



anno II, n. 2, 2012

Osservatorio sulla giurisprudenza

IL "DILEMMA DEL PRIGIONIERO"

LA CORTE SUPREMA CANADESE SI PRONUNCIA SUL BILANCIAMENTO TRA INTERESSE PUBBLICO ALLA SICUREZZA E GARANZIA DEL GIUSTO PROCESSO

Pamela Martino

Corte suprema del Canada. Sentenza 10 febbraio 2011, R. v. Ahmad, 2011 SCC 6.

Sezione 38 del *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 – Giusto processo – Sezione 7 della Carta canadese dei diritti e delle libertà: diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza della persona – *Constitution Act*, 1867, sez. 96 – Competenza della Corte federale in ordine alla divulgazione di informazioni coperte da segreto di Stato – Giurisdizione Corti superiori.

La Corte suprema dichiara la legittimità costituzionale della sez. 38 del *Canada Evidence Act* R.S.C., 1985, c. C-5, che attribuisce alla Corte federale, anziché ai giudici di merito, la competenza a decidere in ordine all'esibizione in giudizio di prove consistenti in informazioni segretate per ragioni di sicurezza nazionale. Il disposto legislativo, infatti, secondo la Corte non pone in essere una violazione né della sez. 96 del *Constitution Act* 1867 né della sez. 7 della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in quanto non invade la "core jurisdiction" delle Corti superiori né pregiudica le garanzie del giusto processo.

1

1. – Nel giugno 2006 diciotto persone sono arrestate a Toronto con l'accusa di aver progettato numerosi attacchi terroristici per protesta contro l'impegno militare canadese in Afghanistan, dieci delle quali sono sottoposte a giudizio innanzi alla Corte superiore dell'Ontario. Nel marzo e nel giugno 2008 il Governo federale notifica all'*Attorney General* canadese la potenziale desegretazione, nel corso del procedimento, di informazioni riservate suscettibili, qualora rivelate, di minare la sicurezza nazionale. In base alla sez. 38 del *Canada Evidence Act* del 1985 (d'ora in poi, CEA) l'*Attorney General* sottopone la questione alla Corte federale che, unica



responsabile della decisione in ordine all'esibizione in giudizio delle prove segretate cui è precluso l'accesso anche al giudice del procedimento principale, fissa un'udienza inviandone notifica al giudice della Corte superiore. Gli imputati nel procedimento penale innanzi alla Corte superiore sollevano la questione di legittimità costituzionale della sez. 38 della CEA; ne consegue la sospensione del procedimento innanzi alla Corte federale fino alla pronuncia della Corte superiore, secondo la quale lo schema previsto dalle disposizioni di legge è in contrasto con la sez. 96 del *Constitution Act 1867*, in quanto conferisce giurisdizione esclusiva alla Corte federale in relazione al *national security privilege*, competenza che la Corte superiore rivendica quale giudice del procedimento penale principale, e con la sez. 7 della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in quanto lesivo delle garanzie del giusto processo.

Il ricorso di seguito proposto davanti alla Corte suprema concerne il conflitto tra l'esigenza di preservare la riservatezza di informazioni che se rivelate sono potenzialmente lesive della sicurezza nazionale e quella di perseguire i contravventori alle leggi. Nella sez. 38 del CEA il Parlamento, pur riconoscendo che in talune occasioni è necessario operare una scelta tra i suddetti due obiettivi, elabora prioritariamente uno schema volto a conciliare gli interessi confliggenti. Punto fermo della disciplina legislativa risiede nel convincimento che la violazione del giusto processo non può essere tollerata, dovendo essere anzi garantita dal giudice del procedimento penale, pena la sospensione dello stesso. Se è vero che il riparto di competenze, previsto dalla sez. 38, tra Corte federale e corti penali è passibile di generare frizioni sul piano giuridico ed empirico, non è dubbia la sua conformità a Costituzione. Secondo la Corte superiore, infatti, la preclusione legislativa al giudice di merito, nel caso di specie la stessa Corte superiore,



dell'accesso alle informazioni segrete gli impedisce di «apply the Constitution» (*Ahmad*, para. 55) ovvero di esercitare la propria giurisdizione, in violazione della sez. 96 del *Constitution Act 1867*, considerando che il disposto legislativo consente tale accesso alla Corte federale, un *non-section 96 tribunal*, invadendo così la “*core jurisdiction*” della Corte superiore. Per la verifica della sussistenza di tale violazione la Corte suprema procede all'applicazione del test formulato in *Re Residential Tenancies Act 1979* [1981] 1 SCR 714 che richiede, in primo luogo, che sia condotta un'analisi volta a verificare se la competenza di una corte, altra rispetto a quelle previste dalla sez. 96, sia conforme al potere o alla giurisdizione esercitata da una corte superiore, di distretto o di contea al tempo della Confederazione. Nel 1867 il potere di precludere la diffusione di informazioni sensibili era considerata dalla corti superiori canadesi una prerogativa dell'Esecutivo non soggetta a revisione. Considerato che le corti superiori non hanno mai accennato all'esercizio di un eventuale potere di revisione della decisione esecutiva ai tempi della Confederazione, l'analisi condotta sulla base del test suddetto, secondo la Corte suprema, non configura alcuna violazione della sez. 96. Inoltre, i giudici supremi sottolineano che nel caso di specie non è in discussione l'esercizio della giurisdizione della Corte superiore in relazione alla garanzia del giusto processo, ma il potere della Corte di disporre la diffusione di informazioni a fronte della rivendicazione di segretezza delle stesse.

