

John A.E. Vervaele

**LA LEGISLAZIONE ANTI-TERRORISMO
NEGLI STATI UNITI: INTER ARMA SILENT
LEGES?**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

LA LEGISLAZIONE ANTI-TERRORISMO NEGLI STATI UNITI (*):
INTER ARMA SILENT LEGES (1)?

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. 11 settembre 2001 ed attuazione del *Patriot Act* americano. — 3. Profilo storico del *Patriot Act*. — 3.1. Legislazione speciale negli Stati Uniti. — 3.2. Legislazione anti-terrorismo negli Stati Uniti. — 4. Analisi del *Patriot Act*. — 4.1. Sicurezza nazionale. — 4.2. Intercettazioni di comunicazioni, di flussi elettronici e digitali e perquisizioni. — 4.2.1. Quadro storico e punti di partenza. — 4.2.2. Ordini di intercettazione ed intercettazioni telefoniche. — 4.2.3. Ordini *pen/trap*. — 4.2.4. Ordini di esibizione di dati. — 4.2.5. Mandato di perquisizione. — 4.3. Misure finanziarie di controllo. — 4.4. Terrorismo e diritto penale sostanziale. — 4.5. Protezione dei confini esterni e leggi sull'immigrazione: stranieri nemici. — 5. Avvocato Generale ed ulteriore esecuzione del *Patriot Act*. — 5.1. Linee-guida dell'Avvocato Generale in materia di reati comuni, investigazioni su organizzazioni di *racket* e terroristiche e poteri investigativi dell'FBI. — 5.2. Detenzione e diritto al segreto professionale. — 6. Diritto eccezionale presidenziale. — 6.1. Organizzazioni terroristiche e finanziamento di organizzazioni terroristiche. — 6.2. Commissioni militari e combattenti nemici. — 7. Controllo giudiziario del *Patriot Act* e legislazione speciale del Governo. — 7.1. Diritti civili, stranieri nemici e maggiore apertura da parte del Governo. — 7.2. Aiuto materiale al terrorismo. — 7.3. Terrorismo e prove contestabili nel sistema penale ordinario. — 7.4. Terrorismo, combattenti nemici e commissioni militari. — 8. Conclusione.

“Il pericolo più grave che il terrorismo rappresenta per la nostra democrazia e per il nostro Stato costituzionale consiste nella reazione sproporzionata dell'esecutivo al terrorismo e nell'utilizzo del terrorismo stesso da parte dell'esecutivo come strumento per erodere i controlli, gli equilibri e le divisioni di poteri negli affari esteri sanciti dalla Costituzione, i poteri militari e di lotta alla criminalità internazionale”, Blakesley (1992) (2).

1. *Introduzione*. — A partire dall'11 settembre 2001, negli Stati Uniti i temi della sicurezza e del terrorismo hanno dominato i *mass media* come non mai. Con il susseguirsi delle guerre in Afghanistan ed in Iraq e delle loro conseguenze, la lotta globale al terrorismo è sempre in prima pagina e negli Stati Uniti l'interesse nei confronti della politica interna della prima amministrazione Bush in materia di sicurezza e di terrorismo è notevolmente aumentato. Ci si pongono questi in merito alle informazioni di cui il Governo disponeva in relazione alla minaccia degli attacchi dell'11 settembre, mentre i casi giudiziari contro persone sospettate di terrorismo, e la conseguente applicazione della nuova legislazione anti-terrori-

(*) Traduzione del testo inglese dell'articolo e dei documenti ivi riportati a cura di Eva Borsatti, dottoranda di ricerca in diritto penale presso l'Università di Ferrara. Il materiale essenziale per questo articolo è stato acquisito durante un *Adjunct Professorship* all'*American Law School* dell'Università di Washington (maggio-giugno 2003); la ricerca è aggiornata al 15 gennaio 2005.

(1) CICERONE, *Oratio Pro Annio Milone*, IV 52 A.C.

(2) C.L. BLAKESLEY, *Terrorism, Drugs, International Law and the Protection of Human Liberty*, Transnational Publishers, New York, 1992, 88.

smo, sollevano interrogativi concernenti il primato dei principi di sicurezza nazionale sullo Stato costituzionale e sui diritti civili sanciti nel *Bill of Rights*.

Si riportano, in via esemplificativa, alcuni titoli di giornale tratti dalla stampa americana del 2002-2003: "Banche, internet providers, compagnie aeree e biblioteche consentono l'accesso ad informazioni personali"; "Il Programma del Pentagono di *Terrorism Information Awareness* (TIA) (3) sotto tiro"; "L'FBI utilizza *Carnivore* (4) come rete digitale"; "Emigranti detenuti e deportati sulla base di prove segrete"; "Perquisizioni ed intercettazioni senza autorizzazione giudiziaria"; "Il *Justice Department* non rispetta gli ordini giudiziari perché contrari alla sicurezza nazionale"; "Il Governo ha congelato i beni di organizzazioni di aiuto Palestinesi e di organizzazioni non governative (NGOs)"; "Prigionieri di Guantánamo giudicati da comissioni militari"; "Approvata la legislazione contro la Corte Criminale Internazionale"; "Il Governo proclama tutti i cittadini americani difensori del Paese contro il nemico".

La prima amministrazione Bush ha fatto della lotta contro il terrorismo la massima priorità della sua politica di sicurezza e di giustizia, ed ha notevolmente ridotto la frammentarietà dell'organizzazione del controllo operativo. Malgrado le critiche che erano e che sono tuttora rivolte all'FBI per essersi occupato in modo inadeguato dell'attività informativa volta a prevenire gli attacchi dell'11 settembre, la posizione di tale organo è stata nettamente rafforzata. Ormai, l'FBI impiega il 36% delle sue risorse nella lotta contro il terrorismo (5); solo negli Stati Uniti operano in questo settore 66 squadre e circa 5.000 agenti di polizia appartenenti ai servizi investigativi o ai servizi di *intelligence* dell'FBI. Il *budget* è stato portato a 4,318 milioni di dollari (6); questa cifra equivale attualmente a tre volte il *budget* del DEA, organo competente per la lotta contro la droga, che in passato aveva la priorità. La prima amministrazione Bush ha istituito anche un nuovo super-ministero per la sicurezza nazionale, il *Department of Homeland Security* (DHS) (7), frutto della maggiore riorganizzazione federale avutasi dopo la seconda guerra mondiale. Sono ora inseriti nel DHS ben 22 servizi federali, i quali annoverano complessivamente 170.000 posti a tempo pieno che prima erano indipendenti o facevano parte di altri Dipartimenti; tra i servizi in questione, per esempio, vi

(3) Inizialmente, questo progetto fortemente contestato è stato chiamato *Total Information Awareness program*. L'obiettivo di tale progetto era raccogliere e gestire in modo proficuo tutti i dati inerenti la lotta contro il terrorismo. All'inizio del 2003, il Senato ne ha sospeso il finanziamento. Per ulteriori dettagli, si vedano: <http://www.darpa.mil/body/tia/TIA%20ES.pdf> e http://www.fff.org/Privacy/TIA/20030520_tia_report.php. Per alcune critiche sul TIA, cfr. <http://216.259.57.104/search?q=cache:bqKYAux7WVEJ:www.epic.org/privacy/profiling/tia/+TIA&hl=en&ie=UTF-8> e http://www.fff.org/Privacy/TIA/20030525_tia_report_review.php.

(4) *Carnivore*, inizialmente chiamato *Omnivore* ed in seguito denominato DCS 1000, è una tecnica che consente di rintracciare specifiche comunicazioni tra alcuni utenti, per esempio tutti i messaggi *e-mails* tra i soggetti X e Y. Può anche essere utilizzato per scoprire il contenuto di tali comunicazioni. Cfr. <http://www.fbi.gov/hq/lab/carnivore/carnivore.htm> per informazioni dell'FBI e <http://216.259.53.104/search?q=cache:HYFUGIUasf:www.epic.org/privacy/carnivore/+Carnivore&hl=en&ie=UTF-8> per talune critiche e documenti rilevanti. Per un approfondimento ed una difesa di questo sistema cfr. *Don't Fear Carnivore: It Won't Devour Individual Privacy*, in 66 *Mo. L. Rev.* 827 (2001) e R. MERL, *Internet Communication Standards For The 21st Century: Terrorism Must Force the US to Adopt "Carnivore" and New Surveillance Standards*, in 27 *Brook. J. Int'l L.* 245, 251-56 (2001).

(5) G. FIELDS e J.R. WULKE, *FBI's new focus places big burden on local police*, in *The Wall Street Journal*, 30 giugno 2003.

(6) Vedi: <http://www.usdoj.gov/jmd/2003summary/pdf/ToIBA.pdf>.

(7) Vedi: http://www.dhs.gov/intervetb/assettlibrary/hr_5005_emr.pdf per l'Atto istitutivo del DHS, il quale ha iniziato ad essere operativo dal gennaio 2003. Cfr. anche: <http://www.dhs.gov/dhspublic>.

sono *Immigration and Naturalization Service* (INS) ed il *Customs Service* (8). Anche il *Secret Service* (9) e la *Coast Guard* rientrano d'ora in avanti nel DHS, ma questi ultimi mantengono una certa autonomia e fanno rapporto direttamente allo *State Department*. L'FBI e la CIA, invece, non hanno preso parte alla fusione e sono rimasti organi, rispettivamente, del *Justice Department* e dello *State Department* (10). Peraltro, attraverso la legislazione di emergenza contro il terrorismo contenuta nel *Patriot Act* degli Stati Uniti (USAPA) (11) e negli ordini esecutivi presidenziali (12), la prima amministrazione Bush ha ritenuto necessario espandere radicalmente le competenze delle agenzie esecutive di controllo anche nella fase preventiva, e rendere la loro attività meno dipendente dal controllo giudiziario. Ha, altresì, rafforzato la posizione dei servizi di *intelligence* nell'applicazione della legge penale.

Nel primo anno successivo all'11 settembre, il sostegno pubblico nei confronti di queste riforme e della legislazione speciale è stato indiscusso: minore attenzione al principio di legalità e maggiore sicurezza sono stati ampiamente condivisi. Ora, tuttavia, l'attuazione pratica ed il modo in cui l'esecutivo ha relegato ai margini il potere legislativo e quello giudiziario hanno intaccato notevolmente il sostegno pubblico.

Il tono dei *media* accreditati è divenuto più critico ed il Congresso sta chiedendo al Governo di dare conto della politica anti-terrorismo condotta. Si pongono pressanti interrogativi in merito alle informazioni di cui il Governo disponeva prima degli attacchi ed all'effettiva necessità di ampi poteri esecutivi nella lotta contro il terrorismo, così come ci si interroga sulla crescente influenza dei servizi di *intelligence* nell'applicazione della legge penale. Per quale motivo l'FBI e la CIA non si scambiavano reciprocamente le informazioni prima dell'11 settembre? Perché la prima amministrazione Bush rifiuta di divulgare notizie relative a detenzioni ed espulsioni successive all'11 settembre? Erano davvero necessari la sostanziale limitazione dei diritti civili, l'altrettanto sostanziale aumento di procedure segrete (denunce segrete e giudizi basati su prove segrete) ed il diritto penale preventivo?

I politici protestano contro l'attendibilità delle informazioni, sottolineando che la dichiarazione di guerra all'Iraq ha acceso ancor di più il dibattito; mentre alcuni critici sostengono che la democrazia e lo Stato costituzionale stanno morendo, in silenzio, di una morte lenta. Si può forse dire che l'esecutivo abbia utilizzato gli attacchi dell'11 settembre per stabilire *de iure* ed *de facto* uno Stato di polizia che ha sospeso il funzionamento dello Stato costituzionale fino a nuovo ordine? Il Congresso ed il potere giudiziario sono stati messi fuori gioco? La lotta contro il terrorismo non solo dà adito a severe critiche (13), ma incontra anche un'opposizione politica. Infatti, in numerosi Stati, le autorità locali rifiutano di applicare talune parti della legislazione anti-terrorismo e sostengono che con l'Avvocato Generale (AG) Ashcroft la politica di sicurezza nazionale è divenuta l'obiettivo principale della politica giudiziaria, a scapito dei diritti civili e delle garanzie costituzionali. Il *Justice Department* è coinvolto in un numero crescente di battaglie legali e sta lottando con tutte le sue forze perché siano accolti i ricorsi davanti alla Corte d'Appello o alla Corte Suprema contro sentenze ritenute contrarie agli interessi della sicurezza nazionale, nonostante i diritti civili non ne escano illesi. I giudici hanno sempre più spesso a che fare con ordini di esibizione ed ingiunzioni a compiere o ad astenersi dal compiere taluni atti. Nel frattempo, il Diparti-

(8) L'INS faceva parte del *Justice Department*, mentre il *Customs Service* faceva parte, in genere, del Ministero del tesoro.

(9) Il *Secret Service* è responsabile, tra le altre cose, della sicurezza del Presidente e della scoperta di attività di contraffazione.

(10) Non sembra, peraltro, verosimile che il DHS sia in grado di sviluppare una sua autonomia *Home Intelligence Agency*, come l'MI5 in Inghilterra.

(11) Questo è l'acronimo per *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*.

(12) Cfr., *infra*, par. 6.

(13) Cfr., per esempio, R. DWORRIN, *The real threat to US values*, in *The Guardian*, 9 marzo 2002; Id., *The Threat to Patriotism*, in *New York Review of Books*, 28 febbraio 2002.

simo, sollevano interrogativi concernenti il primato dei principi di sicurezza nazionale sullo Stato costituzionale e sui diritti civili sanciti nel *Bill of Rights*.

Si riportano, in via esemplificativa, alcuni titoli di giornale tratti dalla stampa americana del 2002-2003: "Banche, internet providers, compagnie aeree e biblioteche consentono l'accesso ad informazioni personali"; "Il Programma del Pentagono di *Terrorism Information Awareness* (TIA) (5) sotto tiro"; "L'FBI utilizza *Carnivore* (4) come rete digitale"; "Emigranti detenuti e deportati sulla base di prove segrete"; "Perquisizioni ed intercettazioni senza autorizzazione giudiziaria"; "Il *Justice Department* non rispetta gli ordini giudiziari perché contrari alla sicurezza nazionale"; "Il Governo ha congelato i beni di organizzazioni di aiuto Palestinesi e di organizzazioni non governative (NGOs)"; "Prigionieri di Guantanamo giudicati da commissioni militari"; "Approvata la legislazione contro la Corte Criminale Internazionale"; "Il Governo proclama tutti i cittadini americani difensori del Paese contro il nemico".

La prima amministrazione Bush ha fatto della lotta contro il terrorismo la massima priorità della sua politica di sicurezza e di giustizia, ed ha notevolmente ridotto la frammentarietà dell'organizzazione del controllo operativo. Malgrado le critiche che erano e che sono tuttora rivolte all'FBI per essersi occupato in modo inadeguato dell'attività informativa volta a prevenire gli attacchi dell'11 settembre, la posizione di tale organo è stata nettamente rafforzata. Ormai, l'FBI impiega il 36% delle sue risorse nella lotta contro il terrorismo (5); solo negli Stati Uniti operano in questo settore 66 squadre e circa 5.000 agenti di polizia appartenenti ai servizi investigativi o ai servizi di *intelligence* dell'FBI. Il *budget* è stato portato a 4.318 milioni di dollari (6); questa cifra equivale attualmente a tre volte il *budget* del DEA, organo competente per la lotta contro la droga, che in passato aveva la priorità. La prima amministrazione Bush ha istituito anche un nuovo super-ministero per la sicurezza nazionale, il *Department of Homeland Security* (DHS) (7), frutto della maggiore riorganizzazione federale avutasi dopo la seconda guerra mondiale. Sono ora inseriti nel DHS ben 22 servizi federali, i quali annoverano complessivamente 170.000 posti a tempo pieno che prima erano indipendenti o facevano parte di altri Dipartimenti; tra i servizi in questione, per esempio, vi

(3) Inizialmente, questo progetto fortemente contestato è stato chiamato *Total Information Awareness program*. L'obiettivo di tale progetto era raccogliere e gestire in modo proficuo tutti i dati inerenti la lotta contro il terrorismo. All'inizio del 2003, il Senato ne ha sospeso il finanziamento. Per ulteriori dettagli, si vedano: <http://www.darpa.mil/body/tia/TIA%20IES.pdf> e http://www.eff.org/Privacy/TIA/20030520_tia_report.php. Per alcune critiche sul TIA, cfr. <http://216.239.57.104/search?q=cache:6qKYAux7WVEJ&hl=en&ie=UTF-8> e http://www.eff.org/Privacy/TIA/20030523_tia_report_review.php.

(4) *Carnivore*, inizialmente chiamato *Omnivore* ed in seguito denominato DCS 1000, è una tecnica che consente di rintracciare specifiche comunicazioni tra alcuni utenti, per esempio tutti i messaggi e-mails tra i soggetti X e Y. Può anche essere utilizzato per scoprire il contenuto di tali comunicazioni. Cfr. <http://www.fbi.gov/hq/lab/carnivore/carnivore.htm> per informazioni dell'FBI e <http://216.239.53.104/search?q=cache:hYF-UPGIUasf:www.epic.org/privacy/carnivore/4-Carnivore&hl=en&ie=UTF-8> per talune critiche e documenti rilevanti. Per un approfondimento ed una difesa di questo sistema cfr. *Don't Fear Carnivore: It Won't Devour Individual Privacy*, in 66 *Mo. L. Rev.* 827 (2001) e R. Merl, *Internet Communication Standards For The 21st Century: Terrorism Must Force the US to Adopt "Carnivore"*, in 27 *Brook. J. Int'l L.* 245, 251-56 (2001).

(5) G. FIELDS e J.R. WILKE, *FBI's new focus places big burden on local police*, in *The Wall Street Journal*, 30 giugno 2003.

(6) Vedi: <http://www.usdoj.gov/jmd/2003summary/pdf/TotBA.pdf>.

(7) Vedi: http://www.dhs.gov/internetweb/ussellibrary/hr_5005_enr.pdf per l'Atto istitutivo del DHS, il quale ha iniziato ad essere operativo dal gennaio 2003. Cfr. anche: <http://www.dhs.gov/dhtspublic>.

sino l'*Immigration and Naturalization Service* (INS) ed il *Customs Service* (8). Anche il *Secret Service* (9) e la *Coast Guard* rientrano d'ora in avanti nel DHS, ma questi ultimi mantengono una certa autonomia e fanno rapporto direttamente allo *State Department*. L'FBI e la CIA, invece, non hanno preso parte alla fusione e sono rimasti organi, rispettivamente, del *Justice Department* e dello *State Department* (10). Peraltro, attraverso la legislazione di emergenza contro il terrorismo contenuta nel *Patriot Act* degli Stati Uniti (USAPA) (11) e negli ordini esecutivi presidenziali (12), la prima amministrazione Bush ha ritenuto necessario espandere radicalmente le competenze delle agenzie esecutive di controllo anche nella fase preventiva, e rendere la loro attività meno dipendente dal controllo giudiziario. Ha, altresì, rafforzato la posizione dei servizi di *intelligence* nell'applicazione della legge penale.

Nel primo anno successivo all'11 settembre, il sostegno pubblico nei confronti di queste riforme e della legislazione speciale è stato indiscusso: minore attenzione al principio di legalità e maggiore sicurezza sono stati ampiamente condivisi. Ora, tuttavia, l'attuazione pratica ed il modo in cui l'esecutivo ha relegato ai margini il potere legislativo e quello giudiziario hanno intaccato notevolmente il sostegno pubblico.

Il tono dei *media* accreditati è divenuto più critico ed il Congresso sta chiedendo al Governo di dare conto della politica anti-terrorismo condotta. Si pongono pressanti interrogativi in merito alle informazioni di cui il Governo disponeva prima degli attacchi ed all'effettiva necessità di ampi poteri esecutivi nella lotta contro il terrorismo, così come ci si interroga sulla crescente influenza dei servizi di *intelligence* nell'applicazione della legge penale. Per quale motivo l'FBI e la CIA non si scambiavano reciprocamente le informazioni prima dell'11 settembre? Perché la prima amministrazione Bush rifiuta di divulgare notizie relative a detenzioni ed espulsioni successive all'11 settembre? Erano davvero necessari la sostanziale limitazione dei diritti civili, l'altrettanto sostanziale aumento di procedure segrete (denunce segrete e giudizi basati su prove segrete) ed il diritto penale preventivo?

I politici protestano contro l'attendibilità delle informazioni, sottolineando che la dichiarazione di guerra all'Iraq ha acceso ancor di più il dibattito; mentre alcuni critici sostengono che la democrazia e lo Stato costituzionale stanno morendo, in silenzio, di una morte lenta. Si può forse dire che l'esecutivo abbia utilizzato gli attacchi dell'11 settembre per stabilire *de iure et de facto* uno Stato di polizia che ha sospeso il funzionamento dello Stato costituzionale fino a nuovo ordine? Il Congresso ed il potere giudiziario sono stati messi fuori gioco? La lotta contro il terrorismo non solo dà adito a severe critiche (13), ma incontra anche un'opposizione politica. Infatti, in numerosi Stati, le autorità locali rifiutano di applicare talune parti della legislazione anti-terrorismo e sostengono che con l'Avvocato Generale (AG) Ashcroft la politica di sicurezza nazionale è divenuta l'obiettivo principale della politica giudiziaria, a scapito dei diritti civili e delle garanzie costituzionali. Il *Justice Department* è coinvolto in un numero crescente di battaglie legali e sta lottando con tutte le sue forze perché siano accolti i ricorsi davanti alla Corte d'Appello o alla Corte Suprema contro sentenze ritenute contrarie agli interessi della sicurezza nazionale, nonostante i diritti civili non ne escano illesi. I giudici hanno sempre più spesso a che fare con ordini di esibizione ed ingiunzioni a compiere o ad astenersi dal compiere taluni atti. Nel frattempo, il Diparti-

(8) L'INS faceva parte del *Justice Department*, mentre il *Customs Service* faceva parte, in genere, del Ministero del tesoro.

(9) Il *Secret Service* è responsabile, tra le altre cose, della sicurezza del Presidente e della scoperta di attività di contraffazione.

(10) Non sembra, peraltro, verosimile che il DHS sia in grado di sviluppare una sua autonomia *Home Intelligence Agency*, come l'MI5 in Inghilterra.

(11) Questo è l'acronimo per *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*.

(12) Cfr., *infra*, par. 6.

(13) Cfr., per esempio, R. DWORKIN, *The real threat to US values*, in *The Guardian*, 9 marzo 2002; Id., *The Threat to Patriotism*, in *New York Review of Books*, 28 febbraio 2002.

mento ha scelto di sferrare l'attacco e, per difendere la legislazione anti-terrorismo sia sul piano legale che su quello politico, ha istruito i Pubblici Ministri in tutto il Paese.

Ciò nonostante, la prima amministrazione Bush si è trovata a fronteggiare numerose battute d'arresto dovute ai giudici federali, compresa la Corte Suprema (14). Dunque, non stupirà che abbia avuto inizio un'acanita lotta politica sulla assegnazione di nuovi giudici alla Corte Suprema.

I crescenti interrogativi sulle informazioni raccolte e condivise in ambienti vicini alla (ed all'interno della) *Intelligence Community* hanno determinato l'istituzione della *National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States* (nota anche come Commissione dell'11 settembre): una Commissione indipendente, *bipartisan*, frutto della legislazione congressuale e della Casa Bianca.

