

25 SETTEMBRE 2015

Le relazioni ellittiche
tra la normativa statunitense
antiterrorismo e la risoluzione 2178
(2014) del Consiglio di sicurezza

di Gianluigi Mastandrea Bonaviri
Dottorando di ricerca in Ordine internazionale e diritti umani,
“Sapienza” Università di Roma

Le relazioni ellittiche tra la normativa statunitense antiterrorismo e la risoluzione 2178 (2014) del Consiglio di sicurezza*

di Gianluigi Mastandrea Bonaviri

Dottorando di ricerca in Ordine internazionale e diritti umani,
“Sapienza” Università di Roma

Sommario: 1. Introduzione: gli Stati Uniti quale caso nazionale *sui generis*; 2. I *Foreign Terrorist Fighters* e gli *Unlawful Enemy Combatants*: una linea di prospettata continuità; 3. Le relazioni ellittiche tra legislazione penale antiterroristica degli Stati Uniti e risoluzione 2178 (2014); 4. Le ulteriori misure antiterroristiche: *no fly-list versus* il diritto di viaggiare; 5. Conclusioni.

1. Introduzione: gli Stati Uniti quale caso nazionale *sui generis*

La risoluzione 2178 (2014), frutto dei tanto discussi poteri legislativi¹ del Consiglio di Sicurezza, ha inaugurato una fase del tutto inedita nella lotta al terrorismo internazionale che identifica nei *Foreign*

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Le nuove minacce emerse in seguito alla fine della Guerra Fredda hanno condotto ad una progressiva ed inedita dilatazione del concetto di “minaccia alla pace” di cui all’art. 39 della Carta delle Nazioni Unite alla quale è corrisposta un’espansione altrettanto ampia dei poteri del Consiglio di Sicurezza. Tra questi, i c.d. poteri legislativi, tramite cui il Consiglio di Sicurezza si presta a “legiferare” su fenomeni generali e non collegati ad una minaccia specifica, sono da sempre oggetto di acceso dibattito stante la mancanza di una loro espressa previsione e legittimazione nella Carta delle Nazioni Unite. Per un approfondimento generale, si consulti S. TALMON, “*The Security Council as a world legislature*”, in *The American Journal of International Law*, Vol. 99/175, 2005 secondo cui l’asse portante dei poteri legislativi del Consiglio di Sicurezza risiede nel carattere generale ed astratto degli obblighi che gli stessi determinano. Si veda anche E. ROSAND, “*The Security Council as ‘Global Legislator’: Ultra Vires or Ultra Innovative?*”, in *Fordham International Law Journal*, Vol. 28/542, 2004; N. TSAGOURIAS, “*The legislative role of the Security Council*”, in *Journal of International Law e Policy*, Vol. 2/1, 2007 pp. 26-30; N. TSAGOURIAS, “*Security Council Legislation, Article 2(7) of the UN Charter and the Principle of Subsidiarity*”, in Adam Smith Research Foundation, Working Papers, Serie 2011/05 disponibile on-line all’indirizzo http://www.gla.ac.uk/media/media_215456_en.pdf; J. WOUTERS – J. ODERMATT, “*Quis custodiet consilium securitatis? Reflection on the lawmaking powers of the Security Council*”, Working Paper n. 109/2013, Leuven Center for Global Governance Studies, Institute for International Law.

Terrorist Fighters una delle minacce attualmente più dirompenti. Gli stessi contribuiscono ad amplificare la durata e l'intensità dei conflitti armati e costituiscono, allo stesso tempo, un fattore di rischio per la sicurezza del loro Stato di origine, degli Stati in cui transitano e dello Stato nel quale sono diretti². Nei confronti del fenomeno in oggetto – e degli obblighi determinati dalla risoluzione 2178 (2014) per contrastarlo - gli Stati Uniti d'America si presentano in modo significativamente differente rispetto alla generalità degli altri Stati. Nel caso statunitense, la risoluzione si colloca in un quadro precipuo e fortemente *sui generis* che vede negli Stati Uniti gli artefici e i promotori - e solo raramente gli attuatori - delle più rilevanti misure atte a combattere il terrorismo internazionale. In tale campo, infatti, l'attivismo dell'amministrazione statunitense si è andato progressivamente rafforzando sia in ambito nazionale, con l'elaborazione di una strategia antiterroristica ampia e onnicomprensiva, che in ambito internazionale, con la promozione di proposte e iniziative di rilievo. La risoluzione 1373 (2001)³ nonché la successiva 1540 (2004)⁴, prime espressioni dei già citati poteri legislativi del Consiglio di Sicurezza, costituiscono un'innegabile prova dell'influsso e del dinamismo statunitense in materia di sicurezza e terrorismo internazionale. Gli Stati Uniti sembrano così presentarsi come un vero e proprio centro di gravità attorno a cui ruota, in un moto ellittico, la maggioranza degli altri Stati e lo stesso Consiglio di Sicurezza. È possibile richiamare, in tal senso, la prima legge di Keplero⁵ conformemente alla quale i pianeti seguono un moto irregolare che li conduce ad avvicinarsi progressivamente al sole fino a raggiungere il perielio - punto di massima prossimità - per poi distaccarsene fino a collocarsi sull'afelio – punto di massima distanza. Parimenti, gli Stati e il Consiglio di Sicurezza percorrono una traiettoria ellittica attorno agli Stati Uniti d'America in virtù della quale raggiungono il perielio nei momenti di emergenza internazionale e di emersione di minacce terroristiche per poi, gradualmente, muoversi verso l'afelio via via che la minaccia si allontana e che si

² Il Consiglio di Sicurezza, nella Risoluzione 2178, esprime la sua più grande preoccupazione riguardo il fenomeno dei Foreign Terrorist Fighters che aumentano “the intensity, duration and intractability of conflicts, and also may pose a serious threat to their States of origin, the States they transit and the States to which they travel, as well as States neighbouring zones of armed conflict in which foreign terrorist fighters are active and that are affected by serious security burdens”.

³ Il Consiglio di Sicurezza, con la risoluzione 1373 (2001), inaugura la fase legislativa, imponendo agli Stati di prevenire e reprimere il finanziamento di atti terroristici, criminalizzare la raccolta diretta e indiretta di fondi che risulti condotta con tale obiettivo e procedere senza indugio al congelamento di fondi e risorse finanziarie di chiunque commetta, tenti di commettere o partecipi ad atti terroristici. Per un'interessante analisi della risoluzione in questione, si veda J. N. OKEKE, “*The United Nations Security Council Resolution 1373: An appraisal of lawfare in the fight against terrorism*” in *Journal of Law and Conflict Resolution*, Vol. 6/3, 2014, pp. 39-47.

⁴ La risoluzione 1540 (2004) è relativa alle armi di distruzione di massa e detta agli Stati una serie di obblighi tra cui quello di astenersi dal fornire sostegno ad attori non statali nell'accesso ad armamenti di distruzione di massa, materiali e tecnologie.

⁵ Secondo la prima legge di Keplero “le orbite descritte dai pianeti attorno al sole sono ellissi di cui il sole occupa uno dei fuochi”.

ristabiliscono condizioni di normalità. La prospettata ellitticità delle relazioni intercorrenti tra gli Stati Uniti d'America da un lato e la generalità degli altri Stati (in particolare, ma non soltanto, quelli occidentali) e il Consiglio di Sicurezza dall'altro lato si presta a trovare indubbia conferma in riferimento alla risoluzione 2178 (2014). La legislazione antiterroristica statunitense atta a far fronte al fenomeno dei *Foreign Terrorist Fighters*, infatti, non solo precede cronologicamente l'adozione della risoluzione ma sembra, altresì, influenzarla contenutisticamente, confermando la forte attrazione esercitata dal fuoco centrale sull'insieme dei pianeti. In riferimento al caso statunitense, pertanto, piuttosto che parlare di misure attuative della risoluzione 2178, ci si dovrebbe più correttamente riferire a misure "anticipatorie" della stessa e condurre un'analisi del tutto ribaltata che le mosse dalla legislazione antiterroristica in precedenza vigente e ne valuti il grado di influenza sull'elaborazione della Risoluzione.

2. I *Foreign Terrorist Fighters* e gli *Unlawful Enemy Combatants*: una linea di prospettata continuità

Gli attuali *Foreign Terrorist Fighters* si presentano come una figura di combattenti non del tutto estranea all'ordinamento nazionale degli Stati Uniti d'America e alla prassi statunitense in materia di lotta al terrorismo internazionale. Pur non trovandovi attualmente alcuna precipua definizione, gli stessi, sembrano richiamare la nozione di *unlawful enemy combatants* dalla quale risulta necessario muovere le mosse. I combattenti nemici affondano le loro radici nell'Ordine Militare del 2001⁶ con il quale il Presidente statunitense ha istituito una serie di commissioni militari competenti a detenere e processare chiunque fosse membro di Al-Qaeda o avesse compiuto o supportato atti di terrorismo internazionale pregiudizievoli per la sicurezza degli Stati Uniti. Il Presidente e l'amministrazione statunitense hanno in seguito iniziato a riferirsi agli individui detenuti sulla base del *Military Order* in questione con il termine di *enemy combatants*, ritenendo di rinvenirne copertura legale e legittimazione nel caso *Ex Parte Quirin*⁷. Il *Combatant Status Review Guidelines* del 2004⁸ i combattenti nemici hanno

⁶ "Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism" 66 Fed. Reg. 57,833 (Nov. 16, 2001) emanato sulla base dei poteri conferiti al Presidente dal precedente atto congressuale *Authorization for Use of Military Force*, Public Law 107 – 40 - (Sept. 18, 2001). Per un approfondimento, si consulti M. C. WEED, *Authorization for Use of Military Force: Issues Concerning Its Continued Application*, in Congressional Research Service, 14 Aprile 2015 disponibile on-line all'indirizzo <https://www.fas.org/sgp/crs/natsec/R43983.pdf>; J. DASKAL - S. VLADECK, *After AUMF* in Harvard National Security Journal, Vol. 5, 2014.

⁷ Per un approfondimento sul caso *Ex Parte Quirin* si veda R. E. CUSHMAN, "Ex Parte Quirin et al The Nazi Saboteur Case", in *Cornell Law Review*, Vol. 28, 1942. Il caso è relativo all'istituzione da parte del Presidente di una serie di tribunali militari con il fine di processare otto sabotatori tedeschi che avevano fatto ingresso in territorio statunitense sotto la direzione delle forze armate di uno Stato nemico, senza avere un'uniforme e con lo scopo di distruggere alcune proprietà usate dagli Stati Uniti a fini bellici. La nozione di combattenti nemici che si è

ricevuto una prima definizione formale e completa, successivamente confluita, in termini molto più ampi, nel *Military Commission Act* del 2006⁹. Si tratta di una nozione dal campo applicativo ben mirato e specifico che richiede, quali fattori necessari per ricadere nella qualificazione di *enemy combatants*, l'associazione ai Talebani, ad Al Qaeda - o a forze con questi correlate - e la contemporanea conduzione di atti di ostilità contro gli Stati Uniti o i loro cobelligeranti. La nozione in questione, pertanto, si rende artefice della nascita di un'inedita tipologia di combattenti, non riconducibile a preesistenti categorie giuridiche né collocabile nel solco del diritto internazionale umanitario. Le Convenzioni di Ginevra del 1949, nucleo portante dello stesso, non conoscono, infatti, zone franche né categorie giuridiche interposte tra combattenti – legittimi e illegittimi – e civili¹⁰. Chiunque cada nelle mani del nemico si presta ad avere un proprio *status* nel *corpus* del diritto umanitario, non essendo possibile situarsi al di fuori dello stesso. Nel caso in cui non ricorrano i requisiti necessari per la qualifica di combattente legittimo-prigioniero di guerra, si ricade, infatti, nella residuale categoria di persone protette dalla IV Convenzione. La stessa, in virtù dell'art. 4¹¹, risulta dotata di un campo di applicazione tendenzialmente onnicomprensivo e idoneo a ricomprendere chiunque abbia preso parte alle ostilità in maniera illegittima - con la sola esclusione dei cittadini di uno Stato non vincolato dalla

affermata in seguito agli attentati terroristici del 2001, pertanto, non sembra trovare riscontro né alcuna potenziale simmetria con il caso in esame.