Premesso ciò, del pari lo schema previsto dalla sez. 38 non pone in essere una violazione della sez. 7 della Carta canadese dei diritti e delle libertà in quanto non impedisce alla corte di garantire il giusto processo; ovvero ciò che rileva ai fini del giudizio di costituzionalità è che le corti penali siano in grado di garantire agli imputati il diritto di difesa considerando il



combinato disposto delle sez. 38.14 del CEA e 24.1 della Carta in base al quale talvolta la garanzia del giusto processo può passare per la sospensione dello stesso. La sola preoccupazione della Corte federale, infatti, sulla base dello schema *ex* sez. 38, concerne la potenziale lesione della sicurezza nazionale derivante dalla diffusione di informazioni sensibili: la corte può ordinare la diffusione di tali informazioni unicamente qualora l'interesse connesso a tale diffusione prevalga su quello volto a garantire la sicurezza nazionale (sez. 38.06(1) e (2)). Fermo restando, dunque, l'interesse pubblico ad una corretta amministrazione della giustizia, la rinuncia alla garanzia del giusto processo non può considerarsi un'opzione. Ne deriva che, se è vero che il giudice nel corso del procedimento penale non può decidere autonomamente di desegretare informazioni riservate né può avervi accesso, per altro verso può adottare, conformemente a quanto stabilito dalla legge, l'estremo rimedio della sospensione del procedimento qualora non sia in grado di fornire all'imputato le garanzie del giusto processo.

4

2. – Secondo il CEA le parti e i soggetti che intervengono in un procedimento penale hanno l'obbligo di informare l'*Attorney General* della possibile divulgazione, nel corso del medesimo procedimento, di informazioni sensibili o potenzialmente lesive della sicurezza nazionale (sez. 38.01). Qualora la parte che provvede alla notifica abbia interesse alla desegretazione delle informazioni riservate può tentare di ottenere un accordo con l'*Attorney General* subordinatamente a condizioni da questi fissate (sez. 38.031(1); tuttavia, qualora l'accordo non sia concluso e, in ogni caso, se l'*Attorney General* non autorizza la divulgazione delle suddette informazioni, la questione può essere portata innanzi alla Corte federale su iniziativa dello stesso *Attorney General*, dell'imputato o di chiunque sia



interessato all'accesso alle informazioni riservate (sez. 38.04). Compito della Corte federale è quello di verificare che la pubblicità delle informazioni riservate non procuri nocimento alla sicurezza nazionale, ordinando in tal caso che le informazioni siano rivelate nel corso del procedimento; in altri termini, la Corte ordina la diffusione delle prove coperte da segreto quando il pubblico interesse alla divulgazione prevalga su quello alla segretezza delle informazioni (sez. 38.06 (1) e (2)). L'*order* della Corte federale può essere impugnato innanzi alla Corte d'appello federale e, di seguito, davanti alla Corte suprema.

Perno centrale dello schema previsto dalla sez. 38 è il duplice ruolo dell'*Attorney General*, in ordine alla diffusione o alla segretezza di informazioni potenzialmente lesive della sicurezza nazionale, e quale garante del procedimento al fine di assicurare che l'interesse pubblico sia fatto valere davanti alle corti quando è in discussione la legittimità costituzionale di una legge. In base alla sez. 38.13 egli può emettere un certificato di segretezza che proibisce la diffusione di informazioni sensibili innanzi ad un giudice, anche in contrasto con un *order* della Corte federale. Tale certificato è soggetto unicamente al controllo della Corte d'appello federale che può modificarlo o annullarlo solo qualora non contenga «information obtained in confidence from, or in relation to, a foreign entity ... or to national defence or national security» (sez. 38.13 e 38.131). In altri termini, la Corte d'appello federale ha un irrilevante margine di interferenza con la decisione dell'*Attorney General* nell'operazione di bilanciamento tra l'interesse pubblico alla diffusione e quello alla segretezza. Il disposto legislativo è stato oggetto di acceso dibattito nella *House of Commons* a tal punto da suscitare l'impressione che «[t]he Parliamentary skirmishes . . . were more about symbolic struggles between the executive



and the courts than real ones» (K. Roach, *The Role and Capacities of Courts and Legislatures in Reviewing Canada's Anti-terrorism Law*, in *Windsor Review of Legal Society*, 2008, 34); impressione confermata, inoltre, dalla constatazione che il confronto Esecutivo/Giudiziario si è tradizionalmente risolto nel ritiro dell'accusa, finalizzato ad impedire la diffusione di informazioni segretate, o nella sospensione dei processi, allorché la segretezza delle informazioni fosse di ostacolo alla garanzia di un giusto processo, per essere poi codificato nella sez. 38.14 che stabilisce che un giudice di un procedimento penale «may make any order that he or she considers appropriate in the circumstances to protect the right of the accused to a fair trial».

