



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2024 FASCICOLO III

Agatino Cariola

Verità *versus* potere

17 ottobre 2024

IDEATORE E DIRETTORE: PASQUALE COSTANZO
CONDIRETTRICE: LARA TRUCCO



Agatino Cariola Verità versus potere*

Sommario: 1. Il fondamento del diritto all'informazione – 2. La vicenda Ustica: diritto alla sicurezza da esercitare nei confronti dello Stato – 3. La giurisprudenza [Totten](#) della Corte suprema americana: rapidi richiami – 4. Il diritto all'informazione nei rapporti con i soggetti professionisti dell'informazione medesima – 5. Le limitazioni all'accesso all'informazione nei rapporti con le pubbliche amministrazioni. La vicenda Covid – 6. Il segreto di Stato: la sentenza Crisafulli e quella Roerhessen sui principi del sistema – 7. La legge n. 204/2017: il carattere temporaneo del segreto e la parlamentarizzazione della procedura – 8. La vicenda Abu Omar: dal segreto alla responsabilità dello Stato italiano e dei suoi organi, compreso il Presidente della Repubblica - 9. Dalla decisione sul segreto al procedimento sul segreto. Una soluzione all'insegna del carattere oggettivo della decisione sul segreto: l'esigenza di astrarre l'apposizione del segreto dal circuito della maggioranza parlamentare e di inserire il Capo dello stato nella procedura.

Abstract: *The relationship between information and political power has always been among the most troubled, and this also concerns democratic systems. On the one hand a democratic system presupposes educated and informed citizens who exercise their rights intensely and participate in the life of the Nation; on the other hand political power is influenced by cultural trends and dynamics present in public opinion, on the other hand, too, the same power tends to influence the information tools in terms of content as well as, sometimes, even timing. And yet, democracy lives on the assumption of a widespread culture that moves from the generalized possession of information.*

For this reason the thesis is put forward that there is a right to information for citizens who can assert their claim to complete information against the so-called generalist communication tools: certainly those concessionaires of the public radio and television service, but also television networks and newspapers that qualify as an expression of the entire territory and the voices present in it. This right to information would be justiciable by means of a request for compensation for damages.

From information to be provided to all, to that in the possession of state administrations and structures, the step is short. The discipline on access to administrative documentation is today very rich in tools to assert the citizen's right. However, the discipline on State secrecy that can be opposed by the Executive even to requests from jurisdictional authorities is still

*  Testo della relazione al 73° Convegno dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani, *Quid est veritas? La dialettica verità certezza nell'esperienza giuridica*, Catania, 24-26 novembre 2023. Ringrazio il Presidente Nazionale UGCI, prof. Damiano Nocilla, per aver voluto il Convegno e per la vicinanza sempre mostratami.

Agatino Cariola è Professore ordinario di Diritto costituzionale e pubblico nell'Università di Catania.



insufficient. In this regard, the current regulation of State secrecy should probably be revised and, with the aim of enhancing the objective dimension of secrecy and preventing it from becoming an instrument in the hands of the government majority alone, it is proposed to include the President of the Republic in the decision-making circuit that leads to the imposition of State secrecy.

1. Il fondamento del diritto all'informazione

La libertà o il diritto di informazione presenta caratteristiche – quasi vere e proprie facce – considerate da tempo: l'informazione come declinazione della libertà di manifestazione del pensiero¹, ovvero come potere privato, o addirittura come potere politico-sociale sul quale vigilare in qualche modo per assicurarne la compatibilità con il carattere democratico dell'ordinamento², giacché la preoccupazione rimane sempre quella di evitare che dalla divulgazione di notizie si traccino nella propaganda a sostegno di una sola posizione politica o di una visione culturale, specie allorché essa fosse quella di estrazione governativa o di maggioranza. Più a fondo ed in generale, se la nostra è definita come società dell'informazione, deriva in maniera conseguente che la stessa informazione è un potere da regolare e da socializzare, cioè da rendere disponibile nella misura massima consentita³. Potrebbe trattarsi di un potere statale esercitato dalle istituzioni ovvero di uno insorto e sviluppato sul terreno sociale o, ancora, di un potere sostenuto da forze economiche che ambiscono a svolgere un ruolo politico o solo a legittimarsi in ogni loro attività presso l'opinione pubblica⁴.

Già l'opinione pubblica. Potrebbe dirsi che lo Stato costituzionale moderno nasce con l'affermazione del principio di separazione dei poteri e presupponendo un'ampia cultura politica ed un'opinione pubblica colta ed istruita (ed indipendente dallo Stato: ché questo è un altro fondamento dell'ordinamento liberal-democratico), ma che solo in tempi piuttosto recenti si è posto il problema di assicurare le condizioni per la formazione di una libera opinione pubblica e di garantire il pluralismo culturale. Il fondamento dello Stato

¹ Per questo specifico profilo, la bibliografia è ormai imponente: v. almeno gli studi generali di V. CRISAFULLI, *Problematica della libertà d'informazione*, Milano, 1964; L. PALADIN, a cura di, *La libertà d'informazione*, Torino, 1979; A. LOIODICE, *Contributo allo studio sulla libertà d'informazione*, Napoli, 1967; P. COSTANZO, *Informazione nel diritto costituzionale*, Torino, 1992, S. Merlini, a cura, *L'informazione: il percorso di una libertà*, Firenze, 2012; P. Caretti, a cura, *L'informazione: il percorso di una libertà* (Vol. 2), Firenze, 2013.

² Su questi temi v. G.E. VIGEVANI, *Informazione e potere*, in *Enc. diritto. Potere e Costituzione*, Milano, 2023, 219 ss.; ivi ogni riferimento bibliografico e, soprattutto, la considerazione degli strumenti di comunicazione quali luoghi privilegiati di un potere «*ove si costruisce e si modella la società*».

³ Qualche riferimento su un tema da tempo all'attenzione in B-C. HAN, *La crisi della narrazione. Informazione, politica e vita quotidiana*, 2023, trad. it. Torino, 2024.

⁴ Il rinvio è d'obbligo a J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, trad. it., Bari, 1984.



costituzionale, appunto un'opinione pubblica capace di esercitare i compiti di indirizzo e controllo sulle decisioni politiche, rimane tuttora quello meno regolato, malgrado esso dovrebbe essere considerato all'interno della modellistica sulla separazione dei poteri e sul funzionamento delle istituzioni pubbliche. assistenza

Sul diritto alla libertà di manifestazione del pensiero nel nostro Paese ci si divide ancora tra una concezione liberale ed individualista ed una funzionalista⁵. Lo stesso può ripetersi a proposito dell'informazione, sebbene i due aspetti alla fine non siano affatto inconciliabili perché un sistema politico può essere definito come democratico solo se riconosce ai singoli ed alle formazioni sociali libertà fondamentali che muovono dalla scelta individuale (e persino utilitarista) dei singoli ma il cui esercizio assicura il funzionamento di quel "mercato" politico che appellasi appunto democrazia.

Rimane il problema del fondamento di tale diritto all'informazione, se esso riposa sull'art. 21 Cost. – nell'ordinamento americano si direbbe sul *free speech* del Primo emendamento – magari in collegamento pressoché inevitabile con l'art. 2 sui diritti inviolabili. La «libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera» è oggi riconosciuta dall'art. 11 CDFUE all'interno della libertà di espressione e di informazione. Ma rimane il problema di rendere effettivo tale diritto magari nei rapporti tra privati, secondo ciò che si direbbe *Drittwirkung* di siffatto diritto.

È sempre problematico far discendere dalla proclamazione di un diritto quale quello riconosciuto dall'art. 21 Cost. (potere del singolo di manifestare il proprio pensiero) una diversa posizione soggettiva che nella specie consisterebbe nel diritto a ricevere notizie, per poter poi elaborare la personale opinione. E rimane difficile anche distinguere tra fatti (appunto le notizie) e le teorie ovvero le opinioni e posizioni sui fatti, i quali sono fatti anch'esse. Per esemplificare contenuto dell'informazione è il fatto per così dire materiale (l'aggressione bellica, il terremoto, la formazione di un governo, l'incidente, ecc.), ma anche la presa di posizione politica, l'elaborazione culturale, la riflessione religiosa o morale, ecc. Tutti fatti che

⁵ Esemplarmente sul punto C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 6 ss., preoccupato che in nome della stessa libertà e della sua utilità se ne pongano «limiti parimenti assoluti»; e poi A. BALDASSARRE, *Libertà*, 1990, in *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 267, il quale ha notato che «il collegamento tra i diritti di libertà e democrazia, infatti, non è, né può essere (a meno di negare l'uno o l'altro termine), quello tra i mezzi e fini, ma è di tipo strategico o valoriale». Dell'A. v. anche *Diritti inviolabili*, 1989, poi sempre in *Diritti della persona*, cit., 41 ss., e la giusta insistenza a definire «i diritti inviolabili riconosciuti dall'art. 2 Cost. ... come le categorie a priori o "trascendentali" della democrazia», 46. Sul tema, sempre riguardo la libertà di manifestazione del pensiero, A. PACE, in A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in G. Branca, A. Pizzorusso, a cura di, *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 2006, 37 ss., 359 ss., specificamente poi sul diritto all'informazione 528 ss.; ed A. VALASTRO, *Art. 21*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, a cura di, *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 451 ss., 457, ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici.



dovrebbero essere divulgati perché uomini e donne, informati, a loro volta elaborino le loro idee.

Il problema del diritto all'informazione è la difficoltà di individuarne il soggetto titolare. Il diritto all'informazione rimane – o rimarrebbe spesso – un diritto adespota, privo di un soggetto concreto cui riferirlo e cui sia riconosciuto legittimazione ad agire per poterlo assicurare (lo *standing*, direbbero i giuristi americani). E ciò vale anche per il destinatario del diritto, cioè del soggetto obbligato a fornire le informazioni – per giunta corrette. Potrebbe dirsi che quello all'informazione è un diritto che potrebbe rivelarsi adespota sotto entrambi i versanti del soggetto titolare della posizione di vantaggio e di quello, invece, obbligato. Poi, rimane difficile individuare lo strumento idoneo a rendere effettivo il diritto all'informazione⁶.

Non a caso si avverte la difficoltà di qualificare quello all'informazione come un vero e proprio diritto soggettivo, del quale il titolare possa chiedere il rispetto, e si è preferito già dalla [sentenza n. 105/1972](#) della Corte costituzionale qualificarlo come «*interesse generale, anch'esso indirettamente protetto dall'articolo 21, alla informazione; il quale, in un regime di libera democrazia, implica pluralità di fonti di informazione, libero accesso alle medesime, assenza di ingiustificati ostacoli legali, anche temporanei, alla circolazione delle notizie e delle idee*».

In ordine al suo fondamento propongo qui la tesi che il diritto all'informazione sia un aspetto del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. e che vengano in considerazione anzi a tal proposito entrambi i due commi.

Invero, già Aristotile aveva notato che «*la prima forma di democrazia è quella così chiamata soprattutto sulla base dell'eguaglianza: ed eguaglianza la legge di tale democrazia stabilisce il fatto che non sovrastano in alcun modo i poveri più dei ricchi e che nessuna delle due classi è sovrana, ma eguali entrambe. Perché, certo, se la libertà esiste soprattutto nella democrazia, come suppongono taluni e lo stesso l'eguaglianza, si realizzeranno soprattutto qualora tutti senza esclusione partecipino in egual modo al governo*»⁷.

Quella riflessione muoveva dalla considerazione delle diseguaglianze sociali, per arrivare al modello di un governo ove sia assicurata la partecipazione più estesa. Secoli prima che fosse scritto l'art. 3, secondo comma, Cost. che parla appunto di partecipazione all'organizzazione

⁶ Non a caso A. PACE, *Art. 21. La libertà di manifestazione del pensiero*, cit., ritiene che non esista un diritto costituzionale di accesso ai mezzi di diffusione pubblici e privati, 359 ss., e di conseguenza conclude che non possa «*prevedersi la giustiziabilità del diritto all'informazione del singolo utente*», per il suo contenuto generico e non specificamente pretensivo e per la libertà e/o l'autonomia da riconoscere alle imprese editoriali. Anzi, si assume che l'emittente del servizio pubblico persegua da sola l'interesse generale senza interventi da parte di soggetti non altrimenti qualificati. Nel settore radiotelevisivo la tutela del diritto di informazione in capo al singolo resterebbe meramente indiretta e l'utente non avrebbe quindi un diritto soggettivo giudizialmente azionabile nei confronti dell'impresa, giacché il mancato rispetto degli obblighi potrebbe essere fatto valere solo dal Ministero concedente. Spetterebbe al legislatore ordinario prevedere gli strumenti di accesso al mezzo radiotelevisivo, 541.

