
 ROBERTA BILLÈ

« PATRIOTTISMO » COSTITUZIONALE E LIBERTÀ D'INFORMAZIONE: IL CASO STATUNITENSE

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. La Commissione Indipendente sugli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001. — 2.1. La natura della Commissione. — 2.2. L'evoluzione dei rapporti tra la Commissione e l'Esecutivo durante l'indagine. Il cambiamento della linea di difesa dell'*executive branch*. — 2.3. La Commissione dell'11 settembre come caso isolato o come punto di partenza per un nuovo approccio nella collaborazione tra il Presidente e il Congresso? — 3. L'esperienza del *Patriot Act*. — 3.1. *Patriot Act* e diritto alla *privacy*. — 3.2. La *longa manus* di Bush sulle *sunset provisions*. — 4. Verso un ripristino dei *checks and balances*?

1. INTRODUZIONE.

L'attentato alle Torri Gemelle di *New York* e al Pentagono da parte dell'organizzazione terroristica internazionale *Al Qaeda* ha fatto emergere la necessità impellente di ripensare gli equilibri interni ed esterni agli Stati Uniti d'America.

Possiamo ravvisare come di fatto vi siano state due spinte contrapposte in seno all'opinione pubblica: da un lato, infatti, la necessità di conoscere i responsabili delle inadempienze all'interno dei servizi di *intelligence* americana, per colpa delle quali è stato reso possibile ai terroristi dell'11 settembre concretizzare un piano estremamente composito sul piano organizzativo e finanziario, ha condotto le istituzioni politiche a designare una Commissione indipendente d'inchiesta.

Dall'altra il medio cittadino americano ha acconsentito ad una limitazione dei suoi diritti fondamentali, a seguito dell'emanazione del *Patriot Act* (su cui *infra*), consapevole del fatto che, per raggiungere scopi più alti, fosse necessario subire una recessione di questi, e ciò soprattutto attraverso l'ampliamento dei poteri investigativi di governo, con una conseguenziale ingerenza nella sfera individuale di ognuno e una lesione della propria *privacy*¹. Si potrebbe quasi parlare di « assuefazione endemica »²

¹ Sul punto vedi *amplius* G. DE VERGOTTINI, *Il bilanciamento fra sicurezza e libertà civili nella stagione del terrorismo*, in *Sicurezza: le nuove frontiere*. Cultura,

economia, politiche, tecnologie, a cura del CSGE, 2005.

² *Ibidem*, p. 106 e *Id.*, *La difficile convivenza fra libertà e sicurezza. La ri-*

nel definire l'atteggiamento dell'opinione pubblica americana di fronte a questo « stato di emergenza », che ormai da quattro anni sta condizionando la vita di coloro che risiedono negli Stati Uniti.

Pare opportuno tuttavia denunciare un'inversione di tendenza³ che ha caratterizzato gli ultimi mesi del 2005, grazie soprattutto alle associazioni in difesa delle libertà civili, tra le quali spicca la *ACLU* (*American Civil Liberties Union*); esse, infatti, hanno effettuato un'ingente campagna di mobilitazione perché non venissero riapprovate dal Congresso alcune parti del *Patriot Act*⁴, di cui nel corso della trattazione si dirà, che proprio il 31 dicembre del 2005 avrebbero dovuto cessare di avere efficacia (c.d. *sunset provisions*)⁵.

In queste due spinte contrapposte spicca, tuttavia, un elemento comune: il valore dell'informazione come necessità.

Nel caso dell'istituzione della *9/11 Commission*, la necessità dell'informazione diviene strumento di riscatto da parte dei cittadini americani e di recupero del loro « diritto a sapere »; in questo modo, infatti, essi, facendo leva sul concetto di *accountability*, inteso come la responsabilità

sposta delle democrazie al terrorismo, in *Rassegna Parlamentare*, 2004, p. 439. Sulla pericolosità del concetto e sul connesso rischio dell'abitudine alle violazioni reiterate dei diritti fondamentali e del principio di legalità, come conseguenza del vuoto legale provocato dai potenziati poteri governativi vedi anche T. GROPPI, *Dopo l'11 settembre: la « via canadese » per conciliare sicurezza e diritti*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, settembre 2005, p. 595.

³ P.P. SWIRE, *The System of Foreign Intelligence Surveillance Law*, in 72 *Geo. Wash. Law. Rev.*, 1306, 1350, August, 2004; l'A. spiega come la reazione della società civile nel pieno della crisi emergenziale sia di totale disponibilità nei confronti di gravose misure restrittive a loro danno purché efficaci a combattere il terrorismo, che evolve però, nel lungo periodo, in una richiesta di assicurazioni affinché si riduca il rischio di una *Big Brother Society*. K.L. SHEPPELE, *Terrorism and the Constitution: Civil Liberties in a New America: Law in A Time of Emergency: States Of Exception and the Temptations of 9/11*, in 6 *U. Pa. J. Const. L.* *1047, may, 2004 afferma che la risposta agli attacchi terroristici dell'11 settembre da parte del Governo americano non abbia portato ad un'immediata instaurazione di uno stato d'emergenza e che solo nel 2002, dopo l'emanazione delle linee-guida da parte del Dipartimento di Giustizia e la decisione della *FISCR Court* (su cui *infra*), questo si sia saldato e fortificato, riducendo al minimo le garanzie rappresentate dal Congresso e dalle Corti.

⁴ *Pub. L. No. 107-56*, 115 *Stat.* 272

(2001), approvato dal Congresso il 26 ottobre 2001.

Sul ruolo delle organizzazioni non governative in difesa dei diritti umani, anche se in chiave internazionalistica, vedi A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2005, p. 137 ss.

⁵ Il dibattito al Congresso per il rinnovo delle *sunset provisions* del *Patriot Act* si è, infatti, concluso il 16 dicembre del 2005 con la bocciatura al Senato, a seguito dell'opposizione di 40 senatori, fra democratici e repubblicani, del progetto di legge che ne prevedeva la riapprovazione, vedi *Repubblica* del 17 dicembre 2005 e *Herald Tribune* del 17 dicembre 2005. Nei giorni immediatamente successivi al 16 dicembre, è stata, tuttavia, cercata una soluzione di compromesso, probabilmente più per la volontà di non esporsi troppo al giudizio di coloro che avrebbero potuto accusare la classe politica di debolezza innanzi al terrore. Per questo motivo è stata raggiunta una « mini-proroga » di altre cinque settimane (fino al 3 febbraio 2006) delle *sunset provisions*, scaduta la quale verrà riproposto il progetto di legge di riapprovazione di queste ultime (in realtà alla proroga approvata dal Congresso il 22 dicembre ha già fatto seguito un'altra, attualmente ancora in corso; per maggiori chiarimenti, rimando al paragrafo 3.2) È da sottolineare comunque come la sezione 215, su cui vedi *infra*, che permetteva di sorvegliare quali libri i cittadini acquistassero in libreria o consultassero in biblioteca sia stata definitivamente rimossa dall'articolo del *Patriot Act* (da *Repubblica* del 23 dicembre 2005).

che l'Amministrazione ha verso chi direttamente l'ha scelta, ripristinano il proprio ruolo di mandanti nei confronti di chi li governa.

Nel caso dell'approvazione del *Patriot Act*, d'altro canto, la necessità dell'informazione rileva come strumento nelle mani dell'Amministrazione stessa. Il Governo americano, infatti, ha ritenuto l'acquisizione dell'informazione, tramite modalità peraltro non sempre conformi ad una democrazia, « *condicio sine qua non* » nella lotta al terrorismo e nell'opera di difesa della sicurezza nazionale e per questo motivo ha posto tra gli obiettivi precipui da conseguire attraverso questa legislazione d'emergenza il rafforzamento degli strumenti d'indagine nelle mani del *Federal Bureau of Investigation*.

2. LA COMMISSIONE INDIPENDENTE SUGLI ATTACCHI TERRORISTICI DELL'11 SETTEMBRE 2001.

Con l'*Intelligence Authorization Act* vide la luce nel settembre del 2002 la *National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States*, più conosciuta come *9/11 Commission*, con l'incarico di condurre un'ampia inchiesta sui fatti e sulle circostanze che avevano preceduto la sciagura dell'11 settembre 2001⁶.

L'istituzione della Commissione in un primo momento aveva incontrato ostacoli, successivamente superati a seguito della caduta del veto sino ad allora opposto dall'Amministrazione Bush. L'opinione pubblica, ed in particolare il Comitato dei Parenti delle Vittime, stava, infatti, da tempo esercitando forti pressioni verso le istituzioni perché con un'inchiesta di questo tipo si chiarisse come l'Amministrazione in carica avesse affrontato il pericolo di attacchi da parte dell'organizzazione terroristica di *Al Qaeda*. Ciò nella convinzione, peraltro diffusa, che non si potesse in alcun modo prescindere da un accertamento professionale e neutrale degli avvenimenti al fine di ripristinare la necessaria fiducia nei confronti del Governo, anche a fronte di possibili futuri attacchi terroristici⁷.

La posizione di netto contrasto del Presidente alla creazione di una simile commissione si evince non solo dal sopraccitato veto, bensì anche dalle dichiarazioni che egli rilasciò il 27 novembre 2002.

In tale occasione il Presidente Bush non solo comunicò alla Nazione americana l'istituzione della *9/11 Commission*, ma, riferendosi alla sezione 342 e al Titolo VIII dell'*Intelligence Authorization Act*, ove sono stabiliti i nuovi requisiti per la rivelazione delle informazioni in mano al Governo ritenute sensibili e ai quali quest'ultimo si deve attenere, fece anche presente come « l'esecutivo avrebbe interpretato le previsioni normative ivi contenute in maniera conforme al potere *costituzionale* in capo al Presidente di mantenere segreta ogni informazione che avrebbe potuto danneggiare, se svelata, le relazioni estere, la sicurezza nazionale, i processi decisionali degli organi governativi, o l'esecuzione dei doveri costituzionali dell'Esecutivo »⁸.

⁶ L'istituzione della *9/11 Commission* è avvenuta per mezzo dell'atto H.R.4628.

⁷ Dai siti www.usatoday.com (consul-

tato il 12 novembre 2005) e www.wsj.com (consultato il 12 novembre 2005).

⁸ Dal sito <http://www.9-11commission.gov>

Da quanto detto è evidente che Bush abbia cercato sin dagli albori della Commissione di mettere in chiaro quale atteggiamento avrebbe tenuto innanzi alle richieste dell'organo investigativo non nascondendo il suo intento di fare uso dello strumento del « segreto governativo » ogni qual volta sarebbe risultato opportuno per la salvaguardia della propria autonomia costituzionale e per il normale svolgimento dell'azione di governo.

2.1. LA NATURA DELLA COMMISSIONE.

La Commissione ha ottenuto una designazione legislativa⁹ ed è stata considerata a tutti gli effetti come una manifestazione del potere legislativo. Tuttavia essa presenta delle particolarità che la contraddistinguono da ogni precedente commissione.

Si presenta, infatti, come « commissione indipendente », data la particolarità dei meccanismi di nomina di ogni singolo membro. Come recita l'atto istitutivo, la Commissione è composta da 10 membri, tra cui il Presidente, la cui nomina spetta al Presidente degli Stati Uniti, ed il Vice-presidente, il quale deve essere indicato dal leader al Senato del Partito Democratico, di concerto con il suo corrispondente presso la *House of Representatives*. I restanti componenti¹⁰ devono riflettere la natura *bipartisan* della Commissione non solo grazie alle procedure di nomina che consentono a personalità di entrambi i partiti di scegliere un componente, bensì anche attraverso la norma che prevede che non più di cinque membri della Commissione debbano provenire dallo stesso partito e la norma che prevede l'incompatibilità dell'incarico inquirente con quello di funzionario impiegato a qualsiasi titolo nell'amministrazione, a prescindere dalla provenienza federale, statale, o locale¹¹.

Appare chiaro come la volontà del legislatore fosse quella di mantenere i membri della *9/11 Commission* del tutto equidistanti e dal potere legislativo e dal potere esecutivo, al fine di garantirne indipendenza, ma anche professionalità e competenza.

A tal fine la legge richiedeva che i componenti la Commissione fossero cittadini americani con un valore riconosciuto su scala nazionale e con una significativa esperienza professionale, specie per aver rivestito incarichi governativi, o più propriamente esecutivi, oppure incarichi nell'ambito delle forze armate o nell'*intelligence*¹².

La sua collocazione in seno al Congresso, pur essendo a tutti gli effetti una *Commissione indipendente*, la rende una creatura anomala, senza

sion.gov/about/president.htm (consultato il 18 luglio 2005). Il Presidente Bush si riferisce al potere che l'Esecutivo ha nei confronti degli organi inquirenti sia legislativi sia giudiziali di opporsi all'acquisizione di informazioni governative da parte di questi ultimi a fini investigativi, quando il Governo discrezionalmente ritenga che una loro rivelazione possa nuocere al buon andamento dell'operato amministrativo (c.d. *executive privilege*, su cui *infra*).

⁹ Vedi *United States Code* (U.S.C.),

Title 6, section 101-Notes, sec. 601: « *There is established in the legislative branch the National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States...* ».

¹⁰ Per le procedure di nomina dei restanti componenti la Commissione rimando all'atto U.S.C., *cit.*, *sec. 603(a)*.

¹¹ *Id.*, *sec. 603 b)*.

¹² *Ibidem*. La disposizione fa riferimento anche ad altre possibili aree di competenza professionale, tra cui gli affari esteri ed il commercio.

precedenti nella storia degli Stati Uniti¹³. Grazie al suo carattere *super partes* la Commissione ha potuto svolgere un'indagine di ampio raggio.

Questo dato emerge con forza dall'analisi del campo d'investigazione attribuito ad una precedente commissione d'inchiesta, istituita in maniera tradizionale e nota come *Joint Inquiry*, con un intento del tutto simile a quello successivamente posto ad oggetto dell'inchiesta della *9/11 Commission*¹⁴.

Infatti la *Joint Inquiry*, nonostante la sua natura bicamerale che prevedeva un raccordo nella conduzione delle indagini da parte di una commissione della *House of Representatives* e la corrispondente, *ratione materiae*, al *Senate*, non dava le garanzie che una commissione indipendente poteva offrire. Pur tuttavia, il limite maggiore che ha incontrato questa commissione bicamerale è di aver dovuto focalizzare la sua inchiesta solo su alcune problematiche inerenti la più vasta indagine sull'11 settembre. Questo in quanto tra le varie modalità investigative delle commissioni d'inchiesta al Congresso si è optato per l'utilizzo del meccanismo tradizionale, il quale tende a circoscrivere restrittivamente il campo d'indagine di ogni singola commissione, privilegiando eventualmente l'ausilio delle altre commissioni permanenti, rispettivamente competenti per tutte le residuali aree di investigazione. È inevitabile che questo *modus operandi* vada a dare vita ad un procedimento lungo ed incerto negli esiti finali.

Come accennato relativamente alla commissione indipendente, ad essa è stato conferito un mandato in ambiti di indagine ampi e consistenti. Le è stato, infatti, commissionato di investigare su « rilevanti fatti e circostanze » collegati agli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001, investigazione che avrebbe potuto implicare anche indagini su « ogni legislazione importante, ordine dell'esecutivo, regolazione, programma, politica, pratica, o procedura »¹⁵. La Commissione è stata, inoltre, autorizzata ad includere nella sua indagine anche « rilevanti fatti e circostanze collegate alle agenzie di *intelligence*, alla diplomazia, all'immigrazione... » e, cosa rilevante ai fini della nostra ricerca, a svolgere « un ruolo di *congressional oversight* »¹⁶, ovvero di controllore parlamentare sull'attività dell'esecutivo.

