARLAMENTARE DERIVANTI DAL SEGRETO DI STATO

Se di ostacoli alla giustizia si è già parlato, alla luce di quanto sin qui precisato, sembra evidente che la legislazione italiana, grazie alla creazione del Copasir ed all'attribuzione allo stesso di precise competenze in materia di verifica della legittimità dei segreti di Stato apposti dal Governo, prevede strumenti tali che – in astratto – dovrebbero rendere efficace le attività di controllo spettanti al Parlamento. Anzi dovrebbero favorirle come in ogni sistema democratico fondato sulla separazione dei poteri.

Ancora una volta, però, se la legge prevede astrattamente possibilità di efficace controllo da parte del potere legislativo sull'esecutivo in tema di apposizione ed opposizione di segreto di Stato, è la prassi concreta che suscita perplessità e critiche.

⁷ La Repubblica, 26 agosto 2010: "La Merkel blinda la libertà di stampa. Pubblicabili anche le notizie top secret"

Si è già ricordata l'anomale situazione verificatasi quanto alle attese valutazioni del Copasir circa il fondamento del segreto di Stato nel caso Abu Omar, la cui opposizione risale ormai a più di quattro anni fa. L'anomalia sta nel fatto che il Copasir non si è ancora pronunciato su quel segreto.

Tra l'altro, il COPASIR è stato presieduto negli ultimi due anni e mezzo, in successione, da due parlamentari – gli on.li F. Rutelli e M. D'Alema – che, entrambi da vicepremier del governo presieduto da Romano Prodi, avevano approvato la decisione di quel Presidente del Consiglio dei ministri di sollevare conflitto di attribuzione contro la Procura ed il Giudice delle Indagini preliminari di Milano. Una scelta che entrambi avevano anche pubblicamente condiviso. Appare in qualche modo anomalo, dunque, che chi aveva condiviso l'apposizione del segreto di Stato possa poi partecipare, in funzione di garante delle prerogative politiche del Parlamento (così potendosi definire il ruolo di Presidente del Copasir), alla valutazione della correttezza dell'apposizione di quel segreto da parte del governo di cui faceva parte e che aveva personalmente condiviso.

In definitiva – è bene ripeterlo – **il problema dell'effettività del controllo parlamentare sulle questioni coinvolgenti il segreto di Stato non è un problema di leggi** (anche se, in casi come quelli appena ricordati, si potrebbe ipotizzare una causa di incompatibilità soggettiva a partecipare alle delibere dell'organismo di controllo) **o di mancanza di organismi ad hoc o di poteri d'indagine: è solo un problema di volontà politica.**

Non è un caso, ad esempio, che il Parlamento italiano non abbia mai varato – almeno per quanto noto a chi scrive – alcuna inchiesta (come pure potrebbe, a prescindere dalle competenze del COPASIR) su alcuna delle clamorose vicende giudiziarie che hanno posto al centro dell'attenzione pubblica il tema del segreto di Stato, del suo uso ed abuso.

In tal modo, al di là della stessa volontà della classe politica, l'uso del segreto di Stato rischia di essere percepito dai cittadini non come strumento di tutela della sicurezza della nazione, ma come strumento che oggettivamente finisce con l'ostacolare la giustizia e distribuire impunità.

10. LA SITUAZIONE A LIVELLO INTERNAZIONALE. LA PUBBLICA DIFFUSIONE – ATTRAVERSO IL WEB – DI NOTIZIE E DOCUMENTI SEGRETI

Non molto diversa, sulla base della esperienza professionale di chi scrive, è la situazione internazionale: in tema di cooperazione contro ogni forma di criminalità (terrorismo incluso) così come in tema di tutela delle informazioni segrete, top secret e classificate in genere, l'Europa dispone di trattati, convenzioni, regolamenti, decisioni quadro etc. ampiamente soddisfacenti. Esistono anche organismi con competenze ad hoc ed istituzioni e luoghi fisici dove ogni attività di comune interesse dovrebbe essere svolta.

Ma i risultati non sono sempre soddisfacenti.

L'abuso del segreto di Stato e delle classificazioni di segretezza in genere ha già prodotto notevoli danni nella lotta al terrorismo internazionale, nella scia della concezione statunitense della *war on terror* che tanti proseliti ha fatto anche in Europa.

E' arrivato il momento di abbandonare l'idea che i risultati più efficaci si ottengono con strumenti e metodi sottratti ad ogni controllo politico o giudiziario: i servizi di informazione e di sicurezza sono assolutamente irrinunciabili e necessari in ogni democrazia ed il loro compito deve essere quello della prevenzione, ma non è un compito che può sconfinare nella illegalità.

Tutti i Governi lo dicono a parole e nei trattati, ma le prassi – come proprio il Consiglio d'Europa ha dimostrato – non sempre risultano conformi alla legge. Ne deriva una resistenza politica a svelare accordi e documenti segreti che quelle prassi spesso determinano.

Va invece abbandonata ogni zona grigia se non si vuole favorire il nemico e fornirgli altre ragioni di proselitismo.

Il discorso non merita certo di essere approfondito ulteriormente – tanto esso è ovvio – di fronte a specialisti come sono i membri della “*Committee on Legal Affairs and Human Rights*” del Consiglio d’Europa.