⁷ *Politica*, IV, 4.



politica del Paese, Aristotile insomma legava eguaglianza e partecipazione al governo, *id est* al potere politico. L'art. 6 della Dichiarazione 1789⁸ mette assieme formazione della legge e eguaglianza di trattamento ossia del suo contenuto. In altri termini, la democrazia esige che tutto il popolo – cioè a dire in concreto uomini e donne dell'ordinamento sociale – sia in grado di assumere ruoli pubblici e di partecipare alla vita politica, di decidere ed in ogni caso di giudicare ed assegnare meriti e responsabilità almeno allorquando vota. Ciò esige che il popolo sia istruito e formato, sia a conoscenza dei fatti e dei problemi, sia in grado di giudicare e di decidere. La Dichiarazione napoletana del 1799, scritta da Mario Pagano, scriverà in una dimensione che vede già una relazione in orizzontale tra i cittadini che «20. È obbligato ogni uomo d'illuminare, ed istruire gli altri». Anche questa Dichiarazione, a fondamento di una Costituzione mai entrata in funzione, fa parte a pieno titolo della tradizione costituzionale comune ex art. 6 Tue.

Insomma, la democrazia presuppone un potere assolutamente diffuso, quale è quello di un popolo informato e colto. La democrazia è una forma di governo diffusa, in cui, cioè, ogni cittadino esercita una quota-parte del potere sovrano e per questo partecipa alla cosa pubblica. L'informazione è il primo elemento che assicura tale assetto istituzionale. Da esso si dipartono altri diritti come quello messo in luce dalla giurisprudenza costituzionale a pretendere che sia assicurata la libertà delle decisioni politiche in materia elettorale, giacché la libertà di voto dell'art. 48 esige piena conoscibilità delle candidature e degli effetti del voto⁹, o quello di recente evidenziato all'intelligibilità delle disposizioni di legge¹⁰.

L'art. 3 Cost., ossia il principio di eguaglianza, è quindi il fondamento di ogni altro diritto “non enumerato”, che emerge per la realtà sociale, *rectius* culturale, ed è presupposto e fine dell'intera organizzazione pubblica¹¹. Il punto è che il principio appare sempre funzionare

⁸ Lo si riporta per comodità: «La Legge è l'espressione della volontà generale. Tutti i cittadini hanno diritto di concorrere, personalmente o mediante i loro rappresentanti, alla sua formazione. Essa deve essere uguale per tutti, sia che protegga, sia che punisca. Tutti i cittadini, essendo uguali ai suoi occhi, sono ugualmente ammissibili a tutte le dignità, posti ed impieghi pubblici secondo la loro capacità, e senza altra distinzione che quella delle loro virtù e dei loro talenti». Insomma, al Costituente francese apparse subito chiaro che l'eguaglianza ha riflessi sotto il profilo dell'organizzazione pubblica e della partecipazione (dai pubblici uffici al più ampio circuito della rappresentanza che lo stesso principio dell'art. 16 sembra presupporre sullo sfondo).

⁹ Il riferimento è alle note [sentenze nn. 1/2014](#) e [35/2017](#) sul sistema elettorale.

¹⁰ [Sentenze n. 76, 110 e 147/2023](#), e sul tema C. DI MARTINO, [Il diritto costituzionale alla “non radicale inintelligibilità” delle disposizioni](#), in questa [Rivista, 2023/III](#), 960.

¹¹ La riflessione può continuare anche riguardo i problemi bioetici, come in prosieguo indicato nel testo a proposito del carattere universale dei diritti: il che comporta che le soluzioni accolte a livello statale possono reggersi solo suscettibili di essere chiave di risoluzione dei conflitti tra esigenze opposte anche in altri ordinamenti. La [sentenza n. 162/2014](#) sulla fecondazione eterologa è esemplare al riguardo, perché la Corte costituzionale ha preso in considerazione in quell'occasione l'esperienza del cd turismo procreativo ed ha espressamente rilevato la discriminazione venutasi a creare tra le coppie in base alla disponibilità economica: «la regolamentazione degli effetti della PMA di tipo eterologo praticata al di fuori del nostro Paese, benché sia



come una sorta di motore che estende alla generalità dei cittadini possibilità e poteri, *id est* diritti, disponibili all'inizio solo da alcuni¹². Risulterebbe, infatti, contrastare con il principio di eguaglianza che talune possibilità, anche solo di fatto, rimangano riservate e siano esercitabili solo da soggetti dotati delle necessarie risorse. Il principio di eguaglianza esprime una dinamica estensiva a tutti i livelli ed in tutti gli ambiti. Si spiega, oltretutto, in tal modo che si impegna la Repubblica a rimuovere gli "ostacoli di ordine economico e sociale" che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza. Infatti, tali ostacoli possono essere i più vari e riguardare qualsiasi ambito. Potrebbe dirsi che così come sono innumerali gli ostacoli al pieno sviluppo della persona umana ed all'effettiva partecipazione alla vita del Paese, sono altrettanto innumerali i diritti all'eguaglianza, almeno per consentire di estendere l'area delle *chances* e delle posizioni di partenza riconosciuta a tutti i cittadini (se non a tutti gli uomini).

2. La vicenda Ustica: diritto alla sicurezza da esercitare nei confronti dello Stato

Una riflessione piuttosto eccentrica rispetto al tema può essere dedicata alla vicenda di Ustica, cioè dell'aereo Itavia abbattuto il 27 giugno 1980. La vicenda viene qui in considerazione non solo per la circostanza che a distanza di tanti anni rimangono ignote le cause di quel disastro, almeno sotto il profilo ufficiale, come dimostrano ancora le dichiarazioni del presidente Amato nel settembre 2023; ma sotto due versanti che risultano interessanti: e cioè che si è affermato a livello giurisprudenziale un vero e proprio diritto, da qualificarsi nuovo, quale quello alla sicurezza all'interno dello Stato di riferimento, e che lo strumento di soddisfacimento di tale diritto è l'arnese – se si vuole grezzo e generico - della responsabilità civile *ex art. 2043 cc.*

Il diritto alla vita e quello alla sicurezza sono oggi riconosciuti, rispettivamente, dagli artt. 2 e 6 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Nizza 7 dicembre 2000-Strasburgo 12 dicembre 2007). Ma l'orientamento giurisprudenziale che si è sviluppato dal Tribunale di Palermo sino ad arrivare a Piazza Cavour ha riferito tale diritto già agli anni della vicenda Ustica.

correttamente ispirata allo scopo di offrire la dovuta tutela al nato, pone, infine, in evidenza un ulteriore elemento di irrazionalità della censurata disciplina. Questa realizza, infatti, un ingiustificato, diverso trattamento delle coppie affette dalla più grave patologia, in base alla capacità economica delle stesse, che assurge intollerabilmente a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi. Ed è questo non un mero inconveniente di fatto, bensì il diretto effetto delle disposizioni in esame, conseguente ad un bilanciamento degli interessi manifestamente irragionevole».

¹² Si pensi al cd. diritto all'accesso ed all'uso di internet: una volta che l'utilizzo della rete fa parte della nuova alfabetizzazione, il mancato accesso ed il godimento della stessa da parte di alcuni strati della popolazione integra un'ingiustificata discriminazione sociale. Su questi temi, per tutti, G. DE MINICO, *Libertà digitale. Luci ed ombre*, Torino, 2018.



Formalmente la nostra Costituzione non ne parla. In un certo senso sarebbe anche paradossale che si parlasse del diritto alla vita come di un diritto nuovo rispetto a quelli indicati dalla Legge fondamentale¹³, a dimostrazione del fatto che la riflessione sul carattere aperto o chiuso del catalogo dei diritti sconta quantomeno la necessità di fare i conti con le situazioni in fatto e con la pretesa dei singoli di ricevere tutela. In fondo è questo il banco di prova di ogni riflessione sui diritti, oltre al fatto che la logica e la dinamica dei diritti si muovono sempre in una prospettiva globale, ancor più che sovranazionale, e le soluzioni predisposte in ambito nazionale possono reggere solo se universalizzabili, per così dire, e potersi riferire in generale alle società che condividono l'ispirazione liberal-democratica¹⁴.

In ordine al diritto alla sicurezza da far valere nei confronti dello Stato, per limitarsi qui alle decisioni della Cassazione, la sentenza Cass. n. 1205/2009 ha adottato una decisione nel solco delle categorie civilistiche della colpa per omissione: *«già all'epoca sulla base di specifiche normative gravava sul Ministero della difesa l'obbligo di assicurare la sicurezza nei cieli e di impedire l'accesso di aerei non autorizzati o nemici (D.P.R. 18 novembre 1965, n. 1477, art. 12, D.P.R. 18 novembre 1965, n. 1478, art. 23, L. 16 febbraio 1977, n. 38) e sul Ministero dei Trasporti, attraverso l'apposito Commissariato, l'assistenza e la sicurezza del volo (D.L. 24 ottobre 1979, n. 511). Una volta dimostrata la sussistenza di uno specifico obbligo di impedire l'evento ed una volta che fosse appurato che l'evento appartiene al novero di quelli che la norma mirava ad evitare attraverso il comportamento richiesto, ma eventualmente omesso, non sarebbe necessario ... che sussista anche la conoscenza dell'esistenza del pericolo, e nella fattispecie, della presenza di aerei pericolosi. Il giudizio di prevedibilità ed evitabilità dell'evento è già formulato nella norma che pone l'obbligo di attivarsi ed impedire l'evento e l'evento non è altro che la concretizzazione del rischio che la norma (sia specifica sia generica) mira ad evitare. In questo caso la colpa esiste pur sempre e consiste nel porre in essere il comportamento omissivo, in modo cosciente e volontario, in violazione del dovere specifico o generico».*

¹³ Su taluni aspetti del diritto alla vita cfr. i saggi di P. RESCIGNO, a cominciare dal lavoro omonimo del 1956, raccolti in *Danno da procreazione*, Milano 2006, e che non a caso considera le esperienze di altri ordinamenti. Anche a proposito dei problemi legati all'inizio ed al fine vita, come alle situazioni di handicap, la giurisprudenza civile ha dovuto affrontare temi etici dando rilievo al principio di libera disposizione del corpo, ma tenendo presenti i tanti soggetti coinvolti (attore, genitori, strutture sanitarie) e sempre utilizzando lo strumento della responsabilità civile.

¹⁴ Ogni citazione sul carattere aperto o chiuso del catalogo dei diritti sarebbe incompleta, ma è d'obbligo citare almeno A. BARBERA, *Commento all'art. 2*, in G. Branca, a cura di, *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975, 80 ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 53 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*³, Padova, 2003, 20 ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*², Torino, 2005, 137 ss.; P. RIDOLA, *Libertà e diritti nel sistema costituzionale*, in R. Nania, P. Ridola, a cura di, *I diritti costituzionali*², Torino, 2006, 174 ss.



Questo passaggio è rimasto fermo nelle successive decisioni, 1817/2013, n. 15534/2017, n. 12565/2018 (s.u.), n. 31546/2018, n. 19629/2020, sino ad arrivare alla più recente n. 17004/2023. Vale la pena richiamare, però, Appello Palermo n. 788/2010, e n. 517/2015, ove la netta affermazione che «*alla data dell'incidente occorso al DC9, sul Ministero della Difesa grava[va] l'obbligo di garantire la sicurezza dei cieli e si impedire l'accesso ad aerei non autorizzati o nemici e sul Ministero dei Trasporti ... l'assistenza e la sicurezza del volo*».

