



IL COSTITUZIONALISMO MULTILIVELLO NEL TERZO MILLENNIO:
SCRITTI IN ONORE DI PAOLA BILANCIA
2 FEBBRAIO 2022

I fragili confini del territorio: a
proposito dell'efficacia extraterritoriale
dei diritti

di Raffaele Bifulco

Professore ordinario di Diritto costituzionale
LUISS Guido Carli

e Chiara Gentile

Dottoranda di ricerca in Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali
Università degli Studi di Ferrara



I fragili confini del territorio: a proposito dell'efficacia extraterritoriale dei diritti*

di Raffaele Bifulco

Ordinario di Diritto costituzionale
LUISS Guido Carli

e Chiara Gentile

Dottoranda in Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali
Università degli Studi di Ferrara

Abstract [It]: Il contributo analizza i casi giurisdizionali di maggiore rilievo in tema di efficacia extraterritoriale dei diritti, soffermandosi sugli aspetti più critici e sottolineandone i profili di maggiore interesse. Copiosa è la giurisprudenza delle Corti Supreme degli Stati Uniti e del Canada, le quali hanno affrontato il problema con particolare riferimento al privilegio dell'habeas corpus e al giusto processo. Alcune recenti pronunce della Corte di giustizia UE e della Corte europea dei diritti dell'uomo mostrano invece come le attività di sorveglianza elettronica e di intelligence sharing pongano in una nuova luce la questione dell'efficacia territoriale delle Carte dei diritti. Un'ultima riflessione la impone una recente sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco, sempre in materia di sorveglianza elettronica, con cui è stato affermato – per la prima volta – che le autorità pubbliche sono vincolate al rispetto dei diritti sanciti in Costituzione anche quando agiscono all'estero.

Abstract [En]: The contribution analyses the most important jurisdictional cases on the extraterritorial effectiveness of rights, focusing on the most critical aspects and highlighting the most interesting profiles. The case law of the Supreme Courts of the United States and Canada is substantial, and they have addressed the issue with particular reference to the habeas corpus privilege and due process. On the other hand, some recent rulings of the EU Court of Justice and the European Court of Human Rights show how electronic supervision and intelligence sharing activities shed new light on the question of the territorial effectiveness of the Charters of Rights. A last reflection is required by a recent ruling of the German Federal Constitutional Court, also on the subject of electronic supervision, which affirmed - for the first time - that public authorities are bound to respect the rights enshrined in the Constitution even when they act abroad.

Parole chiave: Territorio; efficacia extraterritoriale dei diritti; CGUE; CEDU; sorveglianza elettronica; *intelligence sharing*; Tribunale costituzionale federale tedesco

Keywords: Territory; extraterritorial effectiveness of rights; CJEU; ECHR; electronic supervision; intelligence sharing; German Federal Constitutional Court

Sommario: 1. Introduzione. 2. Le aperture di *Boumediene* e i dubbi per il futuro nella tormentata esperienza statunitense. 3. Il complesso rapporto tra diritto internazionale e non applicazione all'estero della *Charter* nell'ordinamento canadese. 4. Le diverse prospettive della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo. 5. Diritti umani e diritti fondamentali in un recente *leading case* del Tribunale costituzionale federale tedesco. 6. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione

La relazione tra dato personale e diritti fondamentali è relativamente recente. Pur essendo la nozione di dato personale ontologicamente collegata a quella di persona fisica, la prima assume un rilievo giuridico

* Articolo sottoposto a referaggio. Il presente contributo – che riprende, con poche modifiche formali, uno scritto apparso in R. Bifulco, C. Gentile, I fragili confini del territorio: a proposito dell'efficacia extraterritoriale dei diritti, in E. Chiti, A. Di Martino, G. Palombella (a cura di), *L'età della interlegalità*, Bologna, 2021, p. 191 ss. – costituisce l'esito di uno sforzo elaborativo congiunto dei due Autori. Nondimeno, i paragrafi 1, 5 e 6 sono da attribuirsi, in particolare, a Raffaele Bifulco, e i paragrafi 2, 3 e 4, in particolare, a Chiara Gentile.

nevralgico dal momento in cui il dato inizia ad essere oggetto di trattamento, cioè di «qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insieme di dati personali...»¹.

È vanto della tradizione giuridica europea l'aver tematizzato l'incidenza del trattamento dei dati sui diritti e sulle libertà delle persone fin dalla Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale n. 108, adottata a Strasburgo il 28 gennaio 1981 nell'ambito del Consiglio d'Europa. L'art. 1 stabilisce che scopo della Convenzione è «quello di garantire, sul territorio di ogni Parte, ad ogni persona fisica, qualunque siano la sua cittadinanza o residenza, il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, ed in particolare del diritto alla vita privata, nei confronti dell'elaborazione automatizzata dei dati di carattere personale che la riguardano».

Come è noto, il rapporto tra trattamento dei dati e diritti fondamentali è stato poi ribadito a livello sovranazionale con la direttiva 95/46/CE e poi, da ultimo, con il regolamento (UE) 2016/679 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali. Può essere interessante osservare che, mentre l'art. 1 della direttiva metteva in relazione la «tutela dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche e particolarmente del diritto alla vita privata, con riguardo al trattamento dei dati personali», l'art. 1 del regolamento si rivela più anodino, annunciando che «il presente regolamento stabilisce norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali nonché norme relative alla libera circolazione di tali dati». Solo apparentemente sono stati eliminati da tale ultimo enunciato i riferimenti ai diritti e alle libertà fondamentali giacché è oramai l'art. 8, §1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea a conferire rango di fundamentalità al diritto di ogni individuo «alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano».

Abbiamo indugiato in questa semplice rassegna di disposizioni normative perché non capita spesso di assistere, come si fosse in un laboratorio di analisi, alla progressiva formazione di un diritto e alla sua attrazione all'apice dell'ordinamento europeo. Si deve alla progressiva consapevolezza dei rischi per la persona derivanti dal trattamento dati la progressiva “ascensione” alla fundamentalità, almeno nell'ambito dell'ordinamento sovranazionale. In tale consapevolezza entra oramai anche l'estrema esposizione che la persona corre in ragione della esistenza della Rete: in questa infrastruttura, che ha cambiato nel profondo le nostre abitudini, le persone lasciano quotidianamente una tale molteplicità di dati da permettere di ottenere molte informazioni sui loro gusti, abitudini, tendenze e relazioni personali. Ce lo ricordano i Considerando 5 e 6 del GDPR che sottolineano il «considerevole aumento dei flussi transfrontalieri dei dati personali» e «la rapidità dell'evoluzione tecnologica e la globalizzazione», che permettono «tanto alle

¹ Art. 4, par. 1, n. 2, reg. (UE) 2016/679.

imprese private quanto alle autorità pubbliche di utilizzare dati personali, come mai in precedenza, nello svolgimento delle loro attività».

La spinta del fatto (in questo caso, il fatto tecnologico) non si ferma qui. L'uso incontrollato dei dati personali da parte di autorità pubbliche annulla uno dei tratti centrali dei dati fondamentali, vale a dire il loro radicarsi nel rapporto verticale tra Stato e cittadino, che è anche, come è ben noto, la dimensione originaria e primigenia dei diritti fondamentali. Se il dato di un cittadino italiano o tedesco entra nel flusso transfrontaliero, esso può essere intercettato, in maniera non consentita, anche da autorità straniere. In questa vicenda un doppio fattore di novità va evidenziato: la violazione del diritto fondamentale avviene ad opera di un soggetto pubblico straniero e, soprattutto, grazie alle tecnologie più recenti legate a Internet, può avvenire al di fuori del territorio dello Stato che perpetra la violazione.

La natura tentacolare della sorveglianza elettronica, messa in atto dai servizi segreti degli Stati occidentali e capace di intercettare, attraverso la Rete, le forme private e spontanee della comunicazione quotidiana e di penetrare così nel tessuto comunicativo della società civile (secondo la ricostruzione che ne fa il Tribunale costituzionale federale tedesco nella sentenza esaminata nel par. 5), lascia emergere così un nuovo e inusitato grumo problematico della dogmatica dei diritti fondamentali, che possiamo sintetizzare nella locuzione “efficacia extraterritoriale dei diritti fondamentali”. Si tratta di un problema solo in parte nuovo, legato – in specie ma non solo, come si vedrà – alla dimensione aterritoriale della Rete, destinato ad accentuarsi con l'avanzamento delle tecnologie informatiche.

