

IL RUOLO DELLE CORTI NEL CONTROLLO DELLE MISURE CONTRO IL TERRORISMO INTERNAZIONALE: VERSO UN DIALOGO GIURISPRUDENZIALE?

Tania Groppi*

SOMMARIO. 1. Premessa. – 2. Le misure contro il terrorismo internazionale tra potere legislativo e potere esecutivo. – 3. La risposta delle corti: il quadro teorico... – 4. ...e l'esperienza concreta. – 5. Esiste una “judicial coalition of the willing”?

1. L'utilizzo del diritto comparato da parte delle giurisdizioni nazionali costituisce uno dei temi più trattati dalla dottrina costituzionalistica negli ultimi anni, nell'ambito del più generale fenomeno della costruzione di un “global legal system”¹.

Tali studi hanno una lunga tradizione nel mondo anglosassone², radicata nella diffusa prassi di citazione dei precedenti giurisprudenziali stranieri che caratterizza gli Stati appartenenti al Commonwealth britannico, quale conseguenza della *common law*³. In particolare, la giurisprudenza del Privy Council ha profondamente influito sullo sviluppo giuridico di paesi quali la Nuova Zelanda, l'Australia, l'India, il Sudafrica, Hong Kong e il Canada (nonché di altre ex colonie in Africa orientale e meridionale, in Asia e nel Pacifico)⁴.

Un rinnovato impulso, più recentemente, è derivato dalle opposte tendenze di cui sono portatrici due corti al centro, per motivi diversi, dell'attenzione mondiale. Da un lato, le reticenze manifestate dalla maggioranza della Corte suprema degli Stati Uniti nella citazione del diritto straniero⁵; dall'altro, la grande apertura mostrata dalla Corte costituzionale del Sud Africa, anche come conseguenza della norma facoltizzante contenuta in quella Costituzione⁶.

* Professore di Diritto Pubblico, Università di Siena. Il testo è stato presentato al seminario «Etat de droit, liberté et sécurité en Europe», organizzato dalla SIPE, Budapest, 4-7 giugno 2009.

¹ Per usare le parole di Anne-Marie SLAUGHTER, *A New World Order*, Princeton University Press, Princeton, 2004, p. 65 ss.

² Pradyumna K. TRIPATHI, «Foreign Precedents and Constitutional Law», in *Columbia Law Review*, 1957, p. 319.

³ Ulrich DROBNI, Sjef VAN ERP (a cura di), *The Use of Comparative Law by Courts*, Kluwer, The Hague, 1999.

⁴ Andrew HARDING, «Comparative Case Law in the Commonwealth: The Emerging Common Law of Human Rights», in ÖRÜCÜ (a cura di), *Judicial Comparativism in Human Rights*, United Kingdom National Committee of Comparative Law, Birmingham, 2003, p. 183 s.

⁵ Si fa riferimento soprattutto ai noti casi *Printz v. U.S.*, 521 U.S. 898 (1997), *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002), *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), *Roper v. Simmons*, 125 S. Ct. 1183 (2005).

⁶ Così la Section 39 *Interpretation of Bill of Rights* della Costituzione del 1996: “(1) When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum: (a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom; (b) must consider international law; and (c) may consider foreign law”. Più

Gli studi di questo tipo sono meno numerosi al di fuori dell'area anglosassone⁷. La mancanza di un elemento catalizzatore come il Privy Council e di una lingua comune, oltre all'utilizzo, negli ordinamenti di *civil law*, di tecniche di motivazione meno articolate, hanno reso più limitata (e comunque meno visibile) la circolazione dei precedenti giurisprudenziali stranieri in questi paesi⁸. Negli anni recenti, tuttavia, si assiste anche qui ad un rinnovato interesse per il tema⁹, dovuto a vari fattori: il dibattito in corso nel mondo anglosassone; il processo di integrazione europea; la tendenza di alcune "nuove" corti costituzionali a citare precedenti stranieri nelle proprie decisioni¹⁰.

Una delle aree nelle quali la circolazione dei precedenti stranieri si è dimostrata più feconda è quella dei diritti fondamentali. Varie ragioni possono essere addotte a tale riguardo: l'universalismo dei diritti umani, che rende più facilmente comparabili le norme sui diritti contenute nelle costituzioni nazionali rispetto agli assetti istituzionali; l'influenza del diritto internazionale, ivi compreso quello prodotto dalle corti sovranazionali che, pur muovendosi su una dimensione "verticale", svolgono un importante ruolo propulsivo anche per il dialogo "orizzontale"; infine, il fatto che si tratti di un'area particolarmente colpita e messa in discussione dalla globalizzazione. Quest'ultimo argomento assume speciale rilievo quando si aderisca alla prospettiva secondo la

opportunamente, la Section 35 Interpretation della Interim Constitution del 1993, recitava, circa l'ultimo punto: "may have regard to comparable foreign case law".

⁷ V. in tal senso Andrea LOLLINI, «La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extrasistemici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, p. 453.

⁸ Sulla presenza, in questi paesi, di una circolazione "sotterranea", fatta di riferimenti non espliciti ai precedenti stranieri, v. ad esempio Basil MARKESINIS, Joerg FEDTKE (cur.), *Giudici e diritto straniero*, Bologna, Il Mulino, 2009.

⁹ Come dimostra l'esistenza, nell'ambito dell'Associazione internazionale di diritto costituzionale, dal 2007, di un gruppo di lavoro su «Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges», diretto da Tania GROPPI, professore all'Università di Siena, e Marie-Claire PONTTHOREAU, professore all'Università Bordeaux IV Montesquieu.

¹⁰ V. ad esempio, nella dottrina tedesca, v. le molte opere di Peter Haberle, tra cui Peter HABERLE, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, Berlin, 1992, p. 27 s. (ove si inserisce esplicitamente la comparazione giuridica tra i metodi interpretativi); nella dottrina italiana si rinvia ai molti studi di Lucio PEGORARO, tra cui, in ultimo, *La Corte costituzionale italiana e il diritto comparato: un'analisi comparatistica*, Bologna, CLUEB, 2007, anche per complete citazioni di dottrina, e all'opera curata da Giuseppe F. FERRARI e Antonio GAMBARO (cur.), *corti nazionali e comparazione giuridica*, Napoli, ESI, 2006, in occasione del cinquantesimo anniversario della Corte costituzionale. Più in generale, sulla globalizzazione del diritto e il ruolo dei giudici, Sabino CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino, 2009 e ID., *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, Roma, 2009, nonché Maria Rosaria FERRARESE "When National Actors Become Transnational: Transjudicial Dialogue between Democracy and Constitutionalism," in *Global Jurist*, 2009, Vol. 9, disponibile sul sito <http://www.bepress.com/gj/vol9/iss1/art2>. Va segnalato che il Presidente emerito della Corte costituzionale italiana Gustavo Zagrebelsky ha dedicato a questo tema il discorso ufficiale per la celebrazione dei 50 anni della Corte: Gustavo ZAGREBELSKY, «Corti costituzionali e diritti universali», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2006, p. 297 s., ora ripubblicato in ID., *Intorno alla legge*, Einaudi, Torino, 2009, p. 318 ss. Nella dottrina francese v. lo studio di J. Julie ALARD, Antoine GARAPON, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Seuil, Paris 2005; Marie-Claire PONTTHOREAU, « Le recours à l'argument de droit comparé par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théorique et techniques », in Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN (a cura di), *L'interprétation constitutionnelle*, Dalloz, Paris, 2005, p. 168 s.; v. anche l'intervento di uno dei membri del Conseil Constitutionnel: Olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE, *Le constitutionnalisme comparatif dans la pratique du Conseil constitutionnel*, Relazione al VI convegno mondiale di Diritto costituzionale, Santiago del Cile, 16 gennaio 2004; nonché Didier MAUS, *Le recours aux précédents étrangers e le dialogue des cours constitutionnelles*, relazione alla Conferenza mondiale sulla giustizia costituzionale, Capetown, 22-24 gennaio 2009.

quale l'utilizzo del diritto comparato da parte delle corti si spiega essenzialmente con la necessità di reagire, attraverso la creazione di un fronte comune, alle forze della globalizzazione, che in modo crescente incidono sugli spazi decisori politici nazionali, svuotandone le capacità decisionali e spingendoli a conformarsi a standard globali¹¹.

Muovendo da tali premesse, le pagine che seguono sono volte a verificare la circolazione dei precedenti giurisprudenziali nelle decisioni delle corti nazionali in materia di lotta al terrorismo internazionale successive agli attacchi al World Trade Center dell'11 settembre 2001: è questo un terreno che, almeno in via di prima ipotesi, appare particolarmente idoneo, trattandosi di giudizi che investono misure di sovente assai simili, spesso adottate in conseguenza di una stretta cooperazione intergovernativa, resa necessaria dal carattere globale del fenomeno e, in molti paesi, non direttamente investiti dagli attacchi terroristici, assunte sotto la spinta di pressioni esogene, principalmente statunitensi¹².

Il lavoro si articola in tre parti. Nella prima sono sviluppate alcune considerazioni generali sulla reazione delle democrazie al terrorismo internazionale, volte a mettere in luce la somiglianza delle problematiche e delle soluzioni legislative. Nella seconda viene affrontato, sul piano della separazione dei poteri e della legittimazione del *judicial review*, il ruolo delle corti nel controllo delle misure antiterrorismo. Nella terza, infine, sono analizzate le principali decisioni giudiziarie, cercando di verificare l'effettività dell'esistenza di una "judicial coalition of the willing"¹³ e l'entità del dialogo giurisprudenziale in materia di lotta al terrorismo internazionale. In conclusione, si rileva la presenza di una convergenza delle giurisprudenze che però si sviluppa soltanto parzialmente attraverso la circolazione dei precedenti e che non pare possa essere qualificata come una vera e propria "strategia giurisprudenziale" da parte delle corti.

2. Gli attentati dell'11 settembre 2001 e il modo con cui ad essi hanno reagito le democrazie occidentali hanno posto nuove sfide al diritto costituzionale, spingendo verso direzioni inesplorate la tradizionale riflessione sul diritto costituzionale dell'emergenza.

Si è parlato da più parti, specie nel contesto statunitense, di una vera "guerra" al terrorismo, che si è svolta in genere senza alcun ricorso ai poteri eccezionali, pure previsti da molti ordinamenti per situazioni di guerra o di emergenza. Piuttosto, nel tentativo di fornire una risposta alle nuove

¹¹ Eyal BENVENISTI, «Reclaiming Democracy : The Strategic Use of Foreign and International Law by National Courts», *The American Journal of International Law*, 2008, p. 241.

¹² Che si tratti di un terreno fecondo per la circolazione dei precedenti è stato messo in rilievo da Eyal BENVENISTI, «Reclaiming Democracy», cit., che lo affianca nell'analisi alle tematiche ambientali e al diritto di asilo.

¹³ Si veda David DYZENHAUS , Rainer THWAITES, «Legality and Emergency. The Judiciary in a Time of Terror», in Anrew LYNCH, Edwina MACDONALD, George WILLIAMS (a cura di), *Law and Liberty in the War on Terror*, Federation Press, Sidney, 2007, p. 10.

esigenze poste da quel territorio “between crime and war” nel quale si muove il terrorismo¹⁴, la legislazione della maggior parte dei paesi, è andata nel senso di “normalizzare l'emergenza”¹⁵, introducendo nel diritto penale, in via permanente¹⁶, nuovi istituti e strumenti, finalizzati essenzialmente alla prevenzione dei reati e, pertanto, rivolti non tanto contro i “terroristi”, quanto contro coloro che, per molteplici ragioni, non ultima l'appartenenza a determinati gruppi etnici o religiosi, potrebbero essere “sospetti terroristi”¹⁷.

In tempi che sono stati definiti “di stress” è raro trovare dei veri e propri “black holes”, situazioni nelle quali il principio di legalità non opera affatto, se si esclude il pur conclamato caso di Guantanamo¹⁸. Piuttosto, frequenti sono i “grey holes”, ovvero le soluzioni nelle quali una parvenza del principio di legalità viene mantenuta, pur essendone svuotata in gran parte la sostanza¹⁹.

In molti casi, il legislatore è intervenuto precipitosamente, con decisioni adottate in pochi giorni o in poche settimane, come risposta a singoli attentati (l'esempio più clamoroso è quello del *Patriot Act* statunitense), sotto l'impulso della emotività dell'opinione pubblica. Tale tendenza, lungi dall'essere una prerogativa della lotta al terrorismo internazionale, si può rinvenire anche in altri settori, ad esempio di fronte ad epidemie o a crimini particolarmente ripugnanti: anche qui è frequente che reazioni altamente emotive determinino soluzioni affrettate e non sufficientemente ponderate. La tentazione del “governing by crime” è sempre in agguato²⁰.

¹⁴ Errol MENDES, «Between Crime and War: Terrorism, Democracy and the Constitution», *National Journal of Constitutional Law*, 2003, p. 95.

¹⁵ Si veda David DYZENHAUS, «The Permanence of the Temporary: Can Emergency Power be Normalized?», in Ronald J. DANIELS, Patrick MACKLEM, Kent ROACH (a cura di), *The Security of Freedom. Essays on Canada's Anti-terrorism Bill*, University of Toronto Press, Toronto, 2001, p. 21. Nello stesso senso, Giuseppe DE VERGOTTINI, «La difficile convivenza fra libertà e sicurezza. La risposta delle democrazie al terrorismo», *Rassegna parlamentare*, 2004, p. 439; ID., «Il bilanciamento fra sicurezza e libertà civili nella stagione del terrorismo», in CSGEI, *Sicurezza: nuove frontiere*, Franco Angeli, Milano, 2005, p. 118.

¹⁶ Per esempio, si veda la testimonianza di Anne McLellan, Ministro della Giustizia canadese nell'autunno 2001, in riferimento alla legge antiterrorismo del Canada: “...we saw neither the Act, nor any other of our measures, as being based upon the existence of an emergency, declared or not, and therefore temporary in nature. I do not think anyone saw then or sees now that the challenges presented by recent terrorist actions and strategies will be susceptible to either quick or simple solution. What we see may well be the ‘new normal’”; così Anne McLELLAN, «The Challenges of Securing an Open Society», *Forum constitutionnel*, 2007, p. 1 (5).