Questo orientamento giurisprudenziale mostra l'assunzione della sicurezza quale diritto fondamentale dell'uomo, in un capovolgimento di Hobbes, potrebbe dirsi, sul fondamento ed alla stregua dello Stato democratico, perché l'aspirazione alla sicurezza non comporta più la perdita della libertà, ma al contrario presuppone il riconoscimento della libertà ed individua nella responsabilità civile lo strumento di tutela del diritto. Il che è la piena giurisdizionalizzazione della situazione soggettiva: lo Stato è responsabile le volte in cui non riesce ad assicurare sicurezza ai cittadini.

Il profilo che talvolta si trascura nelle riflessioni sui diritti fondamentali è il fatto che essi presuppongono una sorta di minimo comune denominatore che è la tutela giurisdizionale a mezzo del risarcimento del danno subito dalla loro lesione. Si tratterà di uno strumento grezzo e diverso dalla tutela in forma specifica che dovrebbe, invece, assicurare all'interessato il godimento diretto del bene della vita cui aspira, ma si tratta pur sempre di un mezzo che in maniera intrinseca appartiene alla tutela dei diritti e che non può essere negato. Del resto, tra le varie funzioni della responsabilità civile vi è quella di sanzionare le violazioni dei diritti e di svolgere un ruolo preventivo ad evitare la commissione di altri illeciti: la responsabilità civile dello Stato e di ogni altro soggetto pubblico o privato per la violazione di un diritto fondamentale assolve anche a questi scopi, oltre che a reintegrare la sfera patrimoniale del soggetto privato.

Le decisioni citate sulla vicenda Ustica hanno dovuto indicare il fondamento di siffatta responsabilità dello Stato nelle disposizioni di legge ordinaria sui compiti del Ministero della difesa, giacché questa era la via più rapida per porre un obbligo a carico del soggetto pubblico e, quindi, farne valere la responsabilità per omissione. Il giurista deve passare di necessità attraverso la "porta" della positivizzazione dell'obbligo e del riconoscimento del diritto. A considerare la stessa giurisprudenza (complessivamente intesa) il percorso che porta al riconoscimento del diritto ed all'affermazione di obbligo per il soggetto pubblico non è sempre questo. Ad esempio, la "vecchia" [sentenza della Corte costituzionale n. 307/1990](#), seguita di lì a poco dalla [sentenza n. 118/1996](#), sul danno da vaccinazione e sulla necessità di prevedere un equo indennizzo in caso di danno subito appunto dalla vaccinazione, ha preso le mosse direttamente dalle «*ragioni di solidarietà nei rapporti fra ciascuno e la collettività, che legittimano l'imposizione del trattamento sanitario*», cioè da un valore costituzionale quale quello di solidarietà al tempo ancora non attuato dal legislatore almeno nel contesto considerato ed, al contrario, individuato quale fondamento dell'obbligo posto al legislatore.



In altri termini, si vuol dire che una cosa è l'individuazione di un fondamento al diritto soggettivo ed al corrispondente obbligo a carico di qualcuno nella legislazione ordinaria, ch  a questo esito allude in fondo il richiamo al diritto positivo; altro   fare immediata e diretta applicazione di un valore costituzionale, quale quello di solidariet , dall'intensa forza espansiva¹⁵. La norma costituzionale   parametro della legislazione esistente e stimolo all'introduzione di discipline ad essa congrue. Per il loro carattere assiologico le prescrizioni costituzionali non possono essere ridotte alla stregua di un qualsiasi fondamento positivistico che le assimili alla disciplina di fonte legislativa, la quale anzi e per definizione   sempre inidonea rispetto alla preservazione dei valori costituzionali ed   suscettibile di essere migliorata.

Vale ancora la pena insistere sul fatto che le decisioni citate hanno fatto leva sull'obbligo imposto da talune leggi per far risalire l'omissione ritenuta a questo punto fonte di responsabilit  verso terzi. In un certo senso la soluzione accolta   stata nel solco dell'impostazione civilistica secondo il quale la colpa ex art. 2043 cc starebbe nel sottrarsi ad un obbligo stabilito dalla legge. In attuazione della direttiva 2004/80/CE l'art. 11 della l. n. 122/2016 ammette a talune condizioni un indennizzo a carico dello Stato «*alla vittima di un reato doloso commesso con violenza alla persona e comunque del reato di cui all'articolo 603-bis del codice penale*», relativo ai lavoratori vittime di capolarato. Ma si tratta solo di indennizzo che vede lo Stato responsabile in maniera sussidiaria.

Il punto   se si possano intendere in maniera sistematica prescrizioni dettate per casi particolari ed estenderle sino a far esprimere loro il principio generale dell'obbligo dello Stato di garantire per i cittadini e per tutti gli abitanti del suo territorio situazioni di sicurezza e, quindi, prevenire e reprimere efficacemente i reati, con la conseguenza di affermarne la responsabilit  civile le volte in cui siffatto obiettivo non   raggiunto¹⁶.

A fondamento di siffatto addebito di responsabilit  vi sarebbe per l'appunto il principio di solidariet  applicato in via intensa (tutti i cittadini-contribuenti assicurano che la sfera personale e patrimoniale della vittima di un reato sia reintegrata, ch  la dinamica risarcitoria

¹⁵ In questo senso si va oltre a quanto gi  affermato da A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 63, secondo cui l'art. 2 opera «*in sede di interpretazione, come principio espansivo, dotato di grande forza maieutica, nell'opera di individuazione dei diritti conseguenti a quelli enumerati*», ma   notazione piuttosto diffusa nella letteratura citata *supra* alla nota precedente.

¹⁶ Alcuni disegni di legge costituzionale presentati al Senato nell'attuale legislatura (427, 731, 888 e 891) prevedono di inserire nel testo della Costituzione il principio che «*La Repubblica tutela le vittime di reato e le persone danneggiate dal reato*», in esecuzione, tra l'altro, della decisione quadro riguardante la posizione della vittima nel procedimento penale, 2001/220/GAI del 15 marzo 2001, adottata dal Consiglio d'Europa ed ancora aperta alla firma degli Stati. Sulla base di quanto sostenuto nel testo pu  dubitarsi che la riforma, se mai verr  approvata, introduca un principio del tutto nuovo nell'ordinamento ovvero se essa accompagnerebbe ed assisterebbe, per cos  dire, un diritto che per ora   riconosciuto ed applicato in via occasionale e che tende di gi  ad essere generalizzabile.



conduce a siffatto esito). Si renderebbe effettivo anche nei confronti dello Stato il generale dovere di vigilanza e di obbligo alla prevenzione di comportamenti illeciti, affermato in generale nei riguardi di organizzazioni per i comportamenti di loro membri. Riguardo l'organizzazione politica per eccellenza, appunto lo Stato, e per fare riferimenti teorici che sono sempre sullo sfondo dei rapporti giuridici, di darebbe concretezza – se si vuole – a quello scambio libertà-sicurezza individuato da Hobbes a fondamento del potere. Se lo Stato non garantisse sicurezza, si minerebbe anche il motivo della sua esistenza. La responsabilità civile “depoliticizzerebbe”, per così dire, la crisi dello Stato e fa riprendere le fila della convivenza, giacché all'obbligazione principale (la sicurezza) si sostituirebbe l'obbligazione alternativa (quella risarcitoria).

3. La giurisprudenza Totten della Corte suprema americana: rapidi richiami

Dopo quanto si è detto il riferimento alla responsabilità civile non è affatto senza motivo.

Sotto un primo profilo, infatti, la mancanza o la lacunosità di informazioni quale prodotta, ad esempio, dall'apposizione del segreto di Stato, produce l'impossibilità di provare la lesione del diritto e, quindi, di chiedere il corrispettivo contrattuale e/o il risarcimento del danno, ovvero di difendersi rispetto ad una richiesta di responsabilità per il fatto di aver assolto un compito nello svolgimento di un affare di Stato: vicende per l'appunto che sono di diritto civile.

Se le ricerche sono un minimo esaurienti, la prima volta che un problema relativo al segreto di Stato si è posto nella storia statunitense, esso ha riguardato una fattispecie contrattuale, cioè il compenso che pretendeva il sig. William. L. Lloyd dal Governo di quel Paese per essere stato un agente infiltrato tra le truppe confederate durante la guerra civile su ordine dello stesso Presidente Lincoln. Il caso arrivò alla Corte Suprema nel 1875 e fu risolto dalla sentenza Totten v. United States¹⁷. La questione riguardava la pretesa esercitata dall'esecutore

¹⁷ 92 US 105 (1875). Ecco il passaggio centrale: «*The service stipulated by the contract was a secret service; the information sought was to be obtained clandestinely, and was to be communicated privately; the employment and the service were to be equally concealed. Both employer and agent must have understood that the lips of the other were to be forever sealed respecting the relation of either to the matter. This condition of the engagement was implied from the nature of the employment, and is implied in all secret employments of the government in time of war or upon matters affecting our foreign relations where a disclosure of the service might compromise or embarrass our government in its public duties or endanger the person or injure the character of the agent*». «*It may be stated as a general principle that public policy forbids the maintenance of any suit in a court of justice the trial of which would inevitably lead to the disclosure of matters which the law itself regards as confidential and respecting which it will not allow the confidence to be violated. On this principle, suits cannot be maintained which would require a disclosure of the confidences of the confessional, or those between husband and wife, or of communications by a client to his counsel for professional advice, or of a patient to his physician for a similar purpose. Much greater reason exists for the application of the principle to cases of contract for secret services with the government, as the existence of a contract of that kind is itself a fact not to be disclosed*».



testamentario alla corresponsione promessa alla spia nordista per l'appunto dal Presidente degli Stati Uniti per i servizi svolti. *Totten* fu il primo caso in cui si applicò la teoria dello *State secrets privilege* e si ritenne che anche la mera rivelazione dell'esistenza del contratto avrebbe violato i termini del contratto di spionaggio, perché già tale esistenza era un segreto di Stato da proteggere. Può essere interessante notare che in quell'occasione la Corte Suprema distinse tra il segreto di Stato e altre fattispecie coperte da riservatezza, come le confessioni a ministri di culto, ai rapporti tra coniugi, alle discussioni tra legale e assistito.

In *Totten*, tuttavia, non vennero ancora considerati la sicurezza o gli interessi nazionali: ci si limitò a stabilire il divieto di *judicial inquiry* nelle dispute concernenti i contratti segreti del Presidente.

A distanza di ottanta anni *United States v. Reynolds* confermò lo *State secrets privilege*, permettendo al Governo di non divulgare nessuna informazione in qualche modo legata agli affari militari¹⁸. In questa occasione si trattava della richiesta di risarcimento del danno richiesto dalle mogli degli osservatori civili a bordo di un velivolo militare e che chiesero al Governo federale di produrre in giudizio il rapporto ufficiale e le trascrizioni delle testimonianze dei sopravvissuti. Il Governo si oppose alla richiesta sulla base del fatto che la pubblicazione avrebbe comportato la divulgazione di notizie sull'equipaggiamento segreto a bordo dell'aereo, la cui missione era proprio quella di testare tale equipaggiamento.

Malgrado la domanda di risarcimento si basasse sul *Federal Tort Claims Act* (FTCA), che consentiva ai singoli di agire per condotte pregiudizievoli, la Corte rilevò però che la *Rule 34* del FTCA obbliga le parti a produrre esclusivamente i documenti che siano «*non privilegiati*»; il risarcimento, allora, non poteva essere riconosciuto per la sussistenza di un segreto militare.

Anche in questa occasione, nel mentre si ammise la posizione del Governo sulla riservatezza dei materiali, il giudice americano ma ci si mostrò consapevole dei rischi legati a un possibile abuso del privilegio da parte del Governo e si avvertirono i giudici della necessità di non applicare la regola in maniera incondizionata. Per questo si è affermato che è compito dei giudici valutare la legittimità del *claim of privilege* presentato di volta in volta dal Governo: «*[T]oo much judicial inquiry into the claim of privilege would force disclosure of the thing the privilege was meant to protect, while a complete abandonment of judicial control would lead to intolerable abuses*». Il procedimento delineato dalla Corte in *Reynolds* per verificare la sussistenza del «*privilege*» prevede che ci si assicuri che esso non sia «*lightly invoked*» e che si consideri se dalla divulgazione del segreto militare potrebbe derivare un pericolo nell'interesse della sicurezza nazionale, «*The court itself must determine whether the circumstances are appropriate for the claim of privilege, and yet do so without forcing a disclosure of the very thing the privilege is designed to protect*».