A causa dell'opposizione della prima amministrazione Bush alla sua creazione, la Commissione dell'11 settembre si è insediata solo alla fine del 2002. Essa è stata incaricata di predisporre un rapporto esaustivo e completo delle circostanze relative agli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001, comprensivo delle misure predisposte in via preventiva e delle risposte fornite immediatamente dopo gli attacchi. La Commissione ha ricevuto, inoltre, l'incarico di fornire raccomandazioni volte alla tutela contro attacchi futuri, ed ha reso pubblica la sua relazione finale il 22 luglio 2004 (15), inserendovi 41 raccomandazioni, relative per lo più all'*Intelligence Community*.

La prima amministrazione Bush ha adottato la maggior parte di tali raccomandazioni e, nell'agosto 2004, ha pubblicato numerosi ordini esecutivi concernenti l'*Intelligence Community* (16).

Benché la prima amministrazione Bush abbia cercato di mantenere la riforma della legislazione sull'*intelligence* in linea con le raccomandazioni della Commissione dell'11 settembre, ne ha mitigato diversi aspetti come, per esempio, il potere di vigilanza del NID relativo al Pentagono. La prima amministrazione Bush ha realizzato una dura campagna per attenuare gli impatti della riforma, ed un compromesso finale ha condotto all'*Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act* del 2004 (IRTPA) (17).

Questo documento prevede cambiamenti davvero sostanziali nell'*Intelligence Community*, introdotti attraverso emendamenti al *National Security Act* del 1947. L'*Intelligence Community* sarà coordinata, sia sul piano operativo che su quello finanziario, da un *National Intelligence Director* (NID) e nel suo ufficio verranno istituiti un *National Counterterrorism Center* (NCTC) ed un *Board on Safeguarding Privacy and Civil Liberties*.

Il documento in questione contiene anche una definizione di *intelligence* nazionale rivisitata, che si estende a tutti i tipi di informazioni, indipendentemente dalla fonte dalla quale derivano, e che include informazioni raccolte all'interno o all'esterno degli Stati Uniti; tra queste, sono esplicitamente comprese le minacce alla sicurezza nazionale o locale (18). La riforma mira anche a rafforzare la condivisione di informazioni sul terrorismo e la creazione di un sistema di scambio di informazioni. Tale riforma non è, comunque, limitata all'*Intelligence Community*, in quanto numerose misure sono tese a migliorare la sicurezza nei trasporti e la protezione dei confini. La Commissione dell'11 settembre raccomanda, altresì, che l'FBI dia priorità alla sicurezza nazionale rispetto alla giustizia penale e che, a tal fine, istituisca una squadra aggiuntiva per la sicurezza nazionale che svolga un'azione preventiva

(14) Vedi, *infra*, par. 7.4.

(15) Vedi: <http://www.gpoaccess.gov/911>.

(16) Cfr. <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2004/09/20040908-5.html>.

(17) Cfr. http://www.gpoaccess.gov/serialset/creports/intel_reform.html.

L'IRTPA è passato alla Camera dei Rappresentanti il 12 luglio 2004, con 336 voti a favore e 75 contrari. È passato al Senato il 12 agosto 2004, con 89 voti a favore e 2 contrari. Bush lo ha convertito in legge il 17 dicembre 2004.

(18) Sezione 101.2.

anti-terrorismo (19). Questa raccomandazione è stata incorporata nel documento nel Titolo II.

Da ultimo, il documento contiene numerose misure simili al *Patriot Act*, relative al diritto penale sostanziale ed alle misure finanziarie di controllo (20).

Gli attacchi dell'11 settembre e l'atteggiamento anti-terroristico degli Stati Uniti non sono rimasti privi di conseguenze in Europa (21). Molti Paesi europei hanno adottato legislazioni speciali anti-terrorismo o hanno significativamente irrigidito le leggi già esistenti (22); l'Unione europea ha accelerato l'adozione delle decisioni-quadro sull'armonizzazione della legislazione penale in materia di terrorismo e sul mandato d'arresto europeo, ed ha elaborato un vasto piano d'azione anti-terrorismo (23).

I giudici, nazionali (24) e sovranazionali (25), devono confrontarsi con misure di emergenza. Dopo gli attacchi ferroviari a Madrid del marzo 2004, c'è un rischio reale che l'Unione europea si basi sull'approccio americano per elaborare una politica di sicurezza europea (26). Gli studiosi e coloro che applicano il diritto penale europeo dovrebbero ora valutare in che misura negli Stati Uniti si siano barattate le garanzie fondamentali dello Stato costituzionale con misure volte a garantire la sicurezza nazionale, ed in che modo questo abbia inciso sul diritto penale sostanziale e processuale e sulla connessa legislazione speciale. Perciò, questo articolo metterà in evidenza i precedenti che hanno condotto all'attuale legislazione anti-terrorismo, in contrapposizione con il modo in cui gli Stati Uniti hanno applicato in passato la legislazione speciale. Nella seconda parte, si prenderanno in esame le linee essenziali della legislazione anti-terrorismo e, da ultimo, si analizzeranno la legislazione formale del Congresso, i decreti presidenziali e le linee-guida del *Justice Department*.

2. *11 settembre 2001 ed attuazione del Patriot Act americano.* — Il 14 settembre, poco dopo gli attacchi dell'11 settembre 2001 ad edifici simbolici come le Twin Towers a New York ed il Pentagono — e presumibilmente anche la Casa Bianca — a Washington D.C., il Presidente Bush ha proclamato retroattivamente un'emergenza nazionale (27) in base al *National Emergencies Act* (28). Fin da principio non ha definito gli atti di aggressione come reati, bensì come atti di guerra commessi da aggressori stranieri; in questo modo ha reso chiaro il suo orientamento. In seguito, l'Avvocato Generale Ashcroft ha sottolineato

(19) Vedi: <http://www.gpoaccess.gov/911>, p. 425.

(20) Vedi, *infra*, par. 4.

(21) Per un approfondimento in merito cfr. C. FINAUT, J. WOUTERS & F. NAERT (eds.), *Legal Instruments in the Fight against International Terrorism. A Transatlantic Dialogue*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2004.

(22) Vedi, per esempio, il recente *Anti-terrorism, Crime and Security Act* (ASTA) dell'Inghilterra, <http://www.legislation.hmso.gov.uk/acts/acts2001/20010024.htm>.

(23) J. WOUTERS e F. NAERT, *Of Arrest Warrants, Terrorist Offences and Extradition Deals: An Appraisal of the EU's Main Criminal Law Measures Against Terrorism after "11 september"*, in *Common Market Law Review*, 41:909-935, 2004.

(24) Vedi, per esempio, le pronunce dei *Lords of Appeal della House of Lords for Judgment nella causa A e X contro Secretary of State for the Home Department*, 16 dicembre 2004, <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/ld041216/a&oth-1.htm>.

(25) C. WARRICK, *The principles of the European Convention on Human Rights and the Response of States to Terrorism*, in *E.H.R.L.R.*, 2002, 287-314; P. LEMMENS, *Respecting Human Rights in the Fight against Terrorism*, in C. FINAUT, J. WOUTERS & F. NAERT (eds.), *op. cit.*, 223-250 e D. CASSEL, *Human Rights and the United States Response to 11 September*, in C. FINAUT, J. WOUTERS & F. NAERT (eds.), *op. cit.*, 251-198.

(26) Vedi la Dichiarazione del Consiglio europeo contro il Terrorismo del 25 marzo 2004, <http://www.statewatch.org/news/2004/mar/eur-terr-decl.pdf>.

(27) Dichiarazione n. 7463, 66 Reg. Fed. 48.199 (14 settembre 2001).

(28) 50 Costituzione degli Stati Uniti (in seguito USC) Sez. 1631 (1994).

che il nuovo approccio del *Justice Department* nei confronti del terrorismo sarebbe stato principalmente di tipo preventivo e, già dal 17 settembre, il *Justice Department* ha formulato una nuova proposta di legge sul terrorismo, il *Mobilization against Terrorism Act* (29). Questa proposta ha costituito la base per la stesura di un testo alla Camera dei Rappresentanti il 2 ottobre ed al Senato il 4 ottobre; tale testo è stato incorporato dal Presidente del Senato nella proposta di legge con il nome simbolico di *USA Patriot Act* (USAPA). La proposta (H.R. 3162) è stata sottoposta al vaglio della Camera dei Rappresentanti il 23 ottobre ed è stata votata nel corso del giorno successivo con 357 voti favorevoli e 66 contrari. Il 25 ottobre, il Senato l'ha approvata senza emendamenti con 98 voti a 1, ed il 26 ottobre il Presidente l'ha convertita in legge.

Il *Patriot Act* è una legge estesa e complessa che introduce mutamenti sostanziali in oltre 15 legislazioni federali e che conferisce inusuali poteri esecutivi a strutture operative di controllo ed a servizi di *intelligence*. Nonostante la complessità di molte delle sue norme e la loro incidenza sui valori costituzionali, l'Atto è stato approvato dal Congresso attraverso una procedura accelerata, senza verbali, dibattiti o emendamenti degni di nota. Tuttavia, l'Atto include numerose disposizioni attinte da proposte legislative anteriori all'11 settembre che avevano, però, assunto un ruolo marginale nei dibattiti del Congresso poiché una larga maggioranza le considerava letali per i diritti civili o ne metteva in dubbio la stessa compatibilità con la Costituzione. In realtà, la proposta è stata negoziata dal Governo e da uno sparuto gruppo di membri del Congresso in sole tre settimane. L'Avvocato Generale Ashcroft ne ha chiesto al Congresso l'approvazione tempestiva ed incondizionata, prospettando imminenti nuovi attacchi, dei quali l'FBI ha dato notizia l'11 ottobre.

Il *Patriot Act* ha, inoltre, condotto all'adozione nei vari Stati di atti noti come "*Fellow Patriot Acts*" (30), che introducono a livello statale previsioni simili, relative a perquisizioni e sequestri, poteri speciali ed eccezionali del governatore, ecc. (...).

A seguito del *Patriot Act* sono stati delegati al Governo molti poteri legislativi e, designati nei *Patriot Act*, sono stati inseriti numerosi doveri di informazione — palesemente vaghi — nei confronti del Congresso (31). Quest'ultimo è stato a lungo confortato dall'idea che il *Patriot Act* avesse un'efficacia solo temporanea e che, quindi, ad un certo punto, automaticamente, non sarebbe più stato applicato; invece, questa temporaneità riguardava solo alcune parti dell'Atto (32). Inoltre, si era sempre sostenuto che le disposizioni speciali fossero finalizzate a combattere il terrorismo, mentre, in realtà, l'Atto offre una vasta gamma di possibilità per un uso intensivo dei nuovi poteri in un ambito penale più esteso: cosa che, di fatto, accade sistematicamente (33).

Per quanto innovativo possa essere il nuovo *Patriot Act*, né la legislazione speciale, né la legislazione anti-terrorismo costituiscono una novità nella storia degli Stati Uniti.

3. Profilo storico del Patriot Act (34).

3.1. Legislazione speciale negli Stati Uniti. — La libertà e l'esercizio dei diritti civili ri-

(29) Vedi: <http://www.eff.org/Privacy/Surveillance/20010919matabilldraft.html>/
Terrorism militatus o/son-of-patriot.draft.pdf.

(30) In senso contrario, tuttavia, in alcuni Stati c'è un evidente contro-movimento locale che rifiuta di dare attuazione a talune disposizioni del *Federal Patriot Act*.

(31) Fino alla fine del gennaio 2002, l'Atto ha anche autorizzato il Governo a non fare rapporto al Congresso in materia di *intelligence* e sulle questioni connesse a tale materia.
(32) Alcune disposizioni del Titolo II non saranno più efficaci alla fine del 2005; il Titolo II perderà efficacia nella sua interezza il 1° ottobre 2005 a condizione, tuttavia, che il Congresso approvi una dichiarazione comune.

(33) E. LICHTBAU, *US Terror Law to Pursue Crimes from Drugs to Swindling*, in *The New York Times*, 27 settembre 2003.

(34) D. COLE e J.X. DEMPSEY, *Terrorism and the Constitution. Sacrificing civil liberties in the name of national security*, The New York Press, New York, 2002; D. GOLDBERG, V. GOLDBERG e R. GREENWALD, *It's a free country. Personal freedom in America after sep-*

vestono primaria importanza negli Stati Uniti; ciò si è tradotto sul piano storico nel *Bill of Rights*, che attraverso la giurisprudenza della Corte Suprema si applica in tutti i settori della vita pubblica e privata (35). Resta il fatto che, eccezionalmente, in periodi di crisi e di instabilità politica, a più riprese nella storia degli Stati Uniti il *Rechtsstaat* — vale a dire lo Stato soggetto al primato della legge e fondato sui principi costituzionali — è stato accantonato; e che in tali periodi soprattutto i Presidenti hanno prontamente fatto ricorso alla legislazione speciale (36). Fornirà alcuni esempi significativi che dimostrano come in Europa l'immagine prevalente dei diritti civili americani sia fortemente segnata dalla giurisprudenza della Corte Suprema degli anni 1953-1969 (Warren Court) (37):

1) alla fine del XVIII secolo, sotto la minaccia della guerra con la Francia, il Presidente Adams considerava i numerosi cittadini di nazionalità francese un pericolo per l'ordine pubblico; su sua richiesta, il Congresso approvò gli *Alien and Sedition Acts* (1798) (38). Oltre ad estendere il periodo di residenza richiesto per ottenere la cittadinanza americana, fu creata una base legale per l'espulsione degli stranieri che rappresentavano un pericolo per l'ordine pubblico. La pubblicazione di notizie false o ingannevoli sul Governo, sul Congresso o sul Presidente al fine di recare oltraggio a tali istituzioni o di danneggiarne la reputazione divenne un reato federale. All'epoca, il *Bill of Rights* non aveva ancora sette anni (39);

2) durante la guerra civile (40), il Presidente Lincoln fece un uso estensivo dei suoi poteri presidenziali: relegò ad un ruolo del tutto marginale il Congresso e sospese l'applicazione dell'*habeas corpus*, cosicché circa 13.000 persone furono arrestate e detenute senza ulteriore processo. La Corte Suprema obbligò il Presidente a rispettare l'*habeas corpus* (41). ma la pronuncia della Corte fu in seguito vanificata dal Congresso, che approvò con efficacia retroattiva il decreto presidenziale;

3) nel 1917, gli Stati Uniti dichiararono guerra alla Germania. Come risultato dell'approvazione dell'*Espionage Act* (1917) e del *Sedition Act* (1918), l'atteggiamento critico nei confronti del Governo o del Congresso divenne un reato e servì a perseguire i dissidenti. Fu ristretta la libertà di parola;

4) l'attacco giapponese a Pearl Harbour, nel 1941, coinvolse gli Stati Uniti nella seconda guerra mondiale. Il Presidente Roosevelt diede l'autorizzazione militare di impedire l'accesso ad alcune zone (42), ed il non-cooperare nella riallocazione divenne un reato. Un anno dopo, 120.000 cittadini giapponesi-americani (molti dei quali nati negli Stati Uniti) furono rinchiusi nei campi e la Corte Suprema ritenne il decreto presidenziale compatibile con

tenth 11, RDV Books, New York, 2002; C.L. BLAKESLEY, *Terrorism, Drugs, International Law and the Protection of Human Liberty*, Transnational Publishers, New York, 1992; S. SCHULHOFER, *The Enemy within Intelligence gathering, law enforcement and civil liberties in the wake of September 11*, The Century Foundation Press, New York, 2002 e D. COLE, *The new McCarthyism: Repeating history in the war on terrorism*, in 38 *Harv. C.R.-C.L.L.Rev.*, 1. Cincinnati, 2002.

(35) I. GLASER, *More safe, less free: a short history of wartime civil liberties*, in D. GOLDBERG ed al., *It's a free country. Personal Freedom in America after sept. 11*, RDV Books, New York, 2002, 11-24.

(36) Vedi B. SCHWARTZ (ed.), *The Warren Court: A Retrospective*, New York, Oxford University Press, 1996.

(37) Cfr. 50 USC Sez. 21-24 (2000) per l'attuale legislazione.

(38) I primi dieci emendamenti della Costituzione sono stati ratificati con l'approvazione da parte dell'undicesimo Stato, la Virginia, il 15 dicembre 1791.

(39) M. MATTHEWS, *Restoring the imperial Presidency: an examination of President Bush's new emergency powers*, in 23 *Hamline J. Pub. L. and Pol'y*, 455.

(40) Ordine esecutivo n. 9066, e Reg. Fed. (1942).

la Costituzione (43). D'altra parte, nel 1942, la Corte Suprema decise che i cittadini non potevano essere condannati da tribunali militari, neppure in periodi di imminente pericolo (44);

5) durante la guerra fredda, il Congresso appoggiò le iniziative del Senatore McCarthy di sciogliere le organizzazioni politicamente sgradite. Le persecuzioni anti-comuniste ed antisocialiste si basarono principalmente sullo *Smith Act* (1940) (45), che qualificò come reato il fatto di istigare alla violenza contro il Governo; tali persecuzioni furono appoggiate dalla Corte Suprema (46). Il *McCarran-Walter Act* (il *Migration and Nationality Act* del 1952) consentì l'espulsione con l'accusa di associazione (47) di coloro che avessero legami con gruppi comunisti o anarchici, senza che fosse necessario provare che l'organizzazione perseguisse scopi illeciti o che gli interessati fossero coinvolti in operazioni concrete (48). Il veto del Presidente Truman alla proposta legislativa fu superato dal Congresso; tuttavia, nel 1961, la Corte Suprema ritenne l'accusa di associazione contraria al Primo Emendamento della Costituzione (49).

L'uso dei poteri presidenziali per introdurre leggi speciali non è, dunque, eccezionale negli Stati Uniti; peraltro, è opportuno sottolineare che in molti casi il Congresso ha delegato poteri o li ha legittimati attraverso leggi posteriori ai fatti. Pertanto, data l'esigenza di rispettare lo Stato costituzionale democratico, c'è un dibattito aperto negli Stati Uniti in merito all'estensione di questi poteri del Congresso e del Presidente (50).

3.2. *Legislazione anti-terrorismo negli Stati Uniti.* — Con il *Patriot Act* gli Stati Uniti non hanno mosso i loro primi passi nella legislazione anti-terrorismo: infatti, già nel 1986, il Presidente Reagan aveva firmato il *Federal Omnibus Diplomatic Security and Anti-Terrorism Act* (51). L'obiettivo di questo Atto era proteggere le missioni diplomatiche e le infrastrutture essenziali, come le basi militari e le navi americane. L'Atto espandeva notevolmente la giurisdizione penale (52), rendendo punibili certi fatti di terrorismo internazionale commessi contro cittadini Americani da non-American, a prescindere da dove questi fatti avessero luogo. Il documento forniva una definizione di terrorismo internazionale che faceva riferimento al *Foreign Intelligence Surveillance Act* (FISA) (53) e limitava i reati a quelli compiuti con violenza sulle persone, includendo nelle relative fattispecie anche il tentativo e

(43) *Korematsu contro Stati Uniti*, 323 US 214 (1944). Quattordici anni dopo, questo caso è stato sottoposto a riesame e gli Stati Uniti hanno risarcito i danni.

(44) *Duncan contro Kahanamoku*, 327 US 304 (1946).

(45) J.A. COHANI, *Seditious Conspiracy, the Smith Act, and Prosecution for Religious Speech Advocating the Violent Overthrow of Government*, in 17 *St. John's J. Legal Comment.*, 199, inverno-primavera 2003.

(46) *Dennis contro Stati Uniti*, 341 US 494 (1951).

(47) K.A. GARY, *Congressional Proposals to Revise Guilt by Association: An Ineffective Plan to Stop Terrorism*, in 8 *Geo. Immigr. L.J.*, 227, primavera 1994.

(48) Per un'ampia panoramica sulla legislazione speciale anti-comunista, cfr. M. ROY, *Communists and the First Amendment: The Shaping of Freedom of Advocacy in the Cold War Era*, in 28 *San Diego L. Rev.*, 1, febbraio-marzo 1991.

(49) *Scades contro Stati Uniti*, 367 US 203 (1961).

(50) D. COLE, *The New McCarthyism: Repeating History in the War on Terrorism*, in 38 *Harv. C.R.-C.I. L. Rev.*, 1, 2003.

(51) *Omnibus Diplomatic Security and Anti-Terrorism Act* del 1986, Pub. L. n. 99-399, 100 Stat. 855. Cfr. G.C. CLARK, *History repeating itself: the (d)evolution of recent British and American antiterrorist legislation*, in 27 *Fordham Urb. L. J.*, 247; R. SWART, *America Tries to come to terms with terrorism. The US anti-terrorism and effective death penalty act of 1996 v. British anti-terrorism law and international response*, in 5 *Cardozo Int'l and Comp.*, 249.

(52) Vedi B.S. CHABNER, *The Omnibus Diplomatic Security and Antiterrorism Act of 1986: prescribing and enforcing United States law against terrorist violence overseas*, in 37 *UCLA L. Rev.*, 985.

(53) 50 USC Sez. 1801: il terrorismo internazionale è una violazione del diritto pe-

l'attività preparatoria. L'ambito di applicazione, quindi, era strettamente connesso all'interpretazione del concetto fondamentale di terrorismo internazionale operata dall'esecutivo.

A seguito del dirottamento della nave da crociera Achille Lauro, dell'omicidio di un passeggero americano e di altre attività del PLO, è stato adottato l'*Anti-Terrorism Act* del 1987 (54), che ha definito il PLO un'organizzazione terroristica (55).

Nel 1993, gli Stati Uniti hanno dovuto fronteggiare il primo, serio attacco su suolo nazionale, una bomba nel World Trade Center a New York. Nonostante il numero limitato di vittime (6) ed il rapido processo ai sospettati, i politici e l'opinione pubblica hanno considerato il terrorismo interno come una minaccia di estrema gravità. Nel 1995, l'amministrazione Clinton ha elaborato il progetto di uno specifico Atto federale anti-terrorismo, l'*Omnibus Counterterrorism Act* (56), che rende più rigorosa l'applicazione della legge penale per gli atti terroristici realizzati negli — o dagli — Stati Uniti e che considera un reato il finanziamento del terrorismo. Dopo l'attentato ad un edificio federale in Oklahoma City, nel quale sono state uccise 168 persone, le disposizioni sono state ulteriormente inasprite (57). In particolare, sono stati ampliati in misura considerevole i poteri dell'FBI di intercettazione e di accedere ai dati dei *service providers* (agenti di viaggio, società di credito, ecc. ...). Clinton si è guadagnato il pieno sostegno del Senato, che in giugno ha approvato pressoché all'unanimità il *Comprehensive Terrorism Prevention Act* (1995) (58). Alla Camera dei Rappresentanti, tuttavia, si è sollevata l'opposizione del gruppo repubblicano in merito alla restrizione dei diritti civili sanciti dalla Costituzione ed alle crescenti attribuzioni degli organi esecutivi federali, ed il Comitato giudiziario della Camera dei Rappresentanti ha presentato una sua proposta di legge. Nel marzo 1996, quest'ultima, denominata *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act* (AEDPA), è passata alla Camera con 229 voti favorevoli e 191 contrari e, nell'aprile 1996, Clinton l'ha convertita in legge. Il nucleo delle proposte di Clinton è rimasto immutato, fatta eccezione per alcuni nuovi poteri dell'FBI. È opportuno evidenziare i seguenti punti: il Governo (*State Department*), vale a dire non il Congresso, d'ora in poi decide sulla qualifica delle organizzazioni come terroristiche (59); non è necessario che le organizzazioni commettano reati per assumere tale qualifica, ma è sufficiente che siano coinvolte in attività pericolose per la sicurezza dei cittadini americani o degli Stati Uniti stessi. L'*Immigration and Nationality Act* definisce il terrorismo uso di violenza. La sicurezza degli Stati Uniti è messa in pericolo se sono in gioco gli interessi alla difesa o agli affari esteri o gli interessi economici. La decisione del Governo può essere sottoposta al vaglio delle corti in misura molto circoscritta, dato che il Governo può utilizzare informazioni segrete ed i mezzi di cui le corti dispongono per valutare tali informazioni sono limitati. Quindi, un'organizzazione come ANC potrebbe senza dubbio ricevere tale qualifica.