E’ il caso di sottolineare con compiacimento, piuttosto, che l’Unione Europea sta studiando, dopo l’entrata in vigore dei Trattati sull’Unione, sul Funzionamento dell’Unione e della Carta dei diritti fondamentali (divenuta grazie al Trattato di Lisbona vincolante quanto i Trattati stessi), il problema del trattamento delle informazioni confidenziali, classificate e segrete (comprese quelle coperte da segreto di Stato) di cui le sue Istituzioni vengano in possesso.

E’ necessario attendere l’esito delle analisi e riflessioni in corso, nonché il varo della conseguente disciplina (che dovrebbe modificare il Regolamento CE 1049/2001) che ci si augura ispirata ad una maggiore trasparenza e tale da tutelare il diritto di accesso ai cittadini che lo richiedono ai documenti dell’Unione. Appare evidente, però, che in un futuro più o meno prossimo, quando le notizie classificate “entreranno” nell’Unione Europea, poiché il sistema dell’Unione non riconosce la disciplina del paese di origine ed applica le proprie regole, gli eccessi nei singoli stati membri diventeranno più difficili o impossibili. Ed ancora una volta l’Europa in cui crediamo fungerà da ammortizzatore nei confronti di fughe, spinte, strappi e violazioni delle regole (persino nel campo della tutela dei diritti umani) che ancora siamo costretti a rilevare all’interno dei singoli Stati membri, pur se con minore frequenza che in passato.

Su questo argomento, però, si rimanda allo studio “*The European Union and State Secrets: a fully evolving institutional framework*”, di **Emilio De Capitani**, Head of Unit Committee of Civil Liberties, Justice and Home Affairs - European Parliament. Con il consenso dell’autore, tale documento viene allegato alla presente relazione.

Non può mancare, per finire, un cenno al fenomeno dei Whistleblowers o di WikiLeaks o ai tanti altri casi di “diffusione planetaria” di notizie segrete o riservate, come lo scoop di Dana Priest del Washington Post, realizzato con la pubblicazione di una serie di articoli e documenti sui *contractors* usati dalla CIA.

Certo, in tutti questi casi si è di fronte ad una evidente incapacità di chi detiene tali notizie (persone o istituzioni che siano) di saperne o poterne garantire la non conoscibilità da parte di terzi. E questo è un problema che va affrontato caso per caso, alla luce dei risultati di alcune inchieste in corso.

Ma bisogna pur affermare che il mondo è afflitto da una vera e propria overdose di banche dati, di notizie e piani segreti, di memorandum etc.. Nel suo rapporto dell’11 settembre del 2008, come si sa, l’organizzazione “Statewatch” ha denunciato «lo tsunami digitale» che stava per scatenarsi sull’Europa: tecnologie di sorveglianza su spostamenti e transazioni delle persone e sugli oggetti da loro utilizzati che dovrebbero dar luogo alla creazione di gigantesche banche dati utili per la «guerra al terrore». Per non parlare delle intercettazioni di comunicazioni tra privati ad opera dei Servizi e di black list. Il presupposto della loro moltiplicazione è che chi non ha nulla da nascondere non ha nemmeno alcunché da temere. Autorità statunitensi ed europee collaborano al progetto di realizzazione di questi sistemi di raccolta dati che dovrebbero favorire sicurezza e prevenzione.

Evidentemente, qualcuno pensa che sia legale ed utile nella lotta al terrorismo raccogliere milioni di dati, così controllando e classificando mezza umanità. L’erroneità di questa tesi è stata più volte dimostrata, ed anche di recente⁸.

⁸ Ci si vuol riferire a quanto avvenuto il giorno di Natale del 2009, allorché il giovane nigeriano Umar Farouk Abdul Mutallab ha tentato di farsi esplodere sul volo Delta Airlines Amsterdam-Detroit l’esplosivo che aveva nelle mutande : nonostante gli apparati di sicurezza americani possedessero molti dati su di lui e il padre stesso ne avesse

Ed allora sia concesso affermare – non solo a scopo provocatorio ma anche in base ad una convinzione professionale e civile – che spesso questi dati sono privi di rilievo, che anzi analisi e memorandum segreti si rivelano spesso banali o privi di fondamento scientifico, al punto tale da suscitare incredulità persino sul fatto che possano essere stati veramente generati da servizi di informazione additati al mondo come gli ultimi baluardi a difesa delle nostre democrazie contro le invasioni barbariche⁹. Così come incredulità è stata generata dall'apprendere che la tutela della sicurezza collettiva è stata così frequentemente appaltata a privati!

In questo quadro, allora, non deve spaventare più di tanto la diffusione di quel tipo di documenti. Non sembra che un tale fenomeno, che comunque genera conoscenza, trasparenza e discussione, possa provocare seri danni alle nostre democrazie e compromettere la nostra sicurezza.

denunciato a un'ambasciata Usa la progressiva radicalizzazione e un lungo soggiorno nello Yemen, egli era in possesso di regolare visto che autorizzava il suo ingresso negli Usa.

⁹ Si veda in proposito quanto documentato da Tim Weiner nel suo "Legacy of Ashes", pubblicato in Italia da RCS Libri nel 2008 con il titolo "CIA. Ascesa e caduta dei servizi segreti più potenti del mondo"