¹⁸ [United States v. Reynolds, 345 U.S. 1 \(1953\)](#).



Tempo dopo il rapporto fu pubblicato: non conteneva affatto riferimenti ad un equipaggiamento militare segreto sul velivolo, al contrario menzionava gli errori commessi dal personale di bordo.

In [Tenet v. Doe](#)¹⁹, sulla stessa linea di [Toten](#), la Corte *Rehnquist* stabilì all'unanimità che le spie non possono fare causa al governo o alla CIA per chiedere l'esecuzione dei termini contrattuali. La vicenda riguardava un ufficiale sovietico, reclutato dalla CIA con la promessa di una vita negli Stati Uniti per lui e per sua moglie, il quale lamentò il successivo inadempimento da parte dell'Agenzia governativa. A distanza di tanto tempo la Corte riconfermò appunto il principio di [Toten](#) e accolse il ricorso della CIA, considerando della massima importanza mantenere la segretezza di questi accordi, «*piuttosto che provare la sorte*».

Lo stesso è avvenuto in [General Dynamics Corp. v. United States](#) (2011)²⁰. La vicenda riguardava un contratto stipulato nel 1988 tra la Marina degli Stati Uniti, General Dynamics e Boeing per la costruzione di un aereo da combattimento. La Corte, sempre all'unanimità, affermò che «*quando la prosecuzione della controversia porterebbe alla rivelazione di segreti di stato, i giudici non devono verificare le affermazioni della parti né dare ragione ad una delle due*» e ciò portò alla negazione dei risarcimenti richiesti.

Attengono, invece al trattamento umanitario dei prigionieri accusati di terrorismo i più recenti casi [United States v. Zubaydah](#) e [FBI v. Fazaga](#)²¹.

Zubaydah, collaboratore di Osama bin Laden, era prigioniero a Guantanamo senza essere mai stato incriminato. Prima di essere condotto nella base di Cuba, era trattenuto presso un centro di detenzione segreto in Polonia, dove ha subito torture. Per sostenere la sua domanda contro il governo polacco, Zubaydah presentò una *discovery motion* negli Stati Uniti per chiedere la testimonianza dei torturatori e dimostrare l'esistenza del centro e l'utilizzo di tecniche di tortura. La Corte Suprema sostenne che anche la sola notizia del luogo del centro avrebbe potuto costituire un pericolo per la sicurezza nazionale e per le relazioni Stati Uniti – Polonia; rigettò il ricorso di Zubaydah, anche se confermò il suo potere di interrogare i torturatori.

Analogamente in [Fazaga](#) la Corte confermò la validità del *State secrets privilege* in casi relativi alla sicurezza nazionale e alle misure anti-terrorismo prese dalla *National Security Agency*.

Per questo nella letteratura di quel Paese di frequente si conclude che la dottrina del *State secrets privilege* e la sua concreta applicazione sono assimilabili a quella delle *political questions* che limitano il sindacato giurisdizionale.

¹⁹ [544 U.S. 1 \(2005\)](#).

²⁰ [563 U.S. 478 \(2011\)](#).

²¹ Rispettivamente [595 U.S. \(2022\)](#) e [596 U.S. \(2022\)](#).



La giurisprudenza americana su [Totten](#) ed i suoi sviluppi è significativa perché essa si è affermata in assenza di ogni disciplina di fonte legislativa: il segreto è stato considerato inerente per definizione alla politica della Federazione e dei suoi organi di governo, in una assimilazione a tutto tondo tra ragioni politiche ed esercizio di una prerogativa che è comunque definita «*privilege*». Inoltre, è stato pressoché da subito riconosciuto il ruolo del giudice nel distinguere tra le varie fattispecie e trovare la regola del caso concreto (malgrado tutta la difficoltà di decidere in contrapposizione al Governo federale). Non sarebbe lontana dal vero una chiave di lettura che a proposito di tale giurisprudenza facesse dell'informazione e/o dell'accesso alla notizia la regola generale e del divieto di divulgazione, normalmente per l'apposizione del segreto di Stato, l'eccezione da giustificare nell'eventuale sindacato giurisdizionale (anche se questo mostra tutti i suoi limiti per la *judicial deference* rispetto a decisioni che a livello più alto sono di natura politica).

4. Il diritto all'informazione nei rapporti con i soggetti professionisti dell'informazione medesima

A questo punto, a richiamare gli svolgimenti precedenti, si dispone di alcuni frammenti per dare concretezza al diritto dell'informazione come situazione giuridica soggettiva attribuita a tutti i cittadini – se non a tutti i residenti nel nostro Paese a prescindere dalla nazionalità – e da poter far valere in giudizio. In fondo, ed in estrema sintesi, o si fa di quello all'informazione uno dei diritti più vaghi e più marginali, malgrado il suo rilievo essenziale per l'ordinamento democratico, oppure lo si rende concreto ed azionabile proprio in virtù del suo carattere essenziale per il funzionamento di un ordinamento democratico e della *Drittwirkung* da riconoscere ai diritti fondamentali ²².

Se si pone mente a tali presupposti può immaginarsi un diritto all'informazione che diventi azionabile nei confronti degli esercenti la professione giornalistica e possa muoversi sul terreno della responsabilità civile ex art. 2043 cc.

Il problema è di frequente prodotto dall'omissione di informazioni e notizie che pure hanno rilievo sociale e politico ovvero dalla ricostruzione lacunosa dei fatti si da darne una versione

²² La circostanza che tale posizione giuridica sia da riconoscere a tutti – ostacolo comunemente opposto a riconoscere la sussistenza di un diritto soggettivo e/o interesse legittimo le volte in cui non sia differenziabile la posizione del soggetto titolare rispetto a quella di tutti gli altri – è un frutto della concezione individualistica a fondamento del sistema processuale. Ma a parte che siffatta differenziazione non è richiesta dall'art. 100 c.p.c., è subito da rilevare che lo stesso ordinamento ammette l'azione popolare proprio nelle controversie politiche relative al godimento delle condizioni di eleggibilità ed alla costituzionalità della disciplina elettorale, secondo Cass. n. 12160/2013, e quindi di [Corte cost. nn. 1/2014, 35/2017 e 240/2021](#). Insomma, le volte in cui si ha a che fare con le condizioni di democraticità dell'ordinamento, quest'ultimo accoglie il diverso criterio dell'azione popolare riconosciuta al cittadino elettore.



assolutamente parziale. In queste ipotesi può immaginarsi una fattispecie di responsabilità civile della concessionaria pubblica, che per la legge, per il contratto di servizio e per il medesimo Codice etico dell'Azienda, dovrebbe assicurare «*la libertà, la completezza, la trasparenza, l'obiettività, l'imparzialità, il pluralismo e la lealtà dell'informazione*»²³. Il fondamento dell'obbligo di completezza e di obiettività dell'informazione è addirittura normativo a tutela dell'intera comunità nazionale e dei suoi singoli appartenenti, cioè dei cittadini in quanto tali. Espressamente, a valorizzare il dato di diritto positivo, può essere ricordato che per l'art. 4 del d.lgs. n. 208/2021 «*il sistema dei servizi di media audiovisivi e della radiofonia, si conforma ai seguenti principi, a garanzia degli utenti: a) libertà e pluralismo dei mezzi di comunicazione radiotelevisiva; b) libertà di espressione di ogni individuo, inclusa la libertà di opinione e quella di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza limiti di frontiere, nel rispetto della dignità umana, del principio di non discriminazione e di contrasto ai discorsi d'odio; c) obiettività, completezza, lealtà e imparzialità dell'informazione; d) contrasto alle strategie di disinformazione; e) tutela dei diritti d'autore e di proprietà intellettuale; f) apertura alle diverse opinioni e tendenze politiche, sociali, culturali e religiose; ...*». L'art. 6 stabilisce che «*la disciplina dell'informazione radiotelevisiva, garantisce: a) la presentazione veritiera dei fatti e degli avvenimenti, in modo tale da favorire la libera formazione delle opinioni; ...*». L'art. 2 del contratto di servizio 2023-2028 afferma che «*la RAI deve assicurare ai cittadini utenti un'offerta complessiva di servizio pubblico rilevante, ossia di valore e di qualità per il benessere e la vita degli utenti ...*». Ma allora l'insistito riferimento agli utenti non può essere solo pleonastico e privo di valore giuridico. Al contrario va preso sul serio. Ciò comporta che ad ogni soggetto va riconosciuta legittimazione a far valere nei confronti della concessionaria pubblica per dolersi di omissioni di informazioni necessarie ovvero solo utili per la conoscenza delle vicende politiche e la rispettiva valutazione. E lo strumento è l'azione ex art. 2043 cc, anche se può arriversi ad individuare anche un'azione ex art. 1218 cc, atteso che il pagamento del canone altro non è che il corrispettivo di un servizio e, quindi, fonte di un vero e proprio rapporto contrattuale.

Potrebbe dirsi che ancora una volta a fondamento di questa azione vi è il principio della libertà di voto di cui all'art. 48 Cost., giacché la completa informazione politica è presupposto indefettibile per l'esercizio consapevole del voto. L'omissione dell'obbligo di fornire da parte del servizio pubblico in tutte le sue manifestazioni un'informazione corretta ed esauriente produce, quindi, la responsabilità del concessionario.

²³ L'obbligo di informazione esaustiva e pluralista era già contenuto, per rifarsi alla disciplina più recente, nel d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177, specificamente agli artt. 7, 45, 47 e 49; oggi è contenuto agli artt. 59 ss. Del d.lgs. n. 8 novembre 2021, n. 208, nonché nel contratto di servizio 2018-2022 ed in quello 2023-2028 (in *GURI* 25 maggio 2024, n. 121), e nello stesso Codice etico dell'Azienda concessionaria pubblica, dal quale è tratto il testo tra virgolette.



Ma il medesimo risultato può affermarsi per gli altri soggetti dell'informazione, tutti tenuti a rispettare i citati artt. 4 e 6 del d.lgs. n. 208/2021, che stabiliscono «*principi generali del sistema dei servizi di media audiovisivi, della radiofonia e dei servizi di piattaforma per la condivisione di video*».

Se a tali disposizioni si vuole dare contenuto e si vuole conferire significato alla nozione di servizio pubblico, anche per gli altri operatori può immaginarsi un obbligo di informazione completa e "leale" la cui violazione integra un illecito civile ex art. 2043 cc.

Ed al medesimo risultato può pervenirsi per i giornali cd generalisti, i quali pretendono di esprimere posizioni distanti da definite parti politiche, e si definiscono indipendenti, obbligati pertanto a dare informazioni complete, a fronte di quelli d'opinione, dichiaratamente rivolti invece ad esprimere posizioni di parte e quindi a selezionare notizie, anzi dove il commento prevale sulla notizia.