La qualifica di organizzazione terroristica ai fini dell'inserimento nella lista, così come la definizione di reati terroristici, dipende in larga misura dalle valutazioni politiche del Governo. Inoltre, l'Atto introduce nuovamente l'accusa di associazione vietando ogni aiuto materiale — compresa la raccolta di fondi — alle organizzazioni coinvolte, anche se l'aiuto materiale è destinato, per esempio, a fini umanitari.

La qualifica di organizzazione terroristica ai fini dell'inserimento nella lista, così come la popolazione civile, ad influire sulla politica del Governo o a condizionarne l'attività.

(54) *Anti-Terrorism Act* del 1987, 22 USC Sez. 5201-5203 (1987).

(55) Tuttavia, i tentativi di escludere il PLO dalle Nazioni Unite sono falliti. Gli Stati Uniti hanno perso le cause concernenti questa questione.

(56) *Omnibus Counterterrorism Act* del 1995, H.R. 896, S. 390, 104th Cong. (1996).

(57) *Anti-Terrorism Amendments Act* del 1995. Vedi *President's Message to Congress Anti-Terrorism Amendments Act of 1995*, USC C.A.N., 104th Congress at D35 (3 maggio 1995).

(58) *Comprehensive Terrorism Prevention Act* del 1995, S. 735, 104th Cong. (1995).

(59) Un Atto con questo effetto non è stato convertito in legge sotto l'amministrazione Reagan per obiezioni di ordine costituzionale. Il PLO è stato dichiarato un'organizzazione terroristica con un Atto del Congresso, l'*Anti-Terrorism Act* del 1987.

Le istituzioni finanziarie devono bloccare i beni delle organizzazioni in questione in tutto il mondo; ai componenti di tali organizzazioni è vietato l'ingresso negli Stati Uniti e, in caso di inosservanza del divieto, vengono espulsi. Per le espulsioni segrete, il Titolo IV dell'Atto prevede delle corti speciali che pronunciano le loro sentenze sulla base di informazioni riservate e non rispettano assolutamente il diritto alla difesa; peraltro, queste sentenze sono esse stesse segrete.

Il Governo ha utilizzato l'AEDPA in modo selettivo (60); solo dopo 18 mesi il Governo ha redatto un primo elenco delle organizzazioni terroristiche, ed il Segretario di Stato Albright ha inserito nella lista 30 organizzazioni considerate organizzazioni speciali terroristiche (SDTs) (61). I processi per aiuto materiale sono rari, mentre le prove segrete sono utilizzate piuttosto spesso per l'espulsione di stranieri.

Nel 1996, è stato approvato dall'amministrazione Clinton un altro documento, detto *Aviation Security and Anti-Terrorism Act* (62) e, anche in questo caso, la Camera dei Rappresentanti ha limitato l'estensione dei poteri di investigazione.

Peraltro, la legislazione speciale non si trova soltanto in specifici Atti anti-terrorismo; infatti, anche nell'ambito della lotta contro la criminalità organizzata è divenuto facile avere a che fare con flussi di denaro di organizzazioni criminali e confiscarli. Tramite la legislazione relativa ai servizi segreti sono stati anche conferiti poteri più ampi agli organi esecutivi di controllo: per esempio, il *Fiscal Intelligence Authorization Act* (63) del 1999 autorizza l'FBI a compiere *roving wiretaps* che consentono di intercettare tutte le comunicazioni di una persona, anche se questa cambia mezzi di comunicazione. L'FBI è, inoltre, autorizzato ad utilizzare il *pen register* e ad intercettare e rintracciare i mezzi di comunicazione nelle operazioni anti-terrorismo; ciò consente di accedere ad un numero elevato di informazioni presso i *service providers*, che non includono i contenuti delle comunicazioni (*non-content*), ma comprendono, per esempio, i numeri chiamati da un determinato telefono durante un certo periodo di tempo.

La legislazione anti-terrorismo della prima amministrazione Bush, dunque, non è stata creata dal nulla: al contrario, erano state poste solide basi già sotto le amministrazioni Reagan e Clinton. La legislazione anti-terrorismo della prima amministrazione Bush è articolata su tre fronti: il formale *Patriot Act* del Congresso, i decreti presidenziali ed, infine, le linee guida interne indicate con particolare sollecitudine dall'Avvocato Generale Ashcroft.

4. *Analisi del Patriot Act* (64). — Il *Patriot Act* consta in via approssimativa di 350 pagine e di dieci Titoli che modificano oltre 15 leggi federali esistenti, tra le quali il *Wiretap Statute*, il *Computer Fraud and Abuse Act*, il *Foreign Intelligence Surveillance Act*, il *Pen Register and Trap and Trace Statute*, l'*Immigration and Nationality Act*, il *Money Laundering Act* ed il *Bank Secrecy Act*. La complessità dell'Atto è senza dubbio la ragione per cui non è ancora stato pubblicato alcun libro negli Stati Uniti che prenda in esame in dettaglio il *Patriot Act* e che lo analizzi nella sua interezza. Alcune riforme sono sostanziali, ma il punto dolente sono spesso i piccoli particolari.

(60) Cfr. D. COLE e J.X. DEMPSEY, *op. cit.*, Cap. 10.

(61) Alcuni esempi: *Abu Nidal Organization*, *Euzkadi Ta Askatasuna* (ETA), *Hamas*, *Hizballah*, *Gama'at al-Islamiyya*, *al-Jihad*, *Khmer Rouge*, *Kurdistan Workers' Party*, *Tamil Eelam Revolutionary Armed Forces of Colombia* (FARC), *Shining Path* (*Sendero Luminoso*), *Tupac Amaru Revolutionary Movement*. L'IRA non compare nella lista.

(62) *Aviation Security and Anti-Terrorism Act* del 1996, H.R. 3953, 104th Cong. (1996).

(63) Sez. 604 of Pub. L. 105-272, 112 Stat., 2396, 2413, che modifica 18 USC Sez. 2518(1)(b).

(64) Sono stati inseriti taluni aspetti importanti relativi all'attuazione del diritto penale dell'*Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act* del dicembre 2004 (IRTPA). La riforma dell'*Intelligence Community* non è stata inclusa nell'analisi contenuta in questo articolo.

Nell'aprile 2003, il Comitato giudiziario della Camera dei Rappresentanti (65) ha sottoposto al *Justice Department* un lungo elenco di problemi probatori, ed in molti punti le risposte fornite consentono di intuire le modalità di applicazione dell'Atto (66). Tutto ciò è stato inserito nell'analisi che segue.

4.1. *Sicurezza nazionale*. — Vengono forniti finanziamenti segreti al *Justice Department* ed all'FBI per la lotta contro il terrorismo ed antiterrorismo (Sez. 101 e 103) (67); in questo modo possono essere pagati compensi agli informatori ed agli ex-informatori o si possono sostenere i costi per la detenzione all'estero di persone sospettate di terrorismo. È stata anche istituita nel *Secret Service* una speciale unità operativa finalizzata alla prevenzione ed alla scoperta del terrorismo informatico e, soprattutto, degli attacchi ai sistemi finanziari di pagamento o alle infrastrutture digitali critiche. Sono state date maggiori possibilità all'Avvocato Generale ed al Segretario di Stato di pagare compensi nell'ambito della lotta contro il terrorismo (Sez. 501-502).

La banca dati del DNA si è arricchita di dati relativi a soggetti sospettati di terrorismo e di reati violenti (Sez. 503); si può richiedere agli istituti di educazione di autorizzare la registrazione dei loro corsi, di rivelare i nomi dei loro studenti, di indicare quali testi vengono studiati, ecc. ... (Sez. 507-508), ed anche le compagnie commerciali sono tenute a consentire un accesso piuttosto ampio ai loro registri contabili (Sez. 505). Vengono, inoltre, stanziati fondi speciali per aiutare le vittime del terrorismo (Sez. 621-624) ed è previsto un fondo speciale destinato alla realizzazione di un sistema sicuro di condivisione delle informazioni per tutti gli organi governativi di controllo che applicano leggi federali e statali (Sez. 701). Infine, nel *Patriot Act* — e soprattutto nel Titolo IX — sono inserite specifiche disposizioni relative allo scambio di informazioni tra i servizi operativi, come l'FBI, ed i servizi di *intelligence* (CIA, ecc. ...) (68).

4.2. *Intercettazioni di comunicazioni, di flussi elettronici e digitali e perquisizioni* (69).
4.2.1. *Quadro storico e punti di partenza*. — Le disposizioni relative alle intercettazioni ed alle perquisizioni che concernono comunicazioni informatiche ed elettroniche consistono per lo più in modifiche di norme già esistenti (diritto processuale penale federale, FISA e diritto penale sostanziale federale) e debbono, pertanto, essere analizzate all'interno di un contesto più ampio (70).

Fin dagli anni '60, il controllo giudiziario sull'utilizzo dei poteri investigativi è stato un tema ricorrente nella giurisprudenza della Corte Suprema, soprattutto in riferimento al Quarto Emendamento (clausola di autorizzazione giudiziaria). Il Quarto Emendamento stabilisce espressamente che possa essere fornita tale autorizzazione solo quando vi siano elementi probatori sufficienti a sostenere l'accusa.

Nel caso *Katz contro Stati Uniti* (71), la Corte Suprema ha sancito la necessità di un'au-

(65) Vedi la lettera dei Rappresentanti F. James Sessenbrenner, Jr. e John Conyers del Comitato giudiziario della Camera dei Rappresentanti all'Avvocato Generale Ashcroft, che contiene 50 complessi quesiti concernenti, soprattutto, la sorveglianza elettronica. Le leggi sull'immigrazione ed il terrorismo.

(66) Per i quesiti e le relative risposte, vedi: www.house.gov/judiciary/patriot040103.htm.

(67) Titolo I, Sez. 101 e 103.

(68) Cfr. J.A.E. VERVAELE, *Terrorism and information sharing between the intelligence and law enforcement communities: emergency criminal law?*, in *Utrecht Law Review*, n. 1, giugno 2005, in corso di pubblicazione, <http://utl.library.uu.nl>.

(69) Vedi: <http://www.elf.org/Privacy/Surveillance//CALEA/> per la legislazione ed i relativi commenti.

(70) Per una panoramica esaustiva, cfr. O.S. KIERR, *Internet Surveillance law after the USA Patriot Act: The Big Brother That Isn't*, in 97 *Nw. U.L. Rev.*, 607.

(71) *Katz contro Stati Uniti*, 389 US 347 (1967).

torizzazione per realizzare un'intercettazione, a meno che non si tratti di una questione di sicurezza nazionale.

Nel caso *Berger contro New York* (72), la Corte Suprema ha stabilito che l'autorizzazione per un'intercettazione telefonica debba essere sufficientemente specifica quanto all'obiettivo, al metodo ed alla durata.

Nel 1968, il legislatore ha disciplinato questa materia nel Titolo III dell'*Omnibus Crime Control and Safe Secret Act* e le condizioni per ottenere un'autorizzazione sono state fissate dalla legge: gli organi esecutivi di controllo devono essere in grado di dimostrare in un'affidavit (75) l'esistenza di elementi probatori sufficienti (74). Quindi, di regola, si richiede un'autorizzazione, ma esistono numerose eccezioni (75). Tuttavia, qualora si proceda ad intercettazioni senza autorizzazione, l'attività intrapresa non può essere priva di giustificazione e devono sussistere elementi probatori sufficienti secondo chi conduce l'indagine (76). L'Atto, inoltre, stabilisce espressamente che la disciplina in esso contenuta non limita il potere costituzionale del Presidente di adottare alcune misure da lui ritenute necessarie per proteggere la Nazione da attacchi reali o potenziali o da altri atti ostili provenienti da forze straniere, per ottenere dall'*intelligence* straniera informazioni considerate essenziali per la sicurezza degli Stati Uniti o per proteggere le informazioni concernenti la sicurezza nazionale dalle attività dei servizi stranieri di *intelligence* (77). In breve, un'intercettazione senza autorizzazione è sempre possibile nelle indagini nazionali o internazionali allo scopo di difendere la sicurezza nazionale.

Nel 1972, nel caso *Keith* (78), la Corte Suprema ha stabilito che la Costituzione rende obbligatoria un'autorizzazione "se l'indagine riguarda connazionali e non ha rilevanti connessioni con una potenza straniera". Il legislatore ha recepito l'indicazione e, nel 1978, è stata introdotta la nuova sorveglianza FISA (79), che rende possibile intercettare senza autorizzazione "potenze straniere ed i loro agenti". Per l'intercettazione nei confronti di cittadini americani o di soggetti residenti negli Stati Uniti deve essere fornita un'autorizzazione da una corte segreta FISA. Nel periodo tra l'entrata in vigore del FISA (1978) ed il primo settembre 2001 questa possibilità è stata utilizzata 47 volte; nel solo periodo tra settembre 2001 e la fine del 2002, è stata utilizzata ben 113 volte (80).

Il dibattito relativo all'accesso alle informazioni elettroniche e digitali nel corso delle in-

(72) *Berger contro New York*, 388 US 41 (1967).

(75) L'*affidavit* si può basare sugli elementi forniti da un informatore la cui identità rimane segreta, a condizione che l'agente sia stato interrogato e sentito in merito.

(74) Le agenzie esecutive di controllo devono, quindi, avere validi motivi per ritenere l'informazione rilevante ai fini investigativi. Nel determinare gli elementi probatori sufficienti, la Corte Suprema utilizza un procedimento bifasico: prima viene esaminata la situazione di fatto che ha dato origine all'applicazione della misura; successivamente, si valuta se i fatti possano convincere un "agente imparziale" che è stato commesso un reato e che l'atto investigativo richiesto fornirà elementi tali da dimostrare con tutta probabilità che il reato è stato commesso e che nel luogo indicato ne esiste la prova (*Searching and Seizing Computers and obtaining electronic Evidence in criminal investigations*, Search and Seizure Manual, Department of Justice, giugno, 2002).

(75) Vedi T.P. METZLER ed al., *Warrantless searches and seizures*, in 89 *Geo L.J.*, 1084, 2001 e S.M. Beck, *Overview of the Fourth Amendment*, in 89 *Geo. L.J.*, 1055, 2001.

(76) *Draper contro Stati Uniti*, (1959).

(77) 18 USC Sez. 2511 (3).

(78) *Stati Uniti contro Corte Distrettuale degli Stati Uniti (Keith)*, 407 US 297 (1972).

(79) Il *Foreign Intelligence Surveillance Act* (FISA) definisce l'*intelligence* straniera come "informazione relativa a capacità, intenti, o attività di Governi stranieri o relative componenti, organizzazioni straniere, soggetti stranieri, o attività di terrorismo internazionale" (50 USC Sez. 401(a)).

(80) *Justice Department Lists use of New Power to Fight Terror*, in *The New York Times*, 21 maggio 2003.

dagini implica numerose precisazioni: innanzitutto, è importante la distinzione tra contenuto informativo ed indirizzato dell'informazione, equiparabile alla distinzione tra lettera e busta. Un altro elemento importante è se la sorveglianza abbia luogo in tempo reale o meno e se essa si riferisca al futuro (intercettazione telefonica) o al passato (accesso ad informazioni salvate, per esempio, in *e-mails* o in registrazioni di traffico-voce). Certo, esiste anche una distinzione tra sorveglianza diretta del *service provider* o dell'operatore del sistema informatico e sorveglianza da parte degli stessi organi esecutivi governativi di controllo (attraverso la richiesta di dati, intercettazioni, ecc. ...).

Il Titolo II del *Patriot Act* modifica alcuni poteri di investigazione rispetto alle disposizioni del sistema processuale penale federale ordinario (Titolo III del *Crime Control Act*) e del diritto penale speciale sostanziale e processuale in materia di sicurezza del FISA.

In entrambi i sistemi, è utile distinguere tra ordini di intercettazione, ordini *pen/trap*, ordini di esibizione ed autorizzazioni investigative. Il Titolo II del *Patriot Act* estende notevolmente le possibilità di investigazione digitale, rendendole meno dipendenti da autorizzazioni giudiziarie; solo di recente, tuttavia, i politici di Washington si sono resi conto che questa estensione di poteri di norma non è limitata al terrorismo (81).

Infine, l'IRTPA (2004) ha ampliato ulteriormente l'ambito di applicazione del FISA, includendo nella definizione di terrorismo tutti gli atti preparatori (82).

4.2.2. *Ordini di intercettazione ed intercettazioni telefoniche* (83). — Nel sistema processuale penale ordinario è necessaria un'autorizzazione per ascoltare conversazioni altrui, per collocare microspie (intercettazione con apparecchiature elettroniche) e per realizzare intercettazioni telefoniche (vale a dire anche per accedere in tempo reale al contenuto di conversazioni) e, di fatto, questa autorizzazione è rilasciata nel 99,9% dei casi (84). I giudici possono rilasciare autorizzazioni solo per una lista dettagliata di reati e devono decidere prendendo debita attenzione all'esistenza di indizi sufficienti circa il fatto che la persona sospettata abbia commesso l'illecito e che il metodo investigativo sia in grado di fornirne le prove. Entro 30 giorni gli organi investigativi devono fare rapporto ai giudici, i quali possono prolungare questo periodo per altri 30 giorni. È possibile effettuare intercettazioni di conversazioni dal vivo e telefoniche senza autorizzazione qualora un agente investigativo specificamente autorizzato abbia fondato motivo di ritenere che ci si trovi in una situazione di emergenza concernente: a) un pericolo immediato di morte o di grave lesione fisica, b) attività cospirative che minacciano l'interesse alla sicurezza nazionale, o c) attività cospirative tipiche della criminalità organizzata, e se d) si sarebbe potuta ottenere un'autorizzazione. I giudici devono autorizzare le intercettazioni di emergenza *a posteriori* entro 48 ore. Il *Patriot Act* aggiunge alla dettagliata lista dei reati per i quali si richiede un'autorizzazione il terrorismo, la frode informatica e l'abuso informatico (Sez. 201). Reati come l'omicidio, il dirottamento, il sequestro di persona erano già inseriti nella lista, ma — data la definizione ampia di terrorismo (85) contenuta nel *Patriot Act* — l'ambito applicativo di tali fattispecie è stato sostanzialmente esteso.

Le *roving wiretaps* (86) sono divenute la regola: non è necessario specificare né le posizioni né gli strumenti di trasmissione che saranno intercettati (Sez. 206), è sufficiente indicare il soggetto sottoposto all'intercettazione perché tutti i mezzi di comunicazione rientrano nell'ambito di applicazione della misura. Le *roving wiretaps* sono possibili quando si può dimostrare che la persona in questione "ha manifestato l'intento di eludere l'intercetta-

(81) Cfr. E. LICHTBLAU, *Us uses terror law to pursue crimes from drugs to swindling*, in *The New York Times*, 27 settembre 2003.

(82) Sezione 6001.

(83) Titolo III ordini (Titolo III dell'*Omnibus Crime Control and Safe Street Acts* del 1968), 18 USC Sez. 2510-2522.

(84) Vedi: <http://www.uscourts.gov/wiretap01/table701.pdf>.

(85) Vedi, *infra*, par. 4.4.

(86) 18 USC Sez. 2518 (1)(a) e (b).

zione cambiando strumenti di trasmissione"; nella prassi, tuttavia, le *roving wiretaps* sono spesso consentite senza particolari verifiche.

Per i dati registrati, come messaggi vocali ed *e-mails*, il *Patriot Act* non richiede più ordini di intercettazione (vedi, *infra*, par. 4.3.4.); neppure per intercettare le comunicazioni di soggetti sospettati di abusi informatici è più richiesta un'autorizzazione (Sez. 217).

La Sez. 202 consente anche di intercettare le comunicazioni *on-line* per la violazione del *Computer Fraud and Abuse Act*, per esempio nella lotta contro gli *hackers* che sabotano teleconferenze.

Secondo il diritto processuale penale del FISA (87), l'Avvocato Generale può limitarsi a dichiarare che alla base dell'ordine vi è il sospetto che l'obiettivo sia una potenza straniera o un agente di una potenza straniera. L'ordine di intercettazione deve specificare chi è il destinatario ed i luoghi ai quali è rivolta la sorveglianza. Tale ordine è emesso da giudici FISA, che decidono in base a prove segrete e con un margine limitato di discrezionalità; la decisione è segreta, l'ordine ha una validità di 90 giorni o anche di un anno se sono coinvolte potenze straniere, e non è necessario fare rapporto ai giudici FISA. Il *Patriot Act* ha notevolmente ampliato l'ambito di applicazione di questa misura: tutti i mezzi di comunicazione che l'interessato utilizza possono d'ora in poi essere sottoposti ad intercettazione, e chi effettua l'intercettazione non deve più essere identificato nella richiesta e nell'ordine. In questo modo, in base al FISA, le *roving wiretaps* divengono possibili per un periodo di 120 giorni (Sez. 206-207). Inoltre, è sufficiente che l'Avvocato Generale attesti che si tratta di "uno scopo rilevante" anziché "dello scopo"; ciò rende meno rigorosa l'applicazione del FISA e ne estende in misura considerevole l'ambito materiale di applicazione.

4.2.3. *Ordini pen/trap* (88). — Dal 1986, il *Pen Register and Trap and Trace Statute* disciplina l'accesso e la raccolta di dati *non-content* nel sistema processuale ordinario. Mediante un ordine *pen/trap*, per esempio, si possono individuare i numeri telefonici di tutte le chiamate effettuate da un certo numero di telefono o dirette verso lo stesso. È sufficiente dichiarare ai giudici che l'informazione è importante per un'attività investigativa in corso; l'ordine può riguardare anche altre persone oltre al sospettato, vale a dire soggetti terzi, e non è necessario che venga fatto rapporto ai giudici. In merito alla questione se le norme autorizzano anche ordini *pen/trap on-line*, i giudici hanno pronunciato sentenze contrastanti.

Il *Patriot Act* consente ora esplicitamente di applicare gli ordini alle reti elettroniche e ciò rende possibile, per esempio, accedere ad indirizzi *e-mail*, indirizzi IP e indirizzi IP remoti (89). Gli ordini *pen/trap* sono *non-content*, ma sono tuttora in corso discussioni in merito all'ambito di applicazione di informazioni *non-content* relative a reti elettroniche. Tutte le informazioni concernenti digitazioni, indirizzi, segnalazioni, aree di destinazione e di provenienza di *e-mails* rientrano nell'ambito di applicazione dell'ordine, così come le ricerche in rete. L'oggetto del messaggio nelle *e-mails*, tuttavia, è un'informazione *content*. Ad ogni modo, è chiaro che le informazioni che si possono ottenere attraverso ordini *pen/trap* vanno oltre la mera identificazione di dati (dettagli personali come il nome, l'indirizzo, ecc. ...) e possono riferirsi anche ad elementi quali la durata, le date, la posizione e la tipologia di servizi prestatati, i numeri di conti ed i dettagli di pagamento, e possono quindi comprendere anche informazioni personali relative a dati sensibili.

Nel *Patriot Act* gli ordini *pen/trap* non sono limitati ai reati di terrorismo.

Il *Patriot Act* (Sez. 220), inoltre, non si attiene alla regola fondamentale secondo la quale i giudici possono emanare ordini esclusivamente nell'ambito della loro giurisdizione. Le comunicazioni, spesso, passano attraverso *providers* concorrenti di reti fisse e non, con sedi registrate in diversi Stati americani; attualmente, i giudici federali non richiedono più

che gli ordini *pen/trap* identifichino i *providers*, e tali ordini hanno efficacia in tutta la Nazione. L'FBI può anche installare sui *service providers* i suoi strumenti *pen/trap* e tali procedure sono sottoposte a supervisione giudiziaria.