¹³ Gran parte delle Commissioni indipendenti menzionate durante il dibattito al Congresso che ha preceduto l'istituzione della *9/11 Commission* sono state istituite con un *executive order* e sono state collocate in seno all'esecutivo, tra cui le Commissioni che indagarono sull'affondamento del *Titanic* e sull'attacco giapponese a *Pearl Harbour*, ma anche una Commissione più recente che indagò sull'esplosione in Libano delle caserme della Marina americana avvenuta nel 1983.

Nell'attività preparatoria congressuale è, tuttavia, emersa sin da subito l'esigenza di evitare commissioni interne al governo, soprattutto per rispetto verso i familiari delle vittime dell'attacco terroristico e, in particolare, verso il loro precipuo interesse a che l'indagine fosse la più obiettiva e trasparente possibile.

E da rilevare, comunque, come sui fatti

dell'11 settembre abbia indagato anche una commissione designata dallo stesso Presidente George W. Bush, la cosiddetta *Tower Commission*. Gli esiti di questa Commissione hanno, tuttavia, avuto un riscontro marginale nell'opinione pubblica dal momento che questa stessa Commissione non aveva ottenuto, sin dalla sua istituzione, un consenso da parte dei familiari delle vittime. Questo perché le loro richieste di dare luogo ad una Commissione avevano fatto emergere *in primis* la necessità che venisse costituito un organo di inchiesta del tutto estraneo all'esecutivo.

¹⁴ Si tratta delle *House Permanent Select Committee on Intelligence* e della *Senate Select Committee on Intelligence*, più conosciuta come *Joint Inquiry*, il cui report finale risale alla fine del 2002.

¹⁵ Vedi U.S.C., *cit.*, sec. 604 a) (1) (A).

¹⁶ *Ibidem*. Ad ulteriore conferma del-

Inoltre, con una formula residuale, l'atto di istituzione della Commissione chiude il campo d'investigazione con un'eventuale estensione ad « altre aree di settori pubblici e privati considerati rilevanti dalla Commissione per la sua inchiesta »¹⁷.

Pertanto, in virtù di questo amplissimo mandato, la Commissione ha necessariamente dovuto accedere alle informazioni più strettamente confidenziali e considerate « sensibili » da parte del Governo¹⁸.

2.2. L'EVOLUZIONE DEI RAPPORTI TRA LA COMMISSIONE E L'ESECUTIVO DURANTE L'INDAGINE. IL CAMBIAMENTO DELLA LINEA DI DIFESA DELL'EXECUTIVE BRANCH.

L'indagine condotta dalla commissione indipendente ha visto uno scambio di informazioni da parte dell'esecutivo a favore della stessa *9/11 Commission*, che non ha avuto precedenti nella storia delle commissioni d'inchiesta del Congresso americano, e ciò nonostante l'iniziale diffidenza del Presidente Bush, che sembrava voler confermare la linea di difesa tenuta saldamente nei confronti della *Joint Inquiry*¹⁹. In questo modo è stato reso possibile alla Commissione raggiungere dei risultati di lavoro validi e di ampia portata, che hanno condotto ad una riforma strutturale dei servizi di *intelligence*, e, in particolare, ad una nuova regolamentazione dei rapporti tra CIA ed FBI.

La Commissione e l'*executive branch*, a partire dal 2003 fino ai primi mesi del 2004, hanno dato luogo, infatti, ad una serie di negoziazioni, che rivela come da parte dell'organo investigativo vi sia stata una strin-

la sua natura di organo del potere legislativo.

¹⁷ *Id.*, sec. 604 a)(1)(b).

Ricordiamo, inoltre, che il medesimo atto ha conferito alla Commissione anche il potere della *subpoena*, condizionandolo tuttavia ad un previo accordo *bipartisan*, ovvero richiedendo un voto affermativo sia da parte del Presidente della Commissione sia del Vice, oppure il voto affermativo di 6 membri della Commissione su 10.

Durante l'inchiesta la Commissione ha quindi fatto uso del *subpoena power* tre volte: per ottenere forzatamente la produzione di documenti da parte della *Federal Aviation Administration*, del *Department of Defense*, e della *City of New York*. In tutti e tre i casi i documenti richiesti sono stati prodotti davanti alla Commissione senza la necessità di un previo intervento da parte dell'autorità giudiziaria.

Vedi *National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States, Frequently Asked Questions About the 9/11 Commission* sul sito <http://www.9-11commission.gov/about/faq.htm#q10> (consultato il 16 luglio 2005).

¹⁸ V.S. SHABO, *We are Pleased To Re-*

port That the Commission Has Reached Agreement with the White House: The 9/11 Commission and Implications for Legislative-Executive Information Sharing, in 33 N.C.L. Rev., 1037 (2005).

¹⁹ Durante i lavori della *Joint Inquiry*, la Casa Bianca ha invocato l'*executive privilege* (su cui *infra*) sulle richieste della Commissione di accesso al *budget* dell'*Intelligence*, specie ai capitoli di spesa tenuti nascosti. Ciò, anche sulla base di quanto dichiarato da Bush, in quanto « rilasciando i documenti...si sarebbe inibito ai consiglieri più vicini al Presidente Bush — e ai futuri consiglieri dei futuri presidenti — la spontaneità nel dispensare consigli, per paura che questi sarebbero stati resi pubblici e che avrebbero creato imbarazzo ». Vedi il *Report of the United States Senate Select Committee on Intelligence and the United States House Permanent Select Committee on Intelligence, Joint Inquiry Into Intelligence Communities Activities Before and After the Terrorist Attacks of Sept. 11, 2001*, S. Rep. No. 107-351, H.R. Rep. No. 107-792 (2002) (*Joint Inquiry Report*).

gente necessità di convincere quanto più possibile il Governo a collaborare all'indagine fornendo le informazioni richieste. Ciò ha fatto inevitabilmente riemergere l'annosa problematica dell'uso dell'*executive privilege* da parte dell'esecutivo nei confronti di altri poteri statali, come corollario alla dottrina costituzionale della separazione dei poteri²⁰, tanto più considerato che l'organo di indagine in questione era a tutti gli effetti una *longa manus* del Congresso.

Per *executive privilege* in particolare si intende la facoltà conferita all'organo di governo di mantenere segrete tutte quelle informazioni interne all'apparato amministrativo, generalmente collegate alla sicurezza nazionale e alla politica estera, che, se riferite in sede parlamentare o giurisdizionale, potrebbero arrecare gravi danni al buon andamento dell'amministrazione²¹.

Tant'è che, in un primo momento, nel rispondere alle richieste della Commissione di accedere alle informazioni, la Casa Bianca ha cercato in tutti i modi di trattenere a sé il controllo sulle informazioni e sulle testimonianze con il dichiarato intento di preservare la separazione dei poteri, nonché l'inviolabilità delle comunicazioni decisionali all'interno dell'organo esecutivo²² e ciò basandosi su una prassi consolidatasi nelle precedenti amministrazioni, ricordata anche nella lettera che l'allora giudice, nonché Consigliere della Casa Bianca, Alberto Gonzales, nominato il 3 febbraio 2005 nuovo *Attorney General*, fece pervenire al Presidente ed al Vice-presidente della *9/11 Commission*, come risposta alle richieste di quest'ultima di far testimoniare funzionari governativi. Vi si affermava che:

²⁰ Contro questa tesi R. BERGER, *Executive Privilege: A Constitutional Myth*, Cambridge, il quale riprende, in questa che è la sua opera più importante, la dichiarazione di Rogers che nel 1958 affermò: «Viviamo in una democrazia nella quale una opinione pubblica informata è assolutamente essenziale alla sopravvivenza della nostra nazione e della nostra forma di governo. È verosimile che il Congresso debba essere ben informato se vuole portare avanti la sua funzione legislativa realisticamente ed efficientemente», in W.P. ROGERS, *Constitutional Law: The Papers of the Executive Branch*, 44 A. B. A. J. 941 (1958).

L'unico riferimento che la Costituzione statunitense fa ad uno scambio di informazioni tra il legislativo e l'esecutivo è nell'articolo II, sezione III, dove si richiede che il Presidente, di tanto in tanto, dia informazioni al Congresso sulle condizioni dell'Unione... («... the President from time to time gives to the Congress information of the state of the Union ...»); Berger argomenta che anche questa previsione è prova del rifiuto di un'idea di *executive privilege*, in quanto questo dovere costituzionale in capo ai Presidenti è uno degli effetti del potere assoluto d'inchiesta nelle mani del Congresso, Berger, *cit.*, p. 37.

²¹ La dottrina americana si è molto occupata dell'*executive privilege*. Vedi in questo senso: M.J. ROZELL, *Symposium: Executive Privilege and the Modern President's: In Nixon's Shadow*, in 83 *Minnesota Law Review*, 1070 (1999); S.B. PRAKASH, *A Critical Comment on the Constitutionality of Executive Privilege*, in 83 *Minnesota Law Review*, 1143, 1145 (1999); R. IRAOLA, *Congressional Oversight, Executive Privilege, and Requests for Information Relating to Federal Criminal Investigations and Prosecutions*, in *Iowa Law Review*, 1572 (2002); R.K. MILLER, *Congressional Inquests: Suffocating the Constitutional Prerogative of Executive Privilege*, *Minnesota Law Review*, 631-642 (1997); J.D. BUSH, *Congressional Executive Access Disputes: Legal Standards and Political Settlements*, in *Journal of Law and Politics*, 717, 735-46 (1993); P.M. SHANE, *Legal Disagreements and negotiation in a Government of Laws*, in *Minnesota Law Review*, 477 (1987).

²² V.S. SHABO, *We are Pleased To Report That the Commission Has Reached Agreement with the White House: The 9/11 Commission and Implications for Legislative-Executive Information Sharing*, *cit.*, 1039.

« [b]asandosi sui principi su cui si fonda la separazione costituzionale dei poteri, gli ex Presidenti hanno ritenuto opportuno affiancarsi alla linea secondo cui i consiglieri e lo staff della Casa Bianca non siano soggetti alla competenza dell'organo legislativo e non debbano, ma neanche potrebbero, fornire testimonianza su materie collegate a politiche di cui si è discusso all'interno della Casa Bianca o su qualche consiglio dato al Presidente »²³.

Tuttavia né la Commissione né l'Esecutivo sembrarono particolarmente ansiosi di ingaggiare un confronto giurisdizionale, il quale sarebbe risultato inevitabile se i due poteri avessero a lungo temporeggiato prima di raggiungere una soluzione di compromesso, e questo considerato i ritardi²⁴, i risultati incerti e la pubblicità che avrebbe accompagnato l'intervento di una corte.

Così gli accordi di spartirsi informazioni emersero in tre settori:

A) l'accesso, da parte di un selezionato gruppo di membri della Commissione, ai materiali del *Presidential Daily Brief* (PDB), ovvero ai rapporti informativi quotidianamente redatti per il Presidente dalle diverse agenzie di *intelligence*²⁵;

B) l'incontro informale con la Commissione da parte del Presidente Bush e del Vice-presidente Cheney;

C) la testimonianza davanti alla Commissione e sotto giuramento dell'allora²⁶ Consigliere per la Sicurezza Nazionale Condoleezza Rice²⁷.

Relativamente alle negoziazioni sul potere della Commissione di avere un colloquio con Bush, esse non ebbero vita facile, dato che, su stesso riconoscimento del Presidente della *9/11 Commission*, Thomas H. Kean, la penuria di precedenti deponeva effettivamente contro una testimonianza del Presidente, indipendentemente da che fosse ancora in carica o meno. Ma nonostante questo, la Commissione fece molta pressione e riuscì ad ottenere un incontro sia con Bush sia con Cheney, della durata di tre ore, ma alla presenza di un unico membro della Commissione e a condizione che l'incontro non fosse sottoposto a giuramento e che non avesse valore

²³ A.R. GONZALES LETTER, dal sito <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2004/03/20040330-3.html> (30 Marzo 2004) (consultato il 13 luglio 2005).

²⁴ La Commissione durante tutte le sue negoziazioni ha dovuto tener conto della scadenza del suo mandato, il cui termine in un secondo tempo è stato dilatato al fine di consentire la preparazione del corposo *Report* conclusivo, che, messo alle stampe il 22 luglio 2004, è divenuto subito un *best seller* in America. Ciononostante, tale scadenza ha fatto emergere una stringente necessità di raggiungere un rapido compromesso, che consentisse alla Commissione l'acquisizione delle prove considerate determinanti per l'espletamento del proprio incarico. Ricordiamo anche le parole del Presidente della *9/11 Commission* Kean il quale affermò che un eventuale ricorso all'autorità giurisdizionale avrebbe potuto anche concludersi

a favore del riconoscimento dell'*executive privilege*.

²⁵ In realtà la Casa Bianca mantenne il diritto di riesaminare le note dei commissari prima che queste venissero poste sotto la visione dell'intera Commissione.

²⁶ A seguito delle elezioni del novembre 2004, il Presidente Bush, riconfermato alla guida dell'amministrazione americana, ha nominato Condoleezza Rice Segretario di Stato, a seguito della rinuncia del suo predecessore, Colin Powell, a mantenere l'incarico assegnatogli nel precedente mandato presidenziale.

²⁷ La Commissione ha inoltre ascoltato la testimonianza sotto giuramento di altri funzionari chiave dell'amministrazione Bush, che non avevano peraltro testimoniato davanti alla *Joint Inquiry*: si tratta del Segretario di Stato, del Segretario alla Difesa, del Direttore della CIA ed, infine, dell'*Attorney General*.

di precedente, requisito quest'ultimo che costituisce un po' il *leitmotiv* degli accordi intercorsi durante quest'indagine tra i due poteri federali su cui si tornerà ampiamente fra breve. Tuttavia le condizioni in cui l'incontro è avvenuto — alla Casa Bianca, a porte chiuse, senza una formale registrazione e, soprattutto, come sopra ricordato, alla presenza di un solo membro della Commissione — fanno sì che si possa ritenere che i confini simbolici e costituzionali tra la sfera dell'esecutivo e quella del potere legislativo siano stati preservati²⁸.

È, però, la decisione della Casa Bianca di permettere al Consigliere per la Sicurezza Nazionale Condoleezza Rice di testimoniare davanti alla Commissione sotto giuramento che pone la più importante sfida alla dottrina della separazione dei poteri. Infatti, secondo quanto dichiarato da Jack Quinn, Consigliere della Casa Bianca, al Presidente della *Subcommittee on National Security, International Affairs and Criminal Justice* l'8 maggio 1996, «... un principio che si è da tempo radicato nella separazione dei poteri sancita dalla Costituzione e nell'autorità rivestita dal Presidente sulla base dell'Articolo II... (è quello secondo cui) i funzionari della Casa Bianca generalmente non testimoniano di fronte al Congresso, eccetto che in circostanze straordinarie»²⁹.

L'audizione della Rice non ha probabilmente disatteso questa dichiarazione, in quanto è proprio sulla unicità e straordinarietà degli eventi che hanno caratterizzato gli attacchi sferzati alla nazione americana dal terrorismo internazionale dell'11 settembre che il Presidente ha basato la propria decisione di rendere possibile questa testimonianza. Nella lettera del Giudice Gonzales³⁰, infatti, emerge come la volontà del Presidente di concedere la testimonianza fosse più legata ad una sorta di cortesia (*as a matter of comity*)³¹, pur disponendo del potere di rifiutarsi di concederla³².