3. – Considerato che il giudizio innanzi alla Corte suprema fa perno sulla impossibilità per il giudice penale di accedere a informazioni segretate in virtù dell'*order* di segretezza della Corte federale, nei casi in cui il giudizio si svolga innanzi a una Corte superiore, in base al ricorso, la sez. 38 interferisce con l'esercizio della sua giurisdizione ex sez. 96 del *Constitution Act 1867* e non assicura la tutela dei diritti degli imputati secondo la sez. 7 della Carta dei diritti e delle libertà.

A tal proposito la Corte suprema dichiara che le corti superiori storicamente non hanno il potere di modificare il sigillo di segretezza apposto dall'Esecutivo a informazioni riservate in quanto potenzialmente lesive della sicurezza nazionale, tale potere non essendo contemplato nella giurisdizione delle corti superiori; peraltro, continua la Corte, il disposto legislativo non ostacola il giudice penale nella preservazione delle garanzie del giusto processo.

Premesso che «the judicature provisions of the *Constitution Act, 1867* create substantive constitutional limitations on



Parliament's ability to confer powers on courts or tribunals other than those established under s. 96. Although the Court has not fully explored the interaction of ss. 96 and 101, it accepts for present purposes (without deciding) that the constitutional analysis proceeds as the respondents contend» (*Ahmad*, para. 57), il contrasto del disposto legislativo col disposto costituzionale è sostenuto nel ricorso invocando il test fissato nel caso *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714 in base al quale è necessario verificare che il potere conferito sia conforme al potere o alla giurisdizione esercitata dalle corti superiori, di distretto o di contea al tempo della Confederazione; indi, se il potere possa configurarsi come potere giudiziario; infine, se il potere esercitato sia sussidiario o complementare alla funzione amministrativa o incidentale all'esercizio di tale funzione.

In applicazione del suddetto test, secondo la Corte suprema non vi è violazione della sez. 96: come già sottolineato in *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725 «if the power in question does not conform to one exercised by a superior court in 1867, the inquiry ends (para. 12)» (*Ahmad*, para. 59); avrebbe dovuto trattarsi, inoltre, di competenza esclusiva delle Corti superiori, a nulla rilevando una competenza concorrente tra corti superiori e corti inferiori.

Nel 1867 la rivendicazione governativa del potere di precludere la diffusione di informazioni riservate era considerato dalle corti superiori esercizio di una prerogativa dell'Esecutivo (*Guy v. Maguire* (1863), 13 L.C.R. 33 (Q.B.); *Bradley v. McIntosh* (1884), 5 O.R. 227 (C.P.); sul tema v. S.G. Linstead, *The Law of Crown Privilege in Canada and Elsewhere — Part 1*, in *Ottawa Law Review*, 1968-1969, 79 ss.). Malgrado poi la disciplina legislativa abbia abbandonato tale approccio deferenziale, la tesi della Corte superiore dell'Ontario resta



infondata in quanto le corti superiori non hanno mai esercitato alcun potere di modifica della decisione dell'Esecutivo ai tempi della Confederazione, derivandone che l'applicazione del test suddetto si ferma alla prima fase di verifica, non sussistendo quindi alcuna violazione della sez. 96. Inoltre, «even though the grant of power passes the *Residential Tenancies* test, it will be unconstitutional if the legislation purports to confer exclusive jurisdiction respecting a matter within the core jurisdiction of s. 96 courts: *MacMillan Bloedel*, at paras. 27-28. A power that is “integral” to the operation of superior courts is part of the “core or inherent jurisdiction” that cannot be stripped from the superior court (para. 15) without violating s. 96 of the *Constitution Act, 1867*. An element of the superior court’s “inherent jurisdiction” is the power to enforce its own orders and maintain its dignity and respect (paras. 33 and 37)» (*Ahmad*, para. 61). Peraltro, la questione innanzi alla Corte suprema non concerne l'autorità della Corte superiore di proteggere l'integrità del suo processo, già riconosciuta dal Parlamento nella sez. 38.14 del CEA; piuttosto, concerne tale autorità in relazione alla diffusione di informazioni segretate. Sotto questo profilo la sez. 38 CEA non pone in essere una violazione della sez. 96 in quanto non impedisce alla corte il ricorso a rimedi alla violazione del giusto processo.

Con riguardo, inoltre, allo stretto nesso tra sottrazione alla Corte superiore del potere di decidere in ordine alla diffusione di informazioni segretate nel corso di un procedimento penale e violazione delle garanzie del giusto processo previste dalla sez. 7 della Carta, la Corte suprema dichiara che se l'*order* di preclusione di diffusione di informazioni riservate, emesso dalla Corte federale, è adottato in ordine alla prevalenza del pubblico interesse alla sicurezza rispetto a quello alla produzione in giudizio di prove segretate, la sez. 38 non



consente, ciò disponendo, la rinuncia alle garanzie del giusto processo affidando anzi al *trial judge* il rimedio estremo contemplato dalla sez. 38.14.