Nella procedura penale del FISA, i presupposti per l'emissione di un ordine *pen/trap* sono più rigorosi rispetto a quanto richiesto nel sistema processuale ordinario. Non è sufficiente l'importanza dell'informazione per un'attività investigativa in corso; devono anche essere forniti indizi che un mezzo di comunicazione sia stato utilizzato per contattare "un agente o una potenza straniera". Il legislatore, evidentemente, ha voluto evitare che i cittadini americani fossero sottoposti in misura eccessiva ad ordini *pen/trap* segreti. Con il *Patriot Act* (Sez. 214) è ora possibile che venga emanato un ordine *pen/trap* allorché esso si riferisca ad "informazioni segrete straniere" e non riguardi un cittadino americano; invece, qualora si riferisca ad un cittadino americano, l'obiettivo di tale ordine deve essere la protezione dal terrorismo internazionale o da attività clandestine ed esso non deve riguardare in modo esclusivo attività tutelate dal Primo Emendamento (libertà di parola). Anche in questo caso, il criterio "dello scopo" è stato sostituito da quello di "uno scopo rilevante" (Sez. 218).

4.2.4. *Ordini di esibizione di dati*. — Numerose leggi speciali prevedono la possibilità di emanare ordini di esibizione la cui inosservanza comporta una sanzione per il trasgressore. Anche il *Grand Jury* dispone di tale potere secondo il diritto processuale penale federale e spesso se ne avvale, senza che vengano richiesti fondati indizi di colpevolezza. L'applicabilità di questi ordini di esibizione ai dati elettronici memorizzati (*e-mails*, elenchi di sottoscrittori, transazioni compiute sotto la supervisione di *service providers*) è stata oggetto di controversie dovute alla poca chiarezza dell'*Electronic Communications Privacy Act* (ECPA) sul punto.

Il *Patriot Act* ha modificato l'ECPA (Sez. 209-210); d'ora in poi possono essere utilizzati gli ordini di esibizione non solo al fine di ottenere alcune informazioni (come dettagli personali, mezzi di pagamento, ecc. ...) relative ai clienti di *service providers*, ma anche per ottenere dati connessi (come numeri di carte di credito o numeri di conti bancari, indirizzi IP ed IP remoti), e ciò vale per tutte le comunicazioni via *internet*. Non si richiedono elementi sufficienti a sostenere l'accusa in giudizio, cosicché è divenuto molto più semplice per gli organi esecutivi governativi scoprire la reale identità dell'utente. Questo strumento viene utilizzato spesso nella prassi e consente di ottenere informazioni relative alla durata della sessione, agli indirizzi di rete assegnati in via temporanea senza autorizzazione giudiziaria. In tal modo possono essere esaminate non solo le *e-mails* scritte, ma anche i messaggi vocali salvati, vale a dire le informazioni immagazzinate sia elettronicamente che telefonicamente. Tuttavia, prima del *Patriot Act*, in base al *Wiretap Statute* era necessaria un'autorizzazione per intercettare le *e-mails* vocali. Un altro vantaggio è rappresentato dal fatto che in tal modo possono essere controllate tutte le MIME (*Multipurpose Internet Mail Extensions*), comprese le *e-mails* con qualunque tipo di allegato (dati, messaggi vocali).

Inoltre, il *Patriot Act* (Sez. 211) ha posto le società via cavo, che ora forniscono anche servizi *e-mail* e di telefonia, sullo stesso piano rispetto alle società di telefonia ed *internet*, mentre prima l'accesso alle informazioni delle società via cavo era molto limitato. Infatti, per i procedimenti nei quali spettava alla pubblica accusa dimostrare che ci fossero "prove chiare e persuasive" che il sottoscrittore fosse "ragionevolmente sospettato di essere coinvolto in attività illecite", il *Cable Act* stabiliva un livello probatorio più elevato rispetto ai sufficienti indizi. Anche l'utilizzatore doveva essere informato e, dunque, diveniva parte del procedimento. In base alla Sez. 212, i *service providers* possono ora anche trasmettere di loro iniziativa informazioni *non-content* agli organi esecutivi governativi di controllo in situazioni urgenti di pericolo di vita; le informazioni *content*, invece, potevano già essere trasmesse.

Secondo la procedura penale del FISA, gli ordini di esibizione richiedevano sempre un'autorizzazione giudiziaria nella quale si doveva dimostrare, senza che occorressero fondati indizi, che il destinatario era una potenza straniera o un agente di una potenza straniera;

(87) 50 USC Sez. 1801-1811.

(88) 18 USC Sez. 3121-3127.

(89) L'*Internet Protocol address* è l'indirizzo dato dal *provider* all'utilizzatore per una sessione; l'indirizzo IP remoto è l'indirizzo dell'utilizzatore nel *logging in* con il *provider*.

di fatto, l'applicazione materiale degli ordini di esibizione era limitata ad agenti di viaggio, società di trasporti, ecc. (...). La Sez. 215 del *Patriot Act* ha notevolmente esteso l'ambito applicativo degli ordini del FISA fino a comprendere "tutte le cose tangibili", il che include, per esempio, i bilanci sociali. È ancora necessaria un'autorizzazione giudiziaria, ma d'ora in poi è sufficiente solo dimostrare che l'informazione è importante per l'attività investigativa in corso contro reati terroristici (*standard di rilevanza*) (90) o per la situazione informativa relativa a potenze straniere o a loro agenti; non è in alcun modo necessario che il destinatario dell'ordine FISA sia coinvolto nell'attività illecita, ed è sufficiente che egli possa fornire informazioni rilevanti. L'ordine FISA si applica anche ai cittadini americani, ma in questo caso l'attività investigativa non può riguardare solo informazioni riconducibili al Primo Emendamento.

Inoltre, il Congresso ha conferito al *Justice Department* il potere di inviare lettere di sicurezza nazionale che indichino quali società debbano fornire informazioni relative a transazioni finanziarie, comunicazioni telefoniche, e-mails (91); peraltro, è fatto divieto alle società di comunicare ai loro clienti di aver fornito informazioni.

4.2.5. *Mandato di perquisizione* (92). — Nel sistema processuale ordinario, una perquisizione richiede un mandato il quale, a sua volta, presuppone fondati indizi di colpevolezza. Una recente giurisprudenza della Corte Suprema ha consentito in molte ipotesi un'eccezione a questo requisito ed ha, altresì, ritenuto che un limitato ritardo nella notifica della perquisizione sia compatibile con il Quarto Emendamento. Il *Patriot Act* (Sez. 213) ha esteso le eccezioni al *knock and announce* (regola del preavviso), il che potrebbe far divinare lo *sneak and peek* (il mandato segreto) la futura regola per i reati terroristici (93). Lo *sneak and peek* si riferisce principalmente alle perquisizioni (94), ma è applicato anche al sequestro (95) ed è utilizzato anche per infiltrarsi nei *computers*. Il *Patriot Act* pone fine al marasma di norme e di precedenti relativi allo *sneak and peek* (96) e stabilisce il criterio generale secondo il quale l'avviso della perquisizione può essere ritardato "se i giudici individuano elementi ragionevoli per ritenere" che un avviso preventivo potrebbe comportare pericoli per le persone interessate, minacce ai testimoni, cancellazione di prove, intralcio alle indagini, pericolo di fuga, ecc. (...). Il ritardo è consentito per un periodo di tempo ragionevole; nella prassi, tale periodo è spesso di 90 giorni, ma può essere prolungato.

Nel luglio 2003, la Camera dei Rappresentanti ha bocciato con una maggioranza sorprendente l'estensione del potere di *sneak and peek* sancita nel *Patriot Act* (97). L'Avvocato

(90) Questa modalità di indagine è, inoltre, regolata nelle *AG Guidelines for FBI Foreign Intelligence Collection and Foreign Counterintelligence Investigations*, che devono essere approvate in base all'ordine esecutivo n. 12533 (vedi, *infra*, par. 5.1). Tuttavia, queste linee-guida sono segrete.

(91) Potere fondato su: USC Sez. 3414(a)(5) (il *Right to Financial Privacy Act*), 15 USC Sez. 1681u e 1681v (il *Fair Credit Reporting Act*), 18 USC Sez. 2709 (l'*Electronic Communications Privacy Act*) e 50 USC Sez. 436(a).

(92) Linee-guida dell'Avvocato Generale sui metodi per ottenere la documentazione presso terzi, 28 CFR parte 59.

(93) Nel periodo 2001-2002, questo potere è stato utilizzato 248 volte e, tra le altre, in connessione con le indagini sull'antrace. Questo metodo investigativo può anche essere utilizzato in tutto il territorio degli Stati Uniti sulla base di una singola autorizzazione.

(94) Il 1° aprile 2003, il *Justice Department* ha presentato 213 istanze di proroga ed i giudici le hanno accolte tutte. Vedi: www.house.gov/judiciary.

(95) Il 1° aprile 2003, il *Justice Department* ha presentato 15 istanze, 14 delle quali sono state accolte. Vedi: www.house.gov/judiciary.

(96) Cfr. la nota del Governo nel precedente relativo ai fondati elementi di prova ed al periodo ragionevole in: *Dof Field Guidance on New Authorities (Redacted)*, inserito nella legislazione anti-terrorismo del 2001.

(97) Con un risultato finale di 309 voti favorevoli e 118 contrari, tra i quali c'erano

Generale ha subito intrapreso una campagna per mantenere questo potere, ma la commissione del Senato competente in materia sta ancora discutendo questa proposta.

Secondo l'art. 41 (a) delle Norme Federali di Procedura Penale, era necessario un mandato di perquisizione per ciascun distretto. In base alla Sez. 218 del *Patriot Act*, un mandato di perquisizione per le indagini relative al terrorismo nazionale è straniero emesso nell'ambito di una singola giurisdizione ha ora validità in tutto il territorio degli Stati Uniti. Questo potere è stato utilizzato per la prima volta per una perquisizione nei confronti dell'*America Media Inc.*, in Florida, datore di lavoro della prima vittima dell'antrace.

Secondo la procedura penale del FISA (98), l'Avvocato Generale può autorizzare perquisizioni senza l'intervento dei giudici per un periodo di un anno se i luoghi interessati sono stati utilizzati esclusivamente da una potenza straniera. Se la perquisizione riguarda un agente di una potenza straniera, si richiede un mandato; per emettere tale mandato i giudici devono essere persuasi che sussistono "elementi sufficienti per ritenere che l'obiettivo americano sia una potenza straniera". Anche in questo caso, l'attività investigativa non può riguardare solo "le attività garantite dal Primo Emendamento". La durata complessiva è di 45 giorni, ma il *Patriot Act* estende questo limite di tempo a 120 giorni (Sez. 207).

4.3. *Misure finanziarie di controllo*. — Il cardine del Titolo III del *Patriot Act* è rappresentato dalla lotta contro il riciclaggio di denaro ed il finanziamento di attività terroristiche. In origine si voleva elaborare un separato *Financial Anti-Terrorism Act*, ma alla fine questa materia è stata inserita nel *Patriot Act* (99). Pertanto, il Titolo in questione può anche essere citato come *International Money Laundering Abatement and Financial Anti-Terrorism Act* del 2001 (100). Certo, c'è una evidente connessione tra il Titolo III ed il diritto penale sostanziale in materia di terrorismo (101). Dalla strategia nazionale anti-riciclaggio (102) del 2002 emerge come la lotta al finanziamento delle attività terroristiche abbia assunto un ruolo prioritario per contrastare il riciclaggio di denaro. Anche i compiti dell'unità anti-riciclaggio negli Stati Uniti, il FinCEN (103), sono stati ampliati (Sez. 361): tutti i sistemi di transazione finanziaria — dalle operazioni di cambio, ATM ed *internet* ai sistemi informali come *l'hawala* o *l'hundi*, agli scambi in oggetti preziosi (d'arte, diamanti, ecc. ...) — sono oggetto di ulteriore regolamentazione e di procedure esecutive.

Il Ministero del tesoro ed il FinCEN hanno elaborato una dettagliata ed ulteriore disciplina ministeriale in questo settore (104). È opportuno sottolineare il fatto che le misure fi-

115 voti repubblicani che volevano revocare questo potere. Vedi: <http://www.washingtonpost.com/op-ed/20030805-110549-8745r.htm>.

(98) FISA 50 USC Sez. 1822.

(99) Vedi: <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/z?d107:h.r.03004>; per l'evoluzione storica di quest'Atto.

(100) Certamente, si tratta anche di una rielaborazione di iniziative internazionali contro il terrorismo. In particolare, nel *Financial Action Task Force on Money Laundering* (FTAF-GAFI) del G7 i rapporti tra riciclaggio di denaro e finanziamento del terrorismo sono stati tradotti in raccomandazioni. Sul punto cfr.: http://www1.oecd.org/taif/terfinancial_en.htm.

(101) Vedi, *infra*, par. 4.4 per l'incriminazione dell'aiuto e del finanziamento al terrorismo.

(102) Vedi: <http://www.usdtreas.gov/press/releases/docs/montlaud.pdf>, *National Money Laundering Strategy*, 2002.

(103) Il FinCEN esamina ogni anno 12 milioni di rapporti su transazioni in valuta (CTRS) e 200.000 rapporti su transazioni sospette (SARs). Vedi: *Financial Crimes Enforcement Network* (FinCEN).

(104) In merito cfr., in particolare, *Global Terrorism Sanctions Regulations of OFAC*, 31 CFR par. 594; *The Terrorism Sanctions Regulations*, OFAC, 31 CFR par. 595; *Terrorism List Governments Sanctions Regulations*, OFAC, 31 CFR par. 596; *Foreign Terrorist Organizations Sanctions Regulations*, OFAC, 31 CFR par. 597.

nanziarie di controllo e la lotta contro il finanziamento del terrorismo sono state pensate come strategia operativa globale.

Il *Patriot Act* contiene un intero catalogo di misure volte ad ampliare l'ambito di applicazione della legislazione anti-riciclaggio negli Stati Uniti ed a combattere il finanziamento delle attività terroristiche (105). Innanzitutto, gli Stati Uniti hanno esteso la loro giurisdizione diretta nei confronti delle istituzioni finanziarie: secondo la legge nazionale, il fatto di possedere un conto bancario negli Stati Uniti è sufficiente a determinare la giurisdizione rispetto ad un'attività di riciclaggio, anche se tale attività è stata compiuta all'estero (Sez. 317). Sono stati apportati anche numerosi cambiamenti nella legislazione penale: le pene pecuniarie sono state portate al doppio dell'ammontare della transazione o ad un tetto massimo di un milione di dollari. Anche la competenza penale è stata estesa: la giurisdizione americana sussiste se nella commissione del reato un'operazione finanziaria ha luogo in tutto o in parte negli Stati Uniti, o se i beni ottenuti in modo illecito si trovano in tutto o in parte negli Stati Uniti, ovvero se la struttura finanziaria o un suo agente possiede un conto in una banca negli Stati Uniti (Sez. 317). Inoltre, a tutte le banche — comprese quelle straniere — è fatto divieto di realizzare transazioni con fondi ottenuti in modo illecito (Sez. 318). E ancora, è stata estesa la giurisdizione rispetto al riciclaggio di denaro: il riciclaggio è considerato ora un reato continuato, con il risultato che la giurisdizione sussiste ovunque siano stati compiuti atti connessi ai fondi interessati. Da ultimo, le corti possono notificare all'imputato un ordine di rimpatrio e, qualora tale ordine non venga rispettato, la pena può essere aumentata o l'imputato può essere accusato di inosservanza di un provvedimento dell'autorità giudiziaria. Inoltre, i reati principali relativi al riciclaggio di denaro sono estesi fino a comprendere tutti i reati di violenza, corruzione, contrabbando e tutti i reati previsti nei trattati di estradizione. Ciò rende illecite tutte le operazioni realizzate negli Stati Uniti con fondi ottenuti in modo illecito. L'invio di denaro dagli Stati Uniti o negli Stati Uniti al fine di favorire il compimento di uno dei suddetti reati è oggetto di specifica, autonoma sanzione (106) e può costituire il presupposto per confiscare, per esempio, una somma di 10.000 dollari esportata o introdotta illecitamente o anche somme più elevate (esportazione o ingresso illecito verso sistemi illeciti, come attività bancarie clandestine o *hawala*, divenuto reato in base alla Sez. 373. In questa ipotesi, inoltre, la pubblica accusa non ha più bisogno di dimostrare che l'autore del reato era consapevole di violare una norma inerente il sistema di concessione delle licenze. Tutte le strutture finanziarie, con o senza servizio-clienti, ricadono nell'ambito di applicazione della relativa disciplina. Gli scambi di beni ottenuti in modo illecito o gli scambi di beni effettuati con l'intento di commettere un reato sono oggetto di specifica sanzione, e non è più necessario dimostrare l'intento di promuovere la commissione di reati o il fine di ricettazione. È oggetto di analogia disciplina anche la falsificazione di valuta straniera e di titoli di credito.

L'Avvocato Generale ed il Ministero del tesoro/FinCEN possono inoltre emettere ordini di esibizione per la divulgazione di documenti o ordini di congelamento di conti e, anche in questo caso, il possesso di un conto bancario negli Stati Uniti rappresenta un sufficiente legame perché sia riconosciuta la giurisdizione. Il fatto che i titoli di credito o i depositi non si trovino negli Stati Uniti non rileva, nel momento in cui la banca ne può disporre. Dal settembre 2001, l'*Office of Foreign Assets Control* (OFAC) ha avuto 600 conti bancari, con un bilancio di un credito totale di 124 milioni di dollari congelati in tutto il mondo, in connessione con circa 70 indagini in corso (108).

Inoltre, è stata considerevolmente estesa la competenza territoriale indiretta: ciò significa che sono stati imposti alle istituzioni finanziarie americane numerosi obblighi in relazione ai titolari di conti stranieri (comprese le istituzioni finanziarie straniere) ed alle transazioni con l'estero. Non viene imposto solo il dovere di conservare la documentazione e di presentare prospetti; si può richiedere alle istituzioni finanziarie ed ai loro agenti negli Stati Uniti di sottoporsi ad una speciale supervisione finanziaria per un periodo di quattro mesi se una giurisdizione straniera, un'istituzione finanziaria o una transazione con l'estero rivestono "un ruolo di primaria importanza nell'ambito di attività di riciclaggio" (Sez. 311). La supervisione speciale può riguardare transazioni, informazioni relative al titolare di conti negli Stati Uniti, informazioni concernenti clienti ed operazioni interbancarie e relative a conti sospesi, ecc. (...), e può anche comportare il divieto di mantenere o di aprire alcuni conti interbancari o sospesi. Questa supervisione speciale, che è stata ulteriormente precisata ed ampliata dal FinCEN, può protrarsi per un periodo massimo di 120 giorni. Il FinCEN ha anche tracciato la normativa relativa alla supervisione dei conti bancari negli Stati Uniti di cui sono titolari degli stranieri (Sez. 312). Le banche estere con conti sospesi negli Stati Uniti sono d'ora in poi obbligate a nominare negli Stati Uniti un rappresentante legale, che diviene, dunque, il destinatario legale di ogni eventuale provvedimento (109). Nel caso di non-cooperazione nella procedura, i conti bancari devono essere chiusi a pena di un'ammenda di 10.000 dollari al giorno; in relazione ai conti di stranieri negli Stati Uniti, comprese banche straniere, può essere emanato un provvedimento inibitorio e può essere designato un amministratore. Attraverso questi strumenti ed obblighi, gli Stati Uniti evitano la difficile cooperazione con Paesi terzi e riescono ad ottenere una giurisdizione indiretta ovunque nella lotta contro il riciclaggio di denaro. Il 28 dicembre 2001, il Ministero del tesoro ha pubblicato le norme di attuazione (110), la cui elaborazione è stata fortemente condizionata dall'agenda di sicurezza della prima amministrazione Bush. Anche le disposizioni relative a sequestri e confische sono state estese: i beni conseguiti illecitamente sono spesso depositati negli Stati Uniti in un conto sospeso di una banca straniera con una banca americana e, in caso di sequestro, la banca americana può difendersi sostenendo il suo possesso in buona fede. Con il *Patriot Act* (111), può ora essere confiscata dal conto sospeso una somma equivalente. L'unico soggetto che può addurre a propria difesa il possesso in buona fede è il titolare, non la banca, nonostante la banca stessa sia accusata di riciclaggio. Questo nuovo strumento è stato utilizzato nel caso *James Gibson*: Gibson, un avvocato, fu accusato di riciclaggio di denaro e frode e fuggì in Belize portando con sé tutti i suoi beni. Fu impossibile sequestrare i beni in Belize ma, in seguito, fu sequestrata una somma equivalente negli Stati Uniti.

Quanto alla confisca, è ora possibile che i beni di una persona condannata per fatti di terrorismo internazionale siano interamente confiscati (112). È stato modificato anche il *Civil Assets Forfeiture Reform Act* del 2000 (Sez. 323) con l'intento di dare maggiore attuazione alle richieste straniere di confisca, fino ad includere tutti i reati che potrebbero costituire il presupposto per una confisca negli Stati Uniti ed a congelare i beni in pendenza di

(108) Per un aggiornamento, vedi: <http://www.treas.gov/offices/eofiac/ofac/sdm/index.html>. Vedi anche: <http://www.law.stetson.edu/judicial/ReviewCommission/Commission/finalreport.htm>.
(109) 31 USC Sec. 5381(k)(5).
(110) *Counter Money Laundering Requirements - Correspondent Accounts for Foreign Shell Banks, Recordkeeping and Termination of Correspondent Accounts for Foreign Banks*, 66 Reg. Fed. 67,459 (2001), inserito nel 31 CFR par. 104.
(111) 18 USC Sez. 981(k).
(112) 28 USC Sez. 2461.

un provvedimento ingiuntivo dei giudici federali. Non è ammessa difesa negli Stati Uniti, ma solo nel Paese che presenta la richiesta.

Nell'ottobre 2001, il *Department of Finance* ha istituito una squadra di investigazione mista chiamata *Operation Green Quest* (113). Sotto la direzione dell'*US Customs Service*, sono stati selezionati esperti dell'IRS, del *Secret Service*, dell'FBI, dell'OFAC, del FinCEN e tra i pubblici ministeri federali del *Justice Department*. L'operazione riguarda esclusivamente il finanziamento di attività terroristiche e vengono anche utilizzati ufficiali di collegamento nelle ambasciate americane di tutto il mondo.

L'IRTPA (2004) rafforza ulteriormente la posizione del FinCEN, sia promuovendone i miglioramenti tecnologici in modo da consentire agli organi autorizzati ad applicare la legge e la regolamentazione finanziaria di accedere ai dati FISA (114), sia imponendo alle istituzioni finanziarie l'obbligo di fare rapporto al FinCEN su talune trasmissioni elettroniche di fondi tra Stati (115). Inoltre, le disposizioni sul riciclaggio di denaro sono state ampliate tramite il riferimento non solo ad alcune operazioni finanziarie internazionali, ma anche a certi tipi di beni (116). Infine, il nuovo testo introduce, oltre a talune misure amministrative, civili, o penali o a sanzioni, severi divieti per interi settori industriali e sanzioni economiche civili per i dipendenti di istituzioni finanziarie che consapevolmente accettano compensi per determinati servizi (117).