⁸ Il *Combatant Status Review Guidelines* definisce i combattenti nemici come “individual who was part of or supporting Taliban or Al Qaida forces, or associated forces that are engaged in hostilities against the United States or its coalition partners. This includes any person who has committed a belligerent act or has directly supported hostilities in aid of enemy armed force.”

⁹ Il *Military Commission Act* introduce la figura dei combattenti nemici nell'impianto legislativo statunitense, conferendo perciò alla stessa carattere permanente e sganciandola dalla situazione emergenziale e temporanea che ne aveva, inizialmente, comportato la nascita. La Sez. 948 a (1) (A) definisce *unlawful enemy combatant* come “(i) a person who has engaged in hostilities or who has purposefully and materially supported hostilities against the United States or its co-belligerents who is not a lawful enemy combatant (including a person who is part of the Taliban, al Qaeda, or associated forces); or “(ii) a person who, before, on, or after the date of the enactment of the Military Commissions Act of 2006, has been determined to be an unlawful enemy combatant by a Combatant Status Review Tribunal or another competent tribunal established under the authority of the President or the Secretary of Defense”. Si veda a riguardo, A. M. DANNER, *Defining Unlawful Enemy Combatants: A Centripetal Story*, in *Texas International Law Journal*, Vol. 43/1, 2007, che evidenzia definizione di *legal enemy combatant* contenuta nell'atto congressuale quella della III Convenzione di Ginevra *unlawful enemy combatants* di *unlawful* del diritto umanitario.

¹⁰ I. PAPANICOLOPULU - T. SCOVAZZI, *Conflitti armati e situazioni di emergenza: la risposta del diritto internazionale. relazioni al ciclo di conferenze tenuto nell'Università di Milano-Bicocca*, Giuffrè Editore, 2007, p. 33, secondo cui “sia il diritto consuetudinario che quello convenzionale dei conflitti armati obbligano a qualificare gli individui come combattenti o come appartenenti alla popolazione civile. I primi se catturati sono protetti dalla III Convenzione, i secondi dalla IV. Tertium non datur.” Si veda anche R. VARK, *The Status and Protection of Unlawful Combatants*, in *Juridica International*, n. 10/2005 che afferma che “International humanitarian law is constructed on the understanding that all persons in armed conflict can be divided into two opposite categories: combatants and civilians.... there are no uncertainties, and no-one is left out”.

¹¹ Conformemente all'art. 4 della IV Convenzione di Ginevra.

Convenzione o di Stati neutrali o cobelligeranti. In caso sussistano dubbi circa l'appartenenza di un determinato individuo all'una o all'altra categoria, inoltre, lo stesso dovrà essere considerato e trattato come prigioniero di guerra finchè un tribunale competente ne determinerà lo *status*.

In ragione di quanto finora affermato, pur volendo accogliere la tesi statunitense che nega ai combattenti in questione lo *status* di prigionieri di guerra¹², sembra giuridicamente difficile avallare la mancata riconduzione degli stessi alla IV Convenzione di Ginevra – vera e propria rete di sicurezza¹³ per coloro che sfuggono al campo applicativo della III Convenzione. I Talebani e gli associati alle forze di Al-Qaeda risultano perciò protagonisti di un'operazione dai contorni artificiali e dalla dubbia legittimità in virtù della quale si trasformano da *unlawful combatants* ad *unlawful enemy combatants*, collocandosi in un controverso limbo che li priva delle pur modeste garanzie previste per i primi. In ragione di ciò, la matrice concettuale - giuridica dei combattenti nemici sembra farsi testimone della nascita di un inedito paradigma di conflitto - la *global war on terrorism* - nel quale il combattente diviene nemico per l'affiliazione ad un gruppo terroristico più che per la partecipazione ad un conflitto armato e perde, in conseguenza, alcune delle più importanti garanzie in materia di diritti fondamentali. Ciò risulta in sostanziale convergenza con quanto postulato dalla teoria del “diritto penale del nemico”¹⁴ che identifica il presupposto del reato nel suo autore e non nell'azione criminosa¹⁵. Tale teoria, per quanto elaborata¹⁶ con prevalente riferimento all'universo del diritto penale e non anche bellico, sembra trascendere da entrambi per avvilupparsi completamente attorno al concetto di nemico – un nemico di stampo politico e sociologico prima ancora che giuridico. Ne emerge un paradigma nel quale il bisogno di sicurezza vede attribuirsi la delicata funzione di selezionare i comportamenti criminali, identificando e categorizzando come *enemy* chiunque si presenti provvisto di un presunto

¹² Secondo Bush, la Convenzione non si applica al conflitto tra Al-Qaeda e Stati Uniti dato che Al-Qaeda non ne è membro. I Talebani, invece, secondo quanto affermato dall'amministrazione statunitense, pur rientrando nel campo applicativo della Convenzione, non godono del trattamento riservato ai prigionieri di guerra in quanto non rispettosi delle leggi e usi di guerra, requisito necessario per godere di tale status. Per un approfondimento specifico si veda G. H. ALDRICH, “*The Taliban, al Qaeda, and the Determination of Illegal Combatants*”, in *The American Journal of International Law*, Vol. 96/891, 2002; M. MOFIDI – A. E. ECKERT, *Unlawful Combatants or Prisoners of War: The Law and Politics of Labels in Cornell International Law Journal*, Vol. 36, 2003.

¹³ Cfr. R. VARK, *op.cit.*, secondo cui “The mere fact that a person has unlawfully participated in hostilities does not mean that he automatically loses all protection under the Fourth Convention. Indeed, a contrarian approach would simply place such a person outside the law and reduce the meaning of the Fourth Convention significantly. The latter serves as a safety net protecting all captured persons who fail to qualify for protection under other three Geneva Conventions”.

¹⁴ Per un interessante analisi sulla teoria del “diritto penale del nemico”, si consulti R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, Giappichelli, 2008; D. PULITANO, *Lo sfaldamento del sistema penale e l'ottica amico-nemico*, in *Questione Giustizia*, 2006.

¹⁵ Cfr. L. FERRAJOLI, *Il diritto penale del nemico e la dissoluzione del diritto penale*, in *Questione Giustizia*, 2006, p. .

¹⁶ G. JACOBS, *Terroristen als Personem im Reich?*, in *ZstW*, 2005, p. 839.

indice di ostilità e rendendolo oggetto di un significativo abbassamento delle garanzie individuali. La teoria del “diritto penale del nemico” risulta pienamente confacente con il fenomeno degli *unlawful enemy combatants*, detenuti a Guantanamo senza alcun capo di accusa precipuo – se non quello di essere *enemy* della sicurezza nazionale statunitense - e in condizioni non pienamente rispettose di alcuni dei più importanti standard in materia di diritti umani.

Non sorprende perciò che la Corte Suprema abbia preso più volte posizione sulla questione, rendendosi artefice di un sempre più marcato riconoscimento dei diritti dei combattenti nemici¹⁷. Fin dalle prime pronunce, la stessa ha dichiarato non applicabile ai detenuti di Guantanamo il criterio strettamente territoriale elaborato nel caso *Eisentrager*¹⁸, affermando la possibilità delle Corti Federali di prendere in considerazione le richieste di *habeas corpus*¹⁹ degli *enemy combatants*²⁰. Sebbene il *Lease Act* del 1903 attribuisca a Cuba la sovranità formale sulla Baia di Guantanamo, quest’ultima, infatti, risulta sotto la giurisdizione pressoché piena ed esclusiva degli Stati Uniti con la conseguenza che i combattenti ivi detenuti hanno il diritto di adire le Corti Federali degli stessi per contestare la loro detenzione. In risposta, il Dipartimento della Difesa ha istituito i *Combatant Status Review Tribunals* che vedono attribuirsi la funzione di riesaminare la posizione dei detenuti a Guantanamo per stabilire, caso per caso, se questi risultano correttamente designati come combattenti nemici²¹. È proprio tale qualificazione, tuttavia, a risultare di per sé contestabile, non ricollegandosi ad alcuno *status* esistente nel diritto internazionale umanitario, ma prestandosi, piuttosto, ad includerne diversi e a non riconoscerne nessuno. Un detenuto che si veda confermare dai *Combatant Status Review Tribunals* come combattente nemico potrebbe avere, potenzialmente, le caratteristiche necessarie per il conferimento dello *status* di combattente legittimo - o illegittimo - ma rimarrà un combattente nemico e continuerà ad essere

¹⁷ Già nel caso *Hamdi v. Rumsfeld* (542 U.S. 507 2004), la Corte, pur riconoscendo il potere del Governo di detenere i combattenti nemici, ha statuito che quest’ultimi dovessero avere il diritto ad un giusto processo e a contestare il loro *status* di combattenti nemici dinanzi un Tribunale competente. Per un approfondimento sul caso, si veda J. B. ANDERSON “*Hamdi v. Rumsfeld: Judicious Balancing at the Intersection of the Executive 's Power to Detain and the Citizen-Detainee's Right to Due Process*”, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 95, 2005.

¹⁸ Nel caso *Johnson c. Eisentrager*, (339 U.S. 763 1950), la Corte stabilì che i 21 cittadini tedeschi catturati dalla forze armate statunitensi in Cina, processati e condannati per crimini di guerra - e in seguito detenuti a Landsberg in Germania – non potevano beneficiare dell’*habeas corpus*, poiché essi “*at no relevant time were within any territory over which the United States is sovereign*”.

¹⁹ L’*habeas corpus* costituisce uno dei più importanti strumenti di salvaguardia della libertà individuale contro detenzioni arbitrarie ed extragiudiziali. In virtù di ciò risulta riconosciuto e tutelato in tutti i più importanti strumenti di tutela dei diritti umani. Si vedano l’art. 9 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, l’art. 9 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici e l’art. 5 della C

²⁰ Quanto riportato è stato statuito dalla Corte Suprema nella sentenza *Rasul v. Bush* (542 U.S. 466 – 2004) che viene analizzata in modo critico e specifico in R. N. JONAKAIT, “*Rasul v. Bush: Unanswered Questions*”, in *William & Mary Bill of Rights Journal*, Vol. 13/1103, 2005.

²¹ Si stima che gli stessi abbiano confermato lo status di più di 520 combattenti nemici.

detenuto in quanto tale²². Si delinea, in tal modo, un circolo dalla matrice controversa che sembra ricondurre al punto di partenza e mai a una soluzione e nel quale viene ad introdursi un evidente braccio di ferro tra poteri dello Stato²³. Ne costituisce innegabile conferma l'adozione del *Military Commissions Act* del 2006²⁴ con il quale l'amministrazione e il Congresso statunitense arrivano quasi a porsi in rotta di collisione con la Corte Suprema²⁵. Materia di scontro è, ancora una volta, l'*habeas corpus* dei combattenti nemici. Il *Military Commission Act* del 2006 non solo riafferma il divieto per i combattenti nemici di inviare alle Corti Federali richieste di *habeas corpus* ma contribuisce, altresì, ad allargare la sua portata²⁶, conferendogli carattere retroattivo ed estendendolo a tutti i combattenti nemici stranieri detenuti in territorio statunitense - e non più solo ai detenuti di Guantanamo. Non sorprende perciò che la Corte Suprema ne abbia successivamente dichiarato l'illegittimità, qualificandolo, in virtù della *Suspension Clause*, come sospensione incostituzionale dell'*habeas corpus* degli *enemy combatants*. In ultima analisi, i combattenti nemici hanno conosciuto grazie alla giurisprudenza della Corte Suprema un graduale riconoscimento dei loro diritti che è risultato però spesso astratto e ben poco palpabile. Le azioni intraprese dall'amministrazione statunitense, infatti, lungi dal dare un

²² Si veda a riguardo J. BLOCHER, *Combatant Status Review Tribunals: Flawed Answers to the Wrong Question*, in *The Law Yale Journal*, Vol. 116/667, 2006, secondo cui "The Combatant Status Reviews Tribunals were not competent to deny prisoner of war status because they were charged only with identifying enemy combatants, a broad category that by its own terms includes many prisoners of war. Given the substantial overlap between the definitions of enemy combatant and prisoners of war, a CSRT's affirmative enemy combatant determination actually supports a detainee's POW status. Thus, even after their enemy combatant status has been adjudicated by the CSRTs, Guantánamo detainees should still be treated as presumptive POWs". Per la tesi contraria, si consulti invece G. CORN - E. TALBOT - J. S. WATSS, *Understanding the Distinct Function of the Combatant Status Review Tribunals: A Response to Blocher* in *The Yale Law Journal Pocket part* Vol. 116/327, 2007 disponibile on-line http://yalelawjournal.org/2007/04/11/corn_jensen_watts.html.