²⁸ V.S. SHABO, *We are Pleased To Report That the Commission Has Reached Agreement with the White House: The 9/11 Commission and Implications for Legislative-Executive Information Sharing*, cit., 1055.

²⁹ La testimonianza della Rice ha una portata considerevole, in quanto è la prima volta che un Consigliere della Casa Bianca testimonia sotto giuramento davanti ad un organo legislativo su materie non connesse ad investigazioni di natura criminale o a scandali presidenziali, V.S. SHABO, *We are Pleased To Report That the Commission Has Reached Agreement with the White House: The 9/11 Commission and Implications for Legislative-Executive Information Sharing*, cit., 1056; su questo punto, vedi più ampiamente S. ILLARI, *L'audizione pubblica del Consigliere per la sicurezza nazionale Condoleezza Rice alla luce dei rapporti tra Esecutivo e Legislativo negli Stati Uniti, in Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, III, 2004.

³⁰ A.R. GONZALES, vedi *supra*, nota 23.

³¹ *Ibidem*.

³² Sin dall'Amministrazione Kennedy venne stabilito con una direttiva governativa che l'*executive privilege* potesse essere rivendicato soltanto dal Presidente in persona.

L'ultima direttiva in merito, emanata dal Presidente Reagan nel Novembre del 1982, ed ancora in vigore, stabilisce che, quando il capo di un'agenzia governativa ritiene che un'informazione domandata dal Congresso possa far nascere questioni di natura sostanziale riguardo all'esistenza di un *executive privilege*, questo funzionario deve consultarsi con il Procuratore Generale (l'*Attorney General*), il quale, se reputa giustificata l'invocazione del privilegio, stende rapporto al Presidente, il quale, da ultimo, prenderà la decisione finale. Se il Presidente riterrà sussistente l'*executive privilege*, spetterà al capo dell'agenzia notificarlo alla commissione d'inchiesta. Vedi *Congressional Research Service*, Memorandum from the President to the Heads of Executive Departments and Agencies on Procedure Governing Responses to Congressional Requests for Information (4th november 1982) dal *Congressional*

2.3. LA COMMISSIONE DELL'11 SETTEMBRE COME CASO ISOLATO O COME PUNTO DI PARTENZA PER UN NUOVO APPROCCIO NELLA COLLABORAZIONE TRA IL PRESIDENTE E IL CONGRESSO?

Notevoli sono stati, quindi, gli sforzi sia da parte del potere legislativo sia da parte del potere esecutivo per giungere ad una soluzione di compromesso che potesse soddisfare, ad un tempo, l'esigenza di venire a conoscenza dell'operato dell'amministrazione Bush e la necessità di non svelare informazioni ritenute sensibili dal Governo. Ciascuno dei tre più importanti accordi ricordati sopra avvennero con l'esplicita promessa da parte della Commissione³³ che questo accesso alle informazioni nelle mani dell'esecutivo non potesse violare in alcun modo il diritto costituzionale che l'Amministrazione ha di proteggere informazioni ritenute « privilegiate »³⁴ e che pertanto non potesse costituire *precedente* per casi analoghi futuri.

Da ciò si evince una chiara volontà dell'esecutivo di considerare il proprio *modus operandi* in questa indagine come un caso del tutto isolato, giustificato dalla gravità degli eventi che hanno colpito gli Stati Uniti e che hanno portato il Presidente Bush a fare una vera e propria dichiarazione pubblica di guerra contro il terrorismo³⁵. D'altro canto proprio queste « straordinarie ed uniche circostanze », cui fa riferimento la lettera del Giudice Gonzales al Presidente e al Vice-Presidente della *9/11 Commission*, hanno costituito una giustificazione di cui si sono servite entrambe le parti: anche il Congresso se n'è, difatti, avvalso per motivare la necessità di un ampio mandato investigativo prima e di una più ampia conoscenza di informazioni « confidenziali » poi.

È da considerare, inoltre, ineccepibile, da un punto di vista strategico, il modo in cui la Commissione ha svolto le sue indagini. Infatti è riuscita ad ottenere un numero di informazioni superiore alle sue stesse aspettative

Oversight Manual, febbraio 1995, pp. 197-198.

³³ Nel caso della deposizione della Rice, si richiese che la garanzia fosse maggiore, e che pertanto, provenisse direttamente dal Congresso.

³⁴ A. GONZALES, *cit.*

Relativamente, invece, al rapporto informazioni governative vs. opinione pubblica già con il *Freedom of Information Act*, 5 U.S.C. § 552, si era stabilita una presunzione di accesso pubblico alle informazioni in possesso di un'agenzia federale, comunque soggetta a limitate eccezioni.

I giudici nel corso degli anni hanno operato un bilanciamento tra i due contrapposti interessi. In questo senso vedi *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*, 448 U.S. 555, 572 (1980): « I cittadini in una società aperta non esigono l'infallibilità da parte delle loro istituzioni, ma è difficile per loro accettare ciò che a loro non è permesso di vedere »; *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713, 719 (1971) (Black J., *concurring opinion*):

« La parola "sicurezza" è una ampia e vaga generalità i cui contorni non dovrebbero essere invocati per abrogare il diritto fondamentale espresso nel Primo Emendamento. Il custodire segreti diplomatici e militari a spese di un governo rappresentativo non costituisce una reale sicurezza per la nostra Repubblica... » e ancora, più recentemente e con i parametri richiesti dalla situazione *post 11 settembre*, in merito alle richieste di conoscere le informazioni relative alle persone detenute in conseguenza dell'attacco terroristico dell'11 settembre vedi *Detroit Free Press v. Ashcroft*, 303 F.3d 681,683, 690 (6th Cir. 2002), nel quale si afferma: « Un governo che opera all'ombra del segreto è totalmente in contrasto con la società così come definita dalla Costituzione ».

³⁵ Vedi l'emanazione da parte di George W. Bush del *President Issues Military Order* il 13 novembre 2001 consultabile in www.whitehouse.gov (consultato il 20 novembre 2005), su cui *amplius* nota 72.

anche grazie al suo modo di condurre il proprio lavoro relazionandosi con l'opinione pubblica, soprattutto coi parenti delle vittime dell'11 settembre, in maniera tale da garantire un buon grado di trasparenza. Agendo in questo modo, la Commissione ha utilizzato la pubblicità come arma al fine di ottenere una consistente cooperazione da parte dell'esecutivo³⁶, che altrimenti sarebbe stato tacciato di scarso collaborazionismo, senso di patriottismo e di totale disinteresse nei confronti di cittadini oramai sfiduciati e che, probabilmente, a distanza di una manciata di mesi dall'inizio della campagna elettorale per il rinnovo dell'amministrazione americana, avrebbero fatto sentire a pieno titolo, all'occasione, la loro voce.

È auspicabile che il processo politico che ha spinto i due poteri federali a raggiungere un accordo di portata storica abbia delle conseguenze nei loro accordi futuri in corso di indagini commissionate dal Congresso³⁷, o, in subordine, nel superamento della oramai tradizionale riluttanza delle corti di intervenire nelle dispute tra legislativo ed esecutivo aventi ad oggetto l'*executive privilege*³⁸.

Relativamente al primo punto è la stessa *9/11 Commission*, nel suo *report* finale, tra le varie raccomandazioni esposte, a sottolineare la necessità in un futuro che il Governo federale condivida maggiori informazioni con il Congresso garantendo all'organo legislativo un più effettivo controllo sull'attività della *Intelligence Community*³⁹.

³⁶ Il Presidente della Commissione Kean esplicitò le sue intenzioni confessando che era stato deciso di rendere pubbliche soprattutto le difficoltà della Commissione nell'ottenere i documenti «nella speranza che le varie agenzie governative collaborassero maggiormente». Sulle modalità di lavoro della Commissione dell'11 settembre come modello per l'istituto delle commissioni parlamentari d'inchiesta ex art. 82 Cost. it. vedi G. RIZZONI, *La ricerca della verità sull'11 settembre: un modello per le nostre commissioni d'inchiesta?*, in *Quaderni costituzionali*, III, 2004.

³⁷ Per questo motivo non si può sottovalutare la dichiarazione resa da un componente dello staff della *Senate Intelligence Committee*: «In qualità di commissione legislativa permanente, noi vorremmo ben sperare di ricevere un eguale trattamento rispetto a quello riservato alla commissione temporanea (dell'11 settembre)». Sulla natura, invece, più simbolica dell'accordo operato in questo caso, vedi V.S. SHABO, *We are Pleased To Report That the Commission Has Reached Agreement with the White House: The 9/11 Commission and Implications for Legislative-Executive Information Sharing*, cit., 1052.

³⁸ Vedi *United States vs. A.T.&T.*, 551 F.2d 784 (*District Court Circuit*, 1976) e 567 F.2d 121 (*District Court Circuit*, 1977), dove la Corte d'Appello ha preferito rifiutare di effettuare il bilanciamento tra i due presunti interessi costituzionali, piuttosto che rimandare il caso per ulteriori discussioni sotto la cognizione della corte distrettuale; vedi anche *United States vs. U.S. House of Representatives*, 556 F.2d 150, 152 (D.D.C., 1983), dove la corte distrettuale si è rifiutata di proibire che la *House of Representatives* trasmettesse all'*Attorney General* una citazione per *contempt* (oltraggio) nei confronti di un funzionario governativo sulla base di un asserito privilegio dell'esecutivo di carattere costituzionale; si sancì, infatti, che «quando sorgono dispute di carattere costituzionale relative alla separazione dei poteri legislativo ed esecutivo, l'intervento del potere giudiziario dovrebbe essere ritardato almeno fino a quando ogni possibilità di risoluzione di natura politica non sia stata esaurita... un freno da parte dell'autorità giudiziaria è essenziale per mantenere quel delicato equilibrio tra i poteri così come stabilito dalla Costituzione».

In tutti questi casi le controversie si sono concluse con una trattativa politica.

³⁹ Vedi *9/11 Report*, p. 419 e ss. A questo proposito le risultanze della *9/11 Commission* hanno dato l'avvio ad una riforma epocale nel sistema di *intelligence* americano. Nel dicembre 2004 il Congresso ha, infatti, approvato l'*Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act (Public Law 108-458)*, la cui finalità precipua è stata quella di creare un *information sharing environment*, ovvero un ambiente di condivisione di informazioni tra gli organi della in-

Per quanto riguarda, invece, l'eventuale apporto di una corte, questo è da ritenere non solo non auspicabile, ma neppure necessario considerati i dati positivi che si possono ricavare dall'esperienza in esame. È pur vero che, se una corte ritenesse di dover intervenire, alla luce di questo apparente riequilibrio dei ruoli tra Presidente e Congresso nelle questioni relative alla sicurezza nazionale e all'*intelligence*, essa potrebbe anche ripensare le basi dell'*executive privilege* e provocarne un indebolimento.

È verosimile che la portata di questa collaborazione debba considerarsi come una congiunzione di fatti e di ragioni politiche che hanno permesso un superamento degli opposti benefici conseguenti all'utilizzo dell'*executive privilege*. Per questo motivo i fattori che hanno maggiormente influenzato in questo caso le concessioni presidenziali possono servire sì ad una futura amministrazione che dovrà scontrarsi con l'organo legislativo in merito alle richieste di accesso alle informazioni in possesso dell'organo esecutivo, ma più come lezione politica che come imperativo legale⁴⁰.

Inoltre la bontà delle dinamiche che hanno portato a questi reciproci accordi avvalorano l'utilizzo di uno strumento quale la commissione indipendente, che appare come un organo inquirente più credibile.

3. L'ESPERIENZA DEL *PATRIOT ACT*.

Un altro aspetto immediatamente riconducibile all'esperienza dell'11 settembre 2001 è l'approvazione da parte del Congresso del *The Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act*⁴¹, più noto con il suo acronimo, enfatico e inneggiante ai valori di appartenenza agli Stati Uniti d'America, *Patriot Act*⁴².

telligence community; inoltre è stato istituito un *Privacy and Civil Liberties Oversight Board*, la cui dipendenza dall'esecutivo (date le nomine governative dei suoi componenti) è stata immediatamente denunciata dalle associazioni a difesa delle libertà civili e politiche. Denuncia raccolta da numerosi deputati che, al fine di garantire l'autonomia di questo organo, hanno presentato il *Protection of Civil Liberties Act*, progetto di legge che prevede dei meccanismi di organizzazione e funzionamento dell'organo istituito, in linea con le raccomandazioni date dalla *9/11 Commission*. Per maggiori informazioni vedi <https://secure.alcu.org/site/Advocacy> (consultato il 24 luglio 2005).

Di grande preoccupazione, invece, il fatto che, tra gli oggetti di trattazione di questa riforma, vi siano anche gli « scambi culturali per la cosiddetta guerra delle idee contro il terrorismo islamico », di cui ancora non sono chiare né la portata né tanto meno la finalità. Da *Rassegne e Cronache - Cronache costituzionali dall'estero: USA*, a cura di L. STROPPIANA, in *Quaderni*

costituzionali, n. 2 del 2005, pp. 525-526.

⁴⁰ Sul punto vedi L. FISHER, *Symposium: Executive Privilege and the Clinton Presidency: Invoking Executive Privilege: Navigating Ticklish Political Waters*, in *8 Wm. & Mary Bill of Rts. J.* 583, * 583 (2000), il quale argomenta che « in molti casi, le politiche del momento o le considerazioni pratiche superano i principi legali » e che « tentativi per scoprire durevoli e coercitive norme in quest'area sono sempre falliti ».

⁴¹ *Pub. L. No. 107-56*, 115 Stat. 272 (2001), *cit.* La legislazione d'emergenza antiterrorismo degli Stati Uniti comprende anche alcuni *executive orders* presidenziali e vari regolamenti che hanno modificato leggi precedenti.

⁴² Il senatore Barney Frank definì l'uso di tale acronimo particolarmente offensivo; il giudice Stuart Taylor utilizzò addirittura il termine « *silly name* » per definire la dicitura della legge: vedi sul punto A PANEL DISCUSSION: *The USA - Patriot Act and the American Response to Terror: Can We Protect Civil Liberties after September*

Tale atto fu fortemente voluto dall'Amministrazione e venne votato all'indomani degli attacchi dell'11 settembre, senza quasi dare modo al Congresso di discuterne in aula⁴³ e nonostante questa legge apportasse modifiche di rilievo a previgenti atti normativi⁴⁴.

11?, in 39 *American Criminal Law Review*, Fall, 2002, 1501. Il Patriot Act ha ricevuto ampio consenso nella sua prima votazione al Congresso nel 2001 anche perché pochi congressmen si sarebbero messi contro una legge così « patriottica » nel suo spirito, o piuttosto nella sua dicitura: confronta C.P. RAAB, *Fighting Terrorism in an Electronic Age: Does the Patriot Act Unduly Compromise Our Civil Liberties?*, in *Duke L. & Tech. Rev.* 3, p. 1, 2006.

In realtà l'*American Civil Liberties Union* ha frequentemente definito tale legge e quelle successive di modifica (il c.d. *Patriot Act II*) « *Unpatriotic Acts* », alludendo alle restrizioni delle libertà, da parte di tali provvedimenti, di coloro che abitano sul suolo americano, confronta A. BEESON e J. JAFFER, *Unpatriotic Acts: The FBI's Power to Rifle Through Your Record and Personal Belongings Without Telling You*, dal sito *www.aclu.org* (consultato il 12 novembre 2005).