¹⁷ Tale tendenza si è particolarmente accentuata nella seconda fase della lotta al terrorismo, quando ci si è resi conto, specie dopo gli attentati di Londra del 7 luglio 2005, che il pericolo era rappresentato non soltanto da Al Qaeda, ma anche da terroristi nati e cresciuti nelle democrazie occidentali. Su entrambi gli aspetti: Clive WALKER, «Keeping Control of Terrorists Without Losing Control of Constitutionalism», *Stanford Law Review*, 2007, p. 1395, secondo il quale “two dynamics have affected patterns of terrorism and counter-terrorism. The first was identified from the outset and relates to the growing emphasis upon anticipatory risk. The second is the increasing threat of “neighbor” terrorism”.

¹⁸ Michel ROSENFELD, «Judicial Balancing in Times of Stress: Comparing the American, British and Israeli Approaches to the War on Terror», trad. it., «Judicial Balancing In “Times Of Stress”. Le risposte di Stati Uniti, Gran Bretagna e Israele alla Guerra al terrore», in Tania GROPPi (a cura di), *Democrazia e terrorismo. Diritti fondamentali e sicurezza dopo l'11 settembre 2001*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, p. 121 s.

¹⁹ David DYZENHAUS, «The Constitution of Legality», Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 3.

²⁰ V. Kent ROACH, *September 11: Consequences for Canada*, McGill-Queen's University Press, Montreal-Kingston, 2003, p. 24.

La probabilità di una reazione eccessiva del legislatore nei momenti immediatamente successivi a un attacco terroristico è stata abbondantemente sottolineata dalla letteratura sulla percezione del rischio, così come i pericoli che ciò porti a una “tirannia della maggioranza”²¹, specie quando si sia di fronte ad un fenomeno che può essere agevolmente ricondotto a minoranze identificabili.

Le misure normative adottate in quasi tutti gli ordinamenti democratici dopo l’11 settembre 2001 sono state in gran parte simili²², incentrandosi su aspetti quali la detenzione indefinita dei sospetti terroristi, la limitazione della *privacy*, il massiccio ricorso alle espulsioni di stranieri sospettati di terrorismo, l’indebolimento delle garanzie processuali. In tutti i casi, un ruolo privilegiato è stato assicurato all’esecutivo, ritenuto il potere più idoneo fronteggiare il nuovo pericolo, in quanto il solo in grado, attraverso l’*intelligence*, di disporre delle informazioni su cui basare una efficace azione preventiva²³. In tale ambito il principio di segretezza nonché lo spazio accordato agli esperti di antiterrorismo e all’*intelligence* hanno rappresentato altrettante, ulteriori sfide allo Stato di diritto.

3. A fronte di un simile ruolo dei poteri politici, quale lo spazio per quelle istituzioni tipicamente contromaggioritarie che sono i giudici?

Ad essi spettano due tipi di interventi, che si muovono su due livelli distinti di legalità.

Innanzitutto, il controllo di costituzionalità delle misure legislative antiterrorismo, che è affidato alle corti costituzionali nei sistemi di giustizia costituzionale accentrati o a tutti i giudici (e, in ultima istanza, alle corti supreme) in quelli diffusi. Una ulteriore distinzione potrebbe essere fatta, con riguardo agli effetti delle decisioni, tra “*strong*” o “*weak*” *systems of judicial review*²⁴,

²¹Victor Vridar RAMRAJ, «Terrorism, risk perception and judicial review», in Victor V. RAMRAJ, Michael HOR, Kent ROACH (a cura di), *Global Anti-terrorism Law and Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 113 s.

²² Una sintesi nella *special issue* (2002) del *Singapore Journal of Legal Studies*. Sulla “circolazione” delle soluzioni legislative in materia di antiterrorismo v. Kent ROACH, «Sources and Trends in Post 9/11 Anti-Terrorism Laws», in Liora LAZURUS, Benjamin J. GOOLD (A CURA DI), *Human Rights and Security*, Hart Publishing, Oxford, 2007, p. 227 s.; ID., «The post 9/11 Migration of Britain’s Terrorism Act, 2000», in Sujit CHOUDHRY (a cura di), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 374 s.; Kim Lane SCHEPPELE, «The migration of anti-constitutional ideas: the post-9/11 globalization of public law and the international state of emergency», *ivi*, p. 347 s. Al contrario, è stato sottolineato come la rapidità delle decisioni abbia ostacolato un vero dialogo tra i legislatori: Daphne BARAK-EREZ, «An International Community of Legislatures?», in Richard BAUMAN, Tsvi KAHANA (a cura di), *The least examined branch. The role of legislatures in the Constitutional State*, University Press, Cambridge, 2006, p. 542 s. Con riferimento all’influenza del diritto internazionale sul diritto nazionale, si veda Erling HUSABO, Ingvald BRUCE, *Fighting Terrorism through Multilevel Criminal Legislation, Security Council Resolution 1373, the EU Framework Decision on Combating Terrorism and their Implementation in Nordic, Dutch and German Criminal Law*, M. Nijhoff Publishers, Leiden, 2009.

²³ In dottrina, tra i principali sostenitori del ruolo centrale dell’esecutivo nella lotta al terrorismo v. con riferimento all’esperienza statunitense, i molti interventi di Eric Posner e Adrian Vermeule. Per tutti, Eric POSNER, Adrian VERMEULE, *Terror in the Balance: Security, Liberty and the Courts*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

²⁴ Con questa distinzione si vuole fare riferimento alla possibilità istituzionale offerta in alcuni ordinamenti al legislatore di superare, a certe condizioni, decisioni di incostituzionalità senza dover far ricorso alla legge

anche se è stato sottolineato che a fronte di gravi crisi terroristiche non ne discenderebbero conseguenze di rilievo²⁵, anche per la tendenza manifestata dalle corti nei sistemi dotati di “*strong systems of judicial review*” di non chiudere la partita attraverso pronunce di incostituzionalità semplice, ma di aprire comunque, attraverso il ricorso a tecniche decisionali più complesse, un dialogo con il legislatore, al pari di quanto avviene, istituzionalmente nei “*weak systems*”²⁶.

Inoltre, al potere giudiziario spetta l'intervento sulle singole decisioni di limitazione dei diritti, usualmente assunte dalle autorità di pubblica sicurezza che fanno capo al potere esecutivo. In particolare, l'evoluzione della legislazione antiterrorismo negli anni più recenti (anche sotto l'impulso delle decisioni giudiziarie di “primo livello”, ovvero quelle rese sulle leggi antiterrorismo) pare aver portato ad una nuova fase, nella quale i giudici, o altre istanze indipendenti, vengono sempre più frequentemente inseriti nei procedimenti di limitazione dei diritti: la pretesa di insindacabilità assoluta delle decisioni politiche è venuta meno e si assiste al tentativo di “coinvolgere” le corti, allo scopo, non troppo recondito, di legittimare sul piano dei principi dello Stato di diritto le misure adottate²⁷.

Molte problematiche poste dai due tipi di decisioni sono comuni. In entrambi i casi (giudizio sulle leggi e giudizio su singoli atti limitativi dei diritti) i giudici debbono svolgere un arduo ruolo contromaggioritario, in quanto chiamati a proteggere i diritti di minoranze impopolari a fronte di una opinione pubblica impaurita, propensa ad individuare il nemico nello straniero di fede islamica,

costituzionale: si veda Mark TUSHNET, «Alternative Forms of Judicial Review», *Michigan Law Review*, 2003, p. 2781 S.

²⁵ Tom CAMBELL, *Emergencies Strategies for prescriptive legal positivists: anti-terrorist law and legal theory*, in Vridar RAMRAJ (a cura di), *Emergencies and the limits of legality*, cit., p. 220.

²⁶ Sulla tendenza ad aprire un dialogo con legislativo ed esecutivo, Eyal BENVENISTI, «Reclaiming Democracy», cit., p. 256; v. anche Kent ROACH, «The Role and Capacities of Courts and Legislatures in Reviewing Canada's Anti-Terrorism Law», *Windsor Review of Legal and Social Issues*, 2008, p. 5. Anche se non si possono del tutto dimenticare i problemi che pone il peculiare sistema di controllo di costituzionalità britannico, ove i giudici si limitano ad un controllo di compatibilità delle leggi rispetto allo *Human Rights Act* 1998, ai sensi dell'art. 10 del medesimo: v. al riguardo la decisione della Corte EDU A. and others v. United Kingdom, 19 febbraio 2009, causa 3455/05.

²⁷ Così Thomas M. POOLE, «Courts and Conditions of Uncertainty in “Times of Crisis”», *Public Law*, 2008, p. 253. Nel senso di un rifiuto del coinvolgimento del potere giudiziario nella “ratifica” di decisioni dell'esecutivo che non potrebbe assumere carattere giurisdizionale, in quanto “the prediction of dangers to the public is incapable of judicial evaluation”, deve essere letto il dissent dei giudici Kirby e Hayne nella decisione *Thomas v. Mowbray* [2007] HCA 33 della High Court australiana, nella quale era stata contestata proprio l'attribuzione al potere giudiziario, da parte dell'Anti-Terrorism Act (n. 2) del 2005, della competenza di adottare *control orders* nei confronti sospetti terroristi, ritenendo che non si trattasse di attività giudiziaria e pertanto determinasse una violazione del Chapter III della Costituzione australiana. Secondo Kirby, “the exercise by a judge of serious power affecting individual liberty becomes a bad thing if the power is granted in vague and inappropriate terms” (par. 370). Sottostante a questa posizione c'è la convinzione che le corti non debbono essere coinvolte in “exercises of anticipatory risk assessment”, a causa della loro “institutional incapability in the national security area”. Questo aspetto è particolarmente sviluppato da Hayne nel suo dissent: “The desirability of keeping intelligence material secret is self-evident. Often it will be essential. But the problem presented by the use of intelligence material is more deep-rooted than any question of preserving secrecy. Even if taking steps to secure the continuing secrecy of intelligence material is, or can be made, consistent with the generally open and adversarial nature of litigation in the courts, it is the nature of the material to be considered that presents issues of a kind not suited to judicial determination. In particular, by its very nature, intelligence material will often require evaluative judgments to be made about the weight to be given to diffuse, fragmentary and even conflicting pieces of intelligence. Those are judgments of a kind very different from those ordinarily made by courts”.

e spesso favorevole, in nome della sicurezza, alle misure limitative volute dai governi. Si tratta poi di decisioni che, coinvolgendo la sicurezza pubblica, implicano un insieme di valutazioni su scelte di natura “tecnica”, che debbono essere supportate da elementi conoscitivi coperti da segreto e che comunque non sono idonei ad essere trattati nelle aule dei tribunali²⁸.

Tutto ciò ha provocato un certo scetticismo – quando non si è trattato di una aperta ostilità²⁹ – sulla capacità pratica delle corti di costituire dei validi baluardi per la garanzia dei diritti a fronte di misure antiterrorismo, scetticismo supportato anche dalle esperienze del passato³⁰. E’ stata da più parti evidenziata la deferenza mostrata dai giudici verso il potere politico in tempi di emergenza, della quale sono portati ad esempio alcuni celebri casi americani e britannici risalenti alla Seconda Guerra Mondiale e alla guerra fredda³¹, mentre sono apparse quali brillanti ma rare eccezioni le poche pronunce in cui le corti hanno mostrato capacità di decisione e indipendenza dal potere politico³².

²⁸ In particolare, questo secondo argomento, formulato nel senso che “il governo è l’organo più adatto per adottare le decisioni necessarie a fronteggiare le emergenze” è spesso utilizzato dalle corti stesse per giustificare la loro ritrosia a controllare le decisioni politiche: così ad esempio l’opinione di Lord Hoffman nel suo postscriptum alla decisione resa nel *Rehman Case* [2001] UKHL 47, citata successivamente nel testo.

²⁹ V. Richard POSNER, *Not a Suicide Pact: The Constitution in a Time of National Emergency*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 18, secondo il quale “most judges know little about national security; the danger of catastrophic terrorism is real; and a constitutional decision forbidding a counterterrorist measure is almost impossible to change. It is better to leave these matters to be sorted out by the executive and legislative branches of government, where the relevant expertise resides”. V. al riguardo il *dissent* del Justice Thomas nel caso *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004), che richiama le parole del Justice Jackson in *Chicago & Southern Air Lines, Inc. v. Waterman S. S. Corp.*, 333 U.S. 103, 111 (1948): “First, with respect to certain decisions relating to national security and foreign affairs, the courts simply lack the relevant information and expertise to second-guess determinations made by the President based on information properly withheld. Second, even if the courts could compel the Executive to produce the necessary information, such decisions are simply not amenable to judicial determination because ‘[t]hey are delicate, complex, and involve large elements of prophecy’. *Ibid.* Third, the Court in *Chicago & Southern Air Lines* and elsewhere has correctly recognized the primacy of the political branches in the foreign-affairs and national-security contexts”. Oppure quello del Chief Justice Roberts nel caso *Boumediene v. Bush*, 549 U.S. 2008, ove si chiede chi può essere considerato il “vincitore” dopo questa decisione, per rispondere: “not the rule of law, unless by that is meant the rule of lawyers, who will now arguably have a greater role than military and intelligence officials in shaping policy for alien enemy combatants. And certainly not the American people, who today lose a bit more control over the conduct of this Nation’s foreign policy to unelected, politically unaccountable judges”.

³⁰ Così Bruce ACKERMAN, *Before the next attack*, Yale University Press, New Haven, 2006, p. 3: “The courts haven’t protected us in the past, and they will do worst in the future”. Analogamente, Oren GROSS, «Chaos and Rules: Should responses to Violent Crises Always be Constitutional», *Yale Law Journal*, 2003, p. 1011 (1034): “in states of emergency, national courts assume a highly deferential attitude when called upon to review government actions and decisions. Both domestic and international courts share this systematic failure”.

³¹ V. per esempio *Liversidge v. Anderson* [1942] AC 206 (HL); *Korematsu v. United States* 323 US 214 (1944). Più di recente, questo è l’atteggiamento della House of Lords nel caso *Rehman: Secretary of State for the Home Department v. Rehman* [2001] UKHL 47, sulla quale ritorneremo più avanti. Su queste decisioni Eyal BENVENISTI, «National Courts and the “War on Terrorism”» in Andrea BIANCHI (a cura di), *International Law and Terrorism*, Hart, Oxford, 2004, p. 309 s. Al contrario, John IP, «Comparative Perspectives on detection of terrorist suspected», *Transnational Law & Contemporary Problems*, 2006-2007, p. 885, offre un quadro più sfumato della posizione delle corti di fronte alle passate emergenze.