²³ Si veda, a tal proposito, S. SANTOLI, *U.S.A: Eppure (r)esistono. Habeas corpus, due process of law, checks and balances. In margine alle sentenze della Corte Suprema del 28/6/2004*, secondo cui l'intransigenza della Corte Suprema costituisce "un segno non trascurabile del buon funzionamento del meccanismo di checks and balances, considerato anche che l'attuale Corte Suprema passa per una delle più conservatrici della storia".

²⁴ Il *Military Commission Act* è stato approvato in seguito al caso *Hamdan contro Rumsfeld* nel quale la Corte Suprema ha affermato che le commissioni militari costituite in base all'Ordine Militare del 2001 violano sia il diritto federale statunitense - in specifico il *Uniform Code of Military Justice* - che gli standard minimi previsti dall'art. 3 delle Convenzioni di Ginevra del 1949 del quale stabilisce l'applicabilità ai detenuti di Guantanamo. Per un approfondimento sul caso, si veda A. S. WEINER, *Hamdam, Terror, War* in *Lewis & Clark Law Review*, Vol. 11/4, 2007, pp. 998-1021; J. SINGER, *Hamdan as an Assertion of Judicial Power* in *Maryland Law Review*, Vol. 66/759, 2007.

²⁵ Cfr. F. DE LONDRAS, *Guantánamo Bay: Towards Legality?*, in *The Modern Law Review*, Vol. 71, 2008 secondo cui l'atto congressuale in oggetto costituisce un tentativo dell'amministrazione statunitense di tenere le Corti Federali il più lontano possibile dalla questione relativa dei detenuti a Guantanamo.

²⁶ Il precedente *Detainee Treatment Act* del 2005 proibisce trattamenti inumani e degradanti nei confronti di tutti i prigionieri sotto detenzione o custodia degli Stati Uniti ma vieta contemporaneamente agli stessi di presentare nuove richieste di *habeas corpus* alle Corti statunitensi. Il divieto non ha tuttavia portata retroattiva e si applica soltanto ai combattenti nemici detenuti nella Baia di Guantanamo. Per un approfondimento, si veda M. J. GARCIA, *Interrogation of Detainees: Requirements of the Detainee Treatment Act* agosto 2009.

seguito puntuale a quanto statuito dalla Corte, si sono rivelate parziali e spesso del tutto fittizie, lasciando i detenuti di Guantanamo in una condizione non molto differente da quella originaria. La stessa giurisprudenza della Corte Suprema, per quanto spesso temeraria e ardita, non si è mai addentrata nel cuore del diritto internazionale umanitario e nelle problematiche relative alla controversa definizione di *unlawful enemy combatants*, vera e ultima condanna dei detenuti di Guantanamo. Primo e determinante elemento che pone gli *enemy combatant* in linea di sostanziale continuità con gli odierni *Terrorist Foreign Fighters* è proprio il concetto di nemico. Entrambi i combattenti in questione, infatti, si collocano nel più ampio e generale paradigma della guerra al terrorismo che - contrariamente alle ordinarie tipologie di conflitto - non conosce altri nemici se non i terroristi stessi o i presunti tali. I *Foreign Terrorist Fighters* appaiono, in tal senso, come un'inedita categoria di *enemies* che si distacca qualitativamente e quantitativamente da quella dei combattenti nemici ma che appare, al contempo, un'evoluzione-metamorfosi della stessa. Ciò emerge con evidenza qualora ci si soffermi sulla nozione che il Consiglio di Sicurezza, nella risoluzione 2178, fornisce degli stessi: “*individuals who travel to a State other than their States of residence or nationality for the purpose of the perpetration, planning, or preparation of, or participation in, terrorist acts or the providing or receiving of terrorist training, including in connection with armed conflict*”. Al fine di essere qualificato come *Foreign Terrorist Fighters*, pertanto, non risulta necessario che nel conflitto cui il combattente si unisce – o mira ad unirsi – prendano parte gli Stati Uniti né che il combattente sia associato ai Talebani, ad Al-Qaeda o a forze a questi correlate. In ragione di ciò, la nozione di combattente terrorista straniero si presenta come un inedito e vastissimo allargamento della precedente definizione di *enemy combatants* che appare, in tal senso, emblematicamente “globalizzata”. Dalle caratteristiche generali che la risoluzione 2178 conferisce alla figura dei *Foreign Terrorist Fighters* non può che dedursi l'affermazione di un regime spiccatamente globale, applicabile ovunque esploda un conflitto armato che risulti caratterizzato dal coinvolgimento di una qualsivoglia entità terroristica o dalla conduzione di atti terroristici in senso lato. Ne costituisce conferma il ricorso del Consiglio di Sicurezza ai già citati poteri legislativi che rappresentano emblema indiscusso della volontà di delineare un regime non più circoscritto a teatri di guerra predeterminati o ad entità terroristiche specifiche. I combattenti terroristi stranieri appaiono, alla luce di quanto sostenuto, come una figura di *enemies* che meglio si adatta al concetto di *global war on terror*, contribuendo a conferire alla stessa connotati ancor più ampi e onnicomprensivi. In tale paradigma, il solo ed unico elemento che si presta ad arginare un'altrimenti sconfinata estensione della figura degli *enemy combatants* è costituito dalla cittadinanza del combattente. Contrariamente a quanto avviene in relazione agli *enemy combatants*, infatti, è da escludere che un combattente possa qualificarsi come *Foreign Terrorist Fighters* nel caso in cui risulti dotato della cittadinanza o della residenza dello Stato dove il conflitto armato si svolge. Ciò nonostante, qualora si

escluda e si isoli tale fattore, può indubbiamente asserirsi che tutti gli *unlawful enemy combatants* siano qualificabili come *Foreign Terrorist Fighters* senza che risulti contemporaneamente valida la relazione inversa. Chiunque prenda parte ad un conflitto armato che vede il coinvolgimento di un'entità terroristica diversa da Al-Qaeda e nel quale non risultino implicati gli Stati Uniti o i loro cobelligeranti, potrà essere qualificato come combattente terrorista straniero ma non nemico. Ciò costituisce un'innegabile conferma della maggiore estensione della categoria dei *Foreign Terrorist Fighters* che si spinge fino ad includere, quasi completamente, quella dei combattenti nemici. Tale ampliamento, lungi dal limitarsi al profilo soggettivo della nozione in questione, arriva a coinvolgere anche il momento della qualificazione del combattente terrorista straniero. Al fine di essere categorizzati come *Foreign Terrorist Fighters*, infatti, non è richiesta la concreta partecipazione – diretta o indiretta – al conflitto armato, essendo condizione sufficiente il tentativo di raggiungere lo Stato estero dove lo stesso si svolge. Ci si sposta, su un terreno estremamente differente che vede la cattura in territorio straniero trasformarsi in repressione penale nazionale e il diritto bellico - o presunto tale - divenire penale. Il collegamento dei *Foreign Terrorist Fighters* con l'attività militare appare conseguentemente sfumato e solo prospettico, essendo i combattenti in oggetto perseguibili e punibili ancor prima di divenire concretamente tali. Ne emerge un *framework* giuridico dove il diritto internazionale umanitario, pur venendo espressamente richiamato dalla risoluzione 2178 che ne prescrive più volte il rispetto, perde gran parte della sua importanza e finisce per ricoprire un ruolo del tutto marginale e periferico.

In conclusione, risulta necessario soffermarsi sulla valenza generale della risoluzione 2178 (2014) e sugli effetti che essa riverbera sui combattenti terroristi stranieri. La risoluzione conferisce ai *Foreign Terrorist Fighters* una legittimazione internazionale di cui i precedenti combattenti nemici erano del tutto sprovvisti, permettendo di collocarli in un campo meno controverso e dotato di connotati prettamente giuridici e di confini precisi. Appare così difficile che i combattenti terroristi stranieri si vedano spogliati di importanti diritti individuali - quali l'*habeas corpus* o il diritto ad un giusto processo - per il solo fatto di essere qualificati come terroristi ed essere perciò considerati *enemies*. L'anticipazione della condotta materiale sanzionabile propria della figura dei *Foreign Terrorist Fighters* appare, in tal senso e limitatamente ad esso, riequilibrata dal fatto che gli stessi si prestano a godere appieno di importanti diritti individuali dei quali erano stati di fatto privati i combattenti nemici.

3. Le relazioni ellittiche tra la legislazione antiterroristica statunitense e la risoluzione 2178 (2014)

La risoluzione 2178/2014 appare legata alla normativa penale statunitense in materia di terrorismo da un innegabile corda che, pur mostrandosi con diversi gradi di intensità e consistenza, finisce per

imporsi in modo evidente agli occhi dei giuristi più attenti. Ci si trova dinanzi ad un gioco di specchi estremamente complesso e multiforme che sembra sfociare, a volte, in una partita a senso unico, convalidando il carattere *ellittico* delle relazioni intercorrenti tra gli Stati Uniti e la generalità degli altri Stati occidentali. In un momento di emergenza internazionale segnato dalla tempestosa emersione dello Stato Islamico, quale quello di poco precedente all'adozione della risoluzione, l'attrazione del centro di massa sembra essere esponenzialmente cresciuta, conducendo gli altri pianeti in prossimità del perielio. Ciò è desumibile soprattutto da un analitico e necessario raffronto tra il par. 6 del dispositivo della risoluzione 2178 - epicentro e nucleo portante della stessa - e la precedente legislazione antiterroristica statunitense. La criminalizzazione delle condotte indicate nel paragrafo in questione, infatti, ha avuto luogo nell'ordinamento statunitense già con il *Violent Crime Control and Law Enforcement Act* del 1996 e l'*Antiterrorism and Effective Death Penalty Act*²⁷ ed è stata estesa e rafforzata con il successivo *Usa Patriot Act*²⁸ nel 2001. Tutta la citata legislazione è confluita nel Capo 18 del Codice degli Stati Uniti d'America che, nella Sez. 2339 A, 2339 B e 2339 C, procede alla criminalizzazione di condotte significativamente legate all'attuale fenomeno dei *Foreign Terrorist Fighters* e perciò poste in stretto legame con la risoluzione 2178. Una pur breve analisi delle disposizioni in oggetto si rende perciò necessaria al fine di valutare, successivamente, l'*an* e il *quantum* della loro prospettata influenza sul par. 6 della risoluzione. La prima (Sez. 2339 A)²⁹ criminalizza e punisce chiunque fornisca, tenti o complotti di fornire supporto materiale e risorse per la commissione di una serie di specifici reati di stampo terroristico che vengono richiamati direttamente dalla disposizione. Nella fattispecie criminosa in esame, pertanto, appare del tutto centrale la natura del crimine che il soggetto si propone di supportare e non assume alcuna rilevanza il destinatario del supporto stesso -

²⁷ L'*Antiterrorism and Effective Death Penalty Act*, approvato nel 1996 in seguito al primo *World Trade Center* (1993) e Oklahoma City (1995), risulta già indirizzato verso una lotta al terrorismo in chiave prevalentemente preventiva. Si veda, a proposito, A. PETERSON, *Addressing Tomorrow's Terrorists*, in *Journal of National Security Law e Policy*, Vol. 2/297, 2008; R. M. CHESNEY, *The Sleeper Scenario: Terrorism Support Laws and the Demands of Prevention*, in *Harvard International Law Journal*, Vol. 1, 18-29, 2005.