Oltre al nome utilizzato, se ne critica anche la lunghezza eccessiva ed il contenuto estremamente variegato; inoltre alcuni articoli sono di difficile comprensione in quanto si alternano disposizioni, che aggiungono, eliminano o modificano un aggettivo o una congiunzione dell'articolo che viene emendato, a lunghe definizioni terminologiche, vedi sul punto V. FANCHIOTTI, *Il dopo 11 settembre e l'Usa Patriot Act: lotta al terrorismo e « effetti collaterali »*, in *Questione giustizia*, n. 2-3, 2004, p. 287 e L. MAGLIARO, *La libertà delle persone dopo l'11 settembre*, in *Questione giustizia*, n. 2-3, 2004, p. 318. Tale difficoltà di lettura e quindi di comprensione conduce a pensare che questa mancanza di chiarezza sia stata appositamente voluta, per far sì che molti degli intenti liberticidi della legislazione non fossero riscontrabili *prima facie*. Vedi in questo senso anche P.P. SWIRE, *Administration Proposal Hits the Right Issues But Goes Too Far*, *Brookings Terrorism Project Website* consultabile in *www.peterswire.net* (consultato il 2 febbraio 2006).

⁴³ Per una conoscenza più approfondita dei passaggi che hanno portato all'approvazione del Patriot Act rimando a BERYL A. HOWELL, *Seven Weeks: the Making of the Usa Patriot Act*, in 72 *Geo. Wash. L. Rev.*, 1145, August 2004.

La versione finale di questa legge è in gran parte identica allo stesso progetto presentato dal Governo, anche se il Congresso

si rifiutò di approvare alcune fra le misure più estreme previste in quest'ultimo ed in particolare quelle volte a ridurre il controllo giurisdizionale dei tribunali ordinari sulla condotta del potere esecutivo, L. SALAS, *Primi appunti sul « Patriot Act » statunitense*, in *La legislazione penale*, 2004, fascicolo 3, pp. 474-512.

Per dimostrare come la velocizzazione del processo legislativo abbia menomato l'autorità del Congresso americano vedi le dichiarazioni del Senatore Russell Feingold, unico senatore peraltro che si oppose al Patriot Act nella sua approvazione nel 2001 (147 *Cong. Rec.* S11020): « Una cosa è velocizzare il procedimento legislativo al fine di dare aiuti finanziari alle città colpite dagli attacchi terroristici. L'abbiamo fatto, e nessuno si è lamentato di essersi mosso troppo rapidamente. Un'altra cosa è fare pressioni per approvare vastissimi nuovi poteri per dare attuazione ad una legge che direttamente colpisce le libertà civili del popolo americano senza una ragionevole deliberazione da parte di coloro che sono stati eletti come suo rappresentante » da D. HARDIN, *The fuss over Two Small Words: The Unconstitutionality of the Usa Patriot Act Amendments to FISA Under the Fourth Amendment*, in 71 *Geo. Wash. L. Rev.*, 291, April 2003; in questo senso vedi anche C.P. RAAB, *Fighting Terrorism in an Electronic Age: Does the Patriot Act Unduly Compromise Our Civil Liberties?*, cit., p. 3.

Confronta sul punto anche G. DE VERGOTTINI, *La difficile convivenza fra libertà e sicurezza. La risposta delle democrazie al terrorismo*, cit., p. 433: « ... pacifico che i regimi di emergenza, internazionale o interna che sia, si incentrano dovunque su un ampliamento dei poteri dell'esecutivo, su un confinamento del ruolo del parlamento a dare abilitazioni iniziali, che possono anche mancare, e a esperire controlli successivi, su limitazioni più o meno consistenti di alcuni diritti ».

⁴⁴ Vedi su tutti il *Foreign Intelligence Surveillance Act* del 1978, *Pub. L. No.* 95-511, 92 Stat. 1783, codificato in 50 U.S.C. 1801-11 (2000) e 18 U.S.C. 2511, 2518-19 (2000). Per una conoscenza più approfondita degli eventi che hanno condotto all'elaborazione del *Foreign Intelligence Surveillance Act*, primo fra tutti lo scandalo *Watergate*, vedi P.P. SWIRE, *The System of Foreign Intelligence Sur-*

Gli Stati Uniti in questo senso sono stati i primi a muoversi per dotarsi di un « pacchetto anti-terrorismo »⁴⁵ organico, che, in quanto giustificato dalla emergenza, deroga alla normalità ed è posto a presidio del valore « sicurezza »⁴⁶.

Anche in questo *corpus* normativo si evince l'importanza determinante del valore dell'« informazione » ma con una finalità totalmente differente rispetto a quella che ha portato all'abbattimento dell'*executive privilege* nell'esperienza della 9/11 *Commission*.

Come si legge infatti nel sottotitolo del *Patriot Act* la finalità dell'informazione in questo ambito nasce da un'idea precisa: rafforzare gli strumenti d'indagine degli organi di governo per prevenire ed ostacolare gli attacchi terroristici.

In questo senso potremmo parlare di « due facce della stessa medaglia »: un'unica soluzione per due attori contrapposti. Da una parte l'informazione diviene strumento nelle mani dell'opinione pubblica, che, attraverso la rappresentanza dell'organo legislativo, fa uso del proprio diritto ad essere informati al fine di conoscere dell'operato del potere governativo; dall'altra l'informazione come strumento del Governo e delle sue agenzie per venire a conoscenza, attraverso canali non sempre appropriati, di ogni aspetto della vita dei cittadini americani e non, al fine di estirpare il male del terrorismo.

Quindi in ciascuna delle due situazioni una parte deve necessariamente soccombere, ma se, nel caso della sospensione dell'*executive privilege* si ha a che fare con una soluzione temporanea, che deve essere valutata caso per caso e per la quale è comunque garantito il sistema dei « pesi e contrappesi », la violazione della *privacy* che ne deriva dall'applicazione delle *provisions* del *Patriot Act* appare come qualcosa destinato a durare⁴⁷ nel tempo, fintanto che il pericolo del terrorismo non rientrerà attenuando lo stato d'emergenza in cui il mondo occidentale e *in primis* gli Stati Uniti d'America si ritrovano attualmente⁴⁸.

veillance Law, cit., *1320 e ss., il quale ritiene questo atto normativo la testimonianza di un grande compromesso tra gli strenui difensori delle libertà civili e l'intelligence community.

⁴⁵ Per una ricognizione sui regimi emergenziali degli altri paesi vedi G. DE VERGOTTINI, *Il bilanciamento fra sicurezza e libertà civili nella stagione del terrorismo*, cit., p. 108 ss. e J.T. SOMA-M.N. NICHOLS-S.D. RYNERSON-L.A. MAISH-J.D. ROGERS, *Balance of Privacy vs. Security. A historical Perspective of the Usa Patriot Act*, in 31 *Rutgers Computer & Tech. L.J.*, 285 e 294 (2005). Per l'esperienza dell'*Anti-terrorism Act 2001* canadese vedi T. GROPI, *Dopo l'11 settembre: la « via canadese » per conciliare sicurezza e diritti*, cit.

⁴⁶ Sul concetto di sicurezza come valore vedi ancora G. DE VERGOTTINI, *ult. op. cit.*; ID., *La difficile convivenza fra libertà e sicurezza. La risposta delle democrazie al terrorismo*, cit., p. 427 ss.; ID., *Guerra*

e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia, Bologna, p. 258 ss.; P. TORRETTA, « Diritto alla sicurezza » e (altri) diritti e libertà della persona: un complesso bilanciamento costituzionale, in A. D'ALOIA (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003, p. 451 ss.

⁴⁷ Anche se ho già anticipato l'esistenza nel *Patriot Act* delle *sunset provisions*, su cui vedi *supra*, nota 5 e *infra*, in merito alla mancata riapprovazione di quelle disposizioni più draconiane da parte del Senato americano.

⁴⁸ Sul concetto di « normalizzazione dell'emergenza » rimando a G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide della democrazia*, cit., pp. 258 ss., e ID., *La difficile convivenza fra libertà e sicurezza. La risposta delle democrazie al terrorismo*, cit., pp. 427 ss., ove riferendosi all'uso della violenza da parte di organizzazioni non statali quali quelle terrori-

3.1. PATRIOT ACT E DIRITTO ALLA PRIVACY.

Il *Patriot Act* appare la più pervasiva risposta al senso di frustrazione manifestato dall'allora *Attorney General* John Ashcroft con riguardo agli agenti dell'FBI e alla loro difficoltà di operare in modo adeguato al fine di combattere il terrorismo in presenza di linee-guida investigative oramai obsolete e non più rispondenti alle esigenze⁴⁹.

D'altro canto è pacifico come il « diritto alla *privacy* » di ogni singolo consociato debba essere considerato a tutti gli effetti un valore costituzionale da proteggere per la sua riconducibilità rispettivamente al Primo, al Quarto e al Quattordicesimo Emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti d'America⁵⁰.

stiche l'A. accenna alla problematica della « conflittualità che assume il carattere della continuità » e che, come tale, diviene endemica e va a modificare sostanzialmente il rapporto fra norma ed eccezione. In questo senso anche F. LANCHESTER, *L'11 settembre: gli USA e i doveri dell'Europa*, editoriale 8/2003, in www.federalismi.it e T. GROPPI, *Dopo l'11 settembre: la « via canadese » per conciliare sicurezza e diritti*, cit., p. 590 con riferimento all'Anti-terrorism Act canadese. Vedi inoltre K.L. SCHEPPELE, *Terrorism and the Constitution: Civil Liberties in a New America: Law in a Time Of Emergency: States of Exception and the Temptations of 9/11*, cit., *1047; l'A. ritiene che la risposta all'emergenza data dall'Amministrazione Bush sia molto differente rispetto a quella che ha contraddistinto gli alleati europei, in particolare l'A. riscontra una certa somiglianza della concezione di « stato d'eccezione » dato dagli Usa all'idea schmittiana di eccezione come « prerogativa della sovranità ». Per un approfondimento sulle idee schmittiane rimando a C. SHMITT, *Teologia politica: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, Bologna, 1972.

⁴⁹ Vedi ora le nuove linee-guida: U.S. *Attorney General, Remarks on Guidelines*, May 30, 2002, consultabile sul sito <http://www.fas.org/irp/news/2002/05/ag053002.html> (consultato il 12 febbraio 2006). Confronta sul punto V. FANCHIOTTI, *Il dopo 11 settembre e l'Usa Patriot Act: lotta al terrorismo e « effetti collaterali »*, cit., p. 28. Sull'uso strumentale da parte delle autorità governative dell'« isteria » che ha seguito gli attentati dell'11 settembre per vedersi approvare da parte del Congresso un pacchetto di misure, che già da tempo il Dipartimento di Giustizia chiedeva, al fine di ottenere maggiori poteri investigativi in capo all'FBI in indagini niente affatto collegate al terrorismo internazionale, vedi

C.P. RAAB, *Fighting Terrorism in an Electronic Age: Does the Patriot Act Unduly Compromise Our Civil Liberties?*, cit., P3 e nota 44 e O.S. KERR, *Internet Surveillance Law After The Usa Patriot Act: The Big Brother That Isn't*, in *Northwestern University Law Review*, Winter, 2003, *63.

⁵⁰ Per un excursus storico sull'evoluzione del diritto alla *privacy* negli Stati Uniti attraverso l'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale vedi V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale. Una storia americana*, Torino, 2005 e, in particolare, Capitolo I, *Le molteplici anime della privacy e il suo rapporto con l'orientamento sessuale*; per un'analisi del rapporto tra il diritto alla riservatezza e l'uso di *internet*, ancorché non aggiornato agli eventi post 11 settembre, vedi ancora N. LUGARESI, *Internet, Privacy e Pubblici poteri negli Stati Uniti*, Milano, 2000, pp. 15 ss.

Risale, in particolare, al 1967 la prima pronuncia della Corte Suprema che ha esteso la tutela della *privacy* prevista per l'invasione fisica di un immobile da parte dell'autorità pubblica anche alle registrazioni, tramite apparecchi elettronici, delle conversazioni all'interno dell'immobile (vedi *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967) e, per un commento a *Katz* e alla giurisprudenza della Corte Suprema successiva vedi P.P. SWIRE, *The System of Foreign Intelligence Surveillance Law*, cit., *1311, dove si fa notare come in *Katz* in realtà la Corte Suprema non abbia esteso gli effetti della sua pronuncia ai casi in cui ad essere coinvolta fosse la sicurezza nazionale).

In risposta a *Katz* il Congresso americano ha emanato il *FISA Act* del 1978, che disciplina e regola la sorveglianza elettronica. V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale. Una storia americana*, cit., p. 52, fa notare come gli emendamenti del *Patriot Act* al *FISA Act* pongano seri dubbi di legittimità con riferimento a quanto previsto in

Sebbene l'intero articolato preveda strumenti investigativi atti, in maniera più o meno incisiva, ad ingerirsi nella sfera individuale dei privati⁵¹,

Katz v. United States e questo dal momento che la *FISA Court* (*infra*) può ora autorizzare « la sorveglianza di cittadini americani se uno dei fini dell'indagine risulti essere l'ottenimento di informazioni relative ad attività terroristiche o di spionaggio », facendo cadere la precedente distinzione posta dal legislatore tra indagini interne e attività di « *foreign intelligence* », come risulta dalla sezione 218 del *Patriot Act* (nota 51). In questo senso anche C.S. LERNER, *The Usa Patriot Act: Promoting the Cooperation of Foreign Intelligence Gathering and Law Enforcement*, in 11 *Geo. Mason L. Rev.*, 493, 2003.

⁵¹ La Sezione 201, in combinato con la sezione 805, che non decade, permette all'FBI di effettuare intercettazioni ambientali e telefoniche, solo quando l'indagine abbia ad oggetto i crimini più gravi. Soltanto che la stessa sezione 201 introduce nuove fattispecie di crimini che possono giustificare la sorveglianza delle autorità di polizia, tra cui un nuovo reato creato *ad hoc* dalla sezione 805, che consiste nel fornire un « supporto materiale » alle organizzazioni terroristiche nella forma di « consiglio o assistenza tecnica ».

La *Electronic Frontier Foundation*, una delle organizzazioni più attive a difesa del valore della libertà nel « mondo digitale » ha sottolineato l'ampia discrezionalità che il Governo ha nel definire un'organizzazione « terroristica », a prescindere dal fatto che l'organizzazione abbia scopi legittimi su un piano politico o abbia finalità umanitarie; pertanto la EFF denuncia la vasta gamma di situazioni che sono potenzialmente oggetto di criminalizzazione nonostante la protezione che le deriverebbe dal Primo Emendamento, dal sito www.eff.org/patriot/sunset/201.php (consultato il 24 novembre 2005).

Inoltre con l'*Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act*, citato nella nota 39, sono state affinate le norme che puniscono chi fornisce tale « supporto materiale », da *Rassegne e Cronache - Cronache costituzionali dall'estero: USA*, cit., pp. 525-526.

Ma vedi ora *Humanitarian Law Project v. Ashcroft*, 309 F. Supp. 2d 1185 (Cal. C.D., 2004), che ha dichiarato incostituzionale la sezione 805 in quanto viola il Primo ed il Quinto Emendamento; per maggiori approfondimenti www.aclu.org (consultato il 7 marzo 2006).