4.4. *Terrorismo e diritto penale sostanziale*. — Il *Patriot Act* modifica la legislazione sostanziale vigente in materia di terrorismo. L'innovazione principale consiste senza dubbio nel fatto che, tramite la Sez. 802, oltre alla definizione di reato di terrorismo, viene introdotta nella legislazione federale anche la definizione di terrorismo nazionale (118). Nello stesso *Patriot Act*, ciò consente ai giudici di emettere mandati di perquisizione validi in tutti gli Stati Uniti. La definizione è estremamente ampia e la sua precisazione è strettamente connessa alla legislazione di attuazione emanata dal Governo. Terrorismo nazionale significa "attività che: a) implica atti pericolosi per la vita umana, che violano il diritto penale degli Stati Uniti o di qualunque Stato; b) risulta finalizzata b1) ad intimidire o a coartare una popolazione civile; b2) ad influire sulla politica di Governo attraverso intimidazione o coercizione; b3) ad incidere sull'attività di Governo attraverso mezzi di distruzione di massa, assassini, sequestri; c) è realizzata principalmente entro la giurisdizione territoriale degli Stati Uniti". Nel contempo, la Sez. 802 estende in misura considerevole i reati-base che integrano la nozione di terrorismo.

Sono state ampliate anche le incriminazioni e le possibilità di confisca; la Sez. 801 trasforma in reati alcuni atti contro — o che coinvolgono — mezzi di trasporto di massa, con possibilità di reclusione nel caso in cui venga cagionata la morte di qualcuno (119). Questi atti comprendono, per esempio, incendi dolosi, collocazione di prodotti biologici o chimici o interferenze nei trasporti volte a mettere in pericolo l'incolumità dei passeggeri. Inoltre, la Sez. 803 considera autonoma fattispecie di reato il dare asilo o il nascondere terroristi; estende la specifica incriminazione dell'aiuto al terrorismo (120) e, data l'ampia definizione di terrorismo e di favoreggiamento, punisce qualunque forma di aiuto, compreso l'aiuto finanziario. Perciò questa fattispecie di reato viene utilizzata spesso nella prassi. L'aiuto mate-

(113) Vedi: http://www.cbip.gov/xp/cgov/newsroom/press_releases/archives/2002/22002/02262002.xml.

(114) Sezione 6101.

(115) Sezione 6302.

(116) Sezione 6201.

(117) Sezione 6303.

(118) 18 USC Sez. 2332b(g)(5)(B).

(119) Nella causa contro Richard Reid, lo "shoe bomber", la Corte Federale ha ritenuto che queste disposizioni non si applicassero agli aerei. Nel frattempo, il Congresso ha apportato delle modifiche attraverso la Sez. 609 del *Protect Act*.

(120) 18 USC Sez. 2239a.

riale include ogni tipo di consulenza e di assistenza e, naturalmente, anche attività finanziarie e di supporto digitale.

Non si richiede alcun fine specifico; è sufficiente che la persona interessata potesse essere stata consapevole del fatto che l'aiuto prestato sarebbe servito per compiere atti terroristici, indipendentemente dal fatto che tali atti siano stati poi, di fatto, realizzati. Costituisce reato fornire o raccogliere fondi al fine di utilizzarli — o comunque sapendo che saranno utilizzati — per scopi terroristici, o compiere atti volti a cagionare la morte o gravi lesioni a civili o tesi ad intimidire la popolazione o a costringere le autorità governative a tenere o ad astenersi dal tenere una determinata condotta (121). L'aiuto materiale ad organizzazioni terroristiche straniere è divenuto un autonomo reato (122).

Il 1° novembre 2002, per esempio, quattro persone — tra le quali un cittadino americano ed un altro soggetto residente negli Stati Uniti — sono state accusate di *conspiracy* per la ripartizione di una partita di cocaina e per fornire aiuto materiale all'organizzazione terroristica straniera AUC (123) nell'ambito di un accordo di scambio droga-armi: armi russe e provenienti dall'Europa dell'Est per un valore di circa 25 milioni di dollari dovevano essere scambiate con una quantità di cocaina dello stesso valore. Le due persone collegate agli Stati Uniti si stavano attivando per concludere la realizzazione dell'affare tra due dei più importanti membri dell'AUC ed uno spacciatore che, tuttavia, si è poi scoperto essere un agente segreto. Ad ogni modo, la Sez. 811 prevede per la maggior parte dei reati di terrorismo che in caso di accordo criminoso la sanzione sia parificata a quella prevista per il reato consumato. Inoltre, la Sez. 814 stabilisce un trattamento sanzionatorio più rigido per il terrorismo informatico; in caso di grave danno provocato dalla diffusione di un *virus*, è ora possibile irrogare fino a dieci anni di reclusione e fino a venti in caso di recidiva. Questa disposizione si applica anche al danneggiamento di reti automatizzate all'estero, se può incidere sul commercio o sulle comunicazioni con o negli Stati Uniti. La Sez. 817 rende ora possibile perseguire il semplice possesso di prodotti tossici o biologici; non è più necessario dimostrare che questi prodotti fossero destinati ad essere usati come armi e, oltre un certo quantitativo, non è ammesso provare che tali prodotti fossero destinati alla ricerca o ad uso medico. Da ultimo, attraverso la Sez. 813 si è riconosciuto che il terrorismo rappresenta uno dei reati principali nella prospettiva della legislazione RICO (relativa alla criminalità organizzata), la quale prevede, tra l'altro, misure di confisca di ampia portata. Inoltre, la Sez. 806 ha introdotto un sistema civilistico di confisca che rende la confisca indipendente dalla provenienza dei beni e dal fatto che i beni siano stati utilizzati per compiere atti di terrorismo o ne costituiscono il prodotto.

In breve, negli Stati Uniti la definizione di terrorismo e di aiuto materiale a gruppi terroristici è ampia e viene utilizzata anche quando si ha a che fare, per esempio, con bande di strada (124). Tuttavia, non costituisce reato far parte di tali gruppi, né è punibile l'apologia del terrorismo. D'altra parte, l'accusa di associazione è estesa anche all'aiuto: propagandare gli obiettivi di un'organizzazione terroristica, per esempio, costituisce una forma di aiuto e

(121) 18 USC Sez. 2339c.

(122) 18 USC Sez. 2339b.

(123) Il movimento colombiano paramilitare *Autodefensas de Colombia*. Il *leader*

dell'AUC, Carlos Castaño-Gil, ucciso nel maggio 2004, era già stato accusato di traffico di droga negli Stati Uniti nel settembre 2001, ma non era stato estradato. L'AUC è stata definita un'organizzazione terroristica dallo *State Department*: alquanto stranamente, tuttavia, la prima amministrazione Bush non ha considerato tale qualifica un valido motivo per non coinvolgere l'AUC nel programma militare finalizzato ad far cessare la produzione di cocaina ed a ridurre la guerriglia comunista.

(124) Nel maggio 2004, a New York, una banda di strada è stata accusata sulla base della legislazione anti-terrorismo, in quanto l'obiettivo della banda era intimidire e coartare la popolazione civile.

non è necessario provare il dolo o la colpa. Secondo taluni, ciò restringe in modo considerevole le libertà di associazione e di parola sancite nel Primo Emendamento (125).

L'IRPTA (2004) dilata ulteriormente il concetto di aiuto materiale al terrorismo (126): ricevere un addestramento militare da un'organizzazione terroristica straniera è considerato uno specifico reato. Il testo include definizioni nuove e molto ampie di aiuto materiale, addestramento e consulenza o assistenza tecnica ed individua, infine, una serie di nuovi reati connessi all'uso di mezzi di distruzione di massa (127).

4.5. *Protezione dei confini esterni e leggi sull'immigrazione: stranieri nemici.* — Negli Stati Uniti, uno straniero può violare le leggi sull'immigrazione non rispettando gli obblighi di visto o non avendo un visto legale. Le cause soggettive di inammissibilità in relazione alle procedure di immigrazione sono state fissate in modo molto generico, e concernono (Sez. 411): 1) i membri di organizzazioni definite organizzazioni terroristiche straniere (FTOs) (128) dal Segretario di Stato; 2) i membri di gruppi politici, sociali o simili che appoggiano pubblicamente atti di terrorismo svilendo gli sforzi degli Stati Uniti di ridurre o di eliminare le attività terroristiche; 3) i soggetti che, sia singolarmente sia quali membri di un'organizzazione, sono coinvolti in atti che ricadono nella definizione di terrorismo, ivi compresi la richiesta di fondi, l'appartenenza o l'aiuto materiale ad organizzazioni terroristiche. Non può rimanere negli Stati Uniti chi entra a far parte di un'organizzazione terroristica e durante la sua permanenza negli Stati Uniti tenta di "partecipare in modo permanente o occasionale ad attività che potrebbero mettere in pericolo il benessere, la sicurezza o la salvezza degli Stati Uniti".

I soggetti che rientrano in queste ampie categorie, fissate dal Segretario di Stato, sono inseriti nella *Terrorist Exclusion List* (TEL) (129). Nelle leggi sull'immigrazione la definizione di terrorismo è, dunque, ancor più ampia di quella che si trova nella normativa penale ordinaria (130) e l'accusa di associazione è stata utilizzata molto spesso. In realtà, si tratta semplicemente di far divenire il *blacklisting* una politica condivisa sull'immigrazione (131).

Il *Patriot Act* ha esteso a sette giorni la regola delle 24 ore per comunicare i motivi della detenzione amministrativa (Sez. 412); entro questi sette giorni l'interessato deve essere accusato di un reato o deve essere condotto davanti alla pubblica accusa nei procedimenti di espulsione. L'INS ha sostituito il periodo di sette giorni con un periodo ragionevole (132), che di norma è di 90 giorni; i soggetti coinvolti possono essere detenuti per sei mesi, ma l'Avvocato Generale può estendere questo periodo e, se la sicurezza nazionale lo richiede, può reiterarlo svariate volte (Sez. 412). Dopo l'ordine di espulsione, l'*Homeland Security* deve allontanare lo straniero dal Paese entro 90 giorni, ma sono stati riferiti numerosi casi di detenzione a tempo indeterminato dovuti al fallimento della cooperazione con il Paese di provenienza. Dopo l'11 settembre, circa 800 stranieri sono stati detenuti in base alle leggi sull'immigrazione nell'ambito di un'imponente operazione condotta dall'FBI, nota come

- (125) D. COLE, *The New McCarthyism: repeating history in the war on terrorism*, in *58 Harv. C.R.-C.I. Rev.*, 1.
- (126) Sezione 6601-6604.
- (127) Sezione 6801.
- (128) Le disposizioni relative alle FTOs sono state inserite nelle leggi federali sull'immigrazione, 8 USC Sez. 1189.
- (129) Vedi: <http://www.state.gov/s/cr/rls/fs/2002/15222.htm>.
- (130) Vedi, *supra*, par. 4.4.
- (131) Cfr. J.W. WHITEHEAD, S.H. ADEN, *Forfeiting "Enduring Freedom" for "Homeland Security": A Constitutional Analysis of the USA Patriot Act and the Justice Department's anti-Terrorism initiatives*, in *American University Law Review*, 2002, in 51 *Am. U.L. Rev.*, 1081.
- (132) 8 CFR par. 287.

Peritibom (133). Solitamente il *Justice Department* è responsabile dei procedimenti di espulsione: tali procedimenti non sono considerati a carattere punitivo e si svolgono davanti ai giudici per l'immigrazione, i quali fanno parte dell'*Executive Office for Immigration Review of the Justice Department*. L'Avvocato Generale ha disposto ulteriori misure relative ai procedimenti di espulsione. Dal 1964, è possibile che questi procedimenti si svolgano in segreto nell'interesse pubblico, delle parti o dei testimoni e, il 21 settembre 2001, il Presidente del Corte di Giustizia Amministrativa Creppy (134), su richiesta dell'Avvocato Generale, ha emesso uno speciale *memorandum* che dichiara che le procedure amministrative relative ai prigionieri dell'11 settembre costituiscono casi di "particolare segretezza". Questo significa che tutte le informazioni relative ai procedimenti giudiziari devono rimanere segrete, con presi i nomi dei soggetti coinvolti, l'inserimento della causa nel ruolo, la sentenza, ecc. (...) Data la segretezza che circonda le detenzioni ed i procedimenti di espulsione, si attende con ansia un rapporto da parte dell'ispettore generale del *Justice Department* (135). Le sue critiche nei confronti delle detenzioni sono aspre: gli stranieri sospettati di violare le leggi sull'immigrazione (visto scaduto o falso ingresso sul passaporto) sono stati indiscriminatamente detenuti insieme a stranieri sospettati di essere collegati ai fatti dell'11 settembre; si gli uni che gli altri sono stati informati troppo tardi dei sospetti nei loro confronti, ed hanno dovuto attendere la dichiarazione ufficiale dell'FBI per sapere se sarebbero stati espulsi o rilasciati, dichiarazione che è stata emanata solo dopo molti mesi. Nella maggior parte dei casi, la famiglia non era informata — o non lo era in modo corretto — sul luogo di detenzione, e i procedimenti nei confronti dei detenuti erano segreti (136). Di fatto, il *Patriot Act* ha sostanzialmente ampliato le possibilità di sostituire la carcerazione con la misura della detenzione; l'Avvocato Generale e l'INS hanno un potere di detenzione a lungo termine senza precedenti, senza possibilità di difesa e senza obbligo di dichiarare espressamente in che cosa consista con esattezza la minaccia per la sicurezza nazionale. La procedura si applica sia al periodo anteriore all'espulsione, sia al periodo successivo all'espulsione, sia all'espulsione stessa.

Secondo il *Patriot Act*, dovevano essere messi a disposizione del *Border Patrol*, del *Customs Service* e dell'INS (137) finanziamenti aggiuntivi. Lo *State Department* può avere accesso al *National Crime Information Center's Identification Index* (NCIC-III), in particolare per ottenere informazioni su reati già commessi e su soggetti ricercati. Il *Justice Department* e lo *State Department* stanno lavorando ad uno *standard* biometrico per controlli di frontiera, visti e passaporti (138). Inoltre, gli istituti di educazione devono fornire informazioni specifiche relative all'educazione degli stranieri (139).

Il 12 gennaio 2005, la Corte Suprema ha deciso che i non-cittadini hanno il diritto di non essere sottoposti a detenzioni a tempo indeterminato, ed ha concluso che lo statuto redatto dal Governo per consentire la pratica della detenzione a tempo indeterminato autorizza la detenzione soltanto finché sia "ragionevolmente necessario" per ottenere l'espul-

- (133) Il numero complessivo delle detenzioni, vale a dire incluse le detenzioni nell'ambito delle attività investigative ordinarie, è stimato intorno alle 1.200.
- (134) Vedi: <http://news.findlaw.com/hdocs/docs/aclu/creppy092101memo.pdf>.
- (135) Per il rapporto, vedi: <http://www.usdoj.gov/oig/special/03-06/index.htm>. Vedi anche il recente rapporto relativo ai diritti civili: <http://www.usdoj.gov/oig/special/03-07/index.htm>.
- (136) D. COLE, *Enemy Aliens*, in *Stanford Law Review*, 2002, 953-114.
- (137) L'INS è passato ora dal *Justice Department* al DHS.
- (138) Per esempio, tutti coloro che fanno richiesta di visto devono chiedere un colloquio personale all'ambasciata degli Stati Uniti. Coloro che entrano negli Stati Uniti dovranno avere un passaporto digitale e, attualmente, non tutti i passaporti in Europa possono essere controllati digitalmente. Le relative informazioni sono raccolte nella *Visit databank* americana.
- (139) Le informazioni sono raccolte nella *SEVIS databank*.

sione (140); questo significa che il Governo deve trovare validi e fondati motivi e che, in caso contrario, l'interessato deve essere rilasciato.

5. *Avvocato Generale ed ulteriore esecuzione del Patriot Act.* — Il *Patriot Act* conferisce estesi poteri al *Justice Department* ed all'Avvocato Generale e li rende i soggetti-cardine nel settore dell'anti-terrorismo. Data l'ampia definizione di terrorismo, l'Avvocato Generale ha rafforzato la sua giurisdizione nei confronti delle agenzie esecutive di controllo specializzate, come il *Secret Service* e la *Coast Guard*. L'Avvocato Generale ha competenza legislativa complementare e l'ha utilizzata in alcuni punti essenziali per dare ulteriore esecuzione al *Patriot Act*. Oltre alle specifiche linee-guida che qui prendiamo in esame, sono previste anche linee-guida relative alle operazioni segrete dell'FBI ed al dispiegamento di informatori. Queste linee-guida si applicano anche al terrorismo, ma non sono state elaborate in conseguenza del *Patriot Act*. La maggior parte delle disposizioni relative al FISA è segreta, mentre quella accessibile è stata inserita in questo articolo.

5.1. *Linee-guida dell'Avvocato Generale in materia di reati comuni, investigazioni su organizzazioni di racket e terroristiche (141) e poteri investigativi dell'FBI.* — Nel maggio 2002, l'Avvocato Generale ha fissato alcune linee-guida generali volte a regolare in modo più dettagliato i poteri investigativi dell'FBI; tali linee-guida integrano le disposizioni specifiche concernenti gli informatori e le operazioni segrete (142).

L'FBI è il principale corpo investigativo federale, tanto che non sono attribuiti poteri investigativi ad altri organi esecutivi federali quali, per esempio, il *Secret Service* o la DEA. Si stabilisce espressamente che le linee-guida indicate non pregiudichino le disposizioni speciali del FISA (143) relative alla raccolta di informazioni e all'attività investigativa sul terrorismo internazionale o su attività straniere nel settore dell'*intelligence* o dello spionaggio nazionale. Le direttrici dell'Avvocato Generale distinguono tra indagini preliminari ed attività investigative. Le indagini preliminari possono comprendere vari atti: una rapida verifica di indizi iniziali o un'attività di indagine preliminare di 180 giorni al massimo. L'FBI deve dare avvio all'indagine preliminare qualora "la possibilità che sia stata compiuta un'attività criminale ed il relativo trattamento richiedano ulteriori accertamenti". Nell'ambito dell'indagine preliminare, l'FBI può avvalersi di numerosi poteri investigativi, tra i quali vi è il potere di condurre operazioni segrete; vige, tuttavia, un rigoroso divieto di aprire la posta e di intercettare comunicazioni elettroniche. L'attuale attività investigativa (*full investigation*) deve essere condotta quando i fatti o le circostanze indicano in modo ragionevole che è stato, sta per essere o sarà commesso un reato federale. La richiesta di ragionevoli indizi costituisce una soglia più bassa rispetto a quella di un ragionevole sospetto; l'indizio può essere basato su elementi probatori diretti, ma anche su altri elementi, come le attività del gruppo o le dichiarazioni dei componenti. Gli atti preparatori possono, ad ogni modo, essere puniti in base alle disposizioni relative al tentativo, all'istigazione, agli atti in preparazione di un crimine terroristico (per esempio, fornendo un aiuto materiale) o alla *conspiracy*.

Nel caso di *full investigation*, occorre ulteriormente distinguere tra l'attività investigativa relativa a reati comuni e l'attività investigativa di *intelligence*. Se, per esempio, ci sono

(140) Vedi: <http://supct.law.cornell.edu/supct/html/03-878.ZS.html>.

(141) È sufficiente che due persone siano collegate ad una società il cui obiettivo è compiere reati terroristici o fornire aiuto materiale al terrorismo o perseguire "ulteriori finalità politiche o sociali in tutto o in parte attraverso attività che implicano l'uso della forza o della violenza e la commissione di un reato federale".

(142) Nel caso di *computers* utilizzati per la sicurezza o per il sistema di giustizia nazionale non è necessario che venga cagionato un danno grave; è sufficiente un danno qualunque.

(143) Non è possibile un confronto con queste linee-guida, data la rigorosa segretezza dei loro contenuti.

indizi concreti che alcune persone stiano per dare in locazione un appartamento o per procurare finanziamenti per commettere reati terroristici, vengono avviate attività investigative ordinarie. Le attività investigative di *intelligence* sono intraprese allo scopo di raccogliere informazioni relative a gruppi criminali, reti o società e non riguardano una persona o un'attività specifica: l'obiettivo principale è raccogliere informazioni inerenti agli scopi, alle disponibilità finanziarie, ai soci ed alle attività del gruppo. Il gruppo può essere un'organizzazione di racket nel significato attribuito dalla legislazione RICO relativa alla criminalità organizzata o può essere un'organizzazione terroristica. In entrambi i tipi di indagini sono consentite tutte le tecniche investigative, purché possiedano gli specifici requisiti richiesti dalla legge. L'attività investigativa di *intelligence* è limitata ad un anno, ma può essere prorogata dagli ufficiali dell'FBI di grado più elevato "quando i fatti o le circostanze indicano in modo ragionevole che un gruppo o una società ha intrapreso o intende intraprendere attività che implicano l'uso della forza o della violenza o un'altra attività criminale" (144), requisito interpretato in senso ampio dall'FBI al punto da causare, talvolta, il protrarsi di attività investigative per diversi anni. Oltre ai consueti metodi di indagine (perquisizione, sequestro, intercettazione, infiltrazione, informatori) possono anche essere utilizzate tecniche di investigazione segreta (145). Nel 2003, queste direttrici generali sono state sostituite da quelle di *national security intelligence* (NSI) (146).

La distinzione tra indagine preliminare e *full investigation* è stata mantenuta, ma è stata aggiunta una categoria detta "informativa di minaccia". L'FBI può utilizzare in via preventiva alcuni poteri investigativi dei quali non sono noti i requisiti e l'ambito operativo, dato che molti passaggi di queste direttive generali sono segreti. Le linee-guida del NSI comprendono anche previsioni di ampia portata relative allo scambio di informazioni tra servizi di *intelligence* e forze di polizia (147).

L'FBI ha piena autorità nell'ambito dell'antiterrorismo e dell'*intelligence* straniera (Sez. 506) (148) e, su questa base, può condurre ricerche *on-line* su larga scala, raccogliere informazioni in luoghi pubblici e catalogarle. Nel giugno 2002, l'FBI ha istituito a questo scopo unità speciali — metà delle quali operano all'estero — che hanno a disposizione tutti i poteri investigativi previsti nel FISA, inclusi i poteri di investigazione segreta. L'Avvocato Generale ha elaborato varie linee-guida in merito, in parte segrete (149), e le ha raccolte nelle *AG Guidelines for FBI foreign intelligence collection and foreign counter-intelligence investigations* (150). Ciò di cui non si fa menzione nelle direttive generali — in quanto rivolte all'FBI — è se sia possibile anche assegnare incarichi investigativi all'esercito. Nonostante il *Posse Comitatus Act* (151) vieti al personale militare di dare esecuzione alla legge nazionale, è stata introdotta un'eccezione negli anni ottanta per la lotta contro la droga e negli anni novanta per la lotta contro l'uso di armi biologiche e chimiche di distruzione di massa. A que-

(144) Vedi: *Stati Uniti contro Corte Distrettuale degli Stati Uniti*, 407 US 297, 322 (1972).

(145) Secondo le Procedure per l'uso delle tecniche investigative segrete nel settore penale. Questo documento non è stato pubblicato per ragioni di segretezza.

(146) Cfr.: <http://www.usdoj.gov/olp/nsifactsheet.pdf> e <http://www.usdoj.gov/olp/nsiguide/lines.pdf>.

(147) Vedi J.A.E. VERVAELE, *Terrorism and information sharing between the intelligence and law enforcement communities: emergency criminal law?*, in *Utrecht Law Review*, n. 1, giugno 2005, in corso di pubblicazione, <http://ulr.library.uu.nl>.

(148) Il *Secret Service* avrà ancora poteri complementari per specifici reati connessi, come la contraffazione.

(149) Alla base delle linee-guida c'è l'ordine esecutivo n. 12333 (vedi, *infra*, par. 6), per proteggere contro atti di spionaggio, altre attività di *intelligence*, sabotaggi o omicidi compiuti da o in favore di Governi stranieri o relative componenti, organizzazioni o soggetti stranieri, o attività terroristiche internazionali" (50 USC Sez. 401(a)(2)).