4. – A fronte della tesi della Corte superiore secondo la quale il giudice del procedimento penale, privato del diritto di accesso a informazioni sensibili, non può garantire il giusto processo né è in grado di valutare il nocumento procurato alla difesa dalla segretezza di tali informazioni, giova ricordare che la Corte suprema ha dichiarato in numerose occasioni che «the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament» (così E. A. Driedger, in *Construction of Statutes*, Toronto, Butterworths, 1983, 87; v. anche *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27) e che «Parliament is presumed to have intended to enact legislation in conformity with the Charter» (*R. v. Hamilton*, 2005 SCC 47, [2005] 2 S.C.R. 432, para. 75; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45, para. 33). Sicché, benché la sez. 38.04 (5)(c)(i) attribuisca alla discrezionalità dei giudici della Corte federale la decisione concernente la produzione in giudizio di informazioni riservate suscettibili di costituire prove a carico o a discolta dell'imputato nell'ambito di un procedimento penale, la Corte suprema precisa che tale sezione «should be read as requiring notice to the criminal court that a sez. 38 proceeding has been commenced in Federal Court. ... Given that the criminal trial judge will require notice to effectively discharge the duty to protect the accused's legal rights under the Charter, it will always be the case (subject of course to the other provisions of that Act) that he or she "should" be given notice. The word "may" in sez. 38.07 will similarly be understood to require that notice of the Federal



Court judge's final order be given to the trial judge. Although the determination *whether* to give notice to a criminal trial judge is not discretionary, the *content* of that notice remains at the discretion of the designated judge. This will vary with the different circumstances of each case» (*Ahmad*, para. 39, corsivo nostro). Premesso ciò, secondo la Corte «in the absence of clear and unambiguous statutory language to the contrary, the legislation must be understood not to contemplate that trial judges would determine the impact of non-disclosure on trial fairness in a manner that would result in granting unwarranted stays or declining to grant appropriate remedies. Parliament must have been aware of these potential injustices and cannot have intended either result» (*Ahmad*, para. 29). La segretezza delle informazioni non compromette necessariamente, infatti, le garanzie del giusto processo, potendosi contemplare alternative alla completa divulgazione di informazioni funzionali alla tutela dei diritti degli imputati nell'ambito dei procedimenti a loro carico (si pensi, in particolar modo, all'accordo concluso tra accusa e difesa nell'ambito del caso *Air India* che prevedeva la notifica delle informazioni riservate al difensore degli imputati cui tuttavia le stesse restavano precluse; in proposito, v. Commission of Inquiry into the Investigation of the Bombing of Air India Flight 182, *Air India Flight 182: A Canadian Tragedy*, vol. 3, *The Relationship Between Intelligence and Evidence and the Challenges of Terrorism Prosecutions*, Ottawa, The Commission, 2010, 152).

La Corte afferma si debba presumere che il Parlamento fosse consapevole che l'*order* di segretezza delle informazioni, come da disposto legislativo, avrebbe condotto talora alla sospensione dei procedimenti. Ciò detto, la presunzione di costituzionalità del disposto legislativo è rafforzata dall'esistenza della sez. 38.14 in base alla quale i diritti



integranti il giusto processo devono essere tutelati (non sacrificati) nell'applicazione dello schema legislativo che prevede che sia il giudice penale il soggetto idoneo all'adozione di decisioni funzionali a rimediare alla violazione del diritto di difesa derivante da un *non-disclosure order*. Un'attenta analisi del disposto legislativo palesa l'intento del Legislatore di affidare al giudice penale il potere di sospendere il procedimento come rimedio estremo qualora egli non sia in grado di assicurare che la riservatezza delle informazioni in oggetto non leda le garanzie dell'accusato. A fronte della competenza, conferita in altri ordinamenti, ai giudici di merito di ordinare la preservazione di segretezza di informazioni da non concepirsi, peraltro, come definitiva e insuscettibile di revisione (la *House of Lords*, per esempio, ha sottolineato che l'ordine di segretezza emesso dal *trial judge* «should not be treated as a final, once-and-for-all, answer but as a provisional answer which the court must keep under review» [*R. v. H.; R. v. C.*, 2004 UKHL 3, para. 36]; anche la Corte di Strasburgo ha sottolineato l'importante ruolo del *trial judge* che è «in a position to monitor the need for disclosure throughout the trial, assessing the importance of the undisclosed evidence at a stage when new issues were emerging, when it might have been possible through cross-examination seriously to undermine the credibility of key witnesses” and as the defence case evolves “to take a number of different directions or emphases» [*Rowe and Davis v. United Kingdom* 2000 30 E.H.R.R. 1, para. 65]), la Corte suprema ha sottolineato che il drastico rimedio della sospensione del procedimento è l'unico strumento che consente al *trial judge* di garantire il giusto processo. A sua volta il *trial judge*, secondo la Corte, qualora non sia in possesso di informazioni sufficienti a decidere se tale indisponibilità incida negativamente sul giusto processo «*must* presume that the non-



disclosure order has adversely affected the fairness of the trial, including the right of the accused to make full answer and defence» (*Ahmad*, para. 51, corsivo nostro). La Corte riconosce che tale approccio contrasta con la tradizione di *common law* secondo la quale la sospensione del procedimento è un rimedio drastico da riservare a casi nei quali è palese la violazione del giusto processo; ciononostante sottolinea che tale sospensione è «an expressly contemplated remedy under sez. 38.14 to protect the fair trial rights of the accused from the adverse impact of non-disclosure» (*Ahmad*, para. 52).