La distinzione tra fonti di informazione generaliste e fonti d'opinione, cui si affianca l'individuazione del cd giornalismo d'inchiesta, è già utilizzata dalla giurisprudenza nelle più varie direzioni. Essa può costituire la chiave di discriminazione anche in ordine all'obbligo qui indicato di fornire informazioni esaurienti, specie sotto il versante politico, a tutti i potenziali lettori. Giornali che a livello nazionale sono ovvero pretendono di essere di riferimento generale hanno l'obbligo di offrire informazioni veritiere ed esaurienti. Lo stesso è da dirsi per quei periodici che a livello regionale o locale esercitano monopoli di fatto per essere pressoché uniche fonti di informazione nei rispettivi territori: anche a loro carico va affermato un obbligo di informazione trasparente e completa. Invero, da tempo la giurisprudenza ha individuato limiti alla libertà di stampa ²⁴ in nome della verità dei fatti, che «*non è rispettata quando, pur essendo veri i singoli fatti riferiti, siano, dolosamente o anche soltanto colposamente, taciuti altri fatti, tanto strettamente ricollegabili ai primi da mutarne completamente il significato. La verità non è più tale se è "mezza verità" (o comunque, verità incompleta): quest'ultima, anzi, è più pericolosa della esposizione di singoli fatti falsi per la più chiara assunzione di responsabilità (e, correlativamente, per la più facile possibilità di difesa) che comporta, rispettivamente, riferire o sentire riferito a sé un fatto preciso falso, piuttosto che un fatto vero sì, ma incompleto. La verità incompleta (nel senso qui specificato) deve essere, pertanto, in tutto equiparata alla notizia falsa*». Allora, che l'omessa pubblicazione di un fatto da parte di un giornale che si definisce generalista (*id est*: indipendente) equivalga ad un'informazione falsa si pone in continuità con quella giurisprudenza. Il punto è che se un organo di stampa occupa una significativa posizione nel relativo mercato (nazionale o locale), lo stesso non può ignorare le notizie sui fatti e sugli eventi che pure avvengono nella realtà naturale (un terremoto, un omicidio, una vittoria alle Olimpiadi, ecc.); allora, se l'omessa o la ritardata pubblicazione di una notizia afferente secondo un criterio di *id quod plerumque accidit* riguardasse un fatto politico rilevante ai fini della formazione del giudizio dei cittadini-elettori,

²⁴ Cfr. il cd decalogo dettato alla stampa da Cass., I, 18 ottobre 1984, n. 5259.



si integrerebbe la violazione dell'obbligo di un'informazione compiuta e ciò costituirebbe l'illecito nei confronti del pubblico dei lettori e di ciascuno singolarmente.

Se si vuole, quella qui proposta è una lettura funzionalistica della libertà di stampa dell'art. 21 Cost. e si conviene che essa finisce per limitare la libertà d'impresa. Solo che può dubitarsi che all'impresa di comunicazioni debbano applicarsi le medesime qualificazioni dell'attività commerciale e non, invece, regole specifiche che portino a sanzionare «*censure*» provenienti da interessi imprenditoriali o politici non dichiarati ovvero puramente dal conformismo culturale. È da notare, poi, che la tesi avanzata non riguarda di per sé l'attività giornalistica riferita al singolo professionista, ma l'impresa di comunicazione che agisce in base a criteri per l'appunto imprenditoriali ed alla quale, allora, può ben richiedersi di assicurare determinati standard. Invero, già l'art. 21 promuove una legislazione che permetta di individuare il "padrone" o gli interessi economici fatti valere; l'affermazione di responsabilità civile a carico dell'impresa per il caso che non siano date notizie (anche solo) utili alla formazione di un giudizio politico e, quindi, all'esercizio della libertà politica sancita dall'art. 48 Cost., risulta coerente con la distinzione che già nel testo costituzionale è presente.

5. Le limitazioni all'accesso alle informazioni nei rapporti con le pubbliche amministrazioni. La vicenda Covid

Campo privilegiato di accesso alle informazioni è indubbiamente il diritto amministrativo, per la quantità e la qualità di dati e notizie dei quali la pubblica amministrazione dovrebbe essere in possesso. La circostanza, anzi, che si sono susseguite nel tempo tante discipline sul diritto di accesso dei cittadini alle informazioni nel dominio amministrativo dimostra che questo settore è tuttora tra i più delicati²⁵. Va notato che le proclamazioni legislative pongono l'accento sull'inerenza dell'accesso alla partecipazione dei cittadini, che è un valore sancito direttamente dagli artt. 1 e 3 Cost.²⁶. Invero, le vicende che hanno dato luogo alle [sentenze](#)

²⁵ Così, quasi andando a memoria, può prendersi le mosse dall'art. 24 della l. n. 816/1985, sul diritto di accesso dei consiglieri locali ai documenti amministrativi dell'ente, poi regolato dall'art. 31 della l. n. 43/1990, e rifluito nell'art. 43 d.lgs. n. 267/2000; e ricordare l'art. 14 della l. n. 349/1986, istitutiva del Ministero dell'ambiente, sul diritto di ogni cittadino ad accedere alle informazioni disponibili sullo stato dell'ambiente, poi oggetto di disciplina per il d.lgs. n. 39/1997, in attuazione della direttiva 90/313/CEE, e del d.lgs. n. 195/2005, che ha dato esecuzione alla direttiva 2003/4/CE; l'art. 22 ss. della l. n. 241/1990; e il d.lgs. n. 33/2013, conformato sul modello del FOIA statunitense del 1967.

²⁶ Così, l'art. 22 della l. n. 241/1990, secondo cui «l'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza»; e l'art. 1 del d.lgs. n. 33/2013, in base al quale «La trasparenza è intesa come accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo



[della Corte costituzionale nn. 82/1976](#) e [86/1977](#) sul segreto di Stato si sono sviluppate nell'ambito di procedimenti penali. Epperò, il problema della riservatezza di informazioni, e segnatamente del segreto, non tocca solo il settore penale, ma potrebbe riguardare anche quello civile ed investe a tutto campo quello amministrativo. Anzi l'art. 24 della l. n. 241/1990 prevede come sottratti all'accesso gli atti coperti dal segreto di Stato e la disciplina seguente fa del giudice amministrativo quello competente a giudicare sulla legittimità del diniego opposto all'eccesso di tal tipo.

Per questo risulta ancora ad oggi assurdo che la Presidenza del Consiglio dei ministri abbia voluto escludere l'accesso ai verbali del Comitato Tecnico Scientifico nominato in occasione dell'emergenza Covid ed i cui esiti probabilmente sono stati a fondamento dei noti DPCM che hanno segnato la nostra vita durante l'emergenza Covid, in base al fatto che tali atti sarebbero stati prodromici all'adozione di atti normativi²⁷. Ne è derivata una battaglia legale che ha visto Tar Lazio, n. 8615/2020, rilevare la peculiare atipicità dei DDPCM a mezzo dei quali si è gestita l'emergenza, e soprattutto rigettare l'idea che l'accesso potesse essere un beneficio concesso dalla p.a.²⁸.

Tale assunto è stato fatto proprio dal Presidente Frattini nel Decreto n. 4574/2020²⁹, e poi da Cons. Stato n. 5426/2020.

delle risorse pubbliche». Vi hanno fatto seguito la Circolare FOIA n. 2/2017 e poi la Circolare n. 1/2019 della Presidenza del Consiglio.

²⁷ In realtà, l'art. 24, comma 1, lett. b, della l. n. 241/1990, non esclude *sic et simpliciter* l'accesso ai documenti diretti «*all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione*», ma dispone che per essi «*restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione*», che insomma la pubblicità è il principio generale e la conoscenza di tali atti è comunque – o deve essere – assicurate a secondo i rispettivi regimi. Ad esempio, non potrebbe rimanere riservato il parere del CdS su un regolamento governativo ex art. 17 della l. n. 400/1988. Laddove la disciplina particolare non esistesse, “ritorna” ad essere applicabile almeno in via sussidiaria la regolamentazione di principio sull'accesso della l. n. 241/1990.

²⁸ Al contrario ha rilevato che «*la ratio dell'intera disciplina normativa dell'accesso impone di ritenere che se l'ordinamento giuridico riconosce, ormai, la più ampia trasparenza alla conoscibilità anche di tutti gli atti presupposti all'adozione di provvedimenti individuali o atti caratterizzati da un ben minore impatto sociale, a maggior ragione deve essere consentito l'accesso ad atti, come i verbali in esame, che indicando i presupposti fattuali per l'adozione dei descritti DDPCM, si connotano per un particolare impatto sociale, sui territori e sulla collettività. Il ricorso in oggetto, assorbita ogni altra censura, deve pertanto essere accolto, in considerazione della natura degli atti chiesti in visione nonché delle finalità dello strumento dell'accesso civico generalizzato di cui all'art. 5 del D.Lgs. n. 33/2013, che oltre a favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche, ha anche la finalità di promuovere, come nel caso in esame, la partecipazione al dibattito pubblico (T.A.R. Lazio Roma Sez. I ter, 29/04/2020, n. 4381; T.A.R. Lazio Roma Sez. I quater, 28/03/2019, n. 4122)*».

²⁹ Ove si scritto che «*1) detti verbali hanno costituito il presupposto per l'adozione di misure volte a comprimere fortemente diritti individuali dei cittadini, costituzionalmente tutelati ma non contengono elementi o dati che la stessa appellante abbia motivatamente indicato come segreti; 2) le valutazioni tecnico-scientifiche si riferiscono a periodi temporali pressoché del tutto superati e la stessa Amministrazione, riservandosi una volontaria ostensione, fa comprendere di non ritenere in esse insiti elementi di speciale segretezza da opporre agli*



Invero, la mancata ostensione di tali atti rispondeva, in definitiva, all'idea di mantenere riservate notizie sulla pandemia che potevano suscitare allarme nell'opinione pubblica³⁰, ma soprattutto alla volontà dell'Esecutivo di sottrarsi ad ogni circuito della responsabilità politica. Infatti, se i DDCM sono stati giustificati sulla base delle risultanze scientifiche, il loro contenuto risultava pressoché necessitato: solo che l'ignoranza intorno al fondamento tecnico-scientifico avrebbe impedito in radice ogni valutazione circa la loro rispondenza al dato tecnico e reso impossibile, pertanto, ogni valutazione critica. Si vuol dire che, ancora una volta, il problema dell'accesso riguardava un vero e proprio problema di democrazia.

6. Il segreto di Stato: la sentenza Crisafulli e quella Roerhessen sui principi del sistema

Si è più volte fatto riferimento al limite all'informazione costituito dal segreto di Stato: vera e propria manifestazione della ragion di Stato a fondamento dell'intera esistenza del potere pubblico.

A questo punto può ritornarsi alle [sentenze della Corte costituzionale nn. 82/1976 e 86/1977](#), che dai relatori potrebbero chiamarsi brevemente sentenze Crisafulli e Roerhssen. Entrambe hanno avuto ad oggetto gli artt. 342 e 352 c.c.p. del 1930, ma hanno costruito il modello costituzionale di segreto di Stato nel nostro ordinamento, sino ad ispirare la successiva l. 24 ottobre 1977, n. 801.

Si deve alla sentenza Crisafulli aver ricondotto il segreto al «*supremo interesse della sicurezza dello Stato nella sua personalità internazionale, e cioè l'interesse dello Stato - comunità alla propria integrità territoriale, indipendenza e - al limite - alla stessa sua sopravvivenza. Interesse presente e preminente su ogni altro in tutti gli ordinamenti statali, quale ne sia il regime politico, che trova espressione, nel nostro testo costituzionale, nella formula solenne dell'art. 52, che proclama la difesa della Patria "sacro dovere del cittadino"*». A quella sentenza, insomma, si deve aver posto le basi per una concezione oggettiva del

stessi cittadini, che le forti riduzioni di libertà hanno accettato in nome di una emergenza sanitaria i cui aspetti proprio quei verbali elaborano;

3) non si comprende, proprio per la assoluta eccezionalità di tali atti, rispetto alle categorie tradizionali invocate in senso opposto dalle due parti, perché si debba includere tali atti atipici nel novero di quelli sottratti alla generale regola di trasparenza e conoscibilità da parte dei cittadini, giacché la recente normativa – ribattezzata "freedom of information act" sul modello americano – prevede come regola l'accesso civico e come eccezione – tra cui questi atti atipici non possono essere inclusi né per analogia né per integrazione postuma della norma – la non accessibilità di quelle sole categorie di atti che, trattandosi di eccezione alla regola, devono essere interpretate restrittivamente».

³⁰ Sempre la suggestione del "popolo bambino" del quale parlava S. Rodotà a proposito della limitazione all'ammissibilità dei referendum disposta con la [sentenza della Corte costituzionale n. 16/1978](#).



segreto e di averne posto il fondamento nello Stato-comunità, piuttosto che nello Stato-persona, che si identificerebbe poi con la maggioranza di governo in carica.