— Le sezioni 202 e 217 si occupano, in-

vece, della sfera informatica. Le due previsioni, infatti, rendono più facile all'FBI ottenere il mandato, con l'autorizzazione di una corte, per l'effettuazione di intercettazioni invasive della *privacy* al fine di investigare su « crimini informatici », e ciò anche quando questi crimini non abbiano assolutamente niente a che fare con il terrorismo.

Il Dipartimento di Giustizia è riuscito inoltre ad ottenere l'approvazione della previsione che permette, in alcune circostanze, all'FBI di intercettare e-mail, fax ed in generale comunicazioni elettroniche private, anche senza l'autorizzazione del giudice; infatti l'FBI risulta libera di intercettare ogni genere di informazione, come crede, se un *provider* attesta che l'utente sia entrato in rete senza permesso. L'assenza di permesso appare, pertanto, fattore che delegittima l'utente nella sua aspettativa di tutela della *privacy* e viceversa legittima il potere investigativo dell'FBI, dal sito www.eff.org/patriot/217 (consultato il 24 novembre 2005). A favore di questa tesi O.S. KERR, *Lifting the « Fog » of Internet Surveillance: How a Suppression Remedy Would Change Computer Law*, in 54 *Hastings L.J.*, 811-814, 2003, *contra* S. FREIWALD, *Online surveillance: Remembering the Lessons of the Wiretap Act*, 56 *Ala. L. Rev.*, 9, 76, Fall, 2002.

Il Dipartimento di Giustizia è riuscito, pertanto, a persuadere il Congresso ad espandere i poteri di intercettazione del Governo pur senza aver mai avuto da citare anche solo un caso in cui un'indagine su crimini informatici, che in ordine di importanza sono sicuramente secondari rispetto a indagini aventi ad oggetto il terrorismo, fosse stata ostacolata dal regime normativo precedente il *Patriot Act*, dal sito www.eff.org/patriot/202 (consultato il 24 novembre 2005).

Inoltre la sezione 220 del *Patriot Act* conferisce il potere alla polizia federale di ottenere mandati per entrare in possesso di prove informatiche da parte di una qualsiasi corte nel Paese. Tale disposizione non è inoltre riservata ad indagini collegate al terrorismo, nonostante il *Patriot Act* fosse stato presentato all'America come una necessaria misura anti-terrorismo.

— La sezione 206 ha emendato il *Foreign Intelligence Surveillance Act* (FISA) così che un ordine di intercettazione emanato da una corte segreta FISA (vedi più

nella nostra ricerca ci soffermeremo ad analizzare soltanto quelli che più degli altri hanno dato l'avvio ad una mobilitazione dal basso, la quale a

avanti) non debba più specificare che tipo di comunicazione si intende intercettare.

La polizia viene autorizzata con un solo ordine di intercettazione ad ascoltare ogni conversazione su rete fissa o mobile e monitorare le utenze della rete sul semplice assunto che un sospettato potrebbe averne fatto uso, ciò nonostante altre persone innocenti quotidianamente utilizzino gli stessi canali di comunicazione e, cosa ancor più grave, anche nel caso in cui non si disponga del nome della persona sospettata. Questo mandato non è altro che un'«autorizzazione in bianco» che permette all'FBI di agire indisturbata tra le comunicazioni private di un numero incalcolabile di americani. Quello che è peggio è che questi ordini di intercettazione possono rimanere in vigore per un anno.

Inoltre non sono rese disponibili le garanzie che generalmente nelle indagini penali sono richieste al fine di prevenire abusi nelle intercettazioni. Infatti gli ordini sono emanati utilizzando un più basso standard legale rispetto alla «clausola della probabilità» utilizzata nelle indagini all'interno di un ordinario procedimento penale, pertanto le intercettazioni sono sottoposte ad un controllo complessivamente più basso da parte dell'autorità giudiziaria.

Infine il mandato autorizzativo ha una validità tre volte superiore rispetto a quello che consente l'effettuazione di intercettazioni in un processo penale.

Altro grande abuso consisterebbe nel non comunicare alla persona sottoposta ad intercettazione di essere sotto controllo. Il ridurre senza una reale necessità i precedenti controlli sul potere investigativo dell'FBI non rende più sicuri i cittadini dal terrorismo, al contrario li rende meno sicuri dagli abusi governativi.

Questa previsione va quindi inevitabilmente a scontrarsi con il Quarto Emendamento nel quale si stabilisce che «non potranno essere emessi mandati se non su motivi probabili... e con una dettagliata descrizione del luogo da perquisire e delle persone o cosa da prendere in custodia».

— La sezione 212 permette alle compagnie telefoniche e ai provider dei servizi Internet di divulgare all'FBI tutta la documentazione degli utenti ritenuta immediatamente pericolosa per la vita umana e questo senza dover ottenere l'FBI una previa autorizzazione da parte di un giudice, né tanto meno comunicare alla persona oggetto di «spionaggio» l'avvenuta divulgazione o riceverne il consenso.

Prima del *Patriot Act*, per ottenere tale documentazione, l'FBI necessitava di un ordine di intercettazione da parte di un giudice o altrimenti di una *subpoena* da parte di un *grand jury* (vedi l'*Electronics Communications Privacy Act* del 1978).

— La sezione 213 amplia i poteri degli organi investigativi di svolgere le c.d. «*sneak and peek searches*», ossia di ottenere mandati che consentano loro di entrare segretamente all'interno di immobili o uffici, di effettuare perquisizioni, fotografare documenti, copiare file senza dover informare l'interessato se non in un momento successivo.

La legge, infatti, parla soltanto di un «ragionevole periodo» che il giudice deve fissare al momento dell'emissione del mandato, ma che può comunque prolungare ove lo ritenesse opportuno, vedi sul punto M. BELLAZZI, *I «patriot acts» e la limitazione dei diritti costituzionali negli Stati Uniti*, in *Politica del diritto*, 2003, fascicolo 4, pp. 681-706.

La normativa previgente acconsentiva a non informare le persone sottoposte a restrizioni solo nei casi in cui la segretezza fosse risultata strumentale ai fini della riuscita dell'indagine e pertanto ritenuta non contraria al Quarto Emendamento (*Dalia v. United States*, 441 U.S. 238, 60 L.Ed. 2d 177, 99 S.Ct. 1682 (1979)). Tuttavia *United States v. Freitas*, 800 F.2d 1451 (9th Cir. 1986) e *United States v. Villegas*, 899 F.2d 1324 (2d Cir. 1990) hanno stabilito che per ottenere una ordinanza autorizzativa in tal senso ci dovrebbe essere una «causa ragionevole» a far ritenere che l'immediata notifica potrebbe compromettere l'esito delle indagini, vedi sul punto L. SALAS, *Primi appunti sul «Patriot Act» statunitense*, in *La legislazione penale*, cit., pp. 485-486.

— Le sezioni 214 e 216 hanno esteso la sorveglianza a tutti i mezzi elettronici cui è possibile applicare un'apparecchiatura di controllo. Pertanto gli organi di polizia possono controllare i siti visitati da ogni cittadino americano e i destinatari delle sue e-mail. In questo modo il Governo, dietro una semplice garanzia all'autorità giudiziaria della «rilevanza» delle informazioni ai fini delle indagini e senza l'obbligo di darne effettiva dimostrazione (vedi posizione della Corte Suprema in *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001)), può prendere informazioni personali ed intime di un qualsiasi cittadino, indipendentemente dal fatto che co-

sua volta ha permesso di arrivare ad una pronuncia storica di incostituzionalità da parte di alcuni Tribunali Federali in merito all'utilizzo della c.d. *National Security Letter* (section 505 del *Patriot Act*).

Il primo aspetto rilevante ai fini dell'analisi dei due valori contrapposti di « riservatezza » e « sicurezza » è costituito dalla sezione 215, che viene considerata dalle associazioni in difesa delle libertà civili la più grave menomazione dei diritti dei cittadini ammessa dal *Patriot Act*⁵².

In essa, attraverso le modifiche apportate al Titolo V del *Foreign Intelligence of Surveillance Act* si concede all'FBI un potere senza precedenti: l'autorità di imporre a biblioteche e a *Internet Service Providers* la produzione, tramite sequestro, di qualsiasi bene materiale (« *any tangible things* »), tra cui libri, registri, giornali, documenti e altri mezzi di prova⁵³,

stui sia sospettabile di aver commesso un reato. Questa illimitatezza è ingiustificata ed antitetica rispetto ad una società libera, in quanto rappresenta una seria minaccia alla *privacy* e alla libertà di espressione in *Internet*. Così facendo la previsione appare violare il Primo Emendamento: « Il Congresso non potrà fare alcuna legge... che limiti la libertà di parola o di stampa... ».

Dal sito www.eff.org/patriot/sunset/214.php (consultato il 24 novembre 2005).

— Con la sezione 218 viene meno la distinzione posta dal legislatore del 1978 (*FISA Act*) tra indagini interne e attività di « *foreign intelligence* » e la corte speciale può autorizzare adesso anche la sorveglianza di cittadini americani purché uno dei fini delle indagini sia l'ottenimento di informazioni spionistiche.

Infatti prima del 26 ottobre 2001 le procedure meno garantiste, rispetto agli ordinari procedimenti penali, previste dal *Fisa Act* potevano essere applicate solo se lo scopo unico della sorveglianza fosse ottenere *foreign intelligence information*. Con il *Patriot Act* si sostituisce alla dicitura « scopo unico » quella di « scopo significativo », da cui evidentemente si evince il superamento dell'esclusività richiesta in precedenza dell'oggetto di indagini nell'ambito della giurisdizione delle *FISA Court* (su cui *infra*, nota 55).

A questo proposito vedi ancora P.P. SWIRE, *The System of Foreign Intelligence Surveillance Law*, cit., il quale sostiene che la più grande rottura del *Patriot Act* rispetto al *FISA Act* sia costituita dall'aver letteralmente fatto cadere il muro tra le attività dell'FBI e le attività della CIA; ciò che evidentemente non offre garanzie sul non fare uso degli strumenti di *intelligence* per operare indagini ordinarie aventi ad oggetto comuni attività criminali. In questo senso anche Kerr (vedi nota 52).

⁵² In generale S. FEIWALD, *Online surveillance: Remembering the Lessons of the Wiretap Act*, cit., Fall 2002, parla dell'ef-

fettivo rischio di « una perdita della nostra democrazia » se nella società si raggiungerà un punto in cui tutto sarà visibile agli « occhi » del Governo; così facendo non si perderà soltanto la *privacy*, bensì anche il diritto di manifestazione del pensiero, di associazione, di dissenso. In senso contrario V. D. DINH, *How the USA Patriot Act defends democracy*, in *Geo. J. L. & Pub. Pol.* y, 393, 394, 2004 e O.S. KERR, *Internet Surveillance Law After The Usa Patriot Act: The Big Brother That Isn't*, cit., *607, il quale, in particolare ritiene che il *Patriot Act* si sia semplicemente limitato a codificare prassi che si erano già instaurate nelle Corti e ad accorpate in un unico testo emendamenti già codificati in leggi preesistenti e che l'ansia sulle finalità liberticide della legge non sia altro che il frutto di una assoluta mancanza di comprensione circa la reale portata dell'Act. Tuttavia l'A. ritiene che questa considerazione non valga per tutte le disposizioni del *Patriot Act*; Kerr, infatti, ritiene che tutti gli emendamenti al FISA abbiano avuto conseguenze negative nei confronti della *privacy*, per aver novellato completamente i rapporti tra FBI e CIA nella conduzione delle indagini nel senso di permettere un'ampia condivisione di informazioni sensibili. Favorevole al *Patriot Act* anche J.P. POLUKA, *Perspective on the Usa Patriot Act: The Patriot Act: Indispensable Tool Against Terror*, in 76 *Pa Bar Assn. Quarterly*, 33, January 2005 e D. THORNBURGH, *Balancing Civil Liberties and Homeland Security: Does the Usa Patriot Act Avoid Justice Robert H. Jackson's « Suicide Pact »?*, in 63 *Alb. L. Rev.*, 1801, 1809, 2005, il quale sostiene come saranno proprio i *Bill of Rights* a perdere il loro intrinseco significato se si limiterà il Governo nel dare attuazione a leggi necessarie alla conservazione stessa della nostra democrazia.

⁵³ Tra cui anche documenti in ambito

nell'ambito di indagini sul terrorismo, con un unico limite: se gli strumenti probatori richiesti entrano nella sfera intima di cittadini americani o residenti in via permanente, essi non devono riguardare esclusivamente attività inerenti all'esercizio del diritto di manifestazione del pensiero e di religione altrimenti si incorrerebbe in una violazione del Primo Emendamento⁵⁴.

L'autorità di polizia deve soltanto dichiarare ad un giudice della *FISA Court*⁵⁵ che l'acquisizione dell'informazione classificata come « *foreign intelligence information* » risulti necessaria per proteggere la nazione di fronte al terrorismo internazionale o ad attività di spionaggio, pur non dovendo questo necessariamente essere l'unico obiettivo dell'indagine, bensì uno degli obiettivi.

Viene pertanto meno l'onere da parte dell'FBI di rispettare il requisito della « *probable cause* »⁵⁶ sancito dal Quarto Emendamento dal momento che risulta sufficiente per la polizia federale certificare la rilevanza delle informazioni ai fini delle indagini senza doverne comunque dare dimostrazione. Rispettati questi vincoli al giudice non rimane altro che emanare l'ordine di sequestro, *non avendo alcuna discrezionalità in merito*.

Da ciò si evince come l'FBI possa utilizzare questi nuovi poteri investigativi in indagini che non coinvolgono direttamente spie straniere⁵⁷ e ri-

medico, generalmente sottoposti al più alto grado di protezione. Nel *FISA Act* antecedente alle modifiche apportate dal *Patriot Act* potevano essere sottoposti a sequestro solo alcuni tipi di documenti tra cui la documentazione prelevata in hotel, in motel, nelle macchine. Vedi in generale sulla sezione 215 e sulle relative proteste dei bibliotecari americani, S.N. MART, *Protecting the Lady From Toledo: Post-Usa Patriot Act Electronic Surveillance at the Library*, in 96 *Law. Libr. J.*, 449, Summer, 2004.

⁵⁴ Tuttavia rileva la EFF che è inevitabile venire a conoscenza di particolari della sfera intima di una persona nel momento in cui è riconosciuta la possibilità di accedere ad informazioni quali i siti web visitati, i libri chiesti in prestito in biblioteca...; della stessa opinione V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale. Una storia americana*, cit., p. 55, che ritiene « facilmente eludibile » tale limitazione.

⁵⁵ La *FISA Court* è un organo segreto composto da giudici nominati dal Presidente della Corte Suprema, così come stabilito dal *FISA Act* con il compito di autorizzare le indagini investigative condotte dalle agenzie governative in indagini relative ad *intelligence* straniera e terrorismo. L'utilizzo di tale autorità giurisdizionale, che per volontà legislativa agisce sempre nella più totale segretezza senza pubblicare le sue decisioni e permettendo solo al Governo di apparire innanzi ai giudici, ha comportato un'altra grave sospensione delle garanzie, poiché vi è un'impossibilità og-

gettiva da parte della persona sottoposta a tale ordinanza di contestarne la legittimità, come invece accade nelle indagini condotte in ordinari procedimenti penali.

Sull'inadeguatezza dell'uso di questa autorità giurisdizionale quando l'obiettivo dell'indagine non siano propriamente attività terroristiche o di spionaggio, vedi D. HARDIN, *The fuss over Two Small Words: The Unconstitutionality of the Usa Patriot Act Amendments to FISA Under the Fourth Amendment*, cit., * 327.