²⁸ L'*Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001* è stato approvato dal Congresso statunitense a circa un mese di distanza (28 ottobre 2001) dagli attentati terroristici del 2001 e risente perciò della situazione di urgenza e di emergenza generata dagli attentati stessi. L'atto contribuisce a rafforzare i poteri dei corpi di polizia e di spionaggio statunitensi quali CIA, FBI e NSA e in generale l'attività di sorveglianza. In particolare, ne risulta ampliata la possibilità di effettuare intercettazioni telefoniche, l'accesso a informazioni personali e il prelevamento delle impronte digitali nelle biblioteche.

²⁹ La Sez. 2339 A del Capo 18 del Codice dispone: "Whoever provides material support or resources or conceals or disguises the nature, location, source, or ownership of material support or resources, knowing or intending that they are to be used in preparation for, or in carrying out, a violation of section or in preparation for, or in carrying out, the concealment of an escape from the commission of any such violation, or attempts or conspires to do such an act, shall be fined under this title, imprisoned not more than 15 years, or both, and, if the death of any person results, shall be imprisoned for any term of years or for life".

che potrà ma non dovrà necessariamente essere un'organizzazione terroristica straniera. Differentemente e quasi inversamente, la Sez. 2339 B³⁰ criminalizza il sostegno fornito ad un'organizzazione terroristica straniera, riconosciuta e qualificata come tale dal Segretario di Stato secondo le modalità previste dalla Sez. 1189 del Codice stesso³¹. Le specifiche categorie di reati che l'organizzazione terroristica potrebbe successivamente commettere non assumono, nel caso di specie, alcun rilievo. La Sez. 2339 C³², infine, è volta a criminalizzare la condotta di chi raccoglie fondi, in maniera diretta e indiretta, per supportare uno dei reati terroristici indicati dalla disposizione stessa. Ci si trova, pertanto, dinanzi a tre crimini specifici che attengono a condotte materiali tra loro differenti e difficilmente assimilabili. La loro matrice antiterroristica e le innumerevoli caratteristiche comuni di cui risultano dotati, tuttavia, rendono possibile un esame generale ed incrociato degli stessi già a partire dagli aspetti attinenti alla loro qualificazione.

Dalle disposizioni esaminate emergono, almeno apparentemente, alcune caratteristiche proprie della

³⁰ Nella Sez. 2339 B del Capo 18 del Codice si legge: “Whoever knowingly provides material support or resources to a foreign terrorist organization, or attempts or conspires to do so, shall be fined under this title or imprisoned not more than 15 years, or both, and, if the death of any person results, shall be imprisoned for any term of years or for life”.

³¹ Al fine di procedere alla designazione di una *foreign terrorist organization*, il Segretario di Stato deve verificare che sussistano cumulativamente tre condizioni, ovvero che l'organizzazione sia straniera, che sia impegnata in attività terroristiche e che tali attività minaccino direttamente la sicurezza nazionale degli Stati Uniti d'America. Il processo è disciplinato dalla Sez. 219 dell' *Immigration and Nationality Act*. Tra la copiosa letteratura in merito al procedimento di designazione, si consulti D. COLE, *The New McCarthyism: Repeating History in the War in Terrorism* in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Vol. 38, 2003, secondo cui la normativa in questione conferisce al Segretario di Stato un virtuale assegno in bianco, permettendogli di designare “any foreign organization that has ever used or threatened to use a weapon against person or property and whose activities are contrary to our foreign policy, national defense, or economic interests.”. Si veda anche R. N. JONAKAIT, *A double due process denial: the crime of providing material support or resources to designed foreign terrorist organizations* in *New York Law School Law Review*, Vol. 48, 2003, che considera il procedimento in oggetto come una doppia violazione del giusto processo poiché esso non fornisce all'organizzazione la possibilità di averne notizia e di intentare un processo e, al contempo, non fornisce all'individuo eventualmente imputato sulla base della Sez. 2339 B la possibilità di impugnare la validità della designazione dell'organizzazione a cui ha fornito supporto. Per la tesi contraria, si consulti invece A. SCHWARTZ, *National Security and the Protection of Constitutional Liberties: How the Foreign Terrorist Organization List Satisfies Procedural Due Process*, in *Penn State Journal of Law & International Affairs*, Vol. 3/1, aprile 2014, secondo cui il procedimento in esame soddisfa appieno i requisiti procedurali del giusto processo in quanto prevede non poche modalità tramite cui un'organizzazione terroristica straniera può giungere alla sua rimozione dalla lista: entro trenta giorni dalla designazione, la stessa può rivolgersi alla Corte Distrettuale della Columbia per richiedere la cancellazione; si può, in qualunque momento, essere rimossi dal Congresso o dal Segretario di Stato e, infine, allo spirare di due anni, l'organizzazione ha la possibilità di rivolgere una petizione al Dipartimento di Stato.

³² Così stabilisce la Sez. 2339C: “Whoever, in a circumstance described in subsection (b), by any means, directly or indirectly, unlawfully and willfully provides or collects funds with the intention that such funds be used, or with the knowledge that such funds are to be used, in full or in part, in order to carry out...”. Per un approfondimento generale sulle dinamiche legate al finanziamento al terrorismo si veda S. BARADARAN – M. FINDLEY - D. NIELSON – J. SHARMAN, *Funding Terror* in *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 162/477, 2014; L. K. DONOHUE, *Constitutional and legal challenges to the anti-terrorist finance regime* in *Wake Forest Law Review*, Vol. 43, 2008.

responsabilità penale per complicità o concorso. Chi fornisce il supporto, infatti, diviene complice dell'organizzazione terrorista o del terrorista non affiliato, concorrendo a facilitarne condotte criminose specifiche e - o a potenziarne il raggio generale di attività. Ciò nonostante, nei casi in esame, la responsabilità penale in capo a chi fornisce il sostegno viene a determinarsi indipendentemente dalla concretizzazione finale del crimine da parte di chi lo riceve³³: è il supporto stesso ad assurgere al rango di reato, in maniera del tutto autonoma e autosufficiente rispetto alle azioni criminose che il suo destinatario potrà compiere in seguito³⁴. Conseguentemente, risulta da escludersi una piena riconducibilità di tali fattispecie ai casi tradizionali di complicità e concorso nel reato, potendosi più appropriatamente qualificare le stesse come *like-complicity crimes* o *proximity crimes*. Ci si trova, infatti, dinanzi a condotte criminalizzate per la mera vicinanza ad altri crimini che, in quanto dotati di un alto indice di pericolosità e offensività, necessitano di essere combattuti in chiave prettamente preventiva e anticipatoria³⁵. In relazione alla normativa antiterroristica statunitense, la *proximity* in oggetto appare a volte più marcata e concreta, altre volte, meno evidente e solo astrattamente configurabile, prestando il fianco a non poche problematicità. Le disposizioni in esame configurano, infatti, fattispecie penali a condotte multiple che, criminalizzando non solo la concreta fornitura di supporto ma altresì il tentativo o il mero complotto di fornirlo, si rendono artefici di un'equiparazione di comportamenti tra loro significativamente diversi. Il *tentativo* di commettere un crimine consiste nella non avvenuta consumazione dello stesso a causa di circostanze indipendenti ed esterne rispetto al soggetto che agisce³⁶. La *conspiracy*, invece, viene ad essere integrata dal mero accordo di perpetrare il crimine,

³³ Cfr. N. ABRAM, *Anti-Terrorism and Criminal Enforcement*, West Academic Press, Saint Paul, 2008, pp. 477-535.

³⁴ Per un approfondito confronto tra le fattispecie criminose in esame e i tipici casi di reato per complicità, si veda N. ABRAM, *The Material Support Terrorism Offenses: Perspectives Derived from the (Early) Model Penal Code*, in *Journal of National Security Law e Policy*, Vol. 1/5, 2005, che evidenzia la sussistenza di altri rilevanti differenze a tal proposito. Si osserva, ad esempio, come “unlike traditional complicity statutes, which use a general phrase such as “aid or abet” to describe the kind of conduct that can be a basis for secondary party liability, material support is defined in Section 2339A(b) by a listing of categories of specific kinds of conduct. In this respect, too, the material support statutes differ from those punishing criminal facilitation, which typically use a general term in defining the offense”. Le fattispecie penali di complicità nel reato, diversamente dalla Sez. 2339 A e B del Codice degli Stati Uniti, prevedono come requisito soggettivo solo la colpevolezza e non anche la mera conoscenza.

³⁵ Cfr. J. SAMAHA, *Criminal Law*, Belmont, 2011, p. 463.

³⁶ Per un approfondimento sulla nozione di *attempt* e per un suo contemporaneo confronto con il concetto di *conspiracy* si consulti A. DOYLE, *Terrorist Material Support: A Sketch of 18 U.S.C. 2339A and 2339B* in Congressional Research Service, 19 Luglio 2010, disponibile on-line all'indirizzo <https://www.fas.org/sgp/crs/natsec/R41334.pdf>, secondo cui il tentativo di consumare un reato determina la responsabilità penale al ricorrere di due condizioni: l'intenzionalità di commetterlo e il compimento di passi effettivi e sostanziali verso la sua concretizzazione. Al fine di rientrare nel campo di applicazione delle fattispecie di delitto tentato, risulta necessario, pertanto, oltrepassare la fase meramente preparatoria che si presta a ricadere nella *conspiracy* ma non nell'*attempt*.

essendo sufficiente che lo stesso venga programmato ovvero preparato³⁷. Ci si colloca pertanto – soprattutto nel caso della *conspiracy* – in un’area giuridico-concettuale dai confini labili e oscillanti dove il penalmente irrilevante sembra prestarsi al rischio di ricadere nel penalmente rilevante e il presunto reo corre il pericolo di divenire nuovamente un *enemy*. L’innegabile predominio di modelli preventivi e l’arretramento della soglia di punibilità, con l’introduzione di fattispecie di delitto tentato o di offensività incerta, sembrano, infatti, condurre nuovamente nell’alveo della teoria del “diritto penale del nemico”. Ove si consideri che alle differenti condotte materiali esaminate è legislativamente associata la stessa pena massima³⁸, non può negarsi il significativo abbassamento delle garanzie individuali proprio della legislazione antiterroristica statunitense e pienamente postulato dalla citata teoria. Ne costituisce ulteriore ma non ultima riprova l’estrema labilità del requisito soggettivo necessario per ricadere nel campo applicativo delle fattispecie penali in esame: la Sez. 2339 A e B, infatti, eleggono come *mens rea* non solo la colpevolezza ma anche la mera conoscenza³⁹. Conseguentemente ed in modo non del tutto confacente con il brocardo *actus reus non facit reum nisi mens sit rea*⁴⁰, il supporto si configura come reato anche nel caso in cui sia fornito senza l’intenzionalità

³⁷ Il concetto di *conspiracy* assume rilevanza primaria in merito ai rapporti tra legislazione antiterroristica statunitense e risoluzione 2178(2014). Per un interessante e necessario approfondimento generale, si veda C. DOYLE, *Federal Conspiracy Law: A Brief Overview* in Congressional Research Service, 30 aprile 2010, disponibile on-line all’indirizzo <https://www.fas.org/sgp/crs/misc/R41223.pdf>. Il concetto di *conspiracy* è oggetto di una copiosa giurisprudenza tra cui si evidenzia il caso *United States v. Jimenez Recio*, 537 U.S. 270, 274 (2003) nel quale la Corte ha affermato che “the essence of a conspiracy is an agreement to commit an unlawful act”. Nella successiva *United States v. Lockett*, 601 F.3d 837, (8th Circuit 2010) si legge che “In order to convict a defendant of conspiracy, the government must prove (1) the existence of an agreement to achieve an illegal purpose, (2) the defendant’s knowledge of the agreement, and (3) the defendant’s knowing participation in the agreement. The agreement does not have to be a formal, explicit agreement; a tacit understanding will suffice”.

³⁸ Per la fornitura di supporto e risorse, il tentativo o la congiura di fornirlo sia la Sez. 2339 A che la Sezione 2339 B prevedono una pena massima di 15 anni o l’ergastolo qualora dal compimento di tali condotte discendano vittime. Per quanto la funzione di quantificare e comminare la pena sia per natura affidata all’organo giurisdizionale che effettuerà le sue valutazioni caso per caso, l’associazione della stessa pena massima a tre condotte materiale estremamente diverse e dotate di un differente e a volte dubbio grado di offensività si presta, indubbiamente, a confermare il basso grado di garanzie individuali proprio delle disposizioni in esame.