Il potere affidato dal Parlamento al giudice penale non eccede l'esercizio del potere giudiziario: grava, infatti, in capo all'*Attorney General* il dovere di notificare al giudice penale tutte le informazioni necessarie a creare le condizioni perché egli possa garantire il diritto al giusto processo e a evitare che un contravventore alle leggi resti impunito passando per la sospensione del procedimento a suo carico. La sez. 38.04(5)(b) stabilisce che, qualora la richiesta provenga dall'*Attorney General*, la Corte federale può emettere un *order* in ordine alla divulgazione di informazioni riservate senza fissare un'udienza; di contro, se la Corte federale decide di fissare un'udienza allora procede ad individuare i soggetti destinatari della notifica della convocazione. Ciò premesso, secondo la Corte suprema il disposto legislativo va interpretato nel senso che, a meno che la Corte federale decida per la divulgazione delle informazioni segrete, debba essere convocata un'udienza e ne debba essere data notifica al giudice di merito: come già affermato in *Labour Relations Board of Saskatchewan v. The Queen*, [1956] S.C.R. 82, 87, «[e]nabling words are always compulsory where they are words [used] to effectuate a legal right»; peraltro, malgrado per la Corte la notifica al giudice penale costituisca presupposto imprescindibile della garanzia



del giusto processo della quale lo stesso è responsabile, resta nell'ambito di discrezionalità della Corte federale il contenuto del documento di notifica. La Corte stabilisce, inoltre, che la Corte federale deve ordinare che sia comunicato all'imputato, nel corso del procedimento penale, l'avvio del procedimento nella sua sede affinché egli possa chiedere al *trial judge* la sospensione del processo *ex sez.* 38.14.

Appare evidente, dunque, che la «[s]ection 38 creates a scheme that is designed to operate flexibly» (*Ahmad*, para. 44), flessibilità da identificarsi con la possibilità prevista dal disposto legislativo («Parliament has determined that a stay of proceedings is the lesser evil compared with the disclosure of sensitive or potentially injurious information»; *Ahmad*, para. 78) che la Corte federale decida di consentire la notifica al giudice di merito di una quantità di informazioni sufficiente a stabilire se la totale o parziale segretezza delle stesse leda il giusto processo, o che emetta un *order* di parziale o condizionata esibizione in giudizio delle informazioni riservate mediante, per esempio, la predisposizione di sommari volti a sintetizzare le informazioni segretate (v. *Canada (Attorney General) v. Khawaja*, 2007 FC 490, [2008] 1 F.C.R. 547), infine che stabilisca di desegretare informazioni riservate innanzi al giudice penale con l'impegno di questi a non comunicarle agli imputati nonché la condivisione delle informazioni riservate tra giudice penale, Corte federale e *special advocates*, figure che, importate dall'esperienza britannica, sono ora contemplate nell'*Immigration and Refugee Protection Act 2001* e partecipano alla valutazione della rilevanza delle informazioni segretate ai fini del procedimento penale in corso (sul dibattito intorno all'introduzione di tali avvocati speciali v. K. Roach, *The Three Year Review of Canada's Anti-Terrorism Act: The Need for Greater Restraint and Fairness, Non-Discrimination, and Special Advocates*,



in *University of New Brunswick Law Journal*, 2005, 308 ss., partic. 332 ss.). In ordine alla funzionalità degli *special advocates*, tuttavia, la Corte è cauta sull'opportunità del ricorso a tale ultimo rimedio configurando potenziali difficoltà suscettibili di essere generate da un sistema che li contempli: per esempio, «[i]n *R. v. Basi*, 2009 SCC 52, [2009] 3 S.C.R. 389, we noted that even where the clients consent is obtained, arrangements of this nature will “at best, strain the necessary relationship between defence counsel and their accused clients” (para. 45)» (*Ahmad*, para. 49).

5. – La pronuncia della Corte suprema verte, dunque, sulla verifica della conformità della biforcazione prevista dalla sez. 38 al disposto costituzionale, in particolare alle garanzie del giusto processo. Dall'analisi della norma legislativa emerge che la sez. 38.03 attribuisce all'*Attorney General* il potere di precludere l'esibizione in giudizio di prove segretate anche quando la Corte federale abbia deciso diversamente. Al contempo, il Parlamento alla sez. 38.14 ha riconosciuto, come già detto, al giudice penale il potere di adottare tutte le misure necessarie a garantire il giusto processo. Al netto del potenziale ed eventuale contrasto tra preservazione della sicurezza nazionale e garanzia del giusto processo, dall'interpretazione del disposto legislativo risulta che se il segreto di Stato va preservato per mano dell'*Attorney General*, ne può risultare il rilascio di un presunto colpevole di reato.