È un problema solo in parte nuovo perché soprattutto nell'ordinamento statunitense il tema oggetto di esame in queste pagine è stato affrontato da tempo sia dalla giurisprudenza che dalla dottrina. In questo sistema giuridico, come in quello canadese, la questione dell'efficacia extraterritoriale si è posta in particolare nell'ambito di efficacia dell'*habeas corpus* nei confronti di cittadini stranieri, sottoposti a restrizioni della libertà personale.

L'esperienza statunitense, messa a fuoco nel par. 2, si rivela di estremo interesse sia perché è sostanzialmente il primo ordinamento a confrontarsi con il fenomeno dell'efficacia extraterritoriale sia perché permette di osservare un'evoluzione dell'approccio adoperato dal giudice costituzionale nell'affrontare il tema. Di notevole rilievo anche il caso canadese esaminato nel par. 3, il quale, nel peculiare rapporto che instaura tra diritto internazionale e costituzione nel caso *Hape*, permette di mettere in risalto le differenze di approccio al problema presenti nelle plurime legalità europee. La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e quella della Corte europea dei diritti dell'uomo sono sinteticamente esaminate nel par. 4 attraverso, anche in questo caso, un focus su recenti sentenze legate al trasferimento dei dati e alla sorveglianza elettronica. Nel par. 5 l'attenzione si concentra su una recente sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco che rappresenterà una pietra di paragone per le

future pieghe che la questione dell'efficacia extraterritoriale assumerà nel continente europeo. In conclusione, nel par. 6 si evidenzieranno i profili critici che emergono dai casi giurisdizionali illustrati e alcune questioni rimaste irrisolte.

2. Le aperture di *Boumediene* e i dubbi per il futuro nella tormentata esperienza statunitense

La Corte Suprema degli Stati Uniti è stata investita di questioni attinenti alla sfera territoriale di applicazione dei diritti fondamentali sin dalla fine del XIX secolo², sviluppando un'ampia e articolata giurisprudenza, che per ragioni di spazio non può essere ripercorsa in questa sede³. Basti segnalare che mentre esiste ormai un consolidato orientamento che ammette l'applicazione extraterritoriale della Costituzione nei confronti dei cittadini statunitensi⁴, lo stesso non può dirsi per gli stranieri. Nella sentenza *United States v. Verdugo-Urquidez*⁵ la Corte Suprema ha escluso l'estensione del privilegio dell'*habeas corpus* (*habeas*) a un cittadino messicano – arrestato negli Stati Uniti – a cui gli agenti statunitensi avevano perquisito la casa – in Messico – senza apposito mandato, riconoscendo, tuttavia, che anche i cittadini stranieri hanno diritto all'*habeas* quando possono considerarsi membri della comunità nazionale, ovverosia quando si trovano nel territorio degli Stati Uniti e hanno sviluppato una “connessione sostanziale” con il paese (p. 2).

Il dibattito sull'estensione delle garanzie costituzionali ai cittadini stranieri acquista nuova linfa con la dura lotta al terrorismo internazionale intrapresa dagli Stati Uniti in seguito agli attacchi dell'11 settembre 2001⁶: il Dipartimento della Difesa nel 2004 istituisce appositi Tribunali Militari (*Combatant Status Review Tribunals*, CSRTs) per accertare se i detenuti presso il carcere di Guantanamo fossero stati correttamente qualificati come *enemy combatants* in quanto “combattenti nemici” degli Stati Uniti e affiliati a gruppi

² 140 U.S. 453 (1891), *Ross v. McIntyre*.

³ Sul punto v., *ex multis*, A. Veneziano, *The Eras of Extraterritoriality in the United States*, in *UnivBolognaLRev*, vol. V, n. 2, 2020, p. 240 ss.; C. Keitner, *Rights beyond borders*, in *36YaleJIntL*, 2011, p. 55 ss.; J. Lobel, *Fundamental norms, International Law, and the Extraterritorial Constitution*, in *36YaleJIntL*, 2011, p. 307 ss.; G.L. Neuman, *Whose Constitution?*, in *100YaleLJ*, 1991, p. 909 ss.

⁴ Emblematica è la sentenza 354 U.S. 1 (1957), *Reid v. Covert*, che trae origine dal ricorso di una cittadina americana, condannata da una corte marziale per l'omicidio del marito commesso quando questi era in servizio in Inghilterra. In tale occasione la Corte Suprema afferma che quando agiscono contro cittadini statunitensi all'estero, i poteri pubblici sono vincolati al rispetto della Costituzione (nel caso di specie, dell'art. 3, c. 2, e degli Emendamenti V e VI). Tuttavia, nella propria *concurring opinion* Justice Harlan ammette l'estensione extraterritoriale della Costituzione fintantoché le circostanze non la rendano «impractical and anomalous» (p. 75).

⁵ 494 U.S. 259 (1990).

⁶ E. Castorina, C. Nicolosi, “Sovranità dei valori” e sviluppo della tutela dei diritti fondamentali: note sull'evoluzione della giurisprudenza statunitense, in *ForumQuad.Cost.*, 19 novembre 2015, p. 7 ss.

terroristici⁷; il Congresso approva nel 2005 il *Detainee Treatment Act* (DTA)⁸, che attribuisce alla Corte di appello del *D.C. Circuit* la giurisdizione esclusiva sulla revisione delle decisioni dei CSRTs, e nel 2006 il *Military Commissions Act* (MCA)⁹, che nega l'*habeas* ai detenuti stranieri qualificati *enemy combatants*¹⁰.

In tale contesto si colloca il tortuoso *iter* giudiziario che ha condotto nel 2008 alla sentenza *Boumediene v. Bush*¹¹. I ricorrenti, cittadini stranieri arrestati in Afghanistan, Bosnia e Gambia e detenuti presso il carcere di Guantanamo, dopo essere stati dichiarati *enemy combatants* hanno contestato l'appartenenza alla rete terroristica di al-Qaeda e invocato la tutela assicurata dalla c.d. *Suspension Clause* (art. 1, sez. 9, c. 2, Cost.), secondo cui l'*habeas* non può essere sospeso «se non quando, in caso di ribellione o di invasione, lo esiga la sicurezza pubblica». In seguito all'emanazione del DTA, il procedimento è proseguito dinanzi alla Corte di appello del *D.C. Circuit*, che sulla base del MCA ha rigettato l'istanza ed escluso l'applicabilità della *Suspension Clause*. La decisione è stata allora impugnata dinanzi alla Corte Suprema, chiamata a valutare se le tutele costituzionali invocate dai ricorrenti possano essere negate per via della qualifica di *enemy combatants* o del luogo di detenzione.

Nel giudizio dinanzi alla Corte il Governo afferma che i cittadini stranieri designati come *enemy combatants* e detenuti in un territorio al di fuori dei confini nazionali non sono titolari di diritti costituzionali: dunque, nel caso di specie, i ricorrenti non possono invocare la *Suspension Clause* perché Guantanamo è sotto la sovranità di Cuba. A sostegno della propria posizione il Governo richiama *Johnson v. Eisentrager*¹², sentenza in cui la Corte Suprema aveva escluso che i ricorrenti, cittadini tedeschi condannati per crimini di guerra, potessero invocare l'*habeas* perché stavano espando la pena in Germania, territorio su cui gli Stati Uniti non esercitano la propria sovranità.

In *Boumediene* la Corte puntualizza che Guantanamo ricade sotto la sovranità di Cuba solo formalmente (c.d. sovranità *de jure*), poiché sono gli Stati Uniti che vi esercitano il controllo effettivo (c.d. sovranità *de facto*) (pp. 24-25), e richiama la propria giurisprudenza pregressa in tema di extraterritorialità delle

⁷ La nozione di *enemy combatant* viene definita in 542 U.S. 507 (2004), *Hamdi v. Rumsfeld* e indica un individuo «“part of or supporting forces hostile to the United States or coalition partners” [...] “engaged in an armed conflict against the United States”» (pp. 8-9). Sotto l'amministrazione Bush gli *enemy combatants* non erano coperti dalle Convenzioni di Ginevra del 1949.

⁸ L'emanazione del DTA segue alla sentenza 542 U.S. 466 (2004), *Rasul v. Bush*, secondo cui, ai sensi dello *Statute* 28 U.S.C. §2241, le corti federali hanno giurisdizione a conoscere dei ricorsi relativi all'*habeas corpus* presentati dagli stranieri detenuti presso il carcere di Guantanamo (cfr. D.L. Sloss, *Rasul v. Bush*, in 98 *AJIL*, 2004, p. 788 ss.).