³² E’ questo il caso della decisione della High Court australiana nel *Australian Communist Party v. Commonwealth*, (1951) 83 CLR 1 (*Communist Party Case*), su cui ampiamente David DYZENHAUS, «The Constitution of Law», cit., p. 72 s., o della Corte suprema di Singapore nel caso *Chng Suan Tze v. Minister of Home Affairs* [1988] SLR 132, oppure, volendo ancora risalire più indietro, della Corte suprema degli Stati Uniti in *Ex parte Milligan*, 71 U.S. 2 (1866).

Questo punto di vista si coniuga, in alcuni autori, con i timori posti da una “normalizzazione dell’emergenza”, spingendoli a preferire un sistema di interventi straordinari in mano all’esecutivo che resti al di fuori da ogni pretesa di legalità, salvo essere sottoposto, a posteriori, a ratifica democratica, attraverso il voto parlamentare: in assenza di tale ratifica scatterebbero meccanismi di responsabilità per i governi che abbiano impropriamente adottato le decisioni di emergenza. In tal modo, è stato detto, i giudici eviterebbero di farsi “complici” del sistema, cosa che invece accadrebbe qualora fossero chiamati a pronunciarsi sui provvedimenti dell’esecutivo: considerata la loro inidoneità a compiere un effettivo controllo non potrebbe trattarsi infatti che di una parvenza di copertura giuridica³³.

Altri autori sottolineano invece la necessità di far salvi in ogni caso i principi dello Stato di diritto, lasciando alle corti l’ultima parola in materia di antiterrorismo, attraverso il controllo di costituzionalità delle misure adottate dai poteri politici. Soltanto assumendo questo tipo di attitudine le corti non abdicerebbero al proprio ruolo, ovvero la difesa dei diritti fondamentali e del *rule of law*³⁴. Esse potrebbero fornire risposte più equilibrate rispetto ai politici, in quanto meno sensibili al pathos e alla emotività che condizionano questi ultimi, sempre alla ricerca del consenso dell’elettorato; rispetto agli esperti di antiterrorismo, poi, esse avrebbero gli strumenti per meglio ponderare le soluzioni con le quali far fronte al pericolo, in quanto chiamate istituzionalmente a difendere una pluralità di valori, tra i quali si colloca senza dubbio anche quello della sicurezza, che però non costituisce l’unico punto di riferimento³⁵. Le corti in tal modo potrebbero rappresentare un baluardo, un’ “isola della ragione”, rispetto a politiche motivate essenzialmente dalla paura. Da questo punto di vista, il *judicial review*, o anche la semplice possibilità che esso si metta in moto³⁶, potrebbe assicurare che la decisione di limitare i diritti non venga presa alla leggera, sotto la spinta dell’emozione e della paura. Inoltre, le corti, specie in ordinamenti nei quali il processo è aperto ai soggetti portatori di interessi, potrebbero offrire un *forum* ove i governi siano chiamati, sia pure a

³³ E’ questa la posizione di Oren Gross, ripetuta in molti interventi. Si veda ad es. Oren GROSS, «Extra-legality and the ethic of political responsibility», in Victor Vridar RAMRAJ (a cura di), *Emergencies and the limits of legality*, Cambridge, p. 33 s. (v. anche il giudice australiano Kirby nel *dissent* nel caso *Thomas* della High Court australiana già citato).

³⁴ In un serrato dibattito con Gross è questo il punto di vista ripetutamente espresso da Dyzenhaus, soprattutto in *The Constitution of Legality*, cit., p. 19. Nella dottrina italiana v. Paolo BONETTI, *Terrorismo, emergenza e Costituzioni democratiche*, il Mulino, Bologna, 2006, p. 32 s.

³⁵ Victor Vridar RAMRAJ, «Terrorism, risk perception and judicial review», cit., p. 119. John Ip, «Comparative Perspectives on detection of terrorist suspected», cit., p. 869. D’altra parte, gli errori nei quali può incorrere l’intelligence sono stati abbondantemente testimoniati nel periodo post-11 settembre dai casi *Harar* in Canada e *Haneef* in Australia. V. al riguardo l’affermazione del former Chief Justice della High Court of Australia, Michael Kirby: “the world of intelligence and surveillance, and of executive government action, can often make mistakes”: Michael KIRBY, «Judicial review in a time of terrorism. Business as usual», *South African Journal of Human Rights*, 2006, p. 45.

³⁶ Aharon BARAK, «Foreword: A Judge on Judging. The Role of a Supreme Court in a Democracy», *Harvard Law Review*, 2003, p. 116 (159).

posteriori e in concreto, a presentare elementi fattuali tali da giustificare le politiche che hanno compresso i diritti e le libertà, sottoponendo dati di fatto e decisioni al dibattito pubblico.

Peraltro, anche i sostenitori di un atteggiamento “non deferente” delle corti non nascondono le difficoltà insite nel sindacato sulle decisioni antiterrorismo: non solo perché sovente occorre accedere ad informazioni segrete, che non possono essere rese note all’opinione pubblica senza gravi pericoli per la sicurezza dello Stato, ma soprattutto perché i giudici non dispongono di strumenti per verificare la correttezza di tali informazioni³⁷. Essi si trovano pertanto nell’impossibilità di accertare appieno la ragionevolezza e la proporzionalità della limitazione dei diritti, dovendosi basare sugli elementi di fatto forniti dall’esecutivo³⁸. Da ciò la peculiarità della materia e la necessità per le corti che vogliano comunque giocare la partita e non abdicare al loro ruolo di sviluppare una elevata dose di creatività giurisprudenziale³⁹.

4. L’esame della giurisprudenza successiva all’11 settembre 2001 mostra una spettacolare e in qualche misura inattesa, capacità dei giudici (e in specie delle corti supreme o costituzionali), ovunque nel mondo, di rispondere alle nuove sfide. Abbandonata ogni deferenza espressa in passato verso il potere politico di fronte a situazioni di emergenza, essi sono stati in grado di influenzare le scelte politiche in tema di lotta al terrorismo internazionale: di conseguenza, volenti o nolenti, i governi hanno dovuto tenere presenti, nell’adozione delle decisioni in materia, le esigenze di tutela dei diritti fatte valere dai giudici, procedendo ad una progressiva revisione delle misure adottate in prima battuta⁴⁰.

4.1. Si è trattato di una linea di tendenza che non era facile immaginare all’inizio, considerando il tenore della prima decisione post-11 settembre, quella della House of Lords nel caso *Rehman*⁴¹. In tale sentenza, adottata già prima dell’11 settembre 2001 (ma depositata esattamente un mese dopo, l’11 ottobre 2001) e relativa all’espulsione, compiuta sulla base della

³⁷ Si tratta di decisioni basate sulla “intelligence rather than evidence”, come è stato detto: Clive WALKER, «Keeping Control of Terrorists Without Losing Control of Constitutionalism», cit., p. 1402.

³⁸ Thomas POOLE, «Courts and Conditions of Uncertainty in “Times of Crisis”», cit., p. 254. Al riguardo sono di grande interesse le due diverse posizioni circa la *justiciability* dei *control orders* che si fronteggiano nella High Court australiana nel caso *Thomas v. Mowbray*, cit.

³⁹ Tale necessaria dose di creatività è invocata in molti dei suoi interventi, già citati, da David Dyzenhaus; v. anche Thomas POOLE, «Courts and Conditions of Uncertainty in “Times of Crisis”», cit., p. 259.

⁴⁰ Su questa giurisprudenza, evidenziandone il ridotto tasso di deferenza verso il potere politico, v. Eyal BENVENISTI «United we stand: national courts reviewing Counterterrorism measures», in Andrea BIANCHI, Alexis KELLER (a cura di), *Counterterrorism: Democracy’s Challenge*, Hart Publishing, Oxford, 2008, p. 250 s.; Iain SCOBIE, «“The Last Refuge of Tyrant”? Judicial deference to Executive Actions in Time of “Terror”», in Andrea BIANCHI, Alexis KELLER (a cura di), *Counterterrorism: Democracy’s Challenge*, cit., p. 277.

⁴¹ *Secretary of State For The Home Department v. Rehman* [2001] UKHL 4.

legislazione sull'immigrazione, di un cittadino pachistano ritenuto costituire un pericolo per la sicurezza nazionale, Lord Hoffman aveva inserito nella sua *opinion* un celebre postscriptum:

"I wrote this speech some three months before the recent events in New York and Washington. They are a reminder that in matters of national security, the cost of failure can be high. This seems to me to underline the need for the judicial arm of government to respect the decisions of ministers of the Crown on the question of whether support for terrorist activities in a foreign country constitutes a threat to national security. It is not only that the executive has access to special information and expertise in these matters. It is also that such decisions, with serious potential results for the community, require a legitimacy which can be conferred only by entrusting them to persons responsible to the community through the democratic process. If the people are to accept the consequences of such decisions, they must be made by persons whom the people have elected and whom they can remove"⁴².

Muovendo da tale base, i primi commentatori⁴³ avevano espresso i timori a cui si è fatto riferimento, nel senso che l'atteggiamento delle corti, anche di fronte alla nuova emergenza globale, ricalcasse quello che, specie nel mondo anglosassone, esse avevano seguito a fronte di precedenti emergenze globali, in ossequio alla massima *inter arma silent leges*, richiamata peraltro pochi anni prima dell'11 settembre con rinnovato vigore dall'allora Chief Justice della Corte suprema degli Stati Uniti, il giudice Rehnquist⁴⁴.

In questo contesto, anche la prima decisione in materia della Corte suprema del Canada⁴⁵, che pure poneva dei limiti alla possibilità di espulsione di un sospetto terrorista verso un paese nel quale rischiava di essere sottoposto a tortura (pur non escludendo del tutto tale eventualità in casi eccezionali, tenuto conto della necessità di "bilanciare da un lato l'interesse del Canada a combattere il terrorismo e, dall'altro, il diritto di un rifugiato a non essere espulso verso un Paese in cui rischia la tortura"), non era sembrata di particolare conforto⁴⁶.

L'unico esempio significativo di Corte che, di fronte a una emergenza prolungata, aveva mostrato una certa dose di indipendenza dalla politica era rappresentata in tale fase iniziale dalla Corte suprema di Israele, che non si era rifiutata di controllare una serie di decisioni dell'esecutivo

⁴² Così il par. 62. Nella stessa decisione Lord Steyn aveva aggiunto che "the tragic events of 11 September 2001 in New York reinforce compellingly that no other approach is possible" (par. 29).

⁴³ Eyal BENVENISTI, «National Courts and the "War on Terrorism"», cit., p. 307.

⁴⁴ William H. REHNQUIST, *All the Laws but One: Civil Liberties in Wartime*, Knopf, New York, 1998, p. 222. Negli stessi anni, egli sosteneva che occorre accogliere "the proposition that, though the laws are not silent in wartime, they speak with a muted voice": discorso pronunciato al Dickinson College of Law, Pennsylvania State University, 12 novembre 1999, citato da Michael DOBBS, *Saboteurs: The Nazi Raid on America*, Knopf, New York, 2004, p. 270.

⁴⁵ *Suresh v. Canada (Ministre de la Citoyenneté de l'Immigration)*, 2002 SCC 1 [2002] 1 S.C.R. 3.

⁴⁶ In questo senso v. ancora Eyal BENVENISTI, «Reclaiming Democracy», cit., p. 255, citando Kent ROACH, «Must We Trade Rights for Security? The Choice Between Smart, Harsh or Proportionate Security Strategies in Canada and Britain», *Cardozo Law Review*, 2006, p. 2151 (2194). V. anche, criticamente, John IP, «Comparative Perspectives on detection of terrorist suspected», cit., p. 804, nonché James STRIBOPOULOS, «Charkaoui: Beyond Anti-Terrorism, Procedural Fairness and Section 7 of the Charter», *Forum constitutionnel*, 2007, p. 15, secondo il quale quest'ultima decisione, sulla quale ritorneremo, "represents the first time since September 11, 2001 that the Supreme Court has delivered a defeat to the government in his antiterrorism efforts. Until Charkaoui the Court has shown much deference toward the government in this sensitive area".

o delle autorità militari finalizzate alla difesa dello Stato⁴⁷. In particolare, nel 1999 la Corte, in una nota sentenza aveva stabilito l'illegalità dell'utilizzo della tortura⁴⁸. In tale decisione la Corte, attraverso il suo presidente, Aharon Barak, aveva espresso la chiara consapevolezza della difficoltà del suo compito:

"We are aware that this decision does make it easier to deal with that reality. This is the destiny of a democracy—it does not see all means as acceptable, and the ways of its enemies are not always open before it. A democracy must sometimes fight with one hand tied behind its back. Even so, a democracy has the upper hand. The rule of law and the liberty of an individual constitute important components in its understanding of security. At the end of the day, they strengthen its spirit and this strength allows it to overcome its difficulties"⁴⁹.

4.2. Peraltro, non appena le vere e proprie misure antiterrorismo adottate dopo il 2001 hanno cominciato ad essere sottoposte alle corti è risultato evidente come non si fosse di fronte alla tradizionale deferenza mostrata in passato dal giudiziario nei confronti del potere politico durante le emergenze. Né tale osservazione può essere inficiata dal rilievo che, comunque, queste decisioni sono intervenute ad alcuni anni di distanza dagli episodi più cruenti⁵⁰. Il lasso di tempo trascorso deve infatti essere messo in relazione alla inevitabile lentezza del *judicial review* che, tranne nei paesi che prevedono un giudizio di costituzionalità preventivo (come la Francia) o, comunque, un ricorso astratto da esperirsi a breve distanza dalla entrata in vigore della legge⁵¹, necessita la previa applicazione della legislazione e l'instaurazione di controversie concrete, nell'ambito delle quali possano trovare spazio i problemi di costituzionalità. Inoltre, non si può negare che, comunque, l'atteggiamento iniziale delle giurisdizioni inferiori è stato in molte occasioni (si pensi agli esempi degli Stati Uniti e del Regno Unito) assai cauto, al punto che è stato necessario che le questioni raggiungessero le corti supreme per ottenere pronunce più coraggiose⁵².

⁴⁷ Eyal Benvenisti, «National Courts and the "War on Terrorism"», cit., p. 318; Yigal MERSEL, «Judicial Review of Counter-Terrorism Measures: The Israeli Model for the Role of the Judiciary During the Terror Era», *Journal of International Law and Politics*, 2005, p. 67; Daphne BARAK-EREZ, «The International Law of Human Rights and Constitutional Law: A Case Study of an Expanding Dialogue», *International Journal of Constitutional Law*, 2004, p. 611.

⁴⁸ HCJ 5100/94 *Public Committee Against Torture in Israel v. The Government of Israel* P.D. 53(4) 817 (1999).