(151) 18 USC Sez. 1385 (2000) e 10 USC Sez. 371.

ste si è ora aggiunta la lotta contro il terrorismo; perciò, il personale militare può tenere in stato di detenzione e condurre ricerche quando sussista un pericolo per la vita umana e le autorità civili non siano in grado di portare a termine il loro compito.

5.2. *Detenzione e diritto al segreto professionale.* — Nell'ottobre 2001, il *Justice Department* ha reso obbligatorio per le istituzioni penitenziarie monitorare le comunicazioni tra i detenuti ed i loro avvocati allo scopo di prevenire atti che "potrebbero concludersi con la morte o con gravi lesioni personali o con ingenti danni patrimoniali" (152). Questa eccezione al Sesto Emendamento, dunque, non è affatto limitata ai detenuti accusati di atti di terrorismo. In passato era necessaria un'autorizzazione giudiziaria e si doveva dimostrare con fondati elementi probatori che fosse in corso un'attività criminosa; attualmente, è sufficiente che sussista un serio pericolo e l'Avvocato Generale, da solo, decide se limitare questo diritto fondamentale. Tale procedura è stata applicata, per esempio, a Richard Colvin Reid, lo *shoe bomber*. Le informazioni ottenute possono anche essere utilizzate nei procedimenti penali contro l'avvocato stesso. L'avvocato Lynne Stewart, per esempio, è stato accusato di stabilire con l'aiuto del suo interprete arabo canali di comunicazione tra un'organizzazione islamica ed il suo cliente, lo Sceicco Omar Abdel-Raman, che sta scontando un ergastolo per *conspiracy* negli attentati di New York e per implicazione nella preparazione di un attentato al Presidente egiziano Hosni Mubarak.

6. Diritto eccezionale presidenziale.

6.1. *Organizzazioni terroristiche e finanziamento di organizzazioni terroristiche.* — Come noto, il Presidente americano, in qualità di Comandante Supremo delle forze armate, dispone di ampi poteri legislativi ed operativi nel settore degli affari esteri ed in materia militare. Gli Stati Uniti vantano una lunga tradizione nell'utilizzo di sanzioni politiche ed economiche come è accaduto, per esempio, contro Cuba. Inizialmente si trattava di provvedimenti contro gli Stati che comportavano l'imposizione di misure sanzionatorie sulle esportazioni — fondate sull'*Export Administration Act* (EAA) e sull'*International Emergency Economic Powers Act* (IEEPA) (153) — nei confronti delle società che violavano l'embargo commerciale con gli Stati interessati (154).

Il Segretario di Stato, il *Department of Commerce* ed il *Department of Treasury/OFAC* (155) hanno adottato leggi di attuazione e preso decisioni in merito.

Il Presidente può, quindi, decidere di imporre sanzioni, soprattutto in periodi di emergenza. Nel 1995, il Presidente Clinton (156) ha modificato l'ambito applicativo delle sanzioni previste nel IEEPA (157) (vale a dire l'*embargo* agli Stati), estendendolo anche alle organizzazioni. All'epoca, erano stati schedati dieci palestinesi e due organizzazioni ebraiche; in seguito, il Segretario di Stato Albright ha indicato 30 organizzazioni come organizzazioni speciali terroristiche (SDTs) o come organizzazioni terroristiche straniere (FTOs) secondo l'*Effective Death Penalty and Public Safety Act* (1996).

A seguito della loro schedatura, il sostegno a queste organizzazioni è divenuto un reato e si richiede alle istituzioni finanziarie di bloccare i loro conti.

(152) 28 CFR par. 501.3(d), 66 Reg. Fed. 55062, 55066.

(153) 50 USC Sez. 1701-06 (2001).

(154) A.O. CONNAUGHTON, *Exporting to special destinations and entities terrorist-sup-*

porting and embargoed countries, sanctioned countries and entities, in 844 *PLI/Comm*, 299.

(155) 31 CFR par. 595, *Treasury's Terrorism Sanctions Regulations on SDT*; 31 CFR

par. 597, *Terrorist Organizations Sanctions Regulations*; 66 Reg. Fed. 54404, *SDGT's Treas-*

ury, A. CONNAUGHTON, *Practising Law Institute*, 2002 (in 844 *PLI/Comm*, 299).

(156) Ordine esecutivo n. 12.947, 3 CFR par. 319 (1995), 50 USC Sez. 1701

(2000).

(157) 50 USC Sez. 1701(a) (2000).

Sulla base del *leading case* (158) inerente i poteri presidenziali, si può sostenere che tali poteri siano stati ridimensionati dopo l'11 settembre, perché completamente disciplinati dal *Patriot Act* del Congresso, nel quale non si rinvenivano disposizioni relative ai combattenti nemici o all'istituzione di commissioni militari. Questa prospettiva non è stata condivisa dalla prima amministrazione Bush: infatti, dopo la dichiarazione dello stato di emergenza del 14 settembre 2001, il Presidente, il 24 settembre, ha approvato l'ordine esecutivo n. 13224 (159) in base all'*International Emergency Economic Powers Act* (160) ed in attuazione di alcune Risoluzioni ONU, in particolare della Risoluzione n. 1333. Secondo quest'ordine esecutivo, le organizzazioni terroristiche sono state identificate come organizzazioni terroristiche mondiali specificamente indicate (SDGTs). Il Segretario del tesoro, per esempio, può inserire nella lista ogni organizzazione che "fornisca aiuto, finanzia, o dia sostegno o sia altrimenti collegata con un'organizzazione indicata come terrorista". L'idea principale di tale ordine esecutivo è di elaborare un sistema sanzionatorio finanziario teso a privare di introiti queste organizzazioni (161); ciò significa che gli Stati Uniti possono bloccare i conti di banche straniere in America se altri Paesi rifiutano di cooperare bloccando i conti nel loro territorio (giurisdizione indiretta). Possono essere bloccati tutti i beni dei seguenti soggetti: a) SDGTs inserite nella lista; b) persone che compiono azioni terroristiche o che rappresentano un rischio significativo in relazione alla commissione di atti terroristici pericolosi per la sicurezza dei cittadini americani, la sicurezza nazionale, la politica estera o l'economia degli Stati Uniti (162); c) persone che forniscono assistenza, sostegno, o danno aiuto finanziario, materiale o tecnologico, o servizi finanziari o di altro genere per tali atti terroristici o a sostegno degli stessi o di SDGTs o di persone che agiscono per o che sono controllate da SDGTs o che sono in altro modo legate a queste organizzazioni (163).

Negli Stati Uniti è fatto anche divieto ai cittadini di effettuare transazioni concernenti beni bloccati, erigere costruzioni o collaborare nella loro realizzazione per organizzare la transazione in modo da aggirare il divieto ed agire per portare a termine operazioni illegali. È posto il divieto generale di divenire membri di SDGTs o di sostenerle mediante operazioni finanziarie in valuta straniera, trasferimenti di credito, importazione o esportazione di denaro o di titoli di credito.

Questi divieti, quindi, si estendono alle istituzioni finanziarie straniere che si rifiutano di bloccare i beni delle SDGTs; ciò significa che divengono impossibili anche le donazioni ad istituzioni di beneficenza quando tali istituzioni hanno legami con SDGTs. Le sanzioni civili possono arrivare fino a 11.000 dollari per ogni violazione, le sanzioni penali fino a 50.000 dollari e a 10 anni di reclusione ove i fatti siano commessi con dolo.

L'ordine esecutivo del 2001 si è in parte sovrapposto agli ordini esecutivi del Presidente Clinton, che aveva già indicato un certo numero di organizzazioni come SDTs o FTOs. Tuttavia, è stato sancito un ambito di applicazione globale del sistema sanzionatorio e sono stati anche introdotti nuovi tipi di sanzioni: ora possono essere bloccati non solo i beni delle istituzioni finanziarie, ma anche i beni dei soggetti associati alle SDGTs. Dunque, è perfettamente possibile bloccare i beni di clienti stranieri di società con filiali negli Stati Uniti e, poterlo fare, non si richiede più che le organizzazioni o i soggetti coinvolti abbiano commesso dei reati; è sufficiente che possano essere in qualche modo collegati a dei reati. Le

(158) *Youngstown Sheet e Tube contro Sawyer*, 343 US 579 (1952).

(159) Ordine esecutivo n. 13224 che blocca i beni e vieta le operazioni con soggetti

che commettono o minacciano di commettere atti terroristici o che forniscono aiuto al terro-

rismo, 3 CFR par. 786, 790 (210), emendato nel 50 USC Sez. 1701 (2002). Per il testo inte-

grale vedi: <http://www.treas.gov/offices/enforcement/ofac/sanctions/terrorism.html>.

(160) 50 USC Sez. 1701-06 (2001).

(161) B. ZAGARIS, *The Merging of the Counter-Terrorism and Anti-Money Launder-*

ing Regimes, in Law and Policy in International Business, 2002, 45-108.

(162) Il Segretario di Stato ha inserito ulteriori precisazioni.

(163) Il *Department of Treasury* ha chiarito questa definizione.

prove possono essere tenute segrete ed analizzate in udienze in camera di consiglio, *inaudita altera parte*. Un chiaro esempio è rappresentato dal caso *Holyland Foundation* (HLF) (164): l'HLF è un'organizzazione non governativa (NGO) istituita nel 1989, che ha la sua sede centrale in Texas e che è collegata ad Hamas. A seguito dell'ordine esecutivo n. 12947, emanato dal Presidente Clinton nel 1995, Hamas è divenuta una SDT e, a seguito dell'ordine esecutivo n. 13224, emanato dal Presidente Bush nel 2001, tale organizzazione è divenuta una SDGT. Il 4 dicembre 2001, il *Department of Treasury/OFAC* ha deciso che l'HLF agiva per o in favore di Hamas, il che ha comportato per l'HLF l'acquisizione dello status di SDT e SDGT.

Il Ministero del tesoro, successivamente, ha emanato un ordine di blocco che congelava tutti i fondi, i conti ed i beni dell'HLF, ha vietato ogni transazione riferibile a tali fondi, conti e beni, e ne ha congelato anche i conti bancari. L'OFAC ha preso questa decisione sulla base di informazioni in parte segrete (alcune dichiarazioni di informatori di polizia stranieri e un rapporto segreto dell'FBI), e la Corte Distrettuale ha concesso all'amministrazione un ampio margine di discrezionalità, ritenendo ammissibili le prove segrete se potevano essere supportate da altre prove che le corroborassero. Con il caso *Global Relief Foundation* (GRF) è divenuto chiaro che gli organi giudiziari hanno poteri di controllo molto limitati sugli atti amministrativi nei settori della politica estera e della sicurezza. In questo caso, la GRF era stata oggetto di un'investigazione FISA ed, in seguito, di un ordine di blocco dell'OFAC. A fronte di un'istanza della GRF volta ad ottenere un ordine di revoca delle misure imposte, si rispone che "come principio generale questa Corte dovrebbe evitare uno svilimento delle decisioni adottate dal Congresso o dal Presidente in materie che coinvolgono gli affari esteri o la sicurezza nazionale" (165) e che non poteva essere provata alcuna violazione dei diritti civili sanciti dal *Bill of Rights*. La Corte, non gli avvocati, era stata autorizzata ad esaminare le prove in udienza segreta ed *inaudita altera parte*. Ciò, ovviamente, è ben lungi dal costituire un effettivo controllo giudiziario, rappresenta solo una verifica della ragionevolezza di una decisione amministrativa.

Gli Stati Uniti aggiornano di continuo la lista: l'11 ottobre 2001 sono state aggiunte 39 voci, soprattutto organizzazioni legate ad Al-Qaeda; il 2 novembre 2001 è stato inserito un gruppo di uomini d'affari dell'Arabia Saudita, ed il 22 novembre 2001 sono state aggiunte altre 22 organizzazioni, tra cui Hezbollah, tre organizzazioni colombiane, l'IRA, e la Jihad. Nel frattempo, la lista è divenuta un documento di 86 pagine che comprende centinaia di organizzazioni e di persone (166) e, nel 2004, sono state aggiunte molte ONG sospettate di essere associate a SDGTs. La Commissione dell'11 settembre ha anche raccomandato che l'energico impegno di perseguire il finanziamento del terrorismo rimanga il cardine della lotta americana contro il terrorismo stesso (167).

L'IRTPA (2004), in aggiunta alla procedura di controllo giudiziario, introduce un controllo su istanza di parte della designazione di un'organizzazione come FTO. Tuttavia, l'organizzazione deve provare nell'istanza che le circostanze rilevanti sono sufficientemente diverse da quelle poste alla base della designazione; la decisione è adottata dall'esecutivo (dal Segretario di Stato), che può tener conto di informazioni segrete, non divulgabili, nel dare risposta ad un'istanza di revoca.

6.2. *Commissioni militari e combattenti nemici*. — Il 13 novembre 2001, il Presidente

(164) *Holyland Foundation for Relief and Development contro Ashcroft*, 219 F. Supp. 2d 57.

(165) *Global Relief Foundation contro Paul H. O'Neill, Colin L. Powell, John Ashcroft, ed altri*, 207 supp. 2d 779.

(166) Vedi: <http://www.ireas.gov/offices/enforcement/ofac/sanctions/terrorism.html>.

(167) Vedi: <http://www.gpoaccess.gov/911>, p. 382.

Bush, senza consultare il Congresso, ha firmato un ordine militare (168) in base al quale si consentiva a che i nemici stranieri fossero giudicati da commissioni militari (169). In passato, nei confronti di alcuni membri di Al-Qaeda sospettati di aver preso parte agli attentati alle ambasciate americane in Kenya e in Tanzania del 1998 (attentati che hanno provocato la morte di 200 persone), è stata tentata un'azione penale che ha avuto esito positivo: gli imputati sono stati giudicati da giudici penali ordinari negli Stati Uniti. Il Presidente, in qualità di Comandante Supremo delle forze armate, può far giudicare gli imputati da commissioni militari per violazioni di leggi di guerra, ed il suo potere si fonda sugli artt. I e II della Costituzione americana (170). Il problema consiste nel fatto che le guerre si dichiarano agli Stati, e che non c'è stata alcuna dichiarazione ufficiale di guerra contro Al-Qaeda. Inoltre, i componenti di Al-Qaeda non sono cittadini di uno Stato determinato ai quali si possa applicare l'*Enemy Alien Act*. La Corte Suprema, tuttavia, ha riconosciuto che gli Stati Uniti possono trovarsi in stato di guerra anche senza una formale dichiarazione di guerra (171); il che non significa, ad ogni modo, che possano essere istituite commissioni militari senza ulteriori motivi. Durante la guerra civile, il Presidente Lincoln aveva dato il consenso all'esercito di detenere i cittadini sospettati di tradimento e di ribellione, di mantenerli in stato di detenzione senza autorizzazione giudiziaria e di negare loro l'*habeas corpus*. E ancora, nel caso *Milligan* (172), la Corte Suprema ha dichiarato che Milligan, leader di un'organizzazione segreta oppositrice del Governo, non poteva essere giudicato da un tribunale militare perché era un residente, non faceva parte dell'esercito, le corti civili funzionavano, il Paese non era in stato di occupazione ed il Presidente Lincoln non aveva ricevuto un mandato da parte del Congresso per istituire tribunali militari. Tuttavia, nel caso *Quirin* (173), la Corte Suprema ha dichiarato conforme alla Costituzione l'ordine esecutivo n. 2561 del Presidente Roosevelt (174), che disponeva il processo militare di alcuni sabotatori tedeschi, in quanto combattenti nemici durante la seconda guerra mondiale. Da notare, però, che quest'ordine esecutivo era basato sulla dichiarazione di guerra del Congresso e non sulla procedura dell'*habeas corpus* o altri mezzi legali di tutela.

È senza dubbio di importanza cruciale la decisione della Corte Suprema nel caso *Johnson contro Eisentrager* (175), relativa al processo di soldati tedeschi tenuti prigionieri in Cina e giudicati da tribunali militari. La Corte Suprema ha sostenuto che il termine "chiunque" nel Quarto Emendamento "non estende la sua protezione ai nemici stranieri che prendono parte ad operazioni ostili contro di noi".

La prima amministrazione Bush ha applicato nozioni attinte dal diritto internazionale pubblico ed umanitario alle organizzazioni terroristiche ed ai loro componenti (176). Le loro azioni sono state qualificate fin da principio come atti di guerra compiuti da aggressori stranieri e non come reati, con il risultato che, in sostanza, non si applicano i principi del diritto (processuale) penale. I soggetti coinvolti non sono dei sospettati, ma dei combattenti nemici, che non godono di diritti civili nell'ambito della giurisdizione americana (177). Dal gennaio

(168) *Military Order, Detention, Treatment and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*, 66 Reg. Fed. 57, 833 (13 novembre 2001).

(169) Vedi 50 USC Sez. 21.

(170) Per un'analisi dettagliata degli aspetti legali secondo la legge nazionale ed internazionale, cfr. D.M. AMANN, *Guantánamo*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2004, 263-348.

(171) *Casi Prixe*, 67 US (2 Black) 635, 667-7- (1862).

(172) 71 US (4 Wall.) 29/ (1866).

(173) 317 US 1, 23-24 (1942).

(174) 7 Reg. Fed. 5101 (2 luglio 1942).

(175) *Johnson contro Eisentrager*, 359 US 763 (1950).

(176) Vedi: *Commissione Internazionale di giuristi, Giurisdizione militare e Diritto Internazionale*, in http://www.icj.org/news.php?id_article=5254&lang=en.

(177) Vedi *Coalition of Clergy contro Bush*, 189 F. Supp. 2d 1036, 1048 (C.D. Cal. 2002), che in parte lo afferma ed in parte lo rende inoperante, n. 02-55367, 2002 WL

2002, sono stati fatti prigionieri nei campi Delta Z-Rayin a Guantanamo senza essere stati accusati o processati tra i 600 e gli 800 sospettati Talebani e componenti di Al-Qaeda di 40 diverse nazionalità. Piccoli gruppi sono stati nel frattempo rilasciati o trasferiti in altri Paesi, mentre circa 600 persone rimangono in stato di detenzione. Non si può escludere che i posti liberi siano stati nuovamente riempiti con prigionieri "freschi" provenienti dall'Iraq, dall'Afghanistan, dal Pakistan, ecc. (...). Inoltre, anche alcuni cittadini americani sono ancora tratti in basi militari in America.

L'espressione "combattente nemico" non compare in alcun punto del *Patriot Act*, ed il parallelo legale tra guerra e terrorismo internazionale è stato fortemente criticato dalla stampa (178). Nel frattempo, peraltro, il Presidente Bush ha limitato l'applicazione del diritto internazionale umanitario. Per lungo tempo, la prima amministrazione Bush ha sostenuto che non si dovesse applicare la Convenzione di Ginevra né lo *status* di prigionieri di guerra; tuttavia, nel febbraio 2002, sono stati riconosciuti alcuni diritti sanciti nella Convenzione di Ginevra a combattenti Talebani, ma non a membri di Al-Qaeda. Nessuno è stato riconosciuto come POW; sono e rimangono combattenti illegali, che possono essere interrogati arbitrariamente, che sono privi di diritti o che godono di diritti limitati finché perdura la lotta contro il terrorismo.

L'ordine militare si sostituisce a molti principi fondamentali inerenti ai diritti civili riconosciuti dalla Costituzione e a molte regole del sistema processuale penale ordinario. Tanto l'organizzazione quanto l'amministrazione della giustizia da parte di commissioni militari costituisce diritto speciale: non solo la pubblica accusa ed i giudici ma anche gli avvocati partecipano all'esercito o sono avvocati civili selezionati dal Governo che hanno accettato le regole della procedura militare (179). L'intera procedura e la composizione delle commissioni, compresa l'identità degli avvocati, possono essere mantenute segrete; non si applicano l'*habeas corpus*, né i diritti "Miranda", i diritti di difesa sono limitati, vigono speciali regole probatorie e non c'è una giuria. Sono stati instaurati procedimenti d'appello, ma non davanti ad una Corte d'Appello federale appartenente al potere giudiziario; l'appello è presentato ad un collegio militare e la sentenza finale relativa alla colpevolezza ed al trattamento sanzionatorio spetta al Presidente. Dunque, si tratta di una procedura giudiziaria nelle mani dell'esecutivo; e ciò, per definizione, non rispetta i requisiti di indipendenza e di imparzialità. La prima amministrazione Bush ha addotto a difesa del giudizio davanti a commissioni militari principalmente il fatto che le commissioni militari garantiscono procedimenti celeri che non mettono a repentaglio informazioni investigative segrete, metodi di sorveglianza ed operazioni, tutelando così la sicurezza pubblica. Il Governo sostiene, inoltre, che le commissioni militari offrono maggior protezione ai giudici ed ai testimoni nei confronti di potenziali minacce terroristiche.

31545359, at *10 (9th Cir. 18 novembre 2002); smentisce la pronuncia perentoria della Corte Distrettuale secondo la quale i detenuti non hanno in alcun caso il diritto ad una revisione sulla base dell'*habeas corpus*, ma conferma che, nel caso di specie, i ricorrenti erano privi di legittimazione; *Rasul contro Bush*, 215 F. Supp. 2d 55, 72-75 (D.D.C. 2002).

(178) Vedi R.K. GOLDMAN, *Law and the War on Terrorism. The Military Tribunal Order*, in 25 *Ham. J.L. and Pub. Pol'y.*, 653; G. ROMA, *Interesting Times for International Humanitarian Law: challenges from the "War on Terror"*, in 27 *Fall, Fletcher F. World Aff.*, 55; L.M. IVEY, *Comment: Ready, aim, fire? The President's executive order authorizing detention, treatment, and trial of certain non-citizens in the war against terrorism is a powerful weapon, but should it be upheld?*, in 33 *Cumb. L. Rev.*, 107. Per l'opinione dell'ABA, cfr.: *Task Force on Terrorism and the Law. Report and recommendation on Military Commission* (in <http://www.abanet.org/leadership/military.pdf>) and *Task Force on Treatment of Enemy Combatants* (in <http://news.findlaw.com/hdocs/docs/aba/ababskforce103rpt.pdf>). Vedi anche: *American Law Division*, in <http://www.fas.org/irp/crs/RL31724.pdf>.

(179) La National Association of Criminal Defense Lawyers, che annovera 11.000 membri, ha consigliato ai suoi componenti di non fornire consulenze legali ed ha così rifiutato le limitazioni apposte ai diritti della difesa.

Anche dalla prima stesura delle successive norme procedurali e probatorie del *Department of Defense* e del *Justice Department* emerge come molti diritti fondamentali del sistema processuale penale e del *Bill of Rights* non vengano riconosciuti (180); non c'è un processo pubblico (i giudizi si svolgono in udienze segrete), gli avvocati non possono conoscere le testimonianze della controparte, non è riconosciuto il loro diritto al segreto professionale, e necessitano del permesso del *Department of Defense* per comunicare con la stampa. Le conversazioni tra l'avvocato ed i testimoni vengono registrate e, in tema di prove, sono ammessi tutti gli elementi che "avrebbero valore probatorio per una persona ragionevole", incluse le prove *de auditu*. L'accusa non è tenuta a rendere noto l'iter di raccolta delle prove; il che significa che l'origine e le modalità di tale raccolta non sono più controllate. Sono ammissibili anche le prove segrete FISA e le prove ottenute attraverso la sorveglianza segreta, in camera di consiglio, *inaudita altera parte*.

Come conseguenza, si teme che nell'amministrazione della giustizia da parte di commissioni militari verranno utilizzate prove raccolte all'estero attraverso la tortura (181).