La [sentenza 86/1977](#) ha portato a compimento tali premesse ed ha condiviso con esse che l'interesse costituzionale superiore è stato rinvenuto nel dovere di difesa della Patria ed in quello di sicurezza nazionale, che pure è citato ad altro contesto nel testo della Costituzione. La questione prendeva le mosse dalla doglianza di un giudice penale che contestava la legittimità costituzionale degli artt. 342 e 352 dell'allora cpp, e della «*normativa di sbarramento per effetto della quale il giudice non ha alcuna possibilità di intervenire ed il potere esecutivo rimane pienamente arbitro di decidere*». Da ciò per la Corte la necessità che il contenuto delle disposizioni normative fosse delimitato «*con la maggiore esattezza possibile, sotto il profilo obbiettivo*», «*in modo da dare ad esse una interpretazione che sia conforme ai principi della Costituzione*». Sempre, con le parole della sentenza, «*quando si parla di segreto politico-militare o di segreto di Stato si pone necessariamente un problema di raffronto o di interferenza con altri principi costituzionali (come appunto quello del rapporto con i principi che reggono la funzione giurisdizionale), sicché occorre dare una interpretazione la quale deve essere armonizzata ed inquadrata nel nostro assetto costituzionale. Un principio di segretezza che possa resistere anche dinanzi ad altri valori costituzionali, quali quelli tutelati dal potere giurisdizionale, deve, cioè, trovare, a sua volta, fondamento e giustificazione in esigenze anch'esse fatte proprie e garantite dalla Costituzione e che possano essere poste su un piano superiore*». L'insistenza è stata sul carattere obiettivo del segreto e la sentenza ha fatto discendere da ciò il procedimento da seguire e, persino, le competenze da esercitare. Il fondamento del segreto è stato, così, individuato in «*norme della stessa Costituzione che fissano elementi e momenti imprescindibili del nostro Stato: in particolare vanno tenuti presenti l'indipendenza nazionale, i principi della unità e della indivisibilità dello Stato (art. 5) e la norma che riassume i caratteri essenziali dello Stato stesso nella formula di "Repubblica democratica" (art. 1). Con riguardo a queste norme si può, allora, parlare della sicurezza esterna ed interna dello Stato, della necessità di protezione da ogni azione violenta o comunque non conforme allo spirito democratico che ispira il nostro assetto costituzionale dei supremi interessi che valgono per qualsiasi collettività organizzata a Stato e che, come si è detto, possono coinvolgere la esistenza stessa dello Stato*». La conclusione è stata che «*in tal modo si caratterizza sicuramente la natura di questi interessi istituzionali, i quali devono attenere allo Stato - comunità e, di conseguenza, rimangono nettamente distinti da quelli del Governo e dei partiti che lo sorreggono. É solo nei casi nei quali si tratta di agire per la salvaguardia di questi supremi, imprescindibili interessi dello Stato che può trovare legittimazione il segreto in quanto mezzo o strumento necessario per raggiungere il fine della sicurezza. Mai il segreto potrebbe essere allegato per impedire l'accertamento di fatti eversivi dell'ordine costituzionale*». La decisione sul segreto è – per così dire – svincolata dalla ragione di Stato, pronta a giustificare



ogni cosa, ed è stata invece collegata a «*la esistenza, la integrità, la essenza democratica dello Stato*».

La sentenza Roerhessen ha quindi pressoché riscritto la normativa.

In ordine al problema di stabilire la competenza a decidere sul segreto si è notato che la stessa non possa non spettare a «*che è posto al vertice dell'organizzazione governativa*» ai sensi dell'art. 95 Cost. e da qui l'illegittimità delle norme indubiate nella parte in cui assegnavano tale competenza al Ministro di grazia e giustizia. Riguardo, invece, il profilo relativo al controllo sull'esercizio del potere governativo – si direbbe della configurazione del sistema di *checks and balances* – la sentenza ha escluso che ciò potesse essere svolto dal potere giurisdizionale ³¹ ed ha, invece, inteso esaltare «*la responsabilità generale ed istituzionale del Governo*» nei confronti del Parlamento ed a carico del primo «*l'obbligo di motivare il provvedimento che definitivamente decide sul mantenimento del segreto*».

Una decisione manipolativa assolutamente innovativa, di quelle che hanno sviluppato in molti di noi l'interesse per il diritto costituzionale come strumento di trasformazione dell'ordinamento stesso.

Deve, però, farsi notare una circostanza, e cioè che le sentenze degli anni 1976-1977 ricadono nell'epoca del consociativismo politico inaugurato dai regolamenti parlamentari del 1971 e risultano alla fine espressione della cultura che faceva al tempo della centralità parlamentare l'elemento distintivo della forma di governo e del suo funzionamento in Italia. È un punto sul quale si deve proseguire: l'insistenza sul controllo parlamentare scontava la fiducia sul fatto che talune vicende potessero trasferirsi nel campo del confronto politico ed interessare l'opinione pubblica, di modo che solo la prospettiva di dover giustificare avanti il

³¹ «L'altro aspetto della questione, come sopra indicata, è quello che tocca più da vicino il problema sollevato dalla ordinanza di rimessione, poiché si tratta di stabilire se il c.d. sbarramento all'esercizio del potere giurisdizionale si possa o meno considerare conforme al nostro sistema costituzionale e quindi, in definitiva, di stabilire come la Costituzione risolve il bilanciamento fra l'interesse alla sicurezza e quello della giustizia nei casi nei quali vengano in conflitto.

Considera al riguardo la Corte che la sicurezza dello Stato costituisce interesse essenziale, insopprimibile della collettività, con palese carattere di assoluta preminenza su ogni altro, in quanto tocca, come si è ripetuto, la esistenza stessa dello Stato, un aspetto del quale è la giurisdizione. E questa Corte ha già riconosciuto che non mancano, appunto, alcuni interessi rilevanti che condizionano la stessa giurisdizione o rendono legittime norme che limitano in qualche modo il diritto di difesa, come l'art. 349, ultimo comma, c.p.p., sul segreto di polizia, la cui legittimità costituzionale è stata affermata con sentenze n. 114 del 1968 e n. 175 del 1970. D'altronde il giudizio sui mezzi idonei e necessari per garantire la sicurezza dello Stato ha natura squisitamente politica e, quindi, mentre è connaturale agli organi ed alle autorità politiche preposte alla sua tutela, certamente non è consono alla attività del giudice. Nel nostro ordinamento, del resto, è di regola inibito al potere giurisdizionale di sostituirsi al potere esecutivo ed alla P.A. e, quindi, di operare il sindacato di merito sui loro atti, e ciò vale anche per il giudice amministrativo, al quale il controllo di merito è consentito solo nei casi tassativamente determinati dalla legge. Contraddire a questo principio significherebbe capovolgere taluni criteri essenziali del nostro ordinamento e, in fatto, eliminare praticamente il segreto ancor prima di una qualsiasi pronuncia del giudice e - può ben dirsi - nel momento stesso nel quale la questione della ammissibilità o meno del segreto fosse sottoposta ad un giudice».



Parlamento ed al Paese la decisione di porre e mantenere il segreto di Stato sarebbe stato il miglior deterrente ad una generalizzata apposizione del segreto ed, al contrario, a limitarla ad ipotesi eccezionali sostanzialmente condivise dalle forze politiche del cd arco costituzionale. La parlamentarizzazione della decisione sul segreto sarebbe lo strumento per garantire il carattere obiettivo del segreto: il Parlamento come espressione della Repubblica democratica e della sua tutela. A mezzo secolo di distanza e dopo le trasformazioni del quadro politico è da dubitare che quel presupposto politico si sia mantenuto e se, talvolta, non ci si debba interrogare sui limiti da individuare a carico del medesimo Parlamento, *id est* della maggioranza.

Così, ancora, la limitazione a carico dell'attività giurisdizionale risulta oggi di più difficile accettazione: la ricerca di materiale probatorio è strumentale alle ragioni dell'accusa e, quindi, alla tutela delle vittime del medesimo e comunque al mantenimento delle condizioni democratiche che poggiano sull'informazione da assicurare a tutti i cittadini; come è funzionale per la difesa degli imputati, i quali dall'acquisizione di dati segreti possono trarre elementi a sostegno delle loro ragioni. Risulta difficile sostenere che non vengano in considerazione il diritto alla tutela giurisdizionale ex art. 24 Cost. e 6 Cedu, così come il principio del contraddittorio, quello della parità delle armi ed il cd diritto alla prova che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo fa derivare appunto dall'art. 6 della Convenzione³².

Si tratta tutti di principi che attengono a diritti costituzionali fondamentali, in ordine ai quali la tensione tra valori costituzionali si fa assolutamente accesa, come del resto mostrato dalla vicenda Abu Omar in tempi recenti.

7. La legge n. 204/2017: il carattere temporaneo del segreto e la parlamentarizzazione della procedura

La giurisprudenza degli anni settanta dello scorso secolo ha ispirato la legge n. 801/1977 e la più recente l. 2 agosto 2007, n. 124, che ha razionalizzato tali principi: attribuzione al Presidente del Consiglio della decisione sull'apposizione del segreto di Stato, relazione del Governo al Parlamento (art. 38), competenza del Copasir costituito in misura paritaria da maggioranza ed opposizioni, relazione del Copasir al Parlamento (art. 35)³³.

³² Cfr. tra le tante decisioni della Cedu applicativi di orientamenti consolidati [Ekbatani c. Svezia](#), 26 maggio 1988, § 30, sulla parità delle armi; [Ogaristi c. Italia](#), 18 maggio 2010, § 55, sul contraddittorio; [Lüdi c. Svizzera](#), 15 giugno 1992, § 47 e 49; [Isgrò c. Italia](#), 19 febbraio 1991, § 34.

³³ Sul tema, di recente, G. Dalia, M. Panebianco, a cura di, *Il segreto di Stato. Una indagine multidisciplinare sull'equo bilanciamento dei ragioni politiche e giuridiche*, Torino, 2022; e R. Bifulco, *Segreto e potere pubblico*, in *Enc. diritto. Potere e costituzione*, cit., 1096 ss., cui si rinvia per tutte le indicazioni bibliografiche.



In particolare la disciplina prevede due istituti: la parlamentarizzazione delle eventuali “crisi” tra Copasir e Presidente del Consiglio (artt. 31 e 41: il Copasir, se ritiene infondata l’opposizione del segreto di Stato, ne riferisce a ciascuna delle Camere per le opportune valutazioni), cioè il trasferimento della vicenda sul piano meramente politico; il carattere temporaneo del segreto (15 anni estensibili a trenta); ed il possibile intervento della Corte costituzionale, investita dall’autorità giudiziaria nelle varie vicende in cui il Presidente del Consiglio ha apposto il segreto di Stato o ha “coperto” la responsabilità di agenti (artt. 17-18). In queste ipotesi lo strumento a disposizione dell’autorità giudiziaria è il conflitto di attribuzione ad instar di quanto avviene riguardo l’applicazione dell’art. 68 Cost. per effetto della legge 20 giugno 2003, n. 140 (art. 3).

La legge n. 124/2007 dispone espressamente ed a più riprese che in nessun caso il segreto è opponibile alla Corte costituzionale, la quale adotterà le necessarie garanzie per la segretezza del procedimento e dell’informazione medesima da mantenere riservata (art. 19, ed artt. 202, 204, 270-bis cpp, come riscritti dalla legge n. 124). In dottrina non a caso si è sostenuto che il giudizio costituzionale sarebbe la sede per il sindacato di merito sulla necessità del segreto e, quindi, sulla legittimità della decisione del Governo³⁴. Il problema avvertito, insomma, è di non lasciare l’Esecutivo solo nella decisione sull’apposizione e sul mantenimento del segreto, ma di esternalizzare – per così dire – la vicenda e di giurisdizionalizzarla, cioè di rendere in qualche maniera soggetta al sindacato giurisdizionale la scelta di mantenere riservate talune informazioni.

Sul punto può già rilevarsi che problemi relativi al segreto possono emergere anche davanti il giudice civile e non a caso si è ricordata all’inizio la giurisprudenza che si è formata sulla tragedia di Ustica nel 1980, tuttora segnata dal mistero in ordine alla causa del disastro. Gli strumenti di acquisizione di dati nel processo civile dovrebbero essere tuttora quelli di ispezione (art. 118 cpc), di esibizione delle prove (art. 210), di richiesta di informazioni alla p.a.