⁴⁹ Ivi, par. 64.

⁵⁰ Ciò era avvenuto anche di fronte alle emergenze del passato (Seconda Guerra Mondiale, guerra fredda), rispetto alle quali si era fatto notare che, passato il momento cruciale, lo Stato di diritto, incluso il controllo giudiziario delle decisioni politiche, riprendeva comunque il suo corso: John IP, «Comparative Perspectives on detection of terrorist suspected», cit., p. 885.

⁵¹ Con riferimento alla Francia, occorre sottolineare che la legge antiterrorismo del 15 novembre 2001 non è stata deferita al Consiglio costituzionale: «le traumatisme causé par les attentats du 11 septembre, à la suite desquels elle est intervenue, et le caractère consensuel des dispositions adoptées, expliquent l'absence de saisine» (Pierre MAZEAUD, «La lutte contre le terrorisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel», 2006, in www.conseil-constitutionnel.fr).

⁵² Sulla tendenza delle corti inferiori a una maggiore deferenza verso l'esecutivo v. ad esempio, in riferimento all'esperienza USA, Cass R. SUNSTEIN, «National Security, Liberty, and the D.C. Circuit», *The George Washington Law Review*, 2005, p. 693. In generale in questo senso John IP, «Comparative Perspectives on detection of terrorist suspected», cit., p. 856.

Molte sono le ragioni che possono essere addotte per spiegare il nuovo atteggiamento dei giudici, almeno delle giurisdizioni superiori.

Quella che sembra più persuasiva fa riferimento allo speciale carattere dell'emergenza nella lotta contro il terrorismo, in quanto "emergenza permanente", non destinata ad esaurirsi in un breve periodo di tempo⁵³. Tale carattere è stato tenuto ben presente dai legislatori e dai governi, che sovente hanno introdotto misure permanenti, non dotate di "sunset clauses", destinate a modificare l'ordinamento penale in via definitiva attraverso l'introduzione di nuovi reati, di nuove misure cautelari, di nuove tecniche investigative, di nuovi procedimenti giudiziari. A fronte di questo carattere non temporaneo dell'emergenza e delle conseguenti risposte politiche volte, come già si è detto, a "normalizzarla", una reazione dei giudici simile a quella posta in essere in epoche passate avrebbe significato, puramente e semplicemente, una abdicazione al loro ruolo e la fine dello Stato di diritto. Se si considera che la preoccupazione principale del potere giudiziario è quella di preservare la propria legittimazione, di fronte ad una "emergenza permanente" non resta ai giudici che esercitare il loro ruolo di contropoteri, pena una completa vanificazione della loro stessa *raison d'être*: di fronte ad una simile eventualità il possibile scontro con le maggioranze politiche del momento ha rappresentato, in fin dei conti, il male minore⁵⁴.

La posizione istituzionale dei giudici nello Stato costituzionale, pertanto, è all'origine del principale elemento di convergenza delle giurisprudenze, ovvero del rifiuto delle corti di ritenere le questioni loro sottoposte semplicemente non giustiziabili, o politiche, o rimesse alla discrezionalità dell'esecutivo o del legislativo, e della loro volontà di impegnarsi in un delicato controllo di proporzionalità⁵⁵.

Altre spiegazioni, ad esempio quella che fa riferimento all'esistenza di una spinta in questo senso da parte del diritto internazionale, per cui l'esigenza di fornire comunque una risposta giudiziaria a livello nazionale sarebbe volta ad evitare ben più gravi condanne da parte delle corti

⁵³ Eyal BENVENISTI, «National Courts and the "War on Terrorism"», cit., 318 et ID., «United we stand», cit., p. 269. V. la opinione di maggioranza scritta dal J. Kennedy nel caso *Boumediene v. Bush*, cit.: "Because our Nation's past military conflicts have been of limited duration, it has been possible to leave the outer boundaries of war powers undefined. If, as some fear, terrorism continues to pose dangerous threats to us for years to come, the Court might not have this luxury. This result is not inevitable, however. The political branches, consistent with their independent obligations to interpret and uphold the Constitution, can engage in a genuine debate about how best to preserve constitutional values while protecting the Nation from terrorism".

⁵⁴ Nel senso che, poiché il terrorismo rappresenta «une atteinte si violente à l'ordre public et appelle une réaction si forte de la part des pouvoirs publics [...] les risques de compromettre l'exercice des libertés fondamentales s'en trouvent accrus», ragione per la quale «le contrôle de constitutionnalité doit se faire, par conséquent, particulièrement aigu», si veda Pierre MAZEAUD, «La lutte contre le terrorisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel», cit., p. 1 (va fatto rilevare che l'autore era Presidente del Conseil constitutionnel nel momento in cui scriveva).

⁵⁵ In tal senso David D. COLE, «Rights over Borders: Transnational Constitutionalism and Guantanamo Bay», *Cato Supreme Court Review*, 2007-2008, p. 51, commentando la sentenza *Boumediene*, cit., con la quale, a suo avviso, la Corte suprema USA fa il suo ingresso nell' "important transnational trend of recent years, in which courts of last resort played an increasingly aggressive role in reviewing (and invalidating) security measures that trench on individual rights".

sovrnazionali, seppure forse spendibili in altre materie, non paiono potersi adattare al tema delle misure antiterrorismo. Se ci limitiamo al contesto europeo, né la Corte di giustizia dell'Unione europea né la Corte europea dei diritti dell'uomo hanno dimostrato un particolare attivismo al riguardo. Quest'ultima in specie, con poche eccezioni, sia pure non prive di rilievo⁵⁶, ha sempre fatto prevalere la dottrina del margine di apprezzamento, concedendo quindi ampio spazio alle soluzioni nazionali⁵⁷.

4.3. Soltanto per ripercorrere alcune delle più importanti pronunce delle principali giurisdizioni⁵⁸, occorre prima di tutto fare riferimento alla decisione nota con il nome di *Belmarsh case*⁵⁹, con la quale, nel dicembre del 2004, la House of Lords ha dichiarato incostituzionali alcune previsioni contenute nell' *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001 (ATSCA)*, che rappresentava la prima risposta del Regno Unito agli eventi dell'11 settembre⁶⁰. Si tratta di un vero e proprio punto di svolta nella giurisprudenza a livello "globale", anche per la forza delle considerazioni contenute nelle *opinions* di alcuni giudici. La Corte afferma che la detenzione a tempo potenzialmente indefinito di stranieri sospettati di terrorismo, senza che venga a essi garantito un regolare processo, costituisce una violazione dello *Human Rights Act* del 1998, in quanto comporta una discriminazione a danno dei detenuti stranieri. Nella sentenza i *Law Lords* invitano il Governo a provvedere con urgenza affinché le disposizioni che prevedono per i non britannici sospettati di terrorismo la detenzione potenzialmente indefinita siano abrogate e sostituite con una legislazione che regoli in modo eguale tutte le situazioni legate al terrorismo, qualunque sia

⁵⁶ Ci riferiamo al caso *Chahal v. United Kingdom*, 1996-V 1831 (1997) 23 EHRR 413, del 15 novembre 1996, poi ripreso in *Saadi v. Italy*, ric. n. 37201/06, Council of Europe, European Court of Human Rights, 28 febbraio 2008, e in *Ben Khemais v. Italy*, ric. n. 246/07, Council of Europe, European Court of Human Rights, 24 febbraio 2009.

⁵⁷ V. Stefan SOTTIAUX, *Terrorism and the Limitation of Rights. The ECHR and the US Constitution*, Hart Publishing, Oxford, 2008. Sul margine di apprezzamento lasciato agli Stati e, in particolare, alle giurisdizioni nazionali sulla applicazione dell'art. 15 della CEDU, v. in ultimo *A. & others v. United Kingdom*, ric. n. 3455/05, Council of Europe, European Court of Human Rights, 19 febbraio 2009.

⁵⁸ Ma molte altre meriterebbero di essere ricordate: si pensi alla sentenza della Corte costituzionale indonesiana del 23 luglio 2004, con la quale è dichiarata incostituzionale una norma penale retroattiva introdotta da una legge speciale sei giorni dopo gli attentati di Bali del 13 ottobre 2002 (una traduzione in inglese della decisione è pubblicata in *Asian Law*, 2004, 6, 166 ss.); la decisione è stata adottata a stretta maggioranza e l'opinione dissenziente è volta a giustificare la retroattività in virtù della eccezionalità degli eventi. Oppure alla sentenza della High Court di Hong Kong del 9 febbraio 2006, *Leung Kwok Hung v. HKSAR*, HCAL 107/2005, con la quale viene dichiarata incostituzionale, in quanto conferisce eccessivi poteri all'esecutivo, in violazione del diritto alla *privacy* garantito dalla *Basic Law*, la legislazione che autorizza le intercettazioni e la sorveglianza nella lotta al terrorismo internazionale.

⁵⁹ La sentenza della House of Lords consegue al ricorso presentato da nove detenuti nel carcere londinese di Belmarsh i quali, arrestati in virtù dell'ATSCA e trattenuti in reclusione senza alcuna formalizzazione delle accuse e senza processo, avevano contestato la legittimità della carcerazione. Gli appellanti erano tutti cittadini extracomunitari, nessuno di essi era stato incriminato formalmente e per nessuno era previsto in prospettiva lo svolgimento di un processo. Essi erano trattenuti in ragione di informazioni in possesso dei servizi di *intelligence*, sulla base dei quali si sospettava che fossero in qualche modo legati al *network* del terrorismo internazionale.

⁶⁰ *A. and Others v. Secretary of State for the Home Department, X. and Others v. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56.

la nazionalità dei sospettati, e che non comporti deroghe alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

La House of Lords, peraltro, non ha messo in discussione l'esistenza di un "pericolo reale e imminente per la vita della nazione" sostenuta dal governo per giustificare il ricorso al regime derogatorio previsto dall'art.15 della CEDU; la Corte ha assunto al riguardo un atteggiamento alquanto ambiguo⁶¹, preferendo non prendere una posizione precisa e decidendo la questione sulla base del principio di uguaglianza⁶².

Ciò non di meno, la sentenza contiene una importante serie di affermazioni di principio quanto al ruolo del potere giudiziario.

Lord Bingham, nella *leading opinion*, definisce lo spazio per il *judicial review*:

"I do not accept the full breadth of the Attorney General's argument on what is generally called the deference owed by the courts to the political authorities. It is perhaps preferable to approach this question as one of demarcation of functions ... The more purely political (in a broad or narrow sense) a question is, the more appropriate it will be for political resolution and the less likely it is to be an appropriate matter for judicial decision. The smaller, therefore, will be the potential role of the court. It is the function of political and not judicial bodies to resolve political questions. Conversely, the greater the legal content of any issue, the greater the potential role of the court, because under our constitution and subject to the sovereign power of Parliament it is the function of the courts and not of political bodies to resolve legal questions. The present question seems to me to be very much at the political end of the spectrum: see *Secretary of State for the Home Department v Rehman* [2001] UKHL 47, [2003] 1 AC 153, para 62, per Lord Hoffmann. The appellants recognised this by acknowledging that the Home Secretary's decision on the present question was less readily open to challenge than his decision (as they argued) on some other questions. This reflects the unintrusive approach of the European Court to such a question. I conclude that the appellants have shown no ground strong enough to warrant displacing the Secretary of State's decision on this important threshold question."

Tuttavia, la deferenza verso il punto di vista governativo in materia di deroghe non può spingersi troppo oltre. Come afferma Lord Rodger of Earlsferry,

"Due deference does not mean abasement before those views, even in matters relating to national security. Even in such matters what Simon Brown LJ said in *International Transport Roth GmbH v Secretary of State for the Home Department* [2003] QB 728, 754, holds true: "There are limits to the legitimacy of executive or legislative decision-making, just as there are to decision-making by the courts." Indeed the

⁶¹ La persistenza di un atteggiamento ambivalente in tutte le decisioni della House of Lords è sottolineata da Thomas POOLE, «Courts and Conditions of Uncertainty in "Times of Crisis"», cit., specie 239 s. K.D. EWING, Joo-Cheng THAM, «The Continuing Futility of the Human Rights Act», *Public Law*, 2008, p. 668 s., parlano esplicitamente di un persistere della deferenza delle corti britanniche nei confronti del potere politico.

⁶² Anche se alcune *opinions* sono alquanto chiare al riguardo: nella sua *concurring opinion* il *Law Lord* Hoffmann osserva che la Gran Bretagna «è una nazione che ha fronteggiato situazioni di immane gravità, sopravvivendo alla distruzione e a alla morte, perciò, pur non sottovalutando la capacità di gruppi fanatici di uccidere e distruggere, non si ritiene che essi minaccino la vita della nazione nel suo complesso» e cita a questo proposito il caso della strage della stazione di Atocha a Madrid affermando che questo «pur essendo un enorme e orribile fatto criminoso non è stato considerato una minaccia per la vita della Spagna». Dunque per quanto seria e temibile sia la violenza terrorista essa non può essere considerata, a parere del *Law Lord*, pericolosa per l'esistenza delle istituzioni britanniche né per la sopravvivenza della comunità civile. A questo proposito, nell'opinione di maggioranza, Lord Bingham of Cornhill richiama diversi precedenti giurisprudenziali in cui, accusati di illegittime violazioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, i governi di vari Stati hanno dimostrato la sussistenza di una situazione di emergenza che, minacciando la vita della nazione, legittimava la deroga all'art. 5 (*Lawless v. Ireland*, 1961; *Ireland v. United Kingdom*, 1978; *Aksoy v. Turkey*, 1996; *Marshall v. United Kingdom*, luglio 2001). Contrariamente, sostiene Lord Bingham of Cornhill, il Governo di Londra non è stato in grado di addurre prove sufficienti a ritenere necessaria tale deroga.

considerable deference which the European Court of Human Rights shows to the views of the national authorities in such matters really presupposes that the national courts will police those limits”.

E ancora, con le parole di Lord Walker of Gestingthorpe:

“Safeguarding national security is (with the possible exception of some questions of macro-economic policy and allocation of resources) the area of policy in which the courts are most reluctant to question or interfere with the judgment of the executive or (a fortiori) the enacted will of the legislature. Nevertheless the courts have a special duty to look very closely at any questionable deprivation of individual liberty. Measures which result in the indefinite detention in a high-security prison of individuals who have not been tried for (or even charged with) any offence, and who may be innocent of any crime, plainly invite judicial scrutiny of considerable intensity. This dilemma is heightened by the secrecy which necessarily attends most issues of national security. As my noble and learned friend Lord Rodger of Earlsferry pointed out in the course of argument, a portentous but non-specific appeal to the interests of national security can be used as a cloak for arbitrary and oppressive action on the part of government. Whether or not patriotism is the last refuge of the scoundrel, national security can be the last refuge of the tyrant.”