⁵⁶ Tuttavia la Corte Suprema era già intervenuta sulla precedente disciplina (*FISA Act*) ed in particolare aveva ritenuto conforme a Costituzione la richiesta del Governo di abbassare lo standard probatorio, rispetto a quello richiesto in un ordinario procedimento penale, quando vi fosse in pericolo la sicurezza nazionale. Inoltre in quella stessa pronuncia la Corte Suprema ha rilevato come i requisiti richiesti per l'emissione di un'ordinanza giurisdizionale possano variare a seconda degli interessi dello Stato ed in base alla natura degli interessi privati coinvolti (*United States v. United States District Court*, 407 U.S. 297, 322-323 (1972)). Vedi sul punto L. SALAS, *Primi appunti sul « Patriot Act » statunitense*, cit., pp. 483-484.

⁵⁷ Confronta sul punto A. BEESON e J. JAFFER, *Report « Unpatriotic Acts: The FBI » power to rifle through your records and personal belongings without telling you »*, cit., p. 2 sul sito www.aclu.org (consultato il 15 novembre 2005).

chiedere così la produzione di documenti relativi a persone che non hanno niente a che fare con l'obiettivo dell'*Intelligence*.

Indicativo dell'abuso perpetrato con tali nuove previsioni è l'atteggiamento della *Fisa Court*, che, sebbene abbia da sempre mostrato un generale favore verso l'FBI attraverso larghe concessioni, nel maggio del 2002 ha espresso un'opinione contraria sulle nuove linee-guida emanate dall'*Attorney General*⁵⁸; in particolare nella parte in cui queste, come conseguenza immediata della nuova legislazione, conferivano maggiore potere alle forze di polizia nella conduzione di indagini elettroniche. La Corte ha affermato come una condivisione di informazioni tra agenzie che indagano su attività di *intelligence* e agenzie che indagano su comuni crimini non sia possibile e che lo scopo primario di un'attività investigativa condotta secondo il dettato del *FISA Act* debba necessariamente essere il recupero di informazioni di *intelligence* straniera⁵⁹. Con questa decisione, pertanto, la Corte ha richiesto il rispetto di dettagliate procedure al fine di mantenere quel « muro » che garantisca una separazione nella conduzione di indagini di *intelligence* da quelle svolte con gli ordinari strumenti penali poiché una sua eliminazione andrebbe contro l'intera struttura e la *ratio* del *FISA Act*.

Tanto straordinario è stato questo intervento da parte della *Fisa Court*, quanto ancora più sorprendente è stato il rigetto di questa storica opinione da parte della *Foreign Intelligence Surveillance Court of Review*, corte di appello della *Fisa Court* che non aveva mai operato dall'entrata in vigore del *Fisa Act*⁶⁰, la quale ha affermato come il *Patriot Act* abbia cambiato radicalmente il regime relativo alla condivisione delle informazioni tra *intelligence* ed agenzie che investigano sui comuni crimini e che, per-

⁵⁸ U.S. Attorney General, *Remarks on Guidelines*, cit. per una ricognizione sulle nuove linee-guida e per comprenderne contenuto, benefici e possibili migliorie future rimando a G. HORN, *Online Searches and Offline Challenges: The Chilling Effect, Anonymity and the New Fbi Guidelines*, in 60 N.Y.U. Ann. Surv. Am. L. 375 (2005).

⁵⁹ *In re All Matters to Foreign Intelligence Surveillance* (FISC Decision), 218 F.2d 611, 622, 625 (Foreign Intel. Surv. Ct. 2002), resa pubblica a seguito di un'opera di controllo condotta dal Senatore Patrick Leahy, Presidente della *Senate Judiciary Committee* (<http://www.fas.org/irp/congress/2002hr/091002leahy.html>) (consultato il 19 febbraio 2006).

⁶⁰ Vedi a questo proposito D. HARDIN, *The fuss over Two Small Words: The Unconstitutionality of the Usa Patriot Act Amendments to FISA Under the Fourth Amendment*, cit., * 327, il quale ci riferisce quanto detto dalla *Review Court* (*In re Sealed Case*, 310 F.3d 717, 746, 2002): « ... sebbene si riconosca l'intento da parte del Congresso di disincentivare l'uso della

Fisa surveillance per ottenere informazioni non realmente collegate con le finalità del Governo di garantire protezione contro le minacce provenienti da potenze straniere », « ... il Congresso non intendeva imporre restrizioni sull'utilizzo da parte del Governo di *foreign intelligence information* al fine di incriminare agenti di potenze straniere per *foreign intelligence crimes* ».

Il 22 dicembre George W. Bush ha ribadito quanto espresso dalla *Review Court*: « The Act tore down the wall between law enforcement and intelligence officials so that they can share information and work together to help prevent attacks... » dal sito www.msnbc.com (consultato il 7 marzo 2006).

Con il progetto di legge di riforma del *Patriot Act* (c.d. *SAFE Act*, S.1709 e H.R. 3352) si chiede di reintrodurre il requisito secondo cui l'FBI debba dare dimostrazione dell'esistenza di fatti che indichino che la persona che si vuole sottoporre a sorveglianza sia una spia o un terrorista. Per approfondimenti si rimanda a <http://aclu.org/news/NewsPrint.cfm?ID=15963&c=206> (consultato il 2 dicembre 2005).

tanto, le nuove linee-guida possono legittimamente allargare il raggio d'indagine in inchieste relative alla sicurezza interna⁶¹.

È stato inoltre abolito il requisito sancito dalla normativa previgente (*FISA Act*) della nazionalità straniera del soggetto sottoposto a sorveglianza; rimane, come labile contrappeso, soltanto quella debole garanzia, a cui già ho accennato, a che le indagini relative a cittadini statunitensi e residenti in modo permanente non si basino soltanto su attività protette dal Primo Emendamento.

La sezione 215, inoltre, contiene un'altra grave violazione. Infatti la biblioteca o l'*internet service provider* che ricevessero l'ordine di produrre documenti all'FBI sono tenuti poi a mantenere uno stretto riserbo circa la richiesta ricevuta; questa imposizione opera in via automatica, non dovendo, infatti, il Governo spiegare all'autorità giudiziaria il perché della necessità di non rivelare l'esecuzione di questo ordine al soggetto menomato della sua *privacy*⁶².

Ciò significa che l'utente di quel *provider* piuttosto che il frequentatore di quella biblioteca non verranno mai messi al corrente della grande violazione della loro sfera intima inferta, e, cosa ancora più grave, non potranno ricorrere alla tutela giurisdizionale per opporsi a queste lesioni.

L'altro aspetto rilevante del *Patriot Act* è rappresentato dalla sezione 505, che autorizza l'FBI ad obbligare i possessori di informazioni, quali ad esempio gli *internet service providers* o le compagnie telefoniche, a produrre i documenti o le registrazioni appartenenti ai loro clienti ogni qualvolta l'FBI certifichi che questa documentazione sia « rilevante in un'indagine autorizzata per garantire la protezione da attività di terrorismo internazionale... ».

La richiesta dell'FBI viene effettuata nella forma della *National Security Letter* (NSL)⁶³, che risulta essere l'unico tipo di mandato amministra-

⁶¹ *In Re Sealed Case* (FISCR Decision), 310 F.3d 717, 746 (Foreign Intel. Surv. Ct. Rev. 2002), cit. Critiche a questa decisione vengono da P.P. SWIRE, *The System of Foreign Intelligence Surveillance Law*, cit., *1338 e *1367, il quale ritiene che la decisione della FISCR vada contro il grande compromesso tra libertà civili e esigenze investigative raggiunto con il *FISA Act* e che l'unico modo per far sì che non venga completamente snaturato il precedente sistema consista nel conferire un maggior controllo nelle mani delle *Senate and House Judiciary Committees* nei confronti dell'opera di sorveglianza di *intelligence* straniera.

⁶² A. BEESON e J. JAFFER, *Report « Un-patriotic Acts: The FBI » power to rifle through your records and personal belongings without telling you »*, cit., p. 8 sul sito www.aclu.org (consultato il 15 novembre 2005).

⁶³ Per comprendere quanta importanza rivesta per il Governo questo strumento, basti pensare che l'FBI ne richiede all'incirca più di 30.000 all'anno; questo

dato, in realtà, non perviene direttamente dal Dipartimento di Giustizia, e pertanto non può essere considerato ufficiale, tuttavia non è stato né confermato né smentito dallo stesso Dipartimento. La difficoltà della valutazione numerica delle NSL inviate dall'FBI nasce soprattutto dall'obbligo dei soggetti destinatari della NSL di non farne parola con nessuno. Vedi C.P. RAAB, *Fighting Terrorism in an Electronic Age: Does the Patriot Act Unduly Compromise Our Civil Liberties?*, cit., P4 e P18, il quale ritiene che « il prolifico uso della NSL rappresenti il più egregio esempio degli abusi perpetrati fino ad oggi sotto il dettato del *Patriot Act* » e un'usurpazione di diritti civili sproporzionata rispetto al valore della lotta al terrorismo.

I primi casi in cui si sono adoperate NSLs risalgono alla fine degli anni '70, con l'obiettivo di aiutare gli agenti federali nella loro attività di recupero di informazioni di *intelligence* straniera. Il primo *statute* che ha istituito la NSL è il *Financial Privacy Act* (1978), Pub. L. No. 95-630, 92 Stat. 3706 (1978).

tivo di comparizione avvolto nella segretezza e che pertiene a questioni inerenti la sicurezza nazionale.

Già strumento nelle mani del Governo, la *National Security Letter* ha subito nel *Patriot Act* notevoli alterazioni: il potere di richiedere una NSL oggi, come prima cosa, non spetta più esclusivamente al direttore dell'FBI, il quale può designare soggetti appartenenti a livelli amministrativi inferiori, cui affidare questo potere⁶⁴.

Inoltre il *Patriot Act* ha eliminato il requisito che oggetto della NSL sia un « agente straniero » o persona collegata ad un « agente straniero »⁶⁵: l'unico requisito necessario è, pertanto, rappresentato dall'attinenza delle informazioni richieste con un'indagine autorizzata allo scopo di proteggere dal terrorismo internazionale o da attività di spionaggio⁶⁶. D'altro canto la valutazione dell'attinenza è lasciata alla assoluta discrezionalità del funzionario richiedente, non essendo possibile da parte di una qualche autorità giudiziaria decidere in merito alla fondatezza di questa decisione.

Per compensare la rimozione del requisito che restringeva i possibili usi della NSL ai soli casi in cui le informazioni riguardavano agenti stranieri, si richiede nel *Patriot Act* che nessun cittadino statunitense possa essere oggetto d'indagine « solo sulla base di attività protette dal Primo emendamento ».

Come nel caso esaminato sopra, anche per questa ipotesi vige la assoluta proibizione da parte del destinatario della lettera di divulgare l'informazione relativa alla ricezione della NSL.

A questo proposito è intervenuta una recente pronuncia da parte della *United States District Court Southern District of New York*⁶⁷, la quale

⁶⁴ C.P. RAAB, *Fighting Terrorism in an Electronic Age: Does the Patriot Act Unduly Compromise Our Civil Liberties?*, cit., p. 23, ma vedi anche C. DOYLE, *Crs Report for Congress, Administrative Subpoenas and National Security Letter in Criminal and Foreign Intelligence Investigations: Background and Proposed Adjustments*, consultabile sul sito <http://www.fas.org/sfp/crs/natsec/RL32880.pdf> (consultato il 27 gennaio 2006) e L. FLINT, *Administrative Subpoenas for the FBI: A Grab for Unchecked Executive Power, Ctr. For Democracy & Tech.*, disponibile su <http://www.cdt.org/security/usapatriot/030924cdt.shtml> (consultato il 18 gennaio 2006).

⁶⁵ La definizione di « *agent of a foreign power* » risale al *FISA Act*, 50 U.S.C. 1801(b) (1)(A).

⁶⁶ Ciò che una volta costituiva un ragionevole strumento per recuperare informazioni di *intelligence* straniera è diventato un facile *escamotage* per l'acquisizione di dati sensibili relativi a cittadini americani, che, a seguito delle linee guida emanate dall'FBI, ora possono essere trattenuti a tempo indeterminato. Inoltre questi dati possono essere facilmente condivisi con altre agenzie governative. Con le linee guida

è stata pertanto rimossa completamente quella residua parte di « muro » che, nonostante la sezione 218 del *Patriot Act*, era rimasta a dividere le attività di indagini criminali da quelle di *intelligence*, vedi in questo senso P.P. SWIRE, *The System of Foreign Intelligence Surveillance Law*, cit., *1335.

⁶⁷ *John Doe v. John Ashcroft*, 334 F. Supp. 2d 471, 475 (S.D.N.Y. 2004). La decisione è stata impugnata dal Dipartimento di Giustizia e proprio all'inizio del mese di novembre 2005 è cominciato il grado d'appello. Si ricorda un'altra sentenza intervenuta sempre in merito all'uso della sezione 505: si tratta di *John Doe v. Alberto Gonzales*, 386 F. Supp. 2d 66, 82 (D. CONN. 2005). In questa sentenza la Corte ha ritenuto che il divieto di informare altre persone sulla ricezione della NSL da parte del destinatario avrebbe potuto essere considerato legittimo solo qualora l'interesse contrapposto fosse stato rappresentato da un « *compelling state interest* »; tuttavia, secondo la Corte, nonostante nel caso concreto si dovesse considerare presente l'interesse del Governo a proteggere la Nazione dal terrorismo, ciò non ha costituito prova sufficiente per dimostrare che tale divieto fosse necessario per motivi di sicu-

ha ritenuto che la sezione 505 non risponde ai requisiti costituzionali del Primo e del Quarto Emendamento nonostante la « sicurezza nazionale » costituisca un « valore supremo ed indiscutibilmente una delle più alte finalità per le quali si dà luce ad un governo sovrano »⁶⁸.

Nella sua valutazione la Corte ha contrapposto al valore « sicurezza nazionale » un altro principio di eguale portata, ovvero la « sicurezza personale », intesa come garanzia a fronte di possibili imposizioni da parte del Governo che restringano irragionevolmente diritti fondamentali riconosciuti e tutelati dal *Bill of Rights*⁶⁹.

Nell'affermare questo la Corte ha preso a riferimento la posizione della Corte Suprema⁷⁰: « We have long made clear that a state of war⁷¹ is not a blank check for the President when it comes to the rights of the nation's citizens » e: « [E]ven the war power does not remove constitutional limitations safeguarding essential liberties ».

Pertanto la *United States District Court Southern District of New York* ha rimarcato come sia compito del potere giudiziario verificare che questo bilanciamento venga posto in essere nella maniera più conforme e più attenta agli equilibri costituzionali di un Paese democratico come gli Stati Uniti⁷², attraverso una analisi *case — by — case*, che permetta di volta

rezza nazionale. Inoltre, anche in questo caso, si è sostenuto che la totale assenza di una revisione da parte dell'autorità giudiziaria della decisione governativa abbia comportato una violazione della proibizione prevista dal Quarto Emendamento ad effettuare perquisizioni e sequestri irragionevoli. Sull'adeguatezza del bilanciamento effettuato con il *Patriot Act*, il quale ha al contrario aggiunto garanzie alle precedenti legge, piuttosto che ridurle vedi O.S. KERR, *Internet Surveillance Law After The Usa Patriot Act: The Big Brother That Isn't*, cit., *608 e *625.

⁶⁸ John Doe v. John Asherott, 334 F. Supp. 2d 471, 475 (S.D.N.Y. 2004), cit.