³⁴ È una notazione di R. BIFULCO, *Segreto e potere pubblico*, cit., 1114: «*la legge, oltre a realizzare un difficile bilanciamento tra differenti interessi costituzionali, quali la sicurezza della Repubblica e l’obbligatorietà dell’azione penale, fa della Corte costituzionale il giudice ultimo del segreto*», anche se si lamenta «*che poi la Corte costituzionale, quando è stata coinvolta, abbia esercitato un intenso self-restraint, ... [ritenuta solo] questione di fatto e liberamente criticabile*». Epperò, anticipando la riflessione nel testo, se il funzionamento della vigente disciplina incontra in pratica fasi di *impasse* ovvero produce soluzioni concrete ritenute insoddisfacenti occorre probabilmente ripensare la stessa scansione procedurale. Il fatto è che, alla fine, la decisione sul segreto impatta su situazioni giuridiche soggettive (nella vicenda *Reynolds*, sia pure riferita all’esperienza statunitense, il diritto al risarcimento del danno) la cui cognizione è assegnata alla giurisdizione ordinaria e/o comune e non a quella costituzionale, ove la piena considerazione della posizione del singolo è, per così dire, ancora in corso di affermazione. Il giudice costituzionale, infatti, non è una Corte suprema e l’oggetto del giudizio costituzionale (di legittimità o in sede di conflitto) è sempre quello conformato dal giudice *a quo* o dal potere dello Stato che si lagna della lesione delle sue attribuzioni, con l’esito che il soggetto privato non può affatto intervenire a modificarlo o ad estenderlo. Si vuol dire che il giudice delle libertà è quello comune e lo sforzo dovrebbe tendere a rendere effettiva la tutela giurisdizionale sin dalle prime fasi di proposizione della domanda.



(art. 213) e di esperimenti (art. 261). Il rinvio dell'art. 118 cpc (stranamente mai modificato) alle disposizioni del rito penale dovrebbero intendersi alla disciplina del codice del 1988 per come modificata dalla l. n. 124.

Analogo rilievo può farsi per l'istruttoria nel processo amministrativo, giacché l'art. 63 d.lgs. n. 104/2010 richiama espressamente l'esibizione di documenti e l'ispezione ed ammette gli «*altri mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento*». E lo stesso vale nel giudizio contabile per l'art. 94 del d.lgs. n. 174/2016.

In tali giudizi, qualora vengano in rilievo questioni di segreto di Stato, dovrebbe essere conseguente utilizzare per analogia la disciplina indicata dagli artt. 202 ss del cpp, giacché altrimenti le normative diversa da quella penale risulterebbero illegittime per l'ingiustificata omissione da colmare a mezzo dell'intervento del giudice costituzionale.

8. La vicenda Abu Omar: dal segreto alla responsabilità dello Stato italiano e dei suoi organi, compreso il Presidente della Repubblica

La tesi, però, che il giudice costituzionale sia il soggetto più idoneo ad assicurare la tutela di tutti i valori coinvolti in una vicenda in cui sia apposto il segreto di Stato deve fare attenzione al fatto che lo stesso sconta un alone di politicità che produce la riluttanza del giudice a sostituire la sua decisione a quella dell'Esecutivo e limita alla fine il sindacato giurisdizionale. Non a caso la giurisprudenza [Totten](#) della Corte suprema statunitense rappresenta un modello di *judicial deference* nei confronti di espressioni di volontà politica che mostra tutta la difficoltà di intervenire su vicende di tal specie.

Nella giurisprudenza costituzionale italiana la vicenda Abu Omar è esemplare al riguardo. La [sentenza n. 106/2009](#) ha ripercorso i precedenti della stessa Corte, ha ricordato il precedente Roehressen, la legge n. 801/1977 e la più recente legge n. 124/2007 nell'individuare il fondamento del segreto nell'integrità dello Stato democratico, nella difesa delle istituzioni e del libero esercizio delle funzioni degli organi costituzionali, nell'indipendenza dello Stato e nella sua difesa militare; ha insistito sul profilo oggettivo del segreto. Ma poi il richiamo ai fondamentali valori alla cui tutela il segreto assolve ha condotto a privilegiare la scelta del Governo, i cui ricorsi non a caso sono stati parzialmente accolti.

La sentenza n. 106, infatti, ha adottato un modello di giudizio che nel processo amministrativo si chiamerebbe di sindacato estrinseco, cioè – lo si dica senza infingimenti – di affermazione del principio di autorità e di limitazione del sindacato ad ipotesi così marginali da risultare di fatto inesistente: «*In queste condizioni, quindi, è escluso – ferme restando le competenze di questa Corte in sede di conflitto di attribuzioni – qualsiasi sindacato giurisdizionale non solo sull'an, ma anche sul quomodo del potere di segretazione, atteso che «il giudizio sui mezzi idonei e necessari per garantire la sicurezza dello Stato ha natura*



squisitamente politica e, quindi, mentre è connaturale agli organi ed alle autorità politiche preposte alla sua tutela, certamente non è consono alla attività del giudice». Pervenire, difatti, a differente conclusione «significherebbe capovolgere taluni criteri essenziali del nostro ordinamento» (a cominciare da quello secondo cui «è di regola inibito al potere giurisdizionale di sostituirsi al potere esecutivo ed alla P.A. e, quindi, di operare il sindacato di merito sui loro atti») e, soprattutto, «eliminare praticamente il segreto» (sentenza n. 86 del 1977). Le modalità di esercizio del potere di segretezza restano, dunque, assoggettate ad un sindacato di natura parlamentare, tale essendo «la sede normale di controllo nel merito delle più alte e più gravi decisioni dell'Esecutivo», giacché «è dinanzi alla rappresentanza del popolo, cui appartiene quella sovranità che potrebbe essere intaccata (art. 1, secondo comma, della Costituzione), che il Governo deve giustificare il suo comportamento ed è la rappresentanza popolare che può adottare le misure più idonee per garantire la sicurezza» a presidio della quale, come si è visto, si pone la disciplina in materia di segreto».

La successiva [decisione n. 24/2014](#) ha portato ad applicazione siffatta impostazione sino al punto di annullare una sentenza della Cassazione che, a sua volta, aveva annullato una sentenza di proscioglimento dei soggetti coinvolti nell'affaire.

Epperò, siffatto esito si è rivelato alla fine non soddisfacente se l'Italia è stata condannata dalla Corte Edu con la sentenza del 23 febbraio 2016, [Nasr e Ghali c. Italia](#).

Invero, già con la sentenza [El-Masri c. Macedonia](#)³⁵ la Corte di Strasburgo aveva condannato la prassi delle *extraordinary renditions* che hanno visto Paesi aderenti alla Cedu consegnare agli Stati Uniti sospetti terroristi. In quell'occasione quel giudice non potette non constatare la violazione di tante norme di principio della Convenzione e l'utilizzo distorto del segreto di Stato utilizzato spesso proprio per ostacolare o impedire la ricerca della verità. Anzi, la Corte ha preso le mosse dalle Risoluzioni del Consiglio per i diritti umani dell'Onu per ricordare il riconoscimento del «*right of the victims of gross violations of human rights and the right of their relatives to the truth about the events that have taken place, including the identification of the perpetrators of the facts that gave rise to such violations*»³⁶. Il diritto alla verità assume una dimensione individuale in capo alle vittime ed ai loro familiari, come se già la verità costituisca una forma di riparazione per la violazione subita; e riguarda anche il versante pubblico e/o sociale, per l'informazione che si deve all'opinione pubblica e per la lotta contro

³⁵ [Corte Edu, 13 dicembre 2012](#). Si è trattato di una vicenda aberrante perché un cittadino tedesco di origini libanesi, El-Masri, sospettato di essere terrorista, era stato arrestato dalla polizia macedone e consegnato alla CIA statunitense che lo ha dapprima condotto in un *black site* in Afghanistan, lo ha detenuto per quattro mesi in condizioni subumane e, dopo essersi resa conto che era stata arrestata la persona sbagliata, lo abbandonò in Albania ai bordi di una strada. Le iniziative giudiziarie di El-Masri contro gli Usa furono bloccate in nome del segreto di Stato. Altri casi di *extraordinary renditions* sono stati quelli di [Husayn](#) e [Al Nashiri](#).

³⁶ Il riferimento è contenuto al § 104: «*United Nations Human Rights Council, Resolutions 9/11 and 12/12: Right to the Truth, adopted on 18 September 2008 and 1 October 2009*» ed è stato poi ribadito nell'intera decisione.



iniquità ed impunità. Da ciò anzi per la Corte Edu il dovere degli Stati di acclarare la verità e, quindi, svolgere adeguate ed effettive indagini.

La sentenza [Nasr e Ghali](#) ha portato a compimento tali premesse. Nel sequestro di Abu Omar e nella sua consegna alle autorità statunitensi la Corte europea ha riconosciuto la violazione degli artt. 3 (divieto di tortura), 5 (diritto alla libertà), 8 (diritto alla vita privata) e 13 (diritto ad un ricorso effettivo) della Convenzione. Ha considerato che le autorità italiane fossero a conoscenza del rischio a carico di Nasr di essere sottoposto a torture e ad altre limitazioni della libertà personale. Per quanto qui riguarda la sentenza ha ritenuto che l'Italia abbia ostacolato appunto con l'apposizione del segreto di Stato l'accertamento dei fatti e l'affermazione della responsabilità dei colpevoli, in contrasto quindi con il divieto di tortura e con il diritto di ogni soggetto ad un ricorso serio ed effettivo. In coerenza con l'impianto della Convenzione, che fa riferimento alla vicenda fattuale a prescindere dal soggetto che la cui attività produce la sua violazione, la sentenza ha considerato che le autorità giudiziarie italiane avevano agito in maniera operosa ³⁷, e che le infrazioni alla Cedu fossero riconducibili alle scelte dei Governi succedutisi negli anni e, persino, al Presidente della Repubblica che aveva concesso la grazia ad un responsabile del sequestro, vanificandone quindi la responsabilità ³⁸. La decisione ha rilevato che, alla fine, con le loro condotte le autorità italiane hanno mirato ad impedire l'accertamento del fatto ed affermare la responsabilità dei suoi autori: «*Nel caso di specie, il principio legittimo del «segreto di Stato», evidentemente, è stato applicato allo scopo di impedire che i responsabili dovessero rispondere delle loro azioni. Di conseguenza l'inchiesta, seppur effettiva e approfondita, e il processo, che ha portato all'identificazione dei colpevoli e alla condanna di alcuni di loro, non hanno avuto l'esito naturale che, nella fattispecie, era «la punizione dei responsabili» (paragrafo 262 supra). Alla fine vi è stata dunque impunità»* ³⁹.

In questa prospettiva la Corte di Strasburgo ha finito per censurare la [sentenza n. 24/2014](#) della Corte costituzionale che aveva così privilegiato l'interesse pubblico dichiarato dal Governo al mantenimento del segreto di Stato. Il giudice sovranazionale non ha esitato a far notare alla Consulta italiana che le informazioni che quest'ultima aveva inteso tutelare con la conferma del segreto di Stato deciso dal Governo, e che fondavano la responsabilità degli agenti del SISMI, «*erano state ampiamente diffuse dalla stampa e su internet ... [e] pertanto che ... fossero di dominio pubblico»* di modo che non si «*comprende in che modo l'uso del segreto di Stato una volta che le informazioni controverse erano state divulgate potesse servire allo scopo di preservare la riservatezza dei fatti»* ⁴⁰.

³⁷ § 272.

³⁸ Precisamente § 271, 273.

³⁹ § 272.

⁴⁰ § 268. Ecco la conclusione del paragrafo: «*tenuto conto di questi elementi, la Corte ritiene che la decisione del potere esecutivo di applicare il segreto di Stato a informazioni che erano già ampiamente note al pubblico abbia prodotto l'effetto di evitare la condanna degli agenti del SISMI»*.