³⁹ Per un approfondimento della giurisprudenza statunitense sul requisito soggettivo, si veda W.E SAID, “*The Material Support Prosecution and Foreign Policy*”, in *Indiana Law Journal*, Vol. 86/543, 2011. Sulla *mens rea* nella legislazione antiterroristica statunitense, si consulti M. SOSSAI, *La prevenzione del terrorismo internazionale*, Torino, p. 217, che dedica alla questione un breve ma significativo passaggio, collocando la problematica all’interno di un quadro più ampio e generale relativo all’aspetto preventivo della lotta al terrorismo. Si vedano, inoltre M. D. DUBBER – T. HORNLE, *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford, 2014, pp. 827-829; S. GIRGIS, *The Mens Rea of Accomplice Liability: Supporting Intentions* in *The Yale Law Journal*, Vol. 123/2, 2013. Per una completa panoramica del requisito psicologico che abbraccia l’intera legislazione statunitense e non solo quella antiterroristica, si consulti infine B. WEISS, *What Were They Thinking?: The Mental States of the Aider and Abettor and the Causer Under Federal Law* in *Fordham Law Review*, Vol. 70, 2002, pp. 1343 – 1486.

⁴⁰ Il brocardo latino in questione costituisce asse portante in riferimento al requisito soggettivo proprio delle fattispecie penali in generale e sta ad indicare che “the act is not culpable unless the mind is guilty”. L’espressione si presta ad innumerevoli traduzioni e interpretazioni tra cui “l’atto di per sé non costituisce colpa se non è

di promuovere o favorire atti terroristici⁴¹. La modifica introdotta nel 2004 secondo cui, per ricadere nella fattispecie criminosa di cui alla Sez. 2339 B, “*a person must have knowledge that the organization is a designated terrorist organization (as defined in subsection (g)(6)), that the organization has engaged or engages in terrorist activity (as defined in section 212(a)(3)(B) of the Immigration and Nationality Act), or that the organization has engaged or engages in terrorism...*” sembra costituire un contrappeso solo parziale all’assenza del requisito della colpevolezza inteso nel suo senso tradizionale. Con riferimento alle organizzazioni impegnate sia in attività terroristiche che in attività di stampo legale, infatti, l’intenzionalità si presenta come requisito unico e necessario al fine di evitare che l’individuo sia punito per aver fornito supporto a fini legali e protetti altrove nell’ordinamento⁴². In merito alla Sez. 2339 A, le problematiche legate al requisito della *mens rea* sembrano imporsi con dirompenza ancora maggiore. La citata disposizione, criminalizzando il sostegno verso l’*unaffiliated terrorism* e non verso organizzazioni terroristiche riconosciute e designate, rende molto più complesso dimostrare che colui che ha fornito il supporto era a conoscenza delle attività terroristiche eventualmente svolte dal destinatario dello stesso⁴³. All’estrema ampiezza – e a volte bassa concretezza - delle condotte criminalizzate dalle disposizioni in esame si accompagna una nozione altrettanto estesa di *material support and resources* su cui, al fine di avere un quadro completo della legislazione antiterroristica statunitense, risulta necessario soffermarsi. Si tratta di una nozione dai contorni sfumati e non ben definiti, che lo stesso Codice contribuisce a rendere quasi onnicomprensiva, ricomprendendovi “*any property, tangible or intangible, or service, including currency or monetary instruments or financial securities, financial services, lodging, training, expert advice or assistance, safehouses, false documentation or identification, communications equipment, facilities, weapons, lethal substances, explosives, personnel (one or more individuals who may be or include oneself), and transportation, except medicine or religious materials*”. L’elenco viene ad includere, in ultima analisi, qualsiasi forma e modalità di sostegno che possa concorrere, in qualunque modo, alla realizzazione di atti terroristici. La sua tendenziale

commesso con un’intenzione colpevole” oppure “il crimine non è commesso se la mente della persona che lo sta commettendo non è colpevole”. In ogni caso, contrariamente a quanto avviene nelle disposizioni in oggetto, l’intenzionalità e la colpevolezza si presenta come elemento necessario al fine di essere perseguiti e puniti.

⁴¹ Cfr. J. J. WARD, *The Root of all Evil: Expanding Criminal Liability for Providing Material Support to Terror*, in *Notre Dame Law Review*, Vol. 84/1, 2008.

⁴² Cfr. A. KREIT, *Vicarious Criminal Liability and the Constitutional Dimensions of Pinkerton* in *American University Law Review*, Vol. 57/585, 2008, pp. 634-638, che rapporta il requisito soggettivo al caso *Pinkerton v. United States*, 328 U.S. 640(1946).

⁴³ Cfr. R. CHESNEY, *Beyond Conspiracy? Anticipatory Prosecution and the Challenge of Unaffiliated Terrorism*, in *Southern California Law Review*, Vol. 80/425, 2007. Disponibile on-line su <http://ssrn.com/abstract=932608>. Per la tesi contraria, si veda N. ABRAMS, *op.cit* secondo cui “...the knowledge requirement is more specific for Section 2339A than for Section 2339B, because in the former it must relate to a particular offense or offenses...”. Conformemente alla tesi in oggetto, quindi, la specificità dei reati indicati dalla Sez. 2339 A del Codice comporterebbe una più bassa possibilità che l’individuo abbia fornito, tentato o complottato di fornire supporto senza l’intenzionalità di farlo.

onnicomprensività contribuisce, indubbiamente, a potenziare l'effetto deterrente dei reati di cui alla Sez. 2339 A e 2339 B, producendo effetti positivi sull'efficacia della legislazione antiterroristica statunitense nel suo complesso. Al contempo, tuttavia, la parificazione di tipologie di *material support and resources* fortemente variegata e tra loro differenti non può non sollevare qualche perplessità, soprattutto ove si consideri la portata ampia e non ben definita delle singole modalità di supporto, tra le quali solo alcune⁴⁴ vengono definite ed esplicitate dal Codice. In tal senso, la disposizione in oggetto si presta a divenire una potente arma accusatoria a cui ricorrere per perseguire e punire chiunque risulti pur minimamente legato ad attività terroristiche⁴⁵. Conseguentemente – e forse giustificatamente – la nozione di *material support and resources* è stata oggetto di numerose pronunce giurisdizionali fino a giungere al cospetto della Corte Suprema che ne ha dichiarato, in una delle sue sentenze più discusse in materia di terrorismo, la costituzionalità. Nel caso *Holder vs. Humanitarian Law Project*⁴⁶, infatti, ribaltando la decisione resa dal *Ninth Circuit*, la Corte ha affermato che la citata disposizione fornisce linee guida ragionevolmente e sufficientemente chiare per capire quale modalità di “*training*”, “*expert advice or assistance*”, “*service*” e “*personnel*” siano vietate e non è, in ragione di ciò, *unconstitutionally vague*.⁴⁷ Parimenti, secondo la Corte, la stessa non contrasta con il I Emendamento della Costituzione statunitense sulla libertà di espressione e associazione politica. La sentenza in questione risulta completamente incentrata sull'assunto secondo cui qualunque assistenza fornita ad un'organizzazione terroristica, per qualsiasi fine, potenzia la sua legittimazione e le permette di liberare nuove risorse che potranno essere successivamente utilizzate al fine di compiere atti terroristici⁴⁸. Ciò risulta in totale convergenza con il risoluto approccio preventivo seguito dall'amministrazione statunitense che la Corte Suprema si presta, in tal modo, ad avallare appieno. L'obiettivo di combattere il terrorismo alla

⁴⁴ La Sez. 2339 A e la Sez. 2339 B forniscono una nozione specifica soltanto di alcune delle modalità di supporto previste dall'elenco tra le quali meritano precipua quella di “*training*” e di “*personnel*”. La prima è definita dalla Sez. 2339 A come “*instruction or teaching designed to impart a specific skill, as opposed to general knowledge*”, la seconda è più dalla Sez. 2339 B “*has knowingly provided, attempted to provide, or conspired to provide a foreign terrorist organization with one or more individuals (who may be or include himself) to work under that terrorist organization's direction or control or to organize, manage, supervise, or otherwise direct the operation of that organization.*”.

⁴⁵ Cfr. N. ABRAM, *op.cit*

⁴⁶ Nel caso di specie, si poneva il problema di qualificare la condotta di sei Organizzazioni Non Governative e di due individui che fornivano assistenza umanitaria e tentavano di insegnare a risolvere pacificamente le controversie a due partiti - il Partito dei Lavoratori Curdi in Turchia e le Tigri per la Liberazione della Patria Tamil in Sri Lanka - considerati *foreign terrorist organizations* dagli Stati Uniti.

⁴⁷ Secondo la Corte, “*a statute is impermissibly vague if it fails to provide a person of ordinary intelligence fair notice of what is prohibited, or is so standardless that it authorizes or encourages seriously discriminatory enforcement*”.

⁴⁸ A tal riguardo, il giudice Roberts ha emblematicamente e coerentemente sottolineato che la disposizione in oggetto costituisce una misura che criminalizza non gli attacchi terroristici in quanto tali, ma le condotte che rendono gli stessi più probabili.

radice e reprimerlo ancor prima che fiorisca risulta perciò rafforzato dalla comprovata costituzionalità della disposizione in oggetto che convalida l'aspetto estremamente preventivo della legislazione antiterroristica statunitense e ne avvalorata l'efficacia. Ciò nondimeno, la cristallizzazione definitiva dell'elenco di cui alla Sez. 2339 A che discende dalla pronuncia in questione non è scevra di discutibili conseguenze. Le organizzazioni non governative e gli operatori che lavorano per la risoluzione pacifica dei conflitti o per programmi di assistenza umanitaria, infatti, potrebbero incontrare non poche difficoltà d'azione in contesti in cui siano presenti *foreign terrorist organizations* essendo ogni condotta materiale che li avvicini alle stesse sottoposta al rischio di vedersi criminalizzata⁴⁹. Non meno allarmanti appaiono le minacce gravanti sulla libertà di espressione e associazione politica che, nella sentenza in questione, soccombe completamente alle esigenze di sicurezza nazionale.⁵⁰ La Corte Suprema, infatti, si è apprestata ad avallare, per la prima volta, la criminalizzazione di discorsi sulla base dell'assunto che gli stessi potrebbero contribuire, seppur non intenzionalmente, a supportare fini terroristici⁵¹.

Il quadro finora tracciato fornisce elementi più che appropriati per valutare l'*an* e il *quantum* dell'influenza della legislazione antiterroristica statunitense sul paragrafo 6 della risoluzione 2178(2014), avanzando ulteriori considerazioni sulla prospettata ellitticità delle relazioni intercorrenti tra Stati Uniti da un lato e generalità degli altri Stati e Consiglio di Sicurezza dall'altro. Il par. in oggetto è completamente incentrato sulla condanna di condotte materiali che risultano legate, seppur in modo diverso, alla conduzione o al supporto di atti terroristici in uno Stato estero. La mancanza di qualsiasi riferimento esplicito ad una *foreign terrorist organization* e la contemporanea assenza di un elenco di reati terroristici specifici, tuttavia, non permettono di proporre un'affinità piena dello stesso né con la Sez. 2339 A né con la Sez. 2339 B del Codice USA. Conseguentemente, è da escludersi un impatto specifico di ciascuna di tali fattispecie criminose singolarmente considerata sul paragrafo 6, potendosi al più sostenere una loro influenza incrociata e congiunta sull'elaborazione dello stesso. Le condotte che il par. 6 impone agli Stati di criminalizzare, infatti, ben si prestano a ricomprendere sia chi si sposta

⁴⁹ Per un interessante approfondimento sul punto, si consultino P. MARGULIES, *Accountable altruism: the impact of the federal material support statute on humanitarian aid* in *Suffolk Transnational Law Review*, Vol. 34, 2010; D. H. PENDLE, *Charity of the Heart and Sword: The Material Support Offense and Personal Guilt* in *Seattle University Law Review*, Vol. 30/777, 2007.