⁶⁹ *Ibidem*, si noti il riferimento al Quarto Emendamento. Riguardo ad una nozione multidimensionale della sicurezza vedi P. TORRETTA, « Diritto alla sicurezza » e (altri) diritti e libertà della persona: un complesso bilanciamento costituzionale, cit., pp. 452, 453; sempre della stessa A. la nozione secondo cui nella legislazione d'emergenza, nel tutelare la componente positiva del diritto alla sicurezza da parte delle autorità governative statunitensi si è accantonata e sacrificata la componente negativa (propria delle libertà), « che, invece, nella sua accezione di sicurezza dei diritti e quindi giuridica, impedisce che interferenze dei pubblici poteri possano ledere la sfera di libertà dei cittadini... », p. 464.

⁷⁰ *Home Building & Loan Ass'n v. Blaisdell*, 290 U.S. 398, 426 (1934) e *Hamdi v. Rumsfeld*, 124 S. Ct. 2633, 2650 (2004).

⁷¹ Ricordiamo come fu lo stesso Bush attraverso l'emanazione del *President Issues Military Order* il 13 novembre 2001 a parlare di « stato di guerra » nel definire la posizione degli Stati Uniti nei confronti del terrorismo internazionale di matrice islamica a seguito degli attacchi dell'11 settembre e conseguenza di questo « *state of armed conflict* » è stata in generale la limitabilità dei diritti all'interno dell'ordinamento statunitense e, nello specifico, l'istituzione da parte del Presidente, in qualità di *Commander in chief*, di Tribunali Militari, consultabile in www.whitehouse.gov (consultato il 20 novembre 2005).

Su come questo tipo di normativa vada ad incidere sugli standard dello stesso Stato costituzionale di diritto, vedi F. LANCHESTER, *Gli Stati Uniti e l'11 settembre 2001*, dal sito www.associazionedeicostituzionalisti.it (consultato il 7 dicembre 2005).

⁷² Questa stessa Corte aveva dichiarato in *United States v. Harrell*, 207 F. Supp. 2d 158,162 (S.D.N.Y. 2002): « Nel dare attuazione al loro mandato costituzionale, le corti sono chiamate ad esercitare una particolare vigilanza al fine di proteggere dagli eccessi commessi in nome della convenienza, per assicurare che gli Americani non riescano dove i terroristi hanno fallito, e cioè nell'infliggere con le loro stesse mani le più profonde ferite all'essenza della nazione... »; in un passo della sentenza si mette comunque in evidenza quanto effettivamente possa sussistere una reale esigenza di mantenere segrete le indagini

in volta di valutare « da quale parte penda l'ago della bilancia »⁷³ senza porre regole generali, che mal si concilierebbero con un giudizio che deve soppesare due valori costituzionali. Un giudice dovrà, comunque, avere sempre la più totale deferenza nei confronti delle valutazioni del Governo in ordine all'esigenza di garantire la « sicurezza nazionale », valore che, se presente, potrebbe avallare la temporanea sospensione di un particolare diritto, altrimenti prevalente⁷⁴. Ma l'ultima parola spetterà ai giudici, perché solo in questo modo si ripristinerà il meccanismo dei *checks and balances*, che secoli di vigenza della Costituzione e di giurisprudenza, specie della Corte Suprema, hanno eletto a garante dell'effettività dello stato democratico.

L'aver quindi previsto nella sezione 505 un mandato amministrativo (*administrative subpoena*) per la produzione di documenti che fosse direttamente esecutivo, senza una pronuncia di convalida da parte di un'autorità giudiziaria⁷⁵ (c.d. *judicial oversight*), che la Corte ritiene essenziale per la rivendicazione degli importanti diritti sanciti dalla Costituzione, e l'aver imposto un assoluto divieto da parte del destinatario della NSL di riferire a proposito di quanto ricevuto, senza dare perciò la possibilità al soggetto fornitore del servizio di rivolgersi ad un legale per la difesa dei suoi diritti, a meno che costui non si senta di sfidare un ordine così perentorio proveniente dall'FBI⁷⁶, fanno di questa previsione legislativa

quando esse abbiano ad oggetto terroristi o spie.

Ricordiamo come una delle più celebri pronunce che vanno in questa direzione sia da attribuire all'Alta Corte di Giustizia israeliana, riferita a episodi terroristici antecedenti all'11 settembre e riguardante l'annosa questione della sicurezza nei territori israeliani (*Public Committee Against Torture v. Israel* (HCJ 5100/94) del 26 maggio 1999). In questa decisione il Presidente della *High Court of Justice* israeliana Barak ha affermato: « *We, the judges in modern democracies, are responsible for protecting democracy both from terrorism and from the means the state wants to use to fight terrorism* ».

Vedi in questo senso P. TORRETTA, « *Diritto alla sicurezza e (altri) diritti e libertà della persona: un complesso bilanciamento costituzionale*, cit., p. 461 ss. e L. L. PEGORARO-S. PENNICINO, *Seguridad y libertad hacia la búsqueda de un difícil equilibrio: los derechos de los extranjeros*, in *Revista europea de derechos fundamentales*, n. 6/2° semestre, 2005, p. 17 ss.

Per approfondimenti sull'atteggiamento delle corti israeliane in risposta al terrorismo, vedi E. GROSSI, *The Struggle of a Democracy Against Terrorism. Protection of Human Rights: The Rights to Privacy Versus the National interest. The Proper Balance*, in 37 *Cornell International Law Journal*, 27, 2004.

Sul ruolo delle Corti nell'interpretazio-

ne della legislazione d'emergenza vedi anche G. DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione. Nuovi Conflitti e sfide alla democrazia*, cit. p. 261 nel suo riferimento a *Yassin v. Commander of Kziot Military Camp*, H.J.C. 5591/02, 18 dicembre 2002 e T. GROPPI, *Dopo l'11 settembre: la « via canadese » per conciliare sicurezza e diritti*, cit., p. 600 ss., con riguardo alla valutazione del bilanciamento da parte della Suprema Corte canadese in *Suresh v. Canada*, 1 RCS 3, 2002, con il Giudice Iacobucci come redattore.

⁷³ In questo senso anche *John Doe v. Alberto Gonzales*, cit., 82.

⁷⁴ Vedi a questo proposito *North Jersey Media Group, Inc. v. Ashcroft*, 308 F.3d 198, 219 (3d Cir. 2002).

⁷⁵ L'assenza della facoltà da parte del destinatario del mandato amministrativo di ricorrere all'autorità giurisdizionale viene, in realtà, nel corso del giudizio smentita dallo stesso Dipartimento di Giustizia, il quale però ammette che la norma poteva essere di non facile comprensione relativamente a questo punto. C.P. RAAB, *Fighting Terrorism in an Electronic Age: Does the Patriot Act Unduly Compromise Our Civil Liberties?*, cit., p. 89, ritiene che i destinatari della NSL non potevano essere minimamente a conoscenza della facoltà di contestare in sede giudiziaria il mandato governativo.

⁷⁶ Così come è stato fatto dall'attore di questa particolare controversia che, tutta-

una norma incostituzionale, che contrasta con il Primo ed il Quarto Emendamento⁷⁷.

3.2. LA LONGA MANUS DI BUSH SULLE SUNSET PROVISIONS.

Il Congresso nel 2001 aveva acconsentito all'approvazione del *Patriot Act* solo laddove fosse stato predisposto un meccanismo di decadenza automatica delle sue disposizioni più limitative delle libertà civili dei cittadini americani e non (la sezione 505 non è sottoposta a tale tipo di previsione!), che avrebbero potuto in realtà essere mantenute in vigore anche oltre la data di scadenza naturale, ma solo in caso di un voto di rinnovo delle stesse ad opera del Congresso.

Il 16 dicembre del 2005 il Senato ha bocciato⁷⁸ la proposta di riautorizzazione del *Patriot Act* e delle sue previsioni soggette alla clausola di decadenza a far data dal 31 dicembre 2005⁷⁹ nonostante al Congresso fossero stati presentati progetti di legge modificativi della versione originaria in senso più garantistico, riuniti poi in un unico articolato, nato da un com-

via, ha dovuto mantenere l'anonimato e per questo, lungo tutto il processo, si è fatto riferimento a questi con un nome di pura immaginazione, « John Doe ». Sull'utilizzo della tecnica dell'anonimato nell'esperienza nordamericana come « garanzia del diritto di difesa ed indirettamente degli altri diritti costituzionali » (specialmente del diritto alla *privacy*), vedi ora G. RESTA, *Privacy e Processo civile: il problema della Litigation « anonima »*, in questa *Rivista*, nn. 4-5, 2005, pp. 696 ss.

⁷⁷ La legislazione canadese in questo senso ha stabilito che la persona sottoposta a sorveglianza può non esserne messa a conoscenza per un periodo di tre anni; tuttavia, occorre in ogni caso, l'autorizzazione del giudice, vedi sul punto T. GROPPI, *Dopo l'11 settembre: la « via canadese » per conciliare sicurezza e diritti*, cit., p. 593.

⁷⁸ Anche una manciata di senatori repubblicani ha manifestato la sua contrarietà ad un rinnovo del *Patriot Act*. La disfatta al Senato è avvenuta nonostante la versione al *Senate dello USA Patriot Act and Terrorism Prevention Reauthorization Act* fosse meno benevola nei confronti dell'Amministrazione americana rispetto alla corrispondente versione della *House of Representatives*, vedi <http://jurist.law.pitt.edu> (consultato il 7 dicembre 2005).

Per una conoscenza più approfondita di tutti i passaggi sia parlamentari sia istituzionali *tout court* intervenuti negli ultimi mesi in vista di questa ri-autorizzazione, e soprattutto per comprendere qual è stato il ruolo delle associazioni civili americane, rimando a <http://www.aclu.org/Safeand>

Free (consultato il 12 dicembre 2005); <http://www.eff.org/deplinks/archives> (consultato il 12 dicembre 2005); <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2005/11/16/AR2005> (consultato il 30 novembre 2005); www.reformthepatriotact.org (consultato l'11 dicembre 2005).

Sulla votazione, inoltre, di risoluzioni contrarie al *Patriot Act* negli organi legislativi statali vedi www.aclu.org (consultato il 9 novembre 2005).

⁷⁹ Vedi a questo proposito la sezione 224: *SUNSET*:

(a) IN GENERAL. - *Except as provided in subsection (b), this title and the amendments made by this title (other than sections 203(a), 203(c), 205, 208, 210, 211, 213, 216, 219, 221, and 222, and the amendments made by those sections) shall cease to have effect on December 31, 2005.*

(b) EXCEPTION. - *With respect to any particular foreign intelligence investigation that began before the date on which the provisions referred to in subsection (a) cease to have effect, or with respect to any particular offense or potential offense that began or occurred before the date on which such provisions cease to have effect, such provisions shall continue in effect.*

La clausola è stata ritenuta facilmente eludibile non applicandosi alle indagini ancora in corso a fine 2005, né a quelle relative a crimini commessi prima di questa data, vedi P. TORRETTA, « *Diritto alla sicurezza e (altri) diritti e libertà della persona: un complesso bilanciamento costituzionale*, cit., p. 479.

promesso in seno ad una *Joint Conference Committee* tra le due versioni approvate nei due rami del Congresso⁸⁰. Nelle due settimane precedenti la pronuncia del Congresso sul rinnovo o meno del *Patriot Act* il Presidente Bush e i suoi collaboratori intervennero in varie occasioni per convincere il Congresso della assoluta necessità di un rinnovo della legge⁸¹; ciò, tuttavia, non è bastato a superare le perplessità di diversi senatori, che nell'iter parlamentare avevano presentato alcuni emendamenti al *Patriot Act* più garantisti per la protezione delle libertà personali e della *privacy*⁸².

Il 22 dicembre successivo è stata, però, approvata una « mini-proroga » di un altro mese della legge, con una nuova scadenza fissata per il 3 febbraio 2006⁸³ a seguito di lunghe trattative che hanno ottenuto una convergenza nelle fila dei repubblicani. Quest'ultimo fatto, più che essere segno di una ritrovata unità tra l'ala più moderata dei repubblicani e il Governo, appare soltanto un mero rinvio di quello che sarà il probabile tracollo delle prescrizioni più draconiane della legislazione anti-terrorismo, dal momento che è innegabile come la *debacle* del 16 dicembre abbia messo ormai in discussione il *Patriot Act* nella sua interezza⁸⁴.

Con la previsione della sezione 224 del *Patriot Act* si è, pertanto, recuperata, anche se solo parzialmente per via della presenza di un misto di misure a termine e di misure a tempo indeterminato⁸⁵, la distinzione fra

⁸⁰ La versione del Senato appariva preferibile sotto il punto di vista della protezione delle libertà civili.

⁸¹ La Casa Bianca aveva in un primo momento chiesto un rinnovo delle *sunset provisions* di quattro anni, successivamente divenuto di uno, da *Repubblica* del 17 dicembre 2005 e del 23 dicembre 2005 e da *Herald Tribune* del 17 dicembre 2005. Ancora il 4 gennaio Bush dichiarava: « Il nemico non se n'è andato; ed io mi aspetto che il Congresso comprenda che siamo ancora in guerra, e che ci dia tutti gli strumenti necessari per vincerla », dal sito *www.msnbc.com* (consultato il 7 marzo 2006).

⁸² Emendamenti che avevano visto una lunga fase di negoziazione tra senatori e deputati e una concertazione con le varie associazioni a tutela delle libertà.

⁸³ Al momento in cui si scrive, stiamo assistendo ad uno strenuo tentativo di far rimanere in vita le *sunset provisions* a colpi di mini-proroghe; il 3 febbraio 2006 infatti il Congresso ha riautorizzato il *Patriot Act* per un altro mese. Il 2 marzo il Senato ha approvato il « *Use Patriot and Terrorism Preventive Reauthorization Act of 2005* » e così ha fatto la settimana successiva la *House of Representatives*, che, approvando il proprio « *Use Patriot Act Additional Reauthorizing Amendments Act of 2006* », ha permesso di chiudere definitivamente la « partita » delle proroghe delle *sunset provision*, ora rese

permanenti. Dal sito <http://jurist.law.pitt.edu/paperchase/2006/03/breaking-news.php> (consultato il 7 maggio 2006).

⁸⁴ In realtà il lavoro di negoziazione svolto nelle due Camere dal dicembre 2005, che ha comportato l'implementazione nella legislazione d'emergenza di maggiori protezioni per le libertà civili, ha permesso di riconsiderare la prevedibile bocciatura delle *sunset provision*. Pertanto delle 15 *provision* rimaste in attesa di nuova riappropriazione, solo 2 di queste non hanno ricevuto il necessario consenso per diventare permanenti. In particolare la sezione 215, sebbene sia stata sottoposta a correzioni migliorative, decadrà nel 2009 se non riceverà una nuova approvazione.

⁸⁵ « Nei dibattiti avutisi in molti dei paesi interessati dalle più recenti misure antiterrorismo si è criticato il ricorso all'occasione dell'emergenza, considerato pretestuoso, per introdurre *normative definitive* o destinate a durare per lunghi periodi di tempo », G. DE VERGOTTINI, *La difficile convivenza fra libertà e sicurezza...*, cit., p. 450 e 454. Una critica al fatto di non avere esteso la *sunset provision* anche alle modifiche che il *Patriot Act* ha effettuato in materia di immigrazione vedi le dichiarazioni del professor D. Cole in A PANEL DISCUSSION, *The USA - Patriot Act and the American Response to Terror: Can We Protect Civil Liberties after September 11?*, cit., *1524. Per l'applicazione delle *sunset provisions* in Canada vedi T. GROU-

diritto *normale* ed *eccezionale* propria del diritto costituzionale dello stato liberale⁸⁶: con la legislazione d'emergenza è stata posta una deroga e, come tale, essa deve essere mantenuta solo fino a quando il pericolo, ragione stessa della deroga, non venga a cessare.