⁹ Il MCA segue alla sentenza 548 U.S. 557, *Hamdan v. Rumsfeld*, che dispone che il DTA non si applica ai casi già pendenti al momento in cui il Congresso lo aveva approvato (cfr. D. Phillips, *Hamdan v. Rumsfeld: the Bush Administration and 'the rule of law'*, in 25 *AJAS*, 2006, p. 40 ss.).

¹⁰ Alla luce della successiva giurisprudenza della CS, nel 2009 il MCA è stato emendato al fine di assicurare una maggiore protezione dei diritti dei detenuti.

¹¹ 553 U.S. 723 (2008). Per le singole fasi procedurali, v. M. Anderson, *Boumediene v. Bush: flashpoint in the ongoing struggle to determine the rights of Guantanamo detainees*, in 60 *MeLRev*, 2008, p. 243 ss.

¹² 339 U.S. 763 (1950).

garanzie costituzionali per dimostrare l'infondatezza della tesi governativa. Già nei c.d. *Insular cases*¹³ era stata riconosciuta l'efficacia (almeno parziale¹⁴) della Costituzione nelle colonie cedute dalla Spagna in seguito alla guerra ispano-americana, nonostante queste non fossero state annesse ufficialmente agli Stati Uniti (pp. 25-29); successivamente, in *Reid v. Covert*¹⁵ è stata evidenziata l'esigenza di considerare le circostanze specifiche caso per caso e valutare che l'applicazione extraterritoriale della Costituzione non si riveli «impracticable and anomalous» (pp. 29-30). Quindi la Corte rigetta l'approccio formalistico invocato dal Governo (p. 33), affermando che la sovranità de jure non rappresenta l'unico fattore rilevante per l'estensione extraterritoriale delle garanzie costituzionali, che deve invece determinarsi sulla base di «objective factors and practical concerns» (c.d. *functional approach*, p. 34). L'accoglimento della tesi governativa confligge inoltre con il principio di separazione dei poteri, poiché la Costituzione non riconosce al Governo la facoltà di decidere quando e dove applicarla: le pubbliche autorità sono vincolate al rispetto della Costituzione anche quando operano al di là dei confini nazionali (p. 35).

Nella determinazione della sfera territoriale di applicazione della *Suspension Clause*, la Corte individua tre fattori rilevanti: la cittadinanza e lo status del detenuto, nonché l'adeguatezza del processo per dichiarare tale status; la natura del luogo di arresto e detenzione; gli ostacoli pratici al riconoscimento della tutela (pp. 36-37). Dopo aver evidenziato una serie di *distinguo* con i precedenti giurisprudenziali in materia di extraterritorialità e sottolineato l'originalità del caso di specie (pp. 37-40), la Corte riconosce piena efficacia all'*habeas* e alla *Suspension Clause* nel territorio di Guantanamo, non riscontrando elementi che rendano l'estensione delle garanzie costituzionali «impracticable or anomalous» (p. 41).

Sebbene *Boumediene* rappresenti una svolta storica per la maggiore tutela dei diritti fondamentali dei cittadini stranieri, essa non è esente da critiche. In particolare, un *punctum dolens* del ragionamento della Corte è l'assenza di indicazioni precise circa le modalità di attuazione del *functional approach*¹⁶: non è chiaro, da un lato, se l'estensione extraterritoriale delle garanzie costituzionali debba intendersi nei confronti di persone reclusi nel solo carcere di Guantanamo o anche presso altre strutture detentive statunitensi

¹³ Si tratta di una serie di casi che vanno da 182 U.S. 1 (1901), *De Lima v. Bidwell*, a 258 U.S. 298 (1922), *Balzac v. Porto Rico*. Nella saga degli *Insular cases* la definizione di “territorio” parte degli Stati Uniti è determinante per stabilire se le garanzie costituzionali vi trovino applicazione. Sulle spaccature tra i membri della Corte Suprema, v. L.S. Rowe, *The Supreme Court and the Insular Cases*, in *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, vol XVIII, n. 2, 1901, spec. p. 60.

¹⁴ Più precisamente, la Corte Suprema aveva distinto tra territori c.d. incorporati (i.e. Hawaii), in cui la Costituzione si applicava interamente, e c.d. non-incorporati (i.e. Puerto Rico), in cui si applicavano solamente i diritti costituzionali “fondamentali” (c.d. *doctrine of territorial incorporation*, cfr. C.D. Burnett, *Untied States: American Expansion and Territorial Deannexation*, in 72UChiLRev, 2005, p. 800).

¹⁵ Cfr. nota 4.

¹⁶ Così Justice Scalia nella sua *dissenting opinion* in *Boumediene* (p. 17). In dottrina, cfr. G.L. Neuman, *The Extraterritorial Constitution after Boumediene v. Bush*, in 82SCallRev, 2009, p. 273.

all'estero, per esempio in Afghanistan o in Iraq¹⁷, né, dall'altro, quali condizioni renderebbero siffatta estensione “impracticable or anomalous”¹⁸.

Ad oggi *Boumediene* rimane una sentenza isolata, ignorata non solo dal *D.C. Circuit*¹⁹ ma anche dalla stessa Corte Suprema, come si evince dalla recente decisione *Hernandez v. Mesa*²⁰. Tale vicenda si contraddistingue perché la condotta dell'autorità pubblica è stata realizzata negli Stati Uniti e gli effetti si sono prodotti in territorio straniero: nello specifico, un agente statunitense della Polizia di frontiera ha sparato a un cittadino messicano, Hernandez, uccidendolo. La Corte distrettuale ha negato ai genitori della vittima l'applicabilità sia del IV Emendamento (diritto alla sicurezza personale), per l'assenza di una connessione volontaria significativa tra Hernandez e gli Stati Uniti²¹, sia del V Emendamento (*due process of law*), riconoscendo all'agente l'immunità funzionale.

La Corte Suprema annulla la decisione nella parte relativa all'immunità e rinvia alla Corte distrettuale per altra valutazione, ma non si pronuncia sull'applicazione extraterritoriale del IV Emendamento, limitandosi a segnalare che la questione è delicata e potrebbe avere conseguenze di vasta portata (p. 3). La posizione è stata fortemente criticata per non aver dato seguito al *functional approach* promosso in *Boumediene*²² e aver anzi determinato una regressione all'approccio formalistico del passato e una contestuale restrizione della sfera spaziale di applicazione della Costituzione²³.

3. Il complesso rapporto tra diritto internazionale e non applicazione all'estero della *Charter* nell'ordinamento canadese

Il problema dell'estensione extraterritoriale dei diritti fondamentali è stato affrontato anche dalla Corte Suprema del Canada (CSC), la cui giurisprudenza non è copiosa quanto quella statunitense ma comunque fornisce importanti spunti di riflessione.

La *Canadian Charter of Rights and Freedoms (Charter)*, parte integrante della Costituzione canadese, ai sensi della sez. 32(1) si applica a tutte le questioni che sono di competenza del Parlamento o delle assemblee provinciali, senza espliciti limiti territoriali. Conseguentemente spetta alle corti comuni e, in particolar

¹⁷ R.M. Chesney, *Boumediene v. Bush*, in *102AJIL*, 2008, p. 853.

¹⁸ G.L. Neuman, *After Guantánamo: Extraterritoriality of Fundamental Rights in U.S. Constitutional Law*, in *JusPoliticum-Antour de la notion de Constitution*, 2009, p. 9.

¹⁹ L. Kovarsky, *Citizenship, National Security Detention, and the Habeas Remedy*, in *107CalLRev*, 2019, p. 869.

²⁰ 582 U. S. ____ (2017).

²¹ Citando *Verdugo-Urquidez* (cfr. nota 5), passaggio contestato da N. Rotstein, *Boumediene vs. Verdugo-Urquidez: The Battle for Control over Extraterritoriality at the Southwestern Border*, in *93WashULRev*, 2016, p. 1400.

²² Così Justice Breyer nella propria *dissenting opinion* (p. 5); A.A. Botsaris, *Hernandez v. Mesa: Preserving the Zone of Constitutional Uncertainty at the Border*, in *77MdLRev*, 2018, p. 853.

²³ A. Veneziano, *Applying the U.S. Constitution Abroad, from the Era of the U.S. Founding to the Modern Age*, in *46FordhamUrbLJ*, 2019, p. 618.

modo, alla CSC determinare se e in quale misura la *Charter* vincoli le autorità pubbliche al di fuori dei confini statali²⁴.