⁵⁰ In merito alle conseguenze della sentenza sul I Emendamento, si vedano D. COLE, *The First Amendment's Borders: The Place of Holder v. Humanitarian Law Project in First Amendment Doctrine* in *Harvard Law & Policy Review*, Vol. 6, 2012; W. E. SAID, *Humanitarian Law Project and the Supreme Court's Construction of Terrorism* in *Brigham Young University Law Review*, Issue 5,2011; D. BARAK EREZ – D. SCHARIA, *Freedom of Speech, Support for Terrorism, and the Challenge of Global Constitutional* in *Harvard National Security Journal*, Vol. 2, 2011.

⁵¹ Appare significativa l'opinione dissenziente del giudice Breyer - a cui si sono aggiunti i giudici Ginsburg e Sotomayor - che evidenzia come

in uno Stato estero per sostenere un'organizzazione terroristica che chi intraprende il viaggio con il fine di supportare le attività di terroristi non affiliati ad alcun gruppo o organizzazione. Potrebbe argomentarsi che ciò, lungi dall'essere il frutto di una casualità, sia una voluta conseguenza della prospettata volontà di delineare un regime generale e tendenzialmente globale, non sottoposto a condizioni o restrizioni specifiche ma atto a condannare il coinvolgimento in qualsivoglia attività terroristica che ha luogo in uno Stato estero. In ragione della scarsità di elementi espressi che possono esservi adottati a sostegno, tuttavia, una simile e congiunta influenza dei reati di cui alla Sez. 2339 A e B sul par. 6 può ipotizzarsi, ma non anche affermarsi con certezza. La vicinanza dei pianeti al loro centro di massa emerge, invece, con maggiore chiarezza ed evidenza qualora si confrontino i singoli punti del paragrafo 6 con le caratteristiche generali delle fattispecie di cui alla Sez. 2339 piuttosto che con i reati specifici previsti dalle stesse. In primo luogo, il paragrafo 6. (a)⁵² della Risoluzione equipara il tentativo di viaggiare verso uno Stato estero al viaggio stesso, tratteggiando così una chiara linea di continuità con la legislazione penale statunitense - che parifica la fornitura di supporto materiale al tentativo di fornirlo. Ciò, tuttavia, pur rappresentando un primo significativo indice della forza di gravità della legislazione statunitense, non è considerabile quale elemento unico o determinante per dedurre una sua influenza specifica sulla Risoluzione 2178. A tal fine, infatti, il vero asse portante appare legato al concetto di *conspiracy*, condotta materiale criminalizzata sia dalla Sez. 2339 A che dalla Sez. 2339 B del Codice degli Stati Uniti. Il fatto che la risoluzione non si spinga fino a determinare l'obbligo di criminalizzare il mero complotto di viaggiare verso uno Stato estero, infatti, non comporta l'estraneità di tale condotta dal par. 6 nel suo complesso. Lo stesso par. 6 (a), in primo luogo, non precisando cosa debba intendersi per *attempt*, lascia agli Stati la più totale discrezionalità nel definire la soglia e la carica offensiva necessaria affinché una condotta possa qualificarsi come tale. Conseguentemente, nel recepimento nazionale del par. 6 (a) - e ancor più nella successiva applicazione della normativa di recepimento - l'*attempt* potrebbe facilmente trasformarsi in *conspiracy* e la *conspiracy* in *attempt*. Le differenze intercorrenti tra le due condotte appaiono, infatti, spesso più concettuali che concrete dato che il complotto e la preparazione del viaggio ben si prestano a essere categorizzati - nella legislazione e nella prassi dei singoli Stati - come tentativo. Stante la mancata previsione di punti di riferimento specifici che demarchino il concetto di *attempt*, pertanto, il par. 6 (a) lascia in capo ai singoli Stati la più totale libertà di determinare, in fase di recepimento, il grado di maggiore o minore

⁵² Il Paragrafo 6 (a) impone agli Stati di perseguire penalmente “their nationals who travel or attempt to travel to a State other than their States of residence or nationality, and other individuals who travel or attempt to travel from their territories to a State other than their States of residence or nationality, for the purpose of the perpetration, planning, or preparation of, or participation in, terrorist acts, or the providing or receiving of terrorist training”.

vicinanza alla legislazione antiterroristica del loro centro di gravità. Ulteriore e più evidente riprova dell'ellitticità delle relazioni intercorrenti tra Stati Uniti da un lato e generalità degli altri Stati occidentali e Consiglio di Sicurezza dall'altro è fornita dal par 6 (c)⁵³. Quest'ultimo, imponendo di criminalizzare “*the wilful organization, or other facilitation, including acts of recruitment, by their nationals or in their territories, of the travel of individuals who travel to a State other than their States of residence or nationality.*”, appare modellato sulla base di elementi vicini e quasi coincidenti con la nozione di complotto. “*The wilful organization or other facilitation*” sembra, infatti, presupporre un accordo - seppur non formale ed espresso - tra uno o più individui che si prefiggono l'obiettivo di organizzare o facilitare il viaggio di uno di essi verso uno Stato estero. La condotta in oggetto, dunque, si allontana anche dalle fattispecie penali di delitto tentato per collocarsi in un ambito ancor maggiormente prodromico dove la mera organizzazione costituisce elemento sufficiente per procedere all'incriminazione. La *conspiracy* propria della legislazione antiterroristica statunitense, seppur sotto forme e sembianze differenti, finisce, in tal senso, per rientrare a pieno titolo nel par. 6, impregnandolo di connotati estremamente securitari e preventivi. Non può non dedursene l'innegabile attrazione esercitata dal centro di gravità al quale l'insieme pianeti - in sede di elaborazione e adozione della risoluzione 2178 - si sono significativamente avvicinati fino a raggiungere il perielio. A conferma di ciò è adducibile che fattispecie criminose di delitto tentato e, soprattutto, di *conspiracy* e preparazione pura non risultavano criminalizzate nella generalità degli altri Stati prima dell'adozione della risoluzione⁵⁴ stante la reticenza

⁵³ Il par. 6 (c) impone di criminalizzare “*the wilful organization, or other facilitation, including acts of recruitment, by their nationals or in their territories, of the travel of individuals who travel to a State other than their States of residence or nationality for the purpose of the perpetration, planning, or preparation of, or participation in, terrorist acts or the providing or receiving of terrorist training*”.

⁵⁴ Una veloce rassegna della legislazione antiterroristica propria di alcuni Stati europei prima dell'adozione della risoluzione in esame conferma che l'aspetto preparatorio, qualora presente, risulta agganciato a fattori che lo dotano di una qualche carica offensiva ed evidenza della prova. Si è perciò lontani dal concetto di *conspiracy* statunitense e in generale di preparazione o organizzazione pura. Ne è conferma, in primo luogo, l'art. 270 bis del Codice Penale italiano che criminalizza la condotta di chiunque “promuove, costituisce, organizza, dirige o finanzia associazioni che si propongono il compimento di atti di violenza con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico”. L'elemento organizzatorio, sebbene presente, si ricollega alle “associazioni con finalità di terrorismo” che rendono ben palpabile l'evidenza della prova. Si tratta, inoltre, dell'unica disposizione di matrice antiterroristica che nel Codice Penale italiano fa riferimento a condotte organizzatorie e preparatorie. Ulteriore conferma della reticenza degli Stati a criminalizzare condotte di tale genere è data dal Codice Penale francese che all'art. 421-2 considera un atto terroristico “*le fait de participer à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un des actes de terrorisme mentionnés aux articles précédents.*” La disposizione punisce perciò la mera preparazione di atti terroristici solo qualora l'individuo partecipi ad organizzazioni istituite con tale fine e richiede, al contempo, che siano compiute una o più azioni materiali verso il compimento finale del crimine. L'ordinamento tedesco, infine, ai sensi della Sezione 89 (a) del Codice Penale – nella sua versione antecedente alla modifica del 2015 - punisce chiunque risulti coinvolto nella preparazione di crimini che minacciano seriamente la sicurezza dello Stato, ma lega la preparazione ad un serie di condotte specifiche. Tra i pochissimi Stati che, al contrario, avevano già inserito nei loro ordinamenti fattispecie penali di matrice autenticamente preventiva, merita precipua attenzione il

degli stessi a qualificare come reato condotte prettamente preliminari e caratterizzate da una bassissima evidenza e immediatezza della prova. L'influenza della legislazione antiterroristica degli Stati Uniti, inoltre, lungi dal limitarsi al par. 6 (c) sembra coinvolgere anche il par. 6(b). Quest'ultimo si riferisce alla *“wilful provision or collection, by any means, directly or indirectly, of funds by their nationals or in their territories with the intention that the funds should be used, or in the knowledge that they are to be used...”* in totale concordanza con la Sez. 2339 C del Codice USA che criminalizza chi *“by any means, directly or indirectly, unlawfully and willfully provides or collects funds with the intention that such funds be used, or with the knowledge that such funds are to be used...”* . Si potrebbe perciò essere indotti ad ipotizzare una piena trasfusione dei connotati del reato di finanziamento al terrorismo proprio della legislazione statunitense nella più specifica fattispecie delineata dal par. 6 (b)⁵⁵. Ciò nonostante, l'espressione risulta già precedentemente utilizzata in altre convenzioni internazionali relative alla lotta al terrorismo internazionale e nella risoluzione 1973 (2001) che al par. 1 (b) impone agli Stati di criminalizzare *“the wilful provision or collection, by any means, directly or indirectly, of funds by their nationals or in their territories with the intention that the funds should be used, or in the knowledge that they are to be used...”*. La questione appare dunque complessa e richiederebbe analisi ampia nonché molto risalente nel tempo che i limiti del presente lavoro non consentono di effettuare. L'influenza della legislazione antiterroristica statunitense sul paragrafo 6 della Risoluzione 2178 sembra, in conclusione, difficilmente negabile, soprattutto alla luce dell'indiscussa egemonia dell'aspetto securitario e preventivo di cui il paragrafo in questione risulta completamente impregnato. La tendenza generale degli Stati a fronteggiare il terrorismo internazionale in chiave anticipatoria, pur affermatasi già precedentemente all'adozione della risoluzione, non aveva, infatti, mai raggiunto una tale intensità e profondità. L'esigenza di prevenire il terrorismo in tutte le sue manifestazioni è sempre stata contemperata – negli ordinamenti nazionali della maggioranza degli Stati - con la necessità di tutelare le garanzie e i diritti individuali, inevitabilmente minati da fattispecie criminose di dubbia carica offensiva e bassissima evidenza della prova. Contrariamente, la risoluzione 2178, per quanto richiami più volte i diritti umani e ne prescriva con insistenza il rispetto, finisce per essere incentrata su logiche securitarie e su dinamiche di ferrea prevenzione che si pongono in linea di

Regno Unito che si colloca in linea di convergenza con il risoluto approccio statunitense. Con il *Terrorist Act* del 2005, infatti, esso aveva già criminalizzato condotte prettamente *“A person commits an offence if, with the intention of—(a)committing acts of terrorism, or(b)assisting another to commit such acts, he engages in any conduct in preparation for giving effect to his intention”*.

⁵⁵ Il paragrafo 6 (b) pone in capo agli Stati l'obbligo di criminalizzare *“the wilful provision or collection, by any means, directly or indirectly, of funds by their nationals or in their territories with the intention that the funds should be used, or in the knowledge that they are to be used, in order to finance the travel of individuals who travel to a State other than their States of residence or nationality for the purpose of the perpetration, planning, or preparation of, or participation in, terrorist acts or the providing or receiving of terrorist training”*.

piena convergenza con l'approccio da sempre seguito dagli Stati Uniti in materia antiterroristica. L'*attempt* e soprattutto la *conspiracy* – nel par 6 (c) della Risoluzione sotto le sembianze di *wilful organization* – ne costituiscono innegabile emblema e contrassegno.