Potrebbe dirsi che i giudici nazionali e quello sovranazionale adottano due prospettive assolutamente diverse: i primi risultano sensibili all'interesse pubblico siccome dichiarato dai Governi a tutelare la sicurezza dello Stato contro ogni sospetto "nemico"; il secondo è molto più attento alla dimensione individuale rispetto alla quale risulta recessivo il mero riferimento a pretese ragioni di interesse nazionale. Probabilmente un sindacato giurisdizionale più intenso anche sotto il versante interno può evitare contrasti così intensi.

9. Dalla decisione sul segreto al procedimento sul segreto. Una soluzione all'insegna del carattere oggettivo della decisione sul segreto: l'esigenza di astrarre l'apposizione del segreto dal circuito della maggioranza parlamentare e di inserire il Capo dello stato nella procedura

Se è giustificato solo il segreto di Stato nel suo profilo "oggettivo", prescindendo cioè dal soggetto politico di volta in volta al Governo, se – come si insiste – l'apposizione del segreto non è e non può essere espressione dell'indirizzo politico di maggioranza⁴¹, si può andare più in là di quanto al tempo indicato dal filone giurisprudenziale in questione e dalla stessa disciplina legislativa.

Della [sentenza n. 86/1977](#) può richiamarsi la parte nella quale ha dichiarato incostituzionali le norme dell'allora codice di rito penale nella parte in cui assegnavano al Ministro di giustizia un potere che avrebbe dovuto essere del Presidente del Consiglio. Erano appunto gli anni della centralità del Parlamento a fronte di governi di coalizione piuttosto deboli. La sentenza intendeva razionalizzare il procedimento di apposizione del segreto con l'esaltazione del ruolo del Parlamento e, di fatto, la compartecipazione dell'opposizione alla decisione sul segreto di Stato, *id est* al relativo procedimento decisorio. Il principio costituzionale a fondamento di quella decisione è che il Governo non può essere lasciato solo nella determinazione sull'apposizione del segreto e che debba in qualche maniera renderne conto. La responsabilità politica del Governo nei confronti delle Camere appariva, in fondo, nel sistema politico italiano degli anni settanta quale lo strumento naturale e del tutto efficace per assicurare che la decisione non "servisse" solo alla maggioranza governativa, ma fosse al contrario condivisa anche dall'opposizione: insomma, la [sentenza n. 86/1977](#) esprimeva un dover essere costituzionale da perseguire ed ancora da raggiungere.

⁴¹ Sempre R. BIFULCO, *Segreto e potere politico*, cit., in una prospettiva che dal piano ricostruttivo si prolunga sul versante del dover essere: «può allora concludersi che il segreto di Stato appare sganciato da logiche politiche, di maggioranza, di indirizzo politico», 1112; «il segreto di Stato non può essere considerato parte dell'indirizzo politico di maggioranza», 1116; ma l'intera voce è dedicata al sostegno della tesi, specie allorché si fanno notare i limiti del controllo parlamentare sul segreto di Stato apposto dal Presidente del Consiglio.



Quel presupposto non si è invero ed è in ogni caso è da mettere in discussione ⁴². La responsabilità politica è risultato essere uno strumento di difficile applicazione nella realtà, specie a fronte delle trasformazioni del sistema elettorale che (anche in conseguenza delle liste bloccate) vedono sempre più intenso il rapporto tra leader dei partiti, Governo e rappresentanza parlamentare.

Tra parentesi può essere rilevato, trasferendosi sul piano delle fonti, che a ritenere il segreto di Stato espressione di interessi diversi da quelli della maggioranza di governo, la materia sarebbe da ritenere coperta di riserva assoluta di legge – addirittura di legge formale – e dovrebbe escludersi la possibilità che il Governo intervenga con regolamento sulla disciplina sostanziale in ordine alla qualificazione delle informazioni ed al loro accesso, come pure prevede oggi la l. n. 124/2007 ⁴³.

In definitiva, oggi la disciplina positiva vigente risulta lacunosa – *id est*: incostituzionale ad applicare sempre lo schema della sentenza Roerhessen, *rectius* l'istanza partecipativa a suo fondamento - nella parte in cui non prevede l'intervento nella relativa procedura di soggetti diversi da quelli propriamente politici, atti a far valere gli interessi obiettivi dell'ordinamento costituzionale al di là ed oltre l'indirizzo politico governativo. Ora, l'organo costituzionale che per definizione incarna siffatti interessi è il Presidente della Repubblica. Ne deriva l'incostituzionalità dell'attuale disciplina che esclude il Capo dello Stato dalla procedura di decisione sull'apposizione del segreto.

Al contrario, proprio il carattere oggettivo del segreto e della determinazione su di esso, se si vuole l'alta discrezionalità in ordine a tale decisione, soprattutto l'esigenza di astrarre

⁴² Sotto il profilo meramente teorico, ad accogliere l'idea che l'apposizione del segreto è giustificata da ragioni obiettive, essa non potrebbe nemmeno dar luogo a responsabilità politica, perché non potrebbe non essere necessitata e quindi condivisa la scelta di stabilirlo e quindi non si risponderebbe per averla adottata. Il Parlamento potrebbe certo dissentire dalla soluzione e contestare il carattere obiettivo e necessitato (si direbbe pressoché tecnico) del segreto. Ma non si riesce ad immaginare un giudizio per conflitto avanti il giudice costituzionale in cui il Governo insista sull'indispensabilità del segreto, a fronte di un Parlamento che ritenga diversamente. La vicenda segnerebbe solo la frattura politica nella/e forza/e di maggioranza e l'avvio di una nuova fase. Il fatto è che la responsabilità politica è l'istituto di chiusura del sistema costituzionale, evocato le volte in cui non si rinvengono altri strumenti funzionanti sul piano giurisdizionale, e con il presupposto implicito di depoliticizzare – e magari giurisdizionalizzare – molte vicende, appunto per mantenere la responsabilità politica sullo sfondo dell'ordinamento. Altre volte, invece, dall'esclusione della responsabilità politica segue l'ammissione che talune vicende non sono passibili di alcuna valutazione politica. Nel testo si farà riferimento alla grazia per come riscritta dalla [sentenza n. 200/2006](#): essa sta a significare che l'istituto è stato allontanato dal circuito della responsabilità politica (nessun Parlamento potrà mai addebitare al Governo di aver graziato qualcuno), atteso che lo si è conformato quale esercizio di potere solo presidenziale.

⁴³ La l. n. 124/2007 prevede sia regolamenti di organizzazione delle strutture dipendenti dalla Presidenza del Consiglio, ma rinvia a regolamenti del Presidente del Consiglio «*adottati anche in deroga all'articolo 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400*» (art. 43) per «i criteri per l'individuazione delle informazioni, dei documenti, degli atti, delle attività, delle cose e dei luoghi suscettibili di essere oggetto di segreto di Stato» (art. 39) e per la determinazione dei livelli di segretezza (art. 42). È intervenuto al riguardo il D.P.C.M. 8 aprile 2008.



l'apposizione del segreto dal circuito della maggioranza parlamentare; il riconoscimento operato nella [sentenza n. 1/2013](#) che il Presidente è al punto di snodo di tanti circuiti di riservatezza/segreto; la circostanza che bisogna pur dare un contenuto sostanziale alla presidenza del Consiglio supremo di difesa; il fatto che il Presidente è il rappresentante dell'unità nazionale e l'esigenza di non lasciare vuota tale proclamazione; tutto ciò induce a ritenere che il Presidente della Repubblica sia attratto nella decisione sul segreto di Stato, e non solo perché il segreto non può essergli opposto e nemmeno per essere informato prima della sua apposizione ⁴⁴, ma appunto per la possibilità di riconoscergli un potere decisivo sostanziale, anche in ordine al fatto che la scelta di apporre il segreto di Stato attiene alla tutela di interessi riconducibili al sereno svolgimento della vita democratica. È pressoché scontato osservare che nei procedimenti costituzionali già la previsione che un qualche soggetto possa intervenire a valle di essi, esplica influenza a monte, cioè al momento in cui si assume l'iniziativa di fare qualcosa.

Insomma, se l'apposizione del segreto deve servire a preservare interessi oggettivi e duraturi dell'ordinamento costituzionale, non pare possibile che ne sia tirato fuori proprio quell'organo che per definizione è il tutore di siffatti interessi. L'esigenza è quella di sottrarre la decisione sul segreto al circuito della maggioranza di governo e farla divenire strumento di esercizio del circuito dell'indirizzo politico costituzionale del quale il Presidente della Repubblica è indiscutibilmente perno.

La vicenda della grazia oggetto della [sentenza n. 200/2006](#) ha mostrato che vi sono funzioni dell'ordinamento non politiche, ma per l'appunto dal contenuto e dalla portata oggettivi, astratti cioè in definitiva dal circuito della decisione politica ed i cui esiti, cioè i relativi atti, sono oltretutto a cognizione giurisdizionale assai attenuata ⁴⁵.

⁴⁴ È la posizione di S. LABRIOLA, *Le informazioni per la sicurezza dello Stato*, Milano, 1978, 254 ss., cui si deve appunto la tesi che il divieto di divulgazione della notizia sulla quale è stato apposto il segreto non sia opponibile al Capo dello Stato e che «anzi si deve ritenere che vi è un vero e proprio dovere di informazione che ricade sul Presidente del Consiglio», 255. Il diritto all'informazione del Presidente della Repubblica deriverebbe dalla sua funzione di «accertamento della legalità degli atti del Governo» e dal riconoscimento a suo carico della responsabilità penale, nonché per il suo ruolo complessivo nel sistema costituzionale. L'idea, insomma, è che il Capo dello Stato potrebbe richiedere notizie al Presidente del Consiglio e che non gli si potrebbe opporgli il segreto di Stato, anche se non si comprende appieno perché di colpo il Presidente della Repubblica chieda di essere informato su un fatto e su una decisione già presa. La tesi, però, mostra che è sempre discutibile l'assetto al tempo disposto dalla l. n. 801/1977 ed ora dalla l. n. 124/2007.

⁴⁵ Risulta, infatti, difficile ipotizzare che si possa agire avverso un atto di grazia del Capo dello Stato: non lo potrebbe fare la parte privata eventualmente offesa dal reato, la quale oltretutto non troverebbe nemmeno la sede giurisdizionale da adire; lo stesso varrebbe per la pubblica accusa e/o per l'autorità giudiziaria a fronte del potere previsto dall'art. 87; non può riconoscersi al Parlamento la legittimazione a sollevare conflitto di attribuzione per le ragioni indicate nella citata [sentenza n. 200/2006](#); solo il Governo potrebbe lagnarsi se l'esercizio del potere presidenziale fosse così abnorme da ledere le funzioni dell'esecutivo. Da qui l'ovvia conclusione nel testo che il potere di grazia è a cognizione giurisdizionale attenuata, esercizio di un potere che



L'apposizione del segreto di Stato risulta rientrare in tale categoria di atti "estranei" alla politica contingente siccome prodotto delle decisioni di maggioranza. Ma allora va completamente ripensata l'attuale disciplina nella parte in cui attribuisce al solo Presidente del Consiglio la decisione sul segreto.

La tesi che il Capo dello Stato debba intervenire in qualche modo nella scelta sul segreto è confermata dalla circostanza che la Corte Edu nella citata sentenza [Nasr e Ghali](#) abbia lamentato che il Presidente della Repubblica italiana abbia concesso la grazia ed abbia di fatto contribuito anche lui a rendere di fatto impuniti gli autori del sequestro di Abu Omar. Ma un Presidente (alla fine) responsabile sul versante dei rapporti internazionali dell'Italia non può rimanere estraneo alla sede e/o al procedimento in cui si prendono talune decisioni.

rimane – o dovrebbe rimanere – eccezionale (anche perché gli strumenti processuali ordinari dovrebbero servire a considerare per tutti le ragioni di umanità a fondamento dell'atto di clemenza). Sulla configurazione presidenziale del potere di grazia, v. P. COSTANZO, *Il potere di grazia chiave di decifrazione per rinnovati scenari istituzionali?* in A. Giorgis, E. Grosso e J. Luther, a cura di, *Il costituzionalista riluttante (Studi per Gustavo Zagrebelsky)*, Torino, 2016, 303.