A tale proposito di massima rilevanza è la sentenza *R. v. Hape*²⁵, riguardante un imprenditore canadese, accusato di riciclaggio di denaro, che era stato sottoposto a perquisizioni presso la sede della propria società nelle isole Turks e Caicos da parte della polizia federale canadese in collaborazione con le autorità locali²⁶. Durante il processo svoltosi in Canada il ricorrente ha denunciato che le operazioni investigative erano state condotte in assenza di mandato, quindi in violazione del diritto fondamentale alla tutela contro le perquisizioni o gli sequestri irragionevoli (sez. 8 della *Charter*), e ha chiesto l'inutilizzabilità delle prove documentali acquisite. Entrambi i giudici di primo e secondo grado hanno rigettato l'istanza, escludendo che la *Charter* trovasse applicazione all'estero; tale verdetto è stato poi confermato dalla CSC con una sentenza che, come si dirà, ha fatto molto discutere.

Il ragionamento della CSC muove da due considerazioni: l'assenza nella sez. 32(1) della *Charter* di un limite espresso all'ambito territoriale di efficacia delle garanzie costituzionali (§32); l'implicazione dei rapporti interstatali quale inevitabile conseguenza del fenomeno dell'extraterritorialità, che rende necessario risolvere il problema ricorrendo al diritto internazionale, e precisamente agli obblighi internazionali vincolanti il Canada e al *principle of comity of nations* (§33). Il diritto internazionale è un importante strumento interpretativo della Costituzione canadese e, conseguentemente, della sez. 32(1) (§§34-35, nonché §§53-56). Secondo il diritto internazionale consuetudinario ogni Stato è sovrano ed eguale²⁷, e questo impone a ciascuno Stato di rispettare la sovranità degli altri (§40); specularmente al principio di sovranità è il divieto di ingerenza, che non ammette interferenze o intrusioni negli affari di uno Stato se non quando siano state da esso espressamente consentite o siano ammissibili secondo il diritto internazionale convenzionale o consuetudinario (§43-45). Il *principle of comity* consiste non in un vero e proprio obbligo di diritto internazionale, bensì in un principio-guida secondo cui gli Stati devono agire «courteously towards one another» (§50) e mostrarsi deferenti verso le azioni legittimamente intraprese e le regole osservate da altri Stati (§47). Tale deferenza non è tuttavia incondizionata, incontrando un limite nelle «chiare violazioni del diritto internazionale e dei diritti umani fondamentali» (§52, c.d. *fundamental human rights exception*²⁸).

²⁴ D.J. Rennie, R. Rothschild, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms and Canadian Officials Abroad*, in *47The Supreme Court L.Rev: Osgoode's Annual Constitutional Cases Conference*, 2009, p. 127.

²⁵ 2007 SCC 26.

²⁶ Per un'analisi della vicenda, v. P.H. Verdier, *R. v. Hape*, in *102AJIL*, 2008, p. 143 ss.

²⁷ Carta ONU, art. 2(1); A. Cassese, *International Law*, Oxford, 2005, p. 48.

²⁸ Così, *ex multis*, C. Sethi, *Does the charter follow the flag? Revisiting constitutional extraterritoriality after R. v. Hape*, in *20DJLS*, 2011, p. 80.

Sulla base di queste considerazioni, la CSC afferma che la Costituzione non può essere applicata nel territorio di un paese terzo senza il consenso di quest'ultimo (§69), a meno che le autorità canadesi non violino il diritto internazionale o i diritti umani fondamentali (§101).

Anche nelle proprie decisioni pregresse²⁹ la CSC ha confinato l'efficacia della *Charter* all'interno dei confini statali, sempre per il rispetto dei principi di sovranità e di *comity* (§§71-76), ad eccezione del caso *R. v. Cook*³⁰. In tale occasione un cittadino statunitense, arrestato negli Stati Uniti dalle autorità locali in seguito alla richiesta di estradizione del Canada, era stato trattenuto e sottoposto a interrogatorio dagli agenti canadesi senza essere informato del diritto all'assistenza di un avvocato, sancito dalla sez. 10(b) *Charter*: poiché le autorità che avevano violato il suddetto diritto fondamentale erano canadesi, la CSC ha stabilito che esse erano vincolate al rispetto della *Charter*, rilevando che nel caso specifico l'applicazione extraterritoriale delle garanzie costituzionali non si traduceva in un'interferenza nella sovranità degli Stati Uniti (§§77-79). L'impostazione seguita in *Cook* viene fortemente criticata in *Hape*³¹: applicare la *Charter* all'estero comporta che le autorità canadesi agiscano in conformità delle disposizioni costituzionali, ma in questo modo il diritto canadese finirebbe per produrre effetti nel territorio di un paese terzo *sovrano*, e ciò, per non violare il diritto internazionale, potrebbe avvenire solamente con l'esplicito consenso di tale paese (§§83-84). Se l'«extraterritorial enforcement» della *Charter* è impossibile, allora lo è anche l'estensione delle garanzie costituzionali (§85)³². Secondo la CSC tale conclusione è avvalorata dalla stessa sez. 32(1) nella parte in cui dispone l'applicabilità della *Charter* alle sole questioni di competenza del Parlamento, quali non sono e non possono essere le indagini penali condotte nel territorio di un altro Stato, visto che il Parlamento non può imporre l'osservanza del diritto canadese (§94)³³.

La regola generale fissata in *Hape* è stata riaffermata nella sentenza *Canada (Justice) v. Khadr*³⁴. Il ricorrente, cittadino canadese detenuto presso il carcere di Guantanamo per omicidio e atti di terrorismo, si vedeva

²⁹ 3 S.C.R. 562 (1995), *R. v. Herrer*; 2 S.C.R. 207 (1996), *R. v. Terry*; 1 S.C.R. 841 (1998), *Schreiber v. Canada (Attorney General)*.

³⁰ 2 S.C.R. 597 (1998).

³¹ Vi è chi ha rinvenuto in *Hape* un definitivo «overruling» di *Cook*, cfr. D.J. Rennie, R. Rothschild, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms and Canadian Officials Abroad*, cit., p. 128.

³² Precisamente la CSC dice che «*since extraterritorial enforcement is not possible, and enforcement is necessary for the Charter to apply, extraterritorial application of the Charter is impossible*» (§85).

³³ Lo schema elaborato dalla CSC per valutare se vi siano i presupposti per l'applicazione, in via eccezionale, delle garanzie costituzionali alle indagini condotte all'estero si articola in due fasi (parla di «two-stage test» o «*Hape test*» P. Hay, *Standing on Guard: Territory, Terrorism and the Limits of the Canadian Constitution Post-Hape*, in *WP12-OSN*, 2017, pp. 9-10): bisogna verificare che le attività poste in essere dalle autorità canadesi siano riconducibili alla sez. 32(1) *Charter* (§103) e, in caso affermativo, che lo Stato interessato abbia espresso il proprio consenso a tale applicazione (§106) – circostanza rara, per cui nella maggior parte dei casi la *Charter* non troverà applicazione (§113). Laddove il consenso non risulti con evidenza, il giudice dovrà valutare se gli agenti canadesi nel corso delle indagini abbiano violato il diritto fondamentale a un equo processo e, se del caso, non utilizzare le prove ivi raccolte (§§107-113). Nel caso di specie la CSC esclude sia l'applicazione extraterritoriale della *Charter*, non essendo le perquisizioni e i sequestri nelle isole Turks e Caicos questioni di competenza del Parlamento (§118), sia la violazione del diritto a un equo processo (§121).

³⁴ 2008 SCC 28.

negato, durante il primo grado di giudizio, l'accesso alle registrazioni delle interrogazioni condotte dall'*intelligence* canadese all'interno del carcere. La Corte di appello annullava la sentenza e ordinava la produzione delle prove documentali, riscontrando una violazione della sez. 7 della *Charter* che prevede che limitazioni alla libertà personale siano disposte conformemente ai «principles of fundamental justice». La CSC conferma la decisione di appello e, tornando nuovamente sulla questione dell'efficacia extraterritoriale della *Charter*, ribadisce che se le autorità canadesi, nel territorio di un paese terzo, sono coinvolte in operazioni che violino gli obblighi internazionali in materia di diritti umani, non si possono invocare i principi di diritto internazionale e di *comity* per impedire l'applicazione delle garanzie costituzionali (§§2-3, 18-19). Nel caso di specie la CSC richiama la giurisprudenza della Corte Suprema statunitense, che aveva dichiarato illegittime le condizioni in cui versavano in generale i detenuti (compreso il ricorrente) presso il carcere di Guantanamo poiché non era stato garantito loro l'*habeas* ed era stato violato l'art. 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 (§§21-23)³⁵. Dal momento che il Canada riconosce e garantisce il diritto fondamentale all'*habeas* ed è vincolato al rispetto delle Convenzioni di Ginevra, la CSC conclude che gli agenti canadesi hanno violato i diritti umani fondamentali del ricorrente, tutelati sia dalla *Charter* sia dal diritto internazionale (§§24-26)³⁶.