4. Le ulteriori misure antiterroristiche: la *no-fly list* versus il diritto di viaggiare

Gli Stati Uniti d'America risultano dotati, in materia di prevenzione e repressione del terrorismo internazionale, non solo dell'impianto normativo penale esaminato, ma anche di un'ulteriore serie di misure che assumono importanza ancor più specifica con riferimento ai *Foreign Terrorist Fighters*. Tra queste, la *No-fly list* si presenta indubbiamente come la più rilevante e merita perciò un'analisi specifica e approfondita⁵⁷. Essa consiste in una lista di persone – derivante dal più ampio *Terrorist Screening Database* – alle quali risulta vietato imbarcarsi su un aereo sia con il fine di entrare che con quello di uscire dal territorio statunitense. Si tratta, pertanto, di una misura antiterroristica pienamente appropriata per far fronte al fenomeno dei *Foreign Terrorist Fighters* che - al fine di spostarsi in uno Stato estero - utilizzano prevalentemente mezzi di trasporto aerei e molto più raramente linee di trasporto terrestri o marittime. La *no-fly list* si presta, in tal senso, a l'esaminata normativa penale congiuntamente alla quale si rende artefice di una strategia antiterroristica vasta e tendenzialmente onnicomprensiva. L'indiscussa efficacia di cui essa risulta dotata in materia di lotta al terrorismo internazionale è accompagnata, tuttavia, da una serie di conseguenze rischiose che interferiscono, soprattutto, sul diritto di viaggiare. Quest'ultimo, in quanto parte della più generale *freedom of movement*⁵⁸, trova riconoscimento e tutela in tutti i più importanti strumenti internazionali in materia di diritti umani⁵⁹ e costituisce, indubbiamente, una libertà individuale di massima rilevanza. In ragione di ciò, i rischi legati al funzionamento della *no-fly list* risultano di immediata e facile comprensione: rispetto agli spostamenti internazionali, infatti, il volo costituisce spesso non solo la forma di trasporto più conveniente ma anche l'unica modalità di viaggio praticabile con la conseguenza che l'impossibilità

⁵⁷ La *no-fly list* risulta affiancata dalla *Selectee list* che deriva, come la prima, dal *Terrorist Screening Database*. Essa comprende una serie di individui ai quali è concesso imbarcarsi soltanto dopo controlli significativamente rafforzati. Per un approfondimento generale sulle liste in oggetto e sulle altre misure di sicurezza aerea, si consulti B. ELIAS, *Airport and Aviation Security: US policy and strategy in the age of global terrorism*, 2009.

⁵⁸ In merito alla nascita e alle prime evoluzioni della libertà di movimento nell'ordinamento si veda J. MCADAM, *An Intellectual History of Freedom of Movement: the right to leave as a personal liberty*, in *Melbourne Journal of International Law*, Vol 2, 2011; anche R. C. JAMES, *The Right To Travel Abroad* in *Fordham Law Review*, Vol. 42, 1974.

⁵⁹ Il riferimento è all'art. 13 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani e, soprattutto, all'art. 12 del Patto sui Diritti Civili e Politici che riconosce il diritto di ogni individuo di lasciare qualsiasi Paese, compreso il proprio, specificando che tale diritto non può essere sottoposto ad alcuna restrizione, tranne quelle che siano previste dalla legge, siano necessarie per proteggere la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, la sanità o la moralità pubbliche, ovvero gli altrui diritti e libertà, e siano compatibili con gli altri diritti riconosciuti dal presente Patto.

di farvi ricorso equivale ad una sospensione pressoché totale del diritto di viaggiare. Viene a configurarsi, in tal senso, un paradigmatico scontro che vede la *no-fly list* contrapporsi al *right to travel* e – più in generale – le esigenze di sicurezza governative sfidarsi, ancora una volta, con i diritti umani. La questione è oggetto di un sempre maggior interesse scaturito dalle innovazioni apportate al funzionamento della lista, che ora analizzeremo in dettaglio procedimento che conduce all’inclusione di un nominativo nel *Terrorist Screening Database* - di cui la *no-fly list* costituisce un sottoinsieme specifico⁶⁰ - prende avvio dall’attività delle agenzie di intelligence e delle forze dell’ordine che, sulla base delle informazioni di cui vengono in possesso, sottopongono le nomine al *National Counterterrorism Center (NCC)*⁶¹ e all’FBI. Questi, a loro volta, hanno il compito di trasmetterle al *National Screening Center (NSC)*⁶² anello di chiusura dell’intero processo di nomina e perno fondamentale della strategia antiterroristica statunitense nel suo complesso. Per procedere all’inclusione definitiva di un nominativo nel *Terrorist Screening Database*, lo stesso è tenuto a verificare che sia rispettato il “criterio del ragionevole sospetto” secondo il quale le informazioni alla base della nomina devono essere necessarie e sufficienti per poter ritenere che l’individuo sia implicato nella preparazione e - o attuazione di attività terroristiche⁶³. Lungi dall’essere fondato su dati certi e

⁶⁰ Secondo A. GOLDMAN, *More Than 1 Million People Are Listed in U.S. Terrorism Database* in Washington Post, 5 agosto 2014, la lista contiene più di 47000 nominativi, tra cui 800 cittadini americani mentre il *Terrorist Screening Database* più di un milione di nominativi. Al fine di un interessante approfondimento generale sul *Terrorist Screening Database* si consulti W. J. KROUSE – B. ELIAS, *Terrorist Watchlist Checks and Air Passenger Prescreening* in Congressional Research Service, 30 Dicembre 2009, disponibile on line alla p. <https://www.fas.org/sgp/crs/homsec/RL33645.pdf>.

⁶¹ Il *National Counterterrorism Center (NCTC)*, istituito nel 2004 come successore del *Terrorist Threat Integration Center*, è la principale organizzazione governativa per l’analisi e il coordinamento dei dati di intelligence riguardanti il terrorismo. In relazione alla *no-fly list*, esso è competente a trasmettere al *National Screening Center* i nominativi di noti o sospettati terroristi internazionali, estrapolandoli dal *Terrorist Identities Datamart Environment (TIDE)* dallo stesso detenuto. Per un approfondimento sull’evoluzione, l’organizzazione e le funzioni del *National Counterterrorism Center* si veda R. A. BEST JR, *The National Counterterrorism Center (NCTC) Responsibilities and Potential Congressional Concerns* in Congressional Research Service, 19 Dicembre 2001, disponibile on-line all’indirizzo <https://www.fas.org/sgp/crs/intel/R41022.pdf>.

⁶² Il *National Screening Center*, creato nel 2003, fa capo al Dipartimento di Sicurezza Nazionale ed è amministrato dal FBI. Esso lavora in stretta cooperazione e coordinamento con il Dipartimento della Giustizia, il Dipartimento dello Stato, del Tesoro e con un ampio spettro di agenzie governative locali al fine di conferire la più ampia estensione – sia a livello settoriale che a livello geografico - alla lotta al terrorismo. Oltre a detenere e gestire il *Terrorist Screening Database*, svolge una serie di ulteriori funzioni di primaria rilevanza, tra cui soprattutto l’attività di assistenza delle Agenzie governative addette al rilascio dei visti. Per un’analisi approfondita della sua struttura e del suo funzionamento, si consulti il *Follow-up Audit of the Terrorist Screening Center U.S. Department of Justice Office of the Inspector General Audit Division Audit Report 07-41* (Settembre 2007) disponibile on-line su <https://oig.justice.gov/reports/FBI/a0741/final.pdf>. Per un approfondimento sulla sua nascita ed evoluzione si veda invece il *Review of the Terrorist Screening Center U.S. Department of Justice Office of the Inspector General Audit Division Audit Report 05-27* (giugno 2005), reperibile su <https://oig.justice.gov/reports/FBI/a0527/final.pdf>.

⁶³ Il *Terrorist Screening Center* definisce il criterio del ragionevole sospetto come uno standard che richiede “articulable facts which, taken together with rational inferences, reasonably warrant the determination that an

comprovati, lo standard del *reasonable suspicion* rende possibile l'inserzione di un individuo nella lista in ragione di un suo coinvolgimento solo presunto e ipotizzato in atti terroristici. A ciò si aggiunge l'assenza di una soglia e di un criterio oggettivo oltre il quale il sospetto diviene ragionevole con il conseguente rischio di procedere all'iscrizione di individui sulla base di informazioni quantitativamente scarse ed inadeguate e in ragione di criteri non determinati a priori. Prima del recente cambio di *policy*, inoltre, risultava impossibile non solo contestare l'inclusione di un nominativo nella lista – e richiederne la cancellazione – ma altresì venire a conoscenza dell'inclusione stessa. Chiunque si vedesse negato in sede aeroportuale l'accesso o l'uscita dal territorio statunitense aveva la possibilità di inviare una *Travel Inquiry Form* al Dipartimento di Sicurezza Nazionale⁶⁴. Quest'ultimo, tuttavia, seguiva la ferrea politica di non confermare nè negare la presenza dell'individuo sulla lista, limitandosi a verificare la corrispondenza del suo nominativo sulla stessa⁶⁵ e ad inviargli una lettera certificante la conclusione di tale processo di verifica (procedura *DHS TRIP*). Il fragile requisito del ragionevole sospetto e la quasi inconsistente procedura di *review* propri dell'esaminato meccanismo hanno fatto sì che, per lungo tempo, si della *no-fly list* sul diritto di viaggiare. Ciò nondimeno, la giurisprudenza della Corte Suprema e delle Corti Distrettuali statunitensi ha progressivamente contribuito a risollevarlo, schierandosi a favore di una più appropriata garanzia e affermando, al contempo, la necessità di predisporre più appropriati rimedi per coloro il cui esercizio ne risulti limitato. Il diritto di viaggiare, pur non essendo direttamente previsto dalla Costituzione degli Stati Uniti d'America, è stato ritenuto dalla Corte Suprema - fin dal lontano 1958 - quale parte integrante delle libertà di cui il cittadino non può essere spogliato in assenza di un giusto processo⁶⁶. Ciò costituisce un riconoscimento di primaria

individual is known or suspected to be, or has been engaged in conduct constituting, in preparation for, in aid of or related to, terrorism or terrorist activities”.

⁶⁴ Il *Traveler Redress Inquiry Program* del Dipartimento di Sicurezza Nazionale (DHS TRIP) richiede al passeggero di inserire una serie di informazioni minime - nome, contatto, descrizione della denuncia - che permettano di giungere alla sua identità. Il modulo originale della *Travel Inquiry Form* è consultabile on-line http://www.dhs.gov/xlibrary/assets/DHSTRIP_Traveler_Inquiry_Form.pdf.

⁶⁵ La procedura è volta, soprattutto, a verificare che non si tratti di un "false positive" ovvero di un passeggero che non è sulla lista ma che ha un nome coincidente o molto simile a quello di un altro nominativo.

⁶⁶ La Corte Suprema nel caso *Kent v. Dulles*, 357 U.S. 116 (1958) ha dichiarato che “*The right to travel is a part of the 'liberty' of which the citizen cannot be deprived without due process of law under the Fifth Amendment.* Il Segretario di Stato, nel caso in oggetto, aveva rifiutato di rilasciare il passaporto ad una cittadina statunitense sulla base del sospetto che la stessa volesse spostarsi all'estero per promuovere il comunismo. Sul diritto di viaggiare nella giurisprudenza della Corte Suprema, si veda anche *Aptheker v. Secretary of State*, 378 U.S. 500 (1964), nel quale la Corte ha nuovamente affermato che il diritto di viaggiare all'estero costituisce un aspetto fondamentale delle libertà dei cittadini garantite nella *Due Process Clause* del V Emendamento. A tal proposito, appare rilevante, infine, la pronuncia relativa al caso *Haig v. Agee*, 453 U.S. 280 (1981), sulla quale si rimanda a J. BEANEE, *Passport Revocation: A Critical Analysis of Haig v. Agee and the Policy Test*, in *Fordham International Law Review*, Vol 5/185, 1981. Per un approfondimento generale sul diritto di viaggiare all'interno del territorio statunitense si consulti invece G. J. MODE, *Wisconsin, a constitutional right to intrastate travel, and anti-cruising ordinances* in *Marquette Law Review*, Vol.

importanza di tale diritto che non implica, tuttavia, che lo stesso non possa mai essere oggetto di “reasonable governmental regulations” nè che ogni sua restrizione comporti una violazione della *Due Process Clause*. Parimenti a quanto accade con riferimento a tutte le altre libertà coperte dal V Emendamento della Costituzione, infatti, spetta alle corti statunitensi valutare l’incidenza di una politica governativa rispetto al *right to travel* e determinare, conseguentemente, se e che tipo di “giusto processo” spetta all’individuo che se ne vede privato⁶⁷. In specifico, dovrà essere effettuato un accurato *balancing test* che tenga conto di tre fattori: “*First, the private interest that will be affected by the official action; second, the risk of an erroneous deprivation of such interest through the procedures used, and the probable value, if any, of additional or substitute procedural safeguards; and finally, the Government’s interest, including the function involved and the fiscal and administrative burdens that the additional or substitute procedural requirement would entail*”⁶⁸. Proprio in virtù di tale test bilanciamento, la giurisprudenza statunitense è pervenuta a conclusioni progressivamente più inclini ad un marcato riconoscimento del diritto di viaggiare fino a dichiarare l’incompatibilità della procedura *DHS TRIP* con il V Emendamento della Costituzione.