Sebbene, infatti, la Corte dichiari conforme a Costituzione la sez. 38, ciò non risolve il dibattito politico in ordine al *two-court approach* che, se ad una lettura superficiale traduce il contrasto tra esigenza di garantire la sicurezza nazionale e tutela dei diritti individuali in un rapporto dialettico rispettivamente tra Corte federale, che si avvale di una ventennale esperienza in



materia di sicurezza nazionale (E. Dawson, *The Federal Court and the Clash of the Titans: Balancing Human Rights and National Security*, Address to the University of Manitoba Faculty of Law, 30-3-2006), e giudici penali, in verità si fonda sul sostanziale confronto tra *trial judge*, in grado di influenzare la decisione politica di segretezza minacciando la sospensione del processo, e l'*Attorney General*, che può correggere la decisione della Corte federale relegata, dunque, ad un ruolo minore (per un commento alla sentenza *Ahmad* si veda K. Roach, "Constitutional Chicken": *National Security Confidentiality and Terrorism Prosecutions after R. v. Ahmad*, in *Supreme Court Law Review*, 2011, 357 ss.).

Il sistema a doppia corte è stato oggetto di pesanti critiche da parte di giudici e accademici (H. Stewart, *Rule of Law or Executive Fiat? Bill C-36 and Public Interest Immunity*, in R.J. Daniels, P. Macklein, K. Roach (cur.), *The Security of Freedom: Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, Toronto, University of Toronto Press, 2001, 217 ss.; A. Leadbeater, *Antiterrorism and Secrecy*, in D. Daubney (cur.), *Terrorism, Law & Democracy: How is Canada Changing Following September 1?*, Montreal, Editions Thdmis, 2002, 334 ss.; J. Patrick-Justice, *Section 38 and the Open Courts Principle*, in *University of New Brunswick Law Journal*, 2005, 218 ss.). In particolare, nel recente *Air India Report*, il Commissario, che proponeva al Governo l'abolizione del sistema e l'attribuzione alle corti superiori delle determinazioni in ordine alla segretezza di informazioni connesse alla sicurezza nazionale, affermava che «[t]he present two-court system used in deciding section 38 applications is out of step with systems in other democracies and has demonstrated unequivocally that it is a failure (p. 160)» (*Ahmad*, para. 71). La Corte suprema, peraltro, pur riconoscendo che «the legislative division of responsibilities does have the potential to cause delays and to



pose serious challenges to the fair and expeditious trial of an accused, especially when the trial is by jury», non trova che «this potential invalidates the legislative scheme» (*Ahmad*, para. 76): tuttavia, «situations may well arise in which the division of responsibilities between courts will give rise to unreasonable trial delays, undue disruption to jurors and risk of juror contamination. These will have to be addressed on a case-by-case basis and the appropriate remedies issued to avoid an unfair trial» (*Ahmad*, para. 76). A tal fine, la Corte propone di anticipare alla fase delle indagini preliminari la valutazione del potenziale conflitto tra il pubblico interesse alla sicurezza e quello alla corretta amministrazione della giustizia, proposta incoraggiata dalla sez. 38, modificata nel 2001 proprio per consentire al Governo di conoscere, prima dell'udienza innanzi alla Corte federale, le questioni riguardanti la sicurezza nazionale passibili di essere rievocate nel procedimento penale principale e di «permit the government to take pro-active steps in the appropriate circumstances» (Department of Justice, *Amendments to the Canada Evidence Act*, www.justice.gc.ca/antiter/sheetfiche/ceap2-lpcp2-eng.asp; C. Forcese, *Clouding Accountability: Canada's Government Secrecy and National Security Law "Complex"*, in *Ottawa Law Review*, 2004-2005, 49 ss., partic. 78 ss.). Inoltre, l'auspicio della Corte riposa nella proliferazione di accordi tra accusa e difesa con riguardo alla diffusione di informazioni segretate, pur nella consapevolezza che spetta al Parlamento la valutazione di una eventuale modifica del sistema a doppia corte.

6. – La Corte ha suggerito che il *constitutional chicken game* tra *Attorney General* e *trial judge* (*Ahmad* 2011, para. 34) potrebbe essere evitato passando per una interpretazione della sez. 38 flessibile nonché conforme alla Carta. Secondo la Corte, «the



Federal Court judge should generally order that notice of the existence of the proceedings in the Federal Court be given to the accused in the criminal trial», al fine di consentire all'imputato di formulare una propria linea di difesa (*Ahmad 2011*, para. 40); tuttavia, non è consentito al *trial judge* di accedere alle informazioni segretate né di revisionare il provvedimento emesso dalla Corte federale prima dell'avvio del *trial*, benché possa optare per la sospensione del procedimento penale inducendo così l'*Attorney General* a decidere di far cadere le accuse o, in alternativa, di concedere una soddisfacente diffusione di informazioni in maniera tale da evitare la sospensione del processo.