Il combinato delle sentenze *Hape* e *Khadr* ha suscitato diverse critiche e lasciato irrisolte una serie di questioni³⁷. Si osservi, anzitutto, che se l'applicazione extraterritoriale delle garanzie costituzionali è generalmente impossibile, si rischia la creazione di c.d. «Charter-free zones»³⁸ e conseguentemente l'impunità degli agenti governativi all'estero³⁹. Inoltre la CSC, da un lato, non si premura di spiegare esaurientemente per quale motivo l'ambito spaziale di applicazione della *Charter* debba essere definito dal diritto internazionale e non dalla Costituzione⁴⁰, le cui disposizioni vengono richiamate solo secondariamente per consolidare la propria posizione; dall'altro, non considera che l'assenza nella sez. 32(1) di limiti territoriali all'applicabilità della *Charter* potrebbe rappresentare l'intenzione dei costituenti di non distinguere tra atti compiuti all'interno o all'esterno dei confini statali, ovvero sia di non circoscrivere la vincolatività delle disposizioni costituzionali al territorio canadese – interpretazione avvalorata dal fatto che, quando i diritti costituzionali si rivolgono ai soli soggetti presenti sul suolo

³⁵ Le sentenze americane richiamate dalla CSC sono *Rasul v. Bush* e *Hamdan v. Rumsfeld* (v. note 8 e 9).

³⁶ Principio ulteriormente ribadito in 2010 SCC 3, *Canada (Prime Minister) v. Khadr* (§14).

³⁷ L'attualità del problema (e l'assenza di una soluzione chiara) è sottolineata altresì dal Governo canadese (cfr. <https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/rfc-dlc/ccrf-ccdl/check/art321.html>).

³⁸ K. Roach, R. v. Hape *Creates Charter-Free Zones for Canadian Officials Abroad*, in 53 *Criminal L.Q.*, 2007, p. 4.

³⁹ J.H. Currie, *Khadr's Twist on Hape: Tortured Determinations of the Extraterritorial Reach of the Canadian Charter*, in 46 *ACDI*, 2008, p. 316.

⁴⁰ M. Webb, *The Constitutional Question of Our Time. Extraterritorial Application of the Charter and Afghan Detainees Case*, in 28 *Nat]ConstL.*, 2011, pp. 244-245.

canadese, la *Charter* lo specifica espressamente⁴¹. Si noti, infine, che sia in *Hape* sia in *Khadr* i ricorrenti sono cittadini canadesi, e nonostante la CSC non abbia fatto riferimento al criterio della nazionalità – diversamente dalla Corte Suprema statunitense – sorge il dubbio se questo sia stato un elemento determinante⁴².

4. Le diverse prospettive della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo

Nel contesto europeo, il dibattito sulla sorveglianza elettronica – provocato dall'eco delle rivelazioni di Edward Snowden⁴³ – ha posto in una nuova luce la questione della sfera territoriale di efficacia dei diritti sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) e nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU).

In ambito sovranazionale si registrano due sentenze di estrema rilevanza in materia⁴⁴, ccdd. *Schrems I*⁴⁵ e *Schrems II*⁴⁶, alla cui origine vi è la denuncia presentata da Maximilian Schrems al Commissario per la protezione dei dati irlandese al fine di impedire il trasferimento dei propri dati personali da Facebook Ireland a Facebook Inc., negli Stati Uniti, a causa dell'accesso libero e incondizionato delle autorità di *intelligence* statunitensi ai dati contenuti nei server di Facebook Inc. In entrambe le occasioni la Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) invalida le decisioni della Commissione sull'adeguatezza del regime di protezione dei dati tra Unione europea e Stati Uniti⁴⁷, riscontrando che questi ultimi non garantiscono ai cittadini europei un livello di protezione dei dati personali sostanzialmente equivalente a quello assicurato dal diritto dell'Unione. In particolare, la CGUE rinviene nell'accesso generalizzato ai dati da

⁴¹ A. Attaran, *Have Charter, Will Travel? Extraterritoriality in Constitutional Law and Canadian Exceptionalism*, in 87 *CanBarRev*, 2008, p. 523. L'autore fa riferimento, in particolare, alla sez. 23 *Charter*.

⁴² C.I. Keitner, *Framing Constitutional Rights*, in 40 *SnLRev*, 2011, p. 630; J. Lobel, *Fundamental norms, International Law, and the Extraterritorial Constitution*, cit., p. 355.

⁴³ G. Greenwald, E. MacAskill, *NSA Prism program taps in to user data of Apple, Google and others*, in *The Guardian*, 7 giugno 2013. Sul punto: F. Pizzetti, *Datagate, Prism, caso Snowden: il mondo tra nuova grande guerra cibernetica e controllo globale*, in www.federalismi.it, 26 giugno 2013.

⁴⁴ Per una riflessione generale sulla sfera spaziale di applicazione della CDFUE, cfr. V. Moreno-Law, C. Costello, *The Extraterritorial Application of the EU Charter of Fundamental Rights: From Territoriality to Facticity, the Effectiveness Model*, in S. Peers et al., *Commentary on the EU Charter of Fundamental Rights*, Oxford, 2014, pp. 1657-1683, in cui è puntualmente argomentato che le disposizioni di Trattati non creano ostacoli all'applicazione extraterritoriale del diritto dell'Unione e, nello specifico, della CDFUE (p. 1682).

⁴⁵ CGUE, 6 ottobre 2015, C-362/14, sui cui si rinvia a R. Bifulco, *La sentenza Schrems e la costruzione del diritto europeo della privacy*, in *Giur.cost.*, 2016, p. 289 ss.; S. Crespi, *La tutela dei dati personali UE a seguito della sentenza Schrems*, in *Eurojus*, 2 novembre 2015.

⁴⁶ CGUE, 16 luglio 2020, C-311/18, su cui si rinvia a C. Gentile, *La saga Schrems e la tutela dei diritti fondamentali*, in www.federalismi.it, n. 1, 2021, p. 35 ss.; R. Bifulco, *Il trasferimento dei dati personali nella sentenza Schrems II: dal contenuto essenziale al principio di proporzionalità e ritorno*, in *DPERonline*, n. 2, 2020; O. Pollicino, *Diabolical Persistence. Thoughts on the Schrems II Decision*, in *VerfBlog*, 25 luglio 2020.

⁴⁷ In *Schrems I* viene invalidata la dec. 2000/520 di esecuzione dell'accordo c.d. *Safe Harbor*; in *Schrems II* viene invalidata la dec. 2016/1250 di esecuzione del nuovo accordo c.d. *Privacy Shield*.

parte dei servizi segreti statunitensi un'ingerenza non proporzionata nei diritti fondamentali al rispetto della vita personale e al trattamento dei dati personali, di cui agli artt. 7 e 8 CDFUE, e nell'impossibilità di far valere i diritti individuali dinanzi a un giudice una violazione del contenuto essenziale del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, ai sensi dell'art. 47 CDFUE⁴⁸.

Gli elementi distintivi di tali sentenze, per ciò che rileva in questa sede, sono due, tra loro interconnessi: da un lato, l'analisi della CGUE verte su condotte *esterne*, poste in essere dalle autorità pubbliche degli Stati Uniti al di fuori del territorio dell'Unione; dall'altro, le disposizioni su cui è imperniata la valutazione della (in)adeguatezza del regime statunitense di protezione dei dati sono contenute nella CDFUE, un atto di diritto primario *interno*. Inoltre, il principio di sostanziale equivalenza della protezione dei dati personali implicitamente impone a quei paesi che intendano scambiare dati con soggetti stabiliti negli Stati membri un obbligo di adeguamento della propria normativa nazionale a quella europea: quando i dati personali circolano verso l'estero deve garantirsi continuità al livello di protezione assicurato dall'Unione e ciò comporta, di fatto, un'estensione territoriale della tutela dei diritti⁴⁹. Le sentenze *Schrems* potrebbero costituire il punto di partenza di un dibattito più articolato sull'applicazione extraterritoriale dei diritti fondamentali⁵⁰.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha affrontato in diverse occasioni il problema dell'efficacia extraterritoriale dei diritti⁵¹, elaborando sulla base dell'art. 1 CEDU («de Alte Parti contraenti riconoscono a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà...») il criterio del c.d. *effective control*, secondo cui le attività statali condotte all'estero o nei confronti di soggetti situati all'estero determinano la responsabilità degli Stati contraenti se sono svolte sotto il loro controllo effettivo⁵². Con riferimento alle operazioni di sorveglianza elettronica estero-estero, tuttavia, la Corte EDU non ha ancora preso una posizione definitiva⁵³.