Particolarmente forti sono, infine, le parole di Lord Hoffmann:

“the real threat to the life of the nation, in the sense of a people living in accordance with its traditional laws and political values, comes not from terrorism but from laws such as these. That is the true measure of what terrorism may achieve. It is for the Parliament to decide whether to give the terrorists such a victory”.

Un altro importante tema affrontato dalla House of Lords in una successiva decisione ha riguardato la possibilità di utilizzare prove provenienti da Stati terzi, anche se ottenute con l’impiego della tortura, purché le autorità britanniche non abbiano avuto alcun ruolo nella raccolta delle stesse⁶³: tale eventualità è stata dichiarata incostituzionale all’unanimità, anche se dubbi sono rimasti quanto ad altri elementi, per esempio nel caso in cui non ci sia la certezza dell’utilizzo della tortura. Infatti, l’opinione di maggioranza è nel senso che laddove permanga un margine di dubbio sia comunque possibile acquisire le prove. La problematicità di questa posizione va sottolineata in relazione al fatto che parte delle udienze di fronte alla Commissione speciale per i ricorsi in materia di immigrazione si svolgono in segreto e la ragione per la quale un giudice decide di acquisire una prova, nonostante il sospetto dell’uso della tortura, potrebbe rimanere sconosciuta persino agli avvocati dell’incriminato. Sulla possibilità di vietare anche alla polizia di utilizzare prove o informazioni a carico di sospetti terroristi i *Law Lords* hanno compattamente votato in senso contrario.

Le pronunce degli anni successivi a questa prima fase hanno investito le norme introdotte per rispondere alla sentenza del 2004, nelle quali è stato previsto, in luogo del regime di indefinita detenzione, un sistema di “control orders”: caso per caso la Corte ha verificato se la misura di prevenzione imposta rappresentasse o meno una illegittima “deprivation of liberty”, invece di una

⁶³ House of Lords, *Judgments - A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)* (2004) *A and others (Appellants) (FC) and others v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) (Conjoined Appeals)*, [2005] UKHL 71, 8 dicembre 2005.

legittima “restriction of liberty of movement”, non senza aver riaffermato che tale confine non può essere spostato per trovare una soluzione alle attuali necessità di lotta al terrorismo⁶⁴. Anche in esse è stata messa in luce dalla dottrina una certa dose di ambiguità, che ha trovato una formulazione quale strategia giudiziaria generale da parte di Lord Bingham⁶⁵:

“The court has not been insensitive to the special problems posed to national security by terrorism: see... It has... eschewed the formulation of hard-edged and inflexible statements of principle from which no departure could be sanctioned whatever the background or the circumstances, and has recognised the need for a fair balance between the general interest of the community and the rights of the individual. But even in cases where article 6(1) has not been in issue, the court has required that the subject of a potentially adverse decision enjoy a substantial measure or degree of procedural justice”.

4.4. Anche l’ordinamento canadese ha reagito prontamente agli attentati dell’11 settembre 2001, fatto ben comprensibile alla luce della posizione geografica del Canada, approvando già nel dicembre 2001 un *Anti-terrorism Act*⁶⁶. La Corte suprema del Canada si è pronunciata su tali norme con due sentenze del 2004⁶⁷, che testimoniano un significativo impegno nella ricerca di un equilibrio tra le esigenze della sicurezza e la difesa dei principi dello Stato di diritto⁶⁸. Con esse vengono respinte le censure di costituzionalità nei confronti della norma del codice penale che ha previsto gli *investigative hearings*⁶⁹. Si ritiene infatti, con interpretazione adeguatrice, che il principio di giustizia fondamentale relativo al diritto di non autoaccusarsi è fatto salvo dall’art. 83.28 del codice penale e che il coinvolgimento del giudice in una inchiesta di polizia non viola l’indipendenza del potere giudiziario, asservendolo all’esecutivo, tenuto conto che compito del giudice nel procedimento in questione è quello di assicurare i diritti della persona sottoposta a

⁶⁴ *Secretary of State for the Home Department v. E & Anor* [2007] UKHL 47, 31 ottobre 2007; *Secretary of State for the Home Department v. JJ & Ors* [2007] UKHL 45, 31 ottobre 2007; *Secretary of State for the Home Department v. MB* [2007] UKHL 46, 31 ottobre 2007.

⁶⁵ Nel caso MB [2007] UKHL 46.

⁶⁶ V. Tania GROPPi, “Dopo l’11 settembre 2001: la “via canadese” per conciliare sicurezza e diritti”, *Quaderni costituzionali*, n. 3/2005, p. 573 ss.

⁶⁷ La decisione *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)* [2004] 2 S.C.R. 248 e la decisione *Vancouver Sun (Re)* [2004] 2 S.C.R. 332, depositata lo stesso giorno. Quest’ultima si occupa più specificamente della pubblicità della procedura di *investigative hearings*. Va rilevato che le due questioni di costituzionalità sono sorte nella prima occasione nella quale il nuovo art. 83.28 ha trovato applicazione.

⁶⁸ Tale impegno è testimoniato anche dal fatto che le sentenze sono scritte, a quattro mani, da due dei giudici più prestigiosi, Louise Arbour e Frank Iacobucci, pochi giorni prima di lasciare la Corte. Molto positiva è stata la reazione dell’opinione pubblica: v. ad es. i commenti pubblicati nei giorni immediatamente successivi alle decisioni sul quotidiano *Globe and Mail*: ad es., *Top Court Rejects Secrecy in Anti-terrorism Hearings*, 24 giugno 2004; *Here’s to an Open Court*, 24 giugno 2004.

⁶⁹ Lo strumento degli *investigative hearings* rappresenta un’innovazione nel diritto processuale canadese, basato sulla tradizione *adversarial*. Su richiesta dell’autorità di pubblica sicurezza, previo consenso del procuratore generale, il giudice può obbligare a testimoniare, con l’assistenza del proprio avvocato, tutti coloro che ritiene abbiano informazioni su un reato di terrorismo commesso o che potrebbe essere commesso, anche nel caso in cui la risposta possa condurre all’incriminazione del testimone. Qualora la persona interrogata rifiuti di rispondere, spetta al giudice decidere cosa fare: la legge non prevede soluzioni al riguardo, lasciando a quest’ultimo l’opzione di scegliere tra l’incriminazione per disobbedienza alla Corte o l’uso del *contempt power*, che può implicare l’applicazione della pena detentiva.

indagine e che, comunque, si tratta di un procedimento che deve svolgersi in forme trasparenti e aperte al pubblico⁷⁰.

Ma più delle risposte alle singole censure, sono le considerazioni d'insieme sulle misure antiterrorismo e sulle conseguenze che queste hanno sullo Stato di diritto a fare di tali sentenze altrettanti pilastri del cammino che, in molte parti del mondo, le corti hanno intrapreso a difesa dei diritti nell'era del terrorismo⁷¹.

La Corte afferma che :

« The challenge for democracies in the battle against terrorism is not whether to respond, but rather how to do so. This is because Canadians value the importance of human life and liberty, and the protection of society through respect for the rule of law. Indeed, a democracy cannot exist without the rule of law. So, while Cicero long ago wrote “*inter arma silent leges*” (the laws are silent in battle) (*Pro Milone* 14), we, like others, must strongly disagree: see A. Barak, “Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy” (2002), 116 *Harv. L. Rev.* 16, at pp. 150-51.

Although terrorism necessarily changes the context in which the rule of law must operate, it does not call for the abdication of law. Yet, at the same time, while respect for the rule of law must be maintained in the response to terrorism, the Constitution is not a suicide pact, to paraphrase Jackson J.: *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949), at p. 37 (in dissent).

Consequently, the challenge for a democratic state's answer to terrorism calls for a balancing of what is required for an effective response to terrorism in a way that appropriately recognizes the fundamental values of the rule of law. In a democracy, not every response is available to meet the challenge of terrorism. At first blush, this may appear to be a disadvantage, but in reality, it is not. A response to terrorism within the rule of law preserves and enhances the cherished liberties that are essential to democracy. As eloquently put by President Aharon Barak of the Israeli Supreme Court:

This is the fate of democracy, as not all means are acceptable to it, and not all methods employed by its enemies are open to it. Sometimes, a democracy must fight with one hand tied behind its back. Nonetheless, it has the upper hand. Preserving the rule of law and recognition of individual liberties constitute an important component of its understanding of security. At the end of the day, they strengthen its spirit and strength and allow it to overcome its difficulties.

(H.C. 5100/94, *Public Committee Against Torture in Israel v. Israel*, 53(4) P.D. 817, at p. 845, cited in Barak, *supra*, at p. 148.)

Although the constitutionality of a legislative approach to terrorism will ultimately be determined by the judiciary in its role as the arbiter of constitutional disputes for the country, we must not forget that the legislative and executive branches also desire, as democratic agents of the highest rank, to seek solutions and approaches that conform to fundamental rights and freedoms. ».⁷²

Successivamente, la Corte suprema del Canada nella decisione *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*⁷³ ha dichiarato illegittimi gli artt. 33 e 77-85 dell' *Immigration and Refugee Protection Act* in quanto contrastanti con gli artt. 7, 9 e 10 della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. La legge citata consentiva al Ministro

⁷⁰ Quest'ultimo profilo è trattato specialmente nella sentenza *Vancouver Sun (Re)* [2004] 2 S.C.R. 332.

⁷¹ Ancora una volta, dovrebbero essere richiamate le parole del presidente della Corte suprema di Israele, Aharon Barak: “noi, giudici delle moderne democrazie, siamo chiamati a svolgere un ruolo chiave nella protezione della democrazia. Dobbiamo proteggerla sia dal terrorismo, sia dai mezzi che lo Stato intende utilizzare per combattere il terrorismo”: Aharon BARAK, «Democrazia, terrorismo e corti di giustizia», *Il giusto processo*, 2002, 55-65.

⁷² *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)* [2004] 2 S.C.R. 248, paragrafi 5-8.

⁷³ [2007] S.C.J. No. 9, [2007] 1 S.C.R. 350 (S.C.C.)

dell'immigrazione o al Ministro della sicurezza pubblica e della protezione civile di rilasciare un certificato (c.d. *security certificate*) di espulsione di uno straniero o di un residente permanente dal territorio canadese per motivi di sicurezza. Tale attestazione da parte del Ministro era soggetta al controllo della Corte federale che tuttavia era autorizzata a negare agli imputati l'accesso alla documentazione sulla base della quale fossero stati espulsi o privati della libertà personale per motivi di sicurezza. I giudici della Corte suprema all'unanimità hanno dichiarato illegittime tali disposizioni in quanto contrastanti con la *Charter*. In particolare, il diniego di accesso alle prove e alla documentazione relativa alle accuse risulta in contrasto con l'art. 7 che tutela il diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza della persona in quanto l'imputato non viene posto in una eguale posizione processuale rispetto all'accusa, non essendogli data la possibilità di conoscerne le ragioni e poterle confutare. Inoltre, la Corte ha dichiarato il giudizio di convalida del fermo dello straniero entro il termine di 120 giorni in contrasto con gli art. 9 e 10 della *Charter* che prevedono il diritto alla tutela contro le limitazioni arbitrarie della libertà personale ed il diritto di ciascuno in caso di arresto ad essere informato nel più breve tempo possibile delle accuse e dei motivi della detenzione. I giudici hanno, infine, differito l'efficacia della sentenza di un anno in modo da consentire al Parlamento le modifiche legislative opportune.

Infine, la Corte suprema è stata chiamata a pronunciarsi sul caso di un cittadino canadese catturato in Afghanistan e detenuto a Guantanamo. Con una prima sentenza, nel 2008, essa ha affermato l'applicabilità delle garanzie contenute nell'art. 7 della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (secondo il quale "Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice"), consentendogli l'accesso ai verbali dei suoi interrogatori e alle informazioni su di lui trasmesse dalle autorità canadesi a quelle statunitensi⁷⁴. In una successiva decisione, nel 2010, la Corte suprema ha dichiarato che la partecipazione di ufficiali canadesi agli interrogatori svoltisi a Guantanamo, nel contesto di una detenzione illegittima, viola l'art.7 della *Charter*, pur riconoscendo un'ampia discrezionalità, ricompresa nelle prerogative della Corona in materia di politica estera, al governo quanto agli strumenti da utilizzare per porre fine a tale situazione⁷⁵.

4.5. Anche la Corte suprema degli Stati Uniti è intervenuta per la prima volta, come le sue equivalenti canadesi e britanniche, nel giugno 2004, pronunciandosi con tre importanti decisioni in merito alla politica della *War on Terror* dell'Amministrazione Bush⁷⁶.

⁷⁴ Canada (Justice) v. Khadr, [2008] 2 S.C.R. 125.

⁷⁵ Canada (Prime Minister) v. Khadr, 2010 SCC 3.

⁷⁶ Le tre decisioni sono *Rasul v. Bush* 542 US (2004); *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. (2004); *Rumsfeld v. Padilla*, 542 U.S. (2004); per un'analisi approfondita delle sentenze e dell'impatto da esse esercitato sul sistema si v. Ruth

In particolare, nella sentenza *Rasul v. Bush*, la Corte suprema ha riconosciuto ai combattenti stranieri catturati all'estero e detenuti nella base americana di Guantanamo il diritto all'*habeas corpus*: secondo i supremi giudici americani, dal momento che la base di Guantanamo è gestita da personale statunitense, essa rientra nella giurisdizione federale.

Nella sentenza *Hamdi v. Rumsfeld*, decisa nella stessa data, la Corte suprema ha stabilito che un cittadino americano, detenuto a Guantanamo, benché legittimamente qualificato come "combattente nemico" dal governo, ha il diritto al *due process* per contestare la legittimità della sua detenzione.

Nelle due sentenze esiste un filo comune: viene denunciata l'illegittimità costituzionale dell'azione governativa in ragione del fatto che il governo non può trattenere persone per un tempo indefinito, senza che siano formalmente incriminate, senza che venga loro concesso il tradizionale apparato strumentale di protezione e garanzia del procedimento penale statunitense, a meno che questi soggetti siano effettivamente trattati come prigionieri di guerra. In questo caso, essi dovrebbero usufruire dei benefici e degli strumenti di tutela garantiti dal diritto internazionale, con particolare riferimento alla Convenzione di Ginevra.