Una commissione militare — anziché una giuria unanime — può pronunciare un giudizio di colpevolezza con una maggioranza dei due terzi dei voti e, anche se la commissione giunge a formulare un giudizio di non colpevolezza, il Presidente della commissione può ancora decidere che l'imputato sia colpevole. Si richiede l'unanimità solo per irrogare la pena di morte.

Il *New York Times*, nel suo editoriale, ha etichettato in modo inequivocabile tali procedimenti come Ingiustizia Militare (182); nel frattempo, gli stessi avvocati militari hanno iniziato a criticare duramente la mancanza di un giusto processo davanti alle commissioni militari (183). Dopo la sentenza della Corte Suprema nei casi riuniti *Rasul ed altri contro gli Stati Uniti* (184), un collegio di tre ufficiali militari ha dovuto valutare se la liberazione dei detenuti costituisca un pericolo per la sicurezza nazionale. Numerosi procedimenti del collegio sono stati contestati davanti ai giudici federali ordinari.

7. *Controllo giudiziario del Patriot Act e legislazione speciale del Governo.* — Le parti interessate, i soggetti terzi coinvolti, le NGOs e le autorità locali hanno contestato in via legale la forte limitazione dei diritti civili. Questo ha condotto ad una marea di casi giudiziari a livello locale e federale.

7.1. *Diritti civili, stranieri nemici e maggiore apertura da parte del Governo.* — Un numero considerevole di cittadini e di organizzazioni ha intrapreso azioni legali per recla-

(180) *Department of Defense Military Commission Order no. 1*, in *Procedures for Trials by Military Commissions of certain Non-United States Citizens in the War Against Terrorism*, 21 marzo 2002 e *Military Instruction n. 8*, in *Administrative Procedures* (30 aprile 2003), vedi: www.defenselink.mil. Quest'ultimo documento contiene le norme applicabili. Vedi: http://hrw.org/backgrounder/usa/military-commissions.htm#P18_1065 per un'analisi critica.

(181) Nel maggio 2004, è emerso che il personale americano militare ed addetto alla sicurezza compiva sistematici abusi ed applicava la tortura negli interrogatori dei prigionieri in Iraq. Nell'agosto 2004, la Commissione Schlesinger ha reso pubblico il suo rapporto sullo scandalo relativo alla tortura di Abu Ghraib. Vedi: http://64.177.207.201/pages/8_621.html.

Nel dicembre 2004, è emerso dalle fonti del Red Cross e dell'FBI che ciò accadeva anche per i prigionieri a Guantanamo. Vedi: <http://query.nytimes.com/gst/abstract.html?res=F50910FF3A5A0C758FDA80994DC404482> e <http://www.aclu.org/torturefoia/release/fbi.html>. Per le ultime notizie vedi anche: <http://query.nytimes.com/gst/abstract.html?res=F50F14F83B5D0C758CDDA80894DD40482>.

(182) 24 marzo 2004.

(183) N.A. LEWIS, *Military Defenders for Detainees Put Tribunals on Trial*, in *The New York Times*, 4 maggio 2004.

(184) Vedi, *infra*, par. 7.4.

mare una maggiore apertura del Governo in relazione alle detenzioni posteriori all'11 settembre ed alle procedure di espulsione. Sia i gruppi di informazione sia le NGOs hanno invocato il *Freedom of Information Act* (FOIA) per avere accesso ai nomi dei detenuti, conoscere il luogo e la durata della loro detenzione ed avere notizie sui relativi procedimenti. Solo poche di queste cause sono arrivate davanti alla Corte d'Appello Federale, con risultati contrastanti. Il *North Jersey Media Group*, per esempio, ha vinto davanti alla Corte Distrettuale la sua causa contro l'Avvocato Generale Ashcroft ed il Presidente Creppy, ed è stato autorizzato a seguire le espulsioni commesse all'11 settembre (185). Tuttavia, questa sentenza è stata completamente riformata dalla Corte d'Appello della Terza Circostrizione, che ha ritenuto prioritario l'interesse fondamentale alla sicurezza nazionale (186). Molti giudici hanno lasciato senza alcun dubbio che la sicurezza prevalesse sul FOIA e sul diritto di accesso alle informazioni sancito dal Primo Emendamento della Costituzione: altri hanno ordinato al Governo soltanto di rivelare i nomi (187) o di mettere a disposizione della stampa le trascrizioni delle udienze a porte chiuse (188). Per esempio, il giudice della Corte Federale Gladys Kessler (189), nell'agosto 2002, su richiesta di alcune NGOs in una causa contro il *Justice Department* e l'INS, ha deciso che il Governo doveva per lo meno rivelare i nomi di 150 prigionieri; ha, infatti, ritenuto che l'esecutivo, nonostante abbia il dovere di proteggere le persone, debba pur sempre assolvere ai propri compiti nel rispetto della Costituzione e del primato della legge. In appello, tuttavia, si è deciso che non dovessero essere rivelati i nomi dei detenuti né dei loro avvocati (190). Nel frattempo, la maggior parte dei prigionieri dell'11 settembre è stata trasferita. Il *Center for Constitutional Rights* ha intrapreso davanti alla Corte Distrettuale di Brooklyn una *class action* per le detenzioni illegittime, concernente un'importante causa che la NGO vorrebbe che la Corte Suprema prendesse in esame (191). Inoltre, il *Reporters Committee for Freedom of the Press* sta tentando di portare il caso M.K.B. davanti alla Corte Suprema (192).

7.2. *Aiuto materiale al terrorismo*. — Sono stati intrapresi anche procedimenti relativi all'ambito di applicazione delle stesse disposizioni anti-terrorismo e, in particolare, al rapporto tra l'aiuto materiale ed il diritto costituzionale sancito nel Primo Emendamento. Nel gennaio 2004, la Corte Distrettuale della California, nel caso *Humanitarian Law Project (HLP) contro John Ashcroft ed altri*, ha messo alla prova la Sez. 805 (a)(2)(B) del *Patriot Act*, che considera il fornire consulenza tecnica o assistenza a FTOs un atto contrario alla Costituzione. La Corte è giunta alla conclusione secondo cui questo concetto è così vago che sussiste un serio pericolo che l'HLP non sia più in grado di fornire consulenza legale al PKK Curdo in merito al rispetto dei diritti umani (193). E ciò si deve al fatto che non viene operata alcuna distinzione quanto alla tipologia della consulenza o della perizia: "consulenza o

- (185) *North Jersey Media Group, Inc. contro John Ashcroft e Michael Creppy*, US District Court, D. New Jersey, no. Civ. A. 02-967 (JWB), 28 maggio 2002.
- (186) *North Jersey Media Group, Inc. contro John Ashcroft e Michael Creppy*, US Court of Appeals, Third Circuit, n. 02-2524, 8 ottobre 2002.
- (187) *Center for National Security Studies contro US DoJ*, n. CIV A. 01-2500(GK), 2 agosto 2002.
- (188) *Detroit Free Press contro John Ashcroft*, US Court of Appeals, Sixth Circuit, 26 agosto 2002.
- (189) 215 F.Supp. 2d 94 (D.D.C. 2002).
- (190) Vedi: <http://pacer.cadc.uscourts.gov/docs/common/opinions/200306/02-5254a.pdf>.
- (191) Per tutti i documenti principali, vedi: http://www.ccr-ny.org/v2/legal/september_11th/sep11Article.asp?ObjID=55KQUuFROg&Content=96.
- (192) *M.K.B. contro Warden*, n. 03-6747, vedi: <http://www.rcfp.org/news/documents/20031103-mkbwarden.pdf>.
- (193) In base al Primo Emendamento, la Corte può emanare ingiunzioni senza che sia iniziato alcun procedimento; in questo caso si è riconosciuto che vi fosse un serio pericolo.

assistenza tecnica' potrebbero essere intese in modo specifico come semplice aringa o difesa, tutelate dal Primo Emendamento, o in modo più ampio, così da comprendere tutte le attività tutelate dal Primo Emendamento". Tuttavia, la Corte non ha ritenuto che la disposizione in se stessa rappresenti un pericolo al punto da doverne vietare ogni applicazione. I mezzi legali di tutela offrono garanzie sufficienti al rispetto dei diritti civili in questione. Per questo motivo, l'ingiunzione è limitata alle attività dei soggetti coinvolti e non viene emanata alcuna ingiunzione di portata nazionale; l'HLP può proseguire la sua attività con il PKK senza correre il rischio di essere accusata in base alla Sez. 805 del *Patriot Act*.

Per contro, la *Holy Land Foundation* e la *Benevolence International Foundation* hanno perso le loro cause contro Ashcroft, in quanto la Corte d'Appello ha ritenuto che gli ordini di blocco contestati rappresentassero un importante strumento della politica estera americana (194).

7.3. *Terrorismo e prove contestabili nel sistema penale ordinario*. — Nei casi di terrorismo, il *Justice Department* e l'Avvocato Generale hanno optato per la linea militare e, di conseguenza, per il confino dei combattenti nemici e per i processi davanti a commissioni militari. In pochi casi sono competenti i giudici penali ordinari, come nel caso *Zacarias Moussaoui* (195), relativo ad un francese nato in Marocco e detenuto nell'agosto 2001 — quindi prima degli attacchi — perché sospettato di aver violato la legge sull'immigrazione. All'epoca, stava prendendo lezioni di volo. Dopo gli attacchi, è stato accusato di appartenere ad Al-Qaeda e di essere collegato agli atti terroristici dell'11 settembre. Moussaoui è accusato, infatti, di essere il ventesimo dirottatore che, per puro caso, non si è imbarcato e non si è reso insieme agli altri responsabile della morte di 3.000 persone. Si è dichiarato non colpevole, e sta rischiando la pena di morte per quattro delle sei accuse contro di lui (196). Secondo Moussaoui numerosi testimoni, tra i quali Bin Al-Shibh (197), potrebbero dimostrare la sua innocenza; perciò, auspica che Bin Al-Shibh venga interrogato come testimone. Il problema, tuttavia, sta nel fatto che Bin Al-Shibh, che era detenuto in Pakistan, è sospettato a sua volta di essere un intermediario tra Moussaoui ed il commando dell'11 settembre, ed è trattenuto all'estero, presumibilmente a Guantanamo, come combattente nemico. Le sue dichiarazioni sono segrete e, dunque, non possono essere contestate.

Sia la Corte Distrettuale che la Corte d'Appello della Quarta Circostrizione hanno riconosciuto che il diritto di Moussaoui — sancito dal Sesto Emendamento — di far sottoporre ad interrogatorio Bin Al-Shibh (198) rientra tra i diritti fondamentali di un giusto processo (199). In questo caso, nel gennaio 2003, il giudice Brinkema della Corte Distrettuale ha ordinato che la testimonianza fosse registrata in video e che il video fosse messo a disposizione della giuria o che il testimone fosse sentito in teleconferenza. L'Avvocato Generale Ashcroft ha ribadito il fatto che ne sarebbe seguita "la rivelazione non autorizzata di informazioni segrete", e si è rifiutato di rendere esecutiva la sentenza della Corte, poi confermata formalmente in un *affidavit* a metà del luglio 2003 (200). I giudici potevano accusare il Governo di inosservanza di un provvedimento giudiziario, ma potevano anche dichiarare il caso *Moussaoui* inammissibile, escludere parte delle prove o istituire una giuria sfavorevole

- (194) Vedi: <http://news.findlaw.com/ndocs/docs/terrorism/hlyhndfndwash80802op.pdf>.
- (195) Per tutte le informazioni importanti, vedi: <http://news.findlaw.com/legalnews/us/terrorism/cases/index.html#moussaoui>.
- (196) Vedi: <http://www.usdoj.gov/ug/moussaouiindictment.htm> per le accuse.
- (197) Bin Al-Shibh si era occupato delle operazioni finanziarie. Inoltre, Moussaoui chiede che vengano sottoposti ad interrogatorio Abu Zubaydah, in passato capo di un campo di addestramento in Afghanistan, ed Ibn-Al-Shaykh al-Libi, un paramilitare di alto grado, entrambi detenuti.
- (198) Vedi *Brady contro Maryland*, 373 US 83 (1963).
- (199) La richiesta è stata respinta per gli altri due testi.
- (200) *US will defy court's Order in Terror Case*, in *The New York Times*, 15 luglio 2003.

al Governo, così da prevenire una sentenza di condanna a morte. Il giudice Brinkema ha optato per l'esclusione della pena di morte e per far cadere il capo d'accusa relativo all'11 settembre, poiché secondo il giudice non ci poteva essere un giusto processo con questi presupposti; invece, è rimasto invariato il capo d'imputazione relativo alla *conspiracy* finalizzata a commettere le azioni di Al-Qaeda.

I giuristi *pro-Bush* sostengono che, alla luce dei fatti, la migliore soluzione sarebbe tuttora dichiarare Moussaoui un combattente nemico e trasferirlo alla giurisdizione militare dove, ad ogni modo, non potrebbe contare sul fatto di vedersi riconosciuto il diritto costituzionale di sentire dei testimoni. «Anche se i sostenitori delle libertà civili probabilmente biasimerebbero il suo trasferimento a Guantanamo, la realtà è che sottrarre Moussaoui al sistema giudiziario civile significherebbe sia prestare maggiore attenzione agli interessi alla sicurezza, sia creare una barriera protettiva affinché i vigenti principi costituzionali del processo civile non comincino a piegarsi sotto il peso della lotta al terrorismo» (201). Tuttavia, il Governo ha presentato appello contro la sentenza davanti alla Corte d'Appello della Quarta Circostrizione, nota per essere conservatrice (202); la Corte, il 22 aprile 2004, ha deciso di annullare l'esclusione sia dei mezzi di prova sia della possibilità di una condanna a morte (203). D'altro canto, il collegio di tre giudici ha deciso anche che Moussaoui non poteva essere privato del diritto di sottoporre ad interrogatorio come testimoni dei detenuti membri di Al-Qaeda e che aveva il diritto di presentare la loro testimonianza alla giuria. È stato ordinato al giudice Brinkema di elaborare un compromesso che consentisse ai testimoni di essere interrogati senza pregiudicare il loro successivo interrogatorio da parte del Governo nell'ambito della lotta contro il terrorismo. Nel frattempo, la difesa ha presentato appello davanti all'intera Corte d'Appello.

Frattanto, sono state pronunciate le sentenze di condanna nei confronti di Richard Colvin Reid, noto come *sleeve bomber*, e John Walker Lindh, il combattente americano talebano. Reid è stato condannato all'ergastolo per tentato utilizzo di un mezzo di distruzione di massa, tentato omicidio ed interferenza illecita con il personale di volo (204). Lindh, a seguito di una sua dichiarazione di colpevolezza e di un patteggiamento, è stato condannato a trent'anni di reclusione per aiuto materiale ad un'organizzazione terroristica vietata (205), mentre i rimanenti capi d'accusa (206) sono caduti in conseguenza del patteggiamento.

7.4. *Terrorismo, combattenti nemici* (207) e *commissionsi militari*. — Il Governo americano, tuttavia, ha trasferito la maggior parte dei procedimenti relativi a persone sospettate di reati di terrorismo dalla giurisdizione penale comune a quella militare. Dichiarando i sospettati combattenti nemici, questi possono essere mantenuti in stato di detenzione militare in attesa di giudizio davanti ad una commissione militare. Sia cittadini americani che stranieri sono stati definiti combattenti nemici.

È impossibile in questo contesto prendere in esame in dettaglio tutti i casi, ma i casi *Hamdi*, *Pudilla* e *Rasul* forniscono un'idea del limbo legale nel quale si trovano le persone coinvolte. Il 18 giugno 2004, la Corte Suprema ha pronunciato sentenze sugli aspetti cruciali

(201) Mr. COREY, *The case for Military Tribunals*, in *Washington Times*, 26 maggio 2003.

(202) Vedi: <http://news.findlaw.com/hdocs/docs/moussaoui/moussaoui102403ghrf.pdf> per l'appello del Governo nel quale sono stati regolarmente eliminati i riferimenti a fatti concreti o a documenti in quanto, secondo il Governo, si trattava di informazioni riservate poste a tutela della sicurezza nazionale.

(203) Vedi: Westlaw, 2004 WL 868261 (4th Cir. (Va.)).

(204) Vedi: <http://news.findlaw.com/legalnews/us/terrorism/cases/index2.html#reid> per tutti i documenti importanti.

(205) Vedi: <http://www.usdoj.gov/ag/pleaagreement.htm>.

(206) Vedi: http://www.usdoj.gov/05publications/05_2.html per l'accusa iniziale.

(207) Cfr. I. J. PAUST, *Judicial Power to Determine the Status and Rights of Persons Detained without Trial*, in 44 *Harv. Int. L.J.*, 503 (2003).

di questi casi, che riguardano la tutela legale sia dei combattenti detenuti a Guantanamo, sia dei combattenti nemici arrestati e detenuti negli stessi Stati Uniti.

Yaser Esam Hamdi (208) è stato fatto prigioniero in Afghanistan e, dopo un breve periodo a Guantanamo, quando è emerso che era un cittadino americano, è stato trasferito in un centro di detenzione militare in Virginia. Si trova recluso dall'aprile 2002, senza un'accusa formale, senza diritto ad un avvocato, senza diritto ad esperire le procedure dell'*habeas corpus*, ecc. (...). Alcuni amici di Hamdi hanno intrapreso azioni legali — con esiti diversi — contro il *Department of Defense*. La Corte Distrettuale (209) ha nominato un avvocato ed ha ordinato al Governo di consentire a questo avvocato di prendere contatto con il detenuto e di rispettarne il diritto al segreto professionale. Nel secondo grado del giudizio, la Corte d'Appello della Quarta Circostrizione ha dichiarato che la Corte Distrettuale (Hamdi I) non aveva tenuto in debita considerazione l'interesse alla sicurezza nazionale e che la sentenza aveva una motivazione insufficiente.

In seguito, la Corte Distrettuale ha deciso che i motivi della detenzione — una dichiarazione del consigliere militare Mobbs — non bastavano a privare dei loro diritti i soggetti interessati, e che il Governo doveva rendere accessibili tutti i documenti — tra i quali le dichiarazioni di Hamdi — per un riesame in camera di consiglio. Alla fine, entrambe le Corti hanno ritenuto che la detenzione potesse costituire oggetto di un controllo giudiziario. Successivamente, di nuovo, la Corte d'Appello della Quarta Circostrizione (210) (Hamdi II) ha deciso che la detenzione militare a tempo indeterminato non solo è conforme alla legge, ma non è neppure soggetta a controllo giudiziario, dal momento che Hamdi è stato fatto prigioniero in una zona di guerra di un Paese straniero. Dunque, la dichiarazione di Mobbs era una prova sufficiente. Nel gennaio 2004, la Corte Suprema ha deciso di accogliere il ricorso e di dare risposta ad alcuni quesiti fondamentali (211). La Corte Suprema riconosce le prerogative del Presidente e così il concetto di combattente nemico in base all'*Authorization for Use of Military Force Act* (212). Tuttavia, quest'Atto non contiene disposizioni concernenti la detenzione a tempo indeterminato, è destinato alla privazione della libertà in aree di guerra ed è, inoltre, limitato ad "una forza necessaria ed idonea". Anche se la detenzione fosse legittima, il secondo problema da porsi è quali sarebbero i diritti costituzionalmente garantiti al detenuto per contestare il suo *status* di combattente nemico. In base agli specifici interessi costituzionali — ossia alle prerogative del Presidente e del Governo — il Governo

(208) Vedi: <http://news.findlaw.com/legalnews/us/terrorism/cases/index.html#hamdi>; per i documenti principali; cfr. anche: <http://supreme.lp.findlaw.com/supreme-court/briefs/03-6696/03-6696.resp.html>

(209) *Hamdi contro Rumsfeld*, 243 F. Supp. 2d 527 (E.D. Va. 2002).

(210) *Hamdi contro Rumsfeld*, 516 F.3d 450 (4th Cir. 2003).

(211) Erano posti i seguenti quesiti:

1) la Costituzione consente agli agenti governativi di tenere un cittadino americano in stato di custodia militare negli Stati Uniti a tempo indeterminato, di detenerlo essenzialmente in stato di isolamento e di negargli un avvocato, senza dargli l'opportunità di contestare i fondamenti fattuali della sua detenzione davanti ad un tribunale imparziale, per il solo fatto di essere stato arrestato all'estero in uno scenario di Lotta al Terrorismo e di essere stato dichiarato dall'esecutivo un "combattente nemico";

2) la detenzione a tempo indeterminato di un cittadino americano arrestato all'estero ma detenuto negli Stati Uniti sulla base di una mera asserzione degli agenti governativi che si tratti di un "combattente nemico" è ammissibile secondo la normativa congressuale e le disposizioni dei trattati?

3) nei procedimenti fondati sull'*habeas corpus* che contestano la detenzione a tempo indeterminato di cittadini americani arrestati all'estero, detenuti negli Stati Uniti e dichiarati da agenti governativi "combattenti nemici"; la dottrina della separazione dei poteri vieta alla Corte Federale di seguire le procedure ordinarie e di condurre un'indagine sui fondamenti fattuali della giustificazione della detenzione asserita dall'esecutivo?

(212) Westlaw, 2004 WL 1451951 (US).

ha sostenuto che dovrebbe essere rispettato il bilanciamento di poteri e che il potere giudiziario non dovrebbe sindacare le scelte dell'esecutivo.

La Corte Suprema usa un linguaggio chiaro ed edificante: "Infliggere colpi all'equo bilanciamento costituzionale è di grande importanza per la Nazione durante questo periodo in cui è in corso una dura lotta, ma è parimenti di vitale importanza che i nostri calcoli non sottovalutino i valori che questo Paese ha a cuore o il privilegio in cui consiste la cittadinanza americana. È proprio nei momenti di maggior sfida ed incertezza che l'impegno della nostra Nazione per un giusto processo è messo a dura prova (...). Abbiamo chiarito ormai da lungo tempo che uno stato di guerra non è un assegno in bianco per il Presidente quando riguarda i diritti dei cittadini americani".

La Corte Suprema, quindi, aggiunge che "un giusto processo richiede che un cittadino detenuto negli Stati Uniti come combattente nemico abbia una significativa opportunità di contestare i fondamenti della sua detenzione davanti ad un organo giudicante imparziale". La Corte ha espressamente indicato che ciò può accadere anche davanti ad un tribunale militare e che è possibile invertire l'onere della prova quando al soggetto interessato è data una seria possibilità di confutare le prove a suo carico; possibilità che presuppone anche il diritto ad un avvocato. L'interrogatorio condotto da agenti di sicurezza che tengono una persona in stato di custodia difficilmente rappresenta un modo conforme alla Costituzione di indagare sui fatti davanti ad un organo giudicante imparziale. Linguaggio chiaro e, tuttavia, una Corte divisa da tre opinioni discordanti. Soprattutto il giudice Thomas ha sferrato dure critiche ed ha sostenuto che il potere giudiziario non dovrebbe controllare e valutare le prerogative dell'esecutivo; che la sicurezza nazionale non dovrebbe essere sottoposta ad una "valutazione giudiziaria a posteriori"; che la raccolta di informazioni nell'ambito della lotta contro il terrorismo può rendere necessaria la detenzione e che il potere giudiziario non è in condizione, né dovrebbe ambire ad esserlo, di giudicare.

Nel settembre 2004, Hamdi è stato trasferito in Arabia Saudita dopo la conclusione di negoziati bilaterali tra gli Stati Uniti e l'Arabia Saudita; ha perso la cittadinanza americana e non può lasciare il territorio dell'Arabia Saudita.