Come sottolineato dalla stessa Corte suprema, quello canadese è l'unico ordinamento contemporaneo a contemplare una sostanziale biforcazione tra il *trial judge* e la Corte federale nella procedura di apposizione del segreto su informazioni riservate a garanzia dell'interesse pubblico alla sicurezza: il *trial judge* canadese non può modificare l'*order* di segretezza emesso dalla Corte federale, ma solo ricorrere alla sez. 38.14, benché la modifica dell'ordine di segretezza della Corte federale sarebbe il rimedio più appropriato al fine della conciliazione degli interessi concorrenti alla segretezza e alla diffusione di informazioni nonché alla garanzia del giusto processo. L'unico soggetto in grado di evitare la sospensione del processo e superare l'ordine di segretezza della Corte federale è l'*Attorney General*.

La ragione di tale ritrosia nei riguardi dell'attribuzione di tale responsabilità ai giudici di merito è riconducibile alla constatazione che l'affrancamento dalla deferenza giudiziaria nei riguardi delle rivendicazioni governative di segretezza è piuttosto recente in Canada. Fino al 1982, infatti, in base alla sez. 41(2) del *Federal Court Act 1970* «[w]hen a Minister of the



Crown certifies to any court by affidavit that the production or discovery of a document or its contents would be injurious to international relations, national defence or security, or to federal-provincial relations, or that it would disclose a confidence of the Queen's Privy Council for Canada, discovery and production shall be refused without any examination of the document by the court».

La suddetta disposizione legislativa riflette l'imperativo di segretezza risalente al 1945 quando Igor Gouzenko, funzionario dell'ambasciata sovietica a Ottawa addetto ai codici, rivelò agli occidentali informazioni riservate portando con sé un gran numero di documenti sulle attività dello spionaggio sovietico in Nord America. Ne seguì la nomina di una Commissione di inchiesta, presieduta da due giudici della Corte suprema, che concluse che «much vital technical information which should still be secret to the authorities of Canada, Great Britain and the United States, has been made known to the Russians by reason of the espionage activities reported on herein» (R. Taschereau, R.I. Kellock, *The Report of the Royal Commission*, Ottawa, Kings Press, 1946, 618), stabilendo così un forte nesso tra segretezza e sicurezza.

Nel 1982, prima dell'entrata in vigore della Carta, la Corte suprema mitiga l'assolutezza dell'accezione di *national security privilege* (sul punto v. J. Kalajdzic, *Litigating State Secrets: A Comparative Study of National Security Privilege in Canadian, US and English Civil Cases*, in *Ottawa Law Review*, 2010, 289 ss.) sottolineando che l'arbitrarietà dell'invocazione governativa del *privilege* «does not have the effect of divesting Parliament of its power to legislate ... saying that Parliament and the legislatures cannot make the privilege absolute amounts to a denial of parliamentary supremacy» (*Canada (Commission des droits de la personne) v. Canada (Attorney General)*, [1982] S.C.J. No. 3, [1982]



1 S.C.R. 215, 228 (S.C.C.). Nello stesso anno, infatti, la disciplina del *Crown privilege* è inserita nella sezione 36.2 (ora sez. 38) del *Canada Evidence Act* che disciplina la procedura penale e civile delle Corti federali, con l'introduzione della possibilità per l'*Attorney General* di impedire la divulgazione delle informazioni relative alle persecuzioni di atti terroristici nell'ambito delle relative procedure giudiziarie, qualora siano passibili di nuocere alla sicurezza nazionale o alle relazioni internazionali del Canada; la legge attribuisce, inoltre, alle Corti federali il compito di operare il bilanciamento tra interesse pubblico alla sicurezza nazionale e garanzie derivanti dal principio del giusto processo (cfr. I. Cotler, *Terrorism, Security and Rights: The Dilemma of Democracies*, in *National Journal of Constitutional Law*, 2002, 13 ss.; A. Benazzo, *L'emergenza nel conflitto tra libertà e sicurezza*, Torino, Giappichelli, 2004, 68 ss.). Ciononostante, nel corso degli anni ottanta la Corte federale si mostra riluttante a pronunciarsi sulla diffusione di documenti riservati nell'ambito di un procedimento penale: si pensi alla pronuncia di condanna relativa al caso *Kevoork v. Canada* emessa malgrado né il giudice di merito né la Corte federale avessero esaminato i rapporti del *Canadian Security Intelligence Service* (d'ora in poi, CSIS) al fine di valutarne la rilevanza in ordine alla formulazione della strategia di difesa dell'imputato (*Kevoork v. Canada*, [1984] F.C.J. No. 178, 17 C.C.C. [3d] 426 [F.C.T.D.]; in proposito si veda K. Roach, *The Unique Challenges of Terrorism Prosecution*, Ottawa, Ministry of Public Works, 2010, 210 ss.). La riluttanza delle corti a contrastare le rivendicazioni di segretezza ha il duplice effetto di creare le premesse per una violazione dei diritti fondamentali e, al contempo, di indurre le agenzie governative a non motivare né a calibrare in base alle circostanze l'apposizione del sigillo di segretezza.