Dall'analisi dettagliata delle sentenze emerge però un atteggiamento tendenzialmente cauto. Nella decisione più corposa e particolarmente significativa da un punto di vista costituzionale, la sentenza *Hamdi*, volutamente non si entra nel merito della legittimità o meno del potere presidenziale nell'attuazione delle strategie anti-terrorismo. Ci si limita, invece, a constatare la violazione da parte del governo del *due process of law*, focalizzando l'attenzione sull'obbligatorietà di una fase processuale in cui si determini lo *status* dei prigionieri da cui dipendono i termini di un'eventuale detenzione, rifiutando la posizione del governo, per il quale una volta assoggettato ad una "classificazione" sulla base di standard qualsiasi forma di ricorso individuale sarebbe stata bandita⁷⁷.

L'*opinion* della maggioranza contiene importanti affermazioni sul ruolo delle corti in "a time of stress", attraverso la riaffermazione del rifiuto di un atteggiamento deferente all'esecutivo e della necessità di uno spazio di controllo sulle attività di questo:

WEDGWOOD, «The Supreme Court and the Guantanamo Controversy», in P. BERKOWITZ (a cura di), *Terrorism, the Laws of War and the Constitution. Debating the Guantanamo Cases*, Hoover Institution Press, Stanford (CA), 2005, p.159-184; Tommaso Edoardo FROSINI, Carla BASSU, «La libertà personale nell'emergenza costituzionale», in A. DI GIOVINE (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Giappichelli, Torino, 2005, p.75 s.; Antonella BENAZZO, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 172 s.

⁷⁷ Otto giudici, tutti tranne Clarence Thomas, ritengono illegale *ab principio* la detenzione di quasi due anni inflitta al cittadino americano Yaser Esam Hamdi, affermando che tale reclusione sarebbe stata legittima solo nel caso in cui la designazione come "*enemy combatant*" fosse stata accertata da un tribunale. Il fatto che ad Hamdi sia stata negata la possibilità di difendersi di fronte a un giudice costituisce una indubbia violazione del principio costituzionale del *due process of law*, V. *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. (2004), *concurring opinion* del giudice Sandra Day O'Connor.

“We necessarily reject the Government's assertion that separation of powers principles mandate a heavily circumscribed role for the courts in such circumstances. Indeed, the position that the courts must forgo any examination of the individual case and focus exclusively on the legality of the broader detention scheme cannot be mandated by any reasonable view of separation of powers, as this approach serves only to *condense* power into a single branch of government. We have long since made clear that a state of war is not a blank check for the President when it comes to the rights of the Nation's citizens...Whatever power the United States Constitution envisions for the Executive in its exchanges with other nations or with enemy organizations in times of conflict, it most assuredly envisions a role for all three branches when individual liberties are at stake”.⁷⁸

La tappa successiva è costituita dalla sentenza *Hamdan v. Rumsfeld*⁷⁹, con la quale la Corte suprema si pronuncia sulla legittimità delle *military commissions* istituite dall'amministrazione Bush a Guantanamo, come conseguenza delle precedenti sentenze, per giudicare i non cittadini accusati di reati terroristici. La Corte ha ritenuto non legittime le Commissioni militari perché il procedimento non sarebbe assistito dalle necessarie garanzie processuali nei riguardi dei soggetti accusati. La pronuncia, stabilendo che non rientrava nei poteri del Presidente istituire tali commissioni, riporta necessariamente l'intera vicenda all'attenzione del Congresso, cui, ai sensi della Costituzione, compete il dettare norme in materia di privazione della libertà e in ordine alla tutela dei diritti fondamentali.

Nella sua concurring opinion, il Justice Breyer ribadisce il ruolo del potere giudiziario:

“The dissenters say that today's decision would "sorely hamper the President's ability to confront and defeat a new and deadly enemy...They suggest that it undermines our Nation's ability to "preven[t] future attacks" of the grievous sort that we have already suffered.... That claim leads me to state briefly what I believe the majority sets forth both explicitly and implicitly at greater length. The Court's conclusion ultimately rests upon a single ground: Congress has not issued the Executive a "blank check." Indeed, Congress has denied the President the legislative authority to create military commissions of the kind at issue here. Nothing prevents the President from returning to Congress to seek the authority he believes necessary.

Where, as here, no emergency prevents consultation with Congress, judicial insistence upon that consultation does not weaken our Nation's ability to deal with danger. To the contrary, that insistence strengthens the Nation's ability to determine--through democratic means--how best to do so. The Constitution places its faith in those democratic means. Our Court today simply does the same”⁸⁰.

Infine, la terza e decisiva tappa è rappresentata dalla decisione che ha riconosciuto il diritto costituzionale dei detenuti nel campo di Guantanamo di ricorrere ai tribunali ordinari americani contro la loro detenzione, dichiarando incostituzionale la normativa introdotta dal Congresso per far fronte alle precedenti pronunce e chiudendo in qualche modo la partita (*Boumediene v. Bush* e *Al-Odah v. United States*)⁸¹.

⁷⁸ *Hamdi v. Rumsfeld*, opinion del giudice O'Connor, 2.

⁷⁹ *Hamdan v. Rumsfeld* 548 U.S. 2006.

⁸⁰ *Hamdan v. Rumsfeld*, opinion del Justice Breyer, 1.

⁸¹ *Boumediene v. Bush*, 549 U.S. 2007; *Al Hoda v. United States*, 533 U.S. 2008.

La tesi dell'amministrazione Bush secondo la quale le circostanze eccezionali della "guerra al terrorismo" richiedono strumenti fuori dall'ordinario non è sufficiente per la Corte a giustificare la deroga ai pilastri dello Stato di diritto.

"The laws and Constitution are designed to survive, and remain in force, in extraordinary times. Liberty and security can be reconciled; and in our system they are reconciled within the framework of the law. The Framers decided that habeas corpus, a right of first importance, must be a part of that framework, a part of that law",

ha scritto nelle motivazioni della maggioranza il giudice Anthony Kennedy⁸². La Corte mostra la consapevolezza delle peculiari esigenze di sicurezza, ma non è disposta a cedere su un terreno fondamentale come quello dell'*habeas corpus*:

"Security depends upon a sophisticated intelligence apparatus and the ability of our Armed Forces to act and to interdict. There are further considerations, however. Security subsists, too, in fidelity to freedom's first principles. Chief among these are freedom from arbitrary and unlawful restraint and the personal liberty that is secured by adherence to the separation of powers. It is from these principles that the judicial authority to consider petitions for habeas corpus relief derives.

Our opinion does not undermine the Executive's powers as Commander in Chief. On the contrary, the exercise of those powers is vindicated, not eroded, when confirmed by the Judicial Branch. Within the Constitution's separation-of-powers structure, few exercises of judicial power are as legitimate or as necessary as the responsibility to hear challenges to the authority of the Executive to imprison a person. Some of these petitioners have been in custody for six years with no definitive judicial determination as to the legality of their detention. Their access to the writ is a necessity to determine the lawfulness of their status, even if, in the end, they do not obtain the relief they seek".

4.6. Altre giurisdizioni, al di fuori dell'area più strettamente minacciata dal terrorismo di Al Qaeda, si sono pronunciate negli sessi anni sulla nuova legislazione antiterrorismo.

Tra queste anche la Corte suprema dell'India, una Corte non nuova a tematiche di emergenza terroristica, sia pure essenzialmente nazionale. Essa è stata chiamata a giudicare la legge approvata dal Parlamento dopo l'11 settembre 2001 (*Prevention of Terrorism Act 2002*). Benchè il tema principale che viene in rilievo sia quello della ripartizione della competenza legislativa tra la Federazione e gli Stati, nell'ambito di decisioni volte a mostrare la differenza tra la lotta al terrorismo, che ricade nella competenza federale, e il tradizionale problema del "law and order", rimesso agli Stati, la Corte suprema non manca di soffermarsi sul quadro generale nel quale si colloca la lotta al terrorismo⁸³, sottolineando la minaccia che questo rappresenta per lo Stato e l'esigenza di fornire risposte su scala transnazionale:

"The anti-terrorism laws should be capable of dissuading individuals or groups from resorting to terrorism, denying the opportunities for the commission of acts of terrorism by creating inhospitable environments for terrorism and also leading the struggle against terrorism. Anti-terrorism law is not only a penal statute but

⁸² *Boumediene v. Bush*, opinion del giudice Kennedy, VI, così come la citazione successiva.

⁸³ *People's Union for Civil Liberties and Anr. v. Union of India and Ors.*, 16/12/2003 e *State (NCT) of Delhi Navjot Sandhu Afsan Guru*, 04/08/2005.

also focuses on pre-emptive rather than defensive State action. At the same time in the light of global terrorist threats, collective global action is necessary”.

Dall’altro lato, però, la Corte evidenzia altresì la necessità di rispettare i diritti umani nel corso di tale lotta:

“The protection and promotion of human rights under the rule of law is essential in the prevention of terrorism. Here comes the role of law and Court’s responsibility. If human rights are violated in the process of combating terrorism, it will be self-defeating. Terrorism often thrives where human rights are violated, which adds to the need to strengthen action to combat violations of human rights. The lack of hope for justice provides breeding grounds for terrorism. Terrorism itself should also be understood as an assault on basic rights. In all cases, the fight against terrorism must be respectful to the human rights.”

Anche le più alte giurisdizioni di Australia e Nuova Zelanda si sono pronunciate sulle misure antiterrorismo post 11 settembre.

In Nuova Zelanda la legislazione antiterrorismo introdotta dopo l’11 settembre 2001 secondo il modello britannico e canadese non ha dato luogo a decisioni giudiziarie⁸⁴, mentre gli unici casi relativi al terrorismo sono connessi all’applicazione nel nuovo contesto della preesistente legislazione sull’immigrazione⁸⁵. La Corte suprema con una prima decisione ha riconosciuto la possibilità per la High Court di stabilire il rilascio su cauzione di un cittadino straniero, richiedente asilo, ma sospettato di terrorismo, mentre con la seconda ha affermato la impossibilità di espulsione qualora il medesimo cittadino straniero, pur riconosciuto rappresentare una minaccia per la sicurezza nazionale, rischi di essere sottoposto a tortura o a trattamenti disumani o degradanti nel Paese di origine⁸⁶.

Anche in Australia, nonostante l’adozione di una nuova legislazione in materia di antiterrorismo, modellata sull’esempio britannico, il primo caso che si è posto ha riguardato la normativa sull’immigrazione e in particolare la possibilità di detenere indefinitamente un apolide di origine palestinese entrato illegalmente nel Paese⁸⁷.

In tale decisione la High Court ha riconosciuto la legittimità costituzionale della detenzione indefinita in attesa dell’espulsione, in quanto non si tratterebbe di una forma di punizione. La sentenza viene qui in rilievo essenzialmente per le affermazioni di principio contenute sia nella *opinion* della maggioranza che in quelle dei tre giudici dissenzianti circa l’estensione che il *judicial*

⁸⁴ V. John IP, «Comparative Perspectives on detection of terrorist suspected», cit., p. 805 s.

⁸⁵ Al centro delle due pronunce è il caso di un cittadino algerino giunto in Nuova Zelanda nel 2002 e detenuto sulla base della legge sull’immigrazione, per poi essere soggetto ad un “security certificate” in quanto minaccia alla sicurezza nazionale sulla base di informazioni di *intelligence*. V. *Zaoui v. Attorney General* (n. 2) [2006] 1 NZLR 289; *Zaoui v. Attorney General* [2005] 1 NZLR 577.

⁸⁶ La creatività della decisione è messa in evidenza da Bruce HARRIS, *Judicial Activism and New Zealand’s Appellate Courts*, in Brice DICKSON (a cura di), *Judicial Activism in Common Law Supreme Courts*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 273 (281).

⁸⁷ *Al-Kateb v Godwin*, [2004] HCA 37.

review deve avere di fronte alla limitazione dei diritti per ragioni di sicurezza, quasi che essa volesse preparare il terreno per le decisioni a venire. Particolarmente significativa è la messa in guardia dei giudici di minoranza. Il Chief Justice, Kirby:

“Indefinite detention at the will of the Executive, and according to its opinions, actions and judgments, is alien to Australia's constitutional arrangements. This Court should be no less vigilant in defending those arrangements - and their consequences for the meaning of legislation and the ambit of the judicial power - than the United States Supreme Court has lately been in responding to similar Executive assertions in that country [nella nota si citano *Hamdi v Rumsfeld* e *Rasul v Bush*].

The constitutional norms are not the same in each country. We have no equivalent to the Fifth Amendment in our Constitution. The United States Constitution contains no express subjection of the legislative power to Art III. Its notions of the judicial power have developed somewhat differently. But the result of each Constitution is similar in this respect. I dissent from the majority view in this case. Potentially, that view has grave implications for the liberty of the individual in this country which this Court should not endorse”.

E ancora:

“We should be no less vigilant than our predecessors were. As they did in the *Communist Party Case*, we also should reject Executive assertions of self-defining and self-fulfilling powers. We should deny such interpretations to federal law, including the Act... This Court should be no less defensive of personal liberty in Australia than the courts of the United States, the United Kingdom and the Privy Council for Hong Kong have been, all of which have withheld from the Executive a power of unlimited detention”.

Il primo caso che ha coinvolto direttamente la legislazione antiterrorismo⁸⁸ è stato il già citato *Thomas v. Mowbray*. Qui la *High Court*, con una maggioranza di cinque a due, ha stabilito la costituzionalità dei *control orders*, ritenendo che non si sia di fronte ad una impropria attribuzione al potere giudiziario (chiamato ad adottare gli *orders*) di una competenza amministrativa, poiché si tratta di un procedimento configurato in modo sufficientemente preciso dal legislatore, tale da consentire di ricondurla alla nozione di attività giurisdizionale⁸⁹.

Anche questa sentenza si segnala, peraltro, per il divergente approccio al ruolo delle corti di fronte alla minaccia alla sicurezza nazionale, tema sul quale la *High Court* appare divisa.

La maggioranza della Corte ritiene che:

“Courts are now inevitably involved on a day-to-day basis in the consideration of what might be called "policy", to a degree which was never seen when earlier habits of thought respecting Ch III were formed. Care is needed in considering the authorities in this field. The vantage point from which the issues were presented is significant. The issue may be whether a power reposed by statute in an administrative or regulatory body is invalid because there is an attempted conferral of the judicial power of the

⁸⁸ In particolare l'*Anti-terrorism Act* (n. 2) del 2005 che ha introdotto nell'art 104 del Codice penale un sistema di *control orders* modellati sull'esempio britannico.