⁴⁸ Si precisa che la CGUE in *Schrems I* si è pronunciata solamente sugli artt. 7 e 47 CDFUE (cfr. V.M. Pfisterer, *The Right to Privacy – A Fundamental Right in Search of Its Identity: Uncovering the CJEU's Flawed Concept of the Right to Privacy*, in *20GerLawJ*, 2019, p. 732), e in *Schrems II* ha considerato anche l'art. 8 CDFUE.

⁴⁹ In termini analoghi, cfr. O. Pollicino, M. Bassini, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel reasoning dei giudici di Lussemburgo*, in *Dir.Inform.*, 2015, p. 752.

⁵⁰ C. Gentile, *La saga Schrems e la tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 54.

⁵¹ La giurisprudenza della Corte EDU in materia concerne principalmente la lotta al terrorismo, le operazioni militari all'estero e il principio di *non refoulement*. Sugli sviluppi più recenti, v. V. Stoyanova, *M.N. and Others v Belgium: no ECHR protection from refoulement by issuing visas*, in www.ejiltalk.org, 12 maggio 2020.

⁵² Sulle diverse declinazioni del concetto di “*effective control*” si rinvia a: S. Besson, *The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to*, in *25LJIL*, 2012, p. 857 ss.; M. Gondek, *Extraterritorial Application of The European Convention on Human Rights: Territorial Focus in the Age of Globalization?*, in *52NILR*, 2005, p. 349 ss.

⁵³ L'approccio seguito dalla Corte EDU in casi di sorveglianza elettronica è stato ritenuto più indulgente rispetto a quello seguito dalla CGUE e si è perciò parlato di “*frammentazione*” del diritto europeo alla protezione dei dati e della *privacy* (così C. Christakis, *A fragmentation of EU/ECHR law on mass surveillance: initial thoughts on the Big Brother Watch judgment*, in *EuLawBlog*, 20 settembre 2020).

In tale contesto si colloca la sentenza *Big Brother Watch e al. c. Regno Unito*⁵⁴, relativa alle denunce presentate da vari giornalisti, attivi nelle campagne dei diritti civili, che ritenevano che le proprie comunicazioni fossero state intercettate dai servizi segreti britannici o dai servizi segreti stranieri in collaborazione con quelli britannici⁵⁵. La Corte EDU si pronuncia per la prima volta sul sistema di scambio e condivisione di dati tra agenzie di *intelligence* britanniche e statunitensi (c.d. *intelligence sharing*), nell'ambito dei programmi di sorveglianza elettronica UPSTREAM e PRISM, non riscontrando alcuna lesione del diritto dei ricorrenti al rispetto della vita personale (art. 8 CEDU). Al contrario, in relazione alla normativa nazionale sulla sorveglianza delle comunicazioni esterne, il Regno Unito viene condannato sia per la carenza di effettivi mezzi di tutela e forme di vigilanza sul processo di selezione ed elaborazione dei dati acquisiti, in violazione dell'art. 8 CEDU, sia per la mancanza di misure idonee a tutelare la riservatezza delle comunicazioni, in violazione dell'art. 10 CEDU.

I passaggi della sentenza meritevoli di attenzione sono due. Anzitutto, per esaminare la legittimità del regime britannico di sorveglianza esterna, la Corte EDU parte dal presupposto che le attività di intercettazione delle comunicazioni ricadano nella giurisdizione del Regno Unito dal momento che il Governo britannico non ha sollevato alcuna eccezione in relazione all'art. 1 CEDU, né ha suggerito che tali attività avvenissero al di fuori della giurisdizione territoriale nazionale (§271). Tuttavia una simile argomentazione appare sommaria, perché il fatto che le operazioni di sorveglianza elettronica siano poste in essere nel Regno Unito non implica che i destinatari di tali operazioni si trovino anch'essi nel Regno Unito: il ragionamento della Corte EDU sembra solo implicare – senza affermarlo esplicitamente⁵⁶ – che le operazioni di sorveglianza rientrano nella sfera applicativa della CEDU per la semplice ragione di essere condotte nel territorio di uno Stato contraente, anche se i destinatari si trovano all'estero. In secondo luogo, con riferimento alle attività di *intelligence sharing*, la Corte EDU prende in considerazione le sole intercettazioni condotte dalle agenzie statunitensi e poi trasmesse alle agenzie britanniche, e non (anche) viceversa⁵⁷. Rilevando che tali attività erano state svolte sotto il pieno controllo delle agenzie straniere, la

⁵⁴ Corte EDU, 13 settembre 2018, ricc. 58170/13, 62322/14 e 24960/15. La sentenza è stata impugnata dinanzi alla Grande Camera per assertedo contrasto con la precedente Corte EDU, 19 giugno 2018, ric. 35252/08, *Centrum för Rättvisa c. Svezia* (cfr. V. Rusinova, *A European Perspective on Privacy and Mass Surveillance at the Crossroads*, Higher School of Economics, WP BRP 87/LAW/2019, 6 marzo 2019), in cui la Corte EDU – senza affrontare la questione della extraterritorialità – aveva escluso la violazione dei parametri convenzionali da parte del regime svedese di sorveglianza elettronica verso l'estero. La sentenza della Grande Camera del 25 maggio 2021 non aggiunge ulteriori argomentazioni che chiariscano la posizione della Corte EDU sull'efficacia extraterritoriale dei diritti nel contesto di operazioni di sorveglianza estero-estero.

⁵⁵ Per una chiara esposizione dei fatti di causa e del ragionamento seguito dalla Corte EDU, v. G. Tiberi, *Il caso Big Brother Watch quale cambio di paradigma nel bilanciamento tra sicurezza e tutela dei diritti fondamentali?*, in *Quad.cost.*, 2018, pp. 931-933; B. van der Sloot, E. Kosta, *Big Brother Watch and Others v. UK: Lessons from the Latest Strasbourg Ruling on Bulk Surveillance*, in *EDPL*, 2019, pp. 252-261.

⁵⁶ M. Milanovic, *ECtHR Judgment in Big Brother Watch v. UK*, in www.ejiltalk.org, 17 settembre 2018.

⁵⁷ *Ibid.*

Corte EDU esclude la responsabilità del Regno Unito, che avrebbe potuto essere invocata solamente se le agenzie britanniche avessero esercitato la propria autorità o il proprio controllo su quelle statunitensi (§420).

Nella sentenza di specie la Corte EDU si limita a richiamare incidentalmente il criterio dell'*effective control*, senza esaminare direttamente e compiutamente la questione dell'efficacia territoriale delle garanzie CEDU nell'ambito delle operazioni di sorveglianza elettronica esterna. La Corte perde così l'occasione per definire in modo sistematico e rigoroso quali siano le circostanze fattuali al cui verificarsi le garanzie convenzionali trovino applicazione all'estero – per esempio se la nazionalità dei ricorrenti costituisca un fattore dirimente⁵⁸ – e quali siano i principi generali a cui gli Stati contraenti debbano attenersi.

5. Diritti umani e diritti fondamentali in un recente *leading case* del Tribunale costituzionale federale tedesco

Nella sentenza 1 BvR 2835/17 del 19 maggio 2020⁵⁹, il Tribunale costituzionale federale della Germania prende una posizione molto innovativa sulla questione dell'efficacia extraterritoriale dei diritti fondamentali, accogliendo il ricorso in cui sette giornalisti (di cui uno solo con cittadinanza tedesca) e una ONG con sede in Francia, attivi nelle denunce delle violazioni dei diritti umani nelle zone di guerra e nei regimi autoritari, lamentavano di essere stati intercettati dai servizi segreti federali in violazione degli artt. 5 (libertà di stampa e informazione) e 10 (diritto alla riservatezza delle telecomunicazioni) della Costituzione (*Grundgesetz*, GG). Le disposizioni censurate sono contenute nella legge sulla sorveglianza estero-estero del 23 dicembre 2016 (*Gesetz zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes*, BNDG)⁶⁰, che autorizza(va) lo svolgimento di operazioni di sorveglianza strategica verso l'estero, condivisione dei dati e collaborazione con autorità straniere⁶¹. Per la prima volta⁶² il Tribunale afferma che «i diritti fondamentali della Costituzione tedesca vincolano i servizi segreti e il legislatore che ne ha disciplinato i poteri indipendentemente dal fatto che i servizi siano attivi all'interno

⁵⁸ I. Cameron, *Regulating Signals intelligence*, in www.strasbourgobservers.com, 13 luglio 2020.