Il caso Padilla è interessante perché Padilla è stato fermato in un aeroporto negli Stati Uniti anziché in un campo di battaglia straniero. José Padilla (213), un cittadino americano convertitosi all'Islam e che, quindi, si faceva chiamare Abdullah al Muhajir, è sospettato di essere stato un attivista di Al-Qaeda e di aver collaborato per far esplodere una bomba a dispersione radioattiva (*dirty bomb*) negli Stati Uniti. Le prove contro di lui sono segrete. Inizialmente è stata seguita la procedura ordinaria ed è stato assegnato a Padilla un difensore; qualche mese dopo, però, il Presidente ha deciso che si trattava di un combattente nemico e, quindi, il suo caso è stato trasferito dal *Justice Department* al *Department of Defense*. La Corte Distrettuale ha riconosciuto la giurisdizione militare (214); la Corte era anche dell'opinione che Padilla avesse il diritto di contestare la sua qualifica di combattente nemico attraverso le procedure dell'*habeas corpus* e sosteneva, altresì, che egli avesse diritto ad un avvocato. Inoltre, il sospettato aveva il diritto di presentare elementi probatori a suo favore, da contrapporre a quelli del Governo nei procedimenti in contraddittorio. Il *Department of Defense* ha rifiutato ogni discussione in merito.

In secondo grado, nel novembre 2003, la Corte d'Appello della Seconda Circoscrizione ha deciso che Padilla non poteva essere definito un combattente nemico e che, dopo 19 mesi di detenzione preventiva, la sua detenzione illegittima doveva terminare o la decisione del Presidente avrebbe dovuto essere esaminata nel merito ed il Governo avrebbe dovuto pro-

(213) Vedi: <http://news.findlaw.com/legalnews/us/terrorism/cases/index.html#padilla> e, per tutti i documenti importanti, vedi anche: http://www.jenner.com/news/news_item.asp?id=12359624.

(214) Cfr.: http://www.nysd.uscourts.gov/rulings/02CV04445_031103.pdf.

vare i motivi della detenzione oltre ogni ragionevole dubbio (215). In questa decisione è stata messa in evidenza esplicitamente la differenza con il caso *Hamdi*. La Corte Suprema non ha ancora risposto ai quesiti proposti (216): dopo tutto, la Corte era dell'opinione che New York, luogo di giurisdizione secondo la procedura ordinaria, fosse il punto di partenza sbagliato, e che la giurisdizione spettasse al Sud Carolina, dove si trovava in stato di detenzione militare e dove lo *staff* militare responsabile aveva la diretta supervisione della sua detenzione. Di conseguenza, il caso è stato rinviato alla giurisdizione competente. Sono state sollevate obiezioni sorrette da opinioni notevolmente divergenti, poiché il trasferimento seguito dalla Giustizia alla Difesa ha avuto luogo sulla base di procedimenti *inaudita altera parte*, esecutivi dell'ordine presidenziale; e ciò nello stesso momento in cui si era sollecitato il ricorso alle procedure dell'*habeas corpus*. Per questo motivo, i giudici Stevens, Souter, Ginsburg e Breyer insistevano sul fatto che la questione dovesse essere chiarita: "È in gioco l'elemento cardine di una società libera (...). La detenzione esecutiva al fine di investigazione o di prevenzione di attività sovversive è la caratteristica della *Star Chamber*, mentre il diritto alla difesa al fine di proteggere i cittadini da errori dello Stato e da maltrattamenti è la caratteristica di un giusto processo (...). La detenzione di cittadini sovversivi disposta dall'esecutivo (...) non può, tuttavia, essere giustificata dal mero interesse all'utilizzo di procedure illegali per ottenere informazioni. La detenzione in stato di isolamento per mesi e mesi è una di queste procedure e non importa se le informazioni ottenute siano più o meno attendibili di quelle acquisite con forme più estreme di tortura". In ogni caso, la giurisdizione competente dovrà tenere in considerazione la sentenza emessa dalla Corte Suprema nel caso *Hamdi*.

Da ultimo, la Corte Suprema ha pronunciato una sentenza nei casi *riuniti Rasul ed altri contro gli Stati Uniti* (217). I richiedenti, detenuti a Guantanamo e cittadini del Regno Unito, dell'Australia e del Kuwait, erano stati arrestati in Afghanistan ed in Pakistan all'inizio del 2002 e si trovavano in stato di detenzione da oltre 24 mesi senza un'accusa, senza diritto ad un avvocato e senza processo. La Corte Distrettuale ha riunito i loro casi (218) ed ha deciso che poteva essere utilizzata la sentenza emessa dalla Corte Suprema nel caso *Johnson contro Eisenrager* (219): questo significa che quando uno straniero si trova fuori della sovranità territoriale degli Stati Uniti non ha alcun mezzo per ottenere l'applicazione della Costituzione americana. La Corte Distrettuale ha respinto l'argomento secondo il quale questo vale solo per gli stranieri nemici; nessuno straniero può, per esempio, confidare nell'*habeas corpus* fuori dalla sovranità territoriale degli Stati Uniti. La Corte d'Appello americana della Circoscrizione Distrettuale della Colombia ha riformato la sentenza della Corte Distrettuale (220) ed ha precisato che la Corte Suprema aveva confermato questi criteri nel caso

(215) Vedi: <http://news.findlaw.com/cnn/docs/padilla/padillarums72503padbrf.pdf>.

(216) Sono stati posti i seguenti quesiti:
1) se il Presidente, in qualità di Comandante Supremo delle forze armate ed alla luce dell'autorizzazione al Congresso all'uso della forza militare, Pub. L. n. 107-40, 115 Stat. 224, abbia l'autorità per fare arrestare e detenere un cittadino americano negli Stati Uniti in base ad una sua decisione che si tratti di un combattente nemico vicino ad Al-Qaeda, implicato in atti ostili e bellicosi, o se il 18 USC Sez. 4001 (a) vieti questa forma di esercizio dell'autorità presidenziale;

2) se la Corte Distrettuale abbia giurisdizione sul responsabile preposto ai ricorsi fondati sull'*habeas corpus*.

(217) Vedi: <http://www.supremecourtus.gov/opinions/03pdf/03-534.pdf>.

È stato posto il seguente quesito: "Se i giudici degli Stati Uniti siano privi di giurisdizione per prendere in considerazione le sfide alla legalità poste dalla detenzione di cittadini stranieri arrestati all'estero in coincidenza con le ostilità e prigionieri nella base navale di Guantanamo, a Cuba".

(218) 215 F. Supp. 2d 55.

(219) *Johnson contro Eisenrager*, 339 US 763 (1950). Vedi, *supra*, par. 6.2.

(220) 521 F.3d 1134.

Stati Uniti contro Verdugo-Urquidez (221). Tuttavia, la Corte Suprema sosteneva che gli Stati Uniti, nonostante non abbiano piena sovranità sul caso, esercitano ancora piena ed esclusiva giurisdizione. Ciò significa che i giudici federali negli Stati Uniti sono pienamente competenti a decidere in merito alla legalità delle detenzioni ed all'applicazione delle garanzie costituzionali. Con questa importante sentenza, la Corte Suprema ha posto fine al limbo legale di Guantanamo ed ha ripristinato il diritto all'*habeas corpus* all'interno di questo sistema di confino militare amministrativo e di isolamento. Certo, rimane da vedere come i giudici americani daranno attuazione a questa tutela legale alla luce dei poteri presidenziali in materia di guerra, di politica estera e di sicurezza nazionale.

Il caso *Hamdi* può servire come punto di riferimento quando si ha a che fare con i presupposti delle decisioni (ed esempio con la legalità di un arresto o di una detenzione, il diritto ad un avvocato, le domande rigettate). Tuttavia non è chiaro se questa sentenza avrà effetto anche sui diritti dei detenuti nelle mani degli americani nei centri militari in Africa, ecc. (...) dal momento che la Corte Suprema ha abbandonato il criterio della giurisdizione territoriale e l'ha sostituito con il seguente: "l'*habeas corpus* opera nei confronti di chi tiene prigioniero, non del prigioniero stesso, cosicché i giudici agiscono nell'ambito della loro rispettiva giurisdizione" quando al custode possono essere inviati gli atti della procedura". Il giudice Scalia, dissentendo in radice, ha sostenuto l'applicabilità generale dell'*habeas corpus*. Questa sentenza conclusiva la dice lunga e spiega perché il giudice abbia concluso con "dis-senso" anziché con l'usuale "con deferenza dissenso", sostenendo che "per questa Corte creare in tempo di guerra uno schema così terribile, contrario alla fiducia del nostro comandante militare sulla legge anteriore fissata in modo chiaro, è empirismo giudiziario della peggiore specie". Il giudice ha anche sollecitato il Congresso ad un intervento legislativo.

La prima amministrazione Bush ha ritenuto di poter rispettare la volontà della Corte Suprema attraverso una procedura segreta annuale di controllo davanti ad un collegio di tre ufficiali militari, chiamati a valutare se la liberazione dei detenuti costituisca un pericolo per la sicurezza nazionale. Le decisioni del collegio non necessitano di motivazione e non sono appellabili (222). Nel dicembre 2005, circa 210 casi sono stati riesaminati dal collegio: due detenuti sono stati liberati, mentre molti altri si sono rifiutati di collaborare non avendo diritto ad un avvocato indipendente, né accesso al fascicolo. È dubbio che questo sistema corrisponda ad una "ragionevole e seria opportunità davanti ad un organo giudicante imparziale" e, sin dall'inizio, sono sorti dei problemi in relazione all'indipendenza di alcuni ufficiali militari ed alla legalità della procedura.

È questa la ragione per cui numerosi procedimenti del collegio sono stati contestati davanti ai giudici federali ordinari. Nel novembre 2004, il giudice distrettuale americano Robertson, nel corso dell'Appello di Hamdi alla Corte Federale di Washington sulla base dell'*habeas corpus*, ha emesso un ordine di sospensione del procedimento del collegio, intendendo applicare per intero la Terza Convenzione di Ginevra (223).

8. *Conclusioni*. — Nel 1998, il magistrato della Corte Suprema William Rehnquist ha scritto che i diritti civili possono essere limitati in periodi di emergenza (224); durante una conferenza per la *New York City Bar Association*, invece, il magistrato della Corte Suprema Stephen Breyer ha affermato che la Costituzione deve sempre essere rispettata e, forse, ancor

(221) *Stati Uniti contro Verdugo-Urquidez*, 494 U.S. 259 (1950). Questo caso riguarda un rapimento (ufficialmente denominato "abduction") compiuto dalle autorità americane in Messico.

(222) N.A. LEWIS e D.E. SANGER, *Administration changing review at Guantanamo Bay*, in *The New York Times*, 1° luglio 2004.

(223) Vedi: <http://news.findlaw.com/usatoday/docs/tribunals/hamdantrms110804 opn.pdf>.

(224) W.H. REHNQUIST, *All the Laws but One: Civil Liberties in Wartime*, (1998).

di più proprio nei periodi di emergenza (225). Queste opinioni di due giudici della Corte Suprema mettono in luce il nucleo problematico della questione: fino a che punto la Costituzione americana consente di applicare leggi speciali in periodi di crisi (guerra, rivolte, stato di emergenza)? Si possono accantonare nei confronti di alcuni cittadini i fondamenti del principio di legalità, come l'uguaglianza davanti alla legge ed il diritto ad un giusto processo? Sono compatibili con la Costituzione prove segrete, processi segreti, arresto amministrativo e poteri discrezionali di ampia portata? In che modo il potere legislativo e quello esecutivo sono sottoposti al controllo giudiziario in sede di attuazione della legislazione speciale?

La legislazione speciale del Congresso e del Presidente dall'11 settembre 2001 in poi non è unica nella storia degli Stati Uniti; essa rappresenta in parte un'attuazione delle prerogative presidenziali stabilite dalla Costituzione nei settori della difesa, della sicurezza e degli affari esteri. Tuttavia, si è assistito ad un cambiamento evidente: il Congresso ha optato per una delega di ampia portata all'esecutivo, con molte leggi in bianco che l'esecutivo può interpretare discrezionalmente e senza alcun meccanismo incorporato di effettivo controllo politico. Nel dare attuazione a queste leggi, la prima amministrazione Bush ha dispiegato tutta la retorica della guerra contro il terrorismo; il motto è "abbattere le leggi per arrivare al diavolo". Pertanto, poiché lo Stato costituzionale e i diritti fondamentali e le garanzie legali che esso riconosce rappresentano un ostacolo, occorre disfarne (temporaneamente) e privilegiare la sicurezza nazionale. Inoltre, l'esecutivo non è particolarmente incline alla trasparenza e cerca di mantenere segrete molte informazioni relative alla legislazione, all'amministrazione ed all'esercizio della giustizia. Sotto la prima amministrazione Bush, questa segretezza ha ecceduto ogni limite ed ha scardinato le componenti essenziali della legalità: una legislazione accessibile, una maggiore apertura del Governo ed un'amministrazione pubblica della giustizia. L'isolamento è entrato a far parte del sistema, e gli stessi avvocati hanno avuto serie difficoltà nell'esercitare la loro professione, mentre il principio di legalità viene eroso di continuo in nome della sicurezza. La segretezza oscura la luce della giustizia e fa in modo che le idee base dell'Illuminismo e del moderno diritto penale vengano offuscate.

La Commissione dell'11 settembre non ha raccomandato alcun mutamento al riguardo; ha raccomandato solo di accrescere gli obblighi di fare rapporto al Congresso. Tali obblighi sono stati integrati nell'*Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act* (IRTPA) del 2004. Il Titolo VI (226) contiene disposizioni relative alle richieste dell'Avvocato Generale di avere dalle commissioni di *intelligence* del Congresso rapporti concernenti l'utilizzo di misure coercitive (sorveglianza elettronica, perquisizioni personali, *pen registers*, accesso a registrazioni) previste dal FISA, le autorizzazioni segrete e l'uso di informazioni-FISA nei procedimenti penali. L'IRTPA istituisce anche un *Board on Safeguarding Privacy and Civil Liberties*. Quest'organo ha accesso a tutte le informazioni rilevanti presso le agenzie più importanti, ma l'Atto dispone in modo esplicito che esso operi sotto la responsabilità del NID e del Presidente, e che il NID — previa consultazione dell'Avvocato Generale — per proteggere la sicurezza nazionale possa decidere di non divulgare alcune informazioni, vale a dire quelle riservate o quelle anti-terrorismo. Le libertà civili non sono del tutto garantite da un organo che fa parte dell'esecutivo, che ha semplicemente accesso alle informazioni e che esercita le proprie funzioni se ciò è compatibile con i prioritari interessi della sicurezza nazionale; ancora una volta la tutela delle libertà civili dipende dall'agenda di sicurezza.

Oltre al diritto penale segreto, ovviamente, ci sono anche numerose ingerenze nel diritto sostanziale e nella procedura penale. Il diritto penale distingue tra cittadini comuni e nemici; il diritto penale del nemico (combattenti nemici, stranieri nemici) si fonda su presupposti che risalgono alle teorie penalistiche elaborate negli anni '20 e '30, basate sulla pericolosità

(225) S.G. BREYER, *"Liberty, Security, and the Courts"*, *Association of the Bar of the City of New York*, New York, 14 aprile 2003.

(226) Sezione 6002.

piuttosto che sull'illegalità. Mezger (227), per esempio, parlava di *Täterstrafrecht*, *Lebensstrafrecht* e *Lebensentscheidungsschuld*: il diritto penale oggettivizza alcune categorie di cittadini in base alla razza, alla fede religiosa o alla nazionalità e non ha alcuna importanza se il diritto penale interviene *post o ante-delicatum*. La criminalizzazione degli stranieri nemici e dei combattenti nemici, nonché il varo dei concetti di guerra preventiva e di scio-pero preventivo nel settore della giustizia, si inseriscono in questo contesto (228). Nel sistema processuale penale si opera una distinzione tra procedura ordinaria e procedura FISA; l'estensione della procedura speciale FISA, segreta e fondata sull'attività investigativa di *intelligence*, cresce costantemente *ratione materiae et personae*, al punto tale da porsi in parallelo rispetto alla procedura investigativa ordinaria, anche nei casi nazionali. Il *Patriot Act* ha garantito all'FBI la possibilità di utilizzare il diritto penale FISA nella lotta contro il terrorismo nazionale. Sono stati ampliati speciali metodi segreti di investigazione ed in cause che sempre più spesso hanno a che fare con procedimenti in camera di consiglio o *inaudita altera parte* viene sancita la segretezza di molte prove. Inoltre, sono stati estesi anche i poteri investigativi dei servizi di *intelligence* e le informazioni ottenute possono essere utilizzate come prove segrete. Potrebbe sorgere il timore che l'amministrazione segreta della giustizia promuova solamente tecniche di interrogatorio vietate, definite tecniche di pressione e violenza. Infine, la prima amministrazione Bush ha determinato una consistente militarizzazione del sistema di giustizia penale sia attraverso il conferimento di funzioni investigative ai servizi di *intelligence* ed alle unità militari sia attraverso l'istituzione di commissioni militari per i combattenti nemici.

A causa del limitato ambito di applicazione della Costituzione e del sistematico non-riconoscimento del diritto internazionale e della giurisdizione internazionale, Guantanamo è divenuto un simbolo di un limbo legale o un buco nero legale.

Le conquiste dell'Illuminismo e della Rivoluzione Francese, così care ai Padri Fondatori della Costituzione americana, sembrano essersi perdute nelle attuali relazioni costituzionali. Sono state realizzate riforme sostanziali anche nel sistema penale ordinario: come emerge dal *Patriot Act*, i poteri dell'FBI sono stati estesi in modo considerevole, al punto che il controllo giudiziario, pur non essendo stato eliminato, ha visto la sua soglia notevolmente abbassata. Di conseguenza, l'autorizzazione giudiziaria minaccia di non avere più alcun valore; infatti, per moltissimi poteri investigativi — come la richiesta di informazioni registrate ai *service providers* — non è attualmente necessaria alcuna autorizzazione e l'accesso alle informazioni è stato sottoposto a limitazioni circoscritte. I doveri di rivelazione di dati da parte dei *service providers* ed i poteri di farne richiesta da parte dell'FBI sono di così ampia portata che possiamo parlare di tattiche "a strascico" nella raccolta di informazioni; spesso, peraltro, non è consentito informare i soggetti interessati del fatto che sono state rivelate informazioni che li riguardano o che li coinvolgono.

L'efficacia di alcune parti importanti del *Patriot Act* come, ad esempio, la perquisizione segreta o gli ordini *pen/trap* o le autorizzazioni emesse dalle singole giurisdizioni, non è limitata nel tempo; la prima amministrazione Bush ha già chiesto al Congresso di prolungare la validità delle rimanenti disposizioni che dovrebbero perdere efficacia alla fine del 2005. Inoltre, il *Justice Department* ha già elaborato un secondo disegno di legge, che è una sorta di "Figlio del *Patriot Act*" (229) o *Patriot Act-bis* (230). L'intento è presentare il progetto al Congresso in tempo utile. Tuttavia, il testo è stato già divulgato e si sa che esso limita in

(227) E. MEZGER, *Die Straftat als Ganzes*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 57, 1938, p. 689.

(228) Vedi: <http://www.whitehouse.gov/nsc/nss.pdf>, *The National Security Strategy of the USA*, 2002.

(229) C. LANE, *US may seek wider anti-terror-powers*, in *Washington Post*, 8 febbraio 2003. Per il testo, vedi: http://www.eff.org/Censorship/Terrorism_militias/patriot2draft.html.

(230) *Opinion, Patriot Act, Part II*, in *The New York Times*, 22 settembre 2003.

modo ancor più drastico i diritti fondamentali attraverso un'ulteriore estensione del diritto penale segreto del FISA nel settore della sicurezza ed attraverso la concessione all'Avvocato Generale di poteri più ampi rispetto agli stranieri nemici e di poteri di supervisione più estes nel settore della sicurezza nazionale.

La vittoria del Presidente Bush nel novembre 2004 mette in evidenza il fatto che il Governo repubblicano (231) sarà in grado di realizzare la sua visione di un nuovo ordine costituzionale (232); rimane da vedere se la seconda amministrazione Bush espanderà ulteriormente la legislazione di emergenza anti-terrorismo. La Commissione dell'11 settembre sotto linea che alcune tra le disposizioni più controverse del *Patriot Act* cesseranno di avere efficacia alla fine del 2005; tuttavia, la Commissione rimane cauta e non esclude che il Governo Federale possa aver bisogno di poteri aggiuntivi e di intensificare l'uso dei poteri di cui già dispone. È consapevole delle preoccupazioni relative alla restrizione delle libertà e dei diritti civili e dello spostamento dell'equilibrio di poteri a favore del Governo e, per questi motivi, si limita a raccomandare un ampio ed informato dibattito sul *Patriot Act* (233). La prima amministrazione Bush è stata accusata di conferire uno *status* permanente alla legislazione di emergenza, di sperare di espandere ancor di più i poteri di polizia, nonché di ricondurre la lotta alla droga entro l'ambito di applicazione della legge anti-terrorismo. La sicurezza e l'anti-terrorismo rimarranno una priorità assoluta per la seconda amministrazione Bush e la nomina di Alberto R. Gonzales — noto come l'architetto della legislazione di Guantanamo — come Avvocato Generale è indicativa del fatto che Bush intende espandere ulteriormente la legislazione di emergenza. Peccato che le udienze di Gonzales davanti al Congresso nel gennaio 2005 si siano concentrate così unilateralmente sull'uso della tortura contro i sospettati di terrorismo. Gonzales si è impegnato a rispettare tutte le leggi internazionali in materia; tuttavia, non gli sono state rivolte domande in merito al potenziamento del *Patriot Act*, all'ulteriore attuazione della legislazione contro il terrorismo nazionale e straniero ed alla raccolta di informazioni. Sembra che gli stessi membri del Congresso non si rendano ancora sufficientemente conto dell'importanza del rispetto della legalità in periodi di emergenza.

Nel frattempo, la Corte Suprema ha pronunciato alcune sentenze per evitare che la preoccupazione per la sicurezza releghi ai margini lo Stato costituzionale. Il problema è se la Corte Suprema sia stata abbastanza chiara: la sentenza relativa alla detenzione a Guantanamo è applicabile anche alla detenzione in Afghanistan? Perché la Corte Suprema non ha stabilito requisiti più precisi per l'organo che deve verificare il rispetto dell'*habeas corpus* e della tutela legale? Perché tale Corte ha prestato poca o nessuna attenzione al diritto internazionale applicabile? Ora, a fronte delle decisioni della Corte Suprema e dell'imminente attività legislativa della seconda amministrazione Bush, saranno i procedimenti stessi a determinare il livello di costituzionalità della politica anti-terrorismo negli Stati Uniti ed a condizionare in parte — dopo gli attacchi dell'11 marzo 2004 a Madrid — anche la politica europea.

Possiamo solo sperare che tanto il potere giudiziario quanto quello legislativo siano pienamente consapevoli del fatto che svillire lo Stato costituzionale democratico ed i diritti e le libertà civili nei quali esso si riconosce rappresenta il modo più debole per fronteggiare una delle minacce più gravi che incombono su questo Stato.

JOHN A.E. VERVAELE
Professore di diritto penale
economico e finanziario
presso l'Università di Utrecht;
Professore di diritto penale europeo
presso l'Europa College di Bruges

(231) Il partito repubblicano si ispira principalmente alla filosofia politica di Leo Strauss, un critico fervente del liberalismo. Vedi: <http://www.strausian.net/>.

(232) Per un'approfondita analisi dei mutamenti nel pensiero costituzionale come emergono dalla giurisprudenza della Corte Suprema, cfr. M. TUSHNET, *The New Constitutional Order*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2003.

(233) Vedi: <http://www.gpoaccess.gov/911>, p. 394.