⁸⁹ «The court's power to make an interim control order is conditioned on two matters (s. 104.4). First, the court must be satisfied on the balance of probabilities that making the order would substantially assist in preventing a terrorist act, or that the person has provided training to, or received training from, a listed terrorist organization. Secondly, the court must be satisfied on the balance of probabilities that each of the obligations, prohibitions and restrictions to be imposed by the order is reasonably necessary, and reasonably appropriate and adapted, for the purpose of protecting the public from a terrorist act».

Commonwealth. Here, the presence of criteria which give a prominent part to considerations of policy points against an attempted conferral of judicial power, and so in favour of validity”⁹⁰.

Il Chief Justice Kirby conclude la sua opinione dissenziente con un accorato appello:

“In the face of contemporary dangers from terrorism, it is essential that this Court should insist on the steady observance of settled constitutional principles. It should demand adherence to the established rules governing the validity of federal laws and the deployment of federal courts in applying such laws. It should reject legal and constitutional exceptionalism. Unless this Court does so, it abdicates the vital role assigned to it by the Constitution and expected of it by the people. That truly would deliver to terrorists successes that their own acts could never secure in Australia.

The wellspring of constitutional wisdom lies in legal principle. Its source is found in the lessons of constitutional history. When these elements are forgotten or neglected by a court such as this, under the passing pressures of a given time, the result is serious error. The consequences for the constitutional design, as for individual liberty, can be grave. It must then be left to a future time to return to that wisdom and to rediscover its source when the mistakes of the present eventually send this Court back to the wise perceptions of the past”.

4.7. Infine, per fare qualche riferimento alle corti estranee all’area della *common law*, si possono citare le molteplici pronunce attraverso le quali il Tribunale costituzionale federale tedesco ha circoscritto drasticamente le misure antiterrorismo. Anche se il caso più emblematico resta quello della sentenza del 15 febbraio 2006, con la quale il *Bundesverfassungsgericht* ha dichiarato incostituzionale la norma che permetteva alle Forze Armate di abbattere aerei dirottati durante un attacco terroristico, molteplici sono le pronunce che, in nome della tutela della dignità umana e della tutela della vita privata pongono limiti a strumenti investigativi introdotti nell’ambito della lotta al terrorismo.

Con la sentenza del 3 marzo 2004⁹¹ il Tribunale costituzionale federale ha affermato che il principio costituzionale che attribuisce rilievo alla tutela della dignità umana impone la cessazione delle intercettazioni ambientali allorché risulti violata la sfera più intima dell’individuo, mentre con la sentenza del 23 maggio 2006⁹² ha individuato i limiti entro i quali è ammissibile la trattazione automatica di dati per finalità preventive ad opera della polizia. La misura concretamente adottata era intesa alla individuazione di “dormienti” affiliati al terrorismo internazionale di matrice islamica. Nella circostanza, il Tribunale ha affermato che deve sussistere una situazione di concreto pericolo affinché la polizia possa legittimamente procedere alla misura. Il requisito non è, secondo

⁹⁰ Così l’*opinion* dei giudici Gummow e Crennan.

⁹¹ BVerfG, 1 BvR 2378/98 vom 3.3.2004, Absatz-Nr. (1 - 373).

⁹² BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006, Absatz-Nr. (1 - 184).

il Tribunale, soddisfatto dalla generica situazione internazionale determinata dagli attacchi dell'11 settembre 2001, né da non meglio determinate tensioni politiche sul piano internazionale⁹³.

Infine, con la sentenza del 27 febbraio 2008⁹⁴, il Tribunale costituzionale ha stabilito che la normativa del Land Nordrhein-Westphalen che assegnava ai servizi di *intelligence* del Ministero dell'interno del Land la facoltà di accedere a computer e sistemi informatici (inclusi *hard disk*) di privati, nonché di intercettare comunicazioni (comprese le telefonate in VoIP) fra privati che si svolgono sulla rete, nel caso si possa sospettare che sugli strumenti informatici, o tramite gli stessi, possa svolgersi un'attività terroristica, lede il diritto alla garanzia della riservatezza ed integrità dei sistemi informatici. Il Tribunale non ha, in linea di principio, escluso la possibilità del controllo delle attività informatiche da parte delle autorità di polizia; tuttavia, ha precisato come debba sempre svolgersi sotto la direzione di un giudice e sia ammissibile solo nel caso sussista uno stringente interesse pubblico (ovvero di gravi e concreti sospetti di lesione dello stesso) quale la tutela della vita, integrità o libertà.

Il Tribunale costituzionale è intervenuto anche in materia di espulsioni di sospetti terroristi. Con la sentenza del 13 giugno 2005⁹⁵ ha ribadito la necessità del contraddittorio prima dell'applicazione di una misura di espulsione del cittadino straniero. In questa occasione, il *Bundesverfassungsgericht* ha accolto il ricorso individuale per lesione del diritto al contraddittorio di un cittadino turco, per il quale era stata disposta l'espulsione verso la Turchia in seguito ad una preghiera pronunciata in una moschea, inneggiante alla "fine dell'ingiusto bagno di sangue iracheno", e riferita anche alla situazione dei territori palestinesi. Nel contenuto della preghiera le autorità di polizia avevano intravisto un sostegno al terrorismo internazionale.

Nello stesso quadro della lotta al terrorismo si colloca anche la nota decisione del 18 luglio 2005⁹⁶, con la quale il *Bundesverfassungsgericht*, in accoglimento di un ricorso individuale di costituzionalità da parte di un cittadino di nazionalità siriano-tedesca, richiesto in consegna dalle autorità spagnole per la sua sospetta partecipazione all'organizzazione terroristica Al Qaeda, nella quale avrebbe rivestito un ruolo chiave per la ricerca di finanziamenti e la tenuta di "contatti", ha dichiarato l'incostituzionalità della disciplina d'attuazione della decisione quadro sul mandato europeo d'arresto (*Europäisches Haftbefehlsgesetz* del 21 luglio 2004), censurando altresì le decisioni giudiziaria e politica che della stessa costituivano applicazione nel caso specifico.

⁹³ V. al riguardo O. LEPSIUS, «Human Dignity and the Downing of Aircraft: The German Federal Constitutional Court Strikes Down a Prominent Anti-Terrorism Provision in the New Air-transport Security Act», *German Law Review*, 2006, p. 761.

⁹⁴ BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27.2.2008, Absatz-Nr. (1 - 333).

⁹⁵ BVerfG, 2 BvR 485/05 vom 13.6.2005, Absatz-Nr. (1 - 36).

⁹⁶ BVerfG, 2 BvR 2236/04 vom 18.7.2005, Absatz-Nr. (1 - 201).

Infine, anche il *Conseil constitutionnel* francese si è mosso nella direzione di un controllo delle misure antiterrorismo. Il 19 gennaio 2006⁹⁷, adito da più di sessanta senatori, si è pronunciato sulla legge “relativa alla lotta contro il terrorismo e che introduce varie disposizioni sulla sicurezza e i controlli transfrontalieri”. I ricorrenti avevano impugnato l’art. 6 (sequestro amministrativo di « dati di traffico » presso operatori di servizi di comunicazione elettronica, fornitori di servizi in linea e « cyber-café »), nonché l’art. 8 (fotografia automatica di veicoli e dei loro occupanti su alcune assi stradali e registrazione provvisoria di tali fotografie per il confronto con gli schedari dei veicoli rubati o segnalati). Il Consiglio costituzionale non ha dichiarato tali disposizioni contrarie alla Costituzione tenuto conto, da un lato, della loro utilità nella lotta contro il terrorismo e la criminalità, e, dall’altro, dei limiti e delle cautele che esse prevedevano sul piano della protezione della vita privata.

Il Consiglio ha nondimeno censurato il riferimento alla "repressione" degli atti terroristici, di cui all’art. 6 della legge impugnata. Il sequestro e il trattamento dei « dati di traffico », previsti da tale articolo, che sono semplici operazioni di polizia amministrativa, nella responsabilità esclusiva del potere esecutivo, hanno come finalità la prevenzione di atti terroristici, ma non possono, senza violare il principio di separazione dei poteri, sconfinare fino ad incidere sulla repressione di tali atti, che è di competenza dell’autorità giudiziaria.

5. Una volta verificata la comune tendenza delle giurisprudenze, quel che rimane da appurare è il ruolo svolto in tale processo dalla circolazione dei precedenti giurisprudenziali. Si è fatto riferimento in dottrina a una “coordinated response on the part of a group of National courts to the coordinated counterterrorism policies of their National governments”⁹⁸.

Il punto di partenza per la verifica dell’effettività di una simile ipotesi è costituito dalle considerazioni iniziali circa la circolazione dei precedenti stranieri nell’epoca attuale⁹⁹.

Come si diceva all’inizio, si tratta di un fenomeno in crescente espansione, specie di fronte alla maggiore facilità di accesso, attraverso i mezzi informatici, alle decisioni di altre giurisdizioni¹⁰⁰. E’ indubbio che ci sono terreni particolarmente propizi per tale circolazione e che tra essi si collocano le misure antiterrorismo: si tratta infatti di un settore nel quale esiste una

⁹⁷ Décision n° 2005-532 DC.

⁹⁸ Eyal BENVENISTI, «United we stand», cit., p. 255.

⁹⁹ Si veda, più approfonditamente, Tania GROPP, «A User-friendly Court. The Influence of Supreme Court of Canada Decisions Since 1982 on Court Decisions in Other Liberal Democracies», *Supreme Court Law Review*, 2007, 36, p. 337-364

¹⁰⁰ Un richiamo al fenomeno, corredato di citazioni dottrinali e giurisprudenziali, è rinvenibile nella *dissenting opinion* di Kirby nel già citato caso *Al Kateb*: “The willingness of national constitutional courts to look outside their own domestic legal traditions to the elaboration of international, regional and other bodies represents a paradigm shift that has happened in municipal law in recent years. There are many illustrations in the decisions of the courts of, for example, Canada, Germany, India, New Zealand, the United Kingdom and the United States”.

oggettiva necessità di coordinamento delle politiche, che discende dal carattere globale del fenomeno e si traduce sia nell'adozione di decisioni di organizzazioni internazionali, sia nello sviluppo di relazioni intergovernative. Entrambi gli aspetti hanno una incidenza a livello nazionale, determinando sovente soluzioni normative analoghe. A ciò si aggiunga che, in materia di diritti fondamentali di prima generazione, quali quelli maggiormente toccati dalle misure antiterrorismo, le disposizioni costituzionali che vengono in rilievo in quanto parametri del controllo di costituzionalità sono assai simili.

L'esistenza di una comune sensibilità dei giudici delle giurisdizioni superiori su tale materia è testimoniata anche da molti loro interventi extragiudiziali, nei quali vengono richiamate con dovizia di argomenti le posizioni assunte, sia attraverso le sentenze che in discorsi ed articoli, da parte di giudici di altre giurisdizioni: in questo contesto, ad esempio, assai frequenti sono le citazioni delle *opinions* e degli articoli del Chief Justice di Israele, Aharon Barak¹⁰¹.

Tuttavia, un esame del testo delle decisioni non pare mostrare una propensione alla citazione dei precedenti stranieri più accentuata di quella presente in altri campi.

Si è ben consapevoli che la citazione espressa rappresenta soltanto uno dei sintomi della circolazione delle giurisprudenze e che esistono influenze implicite, sotterranee, come prodotto di una "circolazione" giuridica sempre più intensa, anche grazie allo sviluppo delle tecnologie informatiche, ai contatti personali e più in generale alla formazione dei giuristi, assai difficili da verificare¹⁰². Tali influenze, in quanto non esplicitate dalle decisioni, sono quasi impossibili da rintracciare: soltanto studi approfonditi, compiuti sulla giurisprudenza di singoli paesi, realizzati non soltanto attraverso la lettura diretta di tutte le pronunce, ma anche attraverso questionari ed interviste rivolti ai giudici, potrebbero fornire qualche indicazione¹⁰³.

Si è anche consapevoli che il ricorso esplicito alla citazione di precedenti stranieri è assai poco frequente negli ordinamenti di *civil law*, come conseguenza della specifica tradizione giuridica e della tecnica di motivazione delle decisioni¹⁰⁴. Oppure che ciò è assai raro laddove predomini una

¹⁰¹ Per qualche esempio di questa sensibilità v. ad es. Ruth BADER GINSBURG, «A Decent Respect to the Opinions of Humankind : The Value of Comparative Perspective in Constitutional Adjudication», *Saint Louis University Public Law Review*, 2007, p. 187, che si sofferma sul caso *Belmarsh*; oppure il già citato intervento del Chief Justice australiano Michael KIRBY, «Judicial Review in a time of terrorism», cit., p. 21, che richiama appunto A. Barak.

¹⁰² Così il giudice della Corte suprema del Canada Claire L'HEREUX-DUBÉ, «The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court», *Tulsa Law Journal*, 1998, p. 14.

¹⁰³ Così Catherine DUPRÉ, *Importing Law in Post-Communist Transitions*, Hart Publishing, Oxford, 2003.

¹⁰⁴ Come la Francia o l'Italia (che sono citate come esempi dell'atteggiamento qualificato come "Doing It But Not Admitting" da Basil MARKESINIS, Jörg FEDTKE, «The Judge as Comparatist», *Tulane Law Review*, 2005, p. 11); la Germania (della quale invece Basil MARKESINIS, Jörg FEDTKE, cit., p. 34 s. parlano nella categoria "Doing it Openly", ma in riferimento al diritto straniero in generale, non alla giurisprudenza, mentre Norman WEISS sottolinea "the hesitant attitude towards a comparative working method" nelle corti tedesche: v. Norman WEISS «The Impact of the European Convention on Human Rights on German Jurisprudence», in Esin ÖRÜCÜ (a cura di), *Judicial Comparativism in Human Rights*, UK National Committee of Comparative Law, UK Comparative Law Series, London, p. 60); la Spagna (su cui Lucio PEGORARO, *La Corte costituzionale italiana e il diritto comparato: un'analisi*

interpretazione costituzionale di tipo originalista o, comunque, sia in corso un dibattito serrato sul tema del ricorso al diritto straniero dal punto di vista della sovranità nazionale, come sta avvenendo negli Stati Uniti. O, ancora, che è più probabile in paesi che hanno costituzioni nuove, ove non esiste ancora un patrimonio di precedenti nazionali sedimentatosi nel tempo¹⁰⁵; oppure in paesi usciti da regimi autoritari, nei quali la democrazia è in fase di consolidamento e le corti preferiscono appoggiarsi sull'autorevolezza delle loro omologhe nelle democrazie stabilizzate¹⁰⁶.