⁵⁹ Per una prima analisi della sentenza si rinvia a M. Rojszczak, *Extraterritorial Bulk Surveillance after the German BND Act Judgment*, in *EuConstLRev*, vol. XVII, n. 1, 2021, p. 53 ss.; R. Bifulco, *L'efficacia extraterritoriale dei diritti fondamentali in una storica sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Medialaws*, 29 ottobre 2020.

⁶⁰ La legge mirava a correggere le carenze del precedente regime di sorveglianza estero-estero denunciate dalla commissione parlamentare d'inchiesta *NSA-Untersuchungsausschuss*, istituita in seguito alle rivelazioni di Edward Snowden (v. nota 43).

⁶¹ Gli effetti della declaratoria di incostituzionalità della BNDG sono stati posticipati al 31 dicembre 2021 per consentire al legislatore di emendare l'atto ed evitare così un vuoto normativo. L'emendamento è avvenuto con l'art. 3 G v. 5 luglio 2021, 2274; il testo è reperibile su <https://www.bgbl.de>.

⁶² L'efficacia extraterritoriale dei diritti fondamentali – proprio con riguardo all'art. 10 GG – era già stata riconosciuta nella sentenza BVerfGE 100, 313 (1999), in cui tuttavia non era stato precisato se il vincolo costituzionale sussistesse anche in mancanza di una relazione tra l'azione dei pubblici poteri e il territorio della Repubblica federale.

o all'esterno del paese»⁶³ (§87), sottolineando che altrimenti, in un settore caratterizzato da un'azione intrusiva dello Stato come quello della sorveglianza strategica, soprattutto alla luce dei recenti sviluppi della tecnologia informatica e, conseguentemente, dell'assenza di limiti spaziali nell'accesso e nello scambio dei dati, i diritti fondamentali rimarrebbero privi di tutela (§§105-110).

Partendo dal tenore letterale dell'art. 1, c. 3, GG, secondo cui «i diritti fondamentali vincolano la legislazione, il potere esecutivo e la giurisdizione come diritti direttamente applicabili», il Tribunale segnala che da nulla traspare che la validità di tale disposizione debba limitarsi al territorio tedesco – precisando che questo vale, ad ogni modo, per i diritti fondamentali nella loro dimensione di diritti di difesa contro le interferenze statali, quali sono le misure di sorveglianza (§88). Il silenzio della GG sull'estensione dei diritti fondamentali alle attività statali condotte all'estero potrebbe essere interpretato come una restrizione dell'efficacia di tali diritti al solo territorio tedesco; tuttavia il Tribunale rigetta questa impostazione sulla base del preambolo alla GG e degli artt. 24 e 25 GG, che testimoniano l'apertura internazionale del testo costituzionale e la collocazione della Repubblica federale nel consesso delle nazioni, e, anzi, conclude che, sebbene in sede costituente non si fosse affrontata la questione della vincolatività dei diritti fondamentali all'estero e le attività di sorveglianza strategica non fossero allora immaginabili, l'intento della GG di assicurare una tutela comprensiva dei diritti fondamentali suggerisce che essa debba garantirsi a prescindere da *dove e nei confronti di chi* agiscano le autorità statali (§89).

In secondo luogo, il Tribunale, rimarcando che la GG riconosce i diritti dell'uomo (art. 1, c. 2, GG) e li distingue dai diritti fondamentali (art. 1, c. 3, GG), si pone il problema di indagare l'efficacia territoriale anche dei diritti dell'uomo, escludendone il confinamento alla sola dimensione interna – limitazione che non trova riscontro nel dettato costituzionale e, anzi, contrasterebbe con il preambolo alla GG, che sottolinea la responsabilità del popolo tedesco in una Europa unita e nel mondo (§94). Neppure rileva che solamente i diritti dell'uomo siano qualificati come “inviolabili e inalienabili”, non essendo tale diversa terminologia idonea a suggerire distinti ambiti territoriali di applicazione delle due categorie di diritti (§95). La connessione tra diritti fondamentali e diritti dell'uomo, secondo cui i primi devono essere interpretati alla luce dei secondi, rende inaccettabile la relegazione dei diritti fondamentali all'interno delle frontiere nazionali, poiché altrimenti le autorità statali sarebbero dispensate dall'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e umani quando agiscono all'estero, come nel caso di specie (§96). A tale proposito il Tribunale richiama la CEDU, parametro guida nell'interpretazione dei diritti fondamentali: sebbene la Corte EDU non abbia ancora preso una posizione definitiva sulla estendibilità delle garanzie

⁶³ Traduzione di R. Bifulco, *Servizi segreti e diritti fondamentali. A proposito di una sentenza del Tribunale costituzionale tedesco*, in *LuissOpen*, 8 giugno 2020.

convenzionali alle operazioni di sorveglianza verso l'estero⁶⁴, la CEDU (art. 53) non ostacola né esclude l'applicazione extraterritoriale dei diritti sanciti nella Costituzione tedesca (§§98-99). Il Tribunale si premura infine di chiarire che l'applicazione dei diritti fondamentali – nella loro dimensione difensiva – al di fuori della Germania non comporta una speculare estensione dei poteri pubblici a discapito delle autorità locali e, perciò, non si traduce nella violazione della sovranità di Stati terzi (§§101-102). Tuttavia, consapevole del fatto che il vincolo dei diritti fondamentali non è una garanzia di legittimità dal punto di vista internazionale delle misure adottate dagli organi statali, il Tribunale afferma che nulla impedisce agli altri Stati di sollevare perplessità sulla base del diritto internazionale (§103). Infine viene ribadito che il principio ivi affermato dal Tribunale si applica ai diritti nella dimensione difensiva (come quelli sanciti negli artt. 5 e 10 GG, §105), potendo la soluzione differire a seconda che si tratti di diritti nella dimensione positiva, valori costituzionali o obblighi di tutela (§104).

Per quanto la sentenza costituisca un *leading case*⁶⁵, dal momento che estende i diritti fondamentali anche ai cittadini stranieri in territorio straniero (peraltro in un ambito delicato come quello della sorveglianza strategica), essa lascia irrisolta una questione nodale, ovverosia se e a quali condizioni l'efficacia extraterritoriale dei diritti fondamentali possa valere anche per i diritti nella dimensione positiva o pretensiva⁶⁶ (v. *infra*).

6. Osservazioni conclusive

Il dovere di sintesi non rende certo giustizia alla complessità dei casi giurisprudenziali esaminati nei precedenti paragrafi. Ciascuno di essi meriterebbe un maggiore approfondimento, anche in ragione del contesto ordinamentale e delle specificità dei singoli casi. Di seguito proviamo a segnalare alcuni profili di particolare interesse, senza alcuna aspirazione sistematica.

Partendo dalla sentenza tedesca, conviene riprendere un aspetto di sicuro rilievo, una sorta di “ritorno” della dimensione difensiva dei diritti fondamentali. Nella sentenza il giudice costituzionale osserva infatti che nella misura in cui si amplia l'ambito di intervento dello Stato, al di fuori del territorio statale, ciò non

⁶⁴ Il Tribunale menziona *Big Brother Watch* e *Centrum für Rättvisa* e richiama la dottrina dell'*effective control* elaborata dalla Corte EDU (v. *supra*, par. 4).

⁶⁵ Cfr. C. Marxsen, *Strategische Fernmeldeaufklärung*, in *Die öffentliche Verwaltung*, 2018, p. 226; R. Bifulco, *L'efficacia extraterritoriale dei diritti fondamentali in una storica sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco*, cit., nota 6. Sottolinea il rilievo della sentenza per i profili attinenti alla dogmatica generale dei diritti fondamentali M. Sachs, *Grundrechte: Geltung für Ausländer im Ausland*, in *Juristische Schulung*, 2020, p. 706.