L'enfasi canadese sulla segretezza è stata favorita dall'istituzione nel 1984 del CSIS, agenzia incaricata di raccogliere materiale di intelligence che, fino alla decisione della Corte suprema del 2008 nel caso *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2008] 2 S.C.R. 326, 2008 SCC 38 (per un commento alla sentenza v. G. Hudson, *A Delicate Balance: Re Charkaoui and the Constitutional Dimensions of Disclosure*, in *Constitutional Forum Constitutionnel*, 2010, 129 ss.; sulla generale reazione dell'ordinamento canadese agli attentati dell'11 settembre v. T. Groppi, *Il ruolo delle corti nel controllo delle misure contro il terrorismo internazionale: verso un dialogo giurisprudenziale?*, 16 ss., in www.europeanrights.eu) ha interpretato il proprio mandato sulla base del disposto della sez. 12 del *Canadian Security Intelligence Service Act* del 1985 procedendo, previa elaborazione di rapporti di sintesi, alla distruzione delle informazioni raccolte. Tale sistema, che anteponeva l'esigenza di segretezza al potenziale utilizzo di tale documentazione come prova in successivi procedimenti giudiziari, è sopravvissuto sino all'approvazione dell'*Anti-terrorism Act 2001* che ha modificato il CEA (P. Rosenthal, *Disclosure to the Defence After September 11: Sections 37 and 38 of the Canada Evidence Act*, in *Criminal Law Quarterly*, 2003, 186 ss.): gli attentati terroristici dell'11 settembre avviano l'utilizzo del materiale di intelligence come prova in giudizio contro sospetti terroristi contemplando, quindi, la rinuncia governativa alle rivendicazioni di segretezza.

Se nella sentenza del 2008, dichiarando errata l'interpretazione della sez. 12 del *Canadian Security Intelligence Service Act* fornita dal CSIS a giustificazione della distruzione del materiale segreto, la Corte afferma che «CSIS is not a police force ... it must be acknowledged that the activities of the RCMP and those of CSIS have in some respects been



converging as they, and the country, have become increasingly concerned about domestic and international terrorism» (*Charkaoui*, para. 26), nella pronuncia *Ahmad* l'opportunità politica di interpretazioni legislative volte a conciliare interessi contrastanti è posposta alla verifica della conformità a Costituzione del disposto legislativo. Invero la Corte assicura un'interpretazione delle norme legislative conforme al disposto costituzionale e, al contempo, suggerisce che la soluzione delle controversie generate dall'applicazione delle stesse riposi sul terreno politico del confronto tra gli attori delle dinamiche costituzionali.

7. – Se, per un verso, la recente giurisprudenza della Corte suprema canadese dimostra che l'operazione di conciliazione delle esigenze di segretezza e di garanzia del giusto processo non può circoscriversi ai procedimenti giudiziari, ma deve coinvolgere il Legislatore in ordine al ripensamento del sistema di *intelligence* al fine di favorire a monte la disponibilità delle prove segretate in sede processuale (J.M. Coady, *Conditional Release of Terror Suspects in Canada: Lessons from the United Kingdom*, in *Queen's Law Journal*, 2010-2011, 251 ss.), per altro verso rievoca il confronto tra Esecutivo e Giudiziario accrescendone la complessità: con la pronuncia relativa al caso *Ahmad* la Corte suprema affida l'operazione di bilanciamento tra interessi costituzionalmente rilevanti al rapporto di forze tra *trial judge* e dell'*Attorney General* che non è di per sé garanzia di una corretta amministrazione dei procedimenti per reati di terrorismo, a fronte della possibilità, scartata dal Legislatore, di affidare al giudice penale il potere di revisione dell'*order* emesso dalla Corte federale.

Ciò detto, la tensione tra Esecutivo e Giudiziario in materia di sicurezza è indice del buon funzionamento di una



democrazia in quanto veicolo di garanzia contro lesioni arbitrarie dei diritti individuali; di contro, in sua assenza il potenziamento di misure di protezione contro il terrorismo abbasserebbe le difese contro provvedimenti arbitrari dell'Esecutivo. Tuttavia, con riguardo all'operazione di bilanciamento tra garanzia di sicurezza e tutela dei diritti fondamentali, il sistema canadese si limita ad adottare ancora una linea morbida di gestione delle criticità della lotta al terrorismo disattendendo parzialmente le aspettative da tempo dichiarate: «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. ... Consequently, the challenge for a democratic state's answer to terrorism calls for balancing of what is required for effective response to terrorism in a way that appropriately recognizes the fundamental values of the rule of law» (*Application under section 83.28 of the Criminal Code (Re)* [2004] 2 S.C.R. 248, 2004 SCC 42, para. 5 e 7; in proposito si veda, inoltre, F. Iacobucci, *Canada's Response to Terrorism*, in *Review of Constitutional Studies*, 2011, 1192 ss.).