Per cui in ultima istanza si tratta di un fenomeno assai più limitato di quanto l'enorme dibattito dottrinale sviluppatosi sul tema possa far pensare e in definitiva circoscritto essenzialmente agli ordinamenti di matrice britannica¹⁰⁷.

Tuttavia, esaminando le decisioni in materia di antiterrorismo citate precedentemente avendo in mente queste coordinate quanto all'utilizzo dei precedenti stranieri, non pare di poter sostenere di essere in presenza di un fenomeno di "extensive cross-references among Courts"¹⁰⁸.

Si può dire, un po' banalmente, che le corti ordinariamente più propense a richiamare espressamente i precedenti stranieri utilizzano tale tecnica anche in materia di legislazione antiterrorismo, mentre quelle meno propense non mutano la loro attitudine neppure di fronte al carattere globale del fenomeno e alla esistenza di celebri sentenze straniere universalmente note.

Così, nessun riferimento a precedenti stranieri si rinviene nelle decisioni del Tribunale costituzionale tedesco e del *Conseil constitutionnel* francese, né, sia pure per ragioni diverse, della Corte suprema degli Stati Uniti.

Al contrario, sia la House of Lords che la Corte suprema del Canada, la Corte suprema della Nuova Zelanda, la Corte suprema di Israele, la High Court australiana si mostrano propense a citare le decisioni rese dalle altre corti successivamente all'11 settembre. Ciò avviene peraltro in un contesto nel quale occorre evidenziare: a) una generale tendenza a fare riferimento al diritto straniero, e non soltanto alle sentenze straniere; frequente ad esempio è la rassegna delle soluzioni legislative adottate in altri paesi, anche allo scopo di indicare la possibilità di introdurre di analoghe

comparatistica, Bologna, CLUEB, 2007 cit., p. 19 s.), oppure il Giappone, sul quale v. MCCRUDDEN, «Human Rights and Judicial Use of Comparative Law», in Esin ÖRÜCÜ (a cura di), *Judicial Comparativism*, cit., p. 8.

¹⁰⁵ Questo potrebbe essere il caso, oltre che del Sud Africa, anche della Namibia, di Israele, della Nuova Zelanda, le cui Carte dei diritti sono relativamente nuove. Così Jeffrey GOLDSWORTHY, *Interpreting Constitutions*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 339 s.

¹⁰⁶ In questo senso Marie-Claire PONTHEAU, «Le recours à l'argument de droit comparé par le juge constitutionnel», cit., p. 168-169, citando l'analisi compiuta da DUPRE, *Importing Law in Post-Communist Transitions*, cit., sulla Corte Costituzionale ungherese. Così anche Anne-Marie SLAUGHTER, *A New World Order*, cit., p. 73.

¹⁰⁷ Christopher MCCRUDDEN, «Human Rights and Judicial Use of Comparative Law», cit., p. 1 s. documenta l'uso di precedenti stranieri in Israele, Australia, Sud Africa, Canada, India, Nuova Zelanda, Zimbabwe e Irlanda.

¹⁰⁸ Eyal BENVENISTI «United we stand», cit., p. 272.

nel proprio ordinamento¹⁰⁹; b) la presenza, nelle medesime decisioni, di un esteso riferimento a precedenti stranieri non strettamente correlati alle misure antiterrorismo, ma da imputare in senso generale alla tradizione della *common law*; c) il riferimento ai precedenti stranieri post-11 settembre è sempre chiaramente dotato di *persuasive authority*¹¹⁰ e di solito riguarda non specifiche soluzioni, ma affermazioni di principio, soprattutto sul ruolo del potere giudiziario.

Ciò avviene ad esempio per le citazioni della giurisprudenza israeliana, che vanno di pari passo con quelle di articoli di dottrina dell'allora Chief Justice, Aharon Barak: si possono richiamare in questo senso sia l'*opinion* dei giudici Iacobucci e Arbour nella sentenza canadese sull'*Anti-terrorism Act*, sia quella del giudice Carswell nella decisione della House of Lords sulla tortura, sia l'*opinion* di minoranza del Chief Justice Kirby nel caso *Al Kateb*¹¹¹. O per le citazioni della sentenza *Belmarsh* della House of Lords da parte della Corte suprema indiana¹¹² o da parte della maggioranza della High Court australiana nel caso *Thomas*¹¹³, oppure della citazione delle decisioni statunitensi nei casi *Rasul* e *Hamdi* da parte dei giudici dissenzienti della High Court australiana nelle sentenze *Al Kateb* e *Thomas*¹¹⁴.

¹⁰⁹ È quanto accade in *Charkaoui*, cit., dove la Corte suprema del Canada indica come possibile soluzione al problema di conciliare la necessaria segretezza delle informazioni di *intelligence* con il principio del contraddittorio nel procedimento di espulsione dei sospetti terroristi quella del ricorso ad un avvocato speciale adottata in Regno Unito.

¹¹⁰ Sul fatto che, comunque, il ricorso ai precedenti stranieri non possa mai essere dotato di *binding authority*, v. Austen L. PARRISH «Storm in a Teacup: the U.S. Supreme Court's Use of Foreign Law», *University of Illinois Law Review*, 2007, p. 637 (674); Andrew HARDING, «Comparative Case Law in the Commonwealth», cit., p. 438. Più in generale, v. H. Patrick GLENN, «Persuasive Authority», *McGill Law Journal*, 1987, p. 261 (1987).

¹¹¹ Tutte si riferiscono a *Public Committee Against Torture in Israel v. Israel* (1999) 7 BHRC 31, par. 39.

¹¹² *Union for Civil Liberties and Anr. v. Union of India and Ors.*, 16/12/2003: "At the same time in the light of global terrorist threats, collective global action is necessary. Lord Woolf CJ in *A, X and Y, and another V. Secretary of the State for the Home Department* has pointed out that "...Where international terrorists are operating globally and committing acts designed to terrorize the population in one country, that can have implications which threaten the life of another. This is why a collective approach to terrorism is important".

¹¹³ Il giudice Hayne si riferisce al caso *Belmarsh* affermando: "Difficulties that are presented for courts by reference to intelligence material are well illustrated by the decision of the House of Lords in *A v Secretary of State for the Home Department*. The majority of the House formed its conclusions about whether 'there was an emergency threatening the life of the nation' upon its examination of only some of the material that had been placed before the relevant administrative decision-maker: by reference to only the 'public' as distinct from the 'closed' material".

¹¹⁴ V. l'*opinion* di Kirby in *Thomas*: "Whilst I do not doubt that 'terrorism' is a matter of concern to the community of nations, I do not accept that declaring Div. 104 invalid, if that result were otherwise required, would affect Australia's international relations. Courts in other countries have considered, or are considering, questions similar to those raised in these proceedings. Those courts have not refrained from declaring invalid laws that purport to deal with 'terrorism' where such laws are found to offend municipal constitutional requirements. Neither should this Court", che cita nella nota 354 i casi: "See, for example, *M v. Secretary of State for the Home Department* [2004] EWCA Civ 324; [2004] 2 All ER 863; *A v. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56; [2005] 2 AC 68; *Secretary of State for the Home Department v. JJ* [2006] EWHC 1623 (Admin); [2006] EWCA Civ 1141; [2006] 3 WLR 866 (CA); *Khawaja* (2006) 42 CR (6th) 348-387 [87]; *Charkaoui* 2007 SCC 9; *Rasul v. Bush* 542 US 466 (2004); *Hamdan v. Rumsfeld* 165 L Ed 2d 723 (2006); *Mohamed v. President of the Republic of South Africa* 2001 (3) SA 893". Nella stessa sentenza egli aggiunge: "The Australian Constitution should be read, so far as the text allows, in a way that is harmonious with the universal principles of the international law of human rights and not destructive of them. Australia has ratified and accepted those principles. They are upheld by other civilized nations. They are available to assist our understanding of the contemporary limits and requirements of the Australian Constitution. As such, they confirm the constitutional conclusions that I have already expressed", citando, nella nota 524, *Mohamed v. President of the Republic of South Africa* 2001 (3) SA 893 at 921 [68]; *Rasul v. Bush* 542 US 466 (2004); *Hamdan v. Rumsfeld* 165 L Ed 2d 723 (2006);

Soltanto in rarissimi casi si assiste alla “migrazione” della soluzione adottata da una Corte in un’altra giurisdizione: ciò avviene nelle decisioni della Corte suprema della Nuova Zelanda nel caso *Zaoui*, che adottano a pieno titolo il test messo a punto dalla Corte suprema del Canada in *Suresh* per verificare la ragionevolezza dell’espulsione di uno straniero che rappresenta un rischio per la sicurezza interna¹¹⁵.

In altre occasioni, il richiamo alle decisioni straniere avviene nel contesto della valutazione della ragionevolezza di scelte legislative nazionali simili: è questo il caso della sentenza canadese *Charkaoui*, che richiama ripetutamente, circa la detenzione di sospetti terroristi, quella britannica *Belmarsh*¹¹⁶.

Peculiare è l’atteggiamento della Corte suprema dell’India che, qui come altrove, dopo aver mostrato di conoscere i precedenti stranieri, afferma però di non volerli richiamare in dettaglio, in quanto sul tema esistono propri precedenti che si adattano perfettamente al caso da decidere¹¹⁷.

Una particolare citazione, poi, che esula dal tradizionale campo dei riferimenti ai precedenti stranieri è quella fatta dalla Corte suprema canadese nella decisione *Khadr* alla sentenza *Hamdan* della Corte suprema degli Stati Uniti: la possibilità di applicare la *Canadian Charter of Rights and*

Beit Sourik Village Council v. Government of Israel 43 ILM 1009, 1128 [86] (2004) per Barak P. (Mazza VP e Cheshin J concurring).

¹¹⁵ Così *Zaoui* n. 2, [2006] 1 NZLR 289: “We adopt essentially the test stated by the Supreme Court of Canada in *Suresh*, a test close to that stated by the Court of Appeal and not really disputed before us: to come within article 33.2, the person in question must be thought on reasonable grounds to pose a serious threat to the security of New Zealand; the threat must be based on objectively reasonable grounds and the threatened harm must be substantial”. Il caso *Suresh* è ampiamente citato nella decisione della House of Lords *R. (on the Application of Ullah) v. Special Adjudicator – Do v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 26, ove, dopo aver affermato che “In resolving the issue expressed at the outset of this opinion, the primary source must be the Strasbourg jurisprudence”, si aggiunge: “This is also the approach which the Supreme Court of Canada adopted when it said in *Suresh v. Minister of Citizenship and Immigration* [2002] 1 S.C.R. 3, paras [53]-[54]”.

¹¹⁶ Si rileva ad esempio che « A case raising similar issues is the decision of the House of Lords in *A. v. Secretary of State for the Home Department*, [2005] 3 All E.R. 169, [2004] UKHL 56 (“*Re A*”)...The finding in *Re A* of breach of the detention norms under the European Convention on Human Rights was predicated on the U.K. Act’s authorization of permanent detention. The *IRPA*, unlike the U.K. legislation under consideration in *Re A*, does not authorize indefinite detention and, interpreted as suggested above, provides an effective review process that meets the requirements of Canadian law”: *Charkaoui*, cit, par. 126.

che “Dans *Re A*, la conclusion selon laquelle il y avait violation des normes de détention établies dans la Convention européenne des droits de l’homme reposait sur le fait que la loi du Royaume-Uni permettait la détention permanente. Contrairement à cette loi, la *LIPR* n’autorise pas la détention pour une période indéterminée et, interprétée conformément aux motifs qui précèdent, elle prévoit un mécanisme de contrôle efficace qui respecte les exigences du droit canadien ».

¹¹⁷ *People’s Union for Civil Liberties and Anr. v. Union of India and Ors.*, 16/12/2003. Dopo aver espressamente richiamato un passaggio di *A, X and Y, and others v. Secretary of the State for the Home Department* con riferimento alla strategia messa in atto dai terroristi per perseguire i propri obiettivi, si afferma: “Our attention has been drawn to legal position in USA, Canada, New Zealand, Australia and UK as well as the view expressed in the European Court of Human Rights in various decisions. However, it is not necessary to refer any of them because the legal position has been fully set out and explained in *Kartar Singh* and provision of POTA in Section 30 clause (2) has been modeled on the guidelines set out therein”.

Freedoms a un cittadino canadese detenuto a Guantanamo discende infatti dalla dichiarazione di incostituzionalità fatta dalla Corte statunitense della procedura seguita a Guantanamo¹¹⁸.

In conclusione, per riprendere le parole del *Chief Justice* della High Court of Australia, Michael Kirby circa il ruolo delle corti nel controllo delle misure antiterrorismo¹¹⁹, anche quanto alla citazione dei precedenti stranieri esse non mostrano un'attitudine diversa da quella ordinaria: nel contesto della "normalizzazione dell'emergenza" anche sotto questo punto di vista possiamo dire "business as usual"¹²⁰.

¹¹⁸ Canada (Justice) v. Khadr, [2008] 2 S.C.R. 125 : «The process in place at the time Canadian officials interviewed Mr. Khadr and passed the fruits of the interviews on to U.S. officials has been found by the United States Supreme Court to violate U.S. domestic law and international human rights obligations to which Canada is party. In light of these decisions by the United States Supreme Court that the process at Guantanamo Bay did not comply with either U.S. domestic or international law, the comity concerns that would normally justify deference to foreign law do not apply in this case. Consequently, the *Charter* applies, and Canada is under a s. 7 duty of disclosure. The content of this duty is defined by the nature of Canada's participation in the process that violated Canada's international human rights obligations. In the present circumstances, this duty requires Canada to disclose to Mr. Khadr records of the interviews conducted by Canadian officials with him, and information given to U.S. authorities as a direct consequence of conducting the interviews, subject to claims for privilege and public interest immunity ».

¹¹⁹ Si veda anche Pierre MAZEAUD, «La lutte contre le terrorisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel » cit., p. 2: « Je tiens à souligner, à ce propos, que, de même que la législation antiterroriste s'inscrit dans le cadre de la structure judiciaire classique, le Conseil fait application de sa jurisprudence classique pour en contrôler la constitutionnalité : autrement dit, pas plus qu'il n'y a de législation d'exception, il n'y a de jurisprudence d'exception ».

¹²⁰ Michael KIRBY, « Judicial review in a time of terrorism. Business as usual », cit.