⁶⁶ B. Reinke, *Rights reaching beyond Borders*, in *VerfBlog*, 30 maggio 2020; R. Bifulco, *L'efficacia extraterritoriale dei diritti fondamentali in una storica sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco*, cit. Il Tribunale affronta nuovamente il problema dell'efficacia extraterritoriale dei diritti nella sentenza del 24 marzo 2021 (BvR 2656/18, 78/20, 96/20, 288/20), in cui la questione centrale è se i diritti fondamentali obbligano lo Stato ad adottare misure di contrasto al cambiamento climatico. Per ragioni di spazio non è possibile esaminare la decisione nel presente contributo, perciò, per una prima analisi, si rinvia a R. Bifulco, *Cambiamento climatico, generazioni future (e sovranità) in una storica sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Astrid Rassegna*, n. 12, 2021.

può non avere conseguenze anche sui diritti fondamentali, che vedono così ampliare la propria dimensione o funzione difensiva (*abwehrdimension*). Se così non fosse si finirebbe per lasciare sostanzialmente campo libero alle autorità tedesche, libere di agire in una sorta di spazio vuoto, non limitato dall'efficacia dei diritti fondamentali. E il Tribunale non manca di osservare che ciò risulterebbe inammissibile visto lo sviluppo tecnologico che innalza il rischio di aggressione dei diritti proprio all'estero e dall'estero (si veda in particolare il §105 della sentenza).

La delimitazione operata dal Tribunale costituzionale federale tedesco – vale a dire, il riferimento alla dimensione difensiva o negativa dei diritti – appare importante. Il “ritorno” della funzione difensiva serve a delimitare l'efficacia extraterritoriale. È possibile immaginare, nel prossimo futuro, un'estensione di tale efficacia anche alla dimensione positiva o pretensiva? Per provare a rispondere, conviene lasciare il caso tedesco e spostarci, per un momento, sul testo costituzionale italiano, ove si incontra una norma di notevole suggestione per il profilo in esame, e poi su questioni di scottante attualità.

In materia di asilo l'art. 10, c. 3, Cost., notoriamente afferma che «lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo...». Si tratta di una disposizione di grande interesse nella quale si stabilisce che l'ordinamento italiano attribuisce il diritto d'asilo allo straniero che nel suo paese non può esercitare effettivamente le libertà democratiche previste dalla nostra Costituzione. Non è certo il caso di entrare nel vespaio delle diverse interpretazioni che della disposizione sono state date e soprattutto delle diverse attuazioni che essa ha avuto nel corso del tempo. Ciò premesso, è però possibile osservare che la disposizione è geneticamente fornita di una proiezione spaziale extraterritoriale giacché l'accertamento dell'impedimento del godimento di certe libertà in un certo territorio va fatto portando idealmente, in quel territorio, il parametro costituzionale italiano. Insomma è innegabile almeno un'aspirazione all'efficacia extraterritoriale delle libertà democratiche italiane. Ed è altrettanto evidente che la disposizione, a leggerla nel suo senso letterale, attribuisce una pretesa allo straniero nei confronti delle autorità italiane competenti al rilascio dell'asilo.

Ma sono gli effetti del cambiamento climatico ad offrire ulteriori spunti per un ampliamento della riflessione in materia di efficacia extraterritoriale dei diritti. In questa sfera a venire in gioco – è bene chiarirlo subito – sono i diritti umani. La questione è la seguente: è possibile configurare la responsabilità di uno o più Stati nel caso si affermi che le emissioni nell'atmosfera da essi consentite, per essere particolarmente elevate, hanno provocato danni a cittadini di altri Stati? In una prospettiva di diritto internazionale la risposta dovrebbe essere negativa per le ragioni che abbiamo incrociato esaminando i casi precedenti, vale a dire che una responsabilità può predicarsi se lo Stato o gli Stati hanno giurisdizione o controllo effettivo sulle persone straniere o sul territorio estero. E tuttavia un recente parere della Corte

interamericana dei diritti umani pare arrivare a conclusioni differenti, ritenendo che in presenza di danni transfrontalieri una persona è considerata soggetta alla giurisdizione dello Stato dal quale proviene l'origine del danno se c'è una connessione causale tra l'incidente che ha avuto luogo nel territorio di un certo Stato e la violazione dei diritti umani di persone poste al di fuori di quel territorio. Nel caso concreto la Corte si occupa dell'obbligo di svolgere valutazioni di impatto ambientale e di altri obblighi ambientali di carattere procedimentale⁶⁷.

Dunque, ancora una volta, l'esigenza di tutela dell'ambiente sta agendo in maniera profondamente innovativa sulle categorie giuridiche tradizionali, costringendoci a interrogarci, in questo caso, sui rapporti tra cambiamento climatico e ambiti di efficacia territoriale dei diritti umani⁶⁸.

I casi giurisprudenziali esaminati nei precedenti paragrafi presentano alcune somiglianze ma anche profonde diversità in ragione dei diversi contesti ordinamentali e delle differenti legalità che esprimono. Ma sono soprattutto le fattispecie che obbligano a distinguere l'ambito della extraterritorialità e i suoi effetti. Si è visto che la Corte EDU, seppure incidentalmente, ha ripreso il criterio del c.d. *effective control*, costruito sulla base dell'art. 1 CEDU. Anche in questo caso dovremmo chiederci se il criterio, elaborato dalla Corte EDU per fattispecie riguardanti interventi restrittivi sulla libertà personale di soggetti residenti in territori non appartenenti allo Stato che tali interventi ha operato, possa servire per perimetrare l'azione dei pubblici poteri nei casi di sorveglianza elettronica. È chiaro infatti che nei casi di sorveglianza elettronica un problema di *effective control* non si pone e quindi sussiste il rischio che i diritti contenuti nella CEDU, in particolare il diritto di cui all'art. 8 da cui la Corte EDU ha ricavato anche il diritto al rispetto dei propri dati personali, possano rimanere privi di tutela.

Se così è, allora è possibile che l'efficacia extraterritoriale dei diritti dovrà assumere dimensioni e sfaccettature differenti a seconda della fattispecie presa in considerazione.

Un ulteriore profilo riguarda i livelli ordinamentali che l'efficacia extraterritoriale dei diritti coinvolge. Nel caso statunitense, in quello canadese come in quello tedesco a venire in gioco sono i diritti fondamentali riconosciuti dalle rispettive costituzioni, mentre nel caso sovranazionale e convenzionale entrano in gioco diverse categorie di diritti, ossia i diritti fondamentali dell'Unione europea e quelli riconosciuti dalla CEDU. Si annidano qui spazi interessanti di interlegalità, non tanto perché, almeno nel continente europeo, le giurisdizioni nazionali sono fortemente influenzate dalla CGUE e dalla Corte EDU (nella sentenza tedesca vi sono passaggi interessanti dedicati alla giurisprudenza di quest'ultima Corte) quanto perché potranno darsi casi, in futuro, di approcci differenti a seconda della sensibilità dei giudici e dell'apertura degli ordinamenti di volta in volta considerati. Le fattispecie di efficacia extraterritoriale,

⁶⁷ IACtHR, *Advisory Opinion on Environment and Human Rights*, 2017, par. 103.

⁶⁸ Per una concreta analisi dei rapporti tra categorie costituzionalistiche ed esigenze di tutela dell'ambiente sia permesso rinviare a R. Bifulco, *Diritto e generazioni future. Profili giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008, p. 118 ss.



ciascuna nella propria specificità, è quindi naturalmente votata ad essere esaminata con le lenti dell'interlegalità, se è vero che questa ricorre quando ricorrono tre fattori: il caso può essere risolto attraverso norme diverse provenienti da diversi sistemi normativi; queste norme devono essere tutte valide all'interno delle rispettive sfere legali; esse devono essere tutte applicabili, in principio, al caso in esame⁶⁹.

Un'osservazione conclusiva. Il tema dell'efficacia extraterritoriale dei diritti fondamentali evoca un problema di natura differente, che attinge più propriamente alla sfera della filosofia politica e che riguarda il modo in cui una comunità intende relazionarsi con gli appartenenti ad altre comunità. Facciamo riferimento alle comunità per chiarire che, a questo diverso livello problematico, la questione si sposta dalle norme e dagli ordinamenti giuridici al modo in cui una comunità concepisce se stessa. Affermare, come ha fatto il Tribunale costituzionale federale tedesco, che i diritti sanciti nella Legge fondamentale si applicano anche al di fuori del territorio tedesco significa ribadire un impegno generale e astratto non solo giuridico ma anche morale verso l'affermazione dei valori che quei diritti esprimono. Una negazione, forse inconsapevole, di concezioni comunitariste, più diffuse nel continente americano, che mirano a perimetrare diritti e, più ampiamente, stili di vita all'interno della comunità di origine⁷⁰.

⁶⁹ J. Klabbbers, G. Palombella, *Introduction. Situating Inter-Legality*, in J. Klabbbers, G. Palombella (eds.) *The Challenge of Inter-Legality*, Cambridge, CUP, 2019, p. 10.

⁷⁰ J. Waldron, *Valori particolari e moralità critica* [1989], in A. Ferrara (a cura di), *Comunitarismo e liberalismo*, Roma, 1992, p. 291 ss.