Inoltre con tale previsione il Congresso americano ha guadagnato l'opportunità di riesaminare in maniera critica le misure antiterrorismo esistenti e questo diviene particolarmente vitale considerato che il terrorismo, come appare probabile, persisterà più di quanto una democrazia possa permettersi di sospendere le libertà civili o il principio tradizionale della separazione di poteri⁸⁷.

Non sono comunque mancate le critiche all'apposizione di *sunset provisions*, soprattutto da parte di coloro che ritengono che il terrorismo sia un pericolo indefinito nella sua entità e nella sue modalità di azione e che, come tale, richieda, da una parte, un'opera di prevenzione continua e pervasiva e, dall'altra, una tempestività nella risposta, due necessità che appaiono contrastare con la disapplicazione delle norme anti-terrorismo ritenute più efficaci⁸⁸.

4. VERSO UN RIPRISTINO DEI *CHECKS AND BALANCES*?

La reazione della società civile di fronte al rischio della persistenza di previsioni fortemente gravose sulle proprie libertà civili, pericolo che abbiamo visto essere in realtà ancora presente a seguito della proroga delle *sunset provisions* votata dal Congresso, ha confermato come il popolo goda di un potere politico di ultima istanza; non solo attraverso la sua opera di denuncia *ex se*, ma anche e soprattutto attraverso un'azione che ha certamente avuto un effetto di stimolo e iniziativa verso gli organi, politico e giurisdizionale, di controllo e di garanzia per eccellenza: il Congresso⁸⁹ ed il sistema giudiziario americano⁹⁰.

PI, *Dopo l'11 settembre: la « via canadese » per conciliare sicurezza e diritti*, cit., p. 590.

⁸⁶ T. GROPPI, *ult. op.cit.*, p. 428.

⁸⁷ M. MINOW, *Book review: What is the greatest evil? The lesser evil: political ethics in an age of terror by Michael Ignatieff*, in *Harvard Law Review*, 2134, May, 2005.

⁸⁸ In questo senso l'Assistant Attorney General M. Chertoff ed il Prosecutor B. Wilkinson in A PANEL DISCUSSION: *The USA - Patriot Act and the American Response to Terror: Can We Protect Civil Liberties after September 11?*, ..., cit., *1525; nel senso di un acconsentire da parte della comunità statale ed internazionale « ad azioni di prevenzione a prescindere da attacchi in corso » (mia sottolineatura), vedi G. DE VERGOTTINI, *Il bilanciamento fra sicurezza e libertà civili nella stagione del terrorismo*, cit., p. 111. Gran parte della dottrina, d'altro canto, ha manifestato la ne-

cessità di ricorrere allo strumento delle *sunset provisions*: confronta su questo punto J.X. DEMPSEY & L.M. FLINT, *Commercial Data and National Security*, in 72 *Geo. Wash. L. Rev.* 1459 e 1501, August 2004 e O.S. KERR, *Internet Surveillance Law After The Usa Patriot Act: The Big Brother That Isn't*, cit., *673 il quale ritiene che le *sunset provisions* costituiscano una grande opportunità per riesaminare il *Patriot Act* in un momento futuro rispetto alla loro approvazione nel 2001, spettando al Congresso il compito di controllare che venga mantenuto sempre un equilibrio tra *privacy* e sicurezza.

⁸⁹ Vi è, infatti, un potere-dovere da parte dell'organo legislativo di informarsi e di informare i propri elettori riguardo a come l'Amministrazione attua le leggi approvate dallo stesso Congresso: ciò permette di porre i « riflettori » sull'operato del Governo, caratteristica implicita nella teoria della democrazia e della sovranità po-

Infatti tanto nell'attuazione della legislazione anti-terrorismo, quanto d'altro canto, e *a fortiori*, nell'esperienza dell'istituzione della 9/11 Commission emerge una società civile americana consapevole del proprio ruolo determinante all'interno del circuito politico nazionale: nel primo caso in modo più discreto e tardivo⁹¹, nel secondo caso in modo irruente e immediato.

Con la creazione di comitati spontanei piuttosto che per mezzo dell'adesione ad organizzazioni per la tutela delle libertà e dei diritti, la società civile ha dato concretezza a ciò che costituisce l'essenza dello Stato democratico. I cittadini americani hanno, infatti, manifestato la propria posizione dando vita ad una vera e propria *lobby*⁹² il cui unico fine è la garanzia del diritto di conoscere quanto il proprio governo sta facendo e ha fatto in passato per difendere la Nazione e la tutela della propria sfera intima. Questo cammino è stato intrapreso dalla cittadinanza americana nonostante la consapevolezza di combattere una guerra contro il terrorismo, tanto indefinita nei suoi contorni, quanto pur sempre di spaventosa attualità e che la vede direttamente coinvolta.

È interessante notare come, con il passaggio al Congresso per il rinnovo delle *sunset provisions* del Patriot Act, le associazioni a difesa delle libertà civili abbiano operato attraverso continue denunce e condizionamenti nei confronti dei propri rappresentanti parlamentari, specie attraverso l'uso intensivo dei *mass-media* per preconstituire ampi consensi nell'opinione pubblica e fornendo informazioni specializzate e « orientate » secondo gli interessi da difendere. È pur vero che il Congresso aveva in parte già cambiato atteggiamento sulla buona fede del Governo: soprattutto per il fatto che, nonostante la presenza all'interno del Patriot Act di prescrizioni che obbligavano il Governo a sottoporsi periodicamente alla *congressional oversight* per la verifica dell'attuazione delle previsioni del testo di legge e del permanere della necessità per l'applica-

polare. Sulla necessità di operare delle modifiche in seno al Patriot Act per conferire maggiore potere ispettivo al Congresso e maggiore *Auctoritas* agli organi giudiziari, vedi P.P. SWIRE, *The System of Foreign Intelligence Surveillance Law*, cit., *1370, che parla dell'importanza fondamentale della *rule of law* a questo proposito e S.F. KREIMER, *Watching the Watchers: Surveillance, Transparency, and Political Freedom in The War on Terror*, in 7 U. Pa. J. Cons. L., 133 e 178, September, 2004.

⁹⁰ Vedi la *Safe and Free Campaign* ad opera della *American Civil Liberties Union*. Una delle condizioni perché una limitazione delle libertà possa essere considerata accettabile consiste proprio nell'effettuazione di un giudizio di bilanciamento fra sicurezza e libertà sottoponibile sia ai controlli parlamentari che a quelli giurisdizionali, che devono essere caratterizzati da effettività e incisività. Vedi su questo punto G. DE VERGOTINI, *Il bilanciamento fra sicurezza e libertà*

civili nella stagione del terrorismo, cit., p. 107 e 118 e Ib., *La difficile convivenza fra libertà e sicurezza. La risposta delle democrazie al terrorismo*, cit., p. 453.

⁹¹ Sulle reazioni della società civile e del livello di governo statale al Patriot Act vedi L. SALAS, *Primi appunti sul « Patriot Act » statunitense*, cit., p. 511 e M. BELLAZZA, *I « patriot acts » e la limitazione dei diritti costituzionali negli Stati Uniti*, cit., p. 695.

⁹² Sul ruolo delle *lobbies* nel processo decisionale degli Stati Uniti, specie nel dialogo con il Congresso americano, in quanto unico vero organo-interlocutore istituzionale confronta S. VANNUCCI, *Gli apparati informativi del Congresso degli Stati Uniti d'America*, in *Parlamento ed Informazione*, programma diretto da Enzo Cheli, fondazione Agnelli, Quaderno 6/1978, p. 17 e L. ELIA, *Forma di governo e procedimento legislativo negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1961, p. 63 ss.

zione di queste misure restrittive⁹³, queste ultime fossero rimaste prevalentemente « lettera morta ». In particolare rileva l'atteggiamento ostruzionistico del Dipartimento di Giustizia che non ha mancato occasione per mantenere il riserbo dando al Congresso informazioni tronche e laconiche⁹⁴.

Sul versante giurisdizionale, inoltre, le più importanti pronunce delle Corti federali contro le previsioni meno garantiste del *Patriot Act* hanno visto tutte un'iniziativa, a vario titolo, e una partecipazione da parte delle associazioni civili, spesso come *amici curiae*⁹⁵.

Questo permette di riconsiderare l'atteggiamento che, almeno per il *Patriot Act*, poteva quasi definirsi di « assuefazione » da parte dell'opinione pubblica di fronte ad un articolato legislativo che la limitava. Gli Stati Uniti hanno sentito la necessità di reagire e hanno compreso che al pericolo del terrorismo non doveva in ogni modo affiancarsi il pericolo di un governo liberticida⁹⁶. Se è pur vero, infatti, che esiste un diritto alla sicurezza, inteso, nella sua componente positiva come diritto a che uno Stato faccia tutto ciò che è in suo potere per garantire la pace e il benessere della Nazione, è altrettanto evidente la presenza di una componente negativa, propria delle libertà costituzionali, di questo diritto, come diritto a godere di uno spazio proprio, indisponibile da parte dei pubblici poteri. I valori rimessi in discussione erano, pertanto, troppo alti e decisivi per la stessa sopravvivenza della democrazia perché non vi fosse un'inversione di tendenza da parte dell'opinione pubblica⁹⁷.

⁹³ Vedi la sezione 215 del *Patriot Act*.

⁹⁴ Vedi sul punto <http://action.aclu.org/reformthepatriotact/215.html>.

Stesso atteggiamento è stato mantenuto nei confronti della società civile: si ricorda che l'*Electronic Privacy Information Center* (EPIC) richiese nel maggio del 2005 all'FBI informazioni circa l'uso, da parte dello stesso ufficio federale, di alcuni dei poteri più controversi rilasciati dal *Patriot Act*. L'FBI ha tardivamente risposto a questa richiesta, rilasciando solo alcune di queste informazioni; esse rivelano ben 32 casi di abusi tra il 2002 ed il 2004 nella conduzione di attività di *intelligence* da parte del *Federal Bureau*, in netto contrasto perciò con le ripetute assicurazioni fatte nello stesso anno al Congresso da parte del Dipartimento di Giustizia (S. 1389, 109th Cong. e H.R. 3199, 109th Cong.) in merito al fatto che nessun abuso si era manifestato nell'utilizzo di questi nuovi poteri. Vedi in tal senso <http://www.epic.org/privacy/terrorism/7usapatriot/foia/>; B. PACK, *FOIA Frustration: Access to Government Records Under the Bush Administration*, in 46 *Arizona Law Review*, 815, Winter, 2004 e K.E. UHL, *The Freedom of Information Act Post -9/11: Balancing the Public's Right To Know, Critical Infrastructure Protection, and Homeland Security*, in 53 *Am. U. L. Rev.*, *307, October, 2003.

⁹⁵ Vedi a titolo di esempio *American Civil Liberties Union v. U.S. Dept. of Justice*, 265 F. Supp. 2d 20 (D.D.C. 2003) e *Amicus Brief of EFF et al.*, in *Doe v. Gonzales*, in support of appellees consultabile sul sito <http://www.eff.org/patriot/> (consultato il 20 ottobre 2005). Sul significato e sulle finalità dei c.d. *amici curiae*, vedi A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, cit., p. 141. Inoltre è sempre dello stesso A. l'idea secondo cui la presenza di queste organizzazioni (sebbene il riferimento qui sia rivolto all'ambito internazionale) risulti necessaria per la tutela dei diritti umani attraverso « un'importante opera di informazione e di pungolo ai governi... », p. 138.

Sul ruolo dei cittadini che esercitano la loro sovranità con la partecipazione alla vita pubblica, L. MAGLIARO, *La libertà delle persone dopo l'11 settembre*, cit., p. 329.

⁹⁶ Sulla naturale tendenza che ogni Stato ha di comprimere i diritti dei propri consociati vedi A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, cit., pp. 232 ss.

⁹⁷ In questo senso F. LANCHESTER, *Gli Stati Uniti e l'11 settembre 2001*, cit., ma è anche in questo senso la riflessione di Michael Ignatieff, così come si ricava dal commento al suo libro effettuato da M. MINOW, *Book review: what is the greatest evil? The lesser evil: political ethics in an age of terror by Michael Ignatieff*, cit., *2168.

Una risposta al terrore di questo tipo non può essere presa, senza l'avallo, immediato o comunque tempestivo, della società civile⁹⁸. Solamente la presenza di questa volontà confermativa potrà segnare il successo e l'effettività delle decisioni politiche intraprese, come si ricava dall'esperienza della Commissione dell'11 settembre, che risalta tuttavia nella sua singolarità ed eccezionalità. *Ex adverso*, l'assenza di tale volontà, in via preventiva o successiva, ne comporterà la disfatta, come nel mancato raggiungimento del *quorum* al Senato per l'approvazione del rinnovo delle *sunset provisions* del *Patriot Act*, che rappresenta un diretto riflesso del coevo clima sociale⁹⁹.

Sono pertanto del parere che l'esperienza del post 11 settembre stia vivendo una stagione nuova, illuminata, a seguito del recupero della sovranità dal basso, che ha comportato il riavvio di un meccanismo inceppato, come quello dei « pesi e contrappesi », che potrebbe far ripartire quel circolo virtuoso che tanto ha contraddistinto la forma di governo statunitense¹⁰⁰.

⁹⁸ M. MINOW, *ult. op. cit.*, *2134.

⁹⁹ Le successive proroghe, invece, non sono altro che il frutto di un'opera di convincimento da parte dell'esecutivo nei confronti dei senatori repubblicani più moderati, basata sulla necessità di dimostrare all'opinione pubblica che il partito repubblicano non ha perso la propria forza e che non si è « ammorbidita » contro il terrore, da *Repubblica* del 23 dicembre 2005.

¹⁰⁰ *Contra*, ma priva dei fondamentali elementi di attualità che hanno contraddistinto i mesi di novembre e dicembre del 2005, S. HERMAN, *The USA Patriot Act and the US Department of Justice: losing our balances?* dal sito <http://jurist.law.pitt.edu> (consultato il 21 dicembre 2005), dove, in particolare, si afferma come il Governo emerga rispetto a tutti gli altri poteri, ai quali lo stesso Governo richiede, piuttosto che di conoscere, semplicemente

di fidarsi. L'A. appare molto scoraggiata circa il fatto che il sistema dei pesi e contrappesi possa riacquistare la sua finalità originaria, oramai soccombente rispetto all'esecutivo. Sul concetto di pericolo di una « valutazione autoreferenziale » effettuata dal governo in risposta all'11 settembre e che, proprio per tale carattere, manca di ogni legittimazione vedi L. MAGLIARO, *La libertà delle persone dopo l'11 settembre*, cit., p. 326; sull'opportunità che il Congresso ripristini alcune di quelle « ulteriori precauzioni » di cui parla J. MADISON, nel suo *Federalist* (n. 51) (M. D'ADDIO e G. NEGRI (a cura di), *Il Federalista*, Bologna, 1980) descrivendole come necessarie per controllare l'operato del Governo, vedi C.P. RAAB, *Fighting Terrorism in an Electronic Age: Does the Patriot Act Unduly Compromise Our Civil Liberties?*, cit., p. 51.