Nell’ampio panorama delle pronunce giurisdizionali in materia, merita precipua attenzione il caso *Ibrahim vs. Homeland Security Department* che ha contribuito, per primo, ad evidenziare le rilevanti criticità connaturate al meccanismo di funzionamento della lista e l’estrema debolezza della procedura *DHS TRIP*. Nel caso in oggetto, la ricorrente, una volta giunta in Malesia, si è vista revocare il passaporto e negare la possibilità di rientrare in territorio statunitense a causa di un errore commesso dall’FBI. Secondo quanto ammesso dall’amministrazione statunitense stessa, infatti, un Agente Speciale dell’FBI “checked the wrong boxes, filling out the form exactly the opposite way from the instructions on the form” con il risultato di inserire erroneamente la ricorrente nella lista, impedendole, per quasi dieci anni, di rientrare negli Stati Uniti. La Corte Distrettuale del Nord California, in seguito all’ammissione dell’errore del FBI, ha obbligato il Governo a rivelare alla ricorrente il suo *status* sulla *no-fly list*, affermando il diritto della stessa ad intentare una causa per quanto avvenuto. Ne sono conseguentemente emersi, in tutta la loro evidenza, i rischi legati alla segretezza e alla complessità del funzionamento della lista che rischia di determinare limitazioni fortemente aleatorie – quando non del tutto prive di fondamento - al diritto

78/735, 1997.

⁶⁷ Nelle sentenze *Cafeteria Workers v. McElroy*, 367 U.S. 886, 895 (1961) e *Morrissey v. Brewer* U.S. 471, 481 (1972) la Corte ha affermato che il concetto di *due process* non è sganciato da tempo, luogo e circostanze ma è al contrario un concetto estremamente flessibile che varia a seconda della situazione.

⁶⁸ Il test di bilanciamento in questione è stato elaborato dalla Corte Suprema nel caso *Matthews v. Eldridge* 424 U.S. 319, 334 (1976). Si consulti, al fine un approfondimento, J.L. MASHAW, *The Supreme Court’s Due Process Calculus for Administrative Adjudication: Three Factors in Search of a Theory of Value* in *The University of Chicago Law Review*, Vol. 44/28, 1976. Per una visione critica del test di bilanciamento in oggetto, si consulti C. J. SCHMIDT, *Ending the Matthews v. Eldridge balancing test: time for a new process test*, in *Southwestern Law Review*, Vol. 38, 2009.

di viaggiare. L'importanza della pronuncia, nondimeno, appare affievolita a causa delle particolarità del caso di specie: in quanto legato all'espressa ammissione di un errore da parte del Governo, il caso in oggetto si presenta come unico e isolato nel più ampio e generale quadro in materia. È solo il successivo *Latif et al. Al v. Holder*⁶⁹ - giustificatamente considerato un *very big deal*⁷⁰ - ad imprimere la svolta determinante. La Corte Distrettuale di Oregon, infatti, addentrandosi su terreni nuovi ed inesplorati dalla giurisprudenza precedente, è giunta al punto di determinare un capovolgimento quasi totale dell'esito dell'antinomia tra diritto di viaggiare e *no-fly list*. Dopo aver applicato accuratamente il suddetto *balancing test*⁷¹, la stessa ha dichiarato la non conformità della procedura *DHS TRIP* con gli standard minimi del giusto processo di cui al V Emendamento della Costituzione. La Corte di Oregon ha inoltre condannato il "*low evidentiary standard – reasonable suspicion – sufficient to be placed on the No Fly list, combined with a one sided review process*" che rende molto probabile che eventuali errori governativi non vengano successivamente rettificati. In ragione di ciò, è stato richiesto al Governo di comunicare ai ricorrenti la loro presunta presenza sulla lista e i motivi sottostanti alla stessa, conferendo loro l'opportunità di impugnare tale inclusione dinanzi a una Corte competente. La pronuncia in questione, generalizzando le conclusioni già raggiunte nel caso *Ibrahim vs. Homeland Security Department*, ha dato la spinta risolutiva al cambio di *policy* recentemente annunciato dal Dipartimento della Giustizia⁷². In virtù di quest'ultimo, l'individuo avrà non solo la possibilità di venire a conoscenza della suo eventuale inserimento nella lista ma anche la facoltà di richiedere informazioni aggiuntive sui motivi sottostanti lo stesso. Una volta concluso il *review process*, infatti, il Dipartimento di Sicurezza Nazionale comunicherà al passeggero il suo *status* sulla lista e dovrà, su eventuale e successiva richiesta dello stesso, rendergli noti anche i motivi su cui l'inclusione nella lista si fonda. L'individuo riceverà, a tal proposito, "*an unclassified summary of information supporting the individual's No Fly List status, to the extent feasible, consistent with the national security and law enforcement interests at stake*". La maggiore trasparenza che si riverbera sul funzionamento della *no-fly list* nel suo complesso appare innegabile: si assiste a una sostanziale rivoluzione che sconvolge un meccanismo consolidato da anni di funzionamento e

⁶⁹ Il caso affonda le sue radici in un ricorso presentato dall'*American Civil Liberties Union* per conto di dieci cittadini e residenti statunitensi che si vedevano impossibilitati di imbarcarsi su linee aeree sia in entrata che in uscita dal territorio statunitense.

⁷⁰ Cfr. J. DASKAL, *The Latest No Fly List Ruling: A Very Big Deal!*, in *Just Security*, 25 giugno 2014.

⁷¹ Per una analisi incrociata tra *balancing test* e *no-fly list* con particolare riferimento al caso in oggetto, si veda J. P. COLE, *Terrorist Databases and the No Fly List: Procedural Due Process and Hurdles to Litigation* in Congressional Research Service, 2 Aprile 2015, disponibile on-line all'indirizzo <http://www.fas.org/sgp/crs/homsec/R43730.pdf>.

⁷² Il cambiamento è stato annunciato dal Dipartimento di Sicurezza Nazionale il nell'aprile 2014. Si consulti a riguardo il *Court filling* dell'Aprile 2014 disponibile on line <http://www.fas.org/sgp/jud/gulet/redress.pdf> che ne contiene i dettagli.

riafferma il diritto di viaggiare da un destino che pareva segnato. L'esito finale del dualismo in esame, tuttavia, lungi dal potersi considerare completamente risolto a favore del *right to travel*, risulta, ad oggi, di non facile previsione. Non poche sono le criticità ancora irrisolte e gli elementi che non depongono a favore del diritto di viaggiare tra cui, in primo luogo, l'inalterato meccanismo di inserimento nella lista che continua ad essere imperniato sul controverso criterio del ragionevole sospetto. Resta da valutare, inoltre, se l'*unclassified summary of information* si rivelerà appropriata al fine di conoscere in maniera sufficiente i motivi sottostanti l'inclusione nella lista o se finiranno per prevalere nuovamente le esigenze di sicurezza nazionale. Qualunque ulteriore considerazione sulla questione risulta, pertanto, affidata a sviluppi futuri, non del tutto prevedibili al momento.

In conclusione, prescindendo dalle complesse questioni giuridiche sollevate dal dualismo tra *no-fly list* e diritto di viaggiare, non può non rimarcarsi nuovamente la significativa efficacia della lista nell'ambito dell'attuale lotta ai *Foreign Terrorist Fighters*. Affiancandosi alla già ferrea legislazione penale statunitense, la stessa si presta a ricomprendere la sconfinata gamma di presunti terroristi che non rientrano nell'ambito di applicazione della Sez. 2339 del Codice USA e che non possono, pertanto, essere perseguiti e puniti penalmente. In tal senso, la *no-fly list* costituisce un meccanismo autenticamente ed estremamente preventivo che oltrepassa i già labili confini dell'*attempt* e della *conspiracy*, rinvenendo nel mero sospetto l'elemento necessario e sufficiente per evitare che presunti fiancheggiatori dei terroristi abbandonino il territorio statunitense o vi facciano rientro.

5. Conclusioni

Gli Stati Uniti d'America si confermano, in conclusione, come Stato guida e punto di riferimento indiscusso in materia di sicurezza e terrorismo internazionale. Con riferimento al fenomeno dei *Foreign Terrorist Fighters* e alla risoluzione 2178 (2014), la loro forza di gravità è emersa in tutta la sua evidenza, spingendo il Consiglio di Sicurezza, e di conseguenza gli Stati membri delle Nazioni Unite, in corrispondenza del perielio. Al fine di confermare appieno l'ellitticità del moto che gli Stati percorrono attorno agli Stati Uniti, tuttavia, resta da valutare se – coerentemente alla prima legge di Keplero – gli stessi si siano in seguito allontanati dal loro fuoco centrale per dirigersi verso l'afelio. Stante la mancata implementazione del paragrafo 6 da parte degli innumerevoli Stati che non hanno ancora conformato i loro ordinamenti nazionali alla risoluzione 2178, risulta difficile pervenire a conclusioni definitive a tal riguardo. Ciò nonostante, è possibile avanzare alcune prime considerazioni sulla base dagli interventi legislativi di recepimento già introdotti in alcuni Stati. Da questi, emerge la tendenza generale degli Stati a non attenersi in maniera estremamente rigida al par. 6, implementandolo, al contrario, in modo alquanto sfumato e spesso lontano dal suo originario tenore letterario e concettuale. Ciò risulta

evidente soprattutto in riferimento al par. 6 (c), punto di maggiore contatto con la legislazione antiterroristica statunitense, nei confronti del quale gli Stati sembrano approcciarsi con massima prudenza e cautela, finendo, a volte, per non recepirlo affatto⁷³. Sembra così confermarsi l'ellitticità del moto seguito dalla generalità degli Stati che li conduce, via via che la minaccia primaria si allontana, a distaccarsi dal loro centro di gravità per dirigersi verso l'afelio. Il più ampio universo del diritto internazionale torna, gradualmente, ad avvolgere la maggioranza dei pianeti che ne riassorbono la dimensione autenticamente umanitaria e la contemperano con le logiche estremamente securitarie mutate in corrispondenza del pericelio. I connotati preventivi delle condotte previste dal par. 6, infatti, pur venendo recepiti nella maggioranza degli ordinamenti nazionali, non risultano estremizzati né riprodotti rigidamente ma, al contrario, mitigati al fine di renderli il più possibile compatibili con il necessario rispetto delle garanzie e dei diritti individuali.

⁷³ Costituiscono la prova più evidente di quanto sostenuto la Germania e la Spagna che in fase di recepimento della risoluzione 2178 non hanno dato affatto attuazione alle condotte preparatorie di cui al par. 6 della risoluzione in esame. In Germania, la legge di attuazione della risoluzione 2178 del 20 giugno 2015 interviene a modificare l'art. 89 (a) rende perseguibile chiunque abbandoni il territorio tedesco con l'obiettivo di ricevere addestramento relativo ad attività terroristiche. Al fine di ricadere nel campo applicazione, risulta perciò necessario intraprendere concretamente il viaggio verso uno Stato estero, non risultando sufficiente il mero tentativo di effettuarlo non essendo criminalizzata affatto la mera organizzazione del viaggio altrui. Parimenti, in Spagna la *Ley orgánica 2/2015*, modificando l'art. 275 del *Código Penal*, introduce i reati di indottrinamento, autoindottrinamento e reclutamento, ma non crea fattispecie penali atte a criminalizzare la condotta autenticamente preparatoria di cui al . 6